

**Pedro Fauth Manhães Miranda**  
(Organizador)



○ **DIREITO**  
nas **INTERSECÇÕES**  
entre o **FÁTICO**  
e o **NORMATIVO**

Vol. III

# **O Direito nas intersecções entre o fático e o normativo**

## **Vol. III**

Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda  
(Organizador)

## **Direção Editorial**

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

## **Organizador**

Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda

## **Capa**

AYA Editora

## **Revisão**

Os Autores

## **Executiva de Negócios**

Ana Lucia Ribeiro Soares

## **Produção Editorial**

AYA Editora

## **Imagens de Capa**

br.freepik.com

## **Área do Conhecimento**

Ciências Sociais Aplicadas

## **Conselho Editorial**

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

*Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí*

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

*Centro Universitário Santa Amélia*

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

*Universidade Estadual de Londrina*

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

*Faculdade Sagrada Família*

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

*Instituto Federal do Amapá*

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

*Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP*

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

*Centro Universitário FACEX*

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chirolí

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

*Universidade Federal de Sergipe*

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

*Universidade do Estado de Minas Gerais*

Prof.ª Ma. Denise Pereira

*Faculdade Sudoeste – FASU*

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

*Universidade Federal do Paraná*

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

*Universidade Federal do Amapá*

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

*Universidade Estadual de Londrina*

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

*Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença*

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

*Universidade Federal de Sergipe*

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

*Universidade de Santa Cruz do Sul*

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

*Faculdade Sagrada Família*

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

*Faculdade Santa Helena*

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

*Universidade Federal de Roraima*

Prof.º Me. Jorge Soistak

*Faculdade Sagrada Família*

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

*Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara*

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

*Universidade Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

*Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais*

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

*Faculdade Santana*

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

*Universidade Federal Rural de Pernambuco*

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues  
*Universidade Norte do Paraná*

Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa  
*Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP*

Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes  
*Universidade Estadual do Centro-Oeste*

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch  
*Faculdade Sagrada Família*

Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda  
*Universidade Estadual de Ponta Grossa*

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes  
*Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus Parauapebas*

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani  
*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira  
*Instituto Federal do Acre*

Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail  
*Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais*

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens  
*Faculdade Sagrada Família*

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares  
*Universidade Federal do Piauí*

Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros  
Rodrigues  
*Faculdade Sagrada Família*

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia  
*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda  
Santos  
*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues  
*Instituto Federal de Santa Catarina*

Prof.º Dr. Valdoir Pedro Wathier  
*Fundo Nacional de Desenvolvimento Educacional, FNDE*

© 2022 - **AYA Editora** - O conteúdo deste Livro foi enviado pelos autores para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). As ilustrações e demais informações contidas nos capítulos deste Livro, bem como as opiniões nele emitidas são de inteira responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a opinião desta editora.

---

D59896 O Direito nas intersecções entre o fático e o normativo [recurso eletrônico]. / Pedro Fauth Manhães Miranda (organizador) -- Ponta Grossa: Aya, 2022. 313 p.  
v.3.

Inclui biografia  
Inclui índice  
Formato: PDF  
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader  
Modo de acesso: World Wide Web  
ISBN: 978-65-5379-118-3  
DOI: 10.47573/aya.5379.2.124

1. Direito. 2. Direitos das crianças - Brasil. 3. Direitos dos adolescentes - Brasil. 4. Adoção - Legislação - Brasil. 5. Casamento (Direito) - Brasil. 6. Brasil. [Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006]. 7. Violência contra as mulheres - Legislação - Brasil. 8. Direito do trabalho. 9. Teletrabalho. 10. Direito humanos. 11. Indígenas – Posse de terra. 12. Identidade de gênero  
I. Miranda, Pedro Fauth Manhães. II. Título

CDD: 340.07

---

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

## **International Scientific Journals Publicações de Periódicos e Editora EIRELI**

### **AYA Editora©**

CNPJ: 36.140.631/0001-53  
Fone: +55 42 3086-3131  
E-mail: contato@ayaeditora.com.br  
Site: <https://ayaeditora.com.br>  
Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557  
Ponta Grossa - Paraná - Brasil  
84.071-150

# SUMÁRIO

**Apresentação.....12**

**01**

**Direitos da criança e adolescente refugiados .13**

João Paulo de Sousa Ferreira  
Reivan Carvalho da Silva Filho  
Nathalia Maria de Sousa Feitosa

**DOI: 10.47573/aya.5379.2.124.1**

**02**

**A responsabilidade civil no processo de adoção: uma análise sobre a (im) possibilidade de devolução de crianças e adolescentes.....24**

Nauanny Rocha da Silva  
Munyck de Oliveira Silva Carneiro  
Edson Carvalho

**DOI: 10.47573/aya.5379.2.124.2**

**03**

**Das espécies jurídicas de regime de casamento, a fórmula de sua dissolução e os efeitos patrimoniais .....41**

Thaís Fernanda da Silva Souza Tolotti  
Fernando Zanelli Mitsunaga

**DOI: 10.47573/aya.5379.2.124.3**

**04**

**Lei Maria da Penha e sua (in) eficácia.....53**

Vanessa Souza Silva Perez  
Fernando Zanelli Mitsunaga

**DOI: 10.47573/aya.5379.2.124.4**

# 05

**Lei do Feminicídio: a mulher sendo vista pelo homem como objeto de submissão e vulnerabilidade, história do feminicídio um crime de gênero.....69**

Giovana Gomes Santos  
Luiz Henrique Gonçalves Mazzini  
DOI: 10.47573/aya.5379.2.124.5

# 06

**Home office: uma análise acerca dos dispositivos legais vigentes e os meios de contornar os excessos de jornada .....78**

Antônio Sandro de Sousa Magalhães  
Eduardo Magalhães Aragão  
Renata Rezende Pinheiro Castro  
DOI: 10.47573/aya.5379.2.124.6

# 07

**Políticas públicas como forma de tutela dos direitos de personalidade e a defesa da dignidade do idoso no município de Maringá/PR .....92**

Stela Cavalcanti da Silva  
DOI: 10.47573/aya.5379.2.124.7

# 08

**Caracterização da depressão como doença ocupacional e seus reflexos para o direito do trabalho .....109**

Cássia Vieira Hecari  
DOI: 10.47573/aya.5379.2.124.8

# 09

## **Criticismo e teoria deontológica: Direito e Moral na filosofia de Kant .....127**

Ednan Galvão Santos

DOI: 10.47573/aya.5379.2.124.9

# 10

## **Panorama histórico da beleza e os direitos da personalidade .....135**

Thaina Kariny de Oliveira Mendonça

Marcus Geandré Nakano Ramiro

DOI: 10.47573/aya.5379.2.124.10

# 11

## **Incentivos fiscais ao emprego da logística reversa: instrumento econômico para o desenvolvimento sustentável .....149**

Luiza Deretti Martins

Luana Gabriela Dalmut

DOI: 10.47573/aya.5379.2.124.11

# 12

## **A racionalidade e o raciocínio jurídicos de Perelman: aspectos da nova retórica.....162**

Farah de Sousa Malcher

Krystima Karem Oliveira Chaves

Vinicius Chaves Alves

DOI: 10.47573/aya.5379.2.124.12



# 13

## **Introdução à teoria das políticas públicas ....179**

Krystima Karem Oliveira Chaves  
Luciana Oliveira Chaves  
Vinicius Chaves Alves

**DOI: 10.47573/aya.5379.2.124.13**

# 14

## **A lei 14.132/2021 E a tipificação do crime de perseguição (Lei do Stalking): uma abordagem sobre seus efeitos jurídicos.....190**

Marcus Alexandre Batalha Sales  
Wellington Silva de Lima

**DOI: 10.47573/aya.5379.2.124.14**

# 15

## **Uma breve análise dos direitos territoriais dos povos indígenas a partir de uma perspectiva sócio-jurídica .....203**

Vinicius Chaves Alves  
Liandro Moreira da Cunha Faro

**DOI: 10.47573/aya.5379.2.124.15**

# 16

## **Direitos territoriais indígenas e marco temporal no STF: os impactos provenientes do julgamento do RE 1017365/SC.....214**

Vinicius Chaves Alves  
Liandro Moreira da Cunha Faro

**DOI: 10.47573/aya.5379.2.124.16**

# 17

## **O crime de homicídio qualificado pelo feminicídio em decorrência da violência doméstica e familiar .....228**

Yasmin Somoskovize Figueira  
Goreth Campos Rubim

DOI: 10.47573/aya.5379.2.124.17

# 18

## **As alterações promovidas pelo pacote anticrime na execução penal, seus reflexos e inconstitucionalidades .....243**

Fábio José Furtado Remédios Kasahara

DOI: 10.47573/aya.5379.2.124.18

# 19

## **Os desafios do trabalho carcerário como forma de reintegração social .....255**

Marília Serra de Araújo  
Kateryne Barros Magalhães da Cruz  
Letícia Viviane Miranda Cury

DOI: 10.47573/aya.5379.2.124.19

# 20

## **A vivência e o alocamento de transexuais e travestis no sistema carcerário brasileiro .....269**

Judá Arthur Sombra de Macedo  
Bianca Lopes de Souza  
Letícia Vivianne Miranda Cury

DOI: 10.47573/aya.5379.2.124.20

# 21

**Resenha do Livro Crime e cidade: “Chacina das Cajazeiras”, Direitos Humanos e investigação policial. Um estudo panorâmico da criminalidade no Estado do Ceará e no Brasil ....**  
.....283

Ivan Alles Guimarães Araújo

Paola Rachel Pinheiro Leitão

DOI: 10.47573/aya.5379.2.124.21

# 22

**O direito à saúde e a sua judicialização .....287**

Paloma Meirelles Barretto Cunha

DOI: 10.47573/aya.5379.2.124.22

# 23

**Dos crimes cibernéticos: a insuficiência da legislação repressiva .....293**

Jaine Paula Rodrigues

Mariana Stabile Mendes

DOI: 10.47573/aya.5379.2.124.23

**Organizador .....307**

**Índice Remissivo .....308**

# Apresentação

---

É com grande alegria que, na qualidade de organizador do terceiro volume da coleção “O Direito nas intersecções entre o fático e o normativo”, apresento ao leitor uma miríade de textos simultaneamente críticos e atuais, os quais perfazem um apanhado do, cada vez mais, heterogêneo pensamento jurídico brasileiro. E tal qualidade não se dá por acaso, haja visto que, nos últimos anos, ou mesmo nos últimos meses, o país tem enfrentado questões sociais, políticas e econômicas de difícil solução. E estas demandas, sem dúvida, atravessam o campo jurídico, exigindo de seus operadores respostas imediatas ou, ao menos, medidas paliativas que aliviem a situação de instabilidade e incerteza que acomete boa parte do povo brasileiro. Neste sentido, os textos ora reunidos se conectam a temáticas prementes, desde desenvolvimento sustentável a políticas públicas, passando por territórios indígenas e, claro, a pandemia da Covid-19.

Não obstante, é preciso ter em mente que o Direito, apesar de ser chamado à resolução destes problemas, possui limitações ontológicas, além de ser um instrumento criado e manejado por seres humanos, que são, em essência, falhos e com imperfeições próprias. Ora, se não é possível atingir uma sociedade ideal, torna-se, ao menos, necessário, reconhecer as deficiências tanto jurídicas como humanas, para que o mais próximo do pretendido seja concretizado. E, para que este objetivo seja atingido, o caminho obrigatório é a educação.

Por todo o exposto, a presente obra se volta à instrução – crítica e, sabidamente, sempre inacabada – de seus leitores, abordando as 23 temáticas a seguir relacionadas: Direitos da criança e adolescente refugiados; A responsabilidade civil no processo de adoção; Das espécies de regime de casamento; Lei Maria da Penha; Lei do Feminicídio; Home office; A defesa da dignidade do idoso; Depressão como doença ocupacional; Direito e Moral na filosofia de Kant; A beleza e os direitos da personalidade; Incentivos fiscais ao emprego da logística reversa; A racionalidade de Chaïm Perelman; A teoria das políticas públicas; A lei 14.132/2021 e o crime de perseguição; Direitos territoriais dos povos indígenas; Marco temporal no STF; O homicídio qualificado pelo feminicídio; As alterações do pacote anticrime na execução penal; Os desafios do trabalho carcerário; A vivência e o alocamento de transexuais e travestis no sistema carcerário; A criminalidade no Estado do Ceará; A judicialização do direito à saúde e, por fim, Crimes cibernéticos.

Sem mais delongas, visto que tanto a atualidade como a necessidade desta obra restam cristalinas, cabe-me apenas desejar uma ótima leitura a todos.

*Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda*



# Direitos da criança e adolescente refugiados

João Paulo de Sousa Ferreira

*Especialista em Direito Penal Militar pela Faculdade Venda Nova do Imigrante - FAVENI. Bacharel em Segurança Pública com certificação pela Universidade Estadual da Paraíba - UEPB. Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande - UFCG. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5354-7419>*

Reivan Carvalho da Silva Filho

*Especialista em Ciências Jurídicas pela Universidade Cruzeiro do Sul. Bacharel em Segurança Pública com certificação pela Universidade Estadual da Paraíba - UEPB e em Direito pela Universidade Cruzeiro do Sul. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9155-9042>*

Nathalia Maria de Sousa Feitosa

*Mestra em Ensino pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN. Graduada em Pedagogia pela Universidade Federal de Campina Grande – UFCG. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9302-0331>*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.124.1

## RESUMO

Com a adoção da hoje intitulada Doutrina da Proteção Integral prevista pela Carta Magna de 1988 e maiormente pela Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), muito se avançou no que diz respeito à concepção da criança e do adolescente enquanto sujeitos de direitos e garantias. Todavia, há ainda notório impasse quanto aos mecanismos de proteção das centenas de indefesos que, acompanhando genitores e/ou familiares refugiados, também em situação de vulnerabilidade anualmente adentram ao território nacional em busca de acolhimento. O presente estudo objetiva, portanto, investigar os direitos da criança e adolescente refugiados. Para tanto, de acordo com o classificado por Prodanov e Freitas (2013), constitui pesquisa de abordagem qualitativa do tipo bibliográfica-documental. Como resultado, verificou-se que há, no Brasil, lamentável abstenção legislativa em relação ao tratamento dispensado à criança e ao adolescente refugiados, carecendo ao Legislativo brasileiro disciplinar a matéria até mesmo para que se viabilize uma melhor estruturação de políticas públicas de acolhimento. Para além disso, concluiu-se que, enquanto perdurar o silêncio legal, em um Estado Democrático e Social de Direito que esteja atento ao Direito Internacional dos Refugiados, é cogente lançar mão dos métodos de integração jurídica para assegurar os direitos fundamentais de tal grupo vulnerável.

**Palavras-chave:** criança e adolescente refugiados. lacuna legislativa. integração do direito. direitos e garantias fundamentais.

## ABSTRACT

With the adoption of the so-called Doctrine of Integral Protection foreseen by the 1988 Constitution and, more importantly, by Law 8069/90 (Statute of the Child and Adolescent - ECA), much progress has been made regarding the conception of the child and the adolescent as subjects of rights and guarantees. However, there is still a notorious impasse as to the mechanisms of protection for the hundreds of defenseless children who, accompanying their parents and/or family members who are refugees, also in a situation of vulnerability, annually enter the national territory in search of shelter. The present study aims, therefore, to investigate the rights of refugee children and adolescents. To this end, according to what is classified by Prodanov and Freitas (2013), it constitutes a qualitative research approach of the bibliographic-documentary type. Como resultado, verificou-se que há, no Brasil, lamentável abstenção legislativa em relação ao tratamento dispensado à criança e ao adolescente refugiados, carecendo ao Legislativo Brasileiro disciplinar a matéria até que se viabilize uma melhor estruturação de políticas públicas de acolhimento. Furthermore, it was concluded that, while the legislative silence persists, in a Democratic and Social State of Law that is attentive to the International Refugee Law, it is cogent to resort to methods of legal integration to ensure the fundamental rights of this vulnerable group.

**Keywords:** child and adolescent refugees. legislative gap. integration of law. fundamental rights and guarantees.

## INTRODUÇÃO

Foi por demais longo e sinuoso o caminho percorrido na história para que, ultrapassada a concepção de “adulto inacabado” ou “adulto em miniatura”, a criança e o adolescente passassem a ser compreendidos como sujeitos de direitos (FROTA, 2007; LUSTIG *et al.*, 2014).

Contudo, embora superada esta sombria página e erigidos diversos arcabouços jurídicos com vistas à defesa e proteção dos indefesos, em face da própria dinâmica político-social, em termos de análise jurídica, situações peculiares envolvendo a criança e o adolescente ainda necessitam ser cautelosamente apreciadas. É exatamente nesse sentido que se pode investigar a respeito dos direitos da criança e do adolescente refugiados.

Para situar a temática, convém trazer à baila que, segundo o relatório *A call to action: protecting children on the move starts with better data*, em 2016, as crianças correspondiam a cerca de metade da população mundial de refugiados e requerentes de asilo (UNICEF, 2018, p. 02). Na mesma linha, consoante o relatório Refúgio em Números, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, em relação ao ano de 2021, existia no Brasil 60.011 pessoas refugiadas reconhecidas, das quais 50,4% crianças ou adolescentes entre 5 (cinco) e 14 (catorze) anos de idade (JUNGER *et al.*, 2022).

Dados como esses testificam a relevância de se analisar qual o tratamento legal que o Estado brasileiro dispensa para com os milhares de indefesos que, acompanhando genitores e familiares ou até mesmo a sós, em situação de vulnerabilidade, aportam ao território nacional na condição de refugiados.

Para a análise, lançou-se mão da técnica da pesquisa de abordagem qualitativa do tipo bibliográfica-documental (PRODANOV; FREITAS, 2013), na medida em que se recorreu a documentos, normas jurídicas, obras e trabalhos científicos atinentes ao tema.

Em um primeiro momento analisou-se a figura do refúgio e a lacuna existente no tocante à criança e adolescente refugiados no sistema jurídico pátrio; em seguida, evidenciou-se a possibilidade de interpretação extensiva e integração normativa de diplomas já existentes, considerando principalmente as normas internacionais de proteção à infância. Por último, discutiu-se a respeito do direito ao assentamento do registro civil como suposta condição à garantia dos demais direitos à criança refugiada, ressaltando, nesse caso, o posicionamento firmado pela quarta turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ainda no ano de 2017.

## A FIGURA JURÍDICA DO REFUGIADO NO BRASIL

À luz da Lei nº 9.474/1997, que - por sua vez - baliza-se pela Convenção de Genebra de 1951 e pelo Protocolo referente ao Estatuto dos Refugiados de 1967, em termos de Brasil, tem a prerrogativa de ser reconhecido como refugiado todo aquele indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas **encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país**; II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, **é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país**. (BRASIL, 1997, grifos nossos).

O Brasil compactua com os Estados que têm por vistas a criação de mecanismos legais que atenuem as barreiras interpostas aos refugiados e que buscam garantir a estes um rol de direitos básicos e essenciais devidos a todo e qualquer ser humano (CAETANO, 2013). Assim sendo, de um modo geral, aqueles que fogem da situação da vulnerabilidade elencada nos incisos supra dão entrada ao pedido de reconhecimento de refúgio, cuja análise cabe ao Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE (MARTUSCELLI, 2014).

Uma vez assegurada a concessão ou reconhecimento do refúgio conforme o disciplinado pela já citada Lei nº 9.474/1997 (artigos 5º e 6º), o refugiado, além de sujeitar-se aos deveres dos estrangeiros no Brasil, passa a gozar de direitos, lhe sendo garantida, inclusive, cédula de identidade comprobatória de sua condição jurídica, carteira de trabalho e documento de viagem, dentre outros (BRASIL, 1997).

A despeito disso, pode-se perguntar, entretanto: basta que sejam tratados da mesma forma todos aqueles que se encontram na condição de refugiados, principalmente as centenas de crianças e adolescentes que, junto com os seus genitores, ou até mesmo acompanhadas de terceiros, buscam abrigo em terras brasileiras? Não careceriam estas de proteção específica? Analisa-se.

## **A NÃO PREVISÃO LEGAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE REFUGIADOS**

De um modo geral, o Estatuto da Criança e do Adolescente não faz menção alguma à criança e ao adolescente refugiados. Similarmente, a já citada Lei nº 9.474/1997, que vem a definir mecanismos à implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, é silente em relação ao tema, explicitando apenas que os efeitos do instituto do refúgio são extensíveis ao “cônjuge, aos ascendentes e **descendentes**, bem como aos demais **membros do grupo familiar que do refugiado dependerem economicamente**” (BRASIL, 1997, grifos nossos).

E há de se reconhecer que tal referência é por demais incipiente para, sozinha, abranger a devida proteção que requer o “menor” refugiado, até porque não se pode dispensar a este o mesmo tratamento dado a um adulto que, em tese, mesmo em situação de vulnerabilidade, tem pleno discernimento, domínio de suas capacidades e faculdades.

Como ressalta Caetano (2013), em um panorama geral, a lacuna legislativa se deve primeiramente por a discussão em torno dos direitos do refugiado ser, por vezes, tratada de forma genérica, de modo a sequer ramificar uma abordagem infanto-juvenil. No caso do Brasil, inobstante seja considerado um expoente em termos de legislação para o refúgio, a problemática da não previsão dos direitos da criança e adolescente refugiados ainda permanece como uma constante (MARTUSCELLI, 2014).

A esta altura, questiona-se, então, se em face dessa citada abstenção legislativa, em um Estado Democrático e Social de Direito que se mostra atento aos Direitos Internacionais dos Refugiados, a criança e o adolescente podem continuar a encontrar óbices ao gozo dos seus direitos fundamentais. Até que sejam, de fato, positivadas as garantias devidas, há mecanismos jurídicos de que possa se valer o operador do Direito em socorro da criança e do adolescente refugiados? É evidente que sim.



## A INTEGRAÇÃO DA LACUNA LEGISLATIVA

Dada a origem romano-germânica do sistema jurídico adotado pelo Brasil, qual seja o *Civil Law* (REALE, 2012), não é incomum que, ante a inexistência de previsão legal da figura da criança e adolescente refugiados, os argumentos em torno da questão sempre convirjam à urgência de uma positivação, à edição de uma lei.

É certo que o advento de um diploma legal específico contribuiria por demais à consolidação dos direitos desse grupo vulnerável. Não se pode, contudo, ignorar a necessidade de – no caso concreto - assegurar-se à criança e ao adolescente em condições de refúgio as prerrogativas e garantias que transcendem o próprio direito positivado.

Neste diapasão, como bem salienta Mattos (2016, p. 09), “apesar de escassa a disposição normativa expressamente referente às crianças refugiadas, muitos dispositivos, a partir de uma **análise abrangente**, oportunamente podem ser invocados para a proteção de tal público” (grifo nosso).

Para além da denominada interpretação extensiva, trata-se de recorrer àquilo que a doutrina, a exemplo de Nader (2014, p. 190), vem a designar por procedimentos de integração do Direito, quando se busca o “preenchimento de lacunas, existentes na lei, por elementos que a própria legislação oferece ou por princípios jurídicos”, a exemplo da analogia e princípios gerais do direito.

Ora, o caráter dinâmico da própria sociedade exige que o aplicador do Direito saiba delinear as disposições do sistema normativo, ora mitigando ou dilatando as suas arestas, de modo a adequá-lo aos novos fatores e demandas que interferem no mundo jurídico. Este é o porquê da existência dos próprios métodos de integração jurídica.

Esclarecidos tais aspectos, à luz da citada teoria da integração das lacunas da lei, passa-se a tratar dos principais dispositivos e diplomas aos quais, por analogia, pode-se recorrer à garantia dos direitos da criança e adolescente refugiados em terras brasileiras.

### **A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança como norma mestra a ser observada**

Em 21 de novembro de 1990, através do Decreto nº 99.710 foi promulgada no Brasil a Convenção sobre os Direitos da Criança, tratado internacional inicialmente aprovado pela Resolução nº 45 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1989. E, no processo de integração jurídica, tal documento legal pode ser compreendido como o primário à garantia dos direitos da criança e adolescente refugiados, considerando-se aplicável também ao adolescente porquanto, ainda no seu artigo 1º, considerar por “criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade” (BRASIL, 1990).

Como bem evidenciara o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados em relatório (ACNUR BRASIL, 2020, p. 6), a Convenção de 1951 é um dos principais fundamentos à proteção da pessoa refugiada, na medida em que “estabelece os princípios legais sobre os quais se baseiam inúmeras legislações e práticas internacionais, regionais e nacionais”.

Pelo artigo 22 do diploma em questão, tem-se que os acordantes devem adotar perti-

nentes medidas a fim de assegurar que a criança que obtenha a condição de refugiada receba proteção e assistência adequadas, quer esteja ela acompanhada por seus pais ou por terceiro (BRASIL, 1990).

Nessa perspectiva, como ressalta Mattos (2016), reitera-se que, sendo signatário do tratado em questão, o Brasil deve cumprir o previsto, até porque o artigo 2º expressamente prevê: “os Estados Parte **respeitarão os direitos enunciados** [...] e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, **sem distinção alguma** [...]” (BRASIL, 1990, grifos nossos). Em vista disso, cabe elencar algumas das principais disposições da citada Convenção Internacional dos Direitos da Criança que versam sobre os direitos da criança e adolescente refugiados.

A priori, sobrevém mormente o princípio cerne de toda a carta, inculpido logo no artigo 3º: o do interesse maior da criança. Segundo a convenção, ele deve ser observado por todas as instituições públicas ou privadas, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, em caráter primordial (BRASIL, 1990). Por isso mesmo, como balizador dos direitos e garantias da criança e adolescente, o princípio do melhor interesse da criança pode ser tomado como base axiológica para sopesar quaisquer conflitos aparentes que se contraponham aos direitos dos infantoadolescentes em situação de refúgio.

Além disso, vistosa é a disposição do artigo 22, segundo o qual:

1. **Os Estados Partes adotarão medidas pertinentes para assegurar que a criança que tente obter a condição de refugiada**, ou que seja considerada como refugiada de acordo com o direito e os procedimentos internacionais ou internos aplicáveis, **receba**, tanto no caso de estar sozinha como acompanhada por seus pais ou por qualquer outra pessoa, a proteção e a assistência humanitária adequadas [...]
2. Para tanto, **os Estados Partes cooperarão** [...] no sentido de **proteger e ajudar a criança refugiada**, e de localizar seus pais ou outros membros de sua família a fim de obter informações necessárias que permitam sua reunião com a família. Quando não for possível localizar nenhum dos pais ou membros da família, será concedida à criança a mesma proteção outorgada a qualquer outra criança privada permanente ou temporariamente de seu ambiente familiar, seja qual for o motivo, conforme o estabelecido na presente convenção (BRASIL, 1990, grifos nossos).

Cabe, pois, ao Estado assegurar a proteção e assistência até mesmo à criança que ainda pleiteia a condição do refúgio, devendo ela gozar do mesmo amparo que aquela que se encontra privada do seu ambiente familiar, não importando ainda se foram ou não localizados os seus familiares.

Há de se observar que, à luz do artigo 8º do mesmo diploma, os Estados-membros devem buscar preservar a identidade da criança, bem como a nacionalidade, o nome e relações familiares, envidando ainda esforços a fim de oferecer a proteção ao rápido estabelecimento da sua identidade, caso esteja sob ameaça (BRASIL, 1990). Tais disposições, com efeito, perfeitamente se amoldam à condição da criança e adolescente refugiados.

Por último, não se passa despercebido o disposto do artigo 7º, segundo o qual a criança deve ser registrada imediatamente após o nascimento, tendo direito a um nome e uma nacionalidade, cabendo aos Estados o zelo por esses direitos, principalmente a fim de impedir que se torne apátrida<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Conforme o parecer consultivo 21/2014, emitido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, “pessoa apátrida é a que não seja considerada como seu nacional por nenhum Estado, conforme sua legislação” (CIDH, 2014, p. 17).

## O Parecer consultivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Ainda dentro do rol dos documentos internacionais que vem ao encontro e defesa dos direitos da criança e adolescente refugiados está o Parecer Consultivo de nº 21, elaborado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 19 de agosto de 2014, como resposta ao Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai sobre as obrigações dos Estados em relação às crianças migrantes.

O parecer é por demais claro, principalmente por trazer orientações, de certo modo, mais precisas e factíveis ao cumprimento do estabelecido pela própria Convenção de 1989 (MARTUSCELLI, 2014).

Nas exposições iniciais, a Corte definiu por proteção internacional aquela oferecida por um Estado a estrangeiro que tenha seus direitos humanos violados ou ameaçados em seu país de origem, salientando estar aí também compreendida a proteção recebida pelos solicitantes de asilo<sup>2</sup> e refugiados. Desta feita, é imperioso valer-se de tal documento para este estudo.

Conforme o ato enunciativo internacional em questão, não se deve inviabilizar o ingresso de crianças estrangeiras no território nacional, ainda que se encontrem desacompanhadas; tampouco se pode exigir documentação que não possam ter. Do contrário, devem elas ser sempre encaminhadas à avaliação das reais necessidades de proteção, observando-se – evidentemente – a condição de crianças e adolescentes.

No tocante às garantias do devido processo legal aplicáveis em lides relativas à migração e que envolvam crianças, ressaltara a Corte que a criança tem direito a ser ouvida e participar de todas as etapas, de ser acompanhada por tutor ou assistida por um representante legal, de ser auxiliada gratuitamente por um tradutor e/ou intérprete e de ter acesso efetivo à comunicação consular. Além disso, orientara que o processo deve ter duração razoável, culminando decisão que, prioritária e fundamentadamente, avalie o interesse superior da criança (CIDH, 2014).

Quanto aos procedimentos previstos à identificação da necessidade de proteção internacional de crianças migrantes, o Órgão se posicionara no sentido de que deve haver uma padronização, destacando, sobremaneira, a obrigação de o Estado ofertar tratamento condigno com a condição de crianças, mesmo em caso de dúvida sobre a idade.

Além disso, como ressaltara Mattos (2016), da resposta dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos aos países, chama atenção o posicionamento quanto ao alcance e conteúdo do princípio do non-refoulement (não devolução/repulsão) no que diz respeito às crianças. Depreende-se pelo texto do próprio documento:

[...] A obrigação de não devolver não se limita ao perigo real que possa existir para a criança de dano irreparável a seus direitos [...] A Corte concorda com o Comitê dos Direitos da Criança quanto a que **[o] retorno ao país de origem apenas poderá ser contemplado em princípio se resultar no interesse superior**, de maneira que se encontra proibido quando produz um risco razoável de traduzir-se na violação dos direitos humanos fundamentais das crianças' (grifo nosso).

É dada, desta feita, uma compreensão ainda mais ampla ao princípio da não devolução, principalmente por interseccioná-lo ao já citado postulado do interesse superior da criança.

<sup>2</sup> Tem-se por solicitante de asilo aquele "que solicitou o reconhecimento do estatuto ou condição de refugiado e cuja petição está pendente de resolução" (CIDH, p. 17, 2014).

Por fim, ainda que indiretamente, quando explicita que os Estados não devem favorecer o incremento do número de pessoas apátridas, mas sim a concessão de nacionalidade à pessoa nascida em seu território, o parecer consultivo – de certo modo – dá azo à admissão do registro civil da criança refugiada.

## **O Estatuto da Criança e do Adolescente e os infante adolescentes refugiados**

Não obstante inexista previsão específica, considerando a premissa da integração jurídica e a impossibilidade de o Estado brasileiro se omitir em relação à vulnerabilidade da criança e adolescente refugiados, como coloca Mattos (2016), é também possível lançar mão de uma interpretação extensiva do Estatuto da Criança e do adolescente, fazendo uso da própria Doutrina da Proteção Integral.

Nessa linha, convém primeiramente citar o parágrafo único do artigo 3º do ECA, incluído pela Lei nº 13.257 de 2016, que reza:

**Os direitos enunciados** nesta Lei aplicam-se a **todas as crianças** e adolescentes, **sem discriminação** de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem (BRASIL, 1990, grifos nossos).

O dispositivo em tela deixa claro que toda criança que se encontre no território nacional deve gozar dos direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim sendo, também se incluem nesse rol os vulneráveis em situação de migração forçada (MATUSCELLI, 2014).

Também nesse sentido, ainda em suas disposições preliminares, mais precisamente no artigo 5º, o ECA dispõe que “**nenhuma criança ou adolescente será objeto de** qualquer forma de negligência, **discriminação**, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 1990, grifos nossos).

Isto posto, tais disposições suficientemente conduzem à compreensão de que, de forma extensiva, todos os direitos garantidos pelo diploma (educação, saúde, opinião, crença, dentre outros) são também devidos aos condicionados ao refúgio, tal qual a própria Doutrina da Proteção Integral, prevista ainda no artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

No tocante à aplicação estatutária à criança e adolescente refugiados, por fim, é relevante destacar o préstimo do artigo 58 da lei, o qual prevê que a cultura e demais aspectos correlatos devem ser devidamente respeitados durante o processo educacional da criança (MATTOS, 2016).

## **A QUESTÃO DO REGISTRO CIVIL E O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)**

Nas palavras de Lenza (2021, p. 1884), tem-se por nacionalidade o “vínculo jurídico-político que liga um indivíduo a determinado Estado, fazendo com que passe a integrar o povo [...], desfrute de direitos e submeta-se a obrigações”. Assim sendo, de forma isolada, tal conceituação leva a considerar a impossibilidade de que um determinado Estado atribua, indiscriminadamente, nacionalidade a estrangeiro; ou até mesmo de que reconheça nacionalidade estrangeira em lugar do próprio Estado competente para tanto (CAETANO, 2013).

