

**Wellington Junior Jorge**  
Organizador

# Ciências jurídicas e suas aplicações



Wellington Junior Jorge

## **CIÊNCIAS JURÍDICAS E SUAS APLICAÇÕES**



2021 Uniedusul Editora - Copyright da Uniedusul  
Editor Chefe: Me. Wellington Junior Jorge  
Diagramação e Edição de Arte: Uniedusul Editora  
Revisão: Os autores

### Conselho Editorial

Adilson Tadeu Basquerote Silva  
Adriana Gava  
Alexandre Azenha Alves de Rezende  
Alexandre Matiello  
Ana Júlia Lemos Alves Pedreira  
Ana Paula Romero Bacri  
Andre Contin  
Andrea Boari Caraciola  
Antonio Luiz Miranda  
Campos Antônio Valmor de  
Carlos Augusto de Assis  
Christine da Silva Schröder  
Cíntia Beatriz Müller  
Claudia Madruga Cunha  
Claudia Padovesi Fonseca  
Daniela de Melo e Silva  
Daniela Franco Carvalho  
Dhonatan Diego Pessi  
Domingos Savio Barbosa  
Fabiano Augusto Petean  
Fabrício Meller da Silva  
Fernanda Paulini  
Francielle Amâncio Pereira  
Graciela Cristine Oyamada  
Hélcio de Abreu Dallari Júnior  
Helena Maura Torezan Silingardi  
Izaque Pereira de Souza  
Jaisson Teixeira Lino

Jaqueline Marcela Villafuerte Bittencourt  
Jessica da Silva Campos  
Jéssica Rabito Chaves  
John Edward Neira Villena  
Jonas Bertholdi  
Karine Rezende de Oliveira  
Leonice Aparecida de Fatima Alves Pereira Mourad  
Luciana Karen Calábria  
Luciano Messina Pereira da Silva  
Luiz Carlos Santos  
Luiz F. do Vale de Almeida Guilherme  
Marcelo de Macedo Brigido  
Maurício José Siewerdt  
Michelle Asato Junqueira  
Nedilso Lauro Brugnera  
Ng Haig They  
Normandes Matos da Silva  
Odair Neitzel  
Olga Maria Coutinho Pépece  
Pablo Cristini Guedes  
Rafael Ademir Oliveira de Andrade  
Regina Célia de Oliveira  
Reinaldo Moreira Bruno  
Renilda Vicenzi  
Rita de Cassia Pereira Carvalho  
Rivael Mateus Fabricio  
Sarah Christina Caldas Oliveira  
Saulo Cerqueira de Aguiar Soares

#### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)

J95c Junior Jorge, Wellington.  
Ciências Jurídicas e suas aplicações [livro eletrônico] / Wellington  
Junior Jorge. – Maringá, PR: Uniedusul, 2021.

Formato: PDF  
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader  
Modo de acesso: World Wide Web  
Inclui bibliografia  
ISBN 978-65-86010-90-9

1. Direito. 2. Justiça. 3. Legislação. I. Título.

CDD 340.1

Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

O conteúdo dos capítulos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores.

Permitido fazer download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos os créditos aos autores, mas sem de nenhuma forma utilizá-la para fins comerciais.  
[www.uniedusul.com.br](http://www.uniedusul.com.br)

## SUMÁRIO

<b>Capítulo 1</b> .....	<b>05</b>
A justiça restaurativa como alternativa ao punitivismo contemporâneo	
Matheus Moacir Perinazzo	
Leonice Aparecida de Fátima Alves Pereira Mourad	
Bernardo Ebbres Bernardi	
André Haiske	
doi: 10.51324/86010909.1	
<b>Capítulo 2</b> .....	<b>19</b>
Educação Escolar Indígena, Interculturalidade e Marcos da Legislação	
Émelyn Linhares	
Marlei Angela Ribeiro Dos Santos	
doi: 10.51324/86010909.2	
<b>Capítulo 3</b> .....	<b>34</b>
A precarização do trabalho humano das grandes marcas e as consequências legais para o empresário	
Antonio Emicael Souza Gouvea	
Wellington Junior Jorge	
doi: 10.51324/86010909.3	
<b>Capítulo 4</b> .....	<b>54</b>
Herança digital: possível transmissão dos bens digitais	
Lucas Sátiro Nicomedes de Matos	
Valdinê Junior Gomes Souza	
José Gaspar Rosa	
doi: 10.51324/86010909.4	
<b>Capítulo 5</b> .....	<b>70</b>
Constelação Familiar como meio adequado de solução de conflitos nas Varas de Família	
Larissa Ribeiro da Silva	
Andréa Grandini José Tessaro	
doi: 10.51324/86010909.5	
<b>Capítulo 6</b> .....	<b>81</b>
O julgamento do condenado retratado na obra “Na Colônia Penal” de Franz Kafka, segundo a ótica dos Direitos Humanos	
Wanderson Gomes Miguel de Oliveira	
Amanda Cristielle Ferreira Santos	
doi: 10.51324/86010909.6	

# Capítulo 01

## A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA AO PUNITIVISMO CONTEMPORÂNEO

**MATHEUS MOACIR PERINAZZO**

Pontifícia Universidade Católica (PUC-RS)

**LEONICE APARECIDA DE FÁTIMA ALVES PEREIRA MOURAD**

Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)

**BERNARDO EBBRES BERNARDI**

UNIASSELVI

**ANDRÉ HAISKE**

Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)

**RESUMO:** O artigo busca apresentar um enfoque acerca do sistema punitivista retributivo atualmente em vigor no Brasil e as noções teóricas e fáticas da justiça restaurativa, averiguando-a como uma possibilidade para a superação dos conflitos no Direito Penal contemporâneo. Assim, tem como objetivo a análise do desenvolvimento do Estado brasileiro e a compreensão da construção do sistema retributivo e seus principais empecilhos no Brasil contemporâneo, além de observar a justiça restaurativa como uma hipótese de superação desses desafios. Para tanto, foi realizada uma análise teórica dos estudos mais relevantes acerca de ambos os modelos de justiça e reuniram-se as principais explicações que dão forma ao entendimento da justiça restaurativa como um meio capaz de enfrentar o desarranjo do sistema de justiça retributivo. O estudo desses modelos de justiça se justifica em razão de ser a justiça retributiva, nos moldes atuais, incapaz de assegurar aquilo que é o intento mais basilar da pena e pelo fato de haver uma necessidade de explorar outros modelos de justiça que podem ser capazes de frear o desalinhamento existente atualmente.

**Palavras-chave:** justiça restaurativa; justiça retributiva; punitivismo penal.

**ABSTRACT:** The article seeks to present a focus on the retributive punitive system currently in force in Brazil and the theoretical and factual notions of restorative justice, investigating it as a possibility for overcoming conflicts in contemporary Criminal Law. Thus, it aims to analyze the development of the Brazilian State and understand the construction of the retributive system and its main obstacles in contemporary Brazil, in addition to observing restorative justice as a chance to overcome these challenges. To this end, a theoretical analysis of the most relevant studies was carried out on both models of justice and the main explanations that formed the understanding of restorative justice as a means capable of facing the breakdown of the retributive justice system were gathered. The study of these models of justice is justified by the fact that retributive justice, in the current model, is incapable of ensuring what is the most basic intention of the penalty and the fact that there is a need to explore other models of justice that may be capable of stop the existing misalignment.

**Keywords:** restorative justice; retributive justice; penal punitivism.

### INTRODUÇÃO

No atual panorama jurídico vigente no Brasil, o processo penal enfrenta uma série de maledicências, em especial no que diz respeito ao sistema punitivista adotada no

território nacional. Essas críticas são construídas na ideia de que o modelo vigente no ordenamento jurídico brasileiro não é mais capaz de suportar os desafios modernos e os novos paradigmas sociais do punitivismo.

Os embates que atualmente fazem parte do corpo social moderno já não são mais compatíveis com a realidade do sistema punitivista ora vigente no país, tornando-se ineficaz e desprezado dos preceitos mais básicos de sua estrutura. Como se não bastasse, desafios como o aumento paulatino nos números da violência urbana, a superlotação do sistema carcerário, o punitivismo seletivo e a prescindibilidade das prisões provisórias fazem que seja necessária a adoção de novas técnicas dentro do sistema punitivo brasileiro, a fim de desafogar a esfera criminal e tornar efetiva a função ressocializadora da pena.

Perante tamanhas adversidades, a justiça restaurativa surge como uma alternativa ao atual (e ineficaz) sistema punitivista adotado no ordenamento jurídico brasileiro. Com uma abordagem mais humanitária e pacificadora, a justiça restaurativa tem como objetivo a moderação dos efeitos da criminalidade a partir de um olhar não-punitivo sobre o ofensor, a vítima e a sociedade em geral (ROBALO, 2012).

Nessa senda, a justiça restaurativa enfrenta o conflito de forma diferente daquele padronizado por um sistema retributivo. Aqui, prevalece um esforço para que se elimine o conflito e abre-se espaço para a compreensão do crime e para que se entenda a posição de cada um na desordem. Assim, a justiça restaurativa “representa [...] uma forma sensível por excelência, na medida em que promove com maior facilidade a humanização das pessoas envolvidas, oferecendo oportunidades de transformação, assim como no modo de percebê-los” (COSTA, 2015).

Apesar desse sistema de justiça já tenha se mostrado eficaz e produtivo em outras realidades sociais, ainda se questiona a possibilidade de adoção de um modelo tão distinto do atual em território nacional, cujas entranhas históricas são marcadas pela repressão e pela punição como medida de compensação do delito.

Diante disso, no presente artigo pretende-se entender as principais diferenças entre um sistema de justiça retributiva e outro restaurativo, além dos preceitos trazidos pela esta, bem como identificar como o ordenamento jurídico contemporâneo tem se comportado perante as implementações já realizadas que se coadunam com os preceitos desse sistema.

A razão de ser desta pesquisa decorre da necessidade da análise de um sistema que seja diferente do que contemporaneamente vigora no Brasil, uma vez que este não é capaz de suportar todos os preceitos que intrinsecamente carrega, dando espaço para que

surjam novos e dificultosos desafios para a justiça atual, que, se não forem em tempo sanados, podem acabar por desestruturar todo o processo penal e dar espaço para barbáries e afronta à dignidade da pessoa humana.

A fim de atingir tais objetivos e concretizar a razão de ser deste trabalho, este artigo será dividido em quatro momentos distintos, cada qual de grande relevância para o desenvolvimento do tema. Primeiro, será traçada uma perspectiva histórica do Direito Penal brasileiro, a fim de entender como a justiça retributiva ganhou espaço no ordenamento jurídico. Após, far-se-á uma abordagem no atual sistema punitivista vigente no Brasil, apontando os principais desafios e as fragilidade dessa modalidade de justiça. Além disso, será dado enfoque na justiça restaurativa propriamente dita, buscando entender qual sua razão de ser e de que forma ela se comportará em um ordenamento jurídico. Por fim, será encarada a justiça restaurativa no ordenamento jurídico pátrio, a fim de verificar a ocorrência ou não deste sistema de justiça dentro do nosso Direito.

## **A GÊNESE DA REGULAMENTAÇÃO PENAL NO BRASIL E DO PUNITIVISMO RETRIBUTIVO**

O declínio no sistema punitivo brasileiro contemporâneo faz com que seja necessário compreender o centro da justiça retributiva e como ela se tornou uma verdadeira adversidade à persecução penal e à função ressocializadora da pena. Em um contexto social em que prevalece a reincidência e em que as casas penitenciárias são verdadeiras escolas do crime e se mantêm em condições subumanas, faz-se necessária a análise crítica do modelo de justiça que vige no ordenamento jurídico contemporâneo.

O Direito Penal brasileiro, em forma e proporção que conhecemos contemporaneamente, em que pese seja fruto de um extenso e analítico processo de construção que acompanhou a própria noção de Estado, teve sua gênese enquanto as terras brasileiras sequer eram independentes. O primeiro Código Criminal foi sancionado ainda no Brasil Imperial, em 1830, por Dom Pedro I, e foi precursor em território latino-americano, uma vez que foi o primeiro a trazer uma estrutura independente e discriminada do Direito Civil. Mesmo em fase tão precursora do desenvolvimento do Estado brasileiro, já era possível ver muito abertamente diversos dos direitos e garantias que são essenciais para a noção de equidade e justiça contemporânea, tal como o princípio da legalidade e a afirmação do *jus puniendi* por parte do Estado (DE OLIVEIRA, 2020).

Uma vez que o território brasileiro tenha deixado de ser colônia de Portugal, foi promulgado em 1890 o Código Criminal da República, que embora tenha sido precursor em criar um sistema penitenciário correcional e anular a pena de morte, não trouxe avanços correspondentes às discussões doutrinárias da época, o que acabou por tornar curto o seu período de vigência (TAUCHERT, 2016).

Com o advento do Estado Novo, em 1937, entendeu-se por bem uma reforma legislativa na seara criminal, de forma que um projeto de Código Criminal foi apresentado e posteriormente aprovado, tornando do Código Penal de 1940 a nova legislação criminal vigente no país. O novo diploma legal trouxe as inovações que o seu antecessor acabou por omitir, adequando mais pontualmente as necessidades sociais e os avanços teóricos e tecnológicos vigentes na época (SILVEIRA, 2010).

Referido diploma legal, que se mantém até a atualidade como a legislação penal em vigência no país, o que implica reconhecer que encontra-se defasada em diversos sentidos, haja vista os inquestionáveis avanços social ocorridos nas últimas décadas, o processo de redemocratização do país e a implementação de novas tecnologias no processo penal e na vida contemporânea, como um todo.

O Código Penal de 1940 foi arquitetado com desígnio de fortalecer o poder do Estado na persecução criminal, garantindo que o *jus puniendi* não fosse dissolvido entre entes federativos e que a legitimidade para legislar sobre a matéria concentrasse-se privativamente nas mãos da União (TAUCHERT, 2016), acabando por mecanizar o Direito Penal e desviar a função da pena, haja vista que o poder de punir e a repressão ao crime passa a ser mais estimável que a proteção da vítima e a ressocialização do agente criminoso.

O modelo de justiça elitista e retributivo adotado no Brasil desde a década de 40, em que pese não se ignore que representou avanços à época em que foram promulgados, enfrentam diversos problemas organizacionais e representativos, de forma que sequer conseguem cumprir as supostas promessas de ressocialização e intimidação que traziam em seu cerne (ROLIM, 2006), o que só se agrava com os desafios contemporâneos incorporados no sistema e faz definhar a noção de justiça e equidade.

Esse sistema retributivo em questão tem suas lentes voltadas para a ideia da punição: é necessário “confirmar a culpa do acusado e a violação da lei, deixando de lado questões intrínsecas do cometimento do delito, como o desfecho do processo, o dano causado a vítima, ao infrator e a comunidade” (DA SILVA; FELIX; CAMARGO, 2019). Dessa forma, o que se depreende é que a justiça retributiva tem como escopo a compensar de um

mal causado com outro mal, sem que haja a compreensão dos acontecimentos e a efetiva reparação dos danos oriundos do crime.

Na noção de justiça retributiva, portanto, o delito é encarado como uma ofensa proferida em face do Estado, tendo em vista que é dele que parte a confecção das leis e a atribuição da culpa. Outrossim, prioriza-se a visão de que a conduta criminosa e a sua consequente penalização são fruto de um dano gerado à sociedade em abstrato e não especificamente à vítima do ato criminoso (ZEHR, 2008).

Nesse sentido, cabe ressaltar que as consequências do crime, do ponto de vista de um sistema retributivo, reside na ideia da culpa e da punição, onde o agente criminoso deve ser alvo de restrições e limitações como forma de compensar o dano causado (JOÃO; ARRUDA, 2014). A preocupação não reside em restituir a vítima do evento danoso equitativamente, mas sim na ideia de que o ofensor deve ser castigado pelo crime cometido.

Tendo como pressuposto essas características delimitadoras do sistema retributivo vigente no Brasil é possível deduzir que, além de perpetrar um ideal elitista e de supremacia estatal, esse modelo de justiça não origina qualquer tipo de entendimento do crime e da responsabilidade do agente pelo fato delituoso, além de ignorar quase que inteiramente as necessidades e deficiências da vítima, descaracterizando qualquer vestígio mínimo da função ressocializadora da pena e de dignidade humana (DA SILVA, 2019).

## **OS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DO MODELO RETRIBUTIVO DE JUSTIÇA**

É amplamente notório que o atual sistema penal de justiça enfrenta uma acentuada crise de efetividade e legitimidade. O modelo retributivo colocado em prática do Brasil é quase inoperante, de forma que as taxas de reincidência e os crescentes números da criminalidade atingem níveis capazes de desestruturarem todo a noção de punitivismo consolidada ao longo da história.

É inquestionável, hodiernamente, que existe uma dissonância acentuada entre a função da pena e realidade em que ela se consolida. De um lado temos um sistema que preconiza a ideia de prevenção e ressocialização por meio da pena. De outro, uma realidade em que a pena não cumpre seu papel social e repetidamente fomenta o alargamento da criminalidade urbana, colocando em xeque o papel do Direito Penal e o próprio *jus puniendi* do Estado (TIVERON, 2017).

O objetivo da penalização no Direito Penal contemporâneo é o de frear a prática criminosa, por meio de métodos de intimidação que são potencializados pela previsão de penas mais gravosas e pela construção de um imaginário coletivo de que penas mais

severas são equivalentes a um estado de justiça e equidade (MOLINA; GOMES, 2012), o que não soluciona os desafios relacionados à prática criminal, mas apenas mascara uma conduta ativa por parte do Estado e afasta uma impressão de impunidade (CRUZ, 2011).

Em frente a esse cenário de conformidade e de um falso amparo às necessidades da população no que tange à criminalidade que o sistema punitivo contemporâneo encontra seu maior tendão de Aquiles. A falha no cumprimento da função ressocializadora da pena e da própria efetividade do sistema punitivo coloca o sistema carcerário em uma situação de completa ineficácia, haja vista que não mais tem como desígnio a redução da criminalidade, mas sim o fomento de carreiras no delito e a ciclicização da criminalidade (DOS SANTOS, 2005).

É possível identificar tais questões por meio dos dados do Sistema de Informações Estatísticas do Sistema Penitenciário brasileiro (INFOPEN, 2019), que indica que a população carcerária no Brasil atingiu o número de 755.274 detentos, em uma realidade cuja infraestrutura do sistema carcerário comporta míseros 442.349 mil presos, o que coloca o Brasil entre os três países com a maior população carcerária do mundo.

Desta forma, perante um quadro de evidente déficit e vagas no sistema carcerário brasileiro, resta evidente que o modelo de justiça adotado pelo Direito Penal brasileiro não é mais eficaz e suficiente para suprir a demanda por segurança e por baixos índices de criminalidade. O colapso do atual sistema punitivo se dá em decorrência da disforiana função social da pena e na forma de interpretar o crime em sociedade.

## **JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA MUDANÇA NO PARADIGMA DA PENA**

De acordo com o que já foi visto até aqui, o sistema de justiça retributivo vigente no ordenamento jurídico brasileiro tem como escopo a mera incitação da culpa do agente criminoso, sem dar palco para qualquer possibilidade de compreensão dos elementos subjetivos do crime e para a reparação concreta da vítima do evento danoso. A adoção de um sistema tão falho e excludente fez com que muitos dos desígnios iniciais do sistema punitivista atual ficassem à mercê de uma realidade dissonante e marcada pela reincidência e pelo aumento das taxas de criminalidade.

Na intenção de evitar o colapso de todo um sistema de justiça e garantir que a pena exerça sua função primordial, germina um modelo de justiça restaurativa, cuja proposta é uma visão mais humanizada do crime, a fim de que se atinja um estado de efetiva compreensão do crime e de ressocialização do agente criminoso, sem que deixe-se de lado a figura da vítima, que aqui ganha posição quase que central no processo.

Esse modelo de justiça teve seu desenvolvimento marcado pelo enfoque teórico trazido por Howard Zehr (2008), que entende que “o significado de crime para a Justiça Restaurativa não é apenas uma conduta típica e antijurídica, atentando contra bens e interesses penalmente tutelados. Constitui em uma violação nas relações entre o infrator, a vítima e a comunidade”.

Desta forma, o que se extrai dessa visão de crime é que a justiça restaurativa está calcada muito mais em preceitos éticos e valores morais do que propriamente na lei. E, em que pese questione-se a sua força perante um sistema normativo, há de se reconhecer que esses preceitos fazem parte dos direitos fundamentais elencados na Carta Magna, que, no final das contas, é o principal objetivo almejado pelo Estado (COSTA, 2015).

Sumarizando, a justiça restaurativa é o procedimento por meio do qual todos aqueles que se envolverem a um evento danoso em concreto são postos a compreender o crime e tentar articular a melhor forma de encarar as consequências dele e o prognóstico porvindouro (FERREIRA, 2006, p. 24). Desse modo, percebe-se que a justiça restaurativa tem suas raízes muito fortemente relacionadas à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, haja vista que não mais pretende reforçar uma posição vilanesca do criminoso e coloca a participar do debate aquele que mais foi atingido e deteriorado pelos efeitos do crime.

Doravante, resta possível entender quais os intentos da justiça restaurativa dentro do Direito Penal. Muito mais do que meramente apurar o grau de criminalidade cometido pelo perpetrador do delito ou apontar um culpado para absorver toda a responsabilidade pelo evento danoso, a justiça restaurativa tem como razão de ser o entendimento das dores da vítima e a restituição da segurança e da autonomia sobre o bem surrupiado, além de promover um exercício de compreensão das consequências do crime e afirmar a possibilidade de superação do crime, tudo isso dentro de uma concepção de justiça que seja efetiva e concreta (MORRIS, 2005).

Outrossim, a justiça restaurativa não deixa de lado alguns dos preceitos mais básicos do sistema retributivo. O entendimento de que o crime representa uma ofensa à comunidade em geral está presente na justiça, de forma que a sociedade em geral é apta a participar do debate e dar sugestões acerca dos impactos e efeitos no mundo contemporâneo (ZEHR, 2008).

A partir dessa noção de que a justiça restaurativa prestigia todas as partes envolvidas dentro do evento delituoso, é possível entender que aqui não há mais uma postura passiva por partes destes envolvidos. Enquanto no sistema retributivo observa-se uma inércia por partes dos envolvidos e uma atuação muito ativa entre o Ministério Público

e o próprio magistrado, na justiça restaurativa as próprias partes tomam comando daquilo que é objeto de discussão e são meramente conduzidas por um facilitador (PALLAMOLLA, 2009).

Portanto, a partir de um viés restaurativo o que passa a ser levado em considerado é o crime propriamente dito e não mais o ofensor. Este, por sua vez, será inserido na análise do evento delituoso com vistas à reintegrá-lo na comunidade e restabelecer uma conexão que perdeu a vitalidade e o sendo de moralidade. Nesse sentido, o processo terá como escopo a reconciliação, sem que uma parte se sobreponha a outra e buscando uma solução que simetricamente benéfica para todos, entendendo o papel de cada e a responsabilidade pelos atos (SALLES, 2017, p. 29).

A justiça restaurativa terá como foco, portanto, muito mais do que a sociedade e o Estado, de forma geral, devem estar centrados nas relações estabelecidas entre as partes e estas, por sua vez, devem identificar os principais conflitos e consequências decorrentes do delito, apontando as dores e as vulnerabilidades trazidas por tal conduta e encontrando um meio de harmonizar os interesses e preservar um senso de justiça.

Nesse sentido, a sociedade é de suma importância para a justiça restaurativa, haja vista que não há a possibilidade de excluí-la do plano criminal, considerando que é a ela que este serve. Todavia, “a dimensão pública não é o principal ponto de partida para resolver o conflito” e por isso não é necessário dar voz ativa e protagonismo para aqueles que diretamente serviram ao crime (PRUDENTE, 2013, p. 37).

Apesar de o cerne da justiça restaurativa ser diverso daquele adotado no retributivismo, há diversos traços comuns entre ambas os modelos de justiça, como por exemplo o reconhecimento da relevância da sociedade no entendimento do crime. O que destoa, nesse sentido, é a posição ocupada por ela dentro do espaço cênico do processo, que cabalmente acaba por afetar toda a interpretação de justiça e a própria noção de crime.

Portanto, a justiça restaurativa nada mais é do que uma forma vanguardista de interpretação do crime. Enquanto na justiça retributiva objetiva-se a compensação do crime por meio da imposição de uma pena, na justiça restaurativa prioriza-se o entendimento das carências da vítima e a aceitação da responsabilidade por parte do perpetrador, reparando-se os danos e buscando não mais produzi-los (ZEHR, 2008), o que não apenas repara muitos dos desafios contemporâneos enfrentados pelo Direito Penal, como também faz valer a função ressocializadora da pena.

## A EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em que pese a justiça restaurativa tenha ganhado notoriedade e passou a ser encarada como um objetivo a ser incorporado pelas nações mundiais na década de 90, o Brasil somente foi iniciar um movimento no sentido de adotar tais medidas a partir de 2005, a partir da ocorrência do I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, oportunidade em que foram traçados os princípios basilares de um modelo restaurativo, que posteriormente culminou no projeto denominado “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro”, sob a égide do Ministério da Justiça e do Programa Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD (PINTO, 2010).

Posteriormente, o Projeto de Lei nº 7.006/2006 buscou a incorporação no ordenamento jurídico de métodos restaurativos inéditos no Direito Penal brasileiro, o que promoveria a alteração do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei nº 9.099/1995. Contudo, a atribuição genérica constante no art. 1º do referido projeto de lei, que promovia a utilização facultativa dos métodos restaurativos nos crimes e contravenções penais, acabou gerando um enfraquecimento da proposta legislativa (JOÃO; ARRUDA, 2014).

Outrossim, os demais dispositivos do projeto de lei fracassavam ao deixar de lado muitos dos paradigmas da justiça restaurativa, procedimentalizando muitas das condutas processuais que intrinsecamente dependem da voluntariedade do agente criminoso, como é o caso das disposições do art. 4º: “o juiz, com a anuência do Ministério Público, poderá enviar peças de informação, termos circunstanciados, inquéritos policiais ou autos de ação penal ao núcleo de justiça restaurativa” (BRASIL, 2006).

Além disso, ao longo de todo o projeto de lei existem inconsistências com o modelo restaurativo inicialmente pensado, deixando de lado diversos valores essenciais para a sua concretização. Por vezes, é muito facilmente identificável, inclusive, que o sistema retributivo de justiça se faz tão presente quanto o restaurativo no projeto de lei, o que acaba conferindo uma dupla penalização do agente do crime, que é algo a ser evitado a todo custo na atual conjuntura do Direito Penal.

Desde que iniciada a tramitação do Projeto de Lei nº 7.006/2006, ainda não houve avanços significativos na efetivação da justiça restaurativa no Brasil, de forma que a matéria segue sendo objeto de discussões na Câmara dos Deputados.

Talvez um dos maiores problemas a serem enfrentados no Brasil acerca da implementação de uma justiça resida no fato de que os países que adotam o sistema da

*civil law* possuem maior resistência à implementação de práticas não-convencionais em seus ordenamentos jurídicos, haja vista que trata-se de “um sistema mais restritivo, em virtude da adoção do princípio da indisponibilidade da ação penal pública e da legalidade” (SILVA; FELIX; CAMARGO, 2016).

Nesse sentido, importante ressaltar que o chamado princípio da legalidade estabelece dentro do ordenamento jurídico brasileiro que a atuação dos agentes estatais deve estar dentro das balizas estabelecidas pela legislação, o que acaba por limitar as possibilidades de inovações no que diz respeito à implementação de métodos que não estão positivados na legislação pátria (BONFIM, 2015, p. 247).

Contudo, há de ser reconhecido que existem rumos para suprir o princípio da legalidade e legitimar a possibilidade de efetivar os métodos restaurativos no ordenamento jurídico brasileiro. Para começar, a Constituição Federal de 1988 reconhece a possibilidade de transação penal nos Juizados Especiais Criminais, a fim de facilitar a composição nos crimes de menor potencial ofensivo, nos quais a justiça restaurativa poderia muito facilmente sorver o processualismo desmedido e garantir uma melhor efetivação dos objetivos restauradores do Direito Penal (SILVA; FELIX; CAMARGO, 2016).

Na mesma senda encontra-se a Lei nº 9.099/95, que regulamenta os Juizados Especiais Criminais, que estabelece diversas possibilidades restaurativas de solucionar a ocorrência de um crime, seja por meio da composição de danos ou pela aplicação de multas, como preveem os arts. 72 e 76, por exemplo (BRASIL, 1995).

Outros diplomas normativos como o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 112, 116 e 126) e o próprio Código Penal (art. 107) já preveem institutos próprios da justiça restaurativa e que representam uma abordagem destoante de todo o sistema retributivo, o que legitima a possibilidade de adoção de métodos mais humanitários e efetivos de resolução do conflito criminal (SILVA; FELIX; CAMARGO, 2016).