Com efeito, a Lei nº 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) não faz qualquer menção ao registro de estrangeiro não registrado em seu país de origem ou à situação do refugiado sem registro, muito provavelmente em atenção ao princípio da soberania nacional, que se torna limitado no plano internacional e traduz-se em autonomia.

Poderia, contudo, a criança refugiada ter negado o direito a ser registrada? Para responder a tal indagação convém voltar o olhar ao artigo 7º da Convenção dos Direitos da Criança, conquanto já citado em tópico anterior do presente estudo.

Pelo citado dispositivo, toda criança tem direito a um nome e nacionalidade, devendo ser registrada imediatamente após o nascimento. Deveras, como signatário do tratado, o Brasil não poderia esquivar-se de cumprir tal disposição e simplesmente negar nacionalidade à criança refugiada que pleiteia o registro civil.

Diante de um aparente confronto principiológico entre a Dignidade da Pessoa Humana, Proteção Integral, Melhor Interesse da Criança e Soberania Nacional, é claro que devem prevalecer os três primeiros postulados. Ademais, antes que se fale em um suposto vício de constitucionalidade, deve-se atentar também à perspectiva da soberania sob a leitura do poder constituinte supranacional (LENZA, 2021).

Considerando a inércia legislativa e a necessidade de posicionamento jurídico diante um caso concreto (até mesmo por irradiação do princípio do acesso à justiça), Caetano (2013) afirma que o instituto da naturalização provisória, inicialmente aplicado em favor de menor estrangeiro que aporta ao país com até 05 (cinco) anos de idade, desde que devidamente fundamentado, pode ser pleiteado junto ao Ministério da Justiça mesmo em casos de idade superior ao previsto.

Para além disso, convém citar o posicionamento firmado pela quarta turma do Superior Tribunal de Justiça ainda em março de 2017, quando do acolhimento de recurso especial do Ministério Público em relação à decisão judicial que determinara registro civil de criança congoleza que, sem documento algum, clandestinamente adentrara ao país na condição de refugiada.

Ao determinar o cancelamento de registro civil por entender violação ao artigo 50 da Lei de Registros Públicos, o Guardião da Lei Federal certificou que a “identidade emitida a partir do Registro Nacional de Estrangeiro **equivale a registro civil brasileiro**” e que “a impossibilidade de registro em cartório de registro civil de pessoa cujo nascimento não se deu em território brasileiro **não significa o impedimento de exercício da cidadania aos estrangeiros refugiados no Brasil**” (STJ JUS, 2017, grifos nossos).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo, com base na literatura da área e na legislação pertinente, discutir a respeito dos direitos da criança e adolescente refugiados. Trata-se de tema escasso e, pode-se dizer, obscuro, que ainda necessita ser tomado por objeto de estudo em oportunidades outras.

Em termos de Brasil, é inegável a abstenção legislativa no tocante à proteção dos menores refugiados. Contudo, como demonstrado, há como se recorrer a ferramentas do Direito e outras fontes para suprir a lacuna existente, sobretudo em atenção às normas do Direito Interna-

cional de proteção à infância.

Em uma interpretação extensiva e fazendo uso do método de integração jurídica, à luz da Carta Magna de 1988, da Lei nº 9.474/1997 (Estatuto dos Refugiados), da Convenção Internacional dos Direitos da Criança da qual o Brasil é signatário, da Opinião Consultiva nº 24 da Corte Interamericana de Direito Humanos, do Princípio do Melhor Interesse da Criança, bem como da Doutrina da Proteção Integral e da Lei nº 8.069/90 (ECA), a criança refugiada deve ter assegurados todos os seus direitos fundamentais, considerando-se sempre a situação de dupla vulnerabilidade na qual se encontra.

Mesmo diante da ausência legislativa, não se pode eximir de garantir o exercício de direitos básicos às crianças e aos adolescentes refugiados que, acompanhados ou não, em busca de acolhimento, adentram ao território nacional em situação de ameaça aos seus direitos humanos. Como Estado Democrático Social de Direito atento ao Direito Internacional dos Refugiados, cumpre ao Brasil atenção para com esse grupo vulnerável.

## REFERÊNCIAS

- ACNUR BRASIL. Alto Comissariado das Nações para Refugiados. Protegendo Refugiados no Brasil e no Mundo. Cartilha Institucional. 2020. Disponível em: [https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2020/03/Cartilha-Institucional-Final\\_site.pdf](https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2020/03/Cartilha-Institucional-Final_site.pdf). Acesso em: 15 ago. 2022.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2022.
- BRASIL. Decreto 99.710 de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm). Acesso em: 28 ago. 2022.
- BRASIL. Lei 9.474 de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília, 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm). Acesso em: 28 ago. 2022.
- BRASIL. Lei n. 8069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 18 ago. 2022.
- BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Brasília, 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L6015compilada.htm). Acesso em: 28 ago. 2022.
- CAETANO, Ivone Ferreira. A Criança e o Adolescente Refugiados: direitos fundamentais. In: Curso de Constitucional: normatividade jurídica. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 11. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013, p. 92-108. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica\\_92.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_92.pdf). Acesso em: 18 ago. 2022.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Parecer Consultivo solicitado pela República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai. San José, Costa Rica. 2014. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_21\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf).

Acesso em: 25 ago. 2022.

FROTA, Ana Maria Monte Coelho. Diferentes concepções da infância e adolescência: a importância da historicidade para sua construção. *Estudo pesquisa e psicologia*. v.7, n.1, 2007, p. 144-157. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S1808-42812007000100013](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1808-42812007000100013). Acesso em: 18 ago. 2022.

JUNGER, Gustavo; CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Tadeu de; SILVA, Bianca G. *Refúgio em Números (7ª Edição)*. Brasília: OBMigra, 2022.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LUSTIG, Andréa Lemes *et al.* Criança e infância: contexto histórico social. In: IV Seminário de Grupos de Pesquisa sobre Crianças e Infância - ética e diversidade na pesquisa. GOIÂNIA: CEGRAF, 2014. Disponível em: <https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/693/o/TR18.1.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2022.

MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. A proteção brasileira para crianças refugiadas e suas consequências. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*. v. 22, n. 42, jan.-jun. 2014, p. 281-285. Disponível em: <https://remhu.csem.org.br/index.php/remhu/article/view/440>. Acesso em: 11 ago. 2022.

MATTOS, Alice Lopes. A criança refugiada no Brasil: entre a falta de regulamentação e a necessidade de proteção. In: XII Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. 2016, p. 1-17. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14561>. Acesso em: 11 ago. 2022.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. *Metodologia do Trabalho Científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. São Paulo: Universidade Feevale, 2013.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

STJ JUS. Identidade emitida a partir do Registro Nacional de Estrangeiro equivale a registro civil brasileiro. STJ. Publicado em 18 mai. 2017. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-05-18\\_10-16\\_Identidade-emitida-a-partir-do-Registro-Nacional-de-Estrangeiro-equivale-a-registro-civil-brasileiro.aspx#:~:text=O%20documento%20de%20identidade%20emitido,de%20pessoas%20naturais%20do%20Brasil](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-05-18_10-16_Identidade-emitida-a-partir-do-Registro-Nacional-de-Estrangeiro-equivale-a-registro-civil-brasileiro.aspx#:~:text=O%20documento%20de%20identidade%20emitido,de%20pessoas%20naturais%20do%20Brasil). Acesso em: 23 abr. 2018.

UNICEF. Fundo das Nações Unidas para a Infância. A call to action: protecting children on the move starts with better data. 2018. Disponível em: [https://data.unicef.org/wp-content/uploads/2018/02/Migration\\_advocacy\\_Feb20.pdf](https://data.unicef.org/wp-content/uploads/2018/02/Migration_advocacy_Feb20.pdf). Acesso em: 16 abr. 2018.



**A responsabilidade civil no processo de adoção: uma análise sobre a (im) possibilidade de devolução de crianças e adolescentes**

**Civil responsibility in the adoption process: an analysis of the (im) possibility of returning children and adolescents**

---

Nauanny Rocha da Silva  
Munyck de Oliveira Silva Carneiro  
Edson Carvalho

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.124.2



## RESUMO

O presente estudo tem o objetivo geral de analisar a responsabilidade civil na devolução de crianças e adolescentes no processo de adoção. Assim, o problema questiona: cabe responsabilidade civil em caso de devolução de crianças ou adolescentes durante o processo de adoção? Diante da problemática foram traçadas duas hipóteses, quais sejam: a) caberá a responsabilização civil na desistência do processo de adoção, pois caracteriza ato ilícito, em face dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002; b) não cabe responsabilidade civil, se forem evitados o abandono e a devolução da criança ou adolescente. Os objetivos específicos são: analisar a responsabilidade civil, compreender o processo de adoção e analisar o entendimento dos tribunais quanto a possibilidade de responsabilidade civil, em caso de devolução de crianças e adolescentes durante o processo de adoção, diante do estágio de convivência, guarda provisória e após o trânsito em julgado da sentença, mediante a análise das jurisprudências do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Tribunal de Justiça de São Paulo e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Com isso, levando em conta as pesquisas efetuadas, as doutrinas e a legislação, em especial o Estatuto da Criança e do Adolescente é contra a desistência, uma vez que, o instituto da adoção não possui previsão legal para tanto, sendo medida irrevogável e irrecorrível.

**Palavras-chave:** adoção. responsabilidade civil. desistência.

## ABSTRACT

This study has the general objective of analyzing civil liability in the return of children and adolescents in the adoption process. Thus, the problem asks: is there civil liability in the event of the return of children or adolescents during the adoption process? In view of the problem, two hypotheses were drawn up, namely: a) civil liability will apply in the withdrawal of the adoption process, as it characterizes an illicit act, in the face of articles 186, 187 and 927 of the Civil Code of 2002; b) There is no civil liability if the abandonment and return of the child or adolescent is avoided. The specific objectives are: to analyze civil liability, understand the adoption process and analyze the understanding of the courts regarding the possibility of civil liability, in case of return of children and adolescents during the adoption process, before the stage of coexistence, provisional custody and after the final decision has been rendered, through the analysis of the jurisprudence of the Court of Justice of Minas Gerais, Court of Justice of São Paulo and Court of Justice of Rio Grande do Sul. With this, taking into account the research carried out, the doctrines and the legislation, in particular the Statute of the Child and Adolescent, is against the withdrawal, since the adoption institute does not have a legal provision for this, being an irrevocable and unappealable measure.

**Keywords:** adoption. civil responsibility. withdrawal.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo apresenta como tema a responsabilidade civil e a devolução de crianças e de adolescentes no processo de adoção. Frente a esta situação, a responsabilidade civil é imposta quando há dano a alguém, e este tem a obrigação de reparar o ato ilícito. Depara-se assim, com o art. 186 e 187 do Código Civil de 2002, que define o comportamento culposos do causador do dano, e ainda, o art. 927, do mesmo diploma legal, institui que aquele que provocar

prejuízo a outrem, fica obrigado a compensá-los.

O processo de adoção, por sua vez, é uma medida judicial, em que há a colocação de uma família substituta na vida da criança ou do adolescente, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes biológicos, e estabelecendo aos adotantes a proteção e o cumprimento de seus direitos e deveres ao filho adotado.

Com isso, a relevância deste tema, explica-se diante da desistência dos adotantes perante as crianças e aos adolescentes no período do processo de adoção, sendo este durante o estágio de convivência, na guarda provisória ou, até mesmo, após o trânsito em julgado da sentença que concedeu a adoção.

Nesse viés, tem-se a seguinte problemática: cabe responsabilidade civil em caso de devolução de crianças ou adolescentes durante o processo de adoção?

Para buscar resolver o citado questionamento, a pesquisa pretende verificar as hipóteses de que se a responsabilização civil caberá na devolução/desistência do processo de adoção, caracterizando ato ilícito e gerando indenização por dano moral, em face dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002 ou não caberá, se forem evitados o abandono e a devolução de criança ou adolescente. Porém, como medida preventiva, os adotantes deverão ser preparados para o exercício da parentalidade e, antes de assumir a guarda, deverão observar e respeitar o processo de adoção para que se tenha êxito e, com isso, evitar consequências para a criança ou o adolescente.

Nesta vertente, o estudo consiste em analisar a responsabilidade civil por desistência do processo de adoção, visando uma análise acerca do processo de adoção, por conseguinte, a análise da responsabilidade civil durante o estágio de convivência, seguido durante a guarda provisória e, por fim, após o trânsito em julgado da sentença concomitantemente com os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e São Paulo no período de 2009 a 2022, para, verificar os elementos e chegar na problemática deste trabalho, de haver ou não a possibilidade de responsabilização civil na devolução de crianças e adolescentes no processo de adoção, e por fim os projetos de Lei do Senado Federal e da Câmara dos Deputados.

Nesse viés, o trabalho se encerra com as considerações finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o tema que ensejou o presente estudo, em face da responsabilidade civil e devolução de crianças e adolescentes no processo de adoção.

## **DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DESISTÊNCIA DO PROCESSO DE ADOÇÃO**

### **Do processo de adoção**

É sabido que a adoção é um processo judicial que tem por finalidade a inserção de uma criança ou adolescente no seio de um núcleo familiar, tornando-se assim, sua família substituta. Desse modo, a adoção implica na completa extinção da relação familiar mantida pelo adotando

com o seu núcleo familiar anterior, e conferindo segurança à nova relação jurídica estabelecida.<sup>1</sup>

Neste aspecto, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), enfatiza que, obedecendo às exigências e decidido por adotar, a parte deverá procurar a Vara da Infância e da Juventude da sua região (art. 50 do ECA/90)<sup>2</sup>, ou seja, a “adoção tem início a partir da inscrição dos interessados no Cadastro de Pretendentes à Adoção do fórum da comarca de residência”<sup>3</sup>, portando os documentos necessários que estão previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais serão autuados pelo cartório e remetidos ao Ministério Público para apreciação e prosseguimento do feito.<sup>4</sup>

Seguindo estes pontos, o cadastro de adoção merece destaque, pois é através deste que se tem o registro de cada criança e adolescente apto para serem adotados(as) e das pessoas interessadas no processo de adoção, assim:<sup>5</sup>

Obriga a legislação brasileira que a autoridade judiciária mantenha, em cada comarca, um registro atualizado de crianças e adolescentes que estão em condições de serem adotados e um outro cadastro de pessoas interessadas na adoção. “Trata-se de mecanismo que possibilita o cruzamento de dados e a rápida identificação de crianças ou adolescentes institucionalizados. Tal expediente permite, ainda, o intercâmbio de informações entre comarcas e regiões”.<sup>6</sup>

Após essa fase, os pretendentes serão avaliados por uma equipe multidisciplinar do Poder Judiciário, a fim de conhecer as motivações e expectativas dos candidatos. Além do mais, o adotante terá que participar de um programa de preparação, como pressuposto para quem busca a habilitação no cadastro de adoção e a partir do estudo psicossocial, com o certificado de participação no programa de preparação e o parecer do Ministério Público, o magistrado proferirá a decisão, deferindo ou não o pedido.<sup>7</sup>

Essa habilitação será válida por três anos e poderá ser renovada pelo mesmo período. E o prazo máximo para conclusão da habilitação à adoção será de 120 (cento e vinte) dias, prorrogável por igual período mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária. Portanto, com o deferimento do pedido de habilitação, os dados do adotante são inseridos no sistema nacional, observando-se a ordem cronológica da decisão judicial.<sup>8</sup> Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 197-E, § 5º.<sup>9</sup>

Frente ao procedimento, o § 1º do art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe que toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 3 (três) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou pela colocação em família substituta.<sup>10</sup>

1 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: famílias*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. 6 v. p. 987.

2 BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 16 ago. 2022.

3 TJSC. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Documentos para adoção nacional. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/infancia-e-juventude/adocao-nacional>. Acesso em: 25 abr. 2022.

4 CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Passo a passo da adoção. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/adocao/passo-a-passo-da-adocao/>. Acesso em: 30 ago. 2022.

5 FARIAS; ROSENVALD, 2018. p., 988.

6 FARIAS; ROSENVALD, 2018 apud ROSSATO; LÉPORE, 2009, p. 989.

7 FARIAS; ROSENVALD, 2018 apud ROSSATO; LÉPORE, 2009, p. 989.

8 CNJ, op. cit.

9 BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 16 ago. 2022.

10 BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

E, para que a habilitação da adoção ocorra, haverá de se cumprir o procedimento especial perante a Vara da Infância e da Juventude com a devida intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem pública,<sup>11</sup> consoante aos arts. 197-A a 197-F do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao fato de estes colacionarem, desde os requisitos para a petição inicial, os prazos, as intervenções e a participação obrigatória no programa oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude. Todo este processo e pontos a serem seguidos contam com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, e dos grupos de apoio à adoção. Após ser deferida a habilitação perante a Justiça da Infância e da Juventude, o postulante será inscrito no cadastro de adoção, conforme preceitua o art. 50 do ECA/90<sup>12</sup>.

Nesse viés, posterior à habilitação e com o cadastro de adoção devidamente confirmado, a adoção será precedida pelo estágio de convivência que é um período em que o adotando convive com o adotante para o estabelecimento de um vínculo de afinidade.

## DA RESPONSABILIDADE CIVIL DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA

O estágio de convivência, tem por objetivo propiciar o início de um convívio com os possíveis pais, adotantes, e seus possíveis filhos, adotados, no qual, estes já possuem previamente a habilitação no Cadastro Nacional de Adoção. Desta forma, como prescinde o art. 46 do ECA/90, o prazo máximo para isto é de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou do adolescente, possíveis de prorrogação por igual período, e se os adotantes forem estrangeiros o prazo é de no mínimo 30 (trinta) e máximo 45 (quarenta e cinco) dias, prorrogável somente uma vez (art. 46, §§ 2º-A e 3º).<sup>13</sup>

Nesse viés, esta fase é de grande importância e possui a característica de “teste” para a viabilidade da adoção. A desistência neste período se faz presente em determinadas situações e pode haver intenso sofrimento psíquico para a criança ou adolescente.<sup>14</sup>

No entendimento de Souza e Moraes, verifica-se que a desistência poderá ocorrer durante a etapa do estágio probatório, que se trata de um período de avaliação da afinidade entre os envolvidos. E nesse caso, se os adotantes não se sentirem aptos a cumprir o requisito principal para a adoção, qual seja o superior interesse na criança ou no adolescente, comunicarão a equipe interpeçoal, a fim de que ocorra a desistência. Esse pedido deverá se pautar em questões relevantes, que demonstrem justificativas plausíveis para tanto.<sup>15</sup>

Nesse horizonte, excepcionalmente e a depender das peculiares características do caso concreto, as rupturas absolutamente imotivadas e contraditórias ao comportamento demonstrado ao longo do estágio podem vir a ser fontes de reparação civil.<sup>16</sup>

Brasília, DF, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 16 ago. 2022.

11 FARIAS; ROSENVALD, 2018. p., 988.

12 BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

Brasília, DF, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 16 ago. 2022.

13 BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

Brasília, DF, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 16 ago. 2022.

14 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil. 19. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. 3 v. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/754449>. Acesso em: 17 ago. 2022. p. 1244.

15 SOUZA, Caroline Megiani de; MORAES, Pedro Manoel Callado. A responsabilidade civil em caso de desistência da adoção. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento, v. 17, jun. 2021. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/desistencia-da-adocao>. Acesso em: 17 ago. 2022.

16 GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021. p. 1245.

Nesse sentido, a adoção deveria ser para sempre, e isto não poderia ser diferente<sup>17</sup>, pois a filiação adotiva diferente da biológica é planejada, programada e buscada com paciência, passando por toda habilitação e processo burocrático que o instituto da adoção exige, o qual, gera um contexto de longa expectativa dos envolvidos.<sup>18</sup>

Em análise, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a respeito da desistência da adoção no estágio de convivência, verificou o pedido condenatório de reparação de dano moral em fase de apelação, ajuizado pelo Ministério Público (MP) contra Natalio e Adelia, pretendentes à adoção. De forma injustificada, os mesmos devolveram os menores J.B.P. T.P.R. durante o estágio de convivência, fato que levou o MP a recorrer inconformado com a sentença, requerendo dano moral aos menores em decorrência da rejeição.<sup>19</sup>

No caso em questão, os adotantes apontam que as dificuldades apresentadas na convivência foram dificuldades normais, e que são habituais durante a adaptação. Desta forma, a sentença compreendeu que a devolução ocorrida não configuraria ato ilícito indenizável, e que o estágio de convivência tem justamente este condão de verificar se o vínculo da adoção é recíproco e se será benéfico para criança ou adolescente.<sup>20</sup>

Neste íterim, nota-se que não houve frustração legítima e nem abuso de direito, não adentrando assim no conceito dos arts. 186, 187 e 927 do CC/02, uma vez que, por mais que a desistência dos adotantes tenha sido injustificada no curso do estágio de convivência, não ensejou abalo moral nos menores e nem configurou abuso do direito, não ensejando dano e responsabilização civil, sendo assim, o acórdão manteve a sentença de improcedência.<sup>21</sup>

Pablo Stolze Gagliano e Fernanda Carvalho Leão Barretto têm o mesmo entendimento de que, durante o estágio de convivência, a desistência/devolução gera o status de não querer mais se prosseguir com o processo, ou seja, no estágio de convivência não teria a responsabilização civil, por não constituir ato ilícito.<sup>22</sup>

Inquestionavelmente, Caroline Megiani de Souza e Pedro Manoel Callado Moraes evidenciam que durante o estágio de convivência a “ocorrência de abandono afetivo por ausência de laços de afeto entre adotante e adotado, a conduta ainda causa angústia na criança, que consegue ultrapassar o simples sentimento de aborrecimento, e merece sua devida reparação”.<sup>23</sup>

Todavia, para a caracterização da responsabilidade civil, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais julgou pela seara da reparação de danos, em face dos adotantes que motivados pelo apadrinhamento postularam a adoção e após vários meses de convivência, mudaram de ideia e requereram a devolução da criança durante o estágio de convivência. A sentença os condenou ao pagamento de indenização pelo dano moral em consequência da lesão sofrida pelo adotado em obrigação de prestar alimentos. Contudo, inconformados com a sentença, apelaram em grau de recurso.<sup>24</sup>

<sup>17</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 1012.

<sup>18</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. *Responsabilidade civil pela desistência na adoção*. IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, 27 jul. 2020. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/artigos/1513/Responsabilidade+civil+pela+desist%C3%Aancia+na+ado%C3%A7%C3%A3o#\\_ftn2](https://ibdfam.org.br/artigos/1513/Responsabilidade+civil+pela+desist%C3%Aancia+na+ado%C3%A7%C3%A3o#_ftn2). Acesso em: 17 ago. 2022.

<sup>19</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70079126850. Apelante: Ministério Público. Apelados: A.S.A., N.A.G. Relator: Des. Rui Portanova. Porto Alegre, RS, 04 de abril de 2019. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 08 abr. 2022.

<sup>20</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70079126850. Apelante: Ministério Público. Apelados: A.S.A., N.A.G. Relator: Des. Rui Portanova. Porto Alegre, RS, 04 de abril de 2019. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 08 abr. 2022.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> GAGLIANO; BARRETTO, op. cit.

<sup>23</sup> SOUZA; MORAES, op. cit., p. 12.

<sup>24</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0702.14.059612-4/001. Apelante: Rodrigo Fernando

O Ministério Público, apelado, aforou ação civil pública contra os apelantes, asseverando que é possível inferir o desprezo em relação ao adotado, e que este estava sendo humilhado e hostilizado, destacando que a mudança de postura dos apelantes coincidiu com o nascimento do filho biológico do casal, fato que gerou reflexos negativos na atitude com o adotado, sobretudo o abalo psicológico decorrente do sentimento de rejeição.<sup>25</sup>

Depreende-se assim que no caso acima exposto, fora observado o dever de indenizar imposto no art. 186 do Código Civil, consubstanciado no dano ocasionado por *outrem*, o qual, advém do ato ilícito, como estipula também o art. 927 do Código Civil.<sup>26</sup>

Em suma, nota-se que há previsões contraditórias a respeito da indenização ao longo do estágio de convivência, em que, o exercício do direito potestativo de desistir da adoção durante o estágio de convivência pode ou não autorizar o reconhecimento da responsabilidade civil dos desistentes, ressalvadas as situações em que deverá se analisar o respectivo dano ocasionais aos possíveis adotados.<sup>27</sup>

## DA RESPONSABILIDADE CIVIL DURANTE A GUARDA PROVISÓRIA

A guarda provisória sucede os estágios de convivência, quando estes são concluídos com êxito. Assim, durante este período, a convivência de adotantes e adotados não ocorre mais nas dependências do abrigo e com visitas, mas sim no lar dos adotantes.<sup>28</sup>

Posto isto, Gagliano e Barretto afirmam que durante a guarda provisória já é possível a configuração da responsabilidade civil, em que o “abuso do direito de desistir da adoção gera responsabilidade civil e [...] estará presente se a desistência se operar depois de constituído, pelo adotante, um vínculo robusto com o adotando, em virtude do prolongamento do período de guarda”.<sup>29</sup>

Nesse sentido, já julgou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - I. ADOÇÃO - GUARDA PROVISÓRIA - DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DE FORMA IMPRUDENTE - DESCUMPRIMENTO DAS DISPOSIÇÕES DO ART. 33 DO ECA - REVITIMIZAÇÃO DA CRIANÇA - REJEIÇÃO - SEGREGAÇÃO - DANOS MORAIS CONSTATADOS - ART. 186 C/C ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL - REPARAÇÃO DEVIDA - AÇÃO PROCEDENTE - II. QUANTUM INDENIZATÓRIO - RECURSOS PARCOS DOS REQUERIDOS - CONDENAÇÃO INEXEQUÍVEL - MINORAÇÃO – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. - A inovadora pretensão do Ministério Público, de buscar o ressarcimento civil com a condenação por danos morais daqueles que desistiram do processo de adoção, que estava em fase de guarda, de forma abrupta e causando sérios prejuízos à criança, encontra guarida em nosso direito pátrio, precisamente nos art. 186 c/c arts. 187 e 927 do Código Civil. [...] <sup>30</sup>

---

Souza Valadão de Castro. *Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Caetano Levi Lopes. Belo Horizonte, MG, 06 abr de 2018. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do;jsessionid=84D960AF0967137558FC76DB6E86815A>. Acesso em: 08 abr. 2022.*

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021. p. 1245.

<sup>28</sup> GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021. p. 1246.

<sup>29</sup> GAGLIANO; BARRETTO, *op. cit.*

<sup>30</sup> BRASIL. *Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0702.09.567849-7/002. Apelante: D.A.S. Apelado: M.P.E.M.G. Relator: Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Belo Horizonte, MG, 15 de abril de 2014. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do;jsessionid=84D960AF0967137558FC76DB6E86815A>. Acesso em: 08 abr. 2022.*

No caso em tela, destaca-se que o acórdão deu parcial provimento ao recurso interposto por D.A.S. e M.C.B.S. nos autos da ação civil pública, movida pelo Ministério Público de Minas Gerais, minorando o quantum indenizatório em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), e manteve a sentença de parcial procedência, destacando que o ilícito que gerou a reparação não foi apenas o ato em si de desistir da adoção da criança, mas sim, o *modus operandi* diante da forma irresponsável que os requeridos tratavam a criança, vislumbrando uma pessoa perfeita e afrontando os plenos direitos fundamentais da criança, existindo assim, a responsabilidade civil, consoante aos arts.186 187 e 927 do Código Civil de 2002.<sup>31</sup>

Em contrapartida, Karine Torres Rodrigues e Eduardo Hoffmann estabelecem que se a desistência for devidamente justificada, com o intuito de proteger os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da proteção à criança e ao adolescente, a medida deverá ser considerada legal, desde que passe por uma árdua análise.<sup>32</sup>

Rodrigues e Hoffmann afirmam que se a desistência for injustificada, acaba-se por caracterizar ato ilícito, “pautado no abuso do direito de se inscrever no cadastro de adoção, conforme dispõem os artigos 186 e 187 do Código Civil, agindo de forma negligente e em relação às responsabilidades atribuídas devido à guarda”<sup>33</sup>. Evidencia-se também o ponto de vista da tutela constitucional infante juvenil, caracterizando o abuso de direito, nos termos do art. 187 do Código Civil, o qual expõe que, “comete ilícito, o titular de um direito que acaba excedendo as margens impostas pela finalidade econômica ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, ou seja, o abuso de direito se infere no fato de algumas pessoas buscarem o poder judiciário para o fim de se inscrever no cadastro de adoção, visando à formação de uma família perfeita.<sup>34</sup>

Ademais, Rodrigues e Hoffmann afirmam ser aplicável o art. 927 do Código Civil, pois a simples desistência acaba por trazer prejuízos aos infantes, uma vez que, as crianças e os adolescentes suportam todo o sentimento de abandono, desprezo, insuficiência, entre outros.<sup>35</sup>

Conquanto, em casos de desistência infundada da adoção, cabe à responsabilidade civil, conforme explicam Rodrigues e Hoffmann:

Com o objetivo de desestimular a prática da desistência da adoção, é necessária a conscientização e o empreendimento de esforços tanto dos adotantes em buscarem compreender o sentido da medida, bem como que com ela advêm responsabilidades elencadas no artigo 227 da Constituição Federal, como do Estado, ao realizar programas para a melhor preparação dos envolvidos no processo [...].<sup>36</sup>

Desta forma, a fim de não haver a responsabilidade civil, mediante a uma desistência infundada e, assim, acabar-se por evitar o abandono e a devolução de criança ou adolescente durante o processo de adoção, Caroline Megiani de Souza e Pedro Manoel Callado Moraes expõem uma das medidas preventivas que pode vir a ser tomada:<sup>37</sup>

31 BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 1.0702.09.567849-7/002. Apelante: D.A.S. Apelado: M.P.E.M.G. Relator: Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Belo Horizonte, MG, 15 de abril de 2014. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do;jsessionid=84D960AF0967137558FC76DB6E86815A>. Acesso em: 08 abr. 2022.*

32 RODRIGUES, Karine Torres; HOFFMANN, Eduardo. *A (in) constitucionalidade da desistência injustificada da adoção durante a etapa do estágio de convivência e a responsabilidade civil dos pretendentes pelo dano ocasionado aos adotados. Diálogos e Interface do Direito, Cascavel, 22 jan. 2021. P. 124-151. Disponível em: <https://dir.fag.edu.br/index.php/direito/article/view/61>. Acesso em: 17 ago. 2022. p. 146.*

33 RODRIGUES; HOFFMANN, *op. cit.*, p. 146.

34 RODRIGUES; HOFFMANN, *op. cit.*, p. 147.

35 RODRIGUES; HOFFMANN, *op. cit.*, p. 147.

36 *Ibid.*

37 SOUZA; MORAES, *op. cit.* p. 10.

[...] a pessoa ou casal deverão ser preparados gradativamente para o exercício de parentalidade, antes de assumir a guarda. A sociedade e o Poder Público deverão observar essas regras, para êxito da adoção, evitando assim as tristes consequências para a criança com o fracasso da convivência e os danos causados pela inabilidade da família adotiva em formação.<sup>38</sup>

Portanto, a desistência da adoção durante a guarda provisória, “se afigura muito mais complexa e dura do que o insucesso do estágio de convivência em sentido estrito, uma vez que rompe uma convivência sócio afetiva consolidada”<sup>39</sup>, fato este que atrai a incidência das regras de responsabilidade civil e o fator da indenização.

Frente ao exposto, a problemática do reconhecimento da responsabilidade civil no caso de devolução no processo de adoção durante a guarda provisória é apontada no sentido de não haver previsão legal específica para a questão e, tentar atribuir ao estágio de convivência como o meio obrigatório para a identificação de todas as compatibilidades entre os futuros familiares.<sup>40</sup> Aliás, se afigura que quem pretende adotar precisa ter plena consciência da responsabilidade. No entanto, a adoção, enquanto não consumada por sentença, a possibilidade jurídica de desistência existe.<sup>41</sup>

## DA RESPONSABILIDADE CIVIL APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA

Em que pese a sentença da adoção uma vez transitada em julgado tem sua irrevogabilidade, conforme expõe o art. 39, § 1º do ECA/90<sup>42</sup>. Porém, a devolução de crianças e adolescentes, após a sentença com trânsito em julgado do processo de adoção, é ainda um problema enfrentado e debatido no Brasil.<sup>43</sup>

De acordo com Souza, “os motivos da devolução ou desistência de continuar com aquele filho são variados e geralmente são devido à falta de dedicação e compreensão dos adultos”<sup>44</sup>. Desta forma,

A falta de diálogo com a família extensa também pode acarretar na devolução da criança ou adolescente para a casa de acolhimento. O casal, ou a pessoa não manifesta para a família que pretende realizar uma adoção, pois teme a reação dos familiares, principalmente dos futuros avós. Os adotantes perdem a noção de que a adoção não gera efeitos somente na relação paterno-filial, mas em toda a família e é necessário o envolvimento da família extensa assim como ocorre na filiação biológica.<sup>45</sup>

Assim, a desestruturação da relação entre o casal também surge como uma motivação para a devolução, ao fato de que, a entrada da criança exige atenção dos pais, e o casal pode vir a sentir a diferença no espaço familiar anteriormente ocupado, e se ressentem como se a

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021. p. 1246.