Assim, a partir de uma breve análise dos dispositivos do ordenamento jurídico que recepcionam uma justiça restaurativa, é possível identificar que o sistema de justiça brasileiro está muito atrelado à legalidade e, como tal, não pode fugir dos padrões e ordenamentos positivados na legislação pátria, o que coloca em xeque a aplicação de uma justiça restaurativa plena e efetiva.

A adoção de métodos diversos do retributivo é uma medida quase que imperativa dentro do Direito contemporâneo, mas isso não significa que seja possível negar toda uma estrutura legal já existente e definida pelo poder constituinte originário.

## CONCLUSÃO

A partir de todos os pontos analisados no presente artigo, é possível concluir que a justiça restaurativa, em especial no que diz respeito à sua aplicação em sede de Direito Penal, é uma perspectiva bastante promissora para o desafogamento do sistema carcerário e para a própria efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

O a federação brasileira, enquanto um Estado Democrático de Direito, é marcada por um sistema retributivo que encontra-se defasado em diversos sentidos e já não mais reflete as necessidades sociais e os desafios do mundo contemporâneo. Em que pese não esteja questionando-se a necessidade ou não de um Direito Penal punitivo, o que se coloca em questionamento é a necessidade de medidas tão severas e tão pouco funcionais dentro de um modelo que sequer atende às funções primordiais da pena.

Ora, se os dados extraídos dos mais importantes centros de pesquisas penitenciárias não nos deixam mentir e constatam manifestamente a crise no sistema carcerário, é necessário que se encare criticamente o formato em vigência e o próprio procedimento engessado pelo qual processam-se os crimes no Poder Judiciário.

A justiça retributiva nos moldes atuais não é mais capaz de assegurar aquilo que é o intento primordial da pena, de forma que os altíssimos índices de reincidência e a formação de verdadeiras escolas do crime dentro das casas penitenciárias deixam claro que a ruptura desse sistema. Ao mesmo tempo, analisando-se de um ponto de vista externo, é impossível que a vida em coletividade seja encarada tranquilamente com a constante insegurança pública e com a sensação desmedida – embora absolutamente desacertada – de que a lei trata com banalidade o crime.

E é a partir desses obstáculos à construção de justiça que o modelo restaurativo aparece. Em que pese não espere-se uma transição repentina e brusca de um sistema para o outro, é importante destacar que nos países que adotaram procedimentos permissivos a uma abordagem restaurativa já houveram mudanças significativas nos índices de criminalidade. No próprio território brasileiro já houve iniciativas nesse sentido que se mostraram importantes passos para uma mudança de paradigma.

A partir do momento em que troca-se a lente retributiva pela restaurativa e passa-se a analisar o crime do ponto de vista dos atores envolvidos na trama delituosa passa a ser possível compreender a vítima e a entender os efeitos do crime em sua vida, ao mesmo tempo que em conscientiza-se o perpetrador das consequências do delito e busca-se uma compensação equitativa e justa.

Faz-se necessário, portanto, que haja uma mudança na visão social acerca do crime e do próprio sistema de justiça, de forma a abandonar um ponto de vista que coloca a sociedade no centro do Direito Penal e passe a respeitar a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

Ao mesmo tempo, é imperioso reconhecer que, pelo menos no que diz respeito à esfera criminal, existem ditames que ultrapassam o Direito Penal e moram nas próprias vontades – insuperáveis, diga-se de passagem – do Poder Constituinte Originário. Não é possível que se abandone aquilo que existe de mais inviolável dentro do ordenamento jurídico sem que se desestruture todo um sistema.

Assim, o que é preciso é identificar pontos em que a própria legislação pátria admita a adoção de métodos restaurativos e expandi-los de forma a torna-los mais presentes e distintos no ordenamento jurídico. É necessária uma discussão mais assertiva acerca do tema e que se consagre uma maturidade legislativa em relação ao modelo retributivo atual para fins de enfrentar os problemas ainda marcantes do Direito Penal contemporâneo.

## REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 7.006/2006**. Propõe alterações no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>>. Acesso em 01 maio 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm)>. Acesso em: 01 mai. 2021.

COSTA, Natassia Medeiros. **A construção da justiça restaurativa no Brasil como um impacto positivo no sistema de justiça criminal**. São Paulo: Lexia, 2015.

CRUZ, Davison Souza (org.). **Estudos de crime: a escola sociológica de Chicago**. Vitória: Instituto Jones dos Santos Neves, 2011.

DA SILVA, Artenira; LIMA, Dandara Miranda Teixeira de. O paradigma da justiça restaurativa frente à justiça retributiva: reflexões sobre os limites e possibilidades da sua aplicação aos casos de violência doméstica contra mulheres. **Revista Quaestio Iuris**, v. 12, n. 2, p. 1-31, 2019.

DA SILVA, João Ricardo Anastácio; FELIX, Leonardo Martins; CAMARGO, Bruna Mariely. Da justiça restaurativa como uma nova perspectiva de justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito**, v. 1, n. 1, p. 44-55, 2019.

DE OLIVEIRA, Caio José Arruda Amarante. Pescaria probatória no processo penal brasileiro: o conflito entre o sistema acusatório e os poderes instrutórios do juiz. **Revista Estudantil Manus Iuris**, v. 1, n. 2, p. 186-198, 2020.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. 30 anos de vigiar e punir. In: **Seminário Internacional do IBCCRIM**, 11., 2005, São Paulo. Disponível em: <[https://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/03/30anos\\_vigiar\\_punir.pdf](https://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/03/30anos_vigiar_punir.pdf)>. Acesso em 25 abr. 2021.

FERREIRA, Francisco Amado. **Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidade e instrumentos**. Coimbra, 2006.

INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: período de julho a dezembro de 2019. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em 25 abr. 2021.

JOÃO, Camila Ungar; ARRUDA, Eloisa de Sousa. A justiça restaurativa e sua implantação no Brasil. **Revista da Defensoria Pública da União**, n. 07, 2014.

MOLINA, Antônio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos**: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais. 3ª ed., São Paulo: RT, 2000.

MORRIS, Alisson. **Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005.

PALLAMOLLA, Raffaella de Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. A construção da Justiça Restaurativa no Brasil. **Revista Paradigma**, n. 19, 2010.

PRUDENTE, Neemias Moretti. **Introdução aos fundamentos da justiça restaurativa**. Maringá: Factótum Cultural, 2013.

ROBALO, TeresaLancy de Gouveia de Albuquerque e Sousa. **Justiça restaurativa: um caminho para a humanização do Direito**. Curitiba: Juruá, 2012.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no séc. XXI**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.: Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006.

SALLES, Debora Caorline Souza. **Justiça restaurativa versus justiça retributiva; o confronto dos discursos**. 2017. 36 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2017.

SILVA, João Ricardo Anastácio; FELIX, Leonardo Martins; CAMARGO, Bruna Mariely. Da justiça restaurativa como uma nova perspectiva de justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito**, v. 1, n. 1, p. 44-55, 2019.

SILVEIRA, Mariana Moraes. De uma República a outra: notas sobre os Códigos Penais de 1890 e de 1940. **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena**, n. 2, 2010.

TAUCHERT, Maicon Rodrigo. Justiça retributiva e justiça restaurativa: paradoxos necessários para o direito penal brasileiro. **Revista São Luis Orione**, v. 10, n. 10, p. 71-93, 2016.

TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília: Trampolim, 2017.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008.

# Capítulo 02

## EDUCAÇÃO ESCOLAR INDÍGENA, INTERCULTURALIDADE E MARCOS DA LEGISLAÇÃO

**ÉMELYN LINHARES<sup>1</sup>**

Universidade Federal da Fronteira Sul

**MARLEI ANGELA RIBEIRO DOS SANTOS<sup>2</sup>**

*“O conhecimento intercultural adquirido pelo professor indígena é um instrumento de formação da cidadania indígena, pois a sociedade em que vivemos está mudando muito, e se nós indígenas não acompanharmos essas mudanças, não iremos adquirir o conhecimento que queremos, nem o mundo que esperamos!”<sup>3</sup>*

**RESUMO:** A educação indígena tem sido temática de amplo debate no país, concernente ao reconhecimento de seus saberes, etnias, memórias e tradições. É indispensável a representatividade e participação indígena na educação brasileira que ainda são dificultadas quando da sua aplicação, conseqüentemente, reiteram-se os processos de exclusão de indígenas das decisões políticas e educacionais no país. A compreensão de muitos, sobre os povos indígenas, é influenciada por preconceitos étnico-raciais, financeiros e culturais. A universalização das escolas e o ingresso de grupos subalternizados nestes espaços reproduz a elisão de tradições, línguas, memórias e valores, bem como pereniza preconceitos, discriminação e estereotipização, especialmente em face dos povos originários. O estudo busca refletir acerca da trajetória histórica da educação escolar indígena, com base na legislação brasileira, analisar o desenvolvimento da educação intercultural e sua (in)aplicabilidade no Brasil. Enquanto procedimento metodológico utiliza-se o bibliográfico investigativo. A interculturalidade no espaço escolar refletirá na didática, nas teorias, no multiculturalismo e nos estudos culturais, rompendo com a visão problemática da diferença. A educação intercultural indígena é um ensino diferenciado e fundado na interculturalidade e bilinguismo, viabilizando a contraposição de propostas hegemônicas na educação brasileira. A sociedade do país precisa edificar-se em uma educação intercultural, atingindo de forma mais factual a relação, comunicação e contato entre as culturas e identidades diversas. A ratificação das numerosas identidades indígenas dá-se pelo reconhecimento e equidade entre indígenas e não indígenas. É por meio da materialização da convivência, organização e tradições haverá, em diversos setores da sociedade, benefícios para indígenas e não indígenas, inclusive nas escolas, dentro e fora das aldeias.

**PALAVRA-CHAVE:** Educação; Povos Indígenas; Interculturalidade.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Ciências Humanas da UFFS, campus Erechim/RS. Especialista em Direito Penal e Processo Penal – Faculdade Santa Rita; Bacharel em Direito – FUNOESC.

<sup>2</sup> Mestra em Direitos Fundamentais Civis na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Pós-graduação na área de concentração Dimensões Materiais e Eficácia dos Direitos Fundamentais, Linha de Pesquisa: Direitos Fundamentais Sociais. Especialista em Direito Civil, Processo Civil e Docência na Educação Superior - Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas; Especialista em Gestão, Licenciamento e Auditoria Ambiental - Universidade do Norte do Paraná; Especialista em Direito Ambiental - Centro Universitário Leonardo da Vinci; Especialista em Direito Público e Privado: Material e Processual - Universidade do Oeste de Santa Catarina; Bacharel em Direito – Faculdade de Ciências Sociais Aplicada.

<sup>3</sup> Prof. indígena Kaingang (C), TI Xapecó, Ipuáçu (SC), 16.01.2012 (ORÇO, 2012, p. 11).

**ABSTRACT:** Indigenous education has been the subject of a wide debate in the country, concerning the recognition of their knowledge, ethnicities, memories, and traditions. Indigenous representativeness and participation in Brazilian education are indispensable, which are still hampered when applied, consequently, the processes of exclusion of indigenous people from political and educational decisions in the country are reiterated. The understanding of many, about indigenous peoples, is influenced by ethnic-racial, financial and cultural prejudices. The universalization of schools and the entry of subaltern groups in these spaces reproduces the elision of traditions, languages, memories, and values, as well as perpetuating prejudices, discrimination, and stereotyping, especially in the face of native peoples. The study seeks to reflect on the historical trajectory of indigenous school education, based on Brazilian legislation, to analyze the development of intercultural education and its (in) applicability in Brazil. As a methodological procedure, the investigative bibliography is used. Interculturality in the school space will reflect on didactics, theories, multiculturalism, and cultural studies, breaking with the problematic view of difference. Indigenous intercultural education is a differentiated education and founded on interculturality and bilingualism, making it possible to oppose hegemonic proposals in Brazilian education. The country's society needs to build on intercultural education, reaching in a more factual way the relationship, communication, and contact between different cultures and identities. The ratification of the numerous indigenous identities occurs through recognition and equity between indigenous and non-indigenous people. It is through the materialization of coexistence, organization, and traditions, that there will be benefits for indigenous and non-indigenous people in different sectors of society, including in schools, inside and outside the villages.

**KEYWORDS:** Education; Indigenous People; Interculturality.

## INTRODUÇÃO

A participação efetiva e protagonismo na educação pelos povos originários possui uma trajetória de negação. De forma, que o colonialismo e a colonialidade resultaram em incalculáveis danos aos povos originários, resultando em processos de etnocídio, memoricídio e genocídio. Assim, se estabeleceu uma supressão e controle da liberdade, saberes e tradições dos povos indígenas.

O Brasil foi colonizado pela ideologia de invisibilização indígena, fato que ainda se reproduz negando a aplicação efetiva do ordenamento jurídico vigente com relação a proteção dos povos originários. A Constituição Federal de 1988 – CF/88 foi o marco inicial da proteção da educação indígena, com efeito a legislação infraconstitucional ampliou alguns destes direitos, por exemplo, prevendo a educação escolar indígena intercultural. Não obstante, alguns desafios e preconceitos permanecem na prática e garantia destes direitos.

Num país com diversas posições teóricas e culturas variadas é fundamental a estruturação de propostas interculturais para o diálogo entre essa pluralidade cultural. No presente trabalho se pretende analisar, sob a perspectiva da interculturalidade, políticas públicas, legislação e experiências de ensino intercultural que justificam a necessidade da implementação da educação diferenciada para os povos indígenas como propósito de repisar sua identidade.

O objetivo do presente artigo é analisar a educação escolar indígena no Brasil com base no ordenamento jurídico, verificar a (in)efetiva aplicação da educação específica nas escolas do país, inclusive a efetividade do ensino intercultural escolar nas comunidades indígenas, assegurando a dignidade e respeito aos povos originários e valorizando seus saberes e tradições.

A educação intercultural consiste em oferecer a educação sustentável aos direitos dos povos indígenas, respeitando sua cultura, línguas, tradições, memórias e conhecimentos, bem como igualdade de oportunidades e condições de obtenção de uma resposta do poder público de forma semelhante, já disposta, aos demais cidadãos brancos. Essa educação diferenciada afirma-se na interculturalidade do ensino nas escolas, o que será tratado a seguir.

## **EDUCAÇÃO ESCOLAR INDÍGENA NO BRASIL E SUA TRAJETÓRIA HISTÓRICA: ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

A Constituição Federal/1988 em seu artigo 208, § 1<sup>o</sup>, dispõe sobre o direito público subjetivo de ensino obrigatório e gratuito. O direito ao ensino fundamental é um direito subjetivo imediato e pode ser exigido por meio de processo judicial, bem como consiste em um dever prestacional inafastável do Estado. O ambiente escolar é um dos primeiros locais onde o infante tem contato com as sistematizações simbólicas, construindo sua identidade no olhar do outro.

O poder disciplinar está vinculado com o controle e a supervisão, que se materializa pelo governo do ser humano, de populações, de corpos e identidades. “Seus locais são aquelas novas instituições que se desenvolveram ao longo do século XIX e que “policiam” e disciplinam as populações modernas – oficinas, quartéis, escolas, prisões, hospitais, clínicas” (HALL, 2006, p. 42).

A autonomia atrela-se à educação, esta é caracterizada pela pesquisa, compreensão de informações e aprimoramento de saberes e habilidades. Apenas a educação tem a capacidade de estruturar a autonomia crucial para a formação da personalidade que é afeiçoada à identidade.

Nos últimos tempos, tem se intensificado a discussão quanto a relação da educação e as diferenças culturais no Brasil. Com alguns reveses, as relações étnico-raciais

---

<sup>4</sup> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

augeram, até o presente, contribuições no campo da educação no país, como o reconhecimento pelo ordenamento jurídico em alguns dispositivos, quais sejam: na CF/88; na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (Lei n. 9.394/1996) e na Lei n. 11.645/2008 que implementou a obrigatoriedade de ensino da temática “História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena”.

A CF/88 assegura em seus artigos<sup>5</sup> aos povos originários o direito à manutenção de sua identidade, ou seja, ser indígena, e reconhece suas línguas, culturas, rituais e tradições. Com essa legitimação, cindiu-se o preceito na legislação brasileira de integração dos indígenas à nação, que os considerava fadados ao desaparecimento, e se assumiu uma postura étnica-racial e social garantista.

O que se pode destacar com base em 1988, é a participação indígena na “Constituição Cidadã”, em resposta a eliminação da perspectiva assimilacionista e tutelar presente naqueles textos anteriores, a qual afirmava que os indígenas deveriam ser “incorporados à comunhão nacional” brasileira. A partir desse momento, ao invés disso, a determinação constitucional passava a ser a do reconhecimento à diversidade sociocultural e linguística das centenas de povos, bem como de proteção às suas terras e bens, materiais e imateriais (WENCZENOVICZ, 2019, p. 41).

Ressalta-se ainda, que o art. 210, § 2º, da CF/88 dispõe sobre a possibilidade do uso das línguas maternas e processos próprios de aprendizagem indígena, sendo obrigação Estatal proteger as manifestações da cultura destes povos. Diante disso, possibilitou-se a atuação da escola indígena como meio de valorização de línguas, saberes e tradições, desempenhando um papel de autodeterminação e reconhecimento dos povos indígenas.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional consigna a respeito da educação escolar para os povos indígenas em seu artigo 32, o qual reproduz o conteúdo descrito no art. 210 da CF/88. Ademais, nos art. 78 e 79 da lei consagra o dever de prestar uma educação escolar bilíngue e intercultural, visando fortalecer as identidades e memórias indígenas. Tudo isso, ocorrerá conforme disposto em lei por meio de programas integrados de ensino e pesquisa com a participação indígena na formação e desenvolvimento dos currículos escolares.

A LDB não só prevê a realização destes programas, como também pronuncia que, por meio de pessoal especializado, será elaborado e publicado materiais didáticos específicos, bem como a educação escolar indígena deverá possuir tratamento diferenciado das demais escolas ante a prática do bilinguismo e da interculturalidade.

---

<sup>5</sup> Artigos 231 e 232, CF/88.

Inclusive, a mesma legislação menciona, no art. 26, a magnitude de levar em consideração as características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos educandos.

Com a vigência da Lei n. 11.645/2008 alterou-se a LDB<sup>6</sup> estabelecendo a obrigatoriedade de inclusão na grade curricular escolar a temática “História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena”. O art. 1º, § 1º, dessa lei prevê:

O conteúdo programático a que se refere este artigo incluirá diversos aspectos da história e da cultura que caracterizam a formação da população brasileira, a partir desses dois grupos étnicos, tais como o estudo da história da África e dos africanos, a luta dos negros e dos povos indígenas no Brasil, a cultura negra e indígena brasileira e o negro e o índio na formação da sociedade nacional, resgatando as suas contribuições nas áreas social, econômica e política, pertinentes à história do Brasil (BRASIL, 2008).

A edição e vigência dessa lei representa um dos triunfos da representatividade de negros e indígenas, abrangendo indagações significativas quanto à escravidão e o racismo que são retratados nas escolas quando da referência daqueles, assim, visa reconhecer a luta desses grupos subalternizados na sociedade brasileira.

Em suma, é imprescindível lecionar aos educandos que o Brasil é pluriétnico, não havendo grupos ou povos inferiores a outros, construindo uma cultura heterogênea que respeita a diferença. Lamentavelmente, o direito dos povos indígenas no país apenas teve destaque passados mais de dez anos da promulgação da lei suprema, simultaneamente ao pouco avanço da legislação a respeito da proteção de suas terras, bens e materiais.

A escola deve ser um local heterogêneo, não sendo ambiente onde se perenizam preconceitos e discriminação. A edição da legislação é meritória, no entanto, unicamente não resolverá as hostilidades enfrentadas pelos povos originários. O professor possui um papel fundamental na compreensão dos alunos quanto à memória desses povos, contudo, não é o único que tem o dever de aplicar estas leis no âmbito escolar. Todos são responsabilizados a percorrer o desafio da educação intercultural, visto as várias barreiras ideológicas presentes na educação, o que dificulta a prática da interculturalidade nas salas de aula.

## **INTERCULTURALIDADE E EDUCAÇÃO ESCOLAR INDÍGENA**

---

<sup>6</sup> Foram modificados na LDB os arts. 26-A, 79-A e 79-B.

A classificação social originou-se pelo colonialismo, fundamentada na burguesia europeia superiora, estabelecendo uma hierarquia com relação às demais raças, criando uma relação de subordinação. Nessa concepção, formou-se uma percepção mental sobre o conhecimento, o saber e o ser com o fim de legitimar a economia e consolidar o padrão eurocêntrico e hegemônico imposto pela colonização e reproduzido pela colonialidade. Nesse sentido, Quijano (2005) afirma:

Historicamente, isso significou uma nova maneira de legitimar as já antigas ideias e práticas de relações de superioridade/inferioridade entre dominantes e dominados. Desde então demonstrou ser o mais eficaz e durável instrumento de dominação social universal, pois dele passou a depender outro igualmente universal, no entanto mais antigo, o interssexual ou de gênero: os povos conquistados e dominados foram postos numa situação natural de inferioridade, e conseqüentemente também seus traços fenotípicos, bem como suas descobertas mentais e culturais (QUIJANO, 2005, p. 118).

Com efeito, os povos indígenas foram reprimidos por fasto tempo, bem como suas memórias e tradições tornaram-se objeto de rejeição social e pela ideologia eurocêntrica. Naturalmente, os grupos inferiores sofreram repressão de identidades, estilo de vida, costumes e crenças, o que criou um processo de dizimação de memórias dos indígenas no país e uma cultura racista ideológica. Lecionam Meneses e Santos (2009):

A destruição de algumas formas de saber locais, à inferiorização de outros, desperdiçando-se, em nome dos desígnios do colonialismo, a riqueza de perspectivas presente na diversidade cultural e nas multifacetadas visões do mundo por elas protagonizadas. Trata-se, pois, de propor, a partir da diversidade do mundo, um pluralismo epistemológico que reconheça a existência de múltiplas visões que contribuam para o alargamento dos horizontes da mundaneidade, de experiências e práticas sociais e políticas alternativas. Não se questiona a importância e o valor da intervenção científica ao longo dos dois últimos séculos, sobretudo através da produtividade tecnológica, mesmo tendo em consideração os problemas criados para os quais a ciência moderna não tem solução. No entanto, este monopólio da ciência não pode ocultar e impedir-nos de reconhecer que há outras formas de conhecimento e outros modos de intervenção no real para os quais a ciência em nada contribuiu (...) (MENESES; SANTOS, 2009 p. 183).

Candau e Oliveira (2010) ressaltam o domínio da cultura europeia e a subalternização dos povos indígenas pelo processo da colonialidade:

Opera-se, então, a naturalização do imaginário do invasor europeu, a subalternização epistêmica do outro não-europeu e a própria negação e o esquecimento de processos históricos não-europeus. Essa operação se realizou de várias formas, como a sedução pela cultura colonialista, o fetichismo cultural que o europeu cria em torno de sua cultura, estimulando

forte aspiração à cultura europeia por parte dos sujeitos subalternizados. (...) A colonialidade do ser é pensada, portanto, como a negação de um estatuto humano para africanos e indígenas, por exemplo, na história da modernidade colonial (CANDAU; Oliveira, 2010, pgs. 19, 22).

Esse processo funda-se na colonialidade que, por intermédio da educação escolar, aprofunda o poder hegemônico objetivando o controle econômico, social e cultural, submete a educação a uma óptica política mercadológica e discriminadora. É da incumbência das escolas e universidades a dissipação de conhecimentos não hegemônicos, refletindo na sociedade um saber que solucione suas próprias instigações. Para isso, é necessário o acesso de grupos subalternizados nas salas de aulas, não sendo admitido o tolhimento de suas presenças, memórias, lutas, crenças e tradições.

É crucial o desenvolvimento de um ensino intercultural e decolonial, possibilitando a interrupção da fragmentação do saber, fundando-se em pensamentos e discussões epistemológicas acerca dos conhecimentos históricos e científicos. Porquanto, Walsh (2005) pronuncia-se quanto ao conceito de interculturalidade:

La interculturalidad es distinta, en cuanto se refiere a complejas relaciones, negociaciones e intercambios culturales, y busca desarrollar una interacción entre personas, conocimientos y prácticas culturalmente diferentes; una interacción que reconoce y que parte de las asimetrías sociales, económicas, políticas y de poder y de las condiciones institucionales que limitan la posibilidad que el "otro" pueda ser considerado como sujeto con identidad, diferencia y agencia la capacidad de actuar (...) los procesos de la interculturalidad, a nivel personal, se enfocan en la necesidad de construir relaciones entre iguales, a nivel social se enfocan en la necesidad de transformar las estructuras de la sociedad y las instituciones que las soportan, haciéndolas sensibles a las diferencias culturales y a la diversidad de prácticas culturales (educativas, jurídicas, de medicina y salud, etc.) que están en pleno ejercicio. Em ese sentido, el foco problemático de la interculturalidad no reside solamente en las poblaciones nativas, indígenas, sino en todos los sectores de la sociedad, con inclusión de los blancos-mestizos occidentalizados. (WALSH, 2005, pgs. 06, 10).

A autora ainda afirma que embora o sistema educacional não seja a única instituição social que deve reconhecer e expressar a diversidade cultural e promover a interculturalidade em todas as suas instâncias, talvez seja a instituição com maior potencial para impactar o pessoal e o social em larga escala (WALSH, 2005, p. 11). Walsh defende não apenas a inclusão da interculturalidade como inovação pedagógica e curricular como também a partir das experiências dos alunos e a realidade sociocultural em que vivem, incluindo conflitos internos, inter e intragrupo e desequilíbrios sociais e culturais enfrentados (2005, p. 12).

Dialogando com essa percepção, Candau e Oliveira (2010, p. 25) sustentam que a estratégia da interculturalidade é orientar pensamentos, ações e novos enfoques epistêmicos, “(re)construção do pensamento-outro”, é um processo e um projeto político. Ressaltam também, o pensamento de fronteira que torna visível diferentes lógicas e formas de pensar que vão além da eurocêntrica hegemônica, permitindo diversificadas estratégias entre grupos e conhecimentos subalternos, como os povos indígenas e negros.

É nesse sentido que a interculturalidade não é compreendida somente como um conceito ou termo novo para referir-se ao simples contato entre o ocidente e outras civilizações, mas como algo inserido numa configuração conceitual que propõe um giro epistêmico capaz de produzir novos conhecimentos e outra compreensão simbólica do mundo, sem perder de vista a colonialidade do poder, do saber e do ser. A interculturalidade concebida nessa perspectiva representa a construção de um novo espaço epistemológico que inclui os conhecimentos subalternizados e os ocidentais, numa relação tensa, crítica e mais igualitária. (CANDAU; OLIVEIRA, 2010, p. 27).

A hierarquia imperialista mantém-se quando da produção de projetos de nacionalização fundados na hegemonia branca. É a partir do grito do terror perante a colonialidade que nasce a atitude descolonial, se traduzindo em uma postura crítica do mundo e cultura na busca pela afirmação da vida dos afetados (MALDONADO-TORRES, 2008, pgs. 65-67). Maldonado-Torres declara “*La razón des-colonial* cuya finalidad primordial no es solamente el cambio em métodos de conocimiento, sino también el cambio social (2008, p. 69).

A educação intercultural traduz-se em não impor valores, viabilizando uma discussão igualitária, promovendo um “letramento cultural”, possibilitando a todos interpretar e operar, de forma criativa, signos e formas de organização da cultura. Isso, demanda ver a cultura como uma superestrutura, elemento fundamental na organização da sociedade, então, é uma questão primordial na luta para modificar essa organização (CEVASCO, 2003, p. 110-111).

(...) cultura, longe de ser marginal ou subsidiária, é constitutiva do processo social, é um modo de produção de significados e valores mais básica para o funcionamento da sociedade do que a noção de uma esfera separada, agora batizada de superestrutura, pode levar a fazer crer (CEVASCO, 2003, p. 112).

A política de universalização das escolas e a possibilidade de grupos subalternizados ingressarem nestas escolas, gera efeitos de elisão de tradições, línguas, memórias e variados valores. Tal qual, confirma Candau (2008):

Há grupos, como os indígenas, negros, homossexuais, pessoas oriundas de determinadas regiões geográficas do próprio país ou de outros países e de classes populares e/ou com baixos níveis de escolarização, que não têm o

mesmo acesso a determinados serviços, bens, direitos fundamentais que têm outros grupos sociais, em geral, de classe média ou alta, brancos e com altos níveis de escolarização. Uma política assimilacionista – perspectiva prescritiva – favorece que todos se integrem na sociedade e sejam incorporados à cultura hegemônica. No entanto, não se mexe na matriz da sociedade, procura-se assimilar os grupos marginalizados e discriminados aos valores, mentalidades, conhecimentos socialmente valorizados pela cultura hegemônica. No caso da educação, promove-se uma política de universalização da escolarização, todos são chamados a participar do sistema escolar, mas sem que se coloque em questão o caráter monocultural presente na sua dinâmica, tanto no que se refere aos conteúdos do currículo quanto às relações entre os diferentes atores, às estratégias utilizadas nas salas de aula, aos valores privilegiados etc. Simplesmente os que não tinham acesso a esses bens e a essas instituições são incluídos nelas tal como elas são. Essa posição defende o projeto de construir uma cultura comum e, em nome dele, deslegitima dialetos, saberes, línguas, crenças, valores “diferentes”, pertencentes aos grupos subordinados, considerados inferiores explícita ou implicitamente (CANDAUI, 2008, p. 50).

A promoção de uma perspectiva intercultural nas escolas impactará tanto na didática quanto na tensão entre teorias críticas, multiculturalismo e estudos culturais, logo, romperá com o pensamento de que a diferença é um problema. Uma sociedade edificada na educação intercultural atingirá de modo mais efetivo a relação e contato das diferenças culturais e de identidades. O choque entre as visões distintas e discrepantes beneficiará os processos de consolidação de identidades culturais específicas, valorizando a riqueza das diferenças culturais.

## **EXPERIÊNCIAS COM A EDUCAÇÃO INTERCULTURAL NAS TERRAS INDÍGENAS**

Stuart Hall (2003, p. 108) sustenta que “as diferenças entre as culturas colonizadora e colonizada permanecem profundas. Mas nunca operaram de forma absolutamente binária, nem certamente o fazem mais”. O autor ainda afirma que o discurso nacional não é tão moderno quanto aparece, que constrói identidades que são posicionadas entre o passado e futuro. Assim como, defende o pensamento de uma cultura nacional como discurso representativo da diferença como unidade ou identidade (HALL, 2006, p. 56, 62).

Com base na ideia de Hall de que devemos ver a identidade como um processo em andamento (2006, p. 39), também deve se fazer a educação utilizando de diversas epistemologias e se posicionando reflexivamente quanto ao conhecimento científicos desenvolvido pelas classes subalternas e, conseqüentemente, reconhecendo a importância da cultura indígena (MOREIRA; WENCZENOVICZ, 2020, p. 40).

(...) pretende-se trazer para o diálogo científico, essas intencionalidades “outras”, a construção do conhecimento a partir das expressões culturais oriundas dos diversos locais que são (des)considerados como possuidores de saberes. Esses que são provenientes da oralidade dos ancestrais indígenas, da diáspora africana, do oriente, da mestiçagem, da metafísica, do empirismo e de outros saberes subalternos, denominado “não científicos”. Pois, nos conhecimentos trazidos pelas epistemologias eurocêntricas esses “outros” não se reconhecem, não são representados, são esquecidos, são apagados, “branqueados”, homogeneizados (MOREIRA; WENCZENOVICZ, 2020, pgs. 40-41).

A educação intercultural indígena possui o atributo do ensino diferenciado, assentada na interculturalidade e no bilinguismo, o que possibilita contraditar as propostas hegemônicas na educação escolar. A educação é transmitida por meio de materiais, cartilhas e livros, muitas vezes confeccionados por docentes e discentes, oportunizando uma ampla reciprocidade de saberes, propiciando mudanças de pensamento e, ainda, na organização dos locais que são inseridos. Além disso, a educação, com uma visão epistemológica diferenciada, também se firma no reconhecimento da oralidade como modo de transmissão de saberes:

Os povos indígenas são formados em primeiro lugar pela e na oralidade, que mantém a cultura oral como seu esteio de produção e transmissão de conhecimentos, embora muitos indígenas já tenham a escrita como possibilidade de comunicação de seus saberes, devido ao longo processo de escolarização e ao ingresso na academia. (LANDA; HERBETTA, 2017, pgs. 335-336).

As escolas indígenas e o ensino intercultural devem ser entendidos como espaço e meio de reconstruir a memória, lendas, saberes, identidades étnicas dos povos originários, criando uma ressignificação destes para os indígenas e os não indígenas. A inclusão dos materiais didáticos é importante, no entanto, não apenas a aprendizagem pela oralidade é demasiada significativa, como também a inserção da natureza neste processo de formação.

A prática da educação intercultural nas terras indígenas é uma ferramenta de valorização dos profissionais indígenas que são os autores do processo de educação. Há demanda para a formação de docentes indígenas para lecionarem e colaborarem com o desenvolvimento do ambiente educacional, fundado na perspectiva intercultural onde os estudantes se tornam ativos em sua própria aprendizagem e na interação de saberes que se convertem em autonomia social e autovalorizam a identidade indígena. Há alguns exemplos de que o ensino, quando realizado por docentes não indígenas, pode, algumas vezes, acarretar alterações prejudiciais na organização e tradições destes povos:

[...] As mães das crianças esperavam que a escola dispensasse os alunos do período da tarde no horário do intervalo para o lanche (15:00) para que os mesmos pudessem ter seus cabelos cortados. Já eram quase 16 horas quando as mães foram à escola para retirar seus filhos da sala de aula porque as professoras não indígenas não quiseram interromper as atividades [...]. (GIRALDIN, 2016, p. 91).

São nesses momentos, como acima descrito, que se transmite saberes e tradições, seja por histórias contadas ou músicas cantadas. Na prática da escolarização de indígenas por docentes não indígenas, mesmo que baseados na interculturalidade, podem, ocasionalmente, contradizer ou violar o saber indígena. A educação escolar indígena no Brasil necessita enxergar e fazer não indígenas enxergarem estes povos como seres humanos e não apenas seres folclóricos detentores de saberes exóticos.

Em uma entrevista realizada pela Coordenação de Licenciatura Intercultural Indígena da Universidade Federal de Santa Catarina, a professora Joziléia Daniza Kaingang fala sobre a educação intercultural indígena:

Hoje, na escola indígena as merendeiras podem fazer comida tradicional. Época de caraguatá, por exemplo, que é uma comida, elas fazem; época de fuá, elas fazem com as crianças. Envolve. Tem algumas coisas que foram se modificando, e para o bem. Assim como ter professor indígena em sala de aula é uma forma de valorizar o ser Kaingang, o ser indígena, porque você mostra para a criança, principalmente para o adolescente, que está em uma fase de não entender muito os conflitos que tem a adolescência – porque não tínhamos isso, passávamos de criança para adulto; agora existe essa fase de adolescente. E também nós, comunidade, indígenas, temos que aprender a lidar com essa fase que veio com a cultura do não indígena, do mundo, enfim. Hoje falamos de adolescência também. E é mostrar para eles que, bom, você pode ser indígena e você pode ser professor, enfermeiro, médico... pode ser astronauta, se quiser, sem deixar de ser indígena! E é esse valorizar, mesmo, o professor indígena que está lá dentro (PAIM; PEREIRA, 2019, p. 7).

Nas palavras de Fleuri (2001, p. 71), o ambiente de ensino é movido por diversas relações entre culturas variadas que entrelaçam uma teia de significações, estas se estabelecem entre os sujeitos de culturas específicas e díspares, e é a matéria da educação intercultural. Em conformidade, Kamêr (2012) aduz:

A função social da escola indígena atual em relação à globalização é de se trabalhar com os conhecimentos das duas realidades de mundo tanto da sociedade indígena quanto da sociedade não indígena, até porque a escola é como pátio, mas além do pátio ela participa de decisões políticas e burocráticas que envolvem a questão da globalização e da interculturalidade (KAMÊR, 2012, p. 58).

As múltiplas identidades indígenas são reafirmadas pelo reconhecimento da diferença entre indígenas e não indígenas. Com a posituação de sua organização, convivência e tradições haverá benefícios em diversos setores da sociedade, inclusive nas escolas dentro e fora das aldeias. O Brasil, constituído em um Estado Democrático de Direito prevê e garante a igualdade de todos, contudo, de modo antagônico, não pode invalidar as diferenças culturais, ideológicas, religiosas, sexuais e de gênero, como bem diz Boaventura de Sousa Santos: “temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza e temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos trivializa” (2003, p. 56).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A percepção do “cidadão” sobre os povos indígenas é influenciada por suas culturas, princípios, estilo de vida, economia e preconceitos. A aceitação de uma escolarização intercultural para indígenas e não indígenas depende além das propostas do governo e do ordenamento jurídico. Apesar de ser um desafio para o país, a implementação deste ensino auxiliará no desenvolvimento decolonial dos saberes e nos processos emancipatórios destes povos subalternizados.

A antropologia, juntamente com os movimentos indígenas, mostra a beleza da pluralidade de cultura e destes povos que compõe o Brasil, que historicamente foram marcados por conflitos e desrespeito às suas identidades. Embora seja possível vislumbrar algumas mudanças na legislação e na efetivação desta, ainda é possível verificar o racismo e a discriminação étnico cultural que impedem muitos indígenas de possuírem oportunidades em igual patamar dos brancos.

Apesar do desenvolvimento da legislação, das políticas públicas e das reformas do currículo educacional, permanece algumas barreiras pedagógicas quanto ao compartilhamento destas experiências e saberes interculturais. Sequer há a aplicação absoluta do ensino intercultural no país, no entanto, é notória a necessidade da prática da interculturalidade nas escolas, visando ampliar o espaço de outros conhecimentos e formas de pensamento.

Crucial o reconhecimento da diversidade de teorias e modelos na proteção dos direitos humanos e, atualmente, o mais vindouro é o tratamento universal das questões jurídicas, raciais e étnicas que, incessantemente, perdura a desproporção excessiva. Há o compromisso de criação e desenvolvimento de oportunidades para que os povos indígenas reexaminem o modelo atual, teórico e físico das escolas, objetivando respeitar a realidade,

saberes e culturas de cada comunidade, com resultado nos currículos, materiais didáticos e prática nas escolas indígenas, assim, efetivando os direitos educacionais indígenas.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, DF: Senado, 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: 26 out.2020.

\_\_\_\_\_. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Lei n. 9.394 de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm) Acesso em 29 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 11.645, de 10 março de 2008**. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, modificada pela Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena”. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11645.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11645.htm) Acesso em 29 dez. 2020.

CANDAU, Vera Maria Ferrão; OLIVEIRA, Luiz Fernandes. Pedagogia decolonial e educação antirracista e intelectual no Brasil. In: **Educação em Revista**. Belo Horizonte, v. 26, n. 01, p. 15-40, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/edur/v26n1/02.pdf> Acesso em 01 jan. 2021.

CANDAU, Vera Maria Ferrão. Direitos humanos, educação e interculturalidade: as tensões entre igualdade e diferença. In: **Revista Brasileira de Educação**: v. 13, n. 37, jan/abr. 2008, p. 45-56. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbedu/v13n37/05.pdf> Acesso em 01 jan. 2021.

CEVASCO, Maria Elisa. **Dez lições sobre estudos culturais**. 1. ed. 2003. Disponível em: <http://www.unirio.br/cchs/ess/Members/rafaela.ribeiro/identidade-e-cultura-no-brasil-2018.2/dez-licoes-sobre-os-estudos-culturais/view.> Acesso em 13 nov. 2020.

FLEURI, Reinaldo Matias. Desafios a Educação Intercultural no Brasil. In: **Educação, Sociedade e Cultura**. n. 16, 2001, p. 45-62. Disponível em: <https://www.fpce.up.pt/ciie/revistaesc/ESC16/16-2.pdf> Acesso em 03 jan. 2021.

GIRALDIN, Odair. Dilemas da interculturalidade e da educação no Brasil. In: **Ciências, Tecnologias, Artes e Povos Indígenas no Brasil**. Org. RUSSO, Kelly; PALADINO, Mariana. Rio de Janeiro: Garamond, 2016, p. 73-101. Disponível em: [http://www.promovide.febf.uerj.br/biblioteca/nepie/ciencia\\_tecnologia\\_indigena\\_ebook.pdf](http://www.promovide.febf.uerj.br/biblioteca/nepie/ciencia_tecnologia_indigena_ebook.pdf) > Acesso em: 01 jan. 2021.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006. Disponível em: [https://leiaarqueologia.files.wordpress.com/2018/02/kupdf-com\\_identidade-cultural-na-pos-modernidade-stuart-hallpdf.pdf](https://leiaarqueologia.files.wordpress.com/2018/02/kupdf-com_identidade-cultural-na-pos-modernidade-stuart-hallpdf.pdf) Acesso em 10 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Da diáspora: identidades e mediações culturais.** Organização Liv Sovik. Belo Horizonte: Editora UFMG; Brasília: Representação da UNESCO no Brasil, 2003.

KAMÊR, Julio. **XAHTA ME PAHTÊ AMNHI NHIPEX HO HIHTTYX: a sustentabilidade Panhy entre queimadas e cantorias.** Projeto Extraescolar. Núcleo Takynahaky de Formação Superior Indígena. Universidade Federal de Goiás, 2012.

LANDA, Mariano Báez; HERBERTTA, Alexandre Ferraz. **Educação indígena e interculturalidade: um debate epistemológico e político.** Goiânia: Editora da Imprensa Universitária, 2017. Disponível em: <[https://files.cercomp.ufg.br/webby/up/688/o/ebook\\_educacao\\_indigena.pdf](https://files.cercomp.ufg.br/webby/up/688/o/ebook_educacao_indigena.pdf)> Acesso em 02 jan. 2021.

MALDONADO-TORRES, Nelson. **La descolonización y el giro des-colonial.** Tabula Rasa, n. 9, p. 61-72, 2008. Disponível em: <<http://www.revistatabularasa.org/numero-9/04maldonado.pdf>> Acesso em 04 dez. 2020.

MENESES, Maria Paula Meneses; SANTOS, Boaventura de Sousa. **Epistemologias do Sul.** 2009. Orgs. Boaventura de Sousa Santos e Maria Paula Meneses. Coimbra: Almedina. Disponível em: <[http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Revista%20Lusofona%20Educacao\\_2009.pdf](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Revista%20Lusofona%20Educacao_2009.pdf)> Acesso em: 29 dez. 2020.

MOREIRA, Messias da Silva; WENCZENOVICZ, Thaís Janaina. **Educação em direitos humanos: perspectivas decoloniais.** Joaçaba: Editora Unoesc, 2020. Disponível em: <[https://www.unoesc.edu.br/images/uploads/editora/Miolo\\_-\\_Educa%C3%A7%C3%A3o\\_em\\_direito.pdf](https://www.unoesc.edu.br/images/uploads/editora/Miolo_-_Educa%C3%A7%C3%A3o_em_direito.pdf)> Acesso em 02 jan. 2021.

ORÇO, Claudio Luiz. **Educação intercultural e a desconstrução da subalternidade indígena Kaingang.** Orientador: Reinaldo Matias Fleuri.- Florianópolis, SC, 2012. 237p. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/101037/313852.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em 01 jan. 2021.

PAIM, Elison Antonio; PEREIRA, Pedro Mülbersted. Uma experiência com a educação intercultural indígena: entrevista com a professora Joziléia Daniza Kaingang. In: **Roteiro**, v. 44, n. 1, p-1-12, 19 fev. 2019. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/roteiro/article/view/16997>> Acesso em 01 jan. 2021.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina.** Buenos Aires: CLACSO, 2005. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4386378/mod\\_folder/content/0/Quijano%20Colonialidade%20do%20poder.pdf?forcedownload=1](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4386378/mod_folder/content/0/Quijano%20Colonialidade%20do%20poder.pdf?forcedownload=1)>. Acesso em: 24 dez. 2020.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5593700/mod\\_resource/content/1/Semana%2013%20-%20SANTOS%20Boaventura.%20Por%20uma%20concep%C3%A7%C3%A3o%20multicultural%20de%20direitos%20humanos.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5593700/mod_resource/content/1/Semana%2013%20-%20SANTOS%20Boaventura.%20Por%20uma%20concep%C3%A7%C3%A3o%20multicultural%20de%20direitos%20humanos.pdf)> Acesso em: 01 jan. 2021.

WALSH, Catherine. **La Interculturalidad em la Educación**. Lima: Ministerio da Educación, 2005.

WENCZENOVICZ, Thais Janaina. **À escuta da aldeia: marcadores sociais e memória nas comunidades indígenas no Brasil Meridional**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2019.

# Capítulo 03

## A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO DAS GRANDES MARCAS E AS CONSEQUÊNCIAS LEGAIS PARA O EMPRESÁRIO

**ANTONIO EMICHAEL SOUZA GOUVEA**

**WELINGTON JUNIOR JORGE**  
Unicesumar

**RESUMO:** Nos dias de hoje, ainda é comum encontrar empresas que exploram seus empregados, mesmo tendo acesso a legislação. A precarização do trabalho humano é comum por todo o mundo, e infelizmente empresas de grande marca com produção mundial não fica livre destas ações. Desta forma, a presente proposta faz uma discussão problematizando o Direito do Trabalho e quais as consequências legais essas ações podem gerar. Por isso, se fez necessário recorrer a história do Direito do Trabalho e as relações de trabalho, não esquecendo da atuação frente a essas grandes marcas. A fundamentação está pautada na Constituição Federal de 1988, Consolidação das Leis do Trabalho, Nader (2017) e Nascimento (2011). Sendo assim, rever as práticas impostas pelas empresas se faz necessário, não apenas nas grandes marcas, mas em todo trabalho, para que as condições precárias não se tornem uma ação aceitável.

**PALAVRAS-CHAVES:** Direito do Trabalho, Precarização, Grandes Marcas

**ABSTRACT:** Nowadays, it is still common to find companies that exploit their employees, even having access to legislation. The precariousness of human labor is common all over the world, and unfortunately big brand companies with worldwide production are not free from these actions. In this way, the present proposal makes a discussion problematizing the Labor Law and what the legal consequences these actions can generate. For this reason, it was necessary to resort to the history of Labor Law and labor relations, not forgetting the performance in relation to these great brands. The rationale is based on the Federal Constitution of 1988, Consolidation of Labor Laws, Nader (2017) and Nascimento (2011). Therefore, reviewing the practices imposed by companies is necessary, not only in major brands, but in all work, so that the precarious conditions do not become an acceptable action.

**KEYWORDS:** Labor Law, Precariousness, Major Brands

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo apresentar a precarização do trabalho humano das grandes marcas, procuramos destacar quais as consequências legais essas ações podem gerar. Para fazer essa análise recorreremos a história do Direito do Trabalho, os avanços constitucionais, a criação do Ministério do Trabalho e Emprego, os casos que tiveram grande repercussão na mídia e as possíveis consequências jurídicas das práticas dessas empresas.

Na primeira parte, será destacado como as normas jurídicas sofreram alterações ao longo dos anos e quais os fatores sociais e momentos históricos que influenciaram essa

mudança. Apresentamos a necessidade de regulamentar as regras que envolviam o empregador e empregado, passando por vários marcos históricos que ocorreram no mundo e quais as influências externas na manutenção dos direitos trabalhistas.

Na segunda parte, será analisado o avanço do Direito do Trabalho nas constituições brasileiras, iniciaremos pelo texto constitucional de 1824 que não teve nenhuma expressão no que tange os direitos trabalhistas, logo depois passaremos pela constituição de 1891 que nada falou sobre a temática. Já nos anos de 1930 no governo de Getúlio Vargas ele traz pela primeira vez um texto constitucional voltado para as questões sociais dentre elas o Direito do Trabalho. As restrições ocorridas na Constituição de 1937, ao qual, sindicatos foram barrados de fazer greve a censura foi instaurada, ações ao qual ameaçavam a ordem social eram suprimidas pelo Estado.

Em contrapartida no ano de 1943 governo de Vargas reuniu todas as leis, decretos, e artigos criando a Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT. As constituições de 1946 e 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 mantiveram o que vinha sido estabelecido no que tange às leis trabalhistas. Após todas essas mudanças no dia 05 de outubro de 1988 uma nova constituição é promulgada, toda reformulada ao qual destacava, direitos sociais, políticos, econômicos, culturais plenos, não só aos trabalhadores, mas a todos os cidadãos. Em seguida trataremos no trajeto histórico do Ministério do Trabalho e Emprego e qual a sua importância na Constituição Federal.

Por fim, será tratado de casos reais de trabalho escravo por várias regiões do Brasil, apresentando gráficos, tabelas e dados que mostram a realidade de muitos brasileiros que se submetem a trabalho escravo para sobreviver, com isso, investigamos grandes empresas que fizeram parte deste escândalo e que tiveram grande repercussão nacional e internacional. Foram apresentados seis casos, ao qual indicavam trabalho escravo e quais as consequências jurídicas os empresários iriam enfrentar. Destacamos também, a reforma trabalhista e as possíveis formas de contratação e as modalidades existentes e como a Justiça do Trabalho age para por fim ao trabalho escravo no Brasil.

## **A HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO**

O direito está em constante mudança, conforme a sociedade vai se desenvolvendo novas necessidades vão surgindo e conseqüentemente as regras do trabalho também se alteram. Esse movimento é necessário devido às transformações que também ocorre no

setor produtivo<sup>7</sup>, ou seja, além de dinâmico esse contexto vive em uma dialética, tendo em vista que todos os lados se relacionam, porém há um antagonismo entre as partes, uma classe trabalhadora à mercê das precárias condições de trabalho e os que detêm os meios de produção.

Segundo Paulo Nader,

Temos conhecimento de que o Direito é algo criado pelo homem para estabelecer condições gerais de organização e de respeito interindividual, necessárias ao desenvolvimento da sociedade. O objetivo do Direito se coloca em função da convivência humana: visa favorecer à dinâmica das relações sociais; é um caminho, não o único, para se chegar a uma sociedade justa. Os homens não vivem para o Direito, embora a vida social não tenha sentido quando dissociada do valor justiça. O Direito é imposto heteronomamente, sem dependência à vontade de seus destinatários, e, para isto, dispõe, somente ele, do elemento coação<sup>8</sup>.

Considerando o Direito como agente fundamental para manter a ordem social, destacamos o Direito do Trabalho para mediar essa relação de empregados e empregadores. Desta forma, o Direito do Trabalho compõe as normas que estão atreladas às relações de trabalho, ou seja, as normas jurídicas que atribui as relações jurídicas envolvendo os sujeitos com compõe o trabalho, haja visto que dentre esses sujeitos encontra-se uma parte hipossuficiente, criando a necessidade do Estado intervir para que o trabalho tenha condições de exercer suas funções de forma saudável

De acordo com Amauri Nascimento,

O direito do trabalho surgiu como consequência da questão social que foi precedida pela Revolução Industrial do século XVIII e da reação humanista que se propôs a garantir ou preservar a dignidade do ser humano ocupado no trabalho das indústrias, que, com o desenvolvimento da ciência, deram nova fisionomia ao processo de produção de bens na Europa e em outros continentes. A necessidade de dotar a ordem jurídica de uma disciplina para reger as relações individuais e coletivas de trabalho cresceu no envolvimento das “coisas novas” e das “ideias novas”, como passamos a mostrar<sup>9</sup>.

Quando fazemos uma trajetória histórica, perpassamos por vários momentos ao qual o trabalho humano foi fundamental para o desenvolvimento econômico. Marcos históricos

---

<sup>7</sup> Embora não nos aprofundamentos nos modos de produção e na história do capitalismo, é necessário deixar claro que a indústria, capitalismo, econômica com um todo, está estabelecido de forma dinâmica, ou seja, a todo momento surgem coisas novas e o direito está junto deste processo.

<sup>8</sup> NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 39ª ed.rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.62.

<sup>9</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. – 26. ed. – São Paulo: Saraiva, p. 103, 2011.

como a Idade Média, Feudalismo, Sociedade pré-industrial, Revolução Industrial e Revolução Francesa, entre outros, foram acontecimentos que marcaram a história do mundo. As intervenções nas relações de trabalho sempre ocorreram, porém quando fazemos um recorte do século XVIII e posterior, podemos ver a regulamentação dos direitos que envolve os trabalhadores e a ideia de justiça social que são alguns dos fatores ao qual as normas trabalhistas foram se regulamentando.

Assim, os movimentos de classes foram primordiais para a regulamentação do Direito do Trabalho, não podendo desconsiderar a atuação da igreja católica com ideais doutrinários voltados para o social, fazendo toda a sociedade repensar o papel do trabalhador, concomitante os movimentos sociais dos trabalhadores a nível mundial, direitos humanos e os sociais.

Foram vários fenômenos que ocorreram no mundo todo, alguns não tão visíveis, mas que de alguma forma contribuiu para se pensar a posição dos trabalhadores frente às indústrias. O êxodo rural foi fundamental para que o Estado tomasse alguma providência para regular as normas referente aos trabalhadores. O aglomerado de pessoas oferecendo sua força de trabalho nos centros urbanos fez com que a demanda do trabalho se esgotasse, a indústria não comportava oferecer vagas para todas as pessoas, ou seja, a possibilidade de exploração do trabalhador era maior, afinal, os que não quisessem aceitar aquelas condições tinham outros milhares dispostas. A junção de todos esses fatores fez com que o Estado se atentasse, desta forma, a uma movimentação em todo mundo para regulamentar regras aos empregadores, começa a nascer aí o direito do trabalho.

Segundo Gustavo Filipe Barbosa Garcia<sup>10</sup> a influência da Igreja Católica em todas essas questões sociais referentes ao trabalho foi um marco para a proteção do trabalhador no mundo. As leis trabalhistas começam a tomar novos rumos e o século XX torna-se o precursor das garantias dos direitos trabalhistas. Podemos dizer que as Constituições dos seus respectivos países começam a inserir questões voltadas para o direito do trabalho, dentre alguns países podemos citar a do México de 1917, a Alemanha de 1919, os Tratados Internacionais do Trabalho em 1919 a Carta de Lavoro em 1927 na Itália. Após a Segunda Guerra Mundial a Organização das Nações Unidas aprova as questões referentes ao direito do trabalhador, em 1944 a Organização Internacional do Trabalho (OIT) aprovou a Declaração da Filadélfia ampliando mais direitos dos trabalhadores. Enfim, foram várias outras conferências internacionais referentes as questões desta temática, a dignidade da

---

<sup>10</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho**. - 7. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 27.

pessoa humana começa a ser levado em consideração também no aspecto econômico iniciando-se discussões voltados para a justiça social a solidariedade o bem-estar social e o bem comum de uma forma global.

## O AVANÇO DO DIREITO DO TRABALHO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

O Brasil desde seu descoberto no século XV perpassou por várias Constituições Federais iniciando a de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, logo depois a de 1967, pela Emenda Constitucional de 1969 e pôr fim a de 5 de outubro de 1988 a atual Constituição Federal, conhecida também como constituição cidadã. Dentre todas essas mudanças que ocorreram tivemos também transformações na política, economia, aspectos sociais e culturais, enfim, estudar as constituições é mostrar como o Brasil estava presente naquele momento, afinal como já foi discutido no texto, as leis e normas jurídicas nada mais são do que o fenômeno ao qual a regulam a sociedade. Neste capítulo vamos apresentar como o conceito trabalho está inserida e quais artigos eram direcionados para empregados e empregadores.

As duas constituições federais que deram início a uma nova organização do Brasil a de 1824 e a de 1891 nada trouxe de fato, algumas regulamentações de liberdade a exercício de profissões, mas nada que enfatizasse a vida empregado e do empregador. O Brasil seguia as linhas de uma política voltada para o liberalismo ao qual os sujeitos começavam a ter uma certa liberdade no que tange as profissões. Um marco histórico foi a Lei Áurea já em 1888 rompendo assim o trabalho escravo em todo Brasil, baseada nesses ideais e com a abolição da escravidão no Brasil a Constituição de 1891 reconhece a liberdade do sujeito, tanto nas questões políticas, religiosas, sociais e culturais.

O Brasil vivia um regime escravocrata. Nem a Constituição Imperial, nem as leis do País impediam que as pessoas tivessem que se submeter ao domínio absoluto de seus senhores. Mas a Lei 3.353 de 13 de maio de 1888, assinada pela Princesa Imperial Regente, aboliu para sempre a escravidão no Brasil: “É declarada extinta desde a data desta Lei a escravidão no Brasil” (art. 1º).

Em 15 de novembro de 1889, um golpe liderado pelo marechal Deodoro da Fonseca destituiu o imperador, lançou por terra a Monarquia e proclamou a República e a Federação<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p, 73.

O Brasil se espelhava muito nos movimentos políticos da Europa, todas as transformações lá ocorridas logo chegavam ao Brasil, esses movimentos influenciaram nas normas jurídicas brasileiras, principalmente nas voltadas para as condições de trabalho. As décadas de 1920 e 1930 romperam em vários aspectos, os imigrantes ao chegarem no Brasil trouxeram consigo as mesmas reivindicações como os movimentos dos operários.