<sup>40</sup> MENDES, Andréa Martins; ROCHA, Kelda Sofia da Costa Santos Caires. *Adoção frustrada: a responsabilidade civil em face da devolução da criança ou adolescente*. ESMAM, São Luís, p. 24, v. 12, n. 14, jul. / dez. 2018. Disponível em: <https://revistaesmam.tjma.jus.br/index.php/esmam/article/view/6>. Acesso em: 17 ago. 2022.

<sup>41</sup> GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021. p. 1246.

<sup>42</sup> BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Brasília, DF, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 26 fev. 2022.

<sup>43</sup> KIRCH, Aline Taiane; COPATTI, Livia Copelli. *Criança e adolescente: a problemática da adoção e posterior devolução às casas de acolhimento*. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 13, p. 13-36, jun. 2014. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/934/93431846002.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2022.

<sup>44</sup> SOUZA, Hália Pauliv de Souza. *Adoção Tardia devolução ou desistência de um filho? A necessária preparação para adoção*. Curitiba, Juruá. 2012, p. 36.

<sup>45</sup> KIRCH, *op. cit.*



criança fosse a culpada disso, havendo a falta de construção emocional do que é ser pai e mãe.<sup>46</sup>

Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira “não há nenhuma previsão legal de ‘desadocção’. Uma vez filho, adotado ou não, será para sempre, pois filhos e pais mesmo depois da morte permanecem vivos dentro da gente”<sup>47</sup>.

Seguindo este parâmetro, no que concerne ao processo de adoção, a justiça brasileira não reconhece o conceito de “devolução” de criança ou adolescente adotada. Mas, “na prática, seja na ‘devolução’ ou na restituição, o judiciário acaba instaurando processos de ‘cancelamento da guarda’, com o intuito de evitar que uma criança permaneça com uma família que não pôde assumir sua função parental.”<sup>48</sup>

No entanto, dentro deste parâmetro, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou a desconstituição da sentença e oportunizou uma reavaliação do caso dos candidatos, ora apelantes à habilitação<sup>49</sup>, uma vez que, inconformados com sentença que, nos autos de ação de habilitação para adoção, determinou a exclusão do casal do Cadastro Nacional de Adoção, vedando a renovação de sua inclusão. Porém sustentaram em grau de recurso que o insucesso de experiência anterior não poderia servir de fundamento para a exclusão, desta forma assim julgou o acórdão:

Com efeito, a exclusão do casal do cadastro nacional de adoção e sua vedação para nova inclusão está expressa no artigo 197-E, § 5º, do ECA. Contudo, tal comando refere expressamente que, **depois do trânsito em julgado da sentença de adoção**, importará na exclusão e vedação dos habilitados quando ocorrer a desistência ou a devolução da criança/adolescente, o que não se vislumbra no caso em exame.

[...]

a criança foi colocada em experiência familiar antes mesmo de ser sentenciado o processo de destituição do poder familiar.<sup>50</sup>

Nesse íterim, entendeu-se que o fundamento utilizado para a exclusão e vedação de nova habilitação no Cadastro Nacional de Adoção não poderia ser mantido, pois o processo de adoção estava na fase de estágio.<sup>51</sup>

Assim, verificou-se que fora acolhido e possui provimento o presente apelo, ao fato de a sentença não ter transitado em julgado, ou como ocorre de o caso não ser vislumbrado em conformismo com a legislação, conforme ocorreu no processo nº 70078440443 de 2019 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e dentre isso, explica Gagliano:

Após a sentença de adoção transitada em julgado, é juridicamente impossível a pretendida “devolução”, caracterizando tal ato, se efetivado, no plano fático, ilícito civil (e, a depender do caso, também, ilícito penal, por abandono de incapaz – art. 133, CP). Ressalte-se que o juiz, inclusive, pode proferir uma sentença de rejeição do pedido de devolução, sem sequer citar o réu (hipótese atípica de improcedência liminar do pedido – art. 332, CPC).<sup>52</sup>

<sup>46</sup> SOUZA, *op. cit.* p. 35.

<sup>47</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 754.

<sup>48</sup> FIGUEIREDO, Sophia Bezerra; LEMOS, Vinicius Silva. *Responsabilidade civil decorrente de desistência da adoção*. Jusfaro, Rondônia, v. 2, maio 2021. Disponível em: <https://revistas.faro.edu.br/JUSFARO/article/view/406>. Acesso em: 17 ago. 2022.

<sup>49</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70078440443*. Apelante: J.C.C.V. Apelada: G.R.L.V. Relator: Des. José Antônio Daltoé Cezar. Porto Alegre, RS, 12 de junho de 2019. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 08 abr. 2022.

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021. p. 1254.

Ainda, Gagliano e Barretto demonstram que os casos de devolução, após o trânsito em julgado da sentença, já são considerados um ilícito penal e civil, que gera o dever de indenizar, pois:

[...] caracteriza ilícito civil capaz de suscitar amplo dever de indenizar, e, potencialmente, também, um ilícito penal, sem prejuízo de se poder defender, para além da impossibilidade de nova habilitação no cadastro, a manutenção da obrigação alimentar, uma vez que os adotantes não podem simplesmente renunciar ao poder familiar e às obrigações civis daí decorrentes.<sup>53</sup>

Além do mais, Gagliano expõe que:

Trata-se de uma indenização que não apenas atende ao escopo compensatório, mas também se justifica em perspectiva pedagógica, à luz da função social da responsabilidade civil.

Aliás, a dor, a angústia e o sofrimento derivados da “devolução de um filho” – como se mercadoria fosse – acarretam, em nosso sentir, um dano moral que dispensa prova em juízo (“in re ipsa”).<sup>54</sup>

Nesse sentido, “apesar da inexistência de norma que proíba a ‘devolução’, a conduta culposa, que gera prejuízo a terceiro, é evidente diante a violência psicológica que trará à criança/adolescente ‘devolvido’”.<sup>55</sup>

Em outra vertente, Cruz explana seu posicionamento sobre a devolução da seguinte forma:

Ao longo dos anos, tem-se verificado que muitas pessoas buscam nas crianças abrigadas a figura ideal construída ao longo de toda uma vida, o rosto que se encaixa de modo pleno naquele que teria o filho biológico que, por diversas razões, nunca foi concebido. Na maioria das vezes essa procura não é prejudicial e a adoção cumpre seu papel fundamental na realização pessoal de muitos pais e de muitos filhos, que deixam para trás a marca da frustração e do abandono e passam a substituí-la pela marca do amor.<sup>56</sup>

Acerca da “busca” de uma figura ideal, tem-se o julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que a apelante Maria Célia Modolin Lustosa Goulart e a adotada Maria Silvia de Albuquerque Gouvêa Goulart requereram a reforma da sentença para que fosse homologada a desistência, já que a adoção não era mais do interesse da adotada, maior de idade, por motivos de foro íntimo, e a sentença considerou que a adoção é medida irrevogável e irretratável, porém a desistência era de inteira vontade das partes envolvidas.<sup>57</sup>

Desta forma, no presente caso, não houve impeditivo processual e acolheu-se o pedido de desistência antes mesmo da publicação do acórdão que tinha mantido a sentença de mérito, pois não há o que se falar, na espécie, em irrevogabilidade ou irretratabilidade, fato que foi homologado a desistência, acolhendo-se a pretensão recursal.<sup>58</sup>

<sup>53</sup> GAGLIANO; BARRETTO, *op. cit.*

<sup>54</sup> GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021. p. 1255.

<sup>55</sup> FIGUEIREDO; LEMOS, *op. cit.*

<sup>56</sup> CRUZ, Sabrina D’Avila da. *A frustração do reabandono: uma nova ótica acerca da devolução em processos de adoção. Uma nova ótica acerca da devolução em processos de adoção. 2014. Disponível em: [http://www.emerj.tjtj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusão/1\\_1 semestre2014/trabalhos\\_12014/SabrinaDAviladaCruz.pdf](http://www.emerj.tjtj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusão/1_1 semestre2014/trabalhos_12014/SabrinaDAviladaCruz.pdf). Acesso em: 04 abr. 2022. p. 23.*

<sup>57</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível nº 650.081.4/9-00. Apelante: Maria Célia Modolin Lustosa Goulart. Apelado: Ministério Público de São Paulo. Relator: Des. Percival Nogueira. São Paulo, SP, 03 de setembro de 2009. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>. Acesso em: 08 abr. 2022.*

<sup>58</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível nº 650.081.4/9-00. Apelante: Maria Célia Modolin Lustosa Goulart. Apelado: Ministério Público de São Paulo. Relator: Des. Percival Nogueira. São Paulo, SP, 03 de setembro de 2009. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>. Acesso em: 08 abr. 2022.*

Neste contexto, pode-se dizer que no processo de adoção, o afeto é como uma “mola mestra”, principalmente no pós-adoção, ao fato de ser constituído para que haja sucesso na filiação, sendo necessário sua construção durante o tempo, permitindo que os laços de afeto se formem a partir da convivência.<sup>59</sup> Diante disso, se infere que “também não se pode olvidar que o indivíduo adotado é alguém cuja trajetória costuma estar marcada por uma rejeição original, razão pela qual uma vulnerabilidade lhe é imanente e demanda especial proteção por parte do Estado.”<sup>60</sup>

Contudo, é notável que a desistência da adoção após o trânsito em julgado da sentença é uma medida irrevogável, pois enfatiza e solidifica o caráter legítimo da filiação entre pais e filhos. Desta forma, “adotar é lançar ao solo sementes de amor, mas esse ato precisa se dar no terreno da responsabilidade e da consciência”<sup>61</sup>. Partindo desta premissa, a possibilidade da responsabilidade civil com o cabimento de indenização pelos danos derivados das “devoluções” de crianças e de adolescentes com a adoção já consumada, nota-se que até então nenhuma norma é capaz de prever esta possibilidade, sendo impossível preponderar tal responsabilização.

Por fim, diante do estudo e das análises das doutrinas e jurisprudências apresentadas, verifica-se que cabe a responsabilidade civil, em face do reconhecimento do dano moral e material, provocado pelo rompimento do vínculo afetivo, decorrente da desistência do processo de adoção. Desta forma, nos julgados há uma percepção relevante diante das condenações em pagamentos de indenização, concomitante com a prestação alimentar em alguns casos. Todavia, vislumbra-se que isto está pautado não somente em “punir” os responsáveis pelos danos causados, mas também, usá-los como exemplo para futuros adotantes, uma vez que estes, atentos aos possíveis efeitos dos seus atos, reavaliem os seus comportamentos com as crianças e com os adolescentes adotados, com aqueles que estejam sob a sua guarda ou poder familiar.

## DOS PROJETOS DE LEI

Na atual legislação brasileira inexistente previsão legal que previna que os adotantes desistam da adoção de crianças ou adolescentes, durante o curso do processo ou até mesmo após o trânsito em julgado da sentença. Entretanto, no Senado Federal há dois projetos de Lei, e na Câmara dos Deputados, um projeto que versa sobre o tema em questão que serão tratados a seguir.

O projeto de Lei nº 1048, de 2020, proposto pelo Senador Major Olimpio (PSL/SP) pretende modificar o § 5º do art. 197-E do ECA/90 incluindo punições aos adotantes que desistem da guarda para fins de adoção ou quando devolvem a criança ou adolescente depois do trânsito em julgado da sentença.<sup>62</sup>

Desta forma, o Senador ressalta que, caso não haja decisão fundamentada da Justiça em contrário, os incisos I, II e III do presente art. 197-E, § 5º do ECA/90 expõe que quem devolve o adotado será excluído dos cadastros de adoção e não terá a habilitação renovada, além de ser obrigado a custear tratamento psicológico ou psiquiátrico recomendado para a criança ou

<sup>59</sup> FIGUEIREDO; LEMOS, *op. cit.*

<sup>60</sup> GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021. p. 1251.

<sup>61</sup> GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021. p. 1255.

<sup>62</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº 1048, de 2020. Cria deveres para os pretendentes à adoção, em caso de devolução da criança ou adolescente. Brasília, DF, Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141247>. Acesso em: 14 mar. 2022.

adolescente pela Justiça da Infância e da Juventude; a reparação por danos morais, fixado pela Justiça da Infância e da Juventude; e pagar mensalmente à criança ou ao adolescente, até a maioridade civil destas, o valor equivalente a um quinto do salário mínimo, depositado em uma conta poupança em nome do adotando, que será acessada após a maioridade. O projeto está no Plenário, aguardando indicação de relator, sua última alteração fora em 09/08/2021.<sup>63</sup>

O projeto de Lei nº 370, de 2016, proposto pelo Ex-Senador Aécio Neves, expõe a gravidade em repreender as reiteradas práticas de desistência dos pretendentes à adoção durante a etapa de estágio de convivência. A prática de tal ato poderá levar à cassação da habilitação do pretendente à adoção e deverá ser avaliada pela equipe interprofissional ou multidisciplinar a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, contudo, sem prejuízo de responsabilização cível. Aliás, o referido projeto altera a atual legislação do ECA/90 e acrescenta o art. 46-A, contendo a desistência injustificada. Encontra-se atualmente, aguardando designação do relator na CCJ, seu último estado é datado de 27/11/2019.<sup>64</sup>

O projeto de Lei nº 4100, de 2020, da Câmara dos Deputados, foi proposto pelo Deputado Denis Bezerra (PSB/CE), encontra-se apensado ao projeto de Lei nº 6594, de 2016. O referido projeto acrescenta dispositivo à legislação do ECA/90 em face do art. 197-E passar a vigorar com o § 6º que afirma que:<sup>65</sup>

§ 6º Presentes os requisitos do art. 187 do Código Civil, a desistência ou a devolução, previstas no parágrafo anterior, ensejarão a responsabilidade civil do pretendente por danos materiais e morais, inclusive quanto ao pagamento de pensão de natureza alimentar até que a criança ou o adolescente complete dezoito anos de idade (NR).<sup>66</sup>

Assim, a proposta do referido dispositivo, justifica-se na proibição da desistência da adoção, em que, se ocorrer, ensejará a devida reparação civil, sendo fundada no abuso do direito, conforme estabelece o art. 187 do Código Civil. O projeto encontra-se na Coordenação de Comissões Permanentes (CCP), desde 18/12/2020.<sup>67</sup>

Em face do explanado pelos projetos de lei que enaltecem a importância de os pretendentes compreenderem os danos que a desistência do processo causa aos adotados, nota-se a busca pela repreensão destas condutas, para que crianças e adolescentes não passem por estas situações e sofram as consequências em virtude de tal ato.

---

63 BRASIL. Projeto de Lei nº 1048, de 2020. Cria deveres para os pretendentes à adoção, em caso de devolução da criança ou adolescente. Brasília, DF, Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141247>. Acesso em: 14 mar. 2022.

64 BRASIL. Projeto de Lei nº 370, de 2016. Altera o Estatuto da Criança e do Adolescente para definir medidas aplicáveis no caso de desistência da adoção durante o estágio de convivência. Brasília, DF, Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127083>. Acesso em: 14 mar. 2022.

65 BRASIL. Projeto de Lei nº 4100, de 2020. Acrescenta dispositivo à Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2259506>. Acesso em: 14 mar. 2022.

66 BRASIL. Projeto de Lei nº 4100, de 2020. Acrescenta dispositivo à Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2259506>. Acesso em: 14 mar. 2022.

67 BRASIL. Projeto de Lei nº 4100, de 2020. Acrescenta dispositivo à Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2259506>. Acesso em: 14 mar. 2022.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A elaboração do artigo teve como objetivo conhecer o processo de adoção, mais precisamente, os casos de devolução de crianças e adolescentes e a consequente responsabilização civil.

Diante disso, destinou-se a analisar o tema proposto através das jurisprudências do Sul e Sudeste do Brasil, mais precisamente, dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, São Paulo e Minas Gerais frente a devolução de crianças e adolescentes, no decurso do processo de adoção ou após o trânsito da sentença constitutiva. Estes fatores, em apertada análise, constataram o evidente abalo psicológico e moral, caracterizando indenização por dano moral e, por vezes, o dano existencial, restando assim, aos responsáveis, o dever de reparação.

Aliás, embora a legislação determine que a adoção é medida irrevogável, irretratável e irrecorrível, em algumas situações os adotantes devolvem crianças e adolescentes já adotadas. A justificativa muitas vezes é a não compatibilidade entre os adotantes e a criança ou adolescente adotados. E, mesmo tendo o respaldo da impossibilidade jurídica da devolução, o judiciário vem recebendo casos constantes para determinar a destituição do poder familiar, ou seja, discorrer sobre a desistência do processo de adoção. Caso ocorra de fato a devolução da criança ou do adolescente, isso se dá com o objetivo de preservar a integridade física e moral, a proteção integral e o melhor interesse da criança e do adolescente, pois não há como manter estes em um ambiente sujeito à rejeição.

Assim, através da análise jurisprudencial e doutrinária realizada, observou-se que o ato da devolução de crianças ou de adolescentes, durante o processo de adoção, reúne as condições necessárias ao cabimento da responsabilidade civil dos adotantes, principalmente durante o estágio de convivência e guarda provisória, sendo devido o pagamento de indenização a título de danos morais e materiais, e às vezes, o de prestação alimentar, confirmando a hipótese da presente pesquisa, que sim, cabe a responsabilidade civil em face da desistência do processo de adoção.

Destaca-se que, após a sentença de adoção tiver transitado em julgado, é juridicamente impossível a pretendida “devolução”, caracterizando tal ato, se efetivado, no plano fático, ilícito civil e até mesmo ilícito penal. Ainda, em face das decisões judiciais, a condenação dos adotantes possui finalidade punitiva ou patrimonial.

Outrossim, importante mencionar que durante o presente estudo e diante das análises jurisprudências, percebeu-se que muitas vezes, o estágio de convivência é usado como uma escusa às responsabilidades que a guarda prevê. Contudo, isto não pode ocorrer, pois não se trata de um experimento da paternidade ou maternidade antes da sentença constitutiva da adoção. Deve-se atentar que o estágio de convivência existe principalmente para atender o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Com isso, mesmo que a devolução ocorra durante o estágio de convivência, de forma imotivada, e a guarda já tenha decorrido por um tempo considerável, e os adotantes demonstrado interesses em adotar, se porventura, houver a mudança de opinião, posteriormente acerca da adoção, ainda sim, é devido o dever de reparar o dano causado a criança ou adolescente, em razão do abuso de direito, de acordo com os arts. 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002.

Diante do exposto, caberá a responsabilização civil na devolução/desistência do processo de adoção, podendo haver a caracterização do ato ilícito e gerando a indenização por dano moral, mediante os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002, e até mesmo o dano material na prestação alimentícia para as crianças e adolescentes do processo de desistência.

Porém, em outra vertente, a hipótese de que não caberá a responsabilização civil, se forem evitados o abandono e a devolução de criança ou adolescente, seria necessário a adoção de medidas preventivas aos adotantes, que deverão ser preparados para o exercício da paternidade e maternidade, devendo o Estado proporcionar o acolhimento institucional, com profissionais capacitados para atender as necessidades das crianças ou adolescentes.

Nesse sentido, é fundamental o papel da equipe interprofissional e do Estado, ao longo de todo o processo de adoção. Ademais, as assistências psicossociais nas Varas de Infância e Juventude têm grande relevância, pois são delas que parte o primeiro passo para a habilitação.

Portanto, do ponto de vista processual e doutrinário, infere-se que o tema aqui trabalhado ainda faz necessária unificação da atual jurisprudência no sentido de responsabilizar civilmente os postulantes à adoção que desistem durante o processo de forma imotivada.

Com isso, o Estado, o Poder Judiciário, o Poder Executivo e o Poder Legislativo devem atuar de forma preventiva e proativa para evitar a insurgência desse tema, como na aplicação e aceitação dos projetos de Lei que foram evidenciados neste trabalho, os quais, defendem e protegem as ofensas contra os direitos das crianças ou adolescentes que são devolvidos durante o processo de adoção ou para que a devolução nem chegue a ocorrer. Assim, a elaboração de medidas preventivas ou punitivas é de grande relevância para o tema aqui apresentado.

Portanto, a problemática do reconhecimento da responsabilidade civil no caso de devolução de criança e adolescente no processo de adoção deve e pode ser aprofundada e estimulada em futuras pesquisas. Não obstante, a adoção deve ser encarada com seriedade e se realizar de forma responsável.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 26 fev. 2022.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1048, de 2020. Cria deveres para os pretendentes à adoção, em caso de devolução da criança ou adolescente. Brasília, DF, Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141247>. Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL. Projeto de Lei nº 370, de 2016. Altera o Estatuto da Criança e do Adolescente para definir medidas aplicáveis no caso de desistência da adoção durante o estágio de convivência. Brasília, DF, Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127083>. Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4100, de 2020. Acrescenta dispositivo à Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2259506>. Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0702.14.059612-4/001. Apelante: Rodrigo Fernando Souza Valadão de Castro. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Caetano Levi Lopes. Belo Horizonte, MG, 06 abr. de 2018. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do;jsessionid=84D960AF0967137558FC76DB6E86815A>. Acesso em: 08 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0702.09.567849-7/002. Apelante: D.A.S. Apelado: M.P.E.M.G. Relator: Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Belo Horizonte, MG, 15 de abril de 2014. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do;jsessionid=84D960AF0967137558FC76DB6E86815A>. Acesso em: 08 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 650.081.4/9-00. Apelante: Maria Célia Modolin Lustosa Goulart. Apelado: Ministério Público de São Paulo. Relator: Des. Percival Nogueira. São Paulo, SP, 03 de setembro de 2009. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>. Acesso em: 08 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70079126850. Apelante: Ministério Público. Apelados: A.S.A., N.A.G. Relator: Des. Rui Portanova. Porto Alegre, RS, 04 de abril de 2019. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 08 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70078440443. Apelante: J.C.C.V. Apelada: G.R.L.V. Relator: Des. José Antônio Daltoé Cezar. Porto Alegre, RS, 12 de junho de 2019. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 08 abr. 2022.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Passo a passo da adoção. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/adocao/passo-a-passo-da-adocao/>. Acesso em: 30 ago. 2022.

CRUZ, Sabrina D'Avila da. A frustração do reabandono: uma nova ótica acerca da devolução em processos de adoção. Uma nova ótica acerca da devolução em processos de adoção. 2014. Disponível em: [http://www.emerj.tjtj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusão/1\\_1 semestre2014/trabalhos\\_12014/SabrinaDAviladaCruz.pdf](http://www.emerj.tjtj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusão/1_1 semestre2014/trabalhos_12014/SabrinaDAviladaCruz.pdf). Acesso em: 04 abr. 2022. p. 23.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. 6 v. p. 987.

FIGUEIREDO, Sophia Bezerra; LEMOS, Vinicius Silva. Responsabilidade civil decorrente de desistência da adoção. Jusfaro, Rondônia, v. 2, maio 2021. Disponível em: <https://revistas.faro.edu.br/JUSFARO/article/view/406>. Acesso em: 17 ago. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. Responsabilidade civil pela desistência na adoção. IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, 27 jul. 2020. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/artigos/1513/Responsabilidade+civil+pela+desist%C3%Aancia+na+ado%C3%A7%C3%A3o#\\_ftn2](https://ibdfam.org.br/artigos/1513/Responsabilidade+civil+pela+desist%C3%Aancia+na+ado%C3%A7%C3%A3o#_ftn2). Acesso em: 17 ago. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil. 19. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. 3 v. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/754449>. Acesso em: 17 ago. 2021. p. 1244.

KIRCH, Aline Taiane; COPATTI, Livia Copelli. Criança e adolescente: a problemática da adoção e posterior devolução às casas de acolhimento. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 13, p. 13-36, jun. 2014. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/934/93431846002.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2022.

MENDES, Andréa Martins; ROCHA, Kelda Sofia da Costa Santos Caires. Adoção frustrada: a responsabilidade civil em face da devolução da criança ou adolescente. ESMAM, São Luís, p. 24, v. 12, n. 14, jul. / dez. 2018. Disponível em: <https://revistaesmam.tjma.jus.br/index.php/esmam/article/view/6>. Acesso em: 17 ago. 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 754.

RODRIGUES, Karine Torres; HOFFMANN, Eduardo. A (in) constitucionalidade da desistência injustificada da adoção durante a etapa do estágio de convivência e a responsabilidade civil dos pretendentes pelo dano ocasionado aos adotados. Diálogos e Interface do Direito, Cascavel, 22 jan. 2021. P. 124-151. Disponível em: <https://dir.fag.edu.br/index.php/direito/article/view/61>. Acesso em: 17 ago. 2022. p. 146.

SOUZA, Caroline Megiani de; MORAES, Pedro Manoel Callado. A responsabilidade civil em caso de desistência da adoção. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento, v. 17, jun. 2021. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/desistencia-da-adocao>. Acesso em: 17 ago. 2022.

SOUZA, Hália Pauliv de Souza. Adoção Tardia devolução ou desistência de um filho? A necessária preparação para adoção. Curitiba, Juruá. 2012, p. 36

TJSC. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Documentos para adoção nacional. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/infancia-e-juventude/adocao-nacional>. Acesso em: 25 abr. 2022.





# Das espécies jurídicas de regime de casamento, a fórmula de sua dissolução e os efeitos patrimoniais

Thaís Fernanda da Silva Souza Tolotti

*Acadêmica do Curso de Direito, da Faculdade de Ciências Contábeis de Nova Andradina – FACINAN*

Fernando Zanelli Mitsunaga

*Professor orientador, Especialista em Direito Civil pela Faculdade Anhanguera e Professora no Curso de Direito, da Faculdade de Ciências Contábeis de Nova Andradina – FACINAN*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.124.3

## RESUMO

No presente estudo pretende-se abordar as espécies jurídicas de regime de casamento e o fato de que o desconhecimento do referido conteúdo e limitação dos regimes de bens do casamento civil gera uma escolha viciada no momento da elaboração do pacto antenupcial, na medida em que não é contemplado o princípio contratual do dever da informação. De igual modo, acrescenta, a determinação legal do regime da separação obrigatória para alguns nubentes fere o princípio da autonomia da vontade, ao vedar-lhes a possibilidade de opção consciente pelo regime que julgarem mais adequado, considerando, inclusive, os reflexos patrimoniais daí advindos. Assim, conclui que o não atendimento à liberdade individual viola as garantias constitucionais/contratuais e, por consequência, os direitos fundamentais preconizados pela Constituição de 1988.

**Palavras-chave:** casamento. regime de bens. pacto antenupcial. autonomia da vontade. garantia - constitucional. contratual.

## ABSTRACT

This study aims to address the legal species of marriage regime and the fact that the ignorance of this content and limitation of the regimes of civil marriage property generates an addicted choice at the time of the elaboration of the marriage pact, to the extent that the contractual principle of the duty of information is not contemplated. Similarly, he adds, the legal determination of the mandatory separation regime for some nubentes hurts the principle of autonomy of will, by preventing them from the possibility of conscious choice for the regime they deem most appropriate, even considering the property reflexes that come from it. Thus, it concludes that non-compliance with individual freedom violates constitutional/contractual guarantees and, consequently, the fundamental rights advocated by the 1988 Constitution.

**Keywords:** marriage. property regime. antenupal pact. autonomy of will. guarantee - constitutional, contractual.

## INTRODUÇÃO

O escopo central e basilar do presente artigo consiste na discussão do Direito Civil, no que tange acerca do Direito de Família em relação aos regimes jurídicos de casamento, bem como seus respectivos conceitos básicos, além de discorrer quais as fórmulas de dissolução matrimonial e os seus efeitos patrimoniais talhados na Constituição Federal de 1988, bem como no Código Civil brasileiro de 2002, e nas legislações esparsas no ordenamento jurídico.

O Código Civil vigente afirma em seu artigo 1.639: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. Por outro lado, ainda dentro do Código Civil, o artigo 1.641 estabelece a obrigatoriedade do regime da separação de bens em se tratando de matrimônio contraído por pessoa maior de 70 (setenta) anos, de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial, bem como das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento

## REGIME DE BENS

### Conceito

O regime de bens é o conjunto de determinações pelo qual se regula as relações patrimoniais no casamento, levando em conta não só o patrimônio adquirido durante a constância do matrimônio, como também aqueles trazidos antes do seu início. Acerca do tema a doutrina esclarece:

[...] o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal. (GONÇALVES, 2016, p. 434)

Desta forma, o regime de bens pode ser definido como o regime patrimonial do matrimônio ou união estável, que conduz a administração dos bens particulares e comuns do casal, determinando ainda seus efeitos a terceiros.

### Princípios norteadores do regime de bens

Entende-se por princípios norteadores a liberdade de escolha e a mutabilidade, via de regra, os nubentes são livres para escolherem o regime de bens. Outro princípio previsto no ordenamento jurídico é a mutabilidade do regime, isto é, a possibilidade de alteração de regime de bens se ambos os cônjuges realizarem um pedido com um motivo plausível, não for prejudicar terceiros e tiver a autorização judicial.

### Variedade do regime de bens

O Código Civil de 2002 estabelece quatro espécies de regime de bens, discorrendo sobre essas espécies, a doutrina aponta:

Comunhão Parcial de Bens; Comunhão Universal; Participação Final dos Aquestos e Separação de Bens Convencional ou Obrigatória, estes regulados para o casamento e livres aos companheiros em União Estável, escolherem um desses regimes para reger a união. Insta salientar que essa variedade é exceção para as pessoas do artigo 1.641, sendo este imposto pela lei, o regime separatório dos bens (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 285).

Concatenado com que fora mencionado, a doutrina sublinha que o artigo 1.641 resguarda o direito de patrimônio dos seus contraentes:

O regime da separação de bens decorre de lei (art. 1.641) ou de pacto antenupcial, e nele cada consorte conserva, com exclusividade, o domínio, a posse e a administração de seus bens, tanto sobre os presentes como em relação aos futuros, sendo de cada cônjuge a responsabilidade exclusiva pelos débitos por ele contraídos antes e depois do casamento e que não foram despesas destinadas ao casamento e para a família. (MADALENO, 2018, p. 864).

Insta mencionar o artigo 1.641 do Código Civil, *in verbis*:

Art.1.641 – É obrigatório o regime de separação de bens no casamento:

I – Das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – Da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

III – De todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Este princípio vai além, pois a escolha de novos modelos de regime deve ser feito por negócio jurídico solene e específico, o chamado pacto antenupcial, este que deve ser por escritura pública e registro no cartório de registros de imóveis para que surta efeitos em relação a terceiros.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald essa variedade permite que os nubentes escolham um dos regimes previsto em lei ou possam criar um regime de acordo com a vontade deles, esta criação pode ser de combinação dos regimes existentes ou podem ser um regime de criação própria dos nubentes. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 285).

Com esse espírito, foi reconhecido pelo Enunciado nº 331 da IV Jornada de Direito Civil, que estabelece:

Enunciado 331 – O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial.

Insta salientar que não será possível essa escolha do regime de casamento que atentem contra as regras e princípios de ordem pública, conforme verifica-se no artigo 1.655<sup>1</sup> do Código Civil, prevê a nulidade do ato atentatórios as Leis.

Como forma de entender a matéria, cabe mencionar os ensinamentos de Paulo Luiz Netto Lôbo, doutrina:

Por tudo isso, é de se ver que “a liberdade de estruturação do regime de bens, para os nubentes, é total. Não impôs a lei a contenção da escolha apenas a um dos tipos previstos. Podem fundir tipos, com elementos ou partes de cada um. Podem modificar ou repelir normas dispositivas de determinado tipo escolhido, restringindo ou ampliando seus efeitos, podem até criar outro regime não previsto na lei, desde que não constitua expropriação disfarçada de bens de um contra outro, ou ameça a crédito de terceiro, ou fraude à lei, ou contrariedade aos bons costumes” (apud FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 286).

Assim muito além da esfera da comunhão plena de vida, o matrimônio gera efeitos sociais e patrimoniais, direitos e deveres, o legislador buscou criar diferentes regimes de bens, os quais serão escolhidos pelos seus consortes, que melhor se enquadrasse no caso prático do patrimônio do casal.

### **Mutabilidade do regime de bens**

Esse princípio surgiu com o atual Código Civil de 2002, visto que no Código anterior, o então Código de 1916, era imutável o regime de bens. Os doutrinadores Farias e Rosenvald citam os ensinamentos de Orlando Gomes sobre a mutabilidade do regime de bens, *in verbis*:

De há muito, alertava o mestre Orlando Gomes, eterno ponto de inspiração do Direito Civil brasileiro, não haver razão para a manutenção da regra da imutabilidade. “O *Direito de Família* aplicado, isto é, o que disciplina as relações patrimoniais entre os cônjuges, não tem o cunho institucional do Direito de Família puro. Tais relações se estabelecem mediante pacto pelo qual têm os nubentes a liberdade de estipular o que lhes aprouver. A própria lei põe à sua escolha diversos regimes matrimoniais e não impede que combinem disposições próprias de cada qual. Por que proibir que modifiquem cláusulas do contrato que celebraram, mesmo quando o acordo de vontades é presumido por lei? Que mal há na decisão de cônjuges casados pelo regime da separação de substituírem-no pelo da comunhão? Necessário, apenas, que o exercício desse direito seja controlado a fim de impedir a prática de abusos, subordinando-o a certas exigências. Assim é que a mudança somente deve ser *autorizada se requerida por ambos os cônjuges, justificadamente*” (apud FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 286).