A busca por melhores condições de trabalho atingia de forma generalizada todo o país, ou seja, o Brasil começa a ter um olhar diferente para as questões trabalhistas, inicia-se então com governo de Getúlio Vargas e a primeira Constituição Federal de 1934 trata questões voltadas para o direito do trabalho. Mesmo de maneira esparsa, mas já era o início de pensar a condição do trabalhador e seus direitos como, isonomia salarial, salário mínimo, jornada de trabalho, aberturas de sindicato, proteção do trabalho para menores, férias, enfim, inicia-se a busca pelos direitos trabalhistas no Brasil.

De fato, o governo de Getúlio Vargas foi o precursor no que tange os direitos trabalhistas, independente do movimento político ali presente é sensato que a busca por um viés de cunho social estava presente. A Constituição Federal de 1934 continha 187 artigos e as suas características se assemelhavam a Constituição de Weimar da Alemanha. O Rol de abertura social era uma inovação para época, direitos sociais políticos e civis mostravam que um novo modelo político. Embora a Constituição de 34 tenha durado pouco tempo, podemos dizer quem iniciava-se uma outra história no que se refere aos direitos fundamentais e sociais na vida dos brasileiros.

No que tange o Direito do Trabalho a Constituição de 1934 também deu um salto, o termo social democrata apresentava um novo olhar para a classe trabalhadora, o artigo 34 diz “A todos cabe o direito de prover a própria subsistência e a de sua família mediante trabalho honesto. O poder público deve amparar na forma de lei os que estejam em indigência”, ou seja, iniciava-se a importância do trabalhador e a sua função na sociedade, logo o estado também assumiria sua responsabilidade em amparar o trabalhador honesto na forma da lei.

Outra grande novidade foi o título IV que mencionava a Ordem Econômica e Social, reconhecendo assim as organizações sindicais e profissionais em seu artigo 120<sup>12</sup> diz “Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei”, já direcionado aos direitos trabalhistas temos o artigo 121<sup>13</sup> “A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista

---

<sup>12</sup> BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm). Acesso em 02 set. 2018.

<sup>13</sup> *Idem*.

a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País”, ao qual, promovia as condições de trabalho tanto no campo como na cidade.

Outros temas trabalhistas também estavam presentes como, trabalho agrícola e os imigrantes, ou seja, a formalização das normas trabalhistas começava a tomar corpo, resultado de todas essas iniciativas foi a criação da Justiça do Trabalho que mesmo atrelada ao executivo tinha uma importante função, era possível determinar que as questões voltadas para o trabalho tinham grande importância. De acordo com o art. 122 “Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I”.

Logo após três anos é outorgada a Constituição de 1937, porém, devido supostas ameaças comunistas espalhadas por todo mundo, o Estado brasileiro para desse movimento no dia 10 de novembro inicia-se uma nova constituição, conhecida como “polaca”, tinha como característica reformas autoritárias, composta por 174 artigos, proibia as greves, sindicatos, associações profissionais ou qualquer movimento que prejudicava a ordem econômica do país.

De acordo com Zulmar Fachin,

[...] A ordem econômica manteve a linha nacionalista, permitindo, com mais facilidade, a intervenção estatal. Os direitos sociais foram preservados, todavia com algumas restrições. A associação sindical era livre, mas o sindicato somente poderia representar a categoria se fosse regularmente reconhecido pelo Estado. Por outro lado, reprimia o exercício da greve, considerada antissocial e nociva ao trabalho e ao capital<sup>14</sup>.

O regime autoritário não tinha mais aceitação, autonomia dos três poderes precisavam ter mais autonomia, mas para que tudo isso entrasse em vigor era necessário um novo texto constitucional. O movimento pós-guerra pelo mundo também refletiu no Brasil, a ideia de redemocratização e a discussão dos Direitos Humanos fez cair a Constituição de 1937.

Mesmo com a rígida e autoritária Constituição Federal de 1937, no quesito direito do trabalho foi muito promissor para as leis trabalhistas, elas estavam esparsas em decretos, leis, artigos, podendo ser encontradas em várias partes, prejudicando ordenamento jurídico. Dessa forma, Getúlio Vargas decidiu que todas as normas jurídicas referentes às questões de trabalho se consolidem, porém, nem todos assuntos referentes a temática

---

<sup>14</sup> FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p, 88.

estavam presentes, como os assuntos referente a Previdência Social e acidente de trabalho, mas sua importância e seu poder legal eram legitimados.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento,

Foram reunidas as leis sobre o direito individual do trabalho, o direito coletivo do trabalho e o direito processual do trabalho. Surgiu, portanto, promulgada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, unindo em onze títulos essa matéria, resultado do trabalho de uma comissão presidida pelo Min. Alexandre Marcondes Filho, que, depois de quase um ano de estudos, remeteu as suas conclusões ao Presidente da República em 19 de abril de 1943, com sugestões de juristas, magistrados, entidades públicas, empresas privadas, associações culturais etc.

Concomitante com a CLT, insatisfações políticas, sociais e econômicas começaram a rodar no Governo de Vargas, o autoritarismo já não se mantinha, os movimentos sindicais queriam ter mais participação, o movimento pós-guerra buscava a instauração dos direitos sociais e políticos, os grupos clamavam pelo restabelecimento da democracia, ocorreu uma certa instabilidade neste período. Após a queda de Vargas, foi instaurada uma Assembleia Nacional Constituinte e no dia 18 de setembro de 1946 uma nova constituição foi promulgada. A Constituição de 1946 era composta por 222 artigos, trouxe ao Brasil a democracia que estava restrita no Governo Vargas as leis trabalhistas se mantiveram. Já com a CLT em vigência a justiça do trabalho passou a integrar o poder judiciário, sindicatos e associações profissionais voltaram a ter mais autonomia.

A reformulação política da década de 1960 trouxe certa instabilidade em vários os setores na sociedade, com a destituição de João Goulart e a tomada dos militares no poder executivo, várias restrições vieram acontecer. A chegada da Constituição Federal de 1967 veio acompanhada de vários atos institucionais, foi um período conturbado, o poder legislativo e judiciário ficavam a mercê dos militares. Por outro lado, se faz necessário destacar as conquistas trabalhista nesse período como o FGTS.

Instituiu-se, também, pela Lei n. 5.107, de 1966, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), destinado a promover o desenvolvimento de recursos captados para aplicação no sistema habitacional e que repercutiu sobre a indenização e a estabilidade no emprego. Com a Lei Complementar n. 7, de 1970, foi criado o Programa de Integração Social, cujo fim é a regulamentação da participação do trabalhador no desenvolvimento global das empresas, sem que possa definir-se como um sistema de participação nos lucros. Com a Lei n. 4.330, de 1964, objetivou-se disciplinar o direito de greve garantido pela Constituição Federal, estabelecidas restrições quer

quanto à forma, quer quanto ao fim do exercício do direito que, em 1946, foi regido pelo Decreto-lei n. 9.797<sup>15</sup>.

A Constituição de 1967 e a Ementa Constitucional de 1969 referente aos direitos trabalhistas muitas coisas foram mantidas, não obtiveram percas trabalhistas no período do Regime Militar. A CLT foi revisada no ano de 1975, decretos-leis referente a médico do trabalho, regime de férias, enfim, não houveram grandes modificações. Embora o regime tenha trazido muito desgaste político, social e econômico, devemos considerar que outras conquistas foram alcançadas.

Por fim, no dia 05 de outubro de 1988, a então Constituição Cidadã foi promulgada, o Estado Democrático de Direito é reconhecido, nunca na história das constituições, foi estabelecido tantas conquistas sociais para a sociedade civil, podemos enfatizar os direitos humanos, direito da criança e adolescente, consumidor, meio ambiente, entre outros. Foram várias as conquistas que a Constituição de 1988 trouxe, no que diz respeito ao direito do trabalho, também foram inseridas várias normas no texto constitucional, dentre eles, podemos destacar os artigos 7º “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social [...]” e 8º “É livre a associação profissional ou sindical [...]”<sup>16</sup>.

Amauri Mascaro Nascimento, destaca algumas conquistas expressivas previstas na Constituição Federal de 1988:

- a redução da jornada semanal de 48 para 44 horas;
- a generalização do regime do fundo de garantia com a consequente supressão da estabilidade decenal;
- a criação de uma indenização prevista para os casos de dispensa arbitrária;
- a elevação do adicional de horas extras para o mínimo de 50%;
- o aumento em 1/3 da remuneração das férias;
- a ampliação da licença da gestante para 120 dias;
- a criação da licença-paternidade, de 5 dias;
- a elevação da idade mínima de admissão no emprego para 14 anos;
- a descaracterização, como forma destinada a incentivar a iniciativa patronal, da natureza salarial da participação nos lucros;
- a instituição da figura do representante dos trabalhadores nas empresas com mais de 200 empregados;
- a reformulação da obrigatoriedade de creches e pré-escolas;
- e a inclusão, agora em nível constitucional, de três estabilidades especiais, a do dirigente sindical, a do dirigente das Comissões Internas de Prevenção de Acidentes e a das empregadas gestantes.

---

<sup>15</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. – 26. ed. – São Paulo: Saraiva, p. 106, 2011.

<sup>16</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 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 02 de set. de 2018.

Podemos dizer que são inúmeras as alterações previstas na constituição de 88, o texto procurou atender várias vertentes, não apenas o trabalhador, mas também o empregador que faz parte desse processo, mesmo havendo uma relação hipossuficiente, ambas as partes estavam respaldadas em lei. Contendo hoje 250 artigos ela permanece democrática e cidadã, se mostra aberta, plural e inovadora, possibilitando as mais diversas autonomias do sujeito, desde feitas dentro da lei.

## PERCURSO HISTÓRICO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO

O governo de Getúlio Vargas (PTB) no ano de 1930 através do decreto 19.433 no dia 26 de novembro<sup>17</sup>, criou uma secretaria voltada para indústria e trabalho, recebendo o nome de Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

No Brasil, desde a abolição da escravatura, a fase embrionária da consolidação dos direitos trabalhistas perdurou por quatro décadas. As primeiras normas de proteção ao trabalhador surgiram a partir da última década do século XIX. Em 1891, o Decreto nº 1.313 regulamentou o trabalho de menores. De 1903 é a lei de sindicalização rural e de 1907 a lei que regulou a sindicalização de todas as profissões. A primeira tentativa de formação de um Código do Trabalho, de Maurício de Lacerda, é de 1917. No ano seguinte foi criado o Departamento Nacional do Trabalho. E em 1923 surgia, no âmbito do então Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, o Conselho Nacional do Trabalho.

Mas foi após a Revolução de 1930, com a subida ao poder de Getúlio Vargas, que a Justiça do Trabalho e a proteção dos direitos dos trabalhadores realmente despontaram. Em 26 de novembro daquele ano, por meio do Decreto nº 19.433, foi criado o Ministério do Trabalho<sup>18</sup>.

No que tange o Direito do Trabalho só em 1934, após a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio insere-se na Constituição Federal alguns pontos que beneficia o trabalhador, dentre elas, “[...] liberdade sindical, isonomia salarial, salário mínimo, jornada de oito horas de trabalho, proteção do trabalho das mulheres e menores, repouso semanal, férias anuais remuneradas”<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup>BRASIL. **Decreto n. 19.433, de 26 de nov. de 1930.** Cria uma Secretaria de Estado com a denominação de Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil. Getúlio Vargas. 1930. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19433-26-novembro-1930-517354-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

<sup>18</sup>BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **A criação da CLT.** Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/70-anos-clt/historia>>. Acesso em 20 de ago de 2018.

<sup>19</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Manual do direito do trabalho**, - 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, p. 33, 2018.

As leis trabalhistas não foram consolidadas de uma única vez, as leis eram esparsas e o momento político ao qual influenciou tanto na criação das leis como na restrição de vários outros pontos. A Constituição outorgada em 1937 tirava dos sindicatos condições de organização e lutas pelo direito, a intervenção estatal estabeleceu apenas um sindicato e que os mesmos não poderiam dar início as greves ou qualquer outra manifestação, ou seja, os sindicatos começaram a ser vistos como uma ameaça para economia.

O fato de terem várias leis dispersas não facilitava o entendimento para os operadores do direito como um todo, surgindo a necessidade de unir as leis para dar mais clareza aos estudos do direito do trabalho.

Foram reunidas as leis sobre o direito individual do trabalho, o direito coletivo do trabalho e o direito processual do trabalho. Surgiu, portanto, promulgada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, unindo em onze títulos essa matéria, resultado do trabalho de uma comissão presidida pelo Min. Alexandre Marcondes Filho, que, depois de quase um ano de estudos, remeteu as suas conclusões ao Presidente da República em 19 de abril de 1943, com sugestões de juristas, magistrados, entidades públicas, empresas privadas, associações culturais etc<sup>20</sup>.

O Ministério do Trabalho e Emprego, tem como função típica fazer com que as leis criadas possam ser cumpridas pelas empresas, de fato, houveram muitas modificações e a cada constituinte que surgia, alterações eram feitas e se adequam de acordo com as necessidades sociais, políticas, econômicas. A promulgação da Constituição Federal de 1988, conhecida também como Constituição Cidadã, trouxe aos trabalhadores mais benefícios, comparando desde a sua origem, podemos citar: limitação de jornada de trabalho, licença paternidade, piso salarial, entre vários outros.

A Constituição atual instituiu, no que tange ao MTE, as seguintes atribuições:

Art. 1º O Ministério do Trabalho, órgão da administração pública federal direta, tem como área de competência os seguintes assuntos: I - política e diretrizes para a geração de emprego e renda e de apoio ao trabalhador; II - política e diretrizes para a modernização das relações do trabalho; III - fiscalização do trabalho, inclusive do trabalho portuário, e aplicação das sanções previstas em normas legais ou coletivas; IV - política salarial; V - formação e desenvolvimento profissional; VI - segurança e saúde no trabalho; VII - política de imigração; e VIII - cooperativismo e associativismo urbanos<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. – 26. ed. – São Paulo: Saraiva, p. 103, 2011.

<sup>21</sup> BRASIL. Decreto nº 8.894, de 3 de novembro de 2016. **Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério do Trabalho**, Brasília, DF, nov. 2016. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/decreto/D8894.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8894.htm)>. Acesso em 20 de ago de 2018.

De fato, o MTE agrega e muito em nosso país devido às suas atribuições, pois quando o assunto é trabalho e a vida do trabalhador se faz necessário descartarmos esse ministério. Em consequência de todo o poder que o MTE tem e sua importância não podemos esquecer do comprometimento que Ministro/a que assume essa pasta tenha como missão, estar favorável aos trabalhadores e que tenha a consciência que cada decisão tomada, deve ser pensando no bem-estar do trabalhador, por mais que as leis saem do Congresso para o presidente sancionar/vetar o trabalho conjunto de todos os setores são de extrema importância.

## **CASOS NA MÍDIA DE TRABALHO ESCRAVO**

No Brasil, o trabalho escravo foi abolido com a Lei Nº 3.353 de 1888, popularmente chamada de Lei Áurea, tal lei estabeleceu o fim do trabalho escravo, sendo possível a punição de quem a descumpri-la. Nos dias de hoje o ordenamento jurídico não fala mais em trabalho escravo, mas sim em trabalho análogo ao de escravo, com expressa normativa proibitiva de conduta no artigo 149, do CP. Com tudo, o trabalho escravo ainda segue sendo praticado, não com a mesma notoriedade do passado, em alguns casos talvez, por empresas de vários ramos mercantis. Traremos alguns casos, de empresas de grande expressão no mercado, para mostrarmos que o trabalho, sendo ele análogo ao de escravo, ainda é tão comum quanto não gostaríamos.

## **REGIÕES BRASILEIRAS COM MAIOR ÍNDICE DE TRABALHO ESCRAVO**

O trabalho escravo no Brasil segue sendo praticado por inúmeras empresas de pequeno, médio e grande porte, sendo casos mais notórios as empresas de grande porte. As áreas que se concentram os índices mais alarmantes se encontram em regiões afastadas ou que tenham mais competitividade na busca de vagas de emprego.

No ano de 2015, em uma ação de fiscalização do Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS), resgatou cerca de 1.010<sup>22</sup> trabalhadores que exerciam sua atividade em condições desumanas, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana,

---

<sup>22</sup> BRASIL, Governo do Brasil. **trabalho escravo em 2015**. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/01/brasil-resgatou-mais-de-mil-trabalhadores-do-trabalho-escravo-em-2015>> acessado em 21 de ago de 2018.

prevista na Constituição Federal de 1988. A operação do MTPS consistiu na averiguação de 257 estabelecimentos, onde foram encontrados resquícios em 90 deles, a maior concentração de mão de obra análoga à de escravo foram encontrados no estado de Minas Gerais, onde o percentual foi de 43% (correspondente a 432 pessoas) das pessoas que trabalhavam em situações extremas. O estado com o segundo percentual com 11% (correspondente a 107 pessoas) foi o estado do Maranhão, subsequente o Rio de Janeiro com 9% (correspondente a 87 pessoas), Ceará com 7% (correspondente a 70 pessoas), e, São Paulo com o percentual de 6% (correspondente a 66 pessoas)<sup>23</sup>.

No ano de 2017, os índices de trabalho escravos seguiram, quase, estabilizados, contendo pouca redução em seus números informativos. É o que mostra no gráfico abaixo<sup>24</sup>:

**Quadro 1:** Número de empregadores na lista do trabalho escravo por estado.



**Fonte:** Cadastro de Empregadores do Ministério do Trabalho (2017)

Como pode-se identificar no gráfico acima, o estado de Minas Gerais ainda continua despontando nos casos de trabalho análogo a escravo no Brasil. Tendo em vista os dados acima, as regiões do sudeste, centro-oeste, nordeste e norte, são as que há mais casos de trabalho escravo. Com isso, o trabalho escravo se mostra presente em grande parte do Brasil, como mostra o mapa abaixo<sup>25</sup>:

<sup>23</sup> BRASIL, Governo do Brasil. **trabalho escravo em 2015**. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/01/brasil-resgatou-mais-de-mil-trabalhadores-do-trabalho-escravo-em-2015>> acesso em 21 de ago de 2018.

<sup>24</sup> BRASIL, Agência de Jornalismo Investigativo. **mapa do trabalho escravo no Brasil**. Disponível em <<https://apublica.org/2017/10/no-mapa-o-trabalho-escravo-no-brasil/>> acessado em 21 de ago de 2018.

<sup>25</sup> FONTE, Agência de Jornalismo Investigativo. **mapa do trabalho escravo no Brasil**. Disponível em <<https://apublica.org/2017/10/no-mapa-o-trabalho-escravo-no-brasil/>> acessado em 21 de ago de 2018.

**Quadro 2:** Estabelecimentos incluídos no cadastro do trabalho escravo.



**Fonte:** Cadastro de Empregadores do Ministério do Trabalho (2017).

Como pode-se ver na imagem acima, há alguns estados que não se destacam com casos de trabalhos análogos ao de escravo. O MTPS tem agido com constantes fiscalizações nas áreas mais concentradas, fazendo reduzir, gradativamente, os índices alarmantes. O gráfico acima é composto por dados presentes na lista<sup>26</sup> de condenados por explorarem os trabalhadores, reduzindo-os às condições mínimas que são necessárias para o exercício do trabalho digno.

## **DURAÇÃO DO TRABALHO, JORNADA DE TRABALHO E OS RELATOS DOS EMPREGADOS**

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece, na CLT, em seu artigo 58<sup>27</sup> que as horas não poderão extrapolar um total semanal de 44 horas, ou 8 horas diárias de serviço, desde que não seja fixado outro horário limite.

Nos casos relatados na exploração do trabalho, se colocava como notória, nos casos em que os funcionários ficavam de 12 a 15 horas trabalhando ininterruptamente, com horas extras acumuladas de 80 horas, um tremendo excesso e abuso. Os funcionários chegavam a ser intimidados, sendo obrigados a cumprirem as metas impostas, um dos

<sup>26</sup> BRASIL, Ministério do Trabalho. **Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas às de escravo.** Disponível em <<http://trabalho.gov.br/noticias/4428-ministerio-publica-cadastro-de-empregadores-que-tenham-submetido-trabalhadores-a-condicoes-analogas-as-de-escravo>> acessado em 21 de ago de 2018.

<sup>27</sup> CLT, art. 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

funcionários, em depoimento aos fiscais do Ministério Público, relatou<sup>28</sup>: “Sabia que, se não fosse trabalhar, receberia advertência no outro dia.”

Em outro relato, o funcionário disse<sup>29</sup>:

“Chegou em casa por volta das duas da manhã com a obrigação de retornar em poucas horas, às 6h30. Tomou um banho, jantou e ficou vendo televisão, pois se dormisse não conseguiria levantar no horário de trabalho.”

Colocando explicitamente o abuso por parte da empresa, colocada no caso 4, na imposição de obrigações, com punições descabidas, que afetam a saúde como um todo.

Os casos citados neste trabalho se assemelham, nos relatos, ao caso trazido neste tópico. Por finalidade acadêmica e de aprofundamento na precarização do trabalho não relataremos, pra não se exceder, todos os casos trazidos.

## CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS PARA O EMPRESÁRIO

O sistema jurídico brasileiro estabelece punições, para os empresários e empresas, cíveis e penais, se tratando da prática do trabalho escravo. O Código Penal se valida como punidor do empregado que promover condições análogas ao de escravo, sendo punido com reclusão e multa. Já a empresa que for praticante, promotora, de trabalhos gravosos às pessoas, tornando-as figuras semelhantes dos escravos que antecederam a Lei que aboliu a escravidão, será punida pecuniariamente, podendo ser interditada pelo Estado, que deve ter o seu papel de intervencionista nas relações de emprego que coloque o empregado em condições subumanas.

## FORMAS DE CONTRATAÇÃO APÓS REFORMA TRABALHISTA

Com a reforma da Lei Trabalhista, a relação de emprego se tornou mais flexível, podendo ser determinada, de maneira expressa ou tácita, a vontade entre o empregado e

---

<sup>28</sup> REPÓRTER, Brasil. **Ministério do Trabalho responsabiliza fabricante da Coca-Cola por trabalho escravo.** Disponível em <<http://reporterbrasil.org.br/2016/08/ministerio-do-trabalho-responsabiliza-fabricante-de-coca-cola-por-trabalho-escravo/>> acessado em 25 de ago de 2018.

<sup>29</sup> REPÓRTER, Brasil. **Ministério do Trabalho responsabiliza fabricante da Coca-Cola por trabalho escravo.** Disponível em <<http://reporterbrasil.org.br/2016/08/ministerio-do-trabalho-responsabiliza-fabricante-de-coca-cola-por-trabalho-escravo/>> acessado em 25 de ago de 2018.

empregador. Com a reforma em 2017, a Lei teve alguns artigos revogados, e a inserção de alguns, possibilitando essa flexibilização contratual. Em seu artigo 443<sup>30</sup>, *caput*, da CLT reformada, traz a possibilidade do trabalho intermitente. Modalidade que em seu § 3º traz a definição, que segue como:

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

Por tanto, essa nova modalidade, trazida pela reforma, que passou a compor a relação de emprego no ordenamento jurídico, possibilita que o empregado e o empregador não tenham continuação com as prestações de serviço, flexibilizando a maneira de prestar serviços.

Outra nova forma de contratação, trazida pela reforma, é o *teletrabalho*. Positivado no artigo 75-A, da CLT, com definição no artigo 75-B, que reza:

Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Se tratando dessa nova modalidade o empregado passa a exercer suas atividades laborais fora do ambiente de trabalho, dentro da sede da empresa, e passa a exercê-la em sua residência. Executando, com maior flexibilidade, suas atividades.

Com a reforma trabalhista várias modalidades de contratação foram inseridas no ordenamento, passando a ser permitido pelos empregadores. Tais modalidades seguem, no período de adaptação da Lei, sofrendo sérias críticas, como a forma de contratação intermitente<sup>31</sup>:

---

<sup>30</sup> Art. 443, da CLT: O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

<sup>31</sup> UNICAMP, **Contribuição Crítica à Reforma Trabalhista**. Pág. 33. Disponível em <[https://www.ael.ifch.unicamp.br/pf-ael/public-files/noticias/arquivos/dossie\\_cesit\\_-\\_contribuicao\\_critica\\_a\\_reforma\\_trabalhista.2017.pdf](https://www.ael.ifch.unicamp.br/pf-ael/public-files/noticias/arquivos/dossie_cesit_-_contribuicao_critica_a_reforma_trabalhista.2017.pdf)> acessado em 26 de ago de 2018.

Essa forma de contratação subordina o trabalho a necessidades eventuais do empregador. O trabalhador e a trabalhadora não têm jornada pré-definida: ficam disponíveis 24 horas por dia e vinculados a um contratante que poderá dispor de seu trabalho a qualquer momento, pagando apenas pelas horas trabalhadas.

Passando por tais críticas a Reforma Trabalhista é uma realidade, que trouxe novas, seja melhor ou pior, modalidades de contratação. Sem delongar muito, há outras formas de contratação trazida pela reforma, mas para não perder o foco nos atemos aos dois exemplos de modalidades citadas acima.

## **ATUAÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA O FIM DO TRABALHO ESCRAVO**

O combate ao trabalho escravo segue sendo travado arduamente pelos órgãos de fiscalização do Ministério do Trabalho. Vários mecanismos foram criados para se combater o trabalho análogo ao de escravo no Brasil, então foi criada, no ano de 2013, pela Portaria Nº 2.027<sup>32</sup>, Os Grupos Especiais de Fiscalização Móvel (GEFM), responsável pela averiguação de locais de trabalho. Outro mecanismo criado, e que já foi citado nesta pesquisa, foi a criação de uma lista suja para as empresas, e empresários, que já foram condenados pela exploração do trabalhador mediante condições análogas à de escravo. Tais mecanismos se encontram eficazes no combate a precarização do trabalho, mas que deve, o governo, estimular o fim da exploração mediante mais mecanismos de fiscalização, e conseguir alcançar até os trabalhadores que se encontram em localidades distantes da zona urbana, onde as explorações ocorrem sem o Estado ter controle.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Chegando ao final desta vasta e longa pesquisa, tratou-se de diversas questões relacionadas a precarização do trabalho, e sua relação com empresas/marcas de grande renome no mercado brasileiro e mundial que fazem o trabalho precarizado uma nova modalidade atual da escravidão. Abordamos as questões históricas de como foi surgindo o Direito do Trabalho no Brasil, sua importantíssima evolução, com as Constituições antigas

---

<sup>32</sup> BRASIL, Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em <[http://trabalhoseguro.com/Portarias/port\\_2027\\_2013\\_fiscalizacao\\_movel.html](http://trabalhoseguro.com/Portarias/port_2027_2013_fiscalizacao_movel.html)> acessado em 26 de ago de 2018.

até na que temos hoje conhecida como Constituição Cidadã, pela ampla abordagem, de proteção, que tem sobre o vulnerável. Relacionamos, com dados, os índices que o Brasil, em sua atualidade, vem tendo com o trabalho análogo à de escravo, as regiões com maiores índices, e as/os políticas/mecanismos que o Ministério do Trabalho vem promovendo ao longo do tempo para a luta contra a precarização do trabalho.

De uma maneira sucinta, o trabalho escravo, mesmo com a abordagem rígida das fiscalizações do Ministério do Trabalho, se coloca existente em nossa sociedade. Sendo praticado por empresas de renome no mercado mundial.

Tal problema, da precarização do trabalho, se encontra distante de ter um fim efetivamente, podendo ser utópico tal pensamento de extirpação do trabalho escravo. Com tudo, tal prática pode ser reduzida com mais atuação dos órgãos responsáveis pela averiguação nas relações entre empregado e empregador, fazendo com que as empresas que se aproveitam da situação de vulnerável do empregado seja punida com a devida rigidez necessária, para não promover a reincidência na mesma prática.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Agência de Jornalismo Investigativo. **mapa do trabalho escravo no Brasil**. Disponível em <<https://apublica.org/2017/10/no-mapa-o-trabalho-escravo-no-brasil/>> acessado em 21 de ago de 2018.

BRASIL, exame. **Justiça mantém condenação da Pernambucanas por trabalho escravo**. Disponível em <<https://exame.abril.com.br/negocios/justica-mantem-condenacao-da-pernambucanas-por-trabalho-escravo/>> acessado em 24 de ago de 2018.

BRASIL, Governo do Brasil. **trabalho escravo em 2015**. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/01/brasil-resgatou-mais-de-mil-trabalhadores-do-trabalho-escravo-em-2015>> acessado em 21 de ago de 2018.

BRASIL, Governo do Brasil. **trabalho escravo em 2015**. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/01/brasil-resgatou-mais-de-mil-trabalhadores-do-trabalho-escravo-em-2015>> acesso em 21 de ago de 2018.