<sup>1</sup> Art. 1.655 – É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei.

Informa ainda que deverá ser seguido algumas regras, ou seja, requisitos cumulativamente para que haja a preservação dos interesses de terceiros, buscando garantir a inviolabilidade de direitos de terceiros e dos próprios nubentes, devendo tais matérias serem discutidas no âmbito judicial.

Neste rumo, é valioso mencionar o parágrafo 2º, do artigo 1.639 do Código Civil, *in verbis*:

Art.1.641 – É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

[...]

§2º. É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

De acordo com o supramencionado, a mudança de regime de bens deve atender as exigências impostas, com um motivo que justifique, a fim de evitar fraudes e abusos, na visão da doutrina:

Esse justo motivo, constitui uma cláusula geral, a ser preenchida pelo juiz caso a caso, à luz da operabilidade. Para o seu devido preenchimento devem ser levados em conta interesses subjetivos das partes, bem como questões objetivas relativas ao ordenamento jurídico (grifo do autor). (TARTUCE, 2017, p. 133)

É valioso ressaltar que para ter a mutabilidade de regime de bens é necessário que ambos os cônjuges estejam de acordo, desta forma, se apenas um dos cônjuges formular o pedido será impossível a sua alteração. Outro ponto a se esclarecer é a motivação, o pedido ao ser apresentado judicialmente será analisado, podendo ser deferido ou indeferido a depender da relevância do pleito.

Uma parte da doutrina defende a inconstitucionalidade da motivação, visto que as partes têm o direito de escolha, além de violar a dignidade da pessoa humana, no que tange a vida privada dos cônjuges. Nesta seara, complementa a doutrinadora:

Interpreta-se, ainda, como inconstitucional a obrigatoriedade de exposição dos motivos do pedido de alteração de regime de bens do curso do casamento, já que vai de encontro ao Fundamento da República de “dignidade da pessoa humana”, ferindo assim os direitos da personalidade, bem como não observa os direitos e garantias constitucionais de “intimidade” e “privacidade” (art. 5.º, X, da CF, de 05.10.1988). Ademais, a lei só poderia exigir a declaração dos motivos numa relação personalíssima quando imprescindível ao ato ou, mesmo, quando tais motivos devam ou não influir no acolhimento do pedido (GOZZO, 2007, p. 380).

De acordo com o supramencionado, o simples fato dessa ação ser requerida por via judicial já é um motivo relevante para a causa, pois o motivo é a vontade dos cônjuges. Como já fixado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o juiz não poderá exigir formalismo ou explicações do motivo para a autorização da mudança do regime, nesse caso o juiz deverá conceitualizar a autonomia privada dos consortes e autorizar a mudança. Neste, sentido a jurisprudência abaixo:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. REGIME DE BENS. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXIGÊNCIAS PREVISTAS NO ART. 1.639, § 3º, DO CÓDIGO CIVIL. JUSTIFICATIVA DO PEDIDO. DIVERGÊNCIA QUANTO À CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA POR UM DOS CÔNJUGES. RECEIO DE COMPROMETIMENTO DO PATRIMÔNIO DA ESPOSA. MOTIVO,

EM PRINCÍPIO, HÁBIL A AUTORIZAR A MODIFICAÇÃO DO REGIME. RESSALVA DE DIREITOS DE TERCEIROS. 1. O casamento há de ser visto como uma manifestação vicejante da liberdade dos consortes na escolha do modo pelo qual será conduzida a vida em comum, liberdade essa que se harmoniza com o fato de que a intimidade e a vida privada são invioláveis e exercidas, na generalidade das vezes, em um recôndito espaço privado também erguido pelo ordenamento jurídico à condição de 'asilo inviolável'. 2. Assim, a melhor interpretação que se deve conferir ao art. 1.639, § 2º, do CC/02 é a que não exige dos cônjuges justificativas exageradas ou provas concretas do prejuízo na manutenção do regime de bens originário, sob pena de se esquadriñar indevidamente a própria intimidade e a vida privada do consorte. 3. No caso em exame, foi pleiteada a alteração do regime de bens do casamento dos ora recorrentes, manifestando eles como justificativa a constituição de sociedade de responsabilidade limitada entre o cônjuge varão e terceiro, providência que é acauteladora de eventual comprometimento do patrimônio da esposa com a empreitada do marido. A divergência conjugal quanto à condução da vida financeira da família é justificativa, em tese, plausível à alteração do regime de bens, divergência essa que, em não raras vezes, se manifesta ou se intensifica quando um dos cônjuges ambiciona enveredar-se por uma nova carreira empresarial, fundando, como no caso em apreço, sociedade com terceiros na qual algum aporte patrimonial haverá de ser feito, e do qual pode resultar impacto ao patrimônio comum do casal. 4. Portanto, necessária se faz a aferição da situação financeira atual dos cônjuges, com a investigação acerca de eventuais dívidas e interesses de terceiros potencialmente atingidos, de tudo se dando publicidade (Enunciado n. 113 da I Jornada de Direito Civil CJK/STJ). 5. Recurso especial parcialmente provido. (STJ. REsp 1119462/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 26/02/2013, DJe 12/03/2013) (CAVALCANTE, 2022, [n.p.]

Insta salientar que essa mutabilidade não traz prejuízo a terceiros, mas vem exigindo a citação de credores e a publicação de editais, que, na visão dos autores, deverá ser observado o Enunciado nº 113 da I Jornadas de Direito Civil, in verbis:

Enunciado 113 – É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade.

Por fim, cabe mencionar ainda a possibilidade da mutabilidade das hipóteses do artigo 1.641 do Código Civil, casos em que traz o regime de separação obrigatórias de bens, a doutrina é maleável com relação aos incisos I e III, no entanto, no que tange ao inciso II não há essa possibilidade, os casos das pessoas com mais de 70 (setenta) anos. (MADALENO, 2020, p. 1.246).

### **Da inviolabilidade do regime de bens**

Diante dos princípios que norteiam o regime de bens, já expostos anteriormente, a doutrina afirma a existência de mais um princípio, o da inviolabilidade do regime de bens, assim, na visão da doutrina, mesmo com a possibilidade de criação de outro regime para reger o casamento, não seria lícito o fracionamento do regime para as partes, isto é, o regime de bens escolhidos é único para ambos os nubentes, se aplica a ambas as partes que contrair o matrimônio. (TARTUCE, 2021, p. 2.106).

## **ESPÉCIES DE REGIME DE BENS**

O Código Civil de 2002 prevê quatro espécies de regime de bens: o da Comunhão Parcial (com previsão nos artigos 1.658 a 1.666) ; O da Comunhão Universal (com previsão nos artigos 1.667 a 1.671) ; O da Participação Final nos Aquestos (com previsão nos artigos 1.672 a 1.686) ; E o da Separação de Bens (com previsão nos artigos 1.687 e 1.688).

Esclarecendo sobre os regimes de bens e a faculdade de escolha dos cônjuges, a doutrina:

Esses diplomas facultam aos cônjuges a escolha do regime, permitindo ainda que as partes regulem a suas relações econômicas, criando combinações, ou seja, um regime misto, bem como a criação de um novo regime (CC, art. 1.639), salvo nas hipóteses do artigo 1.641, incisos I a III do Código Civil de 2002, este que será imposto o regime obrigatório da separação. Se as partes não escolherem o regime de bens que vigorará entre eles ou se o pacto antenupcial for nulo ou ineficaz, será considerado o regime da comunhão parcial (CC, art. 1.640). Escolhendo ou não o regime, este terá início na data do matrimônio (GONÇALVES, 2020, p. 559/561).

Observa-se que a escolha de regime de casamento irá variar de acordo com a vontade das partes, levando em consideração os aspectos econômicos. Outro ponto a esclarecer é a permanência do regime adotado, de acordo com a doutrina:

O regime de bens termina com o fim do casamento, pela morte, pelo divórcio, pela dissolução de união estável, porém, se a separação do casal de fato se der antes da dissolução formal, o fim do regime se dá com outros direitos e obrigações (PEREIRA, 2021, p. 266).

Desta forma, vislumbra-se que o regime de bens escolhido e adotado pela parte perdurará até a constância do matrimônio, sendo assim, com o fim do laço matrimonial haverá o encerramento dos direitos e obrigações conjugais.

## Comunhão Parcial de Bens

Igualmente chamado de regime legal ou supletivo bens, é tido como o regime oficial, com o advento da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515, de 15 de dezembro de 1977), possui preferência ante os demais regimes de bens, sendo aplicado no caso de silêncio dos nubentes, essa hipótese de regime independe de pacto antenupcial, conforme artigo 1.640<sup>2</sup> do Código Civil.

Na comunhão parcial, comunicam-se todos os bens adquiridos durante a vigência da sociedade conjugal, a título oneroso, sendo particulares os bens que cada cônjuge possuía ao casar-se e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio, por doação, sucessão ou sub-rogados a estes, em conformidade com os artigos 1.659<sup>3</sup> e 1.661<sup>4</sup> do Código Civil. Portanto, surgem-se três, digamos que, espécies de bens: os bens do esposo, da esposa e os bens do casal. Acerca do tema, a doutrina prega:

Caracteriza-se por estabelecer a separação quanto ao passado (bens que cada cônjuge possuía antes do casamento) e comunhão quanto ao futuro (bens adquiridos na constância do casamento), gerando três massas de bens: os do marido, os da mulher e os comuns. (GONÇALVES, 2016, p. 466)

Destaque-se o teor do art. 1.660, inc. I ao IV, do Código Civil, ao informar o ingresso na comunhão dos bens a título oneroso, ainda que só no nome de um dos cônjuges, os adquiridos por fato eventual, por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges, e as benfei-

*2 Art. 1.640 – Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.*

*3 Art. 1.659 – Excluem-se da comunhão:*

*I – Os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;*

*II – Os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;*

*III – As obrigações anteriores ao casamento;*

*IV – As obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;*

*V – Os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos profissionais;*

*VI – Os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;*

*VII – As pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.*

*4 Art. 1.661 – São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.*

torias em bens particulares de cada um dos cônjuges. Outro ponto a esclarecer é sobre a incommunicabilidade, ela não alcança ainda os frutos dos bens, independentemente de advirem dos bens particulares ou comuns, em conformidade com o inciso V do mesmo artigo.

## Comunhão Universal de Bens

Antes do advento da Lei do Divórcio – Lei nº 6.515/77, o regime da comunhão universal de bens era o regime oficial, aplicava-se aos matrimônios em que os nubentes ficavam em silêncio, visto que atendia a realidade diversa da atual, qual seja, as pessoas se casavam mais cedo e adquiriam seu patrimônio, essencialmente, durante o casamento. Assim, entendia-se como sociedade conjugal a comunhão de todos os bens presentes e futuros, conforme previsto no art. 1.667<sup>5</sup> do Código Civil.

No entendimento doutrinário, o regime da comunhão universal de bens é definido:

Em linhas gerais, através do regime de comunhão universal, cessa a individualidade do patrimônio de cada um, formando-se uma universalidade patrimonial entre os consortes, agregando todos os bens, os créditos e as dívidas de cada um. É uma verdadeira fusão de acervos patrimoniais, constituindo uma única massa que pertence a ambos, igualmente, condomínio e em razão da qual cada participante terá direito à meação sobre todos os bens componentes dessa universalidade formada, independentemente de terem sido adquiridos antes ou depois das núpcias, a título oneroso ou gratuito. (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 368)

Outro ponto a esclarecer, é a necessidade de convenção de tal regime de casamento, ou seja, a necessidade do pacto antenupcial. Por fim, cabe mencionar que o Código Civil, em seu artigo 1.668, perpetua que o regime de comunhão universal de bens não é absoluto, trazendo em seu rol de incisos, os casos em que não haverá a comunicação dos bens dos nubentes.

## Participação Final nos Aquestos

Incluído no ordenamento jurídico brasileiro em 2002, com a alteração do Código Civil, trata-se de um regime híbrido, englobando as regras do regime de comunhão parcial de bens e o regime de separação de bens, de acordo com o artigo 1.672 do Código Civil, in verbis:

Art.1.672 – No regime de participação final dos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

Conforme supramencionado, e nos termos do artigo 1.673<sup>6</sup> do Códex Civil, o patrimônio dos nubentes serão privados, aplicação da regra da separação de bens, durante a constância do casamento as partes a administração de bens é exclusiva de cada cônjuge, e no caso de dissolução serão observadas as regras da comunhão parcial de bens, onde os nubentes terão direito a metade dos bens adquiridos de forma onerosa e na constância do matrimônio.

Sintetizando sobre os bens que constituem os aquestos de cada cônjuge, a doutrina, afirma:

*5 Art. 1.667 – O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.*

*6 Art. 1.673 – Integram o patrimônio próprio os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento.*

*Parágrafo único: A administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis.*



Para fins contábeis, cada cônjuge fará jus: (i) à totalidade dos bens adquiridos antes das núpcias; (ii) à metade dos bens comuns adquiridos, conjuntamente, por ambos; (iii) à metade dos bens adquiridos onerosamente por ele durante a constância do casamento; (iv) à integralidade dos bens adquiridos à título gratuito (por doação ou direito sucessório) durante a convivência; (v) à metade dos bens adquiridos pelo seu consorte, na constância do matrimônio. (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 381)

Por fim, o direito à meação não é renunciável, cessível ou penhorável na vigência do regime matrimonial, no caso do pacto antenupcial que compor cláusula dispendo de forma contrária, será nula. De acordo com o artigo 1.685<sup>7</sup> do Código Civil os casos de dissolução de sociedade por morte, observa-se as regras previstas no Direito a Sucessão quanto à herança e os herdeiros.

## Separação Total de Bens

Sem dúvida, dos quatro regimes, este é o que preserva a individualidade do patrimônio de cada um dos cônjuges. Todavia, duas ressalvas são importantes: primeiramente, a existência do regime de separação total ou absoluta de bens por livre conveniência das partes, disposto no respectivo pacto de bens e passível de várias formas de elaboração do conteúdo desse contrato e de suas respectivas cláusulas, com previsão legal no artigo 1.687<sup>8</sup> do Código Civil; e a outra, a existência da imposição, advinda da lei, quando ocorrem as hipóteses da separação obrigatória de bens consignados no artigo 1.641 do Código Civil.

Destarte, calha valer-se da doutrina, para compreender melhor o tema:

O regime da separação de bens decorre de lei (art. 1.641) ou de pacto antenupcial, e nele cada consorte conserva, com exclusividade, o domínio, a posse e a administração de seus bens, tanto sobre os presentes como em relação aos futuros, sendo de cada cônjuge a responsabilidade exclusiva pelos débitos por ele contraídos antes e depois do casamento e que não foram despesas destinadas ao casamento e para a família. (MADALENO, 2018, p. 864)

É necessário trazer à baila, que há diferença entre a separação convencional (pactuada entre as partes) e a obrigatória, a doutrina vem discutindo sobre a aplicação ou não da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal, que estabelece: *“No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”*.

De qualquer sorte, parece que o atual Código Civil não segue o que a jurisprudência já vinha adotando, ao aplicar a Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal. Do contrário, poderia ter excluído os casos de obrigatoriedade do regime da separação legal de bens. Conclusão lógica é a de a aplicação dessa súmula fazer vigorar regime de bens diverso do determinado pela legislação infraconstitucional, ou melhor, pelo silêncio da lei civil neste sentido.

Buscando esclarecer sobre o tema, a doutrina explica:

A nosso viso, o cabimento do referido entendimento sumular está restrito ao âmbito do regime de separação obrigatória, garantindo justiça social e tratamento igualitário, considerando não ter sido o regime escolhido pelas partes. No entanto, diferentemente, a separação convencional decorre da vontade expressa e livre das partes, motivo pelo qual não nos parece razoável permitir a comunicação de qualquer bem, mantendo-se, integralmente, a individualidade patrimonial. Incidir a referida súmula no regime de separação convencional seria, na prática, aniquilar a separação de bens, banindo do sistema tal possibilidade. (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 375/376)

<sup>7</sup> Art. 1.685 – Na dissolução da sociedade conjugal por morte, verificar-se-á a meação do cônjuge sobrevivente de conformidade com os artigos antecedentes, deferindo-se a herança aos herdeiros na forma estabelecida neste Código.

<sup>8</sup> Art. 1.687 – Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

Em recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendeu-se pela incidência do enunciado sumular do STF:

Agravo. Sucessões. Falecido casado pelo regime da separação legal de bens. Incidência da súmula 377 do STF. Meação. Direito hereditário. 1. Considerando que o falecido era casado pelo regime da separação legal de bens, há meação sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união. 2. O reconhecimento da meação pela incidência da súmula 377 do STF tem caráter dúplice e constitui direito próprio da viúva e direito hereditário dos sucessores do de cujus. 3. O patrimônio da pessoa jurídica constituída anteriormente ao casamento com o falecido, titulada pela viúva, não integra a meação. (TJRS, Agravo de Instrumento n. 70013119425, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 21/12/2005)

Desta forma, para que se tenha a comunicação do bem para ambos os nubentes, é necessário a comprovação do esforço comum que ambos se dispuseram para adquirir o bem.

Com relação ao livre-direito de escolha, as partes estabelecem entre elas a necessidade de distinção de patrimônio, demonstrando sua vontade através da lavratura da Escritura Pública de pacto antenupcial, não há a construção da sociedade conjugal no aspecto patrimonial, claro que tal regime de casamento não impede que ambos os nubentes adquiram bens em comum, mas a sua essência é a individualidade patrimonial.

Outro ponto a se esclarecer, é a contração de dívidas, como a parte é livre para dispor seu patrimônio, as dívidas de um dos cônjuges, não atingirá o patrimônio do outro, salvo se, ambos estiverem adquiridos os débitos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desconhecimento do conteúdo e limitações de cada regime acaba por inibir e, consequentemente, por impedir o livre acesso à informação se a escolha se realizar sem conhecimento real acerca do conteúdo, limites e possíveis consequências patrimoniais de cada regime.

A própria Constituição brasileira afirma, no caput do seu art. 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à liberdade e à propriedade. Para que os nubentes possam fazer escolhas livres, é preciso conhecer o conteúdo dos quatro regimes de bens, as possibilidades de conteúdo das disposições contratuais (cláusulas em pacto antenupcial) e, ainda, as possibilidades de inclusão como herdeiro (em caso de falecimento).

Resta saber se o cartório de registro civil das pessoas naturais, como órgão competente para tal, está apto a elucidar questões envolvendo tamanha complexidade nos breves momentos anteriores à escolha do regime matrimonial. Aliás, vale lembrar que os nubentes podem perguntar a respeito das possibilidades na escolha por um dos quatro regimes (não sendo regime de separação obrigatória de bens).

De fato, nem todos os nubentes se sentem confortáveis para discutir as questões patrimoniais, a escolha para os envolvidos é mesmo livre? O constrangimento pode influenciar a escolha das partes, já que para alguns, esta matéria ainda é um tabu.

Outro ponto importante é o desconhecimento e desentendimento do tema, muitos contraentes não entendem a real diferença entre os regimes de casamento, e nem a sua aplicabilidade no Direito Patrimonial, muitos brasileiros são leigos, e essa parte da população pode ter

dificuldades na compreensão da temática.

Afinal, quem é o sujeito de direito no sistema jurídico brasileiro? Para o sistema jurídico de Direito Civil, e, portanto, esse sistema de direito privado codificado e edificado, os sujeitos nas suas relações aparecem como pessoas juridicamente iguais.

Determinados sujeitos podem estar fora dessa classificação: mesmo sendo pessoas, não são, necessariamente, sujeitos de um determinado direito, como ocorre nos casos de casamento dos maiores de sessenta anos, quando o sistema determina e regula juridicamente os limites da liberdade, oferecendo proteção tão-somente aos que não ultrapassam os limites estabelecidos pelo poder público. Cabe ao Direito estabelecer a concretização dos valores fundamentais do ser humano, com base nos seus instrumentos jurídicos, operacionalizando o alcance dos interesses, a realização de atos e atividades dos indivíduos, para que os não contrastem com a segurança, liberdade e dignidade humana.

A intervenção estatal nas relações privadas deve vir acompanhada do acesso à informação, para impedir a vitória de uma aparente liberdade e uma autonomia de vontade limitada, zelando pelo direito à informação dos contraentes. Visto que os desfavorecidos não têm consciência da verdadeira justiça e por desconhecerem as limitações do conteúdo dos regimes de bens do casamento civil, esperam benefícios que dificilmente lhes são concedidos.

## REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 09 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70013119425. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 21 dez. 2015.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Alteração no regime de bens. Dizer o Direito. Manaus. 2013. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/2f29b6e3abc6ebdefb55456ea6ca5dc8>. Acesso em: 09 nov. 2022

Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 113. I Jornada de Direito Civil. Brasília, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/749>. Acesso em: 09 nov. 2022.

Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 331. IV Jornada de Direito Civil. Brasília, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/353>. Acesso em: 09 nov. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. 13. ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. 10. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOZZO, Débora. O procedimento judicial de alteração do regime de bens. In: Direito Civil e processo:

estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. Coordenação: Arakem de Assis...[et al.]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 376-387

MADALENO, Rolf. Direito de família. 8. ed., rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MADALENO, Rolf. Direito de família. 10. ed. –Rio de Janeiro: Forense, 2020

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TARTUCE, Flávio. Direito de família. 12 eds. rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito Civil: volume único. 11. Ed. Rio de Janeiro, Forense, METODC 2021.



# Lei Maria da Penha e sua (in) eficácia

---

Vanessa Souza Silva Perez

*Aluna do Curso de Direito, da Faculdade de Ciências Contábeis de Nova Andradina – FACINAN*

Fernando Zanelli Mitsunaga

*Professor orientador do curso de Direito da Faculdade de Ciências Contábeis de Nova Andradina-  
FACINAN*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.124.4

## RESUMO

Justifica-se esta pesquisa, considerando-se as preocupações relacionadas com a violência contra as mulheres e sobre aplicabilidade da lei de proteção 11.340/06 (Lei Maria da Penha) caracterizada por uma estratégia nacional de combate à violência contra as mulheres. Os objetivos do estudo se dá com intuito de analisar quanto as estratégias e seus resultados quanto (in) eficácia da lei. A sensibilização social incluindo a família, a escola e os meios de comunicação social quanto ao formato da Lei e como pode ser auxiliar as mulheres vítimas de violência. A correta aplicabilidade da Lei maria da Penha reforça empoderamento da família e da comunidade e a integração e reintegração social e econômica das mulheres sobreviventes de violência. Dá-se a necessidade da construção de coalizões para apoiar as mudanças necessárias para combater as diferentes formas de discriminação e violência e garantir direitos iguais na concepção e implementação de políticas, programas e leis, incluindo convenções internacionais. Este estudo não tem qualquer pretensão de aprofundar as teorias que mergulham sobre a dimensão do que é “gênero”, mas trazer referências e discussões básicas e exemplificativas quanto a Lei Maria da Penha e as aplicações da lei que se demonstram eficazes na proteção efetiva das mulheres, sem esquecer as questões que acabaram em ineficácia, visto que há uma necessidade de visão clara e compartilhada entre todos os atores, em sintonia com as reformas legais implementadas no campo da proteção da mulher contra a violência, discriminação, exploração e tortura.

**Palavras-chave:** proteção da mulher. eficácia. violência de gênero. violência contra mulher.

## ABSTRACT

This research is justified, considering the concerns related to violence against women and about the applicability of the protection law 11.340/06 (Maria da Penha Law) characterized by a national strategy to combat violence against women. The objectives of the study are with the aim of analyzing the strategies and their results and the (in) effectiveness of the law. Social awareness including family, school and the media about the format of the Law and how it can help women victims of violence. The correct applicability of the Maria da Penha Law reinforces family and community empowerment and the social and economic integration and reintegration of women survivors of violence. There is a need to build coalitions to support the changes needed to combat different forms of discrimination and violence and guarantee equal rights in the design and implementation of policies, programs and laws, including international conventions. This study does not intend to deepen the theories that delve into the dimension of what “gender” is, but to bring basic and exemplary references and discussions about the Maria da Penha Law and the applications of the law that have proven to be effective in the effective protection of women. , without forgetting the issues that ended up in ineffectiveness, since there is a need for a clear and shared vision among all actors, in line with the legal reforms implemented in the field of protection of women against violence, discrimination, exploitation and torture.

**Keywords:** protection of women. effectiveness. gender violence. violence against women.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa dar-se-á em torno de questões da Lei Maria da Penha (11.340/06) e das pesquisas apresentadas quanto a (in) eficácia da Lei. A presente pesquisa vem de encontro a compreender à (in) eficácia da Lei Maria da Penha que é resultado da eficácia do controle de proteção dos direitos humanos, resultado de luta de mulheres pautada na institucionalização quanto a participação e empenho do Estado brasileiro para enfrentar a violência contra a mulher e na busca do reconhecimento dos seus direitos, principalmente o direito a uma vida livre de violência. (SEVERI, 2018).

Justifica-se esta pesquisa considerando-se que, mesmo após 16 anos de sua criação e tendo ampla discussão na sociedade quanto a sua aplicabilidade em defesa da mulher mostrasse ainda ineficaz em alguns pontos diante do aumento nos casos de crimes cometidos contra a mulher. A partir disto buscamos abordar a violência contra a mulher está calcada em desigualdade de gênero e é considerada uma forma de expressar e impor poder e controle sobre o corpo e a pessoa da mulher.

Objetiva-se com esta pesquisa esclarecer sobre a Lei nº 11.340/06 e as mediações de urgência quanto à proteção garantida para as mulheres, de modo que possamos demonstrar questões que tangem em torno das questões das mulheres e a violência; analisando as dificuldades pontuais que comprometem eficácia da aplicabilidade de medidas e assim compreender a cerca das possíveis possibilidades e soluções de quais as medidas de proteção e urgência, manifestadas na lei Maria da Penha são diametralmente eficazes em relação aos desígnios a que elas se alvitram.

A metodologia aplicada denomina-se por uma revisão bibliográfica, para este método aplica-se a busca seletiva em base de dados em materiais publicados de cunho científico que embasam as pesquisas de acordo com as teorias e suas aplicabilidades. Tendo em vista a necessidade de levantamento bibliográfico no que tange a metodologia de pesquisa aqui descrita, de modo que se apresente fundamentação teórica de cunho científico, a busca por material se deu da seguinte forma; em se tratando de bases de dados científicas, buscou-se no portal de periódicos capes de acordo com os termos de busca: violência; gênero; Lei Maria da Penha e eficácia. A busca específica de termos facilita a localização de publicações que compreendem melhor sobre a localização de materiais específicos. As bibliografias utilizadas para as bases teóricas foram preferencialmente títulos disponíveis no portal de dissertações e teses, periódicos online, Biblioteca física da FINAN na Biblioteca Digital Saraiva e Bv Pearson.

## GÊNERO E VIOLÊNCIA

De acordo com Sardenberg, Tavares e Gomes (2016), a violência de gênero é a violência dirigida contra uma pessoa por causa do gênero dessa pessoa ou violência que afeta pessoas de um gênero específico de forma desproporcional, e está enraizado na desigualdade de gênero, no abuso de poder e nas normas prejudiciais.

A violência baseada em gênero é uma grave violação dos direitos humanos e uma questão de saúde e proteção com risco de vida. Estima-se que uma em cada três mulheres sofrerá violência sexual ou física ao longo da vida. Durante o deslocamento e tempos de crise, a ameaça

de violência baseada em gênero aumenta significativamente para mulheres e meninas. A violência de gênero é evitável e a justiça deve se comprometer em promover a igualdade de gênero e os direitos humanos. (SARDENBERG; TAVARES; GOMES, 2016).

Conforme Lourdes Bandeira (2009), violência de gênero e violência contra as mulheres são dois termos frequentemente usados de forma intercambiável, pois a maioria das violências contra as mulheres é infligida (por homens) por razões de gênero.

Estimativas publicadas pela OMS indicam que;

Globalmente, cerca de 1 em cada 3 (30%) das mulheres em todo o mundo foram submetidas a violência física e/ou sexual por parceiro íntimo ou violência sexual por não parceiro em sua vida. A maior parte dessa violência é violência por parceiro íntimo. Mundialmente, em média um terço das mulheres (27%) com idades entre 15 a 49 anos que estiveram em um relacionamento narram terem sido vítimas de alguma forma de violência física ou sexual por parte de seu parceiro. (OMS, 2021).

A Declaração da ONU sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres define a violência contra as mulheres como;

Qualquer ato de violência de gênero que resulte ou possa resultar em danos ou sofrimento físico, sexual ou psicológico às mulheres, incluindo ameaças de tais atos, coerção ou privação arbitrária de liberdade, seja na vida pública ou privada. (ONU, 2022.)

De acordo com a ONU (2022) em documentos legais mais recentes, há exemplos da fusão dos dois termos, e o termo “violência de gênero contra as mulheres” é usado, na Convenção do Conselho da Europa sobre Prevenção e Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica (Convenção de Istambul), o Artigo 3º oferece a seguinte definição; “Violência de gênero contra a mulher significa a violência dirigida contra a mulher pelo fato de ser mulher ou que afete desproporcionalmente as mulheres”.

Usando a definição de “violência de gênero contra as mulheres” do Relatório Explicativo da Convenção de Istambul como ponto de partida, podemos dizer que:

A violência de gênero refere-se a qualquer tipo de dano perpetrado contra uma pessoa ou grupo de pessoas por causa de seu sexo, gênero, orientação sexual e/ou identidade de gênero factual ou percebido. (ONU, 2022).

A violência de gênero baseia-se em um desequilíbrio de poder e é realizada com a intenção de humilhar e fazer com que uma pessoa ou grupo de pessoas se sinta inferior e/ou subordinada. Este tipo de violência está profundamente enraizado nas estruturas, normas e valores sociais e culturais que regem a sociedade, e muitas vezes é perpetuado por uma cultura de negação e silêncio. (BANDEIRA, 2009). A violência de gênero pode acontecer tanto na esfera privada quanto na pública e afeta desproporcionalmente as mulheres. Esta violência pode ser sexual, física, verbal, psicológica (emocional) ou socioeconômica e pode assumir muitas formas, desde violência verbal e discurso de ódio na Internet, até estupro ou assassinato. Pode ser perpetrado por qualquer pessoa: atual ou ex-cônjuge/parceiro, familiar, colega de trabalho, colegas de escola, amigos, pessoa desconhecida ou pessoas que atuem em nome de instituições culturais, religiosas, estaduais (MARQUES; ERTHAL; GIRIANELLI, 2019).

E como qualquer tipo de violência, é uma questão que envolve relações de poder. Baseia-se num sentimento de superioridade e numa intenção de afirmar essa superioridade na família, na escola, no trabalho, na comunidade ou na sociedade como um todo. (MARQUES;



ERTHAL; GIRIANELLI, 2019).

A violência pode incluir danos sexuais, físicos, mentais e econômicos infligidos em público ou em privado. Também inclui ameaças de violência, coerção e manipulação. Isso pode assumir muitas formas, como violência por parceiro íntimo, violência sexual, casamento infantil, mutilação genital feminina e os chamados 'crimes de honra'. As consequências da violência de gênero são devastadoras e podem ter repercussões ao longo da vida para as sobreviventes. (MARQUES; ERTHAL; GIRIANELLI, 2019).

Porto e Costa (2010, p. 481), corroboram trazendo as assertivas sobre a violência doméstica

A violência doméstica contra as mulheres pode ser definida como aquela ação de dominação infligida à mulher pelo homem com o qual tem ligações afetivas e que objetiva mantê-la sob jugo (Sabadell, 2005; Silva, 1999). É uma forma de violência, muitas vezes, sutil e de difícil constatação. Também difícil é a percepção da gravidade de suas consequências. Nesse caso, o agressor é alguém com quem a mulher tem alguma ligação afetiva: parceiro, pai, padrasto ou outro familiar. Os parceiros ou ex-parceiros frequentemente são os agressores principais que aparecem nas denúncias registradas nas delegacias da mulher (Brandão, 1998; Diniz, Silveira & Mirim, 2006; d'Oliveira & Schraiber, 2000; Giffin, 1994; Venturi, Recamán & Oliveira, 2004).

Da violência derivam sofrimentos permanentes e crônicos, com um aumento na demanda por serviços de saúde. As mulheres procuram esses serviços tentando buscar uma solução para o sofrimento e para outras consequências decorrentes da violência sistemática (Schraiber, d'Oliveira, Strake & Liberman, s.n.; d'Oliveira & Schraiber, 2000). Isso porque a busca pelos serviços de saúde é motivada pelas consequências da violência, mesmo que não haja a consciência de que se está vivendo nesse estado. Numa menor magnitude, essas mulheres também buscam as instâncias do Poder Judiciário, o que pressupõe uma decisão consciente de responsabilização do agressor, para uma possível mediação dos conflitos conjugais ou familiares (Brandão, 1998).

De acordo com Teixeira e Menezes (2020) a violência contra a mulher é entendida como uma violação dos direitos humanos e uma forma de discriminação contra a mulher.

## **LEI MARIA DA PENHA E SEUS OBJETIVOS**

A Lei Maria da Penha nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, cria organismos para reduzir e evitar a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal,

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1988).

A lei 11.340/06 é uma homenagem enfermeira Maria da Penha Maia Fernandes, que sofreu violência do marido durante seis anos e tentou matá-la duas vezes, em primeira tentativa atacou com arma de fogo, deixando-a paraplégica e, na segunda, por eletrocussão e afogamento. Ele só foi punido após 19 anos. E pasmem, foram dois julgamentos e duas sentenças. Totalizando quase 25 anos que ele teria que cumprir de pena, porém, o acusado ficou apenas dois anos em regime fechado. (SEIXAS, 2019).

Anterior a Lei 11.340/2006 a mulheres em situação de violência recebiam amparo através Lei nº 9.099/95, que regula os crimes de menor potencial ofensivo, e a pena do agressor era convertida em prestação de serviço à comunidade. (DAMÁSIO, 2015).

Quando a Lei Maria da Penha foi construída, preocupou-se em pautar esse conceito em sua exposição de motivos a partir de alguns pontos como do sistema de relações sociais marcado pela desigualdade e hierarquia; da “lógica da hierarquia de poder em nossa sociedade” que não privilegia as mulheres; de como a violência intrafamiliar se expressa e do papel da lei em corrigir desigualdades e compensar desvantagens sociais. (SUCASAS, 2021).

De acordo com Damásio (2015), objetivo da Lei Maria da Penha é coibir e prevenir a violência de gênero no âmbito doméstico, familiar ou de uma relação íntima de afeto;

Em seus art. 1º da Lei Maria da Penha;

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. (BRASIL, 2006).

A referida Lei traz a palavra gênero na definição de violência doméstica e familiar contra a mulher. É o teor do caput do art. 5º da Lei:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I – no âmbito da unidade doméstica [...]; II – no âmbito da família [...]; III – em qualquer relação íntima de afeto [...]. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (BRASIL, 2006).

O art. 1º da Lei refere-se à “violência doméstica e familiar contra a mulher”, e em seu art. 5º demarca o objeto de incidência, ao prescrever que “para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero”. De acordo com Belloque (2011), a Lei faz referência aos contextos no qual a violência de gênero pode ser praticada: no âmbito doméstico, familiar ou em relações íntimas de afeto. Das formas de violência, o art. 5º faz alusão a cinco modos e o art. 7º acaba por defini-las, porém, aludidas como exemplos, porque, no caput, utiliza-se a expressão “entre outras”.

#### DAS FORMAS DE VIOLÊNCIA DOMESTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I – A violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II – A violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause danos emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III – A violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV – A violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V – A violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.. (BRASIL, 2006).

A Lei Maria da Penha altera o Código Penal (CP) admitindo que o agressor tenha prisão em flagrante ou tenha a prisão preventiva decretada. Não podendo os serem punidos com penas alternativas. (CAMPOS, 2011).

Conforme Damásio (2015) a objetividade jurídica da Lei 11.340/2006 e manter a integridade física e a saúde física e mental da mulher e também como instrumento de tutela dos direitos humanos da mulher conforme os arts. 2º, caput, e 3º, § 1º;

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental.

Art. 3º (...) § 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 2006).

A lei passou a restringir a proteção penal, em razão do aspecto das normas penais, ao delito de lesão corporal, tutelando os direitos humanos das mulheres da violência contra sua integridade física e mental e saúde no âmbito doméstico, familiar e íntimo. (BIANCHINI; GOMES, 2018).

## Inovações

Segundo Garcia (2019), é importante destacar algumas sínteses das inovações mais importantes introduzidas pela Lei n. 11.340/2006 no CP que tangem sobre violência doméstica ou familiar contra a mulher como circunstância agravante genérica (art. 61, II):

De acordo com Damásio (2010) a redação anterior do CP (1940) caracterizava-se “com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas de coabitação e hospitalidade.” Na nova redação inseriu-se “ou com violência contra a mulher, na forma da lei específica”. Inseriu-se mais de uma circunstância agravante genérica na relação do art. 61 do CP (violência contra a mulher; inciso II; alínea f, parte final), aplicável a todos os crimes. Explica Damásio (2015) que, o conceito de violência contra a mulher, nos termos do tipo, não se restringe à agressão física e se encontra definida no art. 5º da Lei n. 11.340/2006. Importante observar que a norma cita “violência”, porém sem especificações.

Conforme art. 129 do CP,

Crime de lesão corporal com violência doméstica ou familiar- § 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

Conforme Delmato *et al.* (2021) ao significado foi mantido de forma integral. Entretanto a pena mínima sofreu redução de 6 para 3 meses e a máxima, alterada de 1 para 3 anos de prisão.

E Damásio (2010, p. 482) com corrobora,

Com isso, o delito deixa de ser de menor potencial ofensivo, uma vez que o art. 41 da Lei n. 11.340/2006 estabelece que não se aplica a Lei n. 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher. Porém, nestes casos a competência não é mais dos Juizados Especiais Criminais, e não se admite o acordo civil extintivo da punibilidade (art. 74) e a transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/95), embora a pena mínima seja inferior a um ano. O tipo é aplicável a homens e mulheres. Não é endereçado somente à proteção feminina.

O inciso 11 desparta-se “§ 11 Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.” Aqui aborda-se uma nova causa de ampliação de pena, que incide sobre as pressuposições de violência doméstica ou família. (DAMÁSIO, 2010).

## Das medidas protetivas de urgência

As medidas protetivas de urgência caracterizam a principal inovação da Lei Maria da Penha ao lado da criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Os Juízes nestes casos, encontravam-se restritos quanto as suas ações relacionadas à proteção da mulher, constituindo a maioria das causas de competência dos Juizados Especiais Criminais. (ALMEIDA, 2014).

As medidas protetivas permitiram não só alargar o espectro de proteção da mulher, aumentando o sistema de prevenção e combate à violência, como também fornecer ao magistrado uma margem de atuação para que possa decidir por uma ou outra medida protetiva, de acordo com a necessidade exigida pela situação. (DAMÁSIO, 2015, p. 486).

É de incumbência do magistrado apoiar-se nos diversos dispositivos que tangem a área do direito, visto que, a Lei considera, na parte que aborda sobre as medidas protetivas de urgência, instrumentos de caráter civil, trabalhista, previdenciário, administrativo, penal e processual. (DAMÁSIO, 2015).

**Quadro 1 - Principais características das medidas protetivas de urgência:**

Art. 18	Caráter primordial de urgência, sendo que o juiz deverá decidir sobre o pedido de medidas protetivas no prazo de 48 horas.
Art. 19, caput;	Podem ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.
Art. 19, § 1º;	Podem ser decretadas de ofício pelo juiz (art. 20); não há necessidade de audiência das partes, nem de manifestação prévia do Ministério Público, para a concessão da medida.
Art. 19, § 2º;	Podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente.
Art. 19, § 2º	A substituição de uma medida protetiva por outra (mais ou menos drástica) pode se dar a qualquer tempo, desde que garantida a sua eficácia.
Art. 22. Arts. 23-24	Dividem-se em duas espécies: (a) as que obrigam o autor da agressão, e (b) aquelas dirigidas à proteção da vítima e seus dependentes.

Fonte a autora (2022).

Das espécies de medidas protetivas de urgência que condenam o autor da agressão, foi levado em consideração, de acordo com Juliana Garcia Belloque (2011, p.308) “o conhecimento das atitudes comumente empregadas pelo autor da violência doméstica e familiar que paralisam a vítima ou dificultam em demasia a sua atuação diante do cenário que se apresenta nesta forma de violência”

E são classificadas como:

- a) medidas que obrigam o autor da agressão;
- b) medidas dirigidas à vítima, de caráter pessoal;
- c) medidas dirigidas à vítima, de caráter patrimonial;
- d) medidas dirigidas à vítima nas relações de trabalho

**Quadro 2 - Medidas protetivas de urgência que obrigam o autor da agressão**

Afastamento do lar	O afastamento do lar para os casos de violência doméstica foi instituído pela Lei n. 10.455/2002, O afastamento do autor da agressão do lar busca evitar o risco recorrente de agressão, já que autor da agressão não mais estará dentro da própria casa em que reside a vítima. O patrimônio da ofendida também é preservado, uma vez que os objetos do lar não poderão ser subtraídos ou destruídos.
Proibição de aproximação	O art. 22, inciso III, alínea a, possibilita ao juiz proibir que o agressor se aproxime da ofendida, seus familiares e de testemunhas, podendo até mesmo fixar limite mínimo de distância a manter. A finalidade do legislador ao prever esta medida foi de preservar a incolumidade física e psíquica da mulher em situação de violência
Proibição de contato	Atinge qualquer meio de comunicação, seja pessoal, direto, telefônico, mensagens eletrônicas, mensagens de bate-papo etc.
Proibição de frequentar determinados lugares	Tal proibição encontra-se principalmente dirigida aos locais de frequência comum da mulher e de seus familiares, evitando-se constrangimentos, intimidações, escândalos, humilhações públicas etc.
Restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar	Quando tal medida é deferida, normalmente ela vem acompanhada da proibição de frequentar espaços de convivência dos filhos.
Prestação de alimentos provisionais ou provisórios	A prestação de alimentos provisionais ou provisórios deve seguir as determinações do Código Civil (arts. 1.694 e s.), observando-se o binômio possibilidade do alimentante/necessidade do alimentado, bem como a demonstração de relação de parentesco e da relação de dependência econômica
Suspensão da posse ou restrição do porte de armas	A suspensão ou a restrição deve vir acompanhada da comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei n. 10.826/2003.

**Fonte: a autora (2022) conforme Damásio (2015).**

As referidas medidas são de extrema importância no sentido de evitar a prática de uma violência ou repetição.

A pesquisa de opinião “Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher (2021), realizada pelo Instituto Data Senado, em parceria com o Observatório da Mulher contra a Violência, diz que, 86% das mulheres brasileiras perceberam um aumento na violência cometida contra pessoas do sexo feminino durante o último ano. (AGÊNCIA SENADO, 2021).

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realiza o monitoramento dos dados e trata do enfrentamento da não violência contra a mulher;

Figura 1 – Monitoramento CNJ



Fonte: CNJ (2022).

Figura 2 – Inquéritos Novos a cada 100.000 mulheres residentes no Estado



Fonte: CNJ (2022).

**Figura 2 - Série Histórica de Novos casos de Femicídio**



Fonte: CNJ (2022).

Segundo o IPEA no Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2021),

Em 2021, ocorreram um total de 1.319 feminicídios no país, recuo de 2,4% no número de vítimas registradas em relação ao ano anterior. No total, foram 32 vítimas de feminicídio a menos do que em 2020, quando 1.351 mulheres foram mortas.

Em 2021, em média, uma mulher foi vítima de feminicídio a cada 7 horas.

A taxa de mortalidade por feminicídio foi de 1,22 mortes a cada 100 mil mulheres, recuo de 3% em relação ao ano anterior, quando a taxa ficou em 1,26 mortes por 100 mil habitantes do sexo feminino.

Os estados que registraram as maiores taxas de feminicídio –muito superiores à média nacional – foram Tocantins (2,7), Acre (2,7), Mato Grosso do Sul (2,6), Mato Grosso (2,5) e Piauí (2,2).

As políticas de combate a violência contra a mulher política é uma resposta à importância dos diversos indicadores observados em termos de violência contra a mulher, em particular os que refletem a emergência de novas formas de proteção tendo em vista os diversos tipos de violência contra a mulher. A lei foi desenvolvida com base nos quatro pilares reconhecidos internacionalmente para o combate à violência contra a mulher, relacionados à prevenção, proteção, atendimento e procedimentos legais.

É necessário que se observe a partir de dados oficiais as questões que ainda permeiam sobre a violência contra a mulher, mesmo após o avanço da Lei, após analisar os dados ainda é possível sentir insegurança quanto a proteção da mulher.

## DA (IN) EFICÁCIA DA LEI MARIA DA PENHA

Após 40 anos de lutas feminista por meios eficazes no enfrentamento da prevenção da violência contra a mulher no Brasil, a Lei Maria da Penha foi baseada de acordo com convenções internacionais, planos de ação e plataformas para os direitos das mulheres, assim reconhecendo

as diferentes formas de violência, física, psicológica, moral, sexual e patrimonial e imputando não somente medidas punitivas contra agressores, mas também medidas de proteção e apoio necessárias no atendimento às vítimas, bem como importantes medidas preventivas em geral (SARDENBERG; TAVARES; GOMES, 2016).

Desde a aprovação da Lei Maria da Penha, avanços significativos foram feitos no desenvolvimento de mecanismos institucionais e campanhas de enfrentamento da violência contra a mulher e gerando resultados positivos. A lei trouxe consciência sobre a violência contra mulher. Em razão das campanhas realizadas ao longo destes 16 anos quase 98% da população adulta no Brasil agora tem algum conhecimento sobre a lei Maria da Penha (IPEA, 2021).

Como a lei funciona ainda é algo desconhecido da população, mas a maioria sabe que ela é voltada para a proteção da mulher. Porém, mesmo com conquistas importantes registradas desde a sanção da Lei, ainda permanece uma brecha considerável entre a lei e a prática. De fato, os dados relativos à incidência da violência contra a mulher no Brasil, conforme apresentado nos gráficos anteriores mostram que ainda é um problema gravíssimo, e impacta a vida de mulheres de todas as classes.

Reconhecer a vulnerabilidade para criação de medidas eficazes e urgentes é importante na promoção do direito das mulheres, mas isso não pode significar um sacrifício à dignidade delas, que concebidas como seres menores não podem dizer o que desejam da justiça” (MARQUES, ERTHAL, GIRIANELLI, 2019, p. 151).

De acordo com Sardenberg, Tavares e Gomes (2016) em grande parte, essas altas taxas decorrem das inúmeras deficiências que ainda impedem a implementação da Lei Maria da Penha no cunho de ação em que foi formulada que é resguardar a vidas das mulheres.

Marques, Erthal e Girianelli (2019, p. 152) afirmam quanto à impunidade e a evidencição de reprovabilidade;

Evidenciar a reprovabilidade de uma ação passa por caminhos mais tortuosos do que uma mera tipificação penal, o encarceramento ou qualquer ação judicial conservadora. Tornar socialmente inaceitável a agressão contra as mulheres exige ‘lentes de gênero’, e uma percepção refinada alcança a falibilidade de um sistema que perversamente é capaz de causar ainda mais dor. Os limites do sistema penal esbarram na exigência urgente de salvar as mulheres.

O sistema de justiça percebe a mulher como objeto inserido em um esquema predeterminado de violência, e, a partir disso, lhe nega voz. Proteger mulheres relaciona-se diretamente com fortalecer as mulheres, e conferir a elas papel de protagonista da própria vida.

Prosseguir ações penais a despeito do desejo das mulheres vítimas, baseando-se no argumento da vulnerabilidade absoluta, revela o quanto o direito feito por homens e interpretado por eles não tem por tradição reverenciar as mulheres. Reconhecer a vulnerabilidade para criação de medidas eficazes e urgentes é importante na promoção do direito das mulheres, mas isso não pode significar um sacrifício à dignidade delas, que concebidas como seres menores não podem dizer o que desejam da justiça.

Dentro do judiciário há uma resistência, que embarra com as deficiências do federalismo, sabe-se que a lei maria da Penha é uma Lei Federal e deste modo, de abrangência nacional, porém, depende de órgãos e agências estaduais e municipais para ser devidamente implementada. Isso deu origem a diferentes políticas e práticas locais que muitas vezes não cumprem os objetivos da lei (SARDENBERG, TAVARES; GOMES 2016).

Sob estas premissas ainda pairam as dificuldades orçamentarias e a ausência de coor-



denação organizacional ao longo da cadeia de serviços, atrasa os procedimentos necessários. E ainda, devido à falta de compatibilidade entre os dados existentes sobre casos, processos, vítimas e agressores, importantes para os procedimentos de monitoramento, a resposta do Estado em fazer as mudanças necessárias é muitas vezes limitada (BONETTI; PINHEIRO; FERREIRA, 2016). Essas restrições estruturais, juntamente com a cultura da violência, tão profundamente enraizada na construção da masculinidade no Brasil, respondem pelos índices ainda alarmantes de violência contra a mulher, apesar dos avanços trazida pela Lei Maria da Penha.

## Da possibilidade de mudança

Uma possibilidade de mudança foi publicada recentemente na data de 18 de outubro de 2022, buscando efetivar a real eficácia da lei, sobre o STJ decidir se audiência preliminar prevista na Maria da Penha é obrigatória.

## O texto abaixo está reproduzido de forma parcial, porém na íntegra conforme o site Conjur

A 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou os Recursos Especiais 1.964.293.<sup>1</sup> e 1.977.547, de relatoria do ministro Reynaldo Soares da Fonseca, para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos. O colegiado decidiu não suspender o trâmite dos processos que discutem o mesmo tema.

A questão que será submetida a julgamento foi cadastrada como Tema 1.167 na base de dados do STJ, com a seguinte ementa: “Definir se a audiência preliminar prevista no artigo 16 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) é ato processual obrigatório determinado pela lei ou se configura apenas um direito da ofendida, caso manifeste o desejo de se retratar”.

O Ministério Público estadual sustentou que o objetivo da audiência não é reiterar a representação da ofendida, mas confirmar a intenção de renunciar ou se retratar da representação ofertada. Segundo o MP, a audiência só precisaria ser designada caso a ofendida quisesse se retratar da representação oferecida na fase do inquérito, o que não ocorreu no caso em questão. (CONJUR, 2022).

Ao propor a afetação, o ministro Reynaldo Soares da Fonseca destacou que a argumentação desenvolvida nas razões recursais delimita de forma satisfatória a controvérsia, apresentando a abrangência necessária ao reexame da questão. (CONJUR, 2022).

Esta mudança ampara as mulheres e a possibilidade que caso não se tenha audiência preliminar será encaminhado diretamente para a denúncia.

*1 RECURSO ESPECIAL. PROPOSTA DE JULGAMENTO SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. DEFINIR SE A AUDIÊNCIA PRELIMINAR PREVISTA NO ART. 16 DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA) É OBRIGATÓRIA MESMO NA AUSÊNCIA DE RETRATAÇÃO DA VÍTIMA ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. RECURSO ESPECIAL AFETADO. 1. Delimitação da controvérsia: “Definir se a audiência preliminar prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) é ato processual obrigatório determinado pela lei ou se configura apenas um direito da ofendida, caso manifeste o desejo de se retratar”. 2. Recurso especial afetado ao rito dos recursos repetitivos, com fundamento no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e no art. 256-I do RISTJ, incluído pela Emenda Regimental 24, de 28/09/2016. 3. Não se aplica à hipótese o disposto na parte final do § 1º do art. 1.036 do Código de Processo Civil (suspensão do trâmite dos processos pendentes), haja vista que a questão será julgada com brevidade. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, afetar o processo ao rito dos recursos repetitivos (RISTJ, art. 257-C) e, por unanimidade, não suspender a tramitação de processos, conforme proposta do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Sebastião Reis Júnior e Rogério Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.*

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista as explanações ao longo da pesquisa é compreende-se que as ações penais de mulheres vítimas de violência, baseia-se quanto à situação de absoluta vulnerabilidade destas mulheres está pautado no desconhecimento real sobre a violência, o direito feito por homens acaba por diminuir estas dificuldades não reconhecidas na “pele”.

É importante ressaltar que, em países onde uma cultura de violência e preceitos morais que esbarram no etnocentrismo é forte, como no caso do Brasil, é necessário promover a implementação de currículos abrangentes de combate à violência e resolução de conflitos nas escolas que abordam a violência doméstica. Da mesma forma, também é necessário promover campanhas de conscientização pública sobre a violência doméstica e trazer as questões envolvidas, inclusive na legislação existente, para discussão pública. Essas campanhas devem abordar atitudes sobre a violência doméstica, bem como informar as pessoas sobre as leis e serviços disponíveis para mulheres em situação de violência.

## REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA SENADO. Violência contra a mulher aumentou no último ano, revela pesquisa do Data Senado. 19 de dezembro de 2021. Agência Senado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/12/09/violencia-contra-a-mulher-aumentou-no-ultimo-ano-revela-pesquisa-do-datasenado>. Acesso em 12 ago. 2022.
- ALMEIDA, Angélica de Maria Mello de. Aspectos penais e processuais: Lei Maria da Penha. In: Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 15, n. 38, p. 1-184, jan./abr. 2014.
- ALMEIDA, Willian Diego de. Nas filigranas do discurso jurídico, a (des) construção de sentidos na Lei Maria da Penha. Campo Grande, MS: Ed. UFMS, 2015.
- ARAI, Cláudia Moreira. Os fluxos de incorporação das normas internacionais: análise da difusão das políticas de combate à violência contra a mulher no processo da Lei Maria da Penha. 2020. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) - Instituto de Relações Internacionais, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. doi: 10.11606/D.101.2020.tde-15062020-175418. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/101/101131/tde-15062020-175418/pt-br.php>. Acesso em: 02 out. 2022.
- TEIXEIRA; Ana Carolina Brochado; MENEZES, Joyceane Bezerra de. Gênero, vulnerabilidade e autonomia: Repercussões Jurídicas. Editora Foco, 2020.
- BANDEIRA, Lourdes. Três décadas de resistência feminista contra o sexismo e a violência feminina no Brasil: 1976 a 2006. Sociedade e Estado [online]. 2009, v. 24, n. 2] , p. 401-438. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-69922009000200004>>. Epub 24 nov. 2009. Acesso em: 05 jun. 2022.
- BELLOQUE, Juliana Garcia. Da assistência judiciária – arts. 27 e 28. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BIANCHINI, Alice; GOMES, Flávio. Lei Maria da Penha. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BONETTI, A.L., PINHEIRO, L., FERREIRA, P. A segurança pública no atendimento às mulheres: uma

análise a partir do Ligue 180. In: SARDENBERG, C.M.B.; TAVARES, M.S. Violência de gênero contra mulheres: suas diferentes faces e estratégias de enfrentamento e monitoramento[online]. Salvador: EDUFBA, 2016, pp. 145-185. Bahianas collection, vol. 19. ISBN 978- 85-232-2016-7. <https://doi.org/10.7476/9788523220167.0005>. Acesso em: 05 jun. 2022.

BRASIL. [Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006]. Lei Maria da Pena: e normas correlatas: dispositivos constitucionais pertinentes: Lei Maria da Pena, normas correlatas, índice temático. Brasília, DF: Senado Federal, 2016.

CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da Pena comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CÓDIGO penal comentado: doutrina e jurisprudência. 5. Barueri: Manole, 2022.

COIMBRA, José César; RICCIARDI, Ursula; LEVY, Lidia. Lei Maria da Pena, equipe multidisciplinar e medidas protetivas. Arq. Bras. Psicol. [Online]. 2018, vol.70, n.2 pp. 158-172. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1809-52672018000200012&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672018000200012&lng=pt&nrm=iso)>. ISSN 1809-5267. Acesso em: 05 jun. 2022.

CRUZ, R.A. Constitucionalidade da Lei Maria Da Pena. In: SARDENBERG, C.M.B.; TAVARES, M.S. Violência de gênero contra mulheres: suas diferentes faces e estratégias de enfrentamento e monitoramento [online]. Salvador: EDUFBA, 2016, pp. 93-107. Bahianas collection, vol. 19. ISBN 978-85-232-2016-7. <https://doi.org/10.7476/9788523220167.0005>. Acesso em: 05 jun. 2022.

DAMÁSIO, de Jesus. Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei n.11.340/2006. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DELMANTO, Celso *et al.* Código penal comentado. 10.ed, São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

GIL, Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 7. São Paulo: Atlas, 2022.

IPEA. Pesquisa Econômica Aplicada. Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). Atlas da violência. 2021. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/publicacoes/213/atlas-da-violencia-2021-principais-resultados>

MARQUES, Beatriz de Oliveira Monteiro, ERTHAL, Regina Maria de Carvalho; GIRIANELLI, Vania Reis. Lei Maria da Pena: uma análise crítica à luz da criminologia feminista. Saúde em Debate [online]. 2019. v. 43, n. spe4. Disponível em: <https://scielosp.org/article/sdeb/2019.v43nspe4/140-153/#>. Acesso em 12 maio. 2022.

OMS. Organização Mundial da Saúde. Organização Pan-Americana da saúde. Devastadoramente generalizada: 1 em cada 3 mulheres em todo o mundo sofre violência. 2021. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/noticias/9-3-2021-devastadoramente-generalizada-1-em-cada-3-mulheres-em-todo-mundo-sofre-violencia>. Acesso em 25 ago. 2022.

OMS. Organização Mundial da Saúde. Violência contra a mulher. 2021. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women#:~:text=Estimates%20published%20by%20WHO%20indicate,viole%20is%20intimate%20partner%20violence..> Acesso em 25 ago. 2022.

ONU. ONU Mulheres Brasil. 2022. Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/>

PORTO, Madge; COSTA, Francisco Pereira. Lei Maria da Pena: as representações

do judiciário sobre a violência contra as mulheres. *Estudos de Psicologia (Campinas)* [online]. 2010, v. 27, n. 4, pp. 479-489. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/estpsi/a/BP37PqLXRmSjPkbJPzJWpsf/?lang=pt#ModalArticles>. Acesso em: 05 jun. 2022.

SÁ, Renato Montans de. *Manual de direito processual civil*. 6.ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021

SARDENBERG, C.M.B., TAVARES, M.S.; GOMES, M.Q. Monitorando a Lei Maria Da Pena: reflexões sobre a experiência do Observe. In: SARDENBERG, C.M.B.; TAVARES, M.S. comps. *Violência de gênero contra mulheres: suas diferentes faces e estratégias de enfrentamento e monitoramento* [online]. Salvador: EDUFBA, 2016, pp. 41-67. Bahianas collection, vol. 19. ISBN 978- 85-232-2016-7. <https://doi.org/10.7476/9788523220167.0003>. Acesso em: 05 jun. 2022.

SEVERI, Fabiana Cristina. *Lei Maria da Pena e o projeto jurídico feminista brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SEIXAS, Cláudia. *Lei Maria da Pena: conheça a história da terceira melhor lei do mundo*. São Paulo: Cláudia Seixas sociedade de Advogados. 2021. Disponível em: <https://claudiaseixas.adv.br/1396-2>. Acesso em 12 set. 2022.

SUCASAS, Fabíola. *A vida, a saúde e a segurança das mulheres: como entender a violência e saber se proteger*. São Paulo: Expressa, 2021. 1 recurso online. (Mulheres fora de série)

THIAGO GARCIA. *Tudo que você precisa saber sobre: Delegado de Polícia, Lei Maria da Pena e Princípio da Insignificância*. Editora Rideel, 2019.



# **Lei do Feminicídio: a mulher sendo vista pelo homem como objeto de submissão e vulnerabilidade, história do feminicídio um crime de gênero**

---

Giovana Gomes Santos

*Aluna do Curso de Direito, da Faculdade de Ciências Contábeis de Nova Andradina – FACINAN*

Luiz Henrique Gonçalves Mazzini

*Professor orientador, Luiz Henrique Gonçalves Mazzini Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade CERS-Complexo de Ensino Renato Saraiva e professor no Curso de Direito, da Faculdade de Ciências Contábeis de Nova Andradina – FACINAN*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.124.5

## RESUMO

Segundo a historiografia, nota-se que a mulher desde os tempos antigos vem sofrendo muito por ser sinônimo de fragilidade e obediência para o homem, a violência contra a mulher é histórica seja ela física, sexual ou mental simplesmente pelo seu gênero, já foi considerado por costumes, tradições um método pedagógico tais violências, como quando uma mulher era apedrejada por adultério, isso surgiu a partir de um sistema alicerçado na dominação que impõe as funções de cada sexo na sociedade. Há muito tempo o homem vê a mulher como um objeto de seu poder de forma que quando não se comportam da forma em que esperam não atendendo aos seus desejos ou os obedecendo são alvos de violência e abusos muitas vezes fatais. Tivemos o surgimento da Lei Maria da Penha para proteger a mulher contra violência doméstica, mas com o tempo foi observado que somente esta lei não seria suficiente para proteger a mulher, pois muitas vidas não estavam sendo apenas vítimas de agressões mas sim findadas, então foi criada uma qualificadora para o resultado morte a lei 13.104/15 mais conhecida como feminicídio. Esta lei foi criada com o intuito de reconhecer e dar clareza a discriminação, opressão, desigualdade e violência baseada em uma questão genética/biológica e também de fazer justiça e diminuir os índices de mortalidade das mulheres lhes assegurando uma segurança maior, esta lei terá sua aplicabilidade quando houver um assassinato que envolva violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação a condição da vítima de ser mulher.

**Palavras-chave:** feminicídio. violência de gênero. lei do feminicídio.

## ABSTRACT

According to historiography, it is clear that since ancient times, women have suffered greatly from being synonymous with fragility and obedience for men, the violence against women is historical, whether it is physical, sexual or psychological, simply because of their gender, and it was already considered by customs, traditions as a pedagogical method such violence, as when a woman was stoned for adultery, this originated from a system rooted in domination that imposes the roles of each sex in society. For a long time, men viewed women as objects of their power, so if they did not behave as they expected by not fulfilling their wishes or obeying them, they became targets of often lethal violence and abuse. We had the emergence of the Maria da Penha Law to protect women from domestic violence, but over time it was observed that this law alone was not enough to protect women, as many lives were not only victims of aggression, but also ended, thus an aggravating factor for the death result was created by law 13.104/15 more known as femicide. This law was created to recognize and clarify discrimination, oppression, inequality, and violence based on a genetic/biological issue and to provide justice and reduce the mortality rate of women, assuring them greater safety. This law is applicable when it is a homicide that involves domestic and family violence, contempt or discrimination against the victim's condition of being a woman.

**Keywords:** Femicide. Gender Violence. Femicide Law.

## INTRODUÇÃO

A discussão sobre o feminicídio teve início com a intenção de reconhecer e dar clareza para a opressão, desigualdade e violência que a mulher sofre, de forma que o homem tem a idéia de que pode exercer algum tipo de poder sobre a mulher fazendo dela e entendendo assim que ela deve ser submissa a ele, sendo vista como sinônimo de fragilidade tendo que estar abaixo dele, depois de muitos anos sendo vítima de violência sendo ela de diversas maneiras a mulher conseguiu um grande avanço com a Lei Maria da Penha, mas esta não foi suficiente para deter as violências que eram praticadas contra elas, então foi criada a lei 13.104/15 lei do feminicídio que originou-se com a intenção de garantir a segurança da menina e da mulher sendo aplicada quando houver algum tipo de crime, violência contra a mulher pelo fato de ser do sexo feminino.

Apresentar este tema e disponibilizar informações a respeito dele é de extrema importância, já que mesmo com a lei e sua qualificadora para o resultado morte os números não param de crescer, falar sobre essa indiferença e repulsa é necessário dentro de uma sociedade já tão bem desenvolvida em alguns aspectos e quanto a esse com uma visão tão distante de se ter bons resultados e a garantia de um lugar seguro para mulher, de maneira que ela não se sinta ameaçada e possa viver em equilíbrio dentro da sociedade deixando de lado todo aquele pensamento sócio-cultural que foi iniciado lá no passado, e que tem que ser desfeito e não mantido para que só ai então se consiga ter um bom avanço e bons resultados.

Neste presente artigo através de uma pesquisa bibliográfica será feita a tentativa de demonstrar esta divergência entre a Lei do Feminicídio e a realidade presenciada com a criação dela nos dias atuais, além de apontar também a dificuldade em conter esses homicídios cometidos por uma questão de gênero.

## CONTEXTO HISTÓRICO SOBRE A LEI DO FEMINICÍDIO

O surgimento da Lei do Feminicídio se deu mediante a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra a mulher, mais conhecida como (CPMI) em virtude da falta de controle sobre dados de homicídios de mulheres no Brasil e também da pouca eficácia do Poder Público em questão da aplicabilidade da Lei de proteção da mulher em casos em que ela se encontraria em situação de perigo como por exemplo a Lei de medida protetiva.

Foi estipulado um prazo de 180 dias para que a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência conseguisse investigar a violência contra a mulher no Brasil e analisasse melhor as denúncias feitas por ausência do Ministério Público, a respeito da aplicação das leis, meios pelos quais protegeriam as mulheres em circunstâncias de violência. Realizaram uma visita em 17 estados do Brasil e o Distrito Federal em conformidade com a presidência da Deputada Federal Jô Moraes e relatoria da Senadora Ana Rita. Os dados colhidos por meio desta pesquisa foram de extrema importância para o crescimento do debate sobre a agressão contra a mulher, e mais especificamente, a importância da existência de uma tipificação do assunto feminicídio no Brasil.

Com essa pesquisa ficou demonstrado que o crime de feminicídio descrevia a pior forma de violência por uma questão de gênero, chegando a três conclusões das seguintes situações: quando existe a relação íntima, de afeto ou afinidade entre a vítima e o malfeitor, quando se teve

a prática de qualquer violência sexual contra a vontade da vítima e, em cenários de mutilação ou desfiguração de mulheres, o que daria a chance, onde haveria uma possibilidade de reconhecimento do assassinato realizado pelo simples fato de ser do gênero feminino.(CUNHA, 2007).

Verificou-se um grande aumento na quantidade de registros de casos de homicídios cometidos contra a mulher nos últimos 30 anos, e foi isso que fez com que se desse início ao CPMI (Comissão Parlamentar Mista de Inquérito). Depois de inúmeras audiências públicas realizadas em todo território brasileiro a respeito do assunto tipificação do feminicídio, foi enviado um projeto de lei para a análise e inserção no nosso Código Penal Brasileiro.