BRASIL, **Ministério do Trabalho e Emprego**. Disponível em <[http://trabalhoseguro.com/Portarias/port\\_2027\\_2013\\_fiscalizacao\\_movel.html](http://trabalhoseguro.com/Portarias/port_2027_2013_fiscalizacao_movel.html)> acessado em 26 de ago de 2018.

BRASIL, Ministério do Trabalho. **Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas às de escravo**. Disponível em <<http://trabalho.gov.br/noticias/4428-ministerio-publica-cadastro-de-empregadores-que-tenham-submetido-trabalhadores-a-condicoes-analogas-as-de-escravo>> acessado em 21 de ago de 2018.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm)>. Acesso em 02 set.2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 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 02 de set. de 2018.

BRASIL. **Decreto n. 19.433, de 26 de nov. de 1930**. Cria uma Secretaria de Estado com a denominação de Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil. Getúlio Vargas. 1930. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19433-26-novembro-1930-517354-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Decreto nº 8.894, de 3 de novembro de 2016. **Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério do Trabalho**, Brasília, DF, nov. 2016. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/decreto/D8894.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8894.htm)>. Acesso em 20 de ago de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **A criação da CLT**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/70-anos-clt/historia>>. Acesso em 20 de ago de 2018.

CAPITAL, Carta. **Renner envolvida com trabalho escravo**. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/revista/828/renner-esta-envolvida-com-trabalho-escravo-1352.html>> acessado em 23 de ago de 2018.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FOLHA, São Paulo. **ranking mundial do trabalho escravo**. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/11/1548633-brasil-melhora-posicao-em-ranking-mundial-do-trabalho-escravo.shtml>> acessado em 23 de ago de 2018.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho**. - 7. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Manual do direito do trabalho**, - 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 39ª ed.rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. – 26. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

UNICAMP, **Contribuição Crítica à Reforma Trabalhista**. Pág. 33. Disponível em <[https://www.ael.ifch.unicamp.br/pf-ael/public-files/noticias/arquivos/dossie\\_cesit\\_-\\_contribuicao\\_critica\\_a\\_reforma\\_trabalhista.2017.pdf](https://www.ael.ifch.unicamp.br/pf-ael/public-files/noticias/arquivos/dossie_cesit_-_contribuicao_critica_a_reforma_trabalhista.2017.pdf)> acessado em 26 de ago de 2018.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

# Capítulo 04

## HERANÇA DIGITAL: POSSÍVEL TRANSMISSÃO DOS BENS DIGITAIS

**LUCAS SÁTIRO NICOMEDES DE MATOS\***

**VALDINÉ JUNIOR GOMES SOUZA\*\***

**JOSÉ GASPAR ROSA\*\*\***

Fundação Presidente Antônio Carlos (FUPAC)

**RESUMO:** O presente artigo tem como finalidade abordar a possibilidade da transmissão dos bens digitais deixados pelo falecido, caso ele não tenha deixado expressa sua última vontade em relação a eles, como o direito sucessório brasileiro trabalha o assunto, mostrará à ausência de legislação específica por parte do Estado brasileiro quanto ao tema, bem como, as diferentes correntes por parte de doutrinadores, juristas e/ou legisladores já que o instituto herança é tratado com unicidade independente da natureza jurídica individual dos bens. Por ser um tema novo em que, a primeira geração digital começa a morrer, percebe-se pouca discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito. Posto isso, o material de pesquisa sobre o tema é concentrado em escassas doutrinas, jurisprudências e artigos multidisciplinares.

**PALAVRAS-CHAVE:** Herança Digital; Bens Digitais; Transmissão; Possibilidade; Ausência.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to address the possibility of transmitting the digital assets left by the deceased, if he did not express his last will in relation to them, as Brazilian succession law works on the subject, it will show the absence of specific legislation on the part of the Brazilian State on the subject, as well as, the different currents on the part of indoctrinators, lawyers and / or legislators since the inheritance institute is treated with uniqueness regardless of the individual legal nature of the assets. As it is a new theme in which the first digital generation begins to die, there is little doctrinal and jurisprudential discussion about it. That said, the research material on the topic is concentrated on scarce doctrines, jurisprudence and multidisciplinary articles.

**KEYWORDS:** Digital Heritage; Digital Goods; Streaming; Possibility; Absence.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo é essencial por trazer uma análise do destino dos bens digitais no que tange a sucessão legítima, já que na legislação brasileira não tem norma cogente para tal instituto e o brasileiro não tem o hábito de se organizar em caso de sua ausência. Comparando-os com leis existentes e projetos de lei, foi desenvolvido um raciocínio jurídico

---

\* Acadêmico do 9º período do Curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC, Teófilo Otoni – Minas Gerais – Brasil.

\*\* Acadêmico do 9º período do Curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC, Teófilo Otoni – Minas Gerais – Brasil.

\*\*\* Professor orientador da Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC), Teófilo Otoni – Minas Gerais – Brasil.

acerca de como eles são tratados pelo direito sucessório brasileiro e quais são suas implicações.

A tecnologia se renovou rapidamente, ainda mais nesse período de pandemia onde este aumento é visto em tempo real, seja para se adequar a nova forma de trabalho, como o *home office*, seja como as pessoas se relacionam, praticam crimes, divertem, assistem suas aulas através do ensino remoto, fazem negócios jurídicos por meio de escrituras eletrônicas, seja como os indivíduos estão contraindo matrimônio mediante casamentos virtuais e até mesmo divórcios, inclusive, usando as redes sociais como prova de demonstrar a capacidade contributiva de um determinado devedor em um processo, tudo eletronicamente.

Com isso, o direito se mantém vivo e útil à sociedade, não apenas na atualização formal de suas normas, mas também com uma interpretação equilibrada à realidade de sua época. Na esfera extrajudicial tem sido exemplo a frente de todos os países, com a criação do provimento 100 do CNJ, que regulamenta os atos notariais eletrônicos, permitindo assim, que por meio de uma plataforma digital conveniada ao DETRAN, os cartórios possam garantir a autenticidade das pessoas do outro lado da tela e uma segurança jurídica dos atos ali praticados. Porém, na esfera judicial mesmo com a criação do processo judicial eletrônico, é preciso que o direito acerte seu passo com a sociedade digital, para que possa agir nas demandas judiciais de acordo com o desenvolvimento tecnológico, no sentido de garantir a segurança dos institutos jurídicos, evitando qualquer tipo de artifício e tentativa de burlar algum direito.

Posto isso, foram destacados neste artigo os pontos mais importantes acerca da temática, dando ênfase na ausência de uma legislação específica, se os bens digitais são passíveis de sucessão e caso sejam quais seriam, levando em consideração suas classificações, mas com embate ao princípio da personalidade do *de cuius* já que o direito a privacidade deve ser resguardado. Então, indaga-se: É possível a transmissão de bens digitais no ordenamento jurídico brasileiro?

## **OBJETIVOS**

Este artigo, através de pesquisa exploratória visa abordar e garantir maior conhecimento sobre o instituto herança digital no que se refere a possibilidade de transmissão de bens digitais por meio da sucessão legítima já que, não temos no ordenamento jurídico brasileiro legislação específica para tal questão, levantando assim,

hipóteses, questionamentos e soluções para os interessados em relação à adequação do direito sucessório aos avanços tecnológicos.

## **METODOLOGIA**

O presente artigo científico, no que diz respeito à abordagem é sistemático qualitativo, haja vista que os métodos aqui utilizados têm como objetivo justificar as ideias adotadas por pesquisadores e especialistas acerca do tema, outros artigos já postulados, doutrinas jurídicas, teses, pautando-se de características que proporcionam definição aos objetos propostos, sendo utilizadas diferentes abordagens e desta forma contribuindo com a produção de informações e buscando caminhos para resolução da problemática em discussão.

Com base nisso, Mezzaroba e Monteiro lecionam:

O método representa muito mais uma atitude do que propriamente um conjunto de regras prontas e acabadas para resolver qualquer tipo de problema, ou seja, a melhor forma de investigar, de buscar soluções para os problemas ditos científicos está no estudo e na aplicação dos modelos de pesquisas que já tenham demonstrado consistência teórica e prática. (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2009, p.52).

## **BEM DIGITAL**

Precipuamente, é necessário entender que bem na definição de César Fiúza é “tudo aquilo que é útil às pessoas” (FIÚZA, 2004, p. 171.), bem como, “sendo suscetível de apropriação” (FIÚZA, 2004, p. 171.), sendo, conforme Gonçalves, como coisas que por meio concreto e material são úteis aos homens e com significado econômico, suscetíveis de apreço, também sendo considerado bens, aqueles que também possuem existência imaterial já que é possível sua apreciação econômica. (GONÇALVES, 2012). Segundo o mesmo autor:

Coisa é o gênero do qual bem é espécie. É tudo o que existe objetivamente, com exclusão do homem. Segundo o art. 202 do Código Civil português, “diz-se coisa tudo aquilo que pode ser objeto de relações jurídicas.” Coisas são bens corpóreos: existem no mundo físico e não de ser tangíveis pelo homem. (GONÇALVES, 2012, p.13).

Do mesmo modo, Maria Helena Diniz acresce que bens são coisas de valor econômico que sendo material ou imaterial podem vir a servir de objetos de uma relação jurídica. (DINIZ,2020). Ademais, pode-se extrair a noção de que bem digital é um bem que

se adequa nesta definição de bens, porém de forma imaterial, já que não há dúvidas em considerar patrimônio alguns exemplos de bens digitais, como os blogs, sites, livros digitais, criptomoedas etc, pois é possível verificar neles a existência de ligações jurídicas dotadas de conteúdo financeiro (CASAROLLI; MORAES, 2014).

Com desenvolvimento da sociedade *apud* avanço tecnológico, o homem se viu inserido num espaço cibernético em que, não se tratava apenas para fins de diversão como por exemplo jogos on-line ou sites de relacionamentos amorosos, mas sim, para fins comerciais tal como o uso de criptomoedas para transações bancárias, uso de redes sociais para fins de entretenimento e lucro, surgindo nesta seara um instituto jurídico que por sua complexidade vem causando diferentes correntes doutrinárias quanto ao seu destino, o bem digital (JUNIOR, 2018).

Outrossim, em um conceito sintético acerca de criptomoedas, são bens incorpóreos criados de forma totalmente virtual através de um sistema descentralizado denominado de mineração, em que os usuários por meio do manuseio de programas que utilizam a tecnologia *blockchain*, ou seja, um livro contábil confiável e imutável, recebem como pagamento dos serviços de criptografia prestados, da moeda trabalhada dependendo da força de trabalho utilizada. Esse ativo virtual é usado de forma descentralizada, sendo desnecessário um intermediador para que se façam as transações entre os usuários que em outras situações mais cotidianas seria feito por uma instituição financeira. Um ótimo exemplo para este segmento é o *bitcoin* (dinheiro eletrônico) que desde de 2008 começou a ser visado por nações de todo o mundo devido sua valorização exacerbada e utilização por grande parte dos usuários do ambiente virtual (ALBUQUERQUE; CALLADO, 2015). Nas lições dos professores retrocitados:

O dinheiro digital é simplesmente a ideia de que, graças à tecnologia, o dinheiro agora pode ser um objeto digital, um número de série único que pode ser diretamente trocado de forma anônima e sem contabilidade, assim como uma pessoa iria entregar uma nota de dólar para outra pessoa. Você tinha. Agora eles têm. Muito simples. (ALBUQUERQUE; CALLADO, 2015, p. 5).

Consequente, Taveira Junior aduz que “os bens digitais constituem-se em quaisquer arquivos digitalizados, isto é, devem ser considerados bens digitais apenas os dados dispostos em formato eletrônico.” (JUNIOR, 2018, p. 61). Acresce que, para um conceito doutrinário majoritário acerca da definição de bens digitais, foi preciso uma série de correntes tentando aproximar de forma mais convincente do que seria o conceito ideal para tal instituto, havendo assim, um excedente em variações. A com maior aceitação versa que os bens digitais são bens incorpóreos, de valor econômico ou não, em que sua natureza

encontra-se de modo digital, ou seja, em *bits* de processamento binário, que é a linguagem computacional (JUNIOR,2018). Deste modo, outros autores como Lara aduzem que os bens digitais são de linguagem computacional, podendo ser processados eletronicamente por via de filmes, músicas, fotos, ou seja, tudo que pode ser armazenado on-line dos diversos computadores, *iPads*, *smartfones* (LARA, 2016).

Comungando do mesmo pensamento anterior, Lacerda deixa claro que bens digitais são bens incorpóreos, os quais são gradativamente colocados no espaço virtual por um determinado usuário, consistindo em informações da maioria das vezes de caráter pessoal que lhe trazem alguma utilidade e tenham valor monetário (LACERDA, 2017). A título de exemplo, o supracitado menciona que tais bens podem ser compostos por fotos, vídeos, base de dados, artigos virtuais, documentários digitais, dentre outros meios de constituição (LACERDA, 2017).

*Com base nesses conceitos é notório que, mesmo estando inseridos em ambiente virtual são equiparados como um instituto jurídico, sendo passíveis de valor econômico, logo ocasionando lucro. Para que possam valorá-los é preciso entender que por ter uma amplitude quanto sua classificação, há três definições: Os bens digitais patrimoniais, que possuem caráter meramente econômico, como por exemplo as criptomoedas; os bens digitais existenciais relativos à identidade virtual do usuário que necessita da proteção à privacidade no que se refere ao direito da personalidade, como por exemplo o Whatsapp; e por último, não menos importante, os bens digitais patrimoniais-existenciais que possuem natureza híbrida, com repercussão em ambos os âmbitos das categorias anteriormente mencionadas, tal como os blogs (JUNIOR, 2018).*

Ainda que bem definidos, o Marco Civil da Internet instituído pela lei 12.965/14 (BRASIL, 2014) e a lei de Proteção de Dados 13.709/18 (BRASIL, 2018) não abordaram a questão em comento, havendo assim, lacunas na legislação quanto o destino deles em se tratando da ausência por disposição de última vontade, bem como a jurisprudência não é pacificada para definir quais desses ativos digitais são transmissíveis para herdeiros. Logo, evidencia somente tese onde diz que se há valor patrimonial, cabe sucessão. Portanto, por ser ampla sua classificação e não ter lei própria para destiná-los em caso de sucessão legítima, o instituto herança digital que abraça esse tipo de bem, não tem uma legislação específica vigente para regulá-lo (JUNIOR, 2018).

Em outro ângulo, são encontrados bens providos de valores sentimentais ou afetivos. A título de exemplo temos o uso pessoal de redes sociais em que um usuário possa ter criado diálogos, marcado encontros, trocado afetos, fotos, mensagens íntimas entre os demais que naquele ambiente estavam, características essas de particularidade que o

falecido poderia estar inserido. Estes bens não contemplam a ideia central de interesse do direito sucessório em que poderiam ser partilhados na sucessão do falecido, pois como não tem valor econômico não é passível de discussão (EQUIPE SAJ ADV, 2020).

## DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

Com o desenvolvimento da civilização, o homem deixou de ser nômade e começa a ter habitação fixa, constituindo família, grupos e inclusive patrimônio. Nesses primórdios, “havia uma comunhão familiar, ou seja, os bens ficavam com o grupo familiar, já que persistia a comunidade agrária, sendo as terras de propriedade coletiva da gens.”(RIZZARDO, 2005, p. 05). Valendo-se da evolução da sociedade e a necessidade em criar mecanismos para se possa resolver questões oriundas da transmissão do patrimônio deixado pelo falecido, mesmo neste período primário civilizatório, é que surge o instituto do direito das sucessões.

Segundo Roberto Gonçalves, sucessão de forma ampla, tem como significado o ato pelo qual um indivíduo assume o lugar de outro, substituindo-o na titularidade de determinados bens. A título de exemplo, em um negócio jurídico de compra e venda, o comprador sucede ao vendedor, tendo todos os direitos que a este pertenciam. De maneira semelhante, ao cedente sucede o cessionário, o mesmo acontecendo em todos os meios derivados de adquirir o domínio ou o direito.(GONÇALVES,2012).

Todavia, no direito sucessório, o vocábulo é empregado em sentido estrito, para designar tão somente o falecimento de alguém, ou seja, a sucessão *causa mortis*. Tal ramo jurídico visa a transmissão do patrimônio, sendo ele o ativo e o passivo do *de cuius* a seus sucessores (GONÇALVES,2012). A sucessão no ordenamento jurídico brasileiro acontece por disposição de última vontade, sendo ela por sucessão testamentária, ou por sucessão legítima que é através da lei. A sucessão testamentária em um conceito curto, seria a aplicação expressa da manifestação de vontade do *de cuius* por forma de um codicilo ou ato notarial à destinação de seus bens *post mortem*. Mas o que nos interessa no presente estudo é a sucessão legítima, em que são chamados a suceder aqueles em que a lei indica como sucessores do autor da herança. (BRASIL, 2002). Neste sentido, Silvia Belladi Paes de Figueiredo pontua:

Suceder significa substituir, vir depois, do latim *succedere*, na sucessão se verifica a substituição do titular de direitos, obrigações, **bens**. Há, assim, uma mudança na titularidade de uma relação jurídica, sendo certo que **o Direito das Sucessões regula a destinação do patrimônio do de cuius (de cuius successione agitur)**. (FIGUEIREDO, 2017, p. 1, destaque nosso).

## HERANÇA

A herança diferentemente de outros institutos do direito, onde a morte os encerra, ela se mostra certamente o oposto, pois é a partir da morte do autor da herança que ela se inicia, trazendo consigo o conjunto do ativo e o passivo que o *de cuius* deixou, utilizando determinadas ferramentas jurídicas para regulamentar o instituto de inventário e partilha. Como forma de garantia constitucional, com fulcro na Constituição da República de 1988 (BRASIL,1988) no que se refere aos direitos fundamentais, em seu art. 5º, XXX (BRASIL,1988), é assegurado o direito de herança, senão vejamos:

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

XXX - **é garantido o direito de herança**; (BRASIL,1988, destaque nosso).

Segundo Silvio de Salvo Venosa, herança significa “o conjunto de direitos e obrigações que se transmitem, em razão da morte, a uma pessoa, ou a um conjunto de pessoas, que sobreviveram ao falecido.” (VENOSA, 2013, p.7). Continuando com o pensamento do nobre doutrinador:

Destarte, a herança entra no conceito de patrimônio. Deve ser vista como o patrimônio do de cuius. Definimos o patrimônio como o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa. Portanto, a herança é o patrimônio da pessoa falecida, ou seja, do autor da herança. (VENOSA,2013, p.7).

Sendo a herança também conhecida como espólio ou monte, engloba o patrimônio deixado pelo falecido que será transmitido aos seus herdeiros, dos quais são os necessários, testamentários e/ou legatários. Essa transmissão de forma imediata encontra-se presente no Princípio de *Saisine* em que os herdeiros ou legatários irão aceitar, expressamente, tacitamente ou de modo que demonstre o interesse, os bens deixados pelo autor da herança. (VENOSA, 2013).

Em suma, Gonçalves ensina que a definição de herança é mais ampla, “abrangendo o patrimônio do de cuius, que não é constituído apenas de bens materiais e corpóreos” (GONÇALVES, 2012, p.24), mas representa também um conjunto de direitos, obrigações, o complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico, que na realidade, é o conjunto, a soma, em que se envolve os bens e as dívidas, as pretensões e ações de que era titular o falecido, e as que contra ele foram propostas, desde que fossem transmissíveis. (GONÇALVES,2012). Então, é considerado patrimônio todos os bens avaliáveis

monetariamente em qualquer ordem, desde que a pessoa seja titular e tenha relações econômicas.(DINIZ,2020). Diante disso, tais bens tornam parte do patrimônio digital deixado pelo *de cuius*, em que serão os objetos de herança para os sucessores. Assim, o pioneiro doutrinador Taveira Junior conceitua:

O patrimônio digital é todo um conjunto de direitos, obrigações e **bens digitais** que já fora criado, disponibilizado ou adquirido pelo falecido seja de sua autoria, de seu uso, de sua gestão particular, ou seja, tudo aquilo que é de propriedade deste que pode ter ou não valor econômico e que irá ser admitido pelos herdeiros. (JUNIOR, 2018, p. 78, destaque nosso).

Em controvérsias, o patrimônio digital, hoje, de um indivíduo deve ser definido além da ideia de bens móveis ou imóveis. O acervo digital tem duas características, podendo ser divididas em bens que contenham valor econômico ou não, envolvendo dessa forma objetos incorpóreos com particularidades de autoria própria como fotos, músicas, poesias, ou seja, objetos que detenham a necessidade primária de criação provinda de um indivíduo ou, por outro lado, objetos que alguém possa conter através do simples fato de tê-lo comprado on-line como as moedas digitais que tem valor monetário acentuado, *e-books* (livros digitais) etc, justificando assim, sua integração a herança, ademais, se tem valor patrimonial, cabe sucessão. (EQUIPE SAJ ADV, 2020).

Conforme o art.80, II, do Código Civil Brasileiro “consideram-se imóveis para os efeitos legais: (...) II - o direito à sucessão aberta.” (BRASIL, 2002, p.53). Juntamente de acordo com o art. 1.791 do mesmo regulamento, “a herança defere-se como um todo unitário” (BRASIL,2002, p.198) insuscetível de divisão em partes materiais enquanto permanece como tal (GONÇALVES, 2012). A unicidade é uma das características da herança, ainda que o patrimônio do falecido seja imenso, composto de bens imóveis e móveis, semoventes, bens fungíveis e infungíveis, a legislação brasileira considera que todos os bens deixados se tornem um conjunto, fazendo com que ele seja único. Essa unidade se tornará presente até que seja feita a partilha, com a divisão do patrimônio para cada herdeiro. A lei reconhece que vários podem ser os herdeiros, mas continua a universalidade como unidade. Todos os bens são vistos da mesma forma, independente da sua natureza jurídica individual, seja ela sendo ou não incorpórea. (CALCINI, 2020).

Há, ainda, dizer que a herança é considerada um bem imóvel e atende todas as normas inerentes a esses bens, sendo essa outra característica desse instituto, pois não importa a natureza jurídica individual de cada bem deixado como patrimônio, porque mesmo que seja um lápis, uma mansão ou um carro luxuoso, são todos tratados de forma semelhante compondo o monte para partilhar, tornando assim, a herança uma unicidade.

Portanto, esses bens serão transmitidos imediatamente aos herdeiros à herança, que passa a integrar o patrimônio de quem a recebeu. Destarte, a transmissão não acontece com abertura do inventário e partilha, mas sim com abertura do direito sucessório (princípio de *saisine*), mesmo que o herdeiro não saiba da morte do autor da herança. (CALCINI, 2020).

## HERANÇA DIGITAL

Segundo Bruno Torquato Zampier Lacerda, a natureza jurídica dos bens digitais é a de bens incorpóreos, em função da intangibilidade da informação inserida em ambiente virtual, senão vejamos:

Como visto, os bens em geral poderão ter natureza corpórea ou incorpórea. Nesse sentido os bens digitais se aproximariam mais da segunda forma, já que a informação postada na rede, armazenada localmente em um sítio ou inserida em pastas de armazenamento virtual (popularmente conhecidas como “nuvens”), seria intangível fisicamente, abstrata em princípio. (LACERDA,2017, pp. 58-59).

Na mesma linha de pensamento de Lacerda, outro professor também se posicionou a respeito do assunto:

A palavra “herança” tem maior amplitude, abrangendo o patrimônio do de cujus, que não é constituído apenas de bens materiais e corpóreos, como um imóvel ou um veículo, mas representa uma universalidade de direito, o complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico. (GONÇALVES,2012, p.32).

Até na década passada era visível um acervo físico de álbuns de fotografias guardados em armários, bem como as conversas eram feitas por meio de cartas onde esperavam meses para um resposta, não sendo diferente nas formas de vender produtos e imagem. Atualmente, a forma de perpetuar um momento, trocar informações e efetuar vendas estão disponibilizadas nas mais diversas plataformas virtuais, trazendo mais interatividade e rapidez. Essa mudança no comportamento é um sinal claro de que, cada vez mais, as lembranças e os lucros obtidos não são apenas oriundos de meios físicos (JUNIOR,2018).

É nesse contexto que herança não se restringe unicamente a bens materiais e corpóreos, e por estarmos num cenário sociológico onde a tecnologia está cada vez mais presente, juntamente com o atual avanço tecnológico-jurídico, em que é preciso entender os anseios atuais da sociedade, é que surge o instituto herança digital, como uma nova ferramenta jurídica em que os bens digitais serão objetos de possível transmissão na abertura da sucessão.(JUNIOR,2018).

## AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA E PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE

Tais definições foram necessárias para que possa ser feita uma análise panorâmica do tema em estudo, tema este conflituoso não apenas na legislação brasileira, mas praticamente em todas as legislações estrangeiras quando se refere ao assunto. Por parte disto, a sucessão testamentária indiferente dos bens ali discriminados e estando estes nas proporções ideais como postulados em lei, não apresentam discussões problemáticas à distribuição da propriedade, já que foram instrumentalizadas em toda a disposição de sua vontade *ante mortem* (JUNIOR, 2018).

Salienta-se ainda que, o instrumento jurídico retromencionado é eficaz na prevenção de lides jurídicas futuras por parte de sucessores que, por estarem pautados da última vontade do *de cuius*, não terão divergências na distribuição da herança. Esta situação infelizmente não acontece na sucessão legítima já que a lei é omissa quanto o destino desses bens, causando situações que geram controvérsias a quem os respectivos bens são de direito, quais indivíduos irão gozar destes e em que proporção. As controvérsias sobre quais bens são passíveis de herança e quais morrem com o falecido, levando em consideração o princípio da personalidade do autor da herança, acentuam ainda mais quando a problemática central gira em torno dos bens digitais, um objeto sem legislação própria. (JUNIOR, 2018). Em suma, Taveira Junior explica:

Na literatura jurídica brasileira, **são poucos os textos, oriundos de pesquisas acadêmicas, que tratam especificamente dos *digital assets***, seja na perspectiva do adequado enquadramento deles em um instituto da Teoria Geral do Direito Civil brasileiro, da sugestão de uma solução jurídica apropriada para a transmissão *causa mortis* deles, ou, ainda, no enfoque próprio dos direitos de personalidade. (JUNIOR, 2018, pp. 61-62, destaque nosso).

Parte da norma comumente utilizada por doutrinadores e juristas para o tratamento de situações no tocante a herança digital que batem na porta do judiciário, são através de legislações análogas, como por exemplo o art. 1.788 do Código Civil de 2002 (BRASIL,2002) que versa sobre a transmissão dos devidos bens aos herdeiros sucessórios:

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo. (BRASIL,2002,p.199).

Noutro giro, apesar do Novo Código Civil ser recente, datado do ano de 2002, não conseguiu evitar a problemática em comento já que, o assunto ainda é objeto de discussão

no Congresso Nacional ao ser apresentado um Projeto de Lei nº. 4.099/2012, que garantiria aos herdeiros a transmissão de todos os conteúdos de contas e arquivos digitais, acrescentando ao art. 1.788 do Código Civil um parágrafo único com a seguinte redação: “Art. 1.788 (...) Parágrafo único. Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança”. (MELLO,2012, p.1). Ocorre que, tal projeto encontra-se arquivado, caso fosse aprovado, seria parcialmente solucionado quanto a transmissão dos bens digitais mesmo sem distingui-los, mas como não foi, continua presente a omissão de uma legislação específica, permitindo assim, espaços para criação de diferentes vertentes quanto o assunto. Consoante situação, assim dissertou Taveira:

O Código Civil brasileiro atual sobreveio em 2002, oriundo de um projeto de codificação feito na década de setenta e oito do século passado. Isto pode justificar, parcialmente, a carência de inovações significativas nele, ante a própria falta de atualidade do projeto. Todavia, não deixa de ser louvável a dedicação de um capítulo inteiro aos direitos de personalidade (Capítulo 11 a 21), tendo sido regulado ao próprio corpo, ao nome, à honra, à imagem e à privacidade. (JUNIOR, 2018, pp. 141-142).

Em prol do tema legislativo, têm-se outros projetos de lei relacionados. Um deles é o de nº. 8.562 do ano de 2017 que traz alterações pertinentes no atual diploma, que por sinal encontra-se obsoleto no que tange ao direito digital, adicionado-o os artigos 1.797-A a 1.797-C (JUNIOR, 2018). O projeto versa justamente sobre o destino dos bens digitais não legislados no ordenamento jurídico pátrio aos sucessores do *de cuius*. A ideia central defende que o herdeiro legítimo é o responsável a dar destino a herança digital do falecido garantindo a ele o direito de gerir o legado do familiar (DIONIZIO,2017). Com o texto legislativo proposto se tem:

Art. 1.797-A. A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes:

- I – senhas;
- II – redes sociais;
- III – contas da Internet;
- IV – qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido.

Art. 1.797-B. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos.