Quando surgiu a CPMI (Comissão Parlamentar Mista de Inquérito), já havia um projeto de lei no Senado Federal em relação a um novo código penal, enviado através da CPI mista, fazendo a proposta da tipificação do crime feminicídio. Durante o período de um ano e meio trabalhado, aconteceram 37 reuniões, sendo 24 delas audiências públicas em 18 Estados.

Em meio a várias propostas enviadas pela CPI, encontrava-se o projeto que tinha previsão para a qualificadora do feminicídio, com uma pena de reclusão de 12 a 30 anos para assassinatos cometidos contra mulheres em situação de violência doméstica ou familiar, violência sexual, mutilação ou desfiguração da mulher. (MELLO, 2017).

Após muitos conflitos e debates, ficou bem explícita a necessidade desta tipificação e da aprovação, na forma da lei, porque infelizmente as mulheres vinham sendo mortas pelo simples fato de seu gênero feminino, deixando bem visível a desigualdade entre homens e mulheres que mesmo em uma sociedade já tão madura e avançada, ainda permanece com suas raízes que estão cravadas desde o passado até os dias atuais de uma sociedade machista em que o homem é visto como simbologia de força ficando a frente enquanto a mulher simboliza fragilidade, sensibilidade e fraqueza tendendo a ser submissa.

Depois de todo este trajeto percorrido e concluído com sucesso foi então incluso no artigo 121, §2º-A do Código Penal uma norma penal que explicava, esclarecendo a condição do sexo feminino. O legislador foi direcionado a basear uma nova qualificadora, que garantisse maior proteção à mulher, por ser do sexo feminino. Na data de 9 de março de 2015, foi sancionada a Lei 13.104/2015, com a autoria da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra Mulher, que no geral, tem previsão do feminicídio como circunstância que qualifica o crime de homicídio.(NUCCI, 2017).

Com sanção presidencial de uma mulher a ex- presidente Dilma Rousseff. A morte de mulheres vinculada por razões de seu gênero (quando envolver violência doméstica e familiar ou menosprezo e discriminação à condição de mulher) agora passa a ser reconhecido entre os tipos de homicídio qualificado.

## **VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER UMA QUESTÃO DE GÊNERO**

Na Constituição da República Federativa do Brasil, fica expressamente claro em seu artigo 5º caput que é assegurado o direito à igualdade como um direito fundamental a todos, neste dispositivo diz que:

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:



A diferença que existe entre homens e mulheres é cultural, que aumentou com o passar dos anos mesmo com a evolução em muitos outros aspectos este foi um dos que não obtiveram muitos resultados, em alguns lugares da sociedade a mulher é vista com divindade, mas infelizmente estes lugares ainda são minoria, já que em sua maior parte ela é vista como um ser que merece um tratamento inferior. De acordo com o que descreve Liliane Nascimento de Santi, Ana Márcia Spanó Nakano, Angelina Lettiere:

(...) Diante deste fenômeno, presente no espaço social, encontra-se a violência contra a mulher. O primeiro documento internacional de direitos humanos que aborda esta violência foi aprovado em 1993, na Assembléia Geral das Nações Unidas. Esse documento define violência contra a mulher como qualquer ato de violência baseado no gênero que resulta, ou tenha probabilidade de resultar, dano ou sofrimento físico, sexual e psicológico, incluindo ameaça, coação ou privação arbitrária de liberdade, na vida pública ou privada.

É perceptível que as diferenças no que se diz respeito a gênero, voltam se contra o indivíduo a partir de peculiaridades biológicas. No entanto, não são somente os traços, as peculiaridades que tornam o ser humano um diferente do outro, mas sim uma cultura social que é machista, tratando e mantendo uma visão na qual a mulher é diferente de forma inferior somente por fazer parte do gênero feminino, indo muito além da questão biológica, alcançando então o menosprezo do gênero propriamente dito. (SANTI; NAKANO;LETTIERE, 2010).

De acordo com FARAH (2004), é muito importante esclarecer e apresentar a conceituação da palavra gênero, Gênero é um recurso utilizado para se referir à construção social desigual baseada na existência de hierarquia entre os sexos e as consequências que a partir daí tiveram origem. Essa diferença não é vista apenas de maneira conceitual, surte efeitos nos âmbitos políticos, sociais e culturais.

Verifica-se que as características sexuais são predominantes e influenciáveis nas relações entre os seres humanos com relação aos fatores de identificação de papéis concebidos socialmente, do mesmo modo que nos conceitos preestabelecidos por esta cultura que é patriarcal, mesmo que já esteja comprovado que nas mais diversificadas áreas as tarefas a serem desenvolvidas podem ser feitas de forma igual entre os dois gêneros.

Essa questão de violência de gênero espalha ainda nos dias atuais a ideia de uma sociedade que se baseia em uma cultura patriarcal, que esta de forma aparente longe de acabar, visto que mesmo diante de toda independência que a mulher já conquistou provando não merecer essa desigualdade, ainda assim é vista como objeto social de denominação e submissão.

(...) Não é identidade entre homens e mulheres que queremos reclamar, mas uma diversidade historicamente variável mais complexa do que aquela que é permitida pela oposição macho/fêmea, uma diversidade que é também diferentemente expressada para diferentes propósitos em diferentes contextos. Na verdade, a dualidade criada por essa oposição traça uma linha de diferença, investe-a com explicações biológicas, e então trata cada lado da oposição como fenômeno unitário (...). Em contraste, nossa meta é ver não somente diferenças entre os sexos, mas também o modo como essas trabalham para represar as diferenças dentro dos grupos de gênero. A identidade construída em cada lado da oposição binária esconde o múltiplo jogo de diferenças e mantém sua irrelevância e invisibilidade. LOURO, Guacira Lopes. Gênero, história e educação: construção e desconstrução. Educação & realidade, [S.l.], v. 20, n. 2, 1995. p. 116.

Em um entendimento principal a violência de gênero representa qualquer ato que seja violento cometido em dano ou prejuízo de uma pessoa devido ao sexo a que faça parte, seja este homem ou mulher. No entanto, no que se diz a respeito de mulher, é bem mais notável essa violência, é violentada a figura feminina apenas por pertencer a este gênero, não se deve gene-

ralizar, porém é fato que se é muito mais difícil, raro ter a notícia de que um homem foi agredido ou violentado pelo simples fato de ser do gênero masculino (LOURO, 1995).

(...) O patriarcalismo é uma das estruturas sobre as quais se assentam todas as sociedades contemporâneas. Caracteriza-se pela autoridade, imposta institucionalmente, do homem sobre a mulher e filhos no âmbito familiar. Para que essa autoridade possa ser exercida, é necessário que o patriarcalismo permeie toda a organização da sociedade, da produção e do consumo à política, à legislação e à cultura. Os relacionamentos interpessoais e, conseqüentemente, a personalidade, também são marcados pela dominação e violência que têm sua origem na cultura e instituições do patriarcalismo. CASTELLS, Manuel. O poder da identidade. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 169.

A violência de gênero é um ato violento baseado na discriminação de sexo, na situação da mulher, é a possibilidade de ser direcionada como a classificação na qual se colocam todas as outras maneiras de violência, em razão de não ter outro entendimento, além do que a mulher é vítima de violência patrimonial, doméstica, sexual além de ter também a violência psicológica, física, simplesmente pela sua condição de ser mulher, por lamentavelmente ainda hoje ser vista e tratada com inferioridade.

## TIPOS DE FEMINICÍDIO

Em grande parte da nossa doutrina os feminicídios são divididos resumidamente em duas categorias, dependendo de quem é o autor do crime: feminicídio íntimos, que são praticados por pessoas que as vítimas tinham alguma relação ou contato de convívio íntimo ou familiar, e o outro tipo de feminicídio são os não íntimos, no qual não se tinha uma relação anterior entre a vítima e o suposto autor da violência. Aguillar (2005) ainda complementa com uma terceira categoria: os feminicídios por conexão, na situação em que as mulheres são mortas “na linha de fogo” de um homem que tentou agredir outra mulher, havendo uma tentativa de interferir, nesta hipótese podendo ser essa pessoa uma amiga, parente, ou inclusive não ser conhecida não ter vínculo com a mulher que era o alvo de início.

Russell (2009) sugere uma classificação com mais detalhes a respeito da relação entre os assassinos e as mulheres que foram suas vítimas. Ficaria dividido então da seguinte forma em quatro categorias de feminicídio sendo elas: familiares (que seriam praticados por irmãos, pais, filhos, avós ou por qualquer outro parentesco); íntimos (praticados por namorados, esposos ou parceiros sexuais, seja este ex ou atual); praticados por outros conhecidos (como vizinho, amigos da família, professores entre outros.), e, por fim, aqueles que são praticados por pessoas desconhecidas. Além destas diferenças descritas são mencionados pela as demais formas de feminicídio: de prostitutas, entre outras classificações. De acordo com Russell, grande parte das pesquisas e investigações nos Estados Unidos estão sendo voltadas para o feminicídio íntimo.

Russell (2009) sugere, que a conceituação de *covert femicide*, dando referência as maneiras ocultas de se causar a morte de mulheres por meio de atitudes de ódio pelo gênero feminino pelos homens ou até mesmo por instituições sociais. Por exemplo, seria o caso das milhares de mulheres que tiveram suas vidas ceifadas em consequência do aborto não seguro nos países em que não é garantido o direito a escolha, ou das mortes causadas por cirurgias que eram obrigadas de esterilização e excisão genital, além da opção certa por filhos do sexo masculino em várias culturas, resultando assim tristemente o óbito de várias crianças do sexo feminino, conseqüente de fraqueza, infanticídio ou negligência.

Russell (2009) observa, a presença de uma minoria na situação em que mulheres matam mulheres somente pelo fato de serem mulheres, como por exemplo nos casos em que as sogras no território Indiano presenciam as mortes de suas noras por acharem o dote oferecido pela família da noiva insuficiente. Para este acontecimento se dá o nome de *female-on-female murders*, uma vez que, neste contexto fica claro que o conceito de feminicídio tem como autor a figura masculina sendo assim um integrante fundamental.

A antropóloga argentina Segato (2006; 2012) montou uma proposta diferente. A autora questionou o jeito como a condição feminicídio tem tido utilização no espaço dos países da América Latina, de maneira misturada, para descrever os assassinatos de mulheres por uma questão de gênero, seja de forma anônima nas ruas, seja na circunstância de intimidade nos relacionamentos. No entendimento dela, os feminicídios que ocorrem em Cidade Juárez tem características bem específicas, que os diferenciam em uma demanda maior daqueles que são efetuados por companheiros íntimos, um exemplo.

Neste ambiente mexicano específico, em que tem vigor uma imposição precisa em torno da “irmandade masculina” e a “irmandade mafiosa”, existiria uma agressão de tipo impessoal em uma grande quantidade, na qual ela chama de feminicídio corporativos, em que

(...) o corpo das mulheres assassinadas é consumido como um tributo que exhibe e alimenta a potência, a coesão, a reprodução e a impunidade das facções mafiosas. Nas marcas inscritas nestes corpos os perpetradores publicam sua capacidade de domínio irrestrito e totalitário sobre a localidade ante seus pares, ante a população local e ante os agentes do Estado, que são inermes ou cúmplices (SEGATO, 2006, p. 8, tradução minha).

Perante o exposto, muito embora seja reconhecido que a utilização ampla da categoria feminicídio tenha possuído um papel de muita importância para dar ciência a sociedade a respeito do assunto homicídios de mulheres, a autora em questão acredita na relevância de distinguir os vários tipos de expressões desses homicídios. A criação de vários tipos diferentes daria a possibilidade para desenvolver um método especial para análise policial, sendo possível ter a visão de um modo geral que seria mais próxima da veracidade dos crimes que são cometidos por uma questão de gênero em cada circunstância e em cada região. Deste modo Segato (2006; 2012) dá a ideia que tais feminicídios de forma, sistemática, genérica, repetitiva, impessoal, sejam denominados com femigenocídio, e que a condição feminicídio seja atribuída ademais crimes misóginos que findam com a vida das mulheres de forma fatal.

Com afirmação a autora Segato (2006; 2012), diz que, somente fazendo está trajetória há possibilidade de projetar paralelos que admitam entre o acontecimento do feminicídio e o genocídio, assim sendo esta natureza de feminicídio idiossincrático, que aconteceu na Cidade de Juárez, é um exemplo: a morte de uma mulher desconhecida, pelo simples fato de ser do sexo feminino, não havendo nenhuma outra motivação pessoal que tenha vínculo entre o autor e a vítima, da mesma maneira que o genocídio é um atentado genérico de forma que acontece com pessoas desconhecidas tendo em comum somente o fator ideológico, racial, religioso, étnico, linguístico. Seria este também um plano para conduzir essas espécies de crime apenas as cortes internacionais de direitos humanos.

Fragoso (2004) defende também como é importante a classificação aos diferentes tipos de feminicídio, para poder entender as particularidades e ir adiante nos planos políticos. Sugere, assim, uma classe diferente para estabelecer os crimes que acontecem na Cidade de Juárez.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do levantamento feito pelo presente estudo, fica nitidamente claro que mesmo nos dias atuais com uma grande evolução histórica e cultural, o assunto em questão da violência de gênero ainda é algo muito delicado, e que até o presente momento precisa de muita atenção pois há muito o que se melhorar e evoluir. A mulher é um pilar muito importante para a sociedade, sendo assim digna de um tratamento igualitário, mas tristemente através de pesquisas tanto no âmbito nacional quanto no internacional deixa comprovado que esse menosprezo pela condição de ser mulher ainda não foi vencido, por isso a importância de dar ênfase ao assunto.

A criação da Lei do Femicídio veio para incentivar a busca do equilíbrio pelo espaço das mulheres dentro sociedade. Ressalta, também, a ampliação de importância muito significativa promovida pela implementação da qualificadora da figura do homicídio, de maneira a abranger os vários tipos de cenários de violência que são baseados no preconceito de gênero.

A presente pesquisa não irá resolver o problema de desigualdade verificada na estrutura da nossa sociedade brasileira, que ainda sujeita a mulher a certos papéis e não respeita os seus direitos femininos das mais variadas formas possíveis. Todavia, se trata a Lei de um importante mecanismo de defesa e proteção, meio pelo qual pune as condutas que vão contra o nosso bem mais valioso, a vida, e tem capacidade de criar políticas públicas para combaterem este ódio que esta alicerçado nesta questão do gênero feminino.

## REFERÊNCIAS

Aguillar, Ana Letícia. Femicídio. La pena capital por ser mujer. Revista Diálogos, ano 4, vol.4. Flacso, Guatemala, 2005

BRASIL. (Constituição 1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.m](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.m)> Acesso em: 15 out. 2019.

SANTI, Liliene Nascimento de Santi; NAKANO, Ana Márcia Spanó; LETTIERE. Angelina. Percepção de Mulheres em Situação de Violência sobre o Suporte e Apoio Recebido em seu Contexto Social. Florianópolis, p. 417-424, 2010. p. 418.

FARAH, Marta Ferreira Santos. Gênero e Políticas Públicas. Estudos Feministas, Florianópolis, p. 47-71, janeiro-abril/2004. p. 48.

LOURO, Guacira Lopes. Gênero, história e educação: construção e desconstrução. Educação & realidade, [S.l.], v. 20, n. 2, 1995. p. 116.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica. Lei Maria da Penha, 2007.

CASTELLS, Manuel. O poder da identidade. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 169

CAPUTI, Jane; RUSSELL, Diana E. H. Femicide: Sexist Terrorism against Women. In: RADFORD, Jill; RUSSELL Diana E. H. (orgs.). Femicide: the politics of woman killing. New York: Twayne Publishers, Toronto: Macmillan Publishing Company, 1992, pp.13-21.

SEGATO, Rita Laura. Femigenocidio y feminicidio: una propuesta de tipificación. Herramienta, v.

49. Buenos Aires, 2012. Disponível em: <http://www.herramienta.com.ar/revista-herramienta-n-49/femigenocidio-y-feminicidio-una-propuesta-de-tipificacion>. Acesso em: 07 set 2022.

DE MELLO, Adriana Ramos. *Feminicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*. GZ Editora, 2017.

FRAGOSO, Julia M. Elementos de análisis del feminicidio sexual sistémico en Ciudad Juárez para su viabilidad jurídica. In: Seminario Internacional: Feminicidio, Derecho y Justicia, México, D. F., 8-9 dez. 2004. Disponível em: <http://mujeresdeguatemala.org/wpcontent/uploads/2014/06/Elementos-del-feminicidio-sexual-siste%CC%81mico.pdf>. Acesso em: 10 out 2022.

ARAÚJO, Natália de Paula. FEMINICÍDIO: CONDIÇÕES DE VULNERABILIDADE DA MULHER QUE FACILITAM A PRÁTICA DO DELITO Disponível em: Araújo.[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento\\_online/edicoes/volume17\\_numero2/volume17\\_numero2\\_146.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume17_numero2/volume17_numero2_146.pdf). Acesso em: 12 out 2022

RUSSEL, Bertrand. *Nosso conhecimento do mundo externo*. Routledge, 2009.



# Home office: uma análise acerca dos dispositivos legais vigentes e os meios de contornar os excessos de jornada

Antônio Sandro de Sousa Magalhães

*Estudante do 9º período do Curso de Bacharelado em Direito pela CHRISFAPI*

Eduardo Magalhães Aragão

*Estudante do 9º período do Curso de Bacharelado em Direito pela CHRISFAPI*

Renata Rezende Pinheiro Castro

*Professora Mestra e Docente na faculdade CHRISFAPI*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.124.6

## RESUMO

O presente estudo, intitulado Home office: uma análise acerca dos dispositivos legais vigentes e os meios de contornar os excessos de jornada, trará uma temática bastante atual que gira em torno de uma modalidade trabalhista que vem ganhando muito espaço, principalmente pós-pandemia. Atualmente, a lei 14.442/22 versa sobre a sua regulamentação em substituição à lei 13.147/2017. Diante disto a problemática da presente pesquisa gira em torno da seguinte indagação: Os dispositivos legislativos vigentes da lei 14442/22 preenchem as lacunas existentes na lei 13.147/2017 no que concerne ao excesso de jornada sofrido pelo teletrabalhador? O objetivo principal da pesquisa é analisar a norma jurídica já vigente que regula o teletrabalho em relação à questão da jornada de trabalho. Trata -se de uma pesquisa bibliográfica, tendo sido utilizados como arcabouços teóricos principalmente Correia (2021), Delgado (2019), bem como, as normas vigentes e possíveis outros meios de informação que possam vir a surgir no decorrer da pesquisa. Postula-se que, através dos procedimentos analisados, que se possam encontrar formas de interpretar e compreender mais os meios normativos relacionados ao teletrabalho.

**Palavras-chave:** home office. teletrabalho. direito do trabalho. jornada de trabalho.

## ABSTRACT

The present study, entitled Home office: an analysis of the current legal devices and the means to circumvent excess working hours, will bring a very current theme that revolves around a labor modality that has been gaining a lot of space, especially post-pandemic. Currently, law 14.442/22 deals with its regulation in place of law 13147/2017. In view of this, the problem of the present research revolves around the following question: Do the current legislative provisions of law 14442/22 fill the gaps in law 13,147/2017 with regard to the excess working hours suffered by teleworkers? The main objective of the research is to analyze the legal norm already in force that regulates telework in relation to the issue of working hours. This is a bibliographic research, mainly Correia (2021), Delgado (2019) as theoretical frameworks, as well as the current norms and possible other means of information that may arise during the research. It is postulated that, through the analyzed procedures, ways can be found to interpret and better understand the normative means related to telework.

**Keywords:** home office. telework. labor law. workday.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo, intitulado “HOME OFFICE: UMA ANÁLISE ACERCA DOS DISPOSITIVOS LEGAIS VIGENTES E OS MEIOS DE CONTORNAR OS EXCESSOS DE JORNADA”, teve por escopo analisar essa modalidade de trabalho que vem ganhando cada vez mais espaço no mercado, principalmente pós-pandemia. Entende-se por teletrabalho ou home office este termo que se tornou comum no Brasil em razão da pandemia do coronavírus, conforme CALVO, 2022, p 168, como sendo: “um novo modelo de prestação de trabalho atípico, à distância, externalizado e flexível, com o uso de instrumentos da telemática”

Apesar de a autora supracitada referir-se ao teletrabalho como “novo” modelo trabalhista,

este sistema já vem sendo utilizado no Brasil há algum tempo. Tem-se que em nosso país, essa expressão fora inserida em 2011 com a alteração do art. 6º da CLT através da lei 12.551/2011, nosso ordenamento jurídico passou a reconhecer este regime como nova modalidade de relação trabalhista. Posteriormente, a regulamentação do teletrabalho surgiu através da lei 13.147/2017, que tratou em seu contexto da reforma trabalhista (CORREIA, 2021).

No entanto, a aludida lei deixou muitas lacunas em relação a esta modalidade, inclusive em se tratando da limitação do controle de jornada de trabalho. Compreende -se, segundo Maurício Gondim (2021, p. 1024), como Jornada de trabalho “o lapso temporal diário em que o empregado se coloca à disposição do empregador em virtude do respectivo contrato.” O excesso de jornada de trabalho causa diversos prejuízos à saúde física e psíquica do trabalhador. (CORREIA, Henrique, 2021, p.677).

De lá para cá, muitas empresas passaram a adotar essa modalidade de trabalho, tendo um crescimento considerado durante a pandemia do coronavírus (Covid-19), a qual resultou na implantação de medidas de contenção, sendo a principal delas o distanciamento social (CORREIA, 2021). O governo brasileiro durante esse quadro pandêmico, visando evitar aglomerações, editou atos normativos na tentativa de evitar as demissões coletivas, queda na produção nas indústrias e conseqüentemente na economia, dentre estes, cita-se a medida provisória nº 927/2020, já com vigência encerrada, a qual trouxe alguns pontos, que estabeleceram normas relativas ao teletrabalho.

Conforme dados não oficiais retirados do site da entidade sindical CUT (Central Única dos Trabalhadores, 2021), a partir da necessidade do distanciamento social em tempo de pandemia, muitos trabalhadores foram migrados para o regime de teletrabalho, sendo comum nesse período o relato negativo de alguns empregados, dentre os quais, o fato de estarem trabalhando em jornadas excessivas, ou seja, estariam trabalhando por muito mais tempo do que no regime de trabalho presencial.

Diante dessas lacunas existentes nessa modalidade de trabalho, adveio a edição da Medida Provisória nº 1.108 de 25, de março de 2022, que teve como um dos objetivos aprimorar a lei 13.147/17, bem como modernizar determinados pontos do teletrabalho que poderiam trazer uma maior segurança na relação trabalhista, sendo posteriormente convertida na Lei 14.442/2022 e sancionada pelo Presidente da República no dia 02 de setembro de 2022. Informações retiradas diretamente do site do oficial Senado (SENADO, 2022).

Ante os expostos, surge a seguinte indagação: Os dispositivos legislativos vigentes da lei 14442/22) atualmente preenchem as lacunas existentes na lei 13.147/2017 no que concerne ao excesso de jornada sofrido pelo teletrabalhador? O objetivo principal da pesquisa é analisar a norma jurídica já vigente que regula o teletrabalho em relação à questão da jornada de trabalho.

Para tanto, o presente estudo fora repartido em três partes: na primeira, aborda-se relevante importância do teletrabalho no contexto atual e outras particularidades após a sua adoção, em seguida foi realizado um aparato histórico, trazendo a cronologia do teletrabalho no Brasil, tendo sido identificadas as lacunas trazidas após a Lei 13.147/17 e por fim, encerrando a discussão da temática, buscou -se compreender as alterações da Lei 14.442/22 que alterou as normas relativas ao teletrabalho no Brasil e suas possíveis lacunas.

Como metodologia, a presente pesquisa tivera como fonte a pesquisa bibliográfica, fo-



ram utilizados na pesquisa livros, artigos, sites e revistas eletrônicas. Corroborando com a ideia explanada, segundo Severino (2016), a pesquisa bibliográfica realiza-se a partir de acervos disponíveis, oriundos de pesquisas anteriores, tais como livros, artigos, teses, documentos impressos, entre outros. A documentação, seja livro, jornal, filme, foto etc., é uma das metodologias utilizadas, sendo muito importante para este projeto.

## **A IMPORTÂNCIA DO TELETRABALHO NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO**

Atualmente, é consenso que a adoção ao teletrabalho é cada vez maior e se tornou uma tendência que veio para ficar, em levantamento realizado pelo site de classificados de emprego Catho e divulgado pelo site Época Negócios, houve um crescimento de 496% na modalidade de trabalho remoto em 2022 em comparação ao primeiro semestre de 2021, mesmo com o fim das medidas restritivas impostas em razão da Covid-19 e o retorno as atividades presenciais, o teletrabalho tem aumentado, principalmente nas empresas que trabalham com tecnologias da informação (EPOCA,2022).

Em outro levantamento realizado pela empresa Microsoft e divulgado pelo site Exame, no Brasil, 58% dos profissionais pensam em mudar do trabalho presencial para os modelos híbridos ou teletrabalho, em contrapartida os trabalhadores que já estão em trabalho híbrido pretendem mudar para o regime 100% remoto, dentre os fatores apresentados pelos entrevistados. (EXAME, 2022).

Esses levantamentos, demonstrando a opção pelo teletrabalho ou trabalho híbrido em detrimento ao trabalho convencional, são justificáveis em razão dos benefícios atribuídos a essas modalidades laborativas em consonância com resumo técnico emitido pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em conjunto com a Organização Internacional do trabalho (OIT), que elencam como vantagens o equilíbrio entre vida pessoal e profissional, horários flexíveis, permitindo inclusive a prática de exercícios físicos, redução no trânsito e tempo de deslocamento ao local de trabalho, além da redução dos níveis de poluição atmosférica e maior produtividade e redução de custos das empresas(OIT 2022).

De acordo com da Companhia de Engenharia e Tráfego (CET), empresa ligada à prefeitura de São Paulo-SP pelo site Folha, em maio de 2022, houve uma redução na lentidão do trânsito em torno de 32% nos dias úteis em comparação ao mesmo período de 2019, pré-pandemia, chegando a redução de 114 km a 65 km de redução da lentidão às segundas-feiras e de 160 km para 103 km às sextas, isso vem a demonstrar que o teletrabalho já está impactando na mobilidade dos grandes centros urbanos (FOLHA, 2022).

Entretanto, segundo mesmo resumo técnico emitido pela OIT e OMS, o teletrabalho pode gerar sentimentos de isolamento social, esgotamento, depressão, problemas de visão, risco de aumento na ingestão de bebidas alcoólicas e aumento da obesidade. Nesse sentido, foi feito um alerta aos governos e empresas que a falta de organização e planejamento de políticas que visem ao cuidado da saúde do trabalhador pode acarretar em consequências mais graves (OIT, 2022).

Desta forma, presencia-se uma revolução no modo de trabalho, mas é preciso cautela,

embora os muitos benefícios originados com o teletrabalho, a falta de uma gestão adequada do trabalhador e da aparente falta de desconexão ao trabalho, uma vez que o ambiente doméstico se confunde com o ambiental laboral, pode gerar prejuízos a ele. Nesse mesmo sentido:

O regime de teletrabalho, ainda que possa estabelecer maior flexibilidade na rotina do trabalhador, predispõe o surgimento de diversas mazelas sociais, além do desenvolvimento de uma nova forma de escravidão, a denominada escravidão digital. Empregados em teletrabalho são propensos a se tornarem *workaholics*, patologia psíquica que afeta consideravelmente a saúde do trabalhador, caracterizada pelo “vício” em trabalho. Esse cenário conflita diretamente com os direitos fundamentais previstos na Constituição da República, entre eles o da sadia qualidade de vida no meio ambiente do trabalho, o descanso e o lazer. (SCALZILLI, 2020, p.650).

Um estudo realizado pela rede social de perfil profissional LinkedIn (2021) revelou que após a adesão ao teletrabalho, houve um aumento de 62% na incidência de problemas físicos e mentais em decorrência do isolamento, mudanças de rotina e excesso de trabalho. Por outro lado, a plataforma de saúde mental Zenklub (2021) registrou um aumento de 151% nos atendimentos de sessão de terapia no primeiro semestre de 2021 em um comparativo ao mesmo período do ano anterior em 2020.

## **A COMPREENSÃO CRONOLÓGICA DO TELETRABALHO NO BRASIL.**

O teletrabalho, apesar de ter sido recentemente apresentado no Brasil, possui registros de suas primeiras aplicações no meio do século XX, mais precisamente no ano de 1970, quando ocorreu a crise do petróleo nos Estados Unidos, que utilizaram como método de redução de custos o trabalho remoto, segundo o site Portallso (2022). Apenas no ano de 2000 que a Shell Brasil implementou o teletrabalho como uma forma de facilitar algumas de suas demandas (BERNARDI, 2014).

No âmbito legislativo, o primeiro grande avanço em torno do tema, deu-se com a alteração do art. 6º da CLT, através da lei 12.551/2011, o nosso ordenamento jurídico passou, a partir de então, a reconhecer o teletrabalho como uma nova modalidade de relação trabalhista, pois antes disso baseavam-se em apenas jurisprudências para tratar desta modalidade de trabalho. A referida lei trouxe em seu texto a seguinte redação:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (BRASIL, 2011)

Porém, somente em 2017 foi implementada uma regulamentação mais específica através da lei 13.147/2017, que trazia em sua redação a reforma trabalhista. Apesar de ter surgido a regulamentação supracitada no Brasil, o teletrabalho ficou mais popularmente conhecido no início da pandemia do Coronavírus, porém era comumente chamado de Home Office, que segundo Aline Calvo, é uma espécie de prestação de trabalho à distância, sendo de forma externa e flexível, com o uso de equipamentos tecnológicos. (CALVO, 2022).

Entretanto, foram identificadas na lei 13.147/2017 algumas lacunas, que eram expostas pelos próprios teletrabalhadores. A principal delas era do excesso de jornada, que nada mais era

que uma consequência negativa de não ter possibilidade de separar o ambiente de trabalho e o lar, pois ambos eram o mesmo local. Alguns empregados relataram estarem trabalhando muito mais no teletrabalho que no trabalho presencial, conforme dados não oficiais já anteriormente citados, retirados do site da entidade sindical CUT (Central Única dos Trabalhadores).

A lei 13147/2017, que ficou conhecida como a “Reforma Trabalhista”, trouxe um capítulo específico voltado ao teletrabalho, que está contido nos artigos 75-A ao 75-e da CLT dentre as inúmeras alterações promovidas que, conforme analisado no tópico anterior, deixou algumas lacunas em relação ao tema (CANTANHÊDE, 2020).

Nos artigos em questão, apesar de que na sua redação haviam diversas previsões, demonstrava ser silente ao que se refere à jornada de trabalho, e acabava ferindo o direito fundamental social previsto nos artigos 7º e 196 da Constituição Federal de 1988, que resumidamente nada mais são do que a possibilidade de descanso, lazer e o aproveitamento da convivência dos teletrabalhadores com seus amigos e familiares em determinados horários. Esse contraponto trouxe uma espécie de divergência ao que previa o capítulo “da Duração do Trabalho” da própria CLT, pois se formaliza uma lacuna no que se refere a jornadas de trabalho. Conforme aduz Leite, que correlaciona tal lacuna na jornada de trabalho como sendo divergente dos fundamentos de ordem social e familiar:

Em relação aos motivos de ordem econômica, a concessão do descanso (interjornada, intrajornada, semanal e anual) intensifica a produtividade do trabalhador, tanto em quantidade como em sua qualidade, influenciando diretamente o aumento do lucro do empregador. Além disso, o trabalhador utiliza parte do seu tempo com o descanso anual (férias) com viagens, consumo, turismo e lazer, especialmente com familiares, contribuindo, assim, para a circulação de riquezas no País. [...] os fundamentos de ordem social e familiar são muito importantes, na medida em que é no período de descanso que o trabalhador tem a possibilidade de estar com seus amigos e familiares, o que contribui para uma maior satisfação pessoal, [...] (LEITE, 2018, p. 474).

Desta forma, a incapacidade de separação do trabalho em Home Office do ambiente confortável do lar trouxe problemas aos teletrabalhadores, relatando em alguns casos estarem trabalhando algo em torno de 12 horas por dia, sem o direito a horas extras, afetando diretamente o capítulo “da Duração do Trabalho” e provendo um ato de incompatibilidade dentro da própria CLT.

Essa redação legislativa teve inicialmente como principal impossibilidade o ato de fiscalizar o teletrabalhador, argumento bastante crítico dentre os doutrinadores do direito trabalhista. Bezerra Leite conceituou que “essa nova disposição acaba por discriminar o trabalhador à distância, como se sua jornada não pudesse ser controlada, a exemplo daqueles empregados que exercem atividade externa.” (LEITE, 2018, p. 484).

Diante do exposto, é de fácil percepção a tentativa de “fugir da responsabilidade” dos legisladores, pois há regulamentação de jornada de trabalho tanto diária como semanal, chega a ser de suma importância tanto quanto os trabalhos de modalidade comum (presenciais) uma limitação de carga horária a ser exigida, pois a lacuna que está em questão prejudica o teletrabalhador em dois viés: o mental, que sobrecarrega o trabalhador por não conseguir dividir o trabalho com o descanso necessário em seu lar e também no ponto de vista financeiro, pois quando não há controle de jornada, automaticamente não há pagamento justo, ao que se diz respeito a horas extras (CANTANHÊDE, 2020).

Em meio a essas divergências entre doutrinas e lei silentes em relação à possibilidade de fiscalizar o teletrabalhador ou não, existem doutrinadores que lutam pela inconstitucionalidade dessa impossibilidade prevista, pois, por sua vez, existe fundamento constitucional a limitação à jornada de trabalho, conforme foi exposto por Medeiros em seu artigo publicado em 2019:

O artigo em referência, na realidade, mereceria supressão integral da CLT porque, objetivamente, é inconstitucional. Ele, por via oblíqua, nega vigência ao inciso XVI do art. 7º da CF e, o que é mais grave, vai de encontro a um dos institutos mais importantes do Direito do Trabalho, que é o direito à limitação da jornada às máximas legais, constitucionais ou contratualmente previstas (inciso XIII do art. 7º da CF; art. 59 da CLT) direito que ao fim e ao cabo guarda íntima relação com o direito à desconexão com o trabalho, com atributos essenciais à existência humana, o lazer, a interação familiar e social. (MEDEIROS, 2019, p.107).

Entretanto, apesar das críticas a essa lacuna, é necessário o ato de interpretar esta situação, considerando os fundamentos do Direito do Trabalho, principalmente no que diz respeito à proteção do trabalhador. Nesse sentido, como toda e qualquer doutrina irá haver doutrinas contrárias, ou seja, doutrinas que entendem que tal norma não seja de forma alguma inconstitucional, desde que, quem esteja avaliando a situação, considere os direitos fundamentais dos trabalhadores como pessoa. Logo, segundo José Cairo Junior (2019), é totalmente possível que sejam aplicadas as normas relativas à limitação da jornada de trabalho ao teletrabalhador, e que seria justo o pagamento pela hora extra trabalhada quando necessário, desde que se comprove a efetiva capacidade de controle de jornada pela empresa, por meios tecnológicos, interpretação direta do parágrafo único do art. 6º da CLT.

Entretanto, o próprio ato de fiscalizar o teletrabalhador através de determinadas tecnologias deve encontrar restrições legais, que consiste na violação do seu direito à privacidade previsto no (art. 5º, X, da CF):

Ademais, é preciso atenção para os modos de controle e vigilância do trabalho em domicílio (ou a distância ou em regime de teletrabalho) levados a efeito pelo empregador, pois em nenhuma hipótese poderá haver lesão ou ameaça aos direitos fundamentais de privacidade, imagem e intimidade do empregado, máxime porque a sua proteção em face da automação também é considerada um direito fundamental social (CF, art. 7º, XXVII) [...]. (LEITE, 2018, p. 200)

Sendo assim, torna-se, no mínimo, prudente uma avaliação dos casos supracitados, pois é importante que não sejam feridos os direitos à privacidade dos teletrabalhadores, porém também não os prejudique financeira e psicologicamente com jornadas excessivas não pagas.

Conforme mencionado, a Lei 13.147/17 trouxe pontos obscuros que necessitavam de melhor esclarecimento conceitual, de acordo com o procurador-chefe do Ministério Público do Trabalho Luís Fabiano Pereira (MPT, 2022),

Em 2017, a reforma trabalhista introduziu alguns dispositivos relativos ao teletrabalho na Consolidação das Leis do Trabalho. Até a reforma, não tínhamos regras claras em relação a isso e, mesmo com ela, continuamos não tendo regramento muito satisfatório, já que a nova lei foi um meio de reduzir direitos dos trabalhadores e ao mesmo tempo reduzir as responsabilidades do empregador. Sob o aspecto de saúde, segurança e estabilidade das relações do trabalho, é uma lei que anda para trás.

Diante dessas omissões por parte do legislador e a necessidade urgente de normas atuais e completas que sejam capazes de pacificar as relações trabalhistas trazendo uma maior segurança jurídica, o Governo Federal editou em 25 de março, de 2022 a MP 1.108/2022, que modificou substancialmente a CLT. Essa medida provisória foi convertida na Lei 14.442/2022

sem alterações ou vetos no que tange ao teletrabalho e sancionada pelo Presidente da República em 02 de setembro de 2022.

## **AS PRINCIPAIS MUDANÇAS COM A LEI 14.442/22 E SUAS POSSÍVEIS LACUNAS**

Passa-se agora a discorrer sobre as principais mudanças introduzidas em nosso ordenamento jurídico relacionadas ao teletrabalho originadas diante desta nova lei.

O artigo 75-B trazia em seu texto a definição do teletrabalho e suas características e como configurá-lo, sendo a atividade exercida predominantemente em local diferente ao ambiente da empresa com o uso de meios telemáticos e que não seja configurado como trabalho externo, não descaracterizando, se for necessário, o comparecimento ao local de trabalho de forma habitual, pois de qualquer forma as atividades seriam exercidas essencialmente de forma remota (CORREIA, Henrique 2020).

A nova redação do artigo 75-B trouxe algumas mudanças significativas, dentre elas, as atividades que são exercidas fora das dependências da empresa podem ser de forma predominante ou não, ou seja, antes havia a predominância da execução das tarefas em ambiente externo que não pertencesse à empresa que, no texto atual, deixa de existir. Deste modo, cria-se, de maneira um pouco confusa e sem utilizar o termo, a modalidade de trabalho híbrido, um novo regime de trabalho em que se alternam as atividades fora e dentro das instalações da empresa, o que alterou assim o conceito do teletrabalho (CORREIA, Henrique, 2022).

Outras novidades inseridas neste diploma legal foram inclusão da opção do regime de teletrabalho aos estagiários e aprendizes que não possuíam permissão para exercer suas atividades nesse formato e a obrigatoriedade por parte do empregador a priorizar as vagas de teletrabalho disponíveis aos trabalhadores com deficiência e aos pais ou tutores com filhos até 4 anos de idade (CAMARA, 2022).

Um dos pontos mais controversos da aludida lei 14.442/2022 diz respeito aos artigos 62, inciso III e 75-B §§ 1º e 2º, os quais sofreram algumas modificações em suas redações.

No texto anterior, todos os trabalhadores em teletrabalho não eram regidos pelo controle de jornada contidos no Capítulo II “Da Duração do Trabalho”, com o argumento que não haveria como controlar a jornada do trabalhador do local de trabalho, entretanto o mundo passou por uma verdadeira revolução tecnológica nos últimos anos, recentemente no Brasil iniciou-se a implantação da tecnologia 5G. De acordo com Volia Bonfim:

De fato, no passado era difícil a mensuração do trabalho de um empregado em domicílio. Mas diante das novas tecnologias que permitem em tempo real, o contato entre o empregado e o patrão, este meio tem disso mais controlado e fiscalizado. Absurdo um comando legal que exclui os teletrabalhadores de tantos benefícios pela mera presunção de que não são controlados. Estes também deveriam ter os mesmos direitos de todos os demais trabalhadores externos. (BOMFIM, Volia, 2018, p.660-661)

Seria estranho o legislador permanecer com esse pensamento retrógrado diante das tecnologias atuais já implementadas e as demais em desenvolvimento que auxiliem no controle das atividades dos trabalhadores.

Se o empregador possui condições de monitorar o empregado à distância, seja através de e-mails, utilização de aplicativos de mensagens instantâneas, redes sociais, celular ou qualquer outro meio telemático, não há uma justificativa plausível para excluir o pagamento dos benefícios como horas extras e adicional noturno. Nesse mesmo sentido, temos o Enunciado 5 do grupo 2 das avaliações preliminares da reforma trabalhista do TRT da 15 região que não possui caráter vinculativo, em que a o simples fato do contrato de trabalho ser descrito como teletrabalho não implica na exclusão do controle de jornada. (CORREIA, Henrique, 2020).

Importante destacar que o inciso III do artigo 62 da CLT possuía uma interpretação prejudicial e restritiva ao trabalhador (Bomfim, Volia, 2018). Entretanto, isso muda com a lei 14.442, que alterou os artigos 62, inciso III e 75-B §§ 1º e 2º da CLT, introduzindo em nosso ordenamento jurídico duas novas modalidades de teletrabalho, as modalidades de teletrabalho por jornada de trabalho e produção ou tarefa (CORREIA, Henrique, 2022). Passa-se a análise de cada uma.

## **Teletrabalho por jornada de trabalho**

Essa é uma das novas modalidades de teletrabalho criadas através da Lei 14.442/22, para Volia Bomfim (2022). Nesta modalidade, o teletrabalhador recebe remuneração vinculada ao cálculo por unidades de tempo, em que o contrato de trabalho é fixado por pagamento mensal ou quinzenal, não variáveis ou por dia e horas trabalhadas, portanto variáveis. Portanto, essa modalidade segue os comandos emanados pela CLT inerentes ao controle de jornada.

Com a inclusão do teletrabalhador ao controle de jornada, resolve-se a celeuma em relação a esse dispositivo, que deixa de excluir o teletrabalhador do controle de jornada, com todos os meios tecnológicos disponíveis que possam ser empregados para o controle de jornada, manter um dispositivo que atue na contramão da evolução da sociedade, neste sentido a decisão infra:

HORAS EXTRAS. TELETRABALHO. Como corolário do desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação, constata-se a evolução nos modos de prestação do trabalho e, num misto de vantagens e desvantagens sob a ótica jus trabalhista, surgiu o teletrabalho. Assim, havendo a menor possibilidade de aferição da jornada trabalhada por esse empregado, ainda que de forma mista (em ambiente institucional e home office), as horas prestadas em sobrejornada devem ser devidamente remuneradas, na forma do art. 7º, XVI, da Constituição da República. (TRT da 3.ª Região; PJe: 0010132-05.2016.5.03.0178 (RO); Disponibilização: 13/03/2017, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 80; Órgão Julgador: Segunda Turma; Redator: Rodrigo Ribeiro Bueno)

## **Teletrabalho por produção ou tarefa**

Essas duas novas modalidades de teletrabalho possuem uma conceituação em que pese na modalidade presencial, sendo assim não há como definir se o legislador teve a mesma intenção de aferir o mesmo conceito definido para o teletrabalho, Entretanto, Maurício Godinho (2019) leciona que a modalidade de salário por produção pode ser acordada entre empregador e empregado em situações em que não seja estabelecido o controle de jornada.

Partindo do pressuposto em que o legislador definiu o mesmo conceito para o teletrabalho, podemos concluir que o teletrabalhador por produção recebe por obra ou unidade produzida.

Nesse mesmo raciocínio, Delgado explica:

O salário por unidade de obra é aquele cujo cômputo adota como parâmetro a produção alcançada pelo empregado. A produção realizada (número de peças produzidas, por exemplo) é o critério essencial para cálculo do salário pactuado, independentemente do tempo de trabalho despendido pelo empregado, ou do tempo à disposição do empregador. (DELGADO, 2019, p. 885)

Quanto ao teletrabalhador por tarefa, podemos mencionar o conceito por Delgado em que:

O salário-tarefa é aquele que se afere através de fórmula combinatória do critério da unidade de obra com o critério da unidade de tempo. Acopla-se a um certo parâmetro temporal (hora, dia, semana ou mês) um certo montante mínimo de produção a ser alcançado pelo trabalhador. (DELGADO, 2019, p. 887)

Ou seja, o trabalho por tarefa como um misto entre a jornada de trabalho e a produção, que é a tarefa. Nesse caso, é estabelecida uma meta a ser cumprida pelo empregado com uma estipulação de horário predeterminado, na hipótese de o trabalhador cumprir a meta antes do prazo estipulado estará livre, não necessitando cumprir o restante do horário. Entretanto, se este exceder o horário estipulado ou exceder a meta estabelecida, este receberá as horas extras devidas (DELGADO, 2019).

Cabe destacar que a Lei 13.467 incluiu no caput do art. 444 da CLT a possibilidade da estipulação do livre acordo entre as partes e destacando o rol do artigo 611-A nas hipóteses de livre negociação, dentre os quais o teletrabalho foi incluso nesse rol, criando a figura do trabalhador “hipersuficiente” (CORREIA, Henrique, 2021). Embora o legislador não esclareça as regras a serem seguidas por essas modalidades de teletrabalho, há de se convir que deverá dispor de negociação mútua entre empregado e empregador.

A única regra relativa a essas duas modalidades são a exclusão do controle de jornada, disposto no artigo 75-B, § 3º Na hipótese da prestação de serviços em regime de teletrabalho ou trabalho remoto por produção ou tarefa, não se aplicará o disposto no Capítulo II do Título II desta Consolidação (BRASIL, 2022).

No entanto, por se tratar de um dispositivo novo, há de se convir que a doutrina irá suscitar muitos pontos em relação à matéria, portanto teremos que aguardar um posicionamento doutrinário sobre ela.

## **Formas de controle de jornada de trabalho**

Conforme citado anteriormente, o artigo 6º da CLT introduziu a modalidade de trabalho, e em seu parágrafo único estabeleceu que os meios informáticos e telemáticos podem se equiparar às formas de controle de jornada de modo presencial. Segundo Volia Bomfim, “o teletrabalhador pode ser facilmente monitorado por web câmera, intranet, rádio, GPS, número mínimo de tarefas diárias, etc.

Ademais, conforme o artigo 74, §2º da CLT, as empresas com mais de 10 empregados devem obrigatoriamente efetuar o controle de jornada, seja por ponto manual, mecânico ou eletrônico (BRASIL, 1943).

Ao reconhecer o teletrabalhador por jornada de trabalho, faltou ao legislador formalizar quais as formas para efetuar esse tipo de controle, entretanto o Ministério do Trabalho e Emprego publicou a portaria 671/21 que revogou as portarias 1.510 e 313, que reconheciam apenas

os meios de ponto eletrônico através de mecanismos físicos, o que seria incompatível com o teletrabalho, deste modo incluiu o registo de ponto eletrônico via software, que permite o registo de ponto onde o trabalhador estiver.(MIGALHAS,2022)

Cabe ressaltar que a jurisprudência é pacífica ao reconhecer que, além do sistema de ponto eletrônico, o controle de jornada de trabalho por meio indireto, em que podem ser utilizados o registo de e-mails, celular, WhatsApp, reuniões de entrada e saída, sistemas em que o usuário se conecta registrando os horários de login e logout no sistema ou o registo das atividades executadas pelo trabalhador são formas para o controle indireto de controle de jornada. Nesse sentido, destacamos a seguinte decisão:

CONTROLE DE JORNADA. POSSIBILIDADE. HORAS EXTRAS DEVIDAS. O mero exercício de atividade externa não induz, por si só, o enquadramento da hipótese na regra do art. 62, I, da CLT. Aliás, o entendimento uniformizado por esta Corte é de que, além de ser admissível o controle indireto da jornada de trabalho, basta a mera possibilidade de que tal controle seja exercido, para que se exclua a hipótese do dispositivo legal em questão. Logo, não é a ausência de fiscalização direta que caracteriza a exceção do art. 62, I, da CLT, e sim a impossibilidade de controle, hipótese não configurada no caso em análise, tendo em vista que a leitura do acórdão recorrido revela que a jornada de trabalho autoral era passível de fiscalização indireta, por meio dos Relatórios Semanais de Promotores de Vendas. Assim, constatada a possibilidade de controle, são devidas as horas extras pleiteadas. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 8872120145120038, relator: Delaíde Miranda Arantes, data de julgamento: 26/6/19, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/6/19)

Denota-se que a Lei 14.442/2022 resolveu parcialmente a celeuma diante do controle de jornada ao incluir os teletrabalhadores por controle de jornada, entretanto criou duas novas modalidades de teletrabalho excluídas desse tipo de controle e que podem gerar controvérsias no futuro em razão da falta de um regimento específico que os regulem, visto que é uma Lei nova que ainda não produziu seus efeitos. É preciso um olhar atento do legislador para sanar os futuros conflitos que possam surgir e reduzir ao máximo o desgaste entre empregador e empregado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa teve como objetivo inicial propor uma análise acerca das legislações e doutrinas voltadas ao teletrabalho, com o intuito de observar a capacidade e a eficácia destas. No desenrolar da pesquisa, apesar de já existir uma legislação voltada a esse tipo de relação trabalhista, foi observada a existência de lacunas, principalmente no que se diz respeito ao controle de jornada de trabalho, tendo em vista que este era um tema polêmico a ser analisado pelos doutrinadores de Direito do Trabalho. Como supracitado, este tema passou a ter mais relevância após o cenário pandêmico causado pela Covid-19. Logo, o home office foi uma das ferramentas de contenção de contaminação do vírus, baseando-se no fato de que o tumulto de vários trabalhadores em um mesmo local facilitaria a propagação do vírus.

No decorrer da pesquisa, foram expostos diversos meios de informações os quais tratavam da injusta situação, que consistia na falha da legislação que estava vigente naquele momento, Lei 13.147/2017, sobre os excessos de jornadas de trabalho e da incapacidade das empresas de fiscalizarem tal jornada. Foram encontradas nesta pesquisa diversas informações oficiais e não oficiais que tratavam das reclamações dos teletrabalhadores, fazendo com que se formasse uma falha em determinadas relações trabalhistas, que partiam da impossibilidade de separar o ambiente de trabalho até a alta demanda exigida pela condição de estar trabalhando no conforto



do lar.

Entretanto, em meio a críticas abordadas no início da pesquisa, surgiu a edição da Medida Provisória nº 1.108 de 25 de março de 2022, que teve como um dos objetivos reduzir as lacunas existentes, aprimorando a lei 13.147/17 com o intuito de modernizar a legislação para que acompanhasse a existência e evolução desta modalidade de trabalho, que poderia trazer maior segurança na relação trabalhista. Posteriormente foi convertida em lei e foi sancionada pelo Presidente da República no dia 02 de setembro de 2022, tornando-se a lei 14.442/2022. Informações retiradas diretamente do site do oficial Senado. (SENADO, 2022).

A lei supracitada, por ser tão recente, há uma impossibilidade de destacar por hora a eficácia desta, entretanto conclui-se que as lacunas apontadas inicialmente tiveram uma certa atenção dos legisladores e deixaram de existir. Vale destacar a importância da iniciativa da pesquisa para que sejam erradicadas toda e qualquer lacuna que venha a prejudicar qualquer relação trabalhista.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Calcini, Fernando Granato, Ricardo. Controle de jornada no home office. Migalhas, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/331402/controle-de-jornada-no-home-office>. Acesso em: 15 de outubro de 2022.

A história do home office. Portal Iso, 2022. Disponível em: <https://homeoffice.portaliso.com/>. Acesso em: 14 de outubro de 2022.

BERNARDI, Érica Adriana. O direito à hora extra do teletrabalhador. Sobratt, 2014. Disponível em: [https://www.sobratt.org.br/site2015/wp-content/uploads/2015/08/070815\\_ERICA\\_monografia-TELETRABALHO.pdf](https://www.sobratt.org.br/site2015/wp-content/uploads/2015/08/070815_ERICA_monografia-TELETRABALHO.pdf). Acesso em: 14 de outubro de 2022.

BOMFIM, Volia, Direito do trabalho. 14ª ed. São Paulo: Editora Método, 2017.

BRASIL, Consolidação das leis trabalhistas (1943), título I, INTRODUÇÃO, Art. 6.º Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 29 de abril de 2022.

BRASIL, Consolidação das leis trabalhistas (1943), capítulo II, DA JORNADA DE TRABALHO, Art. 62, III, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 29 de abril de 2022.

BRASIL, Consolidação das leis trabalhistas (1943), capítulo II-A, DO TELETRABALHO, Art. 75-B, Art. 75-F, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 29 de abril de 2022.

BRASIL, Lei 14.442, de 02 de setembro de 2022. Dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação ao empregado e altera a Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2022/Lei/L14442.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14442.htm). Acessado em 08 de outubro de 2022.

CAIRO JR., José. Curso de Direito do Trabalho. 16 ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

CALVO, Aline. Manual de direito do trabalho. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

Câmara aprova MP que regulamenta teletrabalho e altera regras do auxílio-alimentação. Câmara dos deputados, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/901246-CAMARA-APROVA-MP-QUE-REGULAMENTA-TELETRABALHO-E-ALTERA-REGRAS-DO-AUXILIO-ALIMENTACAO>. Acesso em 15 de outubro de 2022.

CANTANHÊDE, João Vítor de Azevedo Felizardo. OS DIREITOS TRABALHISTAS DO TELETRABALHADOR: ANÁLISE À LUZ DA LEI N. 13.467/17. In: 3º Encontro do Observatório do Mercado de Trabalho do Maranhão - São Luís, Maranhão., 2020. Disponível em: <<https://www.doity.com.br/anais/3encontroomtma/trabalho/135600>>. Acesso em: 15 de outubro de 2022.

CORREIA, Henrique. Curso de direito do trabalho. 6ª ed. Salvador: editora JusPodivm, 2021

CORREIA, Henrique. O que mudou com a NOVA MP? Henrique Correia, 2022. Disponível em: <https://www.henriquecorreia.com.br/post/o-que-mudou-com-a-nova-mp>. Acesso em 15 de outubro de 2022.

DELGADO, Mauricio Godinho, Curso de direito do trabalho. 18ª ed. São Paulo: editora LTR, 2019.

ESPECIAL TELETRABALHO: o trabalho onde você estiver. Tribunal Superior do Trabalho, 2021. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/teletrabalho>. Acesso em: 15 de outubro de 2022.

FERNANDES, Barbosa, Edison Carlos, Paula. Alternativas de controle de jornada em teletrabalho. Migalhas, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/358693/alternativas-de-controle-de-jornada-em-teletrabalho>. Acesso em: 15 de outubro de 2022.

FILHO, Brasil, José Sarto Fulgêncio de Lima. Silva, Ana Larissa da. O conceito do teletrabalho e suas repercussões nos direitos do emprego. Revista Juris UniToledo, Araçatuba SP, vol 04, número 01, p. 111-126, jan. / mar.2019.

GOTO, Mattheus. Vagas para home office cresceram 496% em 2022, mostra pesquisa. Época Negócios, 2022. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Carreira/noticia/2022/08/vagas-para-home-office-cresceram-496-em-2022-mostra-pesquisa.html>. Acesso em: 15 de outubro de 2022.

JANONE, Lucas. Estudos relacionam problemas saúde físicos e mentais com o home office. CNN Brasil, 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/estudos-relacionam-problemas-de-saude-fisicos-e-mentais-com-o-home-office/>. Acesso em: 15 de outubro de 2022.

KOZYREFF, Alan Martinez. As Novas Regulamentações sobre o Teletrabalho – MP 1.108 de 2022. Jusbrasil, 2022. Disponível em: <https://alanmartinez.jusbrasil.com.br/artigos/1502413814/as-novas-regulamentacoes-sobre-teletrabalho-mp-1108-de-2022>. Acesso em: 15 de outubro de 2022.

LEITE, Carlos Henrique. Curso de Direito do Trabalho. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

MEDEIROS, Alexandre Alliprandino. O artigo 62 da CLT continua inconstitucional. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 8, n. 75, p. 99-111, fev. 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/152250>. Acesso em 14 de outubro de 2022.

MP 1108/2022: o que muda no Auxilio Alimentação e Teletrabalho. Youtube canal CERS Cursos online, 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=BCJUbkCYPM>. Acesso em: 15 de outubro de 2022.

Novas regras de home office e trabalho por produção entram em vigor hoje. Entenda. Revista PEGN, 2022. Disponível em: <https://revistapegn.globo.com/Administracao-de-empresas/noticia/2022/03/novas-regras-de-home-office-e-trabalho-por-producao-entram-em-vigor-hoje-entenda.html>. Acesso em: 15 de outubro de 2022.

OIT e OMS divulgam documento de orientação sobre teletrabalho saudável, Nações Unidas Brasil, ano 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/171273-oit-e-oms-divulgam-documento-de-orientacao-sobre-teletrabalho-saudavel#:~:text=Vantagens%20%2D%20Entre%20os%20benef%C3%ADcios%20apontados,do%20ar%20nas%20%C3%A1reas%20urbanas>. Acesso em: 15 de outubro de 2022.

Procurador-chefe do MPT-RN aponta fragilidades da legislação sobre o teletrabalho em congresso de gestão pública. Ministério Público do Trabalho, 2022. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/procurador-chefe-do-mpt-rn-aponta-fragilidades-da-legislacao-sobre-teletrabalho-em-congresso-de-gestao-publica>. Acesso em: 15 de outubro de 2022.

SANTONE, Paula Corina. MP virá lei em meio à polêmica sobre o controle de jornada do trabalho à distância. Migalhas, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/373343/mp-vira-lei-em-polemica-sobre-a-jornada-do-trabalho-a-distancia>. Acesso em: 15 de outubro de 2022.

SCALZILLI, Roberta. O direito à desconexão: uma análise crítica do instituto do teletrabalho brasileiro frente ao dano existencial como consequência da jornada excessiva de trabalho em tempos de pandemia. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região. Belo Horizonte, edição especial, t. II, p. 643-664, jul. 2020. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/56362>. Acesso em: 18 de maio de 2022.



# **Políticas públicas como forma de tutela dos direitos de personalidade e a defesa da dignidade do idoso no município de Maringá/PR**

## **Public policies as a form of protection of personality rights and defense of the dignity of the elderly in the municipality of Maringá/PR**

---

Stela Cavalcanti da Silva

*Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar de Maringá; Bolsista PROSUP/CAPES; Especialista em Direito de Família pelo Centro Educacional Dom Alberto de Santa Cruz do Sul; Graduada em Direito pela Universidade Cesumar de Maringá e Gestão em Serviços Jurídicos e Notarias pelo Centro Universitário Internacional; Advogada.*

Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão

*Doutora em direito Civil pela Universidade Federal do Paraná; Pós doutora em Hermenêutica Jurídica pela Universidade Vale dos Sinos; Mestre em Direito Civil e graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá; Professora na graduação em direito e no Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade Cesumar de Maringá; Pesquisadora do Instituto de ciência e pesquisa científica da Universidade Cesumar de Maringá; Advogada.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.124.7

## RESUMO

A família, o Estado e a sociedade possuem o dever constitucional de proteger o cidadão idoso. Assim, a Administração deve promover políticas públicas a fim de promover a tutela da dignidade da pessoa humana, princípio responsável por difundir os direitos da personalidade, essenciais para a vida em sociedade. A problemática deste estudo é definir como o que são e de que forma se apresentam as políticas públicas de proteção ao idoso no Município de Maringá/PR. A presente pesquisa tem por objetivo analisar a dignidade da pessoa idosa, seus direitos da personalidade e as políticas públicas estabelecidas para a tutela desses atributos no âmbito do Município de Maringá/PR. Para isso, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, com base em artigos científicos e doutrinas extraídas da plataforma EBSCO que contemplem a dignidade e os direitos da personalidade do idoso, com foco nas ações de promoção da saúde e longevidade, mediante a análise da legislação de proteção ao idoso, de seus direitos da personalidade e dignidade.

**Palavras-chave:** idoso. direitos da personalidade. políticas públicas.

## ABSTRACT

The family, the State and society have a constitutional duty to protect the elderly citizen. Thus, the Administration must promote public policies in order to promote the protection of human dignity, a principle responsible for spreading personality rights, essential for life in society. The problem of this study is to define how public policies for the protection of the elderly are presented in the city of Maringá/PR. This research aims to analyze the dignity of the elderly, their personality rights and the public policies established for the protection of these attributes within the Municipality of Maringá/PR. For this, the hypothetical-deductive method is used, based on scientific articles and doctrines extracted from the EBSCO platform that address the dignity and rights of the personality of the elderly, with a focus on actions to promote health and longevity, through the analysis of legislation protection of the elderly, their personality rights and dignity.

**Keywords:** elderly. personality rights. public policy.

## INTRODUÇÃO

A família, o Estado e a sociedade possuem o dever constitucional de proteger e assegurar a dignidade e a qualidade de vida do cidadão idoso. Contudo, nem sempre os longevos são tratados com as mesmas condições que os demais brasileiros, apesar do caráter supremo da dignidade da pessoa humana, princípio que dá origem aos direitos da personalidade.

O presente estudo tem como objetivo analisar a dignidade da pessoa idosa, seus direitos da personalidade e as políticas públicas estabelecidas para a tutela desses atributos no âmbito do Município de Maringá/PR, que conta com aproximadamente de 40 mil habitantes acima dos 60 anos de idade, o que representa mais de 12% da população total. Nesse sentido, nas últimas duas décadas, a Administração Municipal passou a implementar múltiplas políticas públicas voltadas à manutenção da saúde física e psíquica do maringaense longevo. Assim sendo, questiona-se: O que é dignidade da pessoa humana? Qual a relação desse princípio com os direitos da personalidade? Quais as especificidades dos direitos personalíssimos do idoso? Como as

políticas públicas podem protegê-los? De que forma se apresentam essas políticas públicas de proteção ao idoso no Município de Maringá/PR?

A pesquisa buscará sanar tais questionamentos por meio da análise da legislação de proteção ao idoso, dos direitos da personalidade e da tutela da dignidade do ancião, examinando as políticas públicas e a legislação municipal de Maringá/PR. Para isso, será utilizado o método hipotético-dedutivo, mediante pesquisa bibliográfica e documental, com base em artigos científicos e doutrinas acerca da dignidade humana, dos direitos da personalidade, bem como da Convenção Interamericana Sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos e das leis municipais de Maringá/PR voltadas à tutela do idoso. Serão observadas as políticas públicas voltadas à terceira idade sob a ótica da tutela da dignidade e da personalidade.

Para isso, será utilizado o método hipotético-dedutivo, através de pesquisa documental e bibliográfica, com base na literatura extraída da plataforma EBSCO, além de artigos científicos e de doutrinas ligadas aos direitos da personalidade, à dignidade humana do idoso e políticas públicas.

O primeiro capítulo tratará dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, com foco no idoso e nas necessidades impostas pelo envelhecimento, tuteladas no ordenamento jurídico brasileiro; a seguir, serão detalhadas as políticas públicas de proteção a esses direitos do cidadão longevo, sobretudo no Município de Maringá/PR.

## **OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A DIGNIDADE DA PESSOA IDOSA**

Dos mais de 213,3 milhões de habitantes da República Federativa do Brasil (GOVERNO FEDERAL, 2021), pelo menos 30,2 milhões possuem mais de 60 anos, segundo a última Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Características dos Moradores e Domicílios, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Atualmente, a expectativa de vida do brasileiro é de 80 anos de idade para as mulheres e 73 anos para os homens. Ocorre que a população está envelhecendo rapidamente (BRASIL, 2018).

A projeção para 2060 é de 58,4 milhões de idosos, o que ultrapassa um quarto da população total do país. Além disso, o IBGE estima que a expectativa de vida passará para 84 anos (mulheres) e 78 anos (homens) (BRASIL, 2021). Especificamente para o Município de Maringá, o último Censo aponta que a porcentagem de anciãos chega a 12% dos habitantes, representando 43.716 idosos, em números absolutos (MARINGÁ, 2014).

Tendo em vista o envelhecimento da população, princípios básicos como o da dignidade humana devem ser reforçados, visto que o envelhecimento impõe uma condição de vulnerabilidade ao sujeito, que necessita do amparo da família ou do Estado para gozar da vida com dignidade. Para Elimar Szaniawski (2005) a consolidação desse princípio se deve à publicação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950 e à 17ª Convenção de Haia, de 1993, tratados que se destacam na finalidade de tutelar a personalidade e os direitos fundamentais. Nesse sentido, o autor entende que parte do papel do Estado é proteger a dignidade humana: “a ordem jurídica supranacional tem por principal escopo tutelar a personalidade humana amplamente, garantir o pleno desenvolvimento da personalidade e salvaguardar a dignidade do ser humano” (SZANIAWSKI, 2005, p. 117-118).

A dignidade da pessoa humana passou a ser considerada um dos fundamentos da República a partir da Constituição Federal de 1988 (art. 1.º, inciso III). É possível definir esse princípio como um grupo de valores mínimos para a manutenção da condição humana, em outras palavras, trata-se daquilo que distingue cada indivíduo, são atributos inalienáveis e irrenunciáveis que tornam o sujeito digno de respeito e proteção por parte do Estado, o que viabiliza a tutela das necessidades mínimas para a vida e implica inúmeros direitos e deveres considerados fundamentais (SARLET, 2006; MORAES, 2011).

José Afonso da Silva (2007) define dignidade como “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. Por fim, sob a ótica da Constituição de 1988, é o entendimento de Elimar Szaniawski acerca da importância jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana:

O princípio da dignidade, sendo princípio fundamental diretor, segundo o qual deve ser lido e interpretado todo o ordenamento jurídico brasileiro, constitui-se na cláusula geral de proteção da personalidade, uma vez ser a pessoa natural o primeiro e último destinatário da ordem jurídica. O constituinte brasileiro optou por construir um sistema de tutela da personalidade humana, alicerçando o direito geral de personalidade pátrio a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e de alguns outros princípios constitucionais fundamentais, espalhados em diversos Títulos, que garantem o exercício do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana (SZANIAWSKI, 2005, p. 137).

A dignidade da pessoa humana é o princípio maior da Constituição Federal e serve como alicerce para todo o ordenamento jurídico brasileiro (NUNES, 2002). Fermentão e Lima Júnior (2012) entendem que este preceito possui dupla natureza, pois não só fundamenta outras leis, mas também indica como a legislação deve ser aplicada, já que figura como superior aos demais.