Art. 1.797-C. Cabe ao herdeiro:

- I - definir o destino das contas do falecido;
  - a) - transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e mantendo apenas o conteúdo principal ou;
  - b) - apagar todos os dados do usuário ou;
  - c) - remover a conta do antigo usuário. (DIONIZIO, 2017, p.1)

Caso seja aprovado, pois tramita para votação no Plenário (PLEN), o mesmo em parte, pacífica e introduz no ordenamento jurídico a transmissão desses bens. A questão a

se observar é, sendo aprovado, não feriria o direito da personalidade de outrem que é resguardado pelo art. 5º da Constituição vigente? Nas lições de Tartuce é observado que “os dados digitais que dizem respeito à privacidade e à intimidade da pessoa, que parecem ser a regra, devem desaparecer com ela. Dito de outra forma, a *herança digital deve morrer com a pessoa.*” (TARTUCE, 2018, p.1). Inclusive, com o falecimento de um indivíduo, seja ele inoportuno ou já esperado, este ainda é um ente de direito e dar acesso aos entes familiares sucessores a contas de e-mail, redes sociais, contas de outros sites que o mesmo utilizava, sem sua expressa vontade, acarretaria dessa forma a exposição de sua intimidade (TARTUCE, 2018).

De acordo com o estudado, a ideia de que mesmo os sucessores que tem total acesso aos bens do falecido por ser de direito, esse ainda tem respaldo legal de seu direito de personalidade aos quais devem ser preservados como postulado em norma legal. O indivíduo que vem a falecer, no tocante aos meios digitais, tendo objetos imateriais aos quais são de sua autoria e que, sem o mesmo não poderiam existir, transformando-os em uma espécie de continuação pós-morte do trabalho que era feito, tendo dessa forma sua intimidade violada, momento em que o direito de personalidade age moderando o fato. Sem observância à realidade de cada país, empresas como Facebook, Twiter, Instagram, entre outras plataformas digitais, por meios corporativos universais tentam resolver esse entrelace jurídico com suas próprias ferramentas (JUNIOR, 2018).

Em uma abordagem a legislação atual acerca do tema, o que impediria a transmissão dos bens digitais seria o instituto da personalidade jurídica dos bens digitais do *de cuius* como retronoticiado, posicionamento esse minoritário e que foi suplantado pelos outros, pois apensa a inviabilidade de criação de uma norma, continuando assim, omissa no que tange o objeto em estudo. (JUNIOR,2018).

Diante do exposto, encontra-se no judiciário demandas e primeiros julgados acerca do tema em questão, sendo esperado um aumento acentuado com a popularização a cada dia da internet. Como exemplo temos o julgado no Tribunal de Justiça de Minas Gerais onde uma mãe pedia o direito de acesso aos dados contidos no notebook deixado pela sua filha, já que era possível acessar suas contas virtuais, pois as senhas estavam todas salvas naquele computador, embora já tinha sido negado tal acesso de forma administrativa pela empresa detentora da marca do aparelho, por seguir suas ferramentas corporativas de privacidade, persistindo a restrição do acesso aos dados, inclusive das redes sociais, e-mails e arquivos ali presentes. Por mais que os pais da falecida são herdeiros do aparelho, o objeto em questão julgado vem a ser justamente a integridade intelectual da *de cuius*, que segundo o magistrado Manoel Jorge de Matos Junior, tem de ser resguardada pela

legislação, já que afetava a intimidade da filha *in memoriam* que não poderia ser exposta para satisfação familiar, já que a mesma não estava mais entre nós para manifestar seu desejo, motivo pela qual a sua intimidade deveria ser preservada.(SANZI, 2018).

Entretanto, em um julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul teve decisão diferente, onde a mãe que perdeu sua filha pede judicialmente que retirasse do ar suas redes sociais, já que administrativamente também foi negado tal pedido, pois constantes mensagens de homenagens que vinha abastecendo o perfil da falecida estavam causando dor aos entes, que sempre recordavam da filha amada. Com o fim de evitar tamanho sofrimento, a magistrada Vania de Paula Arantes da 1ª Vara do Juizado Especial Central, responsável pelo caso, julgou procedente fundamentando que se a instituição detentora manter movimentada a conta de um usuário que já faleceu, atacaria diretamente o direito à dignidade da pessoa humana dos familiares e amigos enlutados. Isso pois a autora já se encontrava em sofrimento pela perda prematura da única filha. Além disso, por ser pública a página, nada impediria que os comentários poderiam se transformar em ofensas, uma vez que estão disponíveis livremente aos seguidores. (COELHO,2014).

Posto isso, caso o projeto de lei que se encontra em andamento for aprovado, será um avanço, mesmo tratando somente como um todo o direito das sucessões, não diferenciando o conteúdo com caráter patrimonial do com caráter extrapatrimonial (LEAL,2018). De acordo com a professora de direito civil da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) Livia Teixeira Leal, os bens com conteúdo econômico podem ser submetidos à sucessão. “Os familiares podem ganhar com a exploração econômica de um blog na internet, por exemplo”. (LEAL, 2018, p.1). Esse novo cenário vem desafiando o direito das sucessões. Os novos métodos de herança e patrimônio exigem uma posição e resposta do ordenamento jurídico brasileiro. Cada vez mais, ele precisa se adaptar às necessidades demandadas por esse novo prisma (JUNIOR,2018).

## CONCLUSÃO

A pesquisa realizada deixou evidente a falta de legislação a respeito da possibilidade de transmissão dos bens digitais, sendo que o mesmo é necessário diante cada vez maior utilização do judiciário brasileiro para efetuar julgamentos a respeito deste assunto, conforme variadas sentenças (julgados) já proferidos por tribunais no país. Os representantes da lei baseiam-se em legislações já postuladas para tentar apresentar um julgado plausível de equidade em seu tratamento, pois não encontram leis específicas que

regulamentam o instituto, onde daria fim aos questionamentos e receios que envolvem o risco de violação ao direito e à proteção da privacidade da pessoa falecida.

É preciso dar atenção, no entanto, aos efeitos e consequências que os atos virtuais podem causar na vida real. E, claro, tratá-los com respeito e seriedade. Vários tipos de bens digitais, como objetos de direito, podem sofrer alguma forma de violação sob o prisma do direito da personalidade, sendo que a proteção do sistema jurídico no ordenamento brasileiro deve ser o mais eficiente possível. Nesse ínterim, é preciso tal regulamentação para distinguir quais bens são passíveis de herança, caso for somente os de valor patrimonial, não se falando nos bens de valor sentimental, não ferindo assim, o princípio da personalidade do autor da herança e caso fossem, como seria essa limitação de acesso aos dados ali contidos sem expor a privacidade do falecido.

Ficou evidente diante do quadro apresentado, para que ocorra uma sucessão legítima honesta e segura, tendo em vista o momento que estamos vivendo na tecnologia digital, deve-se levar em consideração que os bens digitais se encontram no mesmo patamar que os bens tradicionais, sendo desta forma possível sua transmissão por parte de algum falecido que deixar bens digitais que possuam valor econômico, como as criptomoedas, livros digitais etc, mesmo que não tenha ocorrido a disposição de última vontade do *de cuius*, já que o princípio clássico da segurança jurídica e seus derivados resguardam tal possibilidade.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Bruno Saboia; CALLADO, Marcelo de Castro. Entendendo Bitcoins: Fatos e Perguntas. **Rev. Bras. Econ**, Rio de Janeiro, v. 69, n. 1, 2015.

BRASIL. **Código civil e normas correlatas**. 5ª edição. Atualizada até outubro de 2014. Brasília: Secretaria de Editoração e Publicações Coordenação de Edições Técnicas, Senado Federal, 2014.

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

BRASIL. Projeto de Lei nº. 4.099/2012. **Garante aos herdeiros a transmissão de todos os conteúdos de contas e arquivos digitais**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº. 8.562/2017. **Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em:

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1596819&filename=PL+8562/2017](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1596819&filename=PL+8562/2017) Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.965, 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.709/2018. **Lei de Proteção de Dados Pessoais.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2018.

CALCINI, Ricardo Souza. **Da sucessão em geral. Art.1791 comentado.** Disponível em: <https://www.direitocom.com/codigo-civil-comentado/parte-especial-livro-v-do-direito-das-sucessoes/titulo-i-da-sucessao-em-geral>. Acesso em: 12 jul.2020.

CASAROLLI, Vitor Hugo Alonso. MORAES, Maria Carolina Ferreira. **Herança digital: a relevância dos bens digitais e as controvérsias na destinação dos bens do de cujus.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34819/heranca-digital-a-relevancia-dos-bens-digitais-e-as-controversias-na-destinacao-dos-bens-do-de-cujus>. Acesso em: 24 jun. 2020.

COELHO, Helena. **Herança digital.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28872/heranca-digital>. Acesso em: 23 mai. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Vol. 4 – direito das coisas**, 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Vol. 6 – direito das sucessões**, 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

DIONIZIO, Elizeu. **Projeto de lei que acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=CFF3A2D6C787B85FAE7F3C6D28EC415B.proposicoesWebExterno1?codteor=1596819&filename=PL+8562/2017](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CFF3A2D6C787B85FAE7F3C6D28EC415B.proposicoesWebExterno1?codteor=1596819&filename=PL+8562/2017). Acesso em 17 de jul. 2020.

EQUIPE SAJ ADV. **Herança digital e direito sucessório: tudo o que você precisa saber.** Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/heranca-digital/>. Acesso em: 17 jun.2020.

FIGUEIREDO, Silvia Bellandi Paes. **Sucessão legítima: aspectos históricos e fundamentos.** Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/56103/sucessao-legitima-aspectos-historicos-e-fundamentos#\\_ftn1](https://jus.com.br/artigos/56103/sucessao-legitima-aspectos-historicos-e-fundamentos#_ftn1). Acesso em: 01 jun. 2020.

FIÚZA, César. **Direito civil: Curso completo, volume único.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUNIOR, Fernando Taveira. **Bens digitais (digital assets) e a sua proteção pelos direitos da personalidade, um estudo sob a perspectiva da dogmática civil brasileira**. 1ª ed. Porto Alegre: Revolução eBooks-Simplíssimo, 2018.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens digitais** – Indaiatuba, Editora Foco Jurídico, 2017.

LARA, Moisés Fagundes. **Herança Digital**. Porto Alegre, RS: s.c.p, 2016.

LEAL, Livia Teixeira. **Clipping – O Valor Econômico – Justiça recebe os primeiros casos sobre herança digital**. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2018/09/18/clipping-o-valor-economico-justica-recebe-os-primeiros-casos-sobre-heranca-digital/>. Acesso em: 18 abr. 2020.

MELLO, Jorginho. **Projeto de lei que altera o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “institui o Código Civil”**. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1004679&filenome=PL+4099/2012](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1004679&filenome=PL+4099/2012). Acesso em 17 de jul. 2020.

MEZZAROBA, Orides. MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NORMAIS-LEGAIS. **Sucessão Legítima**. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/guia/clientes/sucessao-legitima.htm>. Acesso em: 07 jul.2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SANZI, Julia. **Herança digital e direito sucessório**. Disponível em: <https://www.anoregsp.org.br/noticias/34855/artigo-heranca-digital-e-direito-sucessorio-por-julia-sanzibr-rn>. Acesso em: 22 abr. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Herança digital e sucessão legítima - Primeiras reflexões**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1301/Heran%C3%A7a+digital+e+sucess%C3%A3o+leg%C3%ADtima+++Primeiras+reflex%C3%B5es>. Acesso em: 12 jul. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

# Capítulo 05

## CONSTELAÇÃO FAMILIAR COMO MEIO ADEQUADO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS VARAS DE FAMÍLIA

**LARISSA RIBEIRO DA SILVA**

Bacharel em Direito pela Unisociesc

**ANDRÉA GRANDINI JOSÉ TESSARO**

Docente na Unisociesc

Doutoranda e Mestre em Patrimônio Cultural e Sociedade

**RESUMO:** O presente artigo discute o método da constelação familiar como uma alternativa contemporânea e eficaz para solução de conflitos existentes e demandas no âmbito familiar com potencialidade de se tornarem lides judiciais. Com abordagem bibliográfica, a pesquisa busca verificar os resultados e benefícios em face dos métodos convencionais existentes.

**PALAVRAS-CHAVE:** constelação familiar, poder judiciário, conflitos.

**ABSTRACT:** This article discusses the method of family constellation as a contemporary and effective alternative for solving existing conflicts and demands in the family environment with the potential to become litigation. With a bibliographical approach, the research seeks to verify the results and benefits in view of the existing conventional methods.

**KEY-WORDS:** family constellation, judicial power, conflicts.

### INTRODUÇÃO

As relações familiares passam por transformações e o direito busca ferramentas e técnicas contemporâneas para se alinhar às demandas inéditas e às situações milenares, transformadas pela presente era. Cotidianamente, inúmeras pessoas batem às portas do judiciário para buscar solução para seus conflitos, inclusive para seus arranjos familiares, notadamente nas questões envolvendo guarda, alimentos, regulamentação de visitas, divórcio, adoção, etc.

De acordo com os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2019 tramitavam no Poder Judiciário 77,1 milhões de processos, aguardando alguma solução. Tal cifra revela a dimensão da volumosa carga imposta ao judiciário, que não dá conta de solucioná-la, tanto em razão do tempo razoável, como em relação à eficácia em apresentar solução definitiva, suficiente para deixar os jurisdicionados satisfeitos. Em virtude disto, o Código de Processo Civil, promulgado no ano de 2015, apresentou novos métodos de autocomposição como ferramentas legítimas e reconhecidas de solução de conflitos.

Diante disso, uma nova abordagem emergiu dentro do Poder Judiciário brasileiro e vem recebendo destaque no âmbito da resolução dos conflitos familiares: trata-se do Direito Sistêmico, em que se utiliza como base a Constelação Familiar, uma terapia integrativa desenvolvida pelo psicoterapeuta alemão Bert Hellinger. A abordagem sistêmica busca desmistificar o desequilíbrio das relações, visando desvendar os fatores que geraram o conflito, atuando nas raízes dos mesmos. O intuito dessa abordagem no sistema judiciário é incentivar a comunicação não violenta, permitindo um olhar inclusivo e diferenciado entre e para com os litigantes.

Ante o exposto, busca-se analisar o Direito Sistêmico como um instrumento efetivo de pacificação social e prevenção de litígios no contexto familiar e verificar a sua capacidade correlacionada com a tarefa de promover a desjudicialização.

## **CONSTELAÇÃO FAMILIAR E DIREITO SISTÊMICO**

O Direito Sistêmico é uma denominação criada pelo juiz de Direito do Estado da Bahia, Sami Storch, para designar a aplicação da terapia de Constelação Familiar de Bert Hellinger no Poder Judiciário. O magistrado criou a terminologia visando uma transformação na abordagem do Judiciário brasileiro em relação aos conflitos familiares.

Bert Hellinger, psicoterapeuta alemão, criou o método de constelações familiares após o estudo e observação das relações no contexto familiar e social como um todo. Analisando a dinâmica presente nos relacionamentos familiares, porém muitas vezes imperceptível aos componentes, o propulsor da terapia esquematizou uma forma de encontrar as forças motrizes que operam no comportamento das pessoas em face aos conflitos familiares. De acordo com Hellinger, com a terapia familiar sistêmica, busca-se encontrar no meio da situação familiar algum componente que esteja entrelaçado nos membros anteriores de sua família, razão pela qual seus problemas são criados ou potencializados sem a sua percepção (HELLINGER, 2006).

O indivíduo que procura ou se beneficia deste tipo de ajuda terapêutica pode ser designado como buscador. Na terapia de constelações familiares os indivíduos correlacionados ao buscador são substituídos no momento da dinâmica por outras pessoas desconhecidas que são escolhidas ao acaso e atuarão desenvolvendo o papel, por exemplo, do pai, mãe, tio do buscador sem conhecê-lo, tampouco sua história familiar.

Ao trabalhar com o conceito de emaranhamento, a atuação da terapia de Constelação Familiar busca encontrar o marco passado ocorrido nas relações familiares

que foi determinante para os problemas presentes do buscador. Neste sentido Hellinger (2006, p. 13) esclarece seu raciocínio:

Emaranhamento significa que alguém na família retoma e revive inconscientemente o destino de um familiar que viveu antes dele. Se, por exemplo, numa família, uma criança foi entregue para adoção, mesmo numa geração anterior, então um membro posterior dessa família se comporta como se ele mesmo tivesse sido entregue. Sem conhecer esse emaranhamento não poderá se livrar dele. A solução segue o caminho contrário: a pessoa que foi entregue para adoção entra novamente em jogo. E colocada, por exemplo, na constelação familiar. De repente, a pessoa que foi excluída da família passa a ser uma proteção para aquela que estava identificada com ela. Quando essa pessoa volta a fazer parte do sistema familiar e é honrada, ela olha afetuosamente para os descendentes.

Partindo-se do pressuposto indicado de que as ações anteriores de outros membros familiares interferem diretamente no comportamento do buscador, percebe-se que o uso de outros indivíduos para representar a família pode iluminar a desarmonia dentro da família, e acredita-se que os indivíduos que atuam como membros da família do buscador sejam capazes de sentir e experimentar as emoções da pessoa cujo papel assumiram (HELLINGER; WEBER; BEAUMONT, 1999).

Na perspectiva de Hellinger, isso se dá em função de o comportamento humano possuir a tendência de desenvolver uma consciência de grupo, que pode afetar todos os membros do mesmo. Nesta consciência coletiva os envolvidos desenvolvem uma necessidade de compensação, nas palavras do psicoterapeuta: “Isso significa que a injustiça que foi cometida em gerações anteriores será representada e sofrida posteriormente por alguém da família para que a ordem seja restaurada no grupo. É uma espécie de compulsão sistêmica de repetição” (HELLINGER, 2006).

Hellinger chama esse sentimento de conexão, que se manifesta telepaticamente pelos membros do grupo, no campo morfogênico. Embora os representantes falem pouco no decorrer das sessões, o senso de conhecimento que se acredita resultar do processo é aparente para todos os que participam. Dessa maneira o buscador observando de fora pode obter uma nova perspectiva sobre a situação.

A Constelação familiar não possui nenhuma ligação com iniciativas ou práticas religiosas. Porém, o próprio idealizador admite que a Constelação possui uma liturgia estabelecida e, desta forma, constitui-se num ritual de cura. Um ritual com uma metodologia estabelecida, mas que apresenta seu resultado em virtude da dinâmica da constelação. Bert Hellinger, no desenvolvimento de seu trabalho percebeu e esquematizou as três leis, que denominou do amor: o pertencimento; o equilíbrio entre dar e receber; a ordem.

O pertencimento representa a premissa de que todos os seres humanos sentem que possuem o direito igual aos seus familiares de pertencer ao grupo, decorrente de uma

necessidade de vínculo afetivo. Para Hellinger todos os integrantes da família sejam ascendentes ou descendentes, consanguíneos ou não, conhecidos ou não, são considerados parte da família e possuem a chance de influenciar na vida um dos outros mesmo após a morte (TESCAROLLI).

Dessa forma, se uma situação acontece no passado, como por exemplo, um membro familiar ser excluído injustamente da família, surge uma necessidade intrínseca e muitas vezes imperceptível de reparação, realização de justiça ou sentimento de culpa, ainda que não haja mais o que ser feito para a correção do problema passado. Assim sendo, tal exclusão muito provavelmente gerará um impacto nas gerações posteriores que buscarão recompensar o dano sofrido em virtude da percepção comum de que no âmbito familiar não se tolera a exclusão ou esquecimento (HELLINGER, 2006).

A segunda lei de acordo com o Bert Hellinger é a da hierarquia, em que os membros mais antigos possuem primazia em detrimento dos mais novos e exercem seus poderes no desenrolar do relacionamento. Uma vez que esta premissa é violada, toda a organização de papéis familiares pode apresentar problemas. Hellinger (2004, p. 65) desenvolve seu pensamento sobre a hierarquia familiar desta forma:

Uma outra lei básica se manifesta na atuação da consciência grupal: em cada grupo reina uma hierarquia, que é definida pela precedência no tempo. Os antecessores têm precedência sobre os sucessores: por exemplo, um avô tem precedência sobre um neto. Em razão disso, a compensação que obedece à consciência grupal não faz justiça aos sucessores, pois não se equipara aos antecessores. A compensação arcaica contempla os antecessores, seja para fazer valer o direito deles, seja para expiar a culpa em seu lugar, seja ainda para resgatá-los, a posteriori, de seu destino funesto. Influenciado pela consciência grupal, o sucessor reage à própria presunção com uma necessidade de fracasso e declínio.

A terceira lei do amor reside no equilíbrio entre dar e receber, ou seja, cada membro familiar deve cooperar com a parte que lhe cabe nos quesitos relativos às obrigações financeiras, obrigações relacionadas a tarefas cotidianas etc. No equilíbrio entre dar e receber tem-se também a necessidade de que heranças, partilhas e benefícios sejam distribuídos justamente segundo o juízo de cada integrante da família. Havendo desacordos e insatisfações nesta questão em virtude de desproporcionalidades, problemas diversos podem incidir principalmente nas gerações futuras do grupo familiar (MASUDA, 2019).

## **AMPARO LEGAL DAS TÉCNICAS DE AUTOCOMPOSIÇÃO**

Em virtude da alta demanda enfrentada pelo Poder Judiciário no Brasil há décadas, verifica-se que o sistema não se demonstra apto a processar e avaliar as demandas que lhes são apresentadas em tempo satisfatório. Esta realidade pode justificar-se pelo fato de

a estrutura existente de pessoal e material não parecerem suficientes ou pela questão de que um julgamento proferido quase sempre leva ao desacordo ambas as partes, gerando recursos e outros artifícios que prolongam o processo e dificultam a execução. Ademais, percebe-se que situações de conflitos familiares produzem um anseio de resolução imediata, visto que os envolvidos muitas das vezes residem conjuntamente.

Não obstante a situação ora posta, tem-se também a realidade de que ao longo dos anos de análise na experiência com os conflitos familiares, percebeu-se que os conflitos no campo das relações familiares são muito mais complexos do que os demais conflitos que tramitam no Judiciário brasileiro. Demandas desenroladas no âmbito do direito civil como discussões contratuais, indenizações, responsabilizações civis, dentre outras, normalmente são situações nas quais de fato busca-se apenas a reparação pecuniária, o deferimento do direito pretendido. Atingindo o objetivo do processo judicial, a parte requerente tem (em teoria) suas pretensões plenamente satisfeitas.

Na seara das demandas ambicionadas por aqueles que decidem apelar às varas de família, apesar de aparentemente muitas das vezes representarem apenas uma busca por compensação financeira ou algum direito positivado, verifica-se que a realidade é diversa. Principalmente pelo fato de envolver recorrentemente relacionamentos amorosos, crianças, ainda que a decisão judicial ofereça sua melhor opção de resolução do conflito, as determinações provenientes dela normalmente não são totalmente benéficas para nenhum litigante. Isto ocasiona um descontentamento em níveis diferentes em todos.

Não bastassem as conjunturas demonstradas, o próprio processo em juízo cível é potencialmente capaz de gerar novos problemas familiares no decurso de sua atividade. Por exemplo, uma testemunha componente do grupo familiar litigante que elucidar em juízo a favor de um dos envolvidos pode trazer à luz fatos comprometedores sobre a outra, despertar ressentimentos e/ou gerar novas inimizades.

Por essa razão, o mundo jurídico e a sociedade já estão reconhecendo a necessidade de novos métodos de gestão de conflitos. Estes métodos, que compreendem a terapia de Constelação Familiar, visam de forma mais eficaz e abrangendo todos os problemas desde suas raízes, sejam ofertadas soluções que melhorem os relacionamentos familiares, proporcionem paz e capacitem os mesmos a lidarem melhor com eventuais problemas que surjam.

Nesse sentido, o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal ultrapassa o recinto formal, permitindo ao Poder Judiciário pôr em vigor políticas públicas não somente para melhorar e complementar os serviços prestados nos processos judiciais, bem como assegurar um tratamento conveniente para os conflitos

de interesses. Almejando efetivar a difusão de uma política pública que uniformize as práticas adotadas pelos tribunais, desde 2010 o Conselho Nacional de Justiça vem estimulando os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos. Nesse alcance, inserem-se as contribuições do Direito Sistemico e das Constelações familiares.

O Código de Processo Civil fomenta a prática da conciliação e da mediação e de outros métodos, da seguinte forma:

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (BRASIL, 2015)

A mediação está consagrada na legislação brasileira e é amplamente utilizada em matéria cível, principalmente em casos familiares e de menor complexidade, observado o Rito da lei 9.099/95. Os princípios estabelecidos na mediação são:

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII – boa-fé. (BRASIL, 1995)

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) emitiu a Resolução de n.º 125 de 2010 visando estabelecer política pública de tratamento adequado aos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, aperfeiçoar os mecanismos consensuais de solução de litígios uniformizando-os com vistas a uma atuação mais eficiente. A finalidade objetiva da aplicação desta resolução, claramente consiste na pacificação social e prevenção de litígios. O art. 1º da resolução dispõe:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesse, tendente a assegurar a todos o direito a solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.  
Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além a solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. (BRASIL, 2010)

Temas como as competências atribuídas ao próprio CNJ no processo de implantação e aperfeiçoamento dos métodos consensuais de solução de conflitos são dispostos pela resolução. Ademais, tem-se também diretrizes estabelecidas para a criação dos Núcleos e centros judiciários de solução de conflitos e cidadania nos Tribunais de Justiça de cada ente federativo.

Com vistas a um atendimento eficaz ofertado à população, observa-se a preocupação trazida pela norma supracitada com relação à capacitação dos mediadores e

conciliadores através de cursos de capacitação e também grande atenção dispensada à criação e mantimento de um banco de dados estatísticos objetivando uma análise qualificada dos resultados e impactos gerados.

Especificamente acerca da Constelação Sistêmica, tramita no Congresso Nacional o projeto de lei n.º 9.444 de 2017, o qual visa estabelecer as competências da Constelação Sistêmica na solução de conflitos. O projeto de lei assim dispõe acerca da definição de Constelação Sistêmica:

Art. 2º Considera-se constelação sistêmica a atividade técnica terapêutica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar soluções consensuais para a controvérsia sob um novo olhar sistêmico. (BRASIL, 2017)

No bojo do projeto tem-se estabelecidos os princípios da Constelação, sendo eles: imparcialidade do constelador; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca da solução do conflito; e boa-fé. Urge ressaltar que o projeto em questão determina respeito máximo à vontade das partes em participarem e também permanecerem no procedimento de constelação, ao mesmo tempo em que proporciona ao profissional habilitado versatilidade para utilizar-se da técnica.

Antes do início da aplicação da técnica, o profissional deverá explicar brevemente o funcionamento da mesma, explicitando a confidencialidade garantida em seu transcurso. A ordem de confidencialidade estabelecida recai sobre todos os envolvidos, ou seja, prepostos, advogados, assessores técnicos e demais integrantes. A pessoa designada para estar na condição de Constelador deverá cumprir e observar uma série de requisitos, para que o procedimento não resulte em conflitos de interesses ou quaisquer outras problemáticas.

## **APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS DE AUTOCOMPOSIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

O Direito Sistêmico busca lidar com situações que ocorrem com frequência: a situação dos filhos diante e durante a separação dos genitores, questões relacionadas à violência doméstica, alienação parental, litígios em decorrência de inventários em que se observa alguém que foi excluído ou desconsiderado etc. Temas complexos exigem soluções inteligentes e que ultrapassem limites interdisciplinares, em virtude disto, a aplicação do direito sistêmico no judiciário vem ganhando cada vez mais espaço, como um aprimoramento em busca de um direito mais humanitário.

Nessa senda, um indivíduo não pode ser tratado isoladamente, contudo, deve ser vislumbrado como alguém que apresenta um comportamento pautado na convivência e

influência de seus semelhantes. Muitas pessoas ingressam *a priori* em demandas judiciais por uma motivação, mas em consequência de uma análise mais profunda, acabam por descobrir que o cerne do conflito baseia-se em gestos de desaprovação ocorridos ou problemas alheios herdados de seus antepassados.

Um exemplo prático ocorreu na comarca de Alagoas, situação na qual o primeiro magistrado a presidir a mediação foi o Juiz Titular Yulli Roter da 2<sup>o</sup> Vara Cível de União dos Palmares, obtendo êxito na utilização da Constelação Familiar, demonstrando resultados satisfatórios para todas as partes integrantes do caso, veja-se:

Para o magistrado conciliar, mediar e entender o que está acontecendo, muitas vezes é necessário se despir da toga, para que ele encurte a distância entre as partes e ganhe confiança. "A técnica que utilizo é baseada em realizar perguntas para as partes envolvidas e, a depender das respostas, vou chegando à causa daquele conflito. Às vezes, uma mãe [ou o pai] só quer a pensão alimentícia como forma de punir o parceiro pelo fracasso do relacionamento. O processo judicial seria apenas um pretexto para isso", explica. (ARAÚJO, 2015, p.3).

Outra situação em que a mediação foi aplicada como meio alternativo de resolução de litígios, aconteceu no estado do Mato Grosso. Na ocasião, a juíza Jaqueline Cherulli lotada na 3<sup>o</sup> Vara Especializada de Família de Várzea Grande inseriu na unidade o respectivo método, proporcionando às famílias uma forma eficaz para a solução dos conflitos concernentes a área parental, conforme denota Andreola (2015, p. 23):

Após o início dessas atividades na Bahia, o magistrado apresentou números extremamente positivos, na área familiar. Para demonstrar em números, o juiz realizou uma pesquisa, apresentando um caso em que ambas as partes participaram da constelação, o índice de acordos chegou a 100%. Já com apenas uma das partes participando, a conciliação chegou a 93%. Foram feitas pesquisas também para que as pessoas avaliassem como estava o relacionamento entre os envolvidos na pós-audiência e o índice foi bastante satisfatório.

Na capital de Santa Catarina, Florianópolis, tem-se a destacada aplicação da Constelação Familiar através da utilização do projeto denominado "Conversa de Família". Sendo aplicado pela juíza Vânia Petterman, titular do Juizado Especial Cível e Juizado Especial Criminal. A ferramenta começou a ser utilizada mediante a Oficina de Pais e Filhos, fomentada também pelo Conselho Nacional de Justiça. No desenvolvimento do projeto inicial, o "Conversas de Família" emergiu como ferramenta para ajudar aos pais e filhos no processo de divórcio. Pautado na terapia de Constelações, psicologia, filosofia e também zelando por uma comunicação não violenta, o Projeto tem o intuito de capacitar os membros dos grupos familiares a estarem preparados para atravessarem o difícil processo de reorganização do grupo familiar ocasionado pelo divórcio (MEDEIROS, 2017).

Nesse panorama, muitos impactos são percebidos pela aplicação do Direito Sistêmico mediante a técnica de Constelação familiar na seara do Poder Judiciário brasileiro. A não reincidência de conflitos trazidos ao Judiciário pelo grupo familiar que fez uso da técnica, bem como o caráter preventivo representam alguns benefícios da metodologia. Concernente ao potencial preventivo, o trabalho das constelações familiares demonstra vantagens no tratamento de preocupações de natureza sistêmica. Essas preocupações podem incluir problemas de família, de origem, dificuldades no relacionamento entre pais e filhos e desafios íntimos no relacionamento.

Outros benefícios ofertados pela Constelação Familiar consistem em auxiliar indivíduos que estão buscando abordar e corrigir padrões de relacionamento negativos ou prejudiciais; indivíduos ou grupos familiares que querem resolver emaranhados familiares, ou seja, eventos traumáticos foram vivenciados por antepassados e encontra-se muita dificuldade para uma abordagem saudável que produza superação; indivíduos ou grupos familiares que visam superar a turbulência interna no seio da família, gerada por conflitos intermináveis e sem soluções permanentes encontradas; pessoas que sofreram luto, abusos ou traumas na infância e buscam encontrar uma melhor abordagem para lidar com as situações e ressignificá-las em seu cotidiano.

Ademais, a atuação do Direito Sistêmico por meio da Constelação Familiar no âmbito do Poder Judiciário, além de funcionar como ferramenta de auxílio na resolução de litígios trazidos a juízo, verificam-se alguns benefícios que não são encontrados nos métodos tradicionais atuais. Nesse sentido, podemos citar algumas competências: a capacidade de fazer com que as ações judiciais apresentem uma baixa recidiva, ou seja, que o indivíduo ou grupo familiar que apresenta sua demanda ao Poder Judiciário, uma vez auxiliado pelo Direito Sistêmico, não tende a reingressar outros processos desta natureza; bem como a possibilidade de se ter uma abordagem pautada em uma comunicação não-violenta, tornando o processo de discussão no âmbito judiciário mais confortável para os litigantes. Dessa forma tem-se um olhar mais inclusivo dos indivíduos, culminando no objetivo final que consiste na pacificação social.

Do mesmo modo, a técnica permite averiguar as raízes dos problemas no seio familiar, permitindo detectar as motivações pelas quais não apenas os litígios que estão sendo discutidos existem, mas também vários outros comportamentos prejudiciais são detectados, contribuindo para o fortalecimento dos relacionamentos familiares e no comportamento dos indivíduos, em face das dificuldades da vida cotidiana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo e análise da Constelação Familiar, infere-se que a técnica pode proporcionar consideráveis resultados no campo da prevenção e solução de litígios em grupos familiares. Ressalte-se que o método não pode ser considerado como o único eficaz no campo das técnicas utilizadas no sistema de justiça, assim como a Constelação por si só não possui a capacidade de resolver todos os litígios trazidos ao Judiciário, porém labora de forma concomitante e representa um importante meio de solução de conflitos.

A temática é relevante para desmitificar ceticismos a respeito do tema, tendo a abordagem sistêmica demonstrado que é capacitada para trazer um enfoque mais humanizado às relações e visa compreender o indivíduo em sua totalidade, levando em conta seu passado familiar, traumas, perdas, lutos etc.

A Constelação familiar, embora considerada um método antigo de terapia, como método de resolução de conflitos no âmbito judicial é considerada uma novidade. Uma semente foi plantada, porém há um longo caminho a se percorrer para que técnicas como a Constelação Familiar se tornem popularmente reconhecidas cientificamente como método eficaz de resolução de conflitos, notadamente na seara jurídica.

## REFERÊNCIAS

ANDREOLA, Neolisa. **Revista Circuito Mato Grosso**. Constelação Familiar é utilizada como mediação no Judiciário de MT. Disponível em: <[circuitemt.com.br/editorias/cidades/72834-constelacao-familiar-e-utilizada-como-mediacao-no-judiciario-de-m.html](http://circuitemt.com.br/editorias/cidades/72834-constelacao-familiar-e-utilizada-como-mediacao-no-judiciario-de-m.html)>. Acesso em: 20 jun. 2021.

ARAÚJO, Elizângela. **Agência CNJ de Notícias**. TJGO é premiado por mediação baseada na técnica de Constelação Familiar, 2015. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/na-midia/pagina/7520>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. **Lei Federal n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil Brasileiro. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. **Lei Federal n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. **Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Conselho Nacional de Justiça, Brasil, Brasília, DF, 29

nov. 2010. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao\\_n\\_125-GP.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 9444, apresentada em 20 de dezembro de 2017.** Dispõe sobre a inclusão da Constelação Sistêmica como um instrumento de mediação entre particulares, a fim de assistir à solução de controvérsias. Comissão de Legislação Participativa, Brasília, DF, 20 dez. 2017. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2167164>>. Acesso em: 16 nov. 2021.

HELLINGER, Bert. **Constelações Familiares O reconhecimento das ordens do amor.** 5. ed. São Paulo: Editora Cultrix, p. 12, 2006.

HELLINGER, Bert; WEBER Gunthard; BEAUMONT, Hunter. 6ª ed.  
**A simetria oculta do amor.** São Paulo: Trad Newton A. Queiroz, 1999.

HELLINGER, Bert. **No centro sentimos leveza: Conferências e histórias.** São Paulo: Editora Cultrix, p. 65, 2004. 1ª ed.

MASUDA, Francisco. **O equilíbrio entre dar e receber num relacionamento.** Disponível em: <<https://franciscomasuda.com/2019/12/23/equilibrio-dar-receber>>. Acesso em: 16 nov. 2021.

MEDEIROS, Ângelo. **Multidisciplinariedade faz projeto “Conversa de Família” ter baixa recidiva em ações.** Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/multidisciplinariedade-faz-projeto-conversa-de-familia-ter-baixa-recidiva-em-aco-es>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

# Capítulo 06

## O JULGAMENTO DO CONDENADO RETRATADO NA OBRA “NA COLÔNIA PENAL” DE FRANZ KAFKA, SEGUNDO A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS

AMANDA CRISTIELLE FERREIRA SANTOS<sup>33</sup>

WANDERSON GOMES MIGUEL DE OLIVEIRA<sup>34</sup>

**RESUMO:** Neste artigo foi realizada a análise da novela, “Na Colônia Penal”, em que se verifica o tratamento dado a um condenado e analisa esse tratamento à luz da legislação brasileira. Para os críticos da Literatura, essa obra é considerada uma das mais famosas do escritor Franz Kafka, ela traz em seu enredo a história de um viajante que vai ao encontro de uma colônia penal e nela, há uma máquina de tortura que é usada para sentenciar e executar penas aos presos, ela registra a sentença no próprio corpo dos condenados. Fundamentando-se na Lei de Execução Penal e na dignidade da pessoa humana, sabe-se que, mesmo o indivíduo se encontrando aprisionado a Constituição Federal assegura ao preso um tratamento humano, ele merece ser tratado com dignidade, sem sofrer violência física, psicológica ou moral. O estudo adotou como metodologia, uma pesquisa básica de forma qualitativa e exploratória, pois, utilizou-se diversos autores do âmbito do Direito e da Literatura. Ainda foi utilizado o método de abordagem dedutivo, já que constará neste Leis e tratados gerais e, ao fim, será utilizado como método de procedimento, o comparativo, já que este método envolverá o estudo de diversas obras, sendo elas, de origem da literatura, do direito, dos direitos humanos, tais como: A Constituição Federal de 1988, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Lei de Execução Penal. Este artigo busca analisar o tratamento que foi administrado ao condenado retratado na novela, e afirmar se realmente ocorreu uma violação dos direitos do preso.

**PALAVRAS-CHAVE:** “Na Colônia Penal”; Lei de Execução Penal; Direitos Humanos.

### INTRODUÇÃO

O trabalho trata da análise da novela, “Na Colônia Penal”, uma das obras mais famosas do escritor Franz Kafka, autor que nasceu no dia 3 de julho de 1883, em Praga, República Tcheca, tinha a origem judaica e era de classe média, a novela que ele criou foi escrita em 1914, entretanto só foi publicada em 1919, essa época entre a criação e a publicação coincidiu com o período da Primeira Guerra Mundial. Pretende-se saber: Pode-se afirmar que na obra “Na Colônia Penal”, houve uma violação do Princípio da dignidade da pessoa humana, em relação à Lei de Execução Penal e os Direitos Humanos?

---

<sup>33</sup> Bacharel em Direito da UniCathedral-Centro Universitário. Pós- graduanda em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário FAVENI. E-mail: amandacristielle@hotmail.com

<sup>34</sup> Bacharel em Direito do UniCathedral -Centro Universitário. Especialista em DIREITOS HUMANOS pela Faculdade São Luís e pós-graduando em Direito Penal E Processo Penal pela Faculdade FAVENI. E-mail: wandersongms7@gmail.com

O propósito dessa pesquisa é avaliar o tipo do julgamento que foi conduzido ao preso, e se esse julgamento aconteceu em discordância dos direitos que a pessoa reclusa de liberdade possui atualmente. A novela “Na Colônia Penal” discorre sobre uma espécie de prisão localizada em uma ilha remota, e que nessa instituição o que se via era um tratamento indigno em relação à condenação do preso, ao final dessa pesquisa será possível afirmar se realmente aconteceu uma violação dos direitos do preso.

O alvo dessa pesquisa é a análise do método de julgamento que foi conduzido ao condenado e retratado na obra “Na Colônia Penal” do escritor Franz Kafka, método esse, que vem em discordância dos direitos que esses sujeitos possuem nos dias atuais.

Mediante o exposto, quanto a natureza desse trabalho, trata-se de uma pesquisa básica realizada a partir de uma leitura minuciosa da novela já citada, cujo o objetivo foi examinar o julgamento que foi aplicado ao detido, levando em consideração a realidade na obra descrita e o que acontece na contemporaneidade, diante a forma de abordagem de pesquisa foi a qualitativa, já que se faz necessário a seleção de documentos pertinentes à essa pesquisa.

Adiante com o assunto, aliou-se à pesquisa exploratória, pois por meio dela, será feita uma busca em diversos documentos e com base nas pesquisas bibliográficas foi utilizado diversos autores do âmbito do Direito e da Literatura.

No Campo doutrinário, foi fundamental o estudo de autores como, Ferrajoli (2002), Capez (2004), Brito (2008) e Jesus (2009), além da leitura de diversos documentos pertinentes ao enriquecimento da análise.

Isto posto, o método de abordagem, é o dedutivo, devido ao fato de utilizar as Leis e tratados gerais para aplicar em fenômenos particulares.

Por fim quanto o método do procedimento, usamos o comparativo, que tem origem ao raciocínio amplo, as diretrizes do âmbito dos Direitos Humanos este método envolverá o estudo de diversas obras, sendo elas de origem da literatura, de direito, dos direitos humanos, tais como a Constituição Federal de 1988 e ainda a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Lei de Execução Penal, este procedimento envolverá diversos autores, tais como: Coutinho (1978), Aristóteles (1981), Candido (1987), Foucault (1993) e Kafka (1996).

Portanto, sabe-se que há de ser realizada uma a análise do método de julgamento retratado na obra “Na Colônia Penal” e se é possível que tenha acontecido uma transgressão que vem em discordância dos direitos que esses sujeitos possuem nos dias atuais.

## DIREITO E LITERATURA

Na obra de Franz Kafka, pode-se ver as relações entre o Direito e Literatura, o foco central deste trabalho é a obra “Na Colônia Penal”, que é considerada uma novela curta e ao mesmo tempo, bastante densa. Ela aborda diversas questões que são consideradas fundamentais para o julgamento de uma pessoa. Na trama, há um personagem, que passa por um julgamento sem que ele tenha percebido, se encontrando como condenado ele nem mesmo chega a saber de sua sentença, esse personagem se torna um sujeito vítima que vive sem o controle dos acontecimentos que o envolvem. Há uma força operativa que nos faz pensar no modo de julgamento que envolve o personagem na trama. Segundo Valadão (p. 01, 2012):

Podemos dizer que num Romance o Direito transparece na força operativa dos sentimentos dos personagens em demanda dos seus interesses, sejam eles justo ou injusto, moral ou imoral, generosos ou cruéis... E assim se produz este lugar que é o campo de intersecção entre Direito e Literatura (VALADÃO, 2012, p. 01).

Dessa forma, a literatura faz um certo tipo de denúncia do modo com o qual esse ser humano é tratado e trabalha o direito como um elemento sujo, pode-se dizer que Literatura nesse conto é aquela que olha por debaixo do tapete. Cândido diz que por meio da literatura é possível realizar uma investigação sobre o ser “humano” em seus mais diversos aspectos e relacionamentos intersociais.

[...] a literatura enquanto arte extrapola os limites, dado ao caráter plurissignificativo da linguagem. As várias possibilidades de significados do texto literário se processam graças a elementos estilísticos provocados de efeitos estéticos. Em contrapartida, o Direito comunica-se por meio de linguagem lógica, coerente, direta, procurando limitar as incongruências, as ambiguidades que suscitem diferentes possibilidades de adentramento ao texto. (PANTOJA DOS SANTOS, 2012, p.31).

A área da Literatura é caracterizada como uma ficção, ela trabalha de modo reflexivo os diversos problemas que acontecem e que podem acontecer na realidade, e é, por meio dessa realidade alternativa, que se tem a possibilidade de abordar elementos conflitantes que tanto são discutidos no passado quanto no futuro, e ainda pode abordar elementos que abordam problemas atuais, como exemplo “Na Colônia Penal”. Por meio da Literatura há

um novo modo de repensar a realidade, pois há uma ampliação na maneira como se vê o mundo, o sujeito a partir da Literatura passa à percorrer caminhos diferentes.

Pode-se dizer que o Direito de certa forma se identifica com a Literatura por meio das palavras, o que pode ser percebido é interpretação do texto literário afim de buscar a funcionalidade da retórica dentro do universo jurídico e o papel da narrativa (GUBERT; TRINDADE, 2008, p.54).

[...] o direito passou a ser entendido como um poderoso meio de comunicação e integração cultural, desempenhando, assim, o papel da literatura; enquanto, de outro, a literatura continua a ser considerada um elemento essencial para a construção do sentido de comunidade, o que a vincula inevitavelmente à função do direito (GUBERT; TRINDADE, 2008, p.55).

De fato, por mais que seja uma história fictícia, todavia ela pode ser usada para ressaltar por meio dos Direitos Humanos, quais são direitos que o condenado possui. A partir desse momento é que se faz a junção dessas duas áreas de estudo onde, nesse caso, uma complementa a outra. Há então a realidade descrita na trama e vivida pelo personagem que se encontra preso, e há a possibilidade de comparar essa realidade com a atualidade, como que realmente o preso é tratado, quais as suas condições no período em que este encontra-se privado de sua liberdade. Apesar de se tratar de uma obra fictícia há uma mistura de áreas de estudo e referente a essa “mistura” que envolve a Literatura e Direito é apresentada a definição de Afrânio Coutinho (1978), esta que se refere à Literatura, segundo ele:

[...] a literatura é uma arte, a arte da palavra (nem tudo o que utiliza a palavra é literatura, sendo mister que o faça de maneira específica) e, como toda arte, origina-se na imaginação criadora, cujo objetivo é despertar um estado emocional, um prazer artístico. Não visa, portanto, ao conhecimento, à informação, ao ensinamento. Não é por aí que as obras literárias se tornam eternas na admiração e no prazer dos leitores. Mas sim pelos elementos estético-literários que constituem o intrínseco de sua composição, e que são responsáveis pelo seu valor especificamente literário e pelo prazer estético advindo de sua leitura (COUTINHO, 1978, p. 91).

É perceptível que a literatura pode ampliar os horizontes do leitor, por meio dela ele pode de certa forma experimentar novas situações, diferentes realidades convencionais que fora dela ele não viveria, de forma ‘segura’, o leitor busca novas experiências que são possíveis na realidade da obra a qual ele está inserido, é possível que este permute em

diferentes contextos literários e, a partir da obra lida o leitor, pode então, desenvolver o seu senso crítico, pois a ficção literária desperta no leitor, uma certa sensibilidade, assim ele se torna um sujeito mais bem preparado para o enfrentar os possíveis conflitos que vem a surgir na realidade.

Sabe-se que tanto o Direito quanto a Literatura percorrem lado a lado, a Literatura é elemento fundamental no contexto do Direito, as duas ciências em conjunto são fundamentais para que haja diferentes diálogos e que estes possam contribuir positivamente na hermenêutica jurídica.

### **LIGAÇÃO ENTRE VIDA FICTÍCIA (OBRA) E VIDA REAL**

Sabe-se que uma obra nasce a partir do diálogo entre o seu criador e entre a sociedade, é como ele é e como ele se vê, a partir desse momento de criação a obra passa a carregar importantes traços referentes ao seu momento de concepção, de certa forma, pode-se dizer que a Literatura nesse caso da obra de Franz Kafka, tem a possibilidade de proporcionar uma espécie de diálogo quem envolve o ‘eu’ e o modo como ‘eu me vejo no mundo e vejo o mundo ao meu redor’, há então, uma espécie de colisão entre o mundo real e o mundo fictício (realidade x ficção), a partir dessa colisão, têm-se um aprendizado, pois há uma nova percepção do mundo, das coisas ao redor do leitor, é como se houvesse a partir da Literatura um aprendizado com a experiência do outro, pois, a partir da vida fictícia é possível ver os entrelaces da vida real, há uma ampliação dos horizontes, a visão do sujeito sobre a realidade é ampliada.

A Literatura cria desta forma, uma ligação em que une a vida real, com vida fictícia representada na novela, com isso vemos a verossimilhança, criado por Aristóteles em sua obra Poética, há de forma “tímida” (sem ligações diretas) uma representação da realidade que cada cidadão (no caso da obra) preso enfrenta, onde na maioria das vezes ele apenas segue o curso do processo pelo qual passa, há a imitação da vida, do cotidiano enfrentado na maioria das prisões, por meio dela há desse modo uma “purificação” dos sentimentos ou emoções mais ocultas, do ser humano.

[...] a obra do poeta não consiste em contar o que aconteceu, mas sim coisas que podiam acontecer, possíveis no ponto de vista da verossimilhança ou da necessidade. Não é em metrificar ou não que diferem o historiador e o poeta; a obra de Heródoto podia ser metrificada; não seria menos uma história com o metro do que sem ele; a diferença está em que um narra acontecimentos e o outro, fatos quais podiam acontecer. Por isso, a Poesia

encerra mais filosofia e elevação do que a História; aquela enuncia verdades gerais; esta relata fatos particulares. Enunciar verdades gerais é dizer que espécie de coisas um indivíduo de natureza tal vem a dizer ou fazer verossímil ou necessariamente; a isso visa a Poesia, ainda quando nomeia personagens (ARISTÓTELES, 1981, p. 28).

Ainda sobre Literatura, uma das obras que vem ao encontro com o nosso elemento de análise é a obra “Vigiar e punir”, ela de certa forma apresenta o nascimento da prisão, ela alterou o modo de pensar e fazer política social no mundo ocidental. É possível perceber que na obra o escritor Michel Foucault (1993), trata do antes e o agora, o que nos faz associar esses pontos aos períodos destacados na obra, sendo mais específicos, podemos comparar o antes que Foucault cita na sua obra como a realidade retratada na trama “Na Colônia Penal”. E adiante quando o autor fala sobre a educação, há a possibilidade de comparar com o foco que é enfatizado neste que é o tratamento do preso na atualidade, “a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens”.

O que no passado era necessário, pois o povo precisava se assustar com as formas hediondas de punição, no futuro não tão distante foi modificado, porque na verdade o que o povo precisa não é de cenas chocantes de violência praticadas pelo Estado, que deveria ser a mãe e o pai de todos os cidadãos, mas sim de uma educação mais perene, mais justa, mais fraterna e mais frequente (RIBEIRO, 2013).

O que é visto na obra em primeiro lugar, é a Literatura e que nela está presente o Direito, e no caso dessa obra há a narração de elementos que aconteceram no passado e que ainda pode ser visto na atualidade, percebe-se a violação dos princípios legais, retratada por Franz Kafka (1996).

As obras de ficção assim como “Na Colônia Penal”, têm a capacidade de transportar significados que podem ter diferentes sentidos para quem ‘lê’, o universo fictício que envolve a trama alimenta de forma direta o seu leitor, ou qualquer sujeito a quem essa ou outra obra é dirigida, é a partir desse envolvimento que a realidade é capaz de erguer expectativas perante uma ficção com quem tenta estabelecer um diálogo.

## **A OBRA “NA COLÔNIA PENAL” E FRANZ KAFKA**

O autor da novela “Na Colônia Penal” Franz Kafka, nasceu no dia 3 de julho de 1883, em Praga (atual República Tcheca), cidade que na época pertencia à monarquia austro-húngara. Filho de uma família judia, mas sofrendo diferentes influências culturais, sendo

elas: tcheca, alemã e judaica. Coursou Direito na Universidade de Praga entre 1901 e 1906, adiante frequentou alguns círculos literários, posteriormente Kafka destacou-se pela sua narrativa, em suas obras vimos um modo peculiar em ver o mundo, cria uma realidade alternativa, mas com um sentido simbólico, faz uma analogia com situações reais, absurdas, incompreensíveis, que por vezes, se configuram no curso de nossa vida cotidiana. Franz Kafka nasceu em momento complexo, um misto entre passado e o futuro e o escritor tinha consciência em relação ao mundo que o cercava, em suas obras configura-se uma leitura angustiante de um tempo em que as esperanças eram muitas, todavia não suficientes para toda uma geração.

Kafka a partir de 1917, permaneceu muitos períodos em repouso devido ter tuberculose, anos seguintes no dia 3 de junho de 1924, o escritor falece em Kierling, perto de Viena. Suas obras foram publicadas após sua morte e tiveram grande influência em movimentos artísticos como o surrealismo, o existencialismo, entre outros.

A novela “Na Colônia Penal”, traz em seu enredo o elemento da violência militar extrema, observa-se que a tortura é forte e isso relembra os tempos de 1964, em que havia um forte poder militar, diversos casos envolvendo torturas, um governo totalmente autoritário, de forma implícita repara-se que a novela de Kafka pode ser comparada com o período da ditadura civil-militar brasileira.

A novela “Na Colônia Penal” pode ser considerada uma obra definitivamente finalizada, uma vez que no caso da novela o que deu origem a sua criação de certa forma exige uma solução final, ela possui uma estrutura fechada, possui uma estrutura cênica e no enredo há apenas uma intriga.

A novela traz em seu enredo a história de um explorador que vai ao encontro de uma colônia penal e nessa, há uma máquina que é usada para sentenciar e executar as penas nos detentos que nessa colônia estão. Esse equipamento, considerado como máquina de tortura registra a sentença no próprio corpo dos condenados, essa máquina possui estruturas que têm nomes que a singularizam e apontam para realidades que deixam o leitor incomodado, a representação do aparelho, impacta o leitor. Vimos que junto ao aparelho o corpo é colocado em posição de destaque, pois é nele que fica gravada a culpa, o julgamento e o castigo do preso.

O aparelho considerado “singular” não é rápido, é um instrumento bem planejado, com a finalidade de promover uma forma de tortura, esta que leva aproximadamente 12 (doze) horas de dor e suplício, entretanto para o oficial que exhibe essa máquina ele quer ajuda para que, o uso da máquina fosse frequente, e que não houvesse meios menos cruéis

de sentença, uma vez que, para ele tal equipamento não era brusco. Segundo o personagem, ele não acreditava na severidade da sentença sobre o preso:

– Nossa sentença não soa severa. O mandamento que o condenado infringiu é escrito no seu corpo com o restelo. No corpo deste condenado, por exemplo – o oficial apontou para o homem – será gravado: Honra o teu superior! (KAFKA, 1986, p.39).

Os personagens da trama não possuem nomes, eles são identificados conforme a sua função na trama, tem-se: o viajante (explorador), o oficial, o condenado, o soldado, o antigo comandante e o novo comandante. Já em relação ao espaço, o narrador da novela, apesar de não fornecer dados concretos, deixa pistas durante a narrativa, pode-se dizer que de certa forma há um relato de um cenário composto por ilhas, ou seja, retrata lugares afastados, e no ambiente da Colônia há elementos indesejados, como por exemplo, a exaltação do aparelho de aplicação da sentença.

Na trama, é apresentado um personagem, que passa por uma espécie de julgamento sem que ele mesmo tenha percebido, tornando-se um condenado, e nessa condição de condenado ele é conduzido ao aparelho de punição, ao aparelho de tortura, o que se vê, é o preso que nem mesmo chega a saber de sua sentença e nem quando ela foi proferida, esse personagem nesse momento se torna um sujeito/vítima que vive sem o controle dos acontecimentos que o envolvem.

Lembrando do tema deste que é o julgamento do condenado retratado na obra “Na Colônia Penal” de Franz Kafka (1996), o qual vem ao encontro com o meio com o qual o preso é tratado, e esse tipo de tratamento que foi abordado em uma obra que é pertencente a outra época, porém traz o reflexo de uma situação cotidiana e contemporânea, pois é de conhecimento comum que todas as pessoas merecem um tratamento digno, mesmo que, o sujeito tenha sido considerado inapto em viver em sociedade, e se encontra detido, tanto na obra, como nos dias atuais, há quem considere que o indivíduo preso seja visto e tratado como um “nada”, e essa desconsideração pelo sujeito pode ser percebido na trama, pois o condenado em nenhum momento participa do seu processo judicial.

Apresenta-se como foco, o modo com o qual esse detento é tratado na instituição, isso é transportado para a nossa realidade, em comparação com o modo que os presos de hoje são tratados, apesar de ter cometido um crime seja ele qual for, o detento ainda assim, tem direitos, e pode-se constatar isso por meio dos Direitos Humanos e da Lei de Execução Penal.

## RELAÇÃO ENTRE OFICIAL E O CONDENADO, NA NOVELA “NA COLÔNIA PENAL”: O JULGAMENTO DO CONDENADO SEGUNDO A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS

A obra do autor Franz Kafka, revela uma realidade vivida por todos, a realidade da permanência de um detento, que em alguns casos são deixados de lados e impedidos de participar dos processos que são direcionados à situação deste indivíduo. No decorrer da trama, observa-se um personagem que desconhece o seu destino, a sua situação na referida prisão em que se encontra, o personagem, caracterizado como um condenado, sem nome para identifica-lo assim como os outros personagens da trama, não sabe o motivo pelo o qual se encontra detido, não sabe quando ocorrerá o julgamento, e nem ao mesmo sabe qual a sentença que lhe será dada.

Pode-se ver que na novela “Na Colônia Penal”, o condenado não é informado sobre a situação que está passando, ele é tratado como um ‘cão’, em trechos da obra isso é reforçado no discurso, o oficial se refere ao condenado o comparando à um animal, imundo, sem merecimento de respeito ou clemência.

...Aliás, o condenado parecia de uma sujeição tão canina que a impressão que dava era a de que se poderia deixa-lo vaguar livremente pela encostas, sendo preciso apenas que se assobiasse no começo da execução para que ele viesse. (KAFKA, p. 05, 1996)

Em “Na Colônia Penal”, pode-se ver que o condenado não é digno de afeto, na novela de Kafka o personagem principal é a máquina: “É um aparelho singular- disse o oficial ao explorador, percorrendo com um olhar até certo ponto de admiração o aparelho que ele no entanto conhecia bem”. (KAFKA, p. 05, 1996), ela é quem tem destaque, há uma forte representação do modo como ela trabalha e das partes com as quais ela é composta, a riqueza de detalhes é tremenda.

... Fico tagarelando e o aparelho está aqui à nossa frente. Como se vê, ele é composto de três partes... A parte de baixo tem o nome de cama, a de cima de desenhado e a do meio, que oscila entre as duas, se chama rastelo. ... As agulhas estão dispostas como as grades de um rastelo e o conjunto é acionado com um rastelo, embora se limite a um mesmo lugar e exija muito maior perícia. Aliás, o senhor vai compreender logo. Aqui sobre a cama coloca-se o condenado...No desenhador há uma engrenagem muito gasta, ela range bastante quando está em movimento, nessa hora mal dá para entender o que se fala... (KAFKA, p. 08-09, 1996)

Diante do detalhamento referente à composição da máquina, percebe-se que o oficial a venera, o personagem em alguns pontos da trama realça a importância que ela possui na colônia, e, ainda em trechos da obra, mostra que o antigo comandante pensava

como ele, e era portador da mesma opinião do oficial, já o atual (novo) comandante não era adepto dessa forma de sentença, dessa forma de julgamento, perceber-se a exaltação do oficial para o antigo comandante, pelo fato de os dois no passado, partilharem da mesma opinião referente ao uso da máquina, pode-se ver que por parte do oficial, a máquina chega a ser reverenciada como algo majestoso, algo divino.

Tanto o procedimento como a execução que o senhor está tendo oportunidade de admirar não têm no momento mais nenhum adepto declarado em nossa colônia. Sou o seu único defensor e ao mesmo tempo o único que defende a herança do antigo comandante. (KAFKA, p. 27, 1996)

Durante a relação entre o condenado e o oficial, o que pode ser visto é o obsoleto aparelho, que aparece na trama como se fosse um elo em que une a justiça e a tortura, sobre isso Luiz Costa Lima (1993), no livro *Limites da Voz: Kafka*, observa:

[...] a máquina, de que o oficial era o oficiante, pertencia a um tempo que, do ponto de vista vigente na Europa, seria um tempo de práticas jurídicas condenáveis. Em sua pesquisa sobre a novela, Wagenbach lembra que Kafka estava informado dos presídios-colônia penal das potências europeias (Nova Caledônia, Ilha do Diabo, Port Blair) [...]. Se a máquina continuava em operação era apenas por haver sido beneficiada pela distância tropical que separava a colônia penitenciária das luzes metropolitanas (LIMA, p. 104-108, 1993).

É perceptível que o condenado é forçado a participar de uma espécie de ritual de penitência, este que é extremamente doloroso a ponto de levar a pessoa à óbito. É um tipo de máquina que tem a função de podemos dizer “purificar” o condenado, fazendo-o de maneira cruel pagar pelo que fez. Segundo Brito (2008):

Na novela “Na Colônia Penal” é apresentada fundamentalmente através da desumanização do processo punitivo, da realidade prisional e da existência de um Estado militar hierarquizado, que usa a tortura e a execução cruel como normas correntes. (BRITO, p. 26, 2008).

Pode-se ver com clareza de detalhes o suplício que o condenado passa a partir do momento em este é sujeito à máquina, Há um detalhamento de como tudo acontece, e isso acontece até o desfecho do condenado, o oficial explica passo a passo como tudo acontece, ele não perde nenhum detalhe do processo de “tortura”.

O condenado é posto de braços sobre o algodão, naturalmente nu; aqui estão, para as mãos, aqui para os pés e aqui para o pescoço, as correias para segurá-lo firme. Aqui na cabeceira da cama, onde, como eu disse, o homem apoia primeiro a cabeça, existe um pequeno tampão de feltro, que pode ser regulado com maior facilidade, a ponto de entrar bem na boca da pessoa. Seu objetivo é impedir que ela grite ou morda a língua.

Evidentemente o homem é obrigado a admitir o feltro na boca, pois caso contrário as correias do pescoço quebram sua nuca. ...fico tagarelando e o aparelho está aqui à nossa frente. Como se vê, ele é composto de três partes... A parte de baixo tem o nome de cama, a de cima de desenhado e a do meio, que oscila entre as duas, se chama rastelo. (KAFKA, p. 10, 1996)

Adiante o oficial explica pausadamente os processos que a parte chamada rastelo faz desde o começo de sua escrita, segundo ele, o início parte de um pequeno esboço (rascunho) localizado nas costas do condenado e que quando a máquina faz o algodão rolar, automaticamente o corpo do condenado vai virando de lado de forma bem lenta, com esse processo, o rastelo que é onde contêm as agulhas ganha mais espaço, a partir disso, as partes feridas pela escrita entram em contato com o algodão, que, segundo o oficial é um produto específico que trata das feridas, estancando o sangramento de forma rápida e preparando com isso a pele para uma nova escrita, ou seja um novo 'martírio'. Seguindo a rotatividade do corpo, os dentes (agulhas) na extremidade do rastelo vão removendo todo o algodão das feridas e jogando-os ao fosso para então continuar tatuando a sentença no corpo do condenado, e esse processo se repete no decorrer das doze horas. O oficial ainda ressalta que:

Nas primeiras seis horas o condenado vive praticamente como antes, apenas sofre dores. Depois de duas horas é retirado o tampão de feltro, pois o homem já não tem mais força para gritar. Aqui nesta tigela aquecida por eletricidade, na cabeceira da cama, é colocada para de arroz quente, da qual, se tiver vontade, o homem pode comer o que consegue apanhar com a língua... Só na sexta hora ele perde o prazer de comer. Nesse momento, em geral eu me ajoelho aqui e observo o fenômeno. (KAFKA, p. 21-22, 1996)

O que é evidente na trama é o tratamento direcionado ao então "condenado", há então uma representação em forma de obra literária da crueldade do sistema penal, constata-se punição em forma de sentença, momentos narrados de pura tortura, e a execução em forma de sentença que é executada no próprio corpo do acusado, do condenado, há nesse aspecto, um ritual de purificação do corpo e, posteriormente, da alma, pode-se perceber uma exaltação da máquina que parte do oficial e, em contrapartida, um desprezo em relação à pessoa que sofre até a morte essa sentença, essa tortura. O objetivo dessa máquina pode-se dizer é fazer com que o condenado sinta na pele o que fez, não deve ser um castigo rápido e indolor, muito pelo contrário, a máquina objetiva causar dor por um longo período de tempo.

Naturalmente não pode ser uma escrita simples, ela não deve matar de imediato, mas em média só num espaço de tempo de doze horas; o ponto de inflexão é calculado para a sexta hora. É preciso, portanto, que muitos

floreios rodeiem a escrita propriamente dita; esta só cobre o corpo numa faixa estreita; o resto é destinado aos ornamentos (KAFKA, p. 20, 1996).

Pode-se dizer que o julgamento, ou mais precisamente a sentença é proferida por meio de uma 'justiça maquinal' essa máquina é um instrumento de tortura altamente adorada pelo oficial que a conduz, o personagem oficial, como já foi dito venera, exalta a máquina, ele é a favor do uso dela para a execução da sentença nos condenados. Naquele ambiente é ele quem dá as ordens, há um novo comandante como é visto na novela, entretanto quem determina e dita as regras é o oficial:

O princípio segundo o qual tomo decisões é: a culpa é sempre indubitável. Outros tribunais podem não seguir esse princípio, pois são compostos por muitas cabeças e além disso se subordinam a tribunais mais altos. Aqui não acontece isso, ou pelo menos não acontecia com o antigo comandante. O novo, entretanto, já mostrou vontade de se intrometer no meu tribunal, mas até agora consegui rechaça-lo- e vou continuar conseguindo. (KAFKA, p. 14, 1996)

Como foi visto em determinado trecho da novela, o oficial narra que em seus tempos passados, o momento de execução da sentença até a morte do condenado era visto por várias pessoas. E o que vinha antes da pena, eram apenas formalidades, e segundo o oficial esse momento anterior a sentença apenas servia como uma válvula de escape para o surgimento de mentiras por parte do acusado. O personagem representado como oficial pode ser comparado à uma espécie de juiz da colônia penal, era ele quem protagonizava todas as etapas judiciais, desse a acusação, julgamento até a execução, e o condenado, ou o réu no caso era considerado uma pessoa 'sem credibilidade', com ar estúpido, boca larga, cabelo e rosto em desalinho. Além disso, o oficial depois que determinava que uma pessoa era 'culpada', ele não mudava de ideia.

Depois determinei que pusessem o homem na corrente. Tudo isso muito simples. Se eu tivesse primeiro intimado e depois interrogado o homem só teria surgido confusão. Ele teria mentido, e se eu o tivesse desmentido, teria substituído essas mentiras por outras e assim por diante. Mas agora eu o agarrei e não o largarei mais. (KAFKA, p. 15-16, 1996)

Em relação ao comportamento do atual comandante, o que é perceptível em vários trechos da trama é que ele não concorda com as atitudes do oficial, ele pretende mudar as formas de julgamento e de execução da Colônia Penal, entretanto como o oficial tem mais 'poder', deste modo ele se subalterna ao oficial, segundo o personagem oficial, o atual

comandante é clemente, o oficial não tem nenhuma compaixão pelo condenado, fica indignado com a forma como o condenado é tratado antes de sua sentença.

Não tentei horas a fio fazer o comandante entender que um dia antes da execução não se deve mais dar comida ao condenado? Mas a nova orientação, benevolente, pensa de outro modo. As senhoras do comandante entopem de doces o homem antes que ele seja conduzido para cá. Durante a vida inteira ele se alimentou de peixes fedidos e agora tem de comer doces! (KAFKA, p. 26, 1996)

O que pode ser visto é um processo de total desumanização do processo punitivo, a expressiva e cruel realidade prisional que é vivida na colônia, o oficial vê o condenado como um ser inferior e que não é digno de clemência alguma e de nenhum tipo de solidariedade, é alguém que não possui nenhum direito e nem “voz”, o oficial usa a violência e a tortura como forma de execução da sentença, a brutalidade é bem marcada por meio dessa máquina de punição, e o funcionamento desse aparelho traz à tona um processo judiciário punitivo e desumanizado.

## **DIREITOS DO PRESO E A LEI DE EXECUÇÃO PENAL**

A novela “Na Colônia Penal”, tem como foco o instituto da pena, ela aborda a impropriedade das penas que eram realizadas por meio de castigos corporais e ressalta as barbaridades realizadas em pessoas que se encontravam detidas, eram usadas nos condenados técnicas de torturas, diversos castigos punitivos, que levavam os condenados à morte. No decorrer da trama da novela o foco é o sistema que é empregado na execução de um soldado acusado de insubordinação, sendo mencionado nesse tópico como o ‘condenado’. Na novela a condenação do preso é feita sem que ele tenha direito à defesa.

A Constituição do Brasil assegura ao preso que ele tenha um tratamento humano. Tendo como base a Lei de Execução Penal e o princípio da dignidade da pessoa humana, sabe-se que a pessoa ainda que esteja aprisionado possui direitos, ou seja, mesmo que o indivíduo perca a liberdade, ainda assim, este merece ser tratado com dignidade, sem sofrer nenhum tipo de violência seja ela física, psicológica ou moral, uma vez que, torturar uma pessoa que se encontra presa é um crime e a Constituição do Brasil assegura ao preso um tratamento humano, e a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984) discorre sobre estes direitos, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando alguns direitos aos presos, tais como: alimentação suficiente e vestuário,

atribuição de trabalho e sua remuneração, Previdência Social, constituição de dinheiro, proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação, exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena, assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, proteção contra qualquer forma de sensacionalismo, entrevista pessoal e reservada com o advogado, visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados, chamamento nominal, igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena, audiência especial com o diretor do estabelecimento, e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito, contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes, atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente, esse último citado foi incluído pela Lei nº 10.713, de 2003.

**Art. 3º.** Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

**Art. 10.** A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Segundo a Lei de Execução Penal, mesmo que o indivíduo esteja preso, os direitos inerentes a ele devem ser respeitados, para que sejam ouvidos os presos podem recorrer aos diretores dos Presídios aos quais se encontram, uma vez que, todo detento tem direito a audiência, de maneira geral a finalidade de execução penal é proporcionar condições harmoniosas para que ocorra a integração social, pois, ao aplicar a sentença há então a busca pela recuperação do detido, e mesmo o preso perdendo a liberdade, ele não perderá o direito de receber um tratamento digno.

Nessa mesma lei descreve o artigo 11, dentre os seus incisos, que o preso possui assistência à saúde e jurídica. Como demonstrado, o condenado foi submetido a uma situação que vai de encontro ao que determina esta lei, à medida que os procedimentos jurídicos foram totalmente abandonados inclusive, a questão que versa sobre sua saúde que na novela foi obrigado a colocar a sua vida em risco.

## **PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL**

Os princípios fundamentais do Direito Penal, são imprescindíveis na aplicação do Direito, para isso o aplicador do direito não deve se basear apenas nas normas em si, mas sim, deve observar os princípios dele, os valores morais da sociedade, para que de forma justa possa criar uma questão normativa.

Segundo Damásio Jesus (2009), seguem algumas definições dos princípios fundamentais do Direito Penal que são:

- a) Princípio da Legalidade ou da reserva legal.
- b) Princípio da proibição da analogia *in malam partem*.
- c) Princípio da anterioridade da lei.
- d) Princípio da irretroatividade da lei mais severa.
- e) Princípio da fragmentariedade.
- f) Princípio da intervenção mínima.
- g) Princípio da ofensividade.
- h) Insignificância ou Bagatela. (JESUS, 2009, p. 10).

Na trama observa-se que esses princípios fundamentais elencados acima não foram considerados, há uma “cegueira” em relação ao tratamento que esse preso possui. O visto durante todo o processo de julgamento, até a sentença que é apresentada na trama, o personagem conhecido como condenado não recebe nenhum tipo de informação referente à sua situação.

- Ele não conhece a sentença?
- Não- disse o oficial, e logo quis continuar com suas explicações.
- Mas o explorador o interrompeu:
- Ele não conhece a própria sentença?
- Não- repetiu o oficial e estacou um instante como se exigisse do explorador uma fundamentação mais detalhada da sua pergunta; depois disse:
- Seria inútil anuncia-la. Ele vai experimentá-la na própria carne. (KAFKA, p. 13, 1996)

Sabe-se que, apesar de o cidadão encontrar-se detido, ele ainda possui direitos, o cidadão preso, não pode ser negligenciado, ele deve estar ciente de todas as etapas que se seguem durante o seu processo, tomando por base dos princípios fundamentais do Direito Penal, na obra de Capez (2004, p. 14), lê-se que “é da dignidade da pessoa humana que nascem os princípios orientadores e limitadores do Direito Penal”.

Dessa forma, pode ser citado o Princípio da Legalidade ou da reserva legal, que Damásio Jesus (2009) aborda, esse princípio limita o poder do estado em aplicar uma punição ao indivíduo, pois nenhuma pena pode ser aplicada, se este fato no momento em que ocorreu era considerado crime por lei. Como está previsto no artigo 1º do Código Penal e no artigo 5º inciso XXXIX, da Constituição Federal, é um direito fundamental (cláusula

pétreo) que jamais pode ser ignorado do ordenamento jurídico brasileiro. O condenado não sabia o motivo pelo qual estava se submetendo, há uma sentença exclusivamente arbitrária, como se pode constatar na fala no seguinte trecho, que é a fala do Oficial: “O princípio segundo o qual tomo decisões é: a culpa é sempre indubitável” (KAFKA, p. 14, 1996), diante desse trecho, pode-se verificar que o julgamento, e a sentença foram dadas sem qualquer preocupação em relação ao aspecto jurídico.

## MEIOS DE “APOIO” AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em discordância desses princípios elencados no tópico acima, que a escolha da obra foi nomeada, isso ocorreu pelo fato de apresentar de forma explícita a violência, que no caso ocorre em uma prisão (colônia), ou seja é uma violência militarizada, e o ponto alvo é a tortura, tratando com mais especificidade, a máquina de tortura que é utilizada na trama como forma de execução de sentença, que para um dos personagens o modo como a sentença era executada não era tão rigorosa.

-Nossa sentença não soa tão severa. O mandamento que o condenado infringiu é escrito em seu corpo com o rastelo. No corpo do condenado, por exemplo- o oficial apontou para o homem- será gravado: *Honra o teu superior!* (KAFKA, p. 13, 1996)

Como pode ser visto acima, a sentença é impressa (por meio de agulhas) no próprio corpo do condenado, e esse fato entra em discordância com os campos fundamentais da Teoria Geral do Garantismo a qual têm a função de promover acima de tudo, a justiça durante a ação de repreensão. Segundo Ferrajoli (2014), em sua obra “Direito e Razão: Teoria do garantismo penal”, nos traz as seguintes colocações:

[...] a chamada “teoria geral do garantismo” passa a exigir uma interpretação (e aplicação) das normas conforme a Constituição; um tipo de postura absolutamente necessária à contenção dos espaços normativos de emergência ou de exceção construídos, segundo os interesses de determinados grupos sociais.

[...] a dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais apresentam-se na base do ideal garantista, uma vez que somente a democracia material seria capaz de conferir legitimação ao Estado (Democrático) de Direito. (FERRAJOLI, 2014, p. 7).

É notório que esses novos meios de “apoio” aos direitos fundamentais e da democracia, nos mostram que a teoria garantista aborda então algumas esferas que são

subordinadas às práticas penais, sendo que é necessário que ocorra uma revisão crítica da teoria da validade das normas e do papel do operador jurídico, que haja uma redefinição da legitimidade democrática e dos vínculos do governo à lei, por fim, que ocorra uma reavaliação conceitual do papel do Estado. Isso, segundo Ferrajoli, seriam os campos fundamentais de uma “teoria geral do garantismo como parâmetro de racionalidade, justiça e legitimidade da intervenção punitiva”. Haveria então, um considerável potencial transformador para o exercício concreto da Justiça criminal brasileira. De acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, destacam-se nesta os artigos, 1º, 5º e o artigo 9º, os quais determinam que as pessoas são iguais, e devem ser tratadas com fraternidade, uma vez que ninguém será preso arbitrariamente, assim como ninguém será submetido a tortura, e ao tratamento desumano. Como é perceptível, o condenado foi conduzido e sentenciado de forma direta e sem conhecimento do condenado (vítima) a passar por uma máquina que escrevia em suas costas com um rastelo (termo visto na novela) como observa-se abaixo

O condenado é posto de braços sobre o algodão, naturalmente nu... Como se vê, ele é composto de três partes... A parte de baixo tem o nome de cama, a de cima de desenhado e a do meio, que oscila entre as duas, se chama rastelo. (KAFKA, p. 10, 1996)

O mandamento que o condenado infringiu é escrito em seu corpo com o rastelo. (KAFKA, p. 13, 1996)

Segundo a Constituição Federal em seu Artigo 1º, inciso III, relata que a dignidade da pessoa humana, à qual neste caso se refere ao respeito com ser humano deve ser independentemente da qual situação em que ele se encontra, uma vez que, os direitos fundamentais precisam ser respeitados e isso deve acontecer em qualquer momento e em qualquer circunstância, levando em consideração que se deve garantir a proteção constitucional desses princípios.

Para corroborar com esse entendimento, faz-se necessário apresentar o princípio do contraditório e da ampla defesa que está tipificado no Artigo 5º LV, da Constituição Federal o qual diz que: “aos litigantes, e aos acusados em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes”.

- Mas certamente sabe que foi condenado, não?

- Também não- disse o oficial e sorriu ...

-Não?- disse o explorador passando a mão pela testa.- Então até agora o homem não sabe como foi acolhida sua defesa?

-Ele não teve oportunidade de se defender- disse o oficial, olhando de lado como se falasse consigo mesmo e não quisesse envergonhar o explorador com o relato de coisas tão óbvias.

- Mas ele deveria ter tido oportunidade de se defender – disse o explorador erguendo-se da cadeira. (KAFKA, p. 14, 1996)

O princípio do contraditório e da ampla defesa estão interligados com o princípio do devido do processo legal, este previsto no Artigo 5º, LIV, CF, com a seguinte redação: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Diante disso, percebe-se que o condenado não tomou conhecimento em relação as alegações contra si e não teve o devido direito de se defender. Esse fato retratado na novela, está relacionado ao contraditório, ao passo que a ampla defesa proporciona ao condenado o direito de alegação, dispondo de todos meios e recursos necessários para sua defesa, além disso, ele não teve o devido direito da defesa técnica, cuja é feita por meio de um advogado.

Portanto, o condenado teve seu direito desprezado, em relação a este princípio e aos demais que vão ao encontro dos direitos fundamentais. Este personagem sequer esteve diante de um juiz para ter sua sentença proferida, e mesmo assim, foi sentenciado arbitrariamente.

Destaca-se ainda o Artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a” que não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada. Dessa forma o condenado não pode ser exposto a uma máquina que o castiga cruelmente e como consequência a sentença é uma morte lenta e repugnante. Isso faz com que os direitos fundamentais, defendidos pela Declaração Universal do Direitos Humanos, não foram observados na trama.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Na novela analisada “Na Colônia Penal”, o que se pode ver é que por meio dela, há um retrato da frieza do ser humano levando em consideração que há uma explicitação de cenas de torturas, diante disso, há uma busca pela justiça no julgamento e na sentença do condenado.

O que se vê claramente é o não cumprimento da justiça, uma vez que, durante o processo de um julgamento, há de levar em consideração que ele deve ter um início, um meio e, posteriormente, um fim, na novela essas etapas são totalmente ignoradas, além disso, pode-se perceber também que por parte do oficial, há o não cumprimento das leis impostas na época, e mais além, ressalta-se a falta de percepção e a falta de respeito com o próximo.

Nota-se naquele ambiente prisional, na colônia penal, a falta de apoio aos condenados que naquele lugar se encontravam, esse apoio leva em consideração os direitos que o ser humano possui, e ainda, os direitos que os condenados (presos) possuem

naquela condição de pessoa reclusa da sociedade. Na novela pode-se notar explicitamente que os condenados que ali se encontravam não tinham nenhum direito a um julgamento, eles não tinham nenhum tipo de informação, nem se iriam passar por um julgamento, nem se iam receber uma sentença e, muito menos, se eles poderiam ter uma redenção, eram ignorados por parte do oficial, eram tratados como animais (cães). Ressalta-se que a trama faz uma exposição do modo de execução da pena, que naquela colônia eram baseadas em humilhações, castigos corporais, torturas extremas que levavam o condenado à morte.

Infelizmente o que foi abordado na trama e o ponto que foi destaque dessa pesquisa, que é o modo com o qual o condenado é tratado, pode ser visto na atualidade. Há diversos lugares no mundo que tratam a pessoa reclusa como animal, repetindo o termo anterior, a pessoa não tem a chance de ser ouvida, não possui voz, é considerado um ser inferior, é menosprezado, ignorado, humilhado, martirizado, entre outras coisas. É um fato que foi abordado na novela que foi escrita em uma época tão diferente da nossa, mas que nos remete à contemporaneidade.

Na novela se vê a falta de respeito aos princípios fundamentais que os presos possuem, e esse fato ignora totalmente a atual Constituição Federal, uma vez que ela assegura ao preso um julgamento justo; pois, ainda que o indivíduo esteja aprisionado, este é detentor de direitos e ele não pode sofrer nenhum tipo de violência, seja ela física, psicológica ou moral, uma vez que, mesmo ele perdendo a liberdade, ele não perderá o direito de receber um tratamento digno.

A novela “Na Colônia Penal”, tem como foco o instituto da pena, ela aborda a impropriedade das penas que eram realizadas por meio de castigos corporais e ressalta as barbaridades realizadas em pessoas que se encontravam detidas. Eram usadas nos condenados técnicas de torturas, diversos castigos punitivos, que levavam os condenados à morte. No decorrer da trama da novela, o foco é o sistema que é empregado na execução de um soldado acusado de insubordinação, sendo mencionado nesse tópico como o ‘condenado’. Na novela a condenação do preso é feita sem que ele tenha direito à defesa.

Foi apresentado neste, que a Constituição do Brasil assegura ao preso que ele tenha um tratamento humano, por meio da Lei de Execução Penal e o princípio da dignidade da pessoa humana, a qual diz que mesmo que o indivíduo perca a liberdade, ainda assim, este merece ser tratado com dignidade, sem sofrer nenhum tipo de violência seja ela física, psicológica ou moral, porém em toda a obra, o que se vê é a tortura, é a violência que o oficial trata o condenado, levando em consideração o que a lei nos apresenta, pode-se perceber que na novela, não houve nenhum respeito ao princípio da dignidade da pessoa

humana, posto que, o condenado não tinha uma alimentação decente, não tinha um vestuário adequado, ele usava trapos, e muito menos direito de ser ouvido, ele era aprisionado com correntes e, em nenhum momento, ele teve o direito a ter e sequer passar por uma audiência, pois a sentença ocorre com o objetivo de recuperar o preso, e não de dar um fim à vida dele, pois ao sentenciá-lo à máquina, era o mesmo que sentenciá-lo a morte, pois esse era o fim de quem passava pelo aparelho.

Foi constatado que na novela “Na Colônia Penal” a explícita violência que aparece na prisão, se enquadra como tortura, e essa tortura vem em discordância aos direitos que os presos possuem nos hoje em dia. Constata-se que há a violação dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, e o não cumprimento da Lei de Execução Penal e dos Direitos Humanos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPOLINARIO, Fabio. **Metodologia de Ciência: Filosofia e Prática da Pesquisa**. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2006.

ARISTÓTELES. **Poética**. In: ARISTÓTELES; HORÁCIO; LONGINO. **A poética clássica**. Trad. de Jaime Bruna. São Paulo: Cultrix, 1981. p. 28.

BRASIL. **Lei Federal Nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 17 de março 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal Nº 10.713, de 13 de agosto de 2003**. Altera artigos da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal – para dispor sobre a emissão anual de atestado de pena a cumprir. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.713.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.713.htm)>. Acesso em: 17 de março 2020.

BRITO, Eduardo Manoel de. **Quando a ficção se confunde com a realidade: as obras In der Strafkolonie/Na Colônia Penal e Der Processo/O Processo de Kafka como filtros perceptivos da ditadura civil-militar brasileira**. São Paulo: Serviço de Comunicação Social. FFLCH/USP, 2008, 228 p. (Produção Acadêmica Premiada).

CANDIDO, Antônio, ROSENFELD, Anatol, PRADO, Décio de Almeida Prado & GOMES, Paulo Emílio Salles. **A Personagem De Ficção**. Ed. Perspectiva S.A, São Paulo, 1987.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. V.3. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COUTINHO, Afrânio. **Notas de teoria literária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

FERRAJOLI. Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: 10 ed. Petrópolis: Vozes, 1993.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.

LIMA, Luiz Costa. **Limites da Voz: Kafka**. Rio de Janeiro, Rocco, 1993.

KAFKA, Franz. **Na colônia penal**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

\_\_\_\_\_. **O Veredicto e Na Colônia Penal**. Tradução do Alemão e Postácio: Modesto Carone. Belo Horizonte: Brasiliier, 1986.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)>. Acesso em 17 de março de 2020.

ROSA, Patricia Rodrigues. **Análise crítica da teoria do direito penal do inimigo frente ao paradigma de estado democrático de direito**. In *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 113, 23 jun. 2013. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12929&revista\\_caderno=3](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12929&revista_caderno=3)>. Acesso em mar 2014.

SANTOS, S.M. P. dos. **Direito e literatura: perspectiva transdisciplinar na abordagem de temas sociais e jurídicos**. *Rev. Interfaces Científicas – Direito. SET.* v.1. n.1. maio/ago/2012. Aracaju: Sociedade de Educação Tiradentes, 2012, p. 27-34.

SÖHNGEN, Clarice Beatriz da Costa; PANDOLFO. Alexandre Costi (org). **Encontros entre direito e literatura: pensar a arte**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

TRINDADE, André Karam (Org.); **Direito e Literatura: aproximações e perspectivas para se repensar o direito. Direito & Literatura: reflexões teóricas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p.11-63.

VALADÃO, Walter Aguiar. **Arte, Literatura e Direito: a subjetividade e a lei**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3183, 19 mar. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21316>>. Acesso em 03 fev. 2020.