Acerca dessa hierarquia normativa, concluem Lucas Yuzo Abe Tanaka e Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão (2016, p. 8) que a dignidade da pessoa humana não é apenas um direito, “posto que é a base em que se fundamenta os direitos da personalidade, pelo que os demais direitos devem estar em conformidade com a dignidade humana que é reconhecida como um valor supremo no ordenamento jurídico”. O princípio da dignidade humana abrange inúmeros direitos individuais que podem ser considerados fundamentais, tanto na esfera moral como nas econômica e social (FERMENTÃO, 2006). Assim sendo, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão (2006) ensina que parte da responsabilidade da Administração Pública é prover o mínimo necessário para a preservação da saúde, da integridade, da propriedade e da identidade.

A Carta Magna de 1988 responsabiliza o Estado pela tutela da dignidade, já que:

Com a mudança de paradigma, a Constituição Federal de 1988 veio regular o direito, e nisso acompanhou a direção paradigmática que já estava sendo seguida pelos tribunais, passando então à responsabilidade do Estado a proteção à dignidade humana. Falar-se em proteção à pessoa humana como finalidade do Estado corresponde a dizer que cabe ao Estado propiciar as condições necessárias para que as pessoas possam desenvolver o seu potencial e com isso ser pessoas dignas e viver com dignidade. O mesmo aconteceu com o Código Civil em vigor, no seu Capítulo II, Artigos 11 a 21, que regulam os direitos da personalidade (FERMENTÃO, 2006, p. 4).

Os direitos da personalidade se voltam à tutela da dignidade da pessoa, preservando sua vida, honra e liberdade, que são valores intrínsecos ao ser humano (TANAKA; FERMENTÃO, 2016). Similar é o entendimento de Adriano de Cupis (2004) que compreende esses atributos como o mínimo necessário para a preservação da personalidade.

Os direitos da personalidade são aqueles que protegem o ser humano como indivíduo detentor de autonomia, vontade e liberdade. Dessa forma, é possível extrair da literatura que o direito à vida é o mais valioso do arcabouço da personalidade, nesse sentido, todos os vulneráveis devem ser assistidos, pois da personalidade se difundem outros direitos físicos, psicológicos e morais (SZANIAWSKI, 2005).

Maria Lucia Fabbres de Paiva (2005, p. 18) entende que estes direitos não ultrapassam a pessoa do titular, mas o tutelam com total intensidade: “são direitos que devem permanecer, necessariamente, na esfera do próprio titular e a ele se ligam atingindo o máximo de intensidade”. São direitos “vinculados em caráter definitivo à pessoa do seu respectivo titular”. Verifica-se que a intimidade, a liberdade, a autoria, a honra, a privacidade e a invenção são atributos intrínsecos à pessoa e imprescindíveis para o pleno exercício da sua cidadania. Por conseguinte, os direitos da personalidade surgem e se extinguem junto com o sujeito. Para Eduardo Espínola (1977) a capacidade jurídica e a tutela de qualquer direito dependem diretamente da personalidade:

A personalidade é o pressuposto de todo o direito, o elemento que atravessa todos os direitos privados e que em cada um deles se contém; não é mais que a capacidade jurídica, a possibilidade de ter direitos. Todo homem, por necessidade de sua própria natureza, é o centro de uma esfera jurídica e assim tem personalidade, é pessoa (ESPINOLA, 1977, p. 323).

Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão (2006) ensina que os direitos da personalidade viabilizam ao sujeito a tutela de atributos personalíssimos, tais como a vida, a liberdade de pensamento, o direito à liberdade, à propriedade, à autoria, à honra, à invenção, à imagem e à identidade, sendo oponíveis *erga omnes*, isto é, têm eficácia absoluta, de maneira que não podem ser desrespeitados, alienados, executados ou recusados. Dessa forma, a autora aponta a importância da dignidade da pessoa humana para a normatização destes preceitos, pois é a fonte ética destes direitos, *in verbis*: é “preponderante para a distinção dos direitos da personalidade, visto que tais direitos foram ganhando tanto mais relevo quando se distinguiu na pessoa humana elemento incorpóreo de dignidade”, uma vez que “a proteção da dignidade humana é objetivo desses direitos” (FERMENTÃO, 2006, p. 11). A autora reforça que a pessoa não pode ser confundida com sua personalidade, isto é, o primeiro é o sujeito, e o segundo configura a capacidade de possuir direitos.

Elimar Szaniawski (2005) define personalidade como um direito que possibilita a aquisição de outros direitos. Assim, a pessoa é inseparável da personalidade, pois esta confere ao sujeito a capacidade de possuir direitos e contrair obrigações. Todas as pessoas são dotadas de personalidade e necessitam dela para o pleno gozo da vida (FERMENTÃO, 2006). Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão (2006) elucida, com base na obra de Adriano de Cupis (1961) que há um impasse doutrinário quanto ao caráter objetivo ou subjetivo desses direitos.

Nesse sentido é o entendimento de Adriano de Cupis:

De um lado, sustenta-se que a essência de determinado direito é função dos elementos de que é constituído, e que, portanto, mudando um de tais elementos muda necessariamente também o direito; de outro, tem-se marcado a diferença que existe entre o nascimento de um direito completamente diferente do que foi extinto, e o nascimento de um direito que tem alguns elementos desse direito extinto e outros novos (CUPIS, 1961, p. 40 *apud* FERMENTÃO, 2006).

Pela ótica subjetivista, os direitos da personalidade viabilizam a defesa da integridade física, intelectual e moral, bem como tutelam valores intrínsecos à pessoa humana. Dessa forma,



o sujeito pode proteger seu pensamento, sua honra, liberdade, moral etc. Por outro lado, para a perspectiva objetiva, a mera normatização constitui direito objetivo, ao passo que o subjetivo seria configurado pelo interesse de agir (FERMENTÃO, 2006).

O Estatuto do Idoso defende o envelhecer digno como direito da personalidade, de modo que a vulnerabilidade imposta ao ancião em virtude da longevidade implica ao Estado ações no sentido de promoção da saúde, bem-estar e qualidade de vida. Verifica-se que há na sociedade uma imposição ageísta, que prega que o idoso não possui condição de laborar ou de ser inserido na comunidade. Por conseguinte, os longevos são marginalizados pela sociedade em virtude de fatores fisiológicos que independem de sua vontade: são forçados a se aposentar, não são contratados para trabalhar, sofrem exclusão social e vergonha (GOLDANI, 2010). Contudo, é importante reforçar que o direito brasileiro defende a capacidade do idoso, que, dotado de lucidez e discernimento, tem prerrogativa para tomar suas próprias decisões e dispor do seu patrimônio, sem intervenções.

Ocorre que o envelhecimento transforma o indivíduo em todas as esferas de sua condição humana, atingindo os aspectos biológicos, psicológicos e sociais do sujeito. David Zimmerman (2002 *apud* DIAS, 2006) aponta que estes três fatores impõem três idades diferentes ao cidadão longevo: “a idade do seu corpo, da sua história genética, da sua parte psicológica e da sua ligação com sua sociedade” (ZIMMERMAN, 2000, p. 19).

Preocupado com as discrepâncias entre os dispositivos constitucionais e o que se observa na realidade, o legislador, por meio do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), protege os direitos fundamentais e da personalidade dos anciãos, que sofrem preconceito etário e discriminação no ambiente doméstico, profissional e no convívio em sociedade:

Assim preceitua o art. 2º do Estatuto do Idoso:

Art. 2. O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (BRASIL, 2003).

A dignidade da pessoa idosa está protegida no arcabouço constitucional pelo art. 230, que possui a seguinte redação: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (BRASIL, 1988). Este dispositivo é essencial em virtude do evidente envelhecimento demográfico do Brasil, no entanto, nem todos os idosos vivem em condições dignas.

Em suas pesquisas sobre os indivíduos com mais de 60 anos em situação de rua, Maria Clara Thomazini e Valéria Silva Galdino Cardin (2020) percebem que os familiares tendem a perder o interesse em conviver ou, até mesmo, visitar os familiares idosos. Além disso, sua vulnerabilidade impossibilita que executem tarefas domésticas ou que façam a manutenção da própria saúde física. Alexandra Zolet Espitia e Josiane de Jesus Martins (2006) acrescentam outros fatores para o afastamento entre os anciãos e seus familiares, entre eles: pobreza, conflitos e tensões, patologias e dependência. Dessarte, é possível que o longevo se sinta isolado dos parentes e da sociedade, por isso, a intervenção da família é essencial para a proteção do idoso. Cenir Gonçalves Tier, Rosane Teresinha Fontana e Narciso Vieira Soares (2004) ao estudar a

situação dos idosos que residem em instituições governamentais, reportam que:

A família pode ser considerada como um suporte na proteção do idoso fragilizado sendo, o ambiente familiar, o melhor espaço para dispensar o cuidado. Essa perspectiva está relacionada, entre outras, à noção de que a família é a instituição mediadora principal, entre o indivíduo e sua realidade circundante (TIER; FONTANA; SOARES, 2004, p. 332).

Juliana Toralles dos Santos Braga e Maria Claudia Crespo Brauner (2018) entendem que as políticas públicas não são suficientes para garantir uma qualidade de vida estável e digna, mas que são essenciais no suporte da pessoa idosa, pois nem sempre as famílias têm condições de amparar o longevo financeiramente: “a realidade do envelhecimento populacional e as condições ofertadas às pessoas de idade avançada em nosso país demonstram que não há outro caminho, salvo o de investir em programas de atenção aos idosos” (BRAGA; BRAUNER, 2018, p. 81). Em virtude disso, o legislador responsabiliza também a sociedade, o Estado e a comunidade pela garantia da dignidade da pessoa idosa.

Conforme o art. 3º do Estatuto do Idoso:

Art. 3. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 2003).

A tutela jurisdicional da dignidade do idoso está disposta na Constituição Federal, no Código Civil, na Lei nº 8.742/93, Lei nº 8.842/94, mas, principalmente, na Lei n.º 10.741/03, o Estatuto do Idoso, norma que impõe à sociedade, à família e ao Estado o dever de cuidado para com o ancião. O art. 10 do referido Estatuto pontua acerca da dignidade da pessoa idosa que:

Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis. [...]

§ 3º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. (BRASIL, 2003).

É dever do Estado e da sociedade promover o incentivo a práticas que assegurem e garantam os direitos da personalidade do idoso, respeitando seus direitos à liberdade, à dignidade, à individualidade e à inserção na comunidade em âmbito de igualdade com os outros setores da sociedade, zelando pelos direitos garantidos na Constituição e nas leis.

## **AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO IDOSO NO MUNICÍPIO DE MARINGÁ/PR**

Para compreender melhor as políticas públicas desenvolvidas no âmbito da saúde para o idoso é necessário primeiro entender este conceito. As políticas públicas são diretrizes criadas como resposta a problemas enfrentados pela população. A principal intenção de uma política pública é tratar de um problema entendido como grave para o coletivo (FOLLONE; REZENDE, 2016). Por conseguinte, há uma ampla variedade de ações voltadas ao bem-estar da população, seja por decisões de atividades de comando do Governo, seja pela elaboração de normas. Dessarte, a expressão política pública corresponde a uma atuação do Estado em busca da consolidação do princípio da dignidade da pessoa humana, agindo nos setores que carecem de

ações governamentais, sejam educacionais ou quanto à infância, ao trabalho ou à previdência (FERMENTÃO; GARCIA; BALDASI, 2020).

João Francisco Toso (2017) leciona que o Município de Maringá/PR busca atender aos requisitos da Convenção Interamericana Sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, elaborada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) em 2015 e que estabelece todas as diretrizes necessárias para que o ancião goze plenamente da vida em sociedade, tais como: assegurar, promover e proteger os direitos do idoso de desfrutar de sua vida com bem-estar, em direito de igualdade, tutelando seus direitos humanos e de liberdade, a fim de permitir sua integração à sociedade (TOSO, 2017). Dessarte, é o que postula a Convenção:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados nesta Convenção não estiver garantido por disposições legislativas ou de outro caráter, os Estados Partes se comprometem a adotar, segundo seus procedimentos constitucionais e as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outro caráter necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades (OEA, 2015, p. 3).

A Convenção estabelece uma série de medidas a serem implementadas pelos Estados Parte, trazendo à luz inúmeras violências sofridas pelo idoso, sendo elas: abandono, envelhecimento, maus-tratos, discriminação, negligência e discriminação múltipla, ou por idade. O artigo 3º da Convenção apresenta um catálogo de princípios coletivos aplicáveis, sendo priorizada a defesa da dignidade, dos direitos humanos, da igualdade, da independência, da não discriminação, da liberdade, entre outros. Em se tratando dos direitos do ancião, a dignidade se destaca em importância, em virtude disso, a OEA estabelece medidas de punição, prevenção e erradicação de práticas contrárias ao que este diploma defende.

O artigo 5º dispõe quanto à não discriminação pela idade, a fim de evitar o ageísmo sofrido por idosos em situação de vulnerabilidade. Neste dispositivo estão protegidos os idosos de grupos étnicos, de diversas orientações sexuais e identidades de gênero, mulheres, pessoas com deficiência, imigrantes, pessoas em situação de extrema pobreza ou de marginalização, pessoas em situação de rua, entre outros. O direito à dignidade é explícito no artigo 6º da Convenção, que implica aos Estados Partes a elaboração de medidas para garantir o bem-estar e o envelhecer digno (OEA, 2015; TOSO, 2017).

A autonomia do idoso na tomada de suas decisões também está protegida. Dessa forma, caso o indivíduo possua discernimento e clareza mental, é capaz de tomar todas as decisões acerca de sua vida, propriedade, residência e recursos. O envelhecer digno é contemplado pelo artigo 8º da Convenção, que visa assegurar a plena participação do idoso na comunidade, na sociedade e na família. É dever dos Estados Parte criar medidas de integração social do idoso, ensejando o apoio por parte da sociedade, além de implementar tecnologias que facilitem a integração dos idosos em todos os ambientes, bem como oferecer serviços comunitários em prol dos anciãos necessitados (OEA, 2015; TOSO, 2017).

O direito à segurança é mencionado no artigo 9º da Convenção, que cita o direito a uma vida livre de ameaças ou violência, sem preconceito de raça, credo, cor, sexo, religião, entre outros. O ancião tem direito de gozar de uma vida sem maus-tratos. A Convenção vê como violência qualquer ação ou omissão que cause sofrimento físico, dano físico, psicológico, sexual, exploratório ou fatalidade. Cabe aos Estados signatários a adoção de medidas administrativas, legislativas ou judiciais para a investigação, prevenção e punição de tais atos, de modo que é admitida restrição ou privação da liberdade de idosos (OEA, 2015).

Outra parte importante da dignidade humana é a privacidade, sendo vedada a intervenção ilegal em sua vida privada ou em qualquer setor, seja familiar, domiciliar, institucional ou quanto ao patrimônio. O trabalho decente e digno também é assegurado e o idoso não pode ser discriminado em virtude da idade. O artigo 20 da Convenção atribui aos Estados Partes a inserção do idoso no ambiente educacional, em outras palavras, os Estados devem proporcionar ao cidadão longevo as mesmas oportunidades de formação concedidas aos demais cidadãos. É assegurado o acesso à cultura, ao lazer, ao esporte, às atividades físicas e à recreação. A Convenção protege os direitos à propriedade, à moradia digna, ao saneamento básico, à energia elétrica e à água potável. Assim sendo, o idoso pode dispor dos seus bens como bem entender (OEA, 2015).

O artigo 25 promove o direito do idoso a serviços públicos básicos, como saneamento, luz e água potável, dando direito ao ancião de desfrutar de um ambiente saudável. A OEA protege o direito à atuação política e pública do cidadão longevo, bem como garante a livre associação, proteção em conflitos e situações de risco. No art. 30 da Convenção os direitos da personalidade são reafirmados, de modo que os Estados devem adotar medidas que garantam o pleno exercício da personalidade, respeitando suas vontades, direitos à herança, ao usufruto, à doação, à propriedade e à autonomia econômica. O acesso à justiça é igualmente tutelado e o idoso deve ser ouvido pelo judiciário em prazo hábil diante de sua condição de vulnerabilidade, sendo imposta aos Estados a proteção dos interesses jurídicos do ancião. Os demais instrumentos legais contidos na Convenção ensejam a promoção de medidas no sentido de capacitação da sociedade para a tutela da dignidade do cidadão idoso (OEA, 2015).

Fundada em 10 de maio de 1947, a cidade de Maringá, é localizada a Noroeste do Estado do Paraná, criada a partir de um projeto de urbanização de Jorge Macedo Vieira, que valorizava as áreas de vegetação verde e nativa, o que levou Maringá a ser vista como uma das cidades mais verdes do mundo. Atualmente, o Município conta com aproximadamente 436 mil habitantes (MARINGÁ, 2014; IBGE, 2021).

Mesmo se tratando de uma cidade consideravelmente nova, Maringá hoje possui importante parcela de sua população na terceira idade, grupo que cresce consideravelmente no Brasil. Segundo estudos do IBGE, em 1980, Maringá tinha um percentual de idosos em sua população correspondente a 5,22%, chegando a 12,19% em 2009. No último censo, o IBGE arrolou 43.716 idosos, ou seja, a cada dez cidadãos residentes em Maringá, pelo menos um é ancião. Em virtude desse aumento, foi necessário que a Administração elaborasse políticas públicas para lidar com as necessidades deste grupo social (BRASIL, 2010).

No dia 31 de outubro de 1997 foi instituído o Conselho Municipal dos Direitos do Idoso de Maringá (CMDI/Maringá), conforme dispõe a Lei Municipal nº. 4503/97, porém, a organização se manteve inativa até a criação de seu Conselho pela Secretaria Municipal de Assistência Social e Cidadania (SASC). Por meio de assessores do Governo e de um comitê técnico de idosos foi possível criar emendas à legislação, de acordo com questões levantadas pelos próprios anciãos. Um novo documento foi enviado à Câmara Municipal de Maringá, que foi sancionado por intermédio da Lei Municipal nº 5.478/01, datada de 18 de setembro de 2001 (FERNANDES, 2009).

Por meio da referida Lei foi possível regulamentar o Conselho Municipal dos Direitos do Idoso (CMDI). No seu artigo 1º fica explícito que o CMDI deixa de ser apenas de caráter resolutivo, passando a ser consultivo, controlador, paritário e permanente quanto aos direitos do idoso,

sendo considerada a idade mínima de 60 anos. O CMDI/Maringá tem como propósito avaliar, acompanhar e controlar as políticas municipais do idoso, agindo no âmbito consultivo, deliberativo, fiscalizador e permanente, com órgão colegiado, normativo e paritário no âmbito das políticas e defesa do ancião (MARINGÁ, 2016).

A Secretaria Municipal Assistência Social Cidadania (SASC) é um órgão de assistência social em Maringá que atua na gestão de políticas públicas, prestando atendimento, serviços, benefícios e programas aos idosos em situação de vulnerabilidade ou risco pessoal e social. Para atender às necessidades do indivíduo em situação de risco, a SASC conta com o Serviço de Atendimento a Denúncias de Violação de Direitos, mediante a uma Rede de Proteção Social Especial e a Rede de Proteção Social Básica (MARINGÁ, 2016), constituída pelo Centro de Referência de Assistência Social (CRAS), pelo Centro-Dia, pelo Grupo de Convivência do Idoso e dois Centros de Convivência (FERNANDES, 2009).

A Lei Municipal nº 6.654/2004 imputa à Administração do Município o dever de apoiar projetos que visem a inserção e a qualificação do idoso no mercado de trabalho. A norma se compromete a facilitar o acesso dos idosos a programas educativos e de formação, sejam de qualificação profissional ou técnica, em especial a grupos em situação de vulnerabilidade. Maringá possui também uma Rede de Atendimento ao Idoso, com políticas públicas sempre voltadas ao cidadão longevo (FERNANDES, 2009).

João Francisco Toso (2017) ao estudar as políticas públicas no Município de Maringá, cita a importância da Lei nº 8.842/94, que contempla a política nacional do idoso e cria o Conselho Nacional do Idoso. Para o autor, a finalidade dessa norma é consolidar a garantia dos direitos da personalidade do idoso, a fim de criar condições de integração social e autonomia, bem como assegurar a sua dignidade, cidadania e bem-estar de direito. O cidadão longevo deve desfrutar de uma vida digna, livre de discriminações de qualquer tipo. Em virtude disso, há medidas como o atendimento prioritário em filas, órgãos públicos e privados; o gerenciamento de recursos farmacêuticos para o trato de enfermidades; vagas exclusivas; a organização de competências para ações governamentais nas áreas social, cultural, da educação, do esporte, do lazer, do trabalho e as respectivas esferas de atuação orçamentária governamental.

A legislação do Município de Maringá dispõe que o processo de envelhecimento deve ser digno e saudável e, em virtude do elevado número de maringaenses idosos, a norma municipal reforça e garante a aplicação de direitos já contemplados no arcabouço jurídico. Nesse sentido, leciona Bobbio (2004, p. 11) que “uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente”, dessa forma, a celebração de políticas públicas no âmbito municipal torna a implementação mais fácil para o administrador, por conseguinte, a população pode desfrutar das ações de forma mais eficiente (TOSO, 2017).

Da pesquisa documental, foi possível perceber que o Município de Maringá adotou nos últimos 20 anos uma postura incisiva quanto à tutela da dignidade do idoso, passando a elaborar políticas públicas de proteção aos direitos da personalidade do cidadão longevo. O posicionamento da Administração Municipal foi evidenciado por meio do slogan “Maringá é um ambiente seguro e agradável de viver, alegre e saudável para criar seus filhos e idosos” (MARINGÁ, 2005). Uma dessas ações foi a implementação do Grupo de Trabalho Intersetorial (GTI), composto por aproximadamente 600 integrantes de setores da sociedade, com intuito de atrair a comunidade local para práticas em prol de uma vida saudável. Especificamente por meio de debates de

conscientização à saúde, o GTI passou a incentivar boas práticas entre os cidadãos, de caráter individual e coletivo (PALÁCIOS *et al.*, 2009).

Em 10 de outubro de 2005, o Município aderiu à Rede de Municípios Potencialmente Saudáveis, associada à Organização das Nações Unidas (ONU) e à Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) (MARINGÁ, 2006). No ano seguinte, o GTI, com o auxílio de instituições de ensino e o apoio de alguns setores da comunidade, criou um projeto intersetorial, que resultou na formação do Programa Maringá Saudável. A ação tinha como objetivo promover a saúde por meio de uma nutrição adequada, por meio de hortas comunitárias, da sensibilização acerca da importância da saúde (por meio do Espaço Saúde) e outros projetos que incentivavam a prática de atividades físicas, a alimentação saudável e o controle de tabagismo. O programa Maringá Saudável, há mais de 15 anos implementa medidas voltadas à comunidade com mais de 60 anos, como o projeto denominado “Academia da Terceira Idade” (ATI), que tem como finalidade a prevenção de doenças crônicas não transmissíveis, especialmente do trato respiratório, que podem ser tratadas ou amenizadas por meio da prática de atividades físicas (PALÁCIOS *et al.*, 2009).

Com o intuito de incentivar os idosos a praticar atividades físicas, foi criada a Academia da Terceira Idade, desenvolvida com o apoio da iniciativa privada e que visa desenvolver a musculatura dos anciãos, bem como a capacidade cardiorrespiratória e a manutenção da saúde. Entre os anos de 2006 e 2008 o Município de Maringá passou a priorizar a promoção de atividades físicas voltadas aos cidadãos com mais de 60 anos. Como resultado dessas medidas, mais de 1.400 idosos são atendidos diariamente nas ATI da cidade. Dessa forma, ao frequentar a Academia, o idoso socializa, se mantém inserido na comunidade, bem como percebe melhora na sua qualidade de vida (PALÁCIOS *et al.*, 2009).

A política pública Estratégia Saúde da Família (ESF) movimenta 78 equipes de saúde, lotadas entre as 34 Unidades Básicas de Saúde do Município de Maringá. A ESF promove o planejamento de ações, treinamentos e orientações para a promoção da especialização dos profissionais para o atendimento do grupo familiar, o que inclui cuidados especificamente voltados ao cidadão idoso. Atualmente, a ESF atende mais de 30 mil idosos (MARINGÁ, 2018). Por meio da política Maringá Saudável, além das ATI, o programa Viva Mais foi elaborado na intenção de oferecer aos longevos conhecimentos acerca da manutenção da própria saúde. A exemplo disso, foram oferecidas oficinas voltadas à educação física e nutricional. Medidas como o Espaço Saúde também proporcionam acompanhamento médico e orientação ao maringaense:

As ações do Maringá Saudável contemplam várias frentes. Uma delas é o Espaço Saúde, realizado quinzenalmente em postos de saúde. Durante a realização dos eventos a comunidade da região abrangida pela unidade pode realizar exames, receber orientações sobre saúde e qualidade de vida e experimentar alimentos saudáveis. O projeto vem sendo executado desde abril do ano passado com participação maciça da população (MARINGÁ, 2007, online).

Recentemente, Maringá se aproxima da conquista de ser nomeada Cidade Amiga do Idoso, devido ao alto número de projetos e políticas públicas sendo desenvolvidas pensando na terceira idade, sendo o órgão da Organização Mundial da Saúde (OMS) o responsável por entregar estes títulos aos municípios que adotaram políticas públicas e cuidados para a população de terceira idade (MARINGÁ, 2021).

É possível afirmar, dessarte, que o Município de Maringá dispõe de inúmeras políticas

públicas de proteção ao idoso, elaboradas pela Administração Pública tendo em vista o alto índice de longevidade da população maringaense. Assim sendo, a tendência é que a qualidade de vida dos cidadãos longevos aumente cada vez mais, graças à dedicação do Município à tutela da dignidade pessoalidade dos moradores com mais de 60 anos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Graças aos avanços da medicina e da tecnologia, a longevidade da população tem aumentado ao longo dos anos, de maneira que, dentro de 40 anos, a estimativa é que um quarto da população brasileira seja composta por idosos. De acordo com o IBGE, a expectativa de vida passará para 84 anos de idade.

A partir da Constituição Federal de 1988, a dignidade do ser humano passou a ser considerada um direito fundamental no Brasil. O princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado a proteção da personalidade, devendo garantir o seu desenvolvimento. Sendo assim, para que se trate a nível de igualdade o grupo da terceira idade, é de suma importância que tanto a comunidade como o Poder Público zelem pelo bem do idoso, garantindo seus direitos previstos na Constituição e nas leis.

Conforme evidenciado pela pesquisa, o Município de Maringá/PR amparou as necessidades dos idosos por meio de diversas políticas públicas listadas neste artigo, sendo dever de todos os Municípios desenvolver programas sociais que consigam inserir os idosos nas práticas culturais, tecnológicas, sociais, físicas e ambientais.

Sabe-se que é dever do Estado tutelar os direitos do idoso, protegendo-o de discriminação por idade de qualquer motivo, de situações de risco ou vulnerabilidade, bem como de alienação ou exploração por parte da família, da tomada indevida de seus bens, de sofrimento físico ou psicológico, no âmbito social ou familiar, de crimes contra sua honra e humilhação. Dessa forma, a legislação ampara o idoso, garantindo os direitos à vida e à igualdade, de modo que deve ter as mesmas oportunidades que outros cidadãos em todos os setores, sendo também função do Estado tomar medidas cabíveis para prevenir, proteger e punir práticas que ameacem a integridade do idoso.

O presente estudo objetivou depreender de que maneira as políticas públicas figuram como instrumentos de tutela dos direitos da personalidade e dignidade da pessoa idosa em Maringá/PR. Da análise desses aspectos extraiu-se que o Município em tela dedica inúmeros recursos à proteção dos direitos da personalidade do idoso, visto que inúmeras normas municipais e ações públicas são voltadas exclusivamente à promoção do envelhecer digno, o que se faz necessário dado o vasto número de idosos residentes no Município.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Thiago de; LOURENÇO, Maria Luiza. Reflexões: conceitos, estereótipos e mitos acerca da velhice. Revista Brasileira de Ciências do Envelhecimento Humano, Passo Fundo, v. 6, n. 2, p. 233-244, maio/ago. 2009. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rbceh/article/view/171/793>. Acesso em: 11 out. 2021.

BARRUFI, Angelo Aparecido. Os mecanismos para a implementação das políticas públicas de inclusão social e desenvolvimento local no município de Maringá no Paraná. 2014. 82 f. Monografia (Especialização em Gestão Pública) – Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Pato Branco, 2014. Disponível em: [https://repositorio.utfpr.edu.br/jspui/bitstream/1/22917/3/PB\\_GP\\_III\\_2014\\_05.pdf](https://repositorio.utfpr.edu.br/jspui/bitstream/1/22917/3/PB_GP_III_2014_05.pdf). Acesso em: 11 out. 2021.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRAGA, Juliana Toralles dos Santos; BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Uma reflexão ética e jurídica a respeito da situação do idoso e da humanização da velhice no Brasil. In: MIRANDA, José Eduardo de; CARDIN, Valéria Silva Galdino (orgs.). Direitos da personalidade: reconhecimentos, garantias e perspectivas. Curitiba: Juruá: 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 9 out. 2021.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Projeção da População do Brasil e das Unidades Federativas. 2021. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html> Acesso em: 6 out. 2021

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Relógio da População Brasileira. 2021. Disponível em: [https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/box\\_popclock.php](https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/box_popclock.php). Acesso: 20 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1993]. Brasília, DF: Presidência da República, [1993]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm). Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1994]. Disponível em: 11 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 1 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm). Acesso em: 15 out. 2021.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. Direito de Família e Direitos Humanos: pluralidade familiar e dignidade humana como centro das relações familiares. Leme: Edjur, 2012.

CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DIAS, Maria Berenice. A ética na jurisdição de família. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.



ESPITIA, Alexandra Zolet; MARTINS, Josiane de Jesus. Relações afetivas entre idosos institucionalizados e família: encontros e desencontros. *Arquivos Catarinenses de Medicina*, v. 35, n. 1, p. 52-59, 2006. Disponível em: <http://www.acm.org.br/revista/pdf/artigos/355.pdf>. Acesso em: 9 out. 2021.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 6, n. 1, p. 241-266, 2006. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/313>. Acesso em: 4 out. 2021.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; FERNANDES, Ana Elisa Silva. A Resolução n.º 125/2010 do CNJ como política pública de tratamento adequado aos conflitos nas relações familiares: em direção à proteção da dignidade da pessoa humana e a efetivação dos direitos da personalidade. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, Bebedouro, v. 8, n. 2, p. 53-82, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/38439>. Acesso em: 25 out. 2021.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; GARCIA, Patrícia Martin; BALDASI Marcos Vinicius Soler. Instrumentos para efetivação do direito à convivência familiar e comunitária: política pública de acolhimento familiar visando a dignidade humana. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, v. 9, n. 1, p. 136-170, 2021. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/index>. Acesso em: 05 out. 2021.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; LIMA JÚNIOR, Paulo Gomes de. A eficácia do direito à dignidade da pessoa humana. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, v. 12, n. 1, p. 313-340, 2012. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2400>. Acesso em: 1 out. 2021.

FERNANDES, Ana; FERMENTÃO, Cleide. Os reflexos da pós-modernidade nos conflitos familiares: a mediação em busca da proteção à dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade. *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, v. 6, n. 98, 2020. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/344856423\\_os\\_reflexos\\_da\\_pos-modernidade\\_nos\\_conflitos\\_familiares\\_a\\_mediacao\\_em\\_busca\\_da\\_protecao\\_a\\_dignidade\\_da\\_pessoa\\_humana\\_e\\_dos\\_direitos\\_da\\_personalidade](https://www.researchgate.net/publication/344856423_os_reflexos_da_pos-modernidade_nos_conflitos_familiares_a_mediacao_em_busca_da_protecao_a_dignidade_da_pessoa_humana_e_dos_direitos_da_personalidade). Acesso em: 18 out. 2021.

FERNANDES, Simone. O processo de constituição e funcionamento de um Conselho Municipal dos Direitos do Idoso: o caso do município de Maringá-PR. 2009. 61 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas e Saúde; Epidemiologia; Política, Planejamento e Administração em Saúde) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <https://www.bdtd.uerj.br:8443/bitstream/1/4122/1/SIMONE%20FERNANDES-Dissertacao.pdf>. Acesso em: 1 out. 2021.

FOLLONE, Renata Aparecida; REZENDE, Otávio. As políticas públicas para os idosos e o princípio da proibição do retrocesso social. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, v. 4, n. 1, 2016. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/145>. Acesso em: 8 out. 2021.

GOGLIANO, Daisy. Direitos privados da personalidade. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

GOLDANI, Ana Maria. “Ageism” in Brazil: What is it? Who does it? What to do with it? *Revista Brasileira de Estudos de População*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, p. 385-405, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbepop/a/DfvmdJWBWvKRFgcTTdZCCdM/?lang=en&format=pdf>. Acesso em: 17 out. 2021.

GOMES, Magno Federici; MOREIRA, Arthur Thomazi. Justiça, inclusão social e aplicação retroativa do estatuto do idoso aos contratos de plano de saúde. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 21, p. 51-82, fev. 2015. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/467>. Acesso em: 9 out. 2021.

GOMES, Sandra Regina. Protagonismo e empoderamento da pessoa idosa: por um Brasil de todas as idades. In: *CONFERÊNCIA MUNICIPAL DOS DIREITOS DA PESSOA IDOSA DE MARINGÁ*, 6., Maringá, 2014. Disponível em: <http://www2.maringa.pr.gov.br/sistema/arquivos/4c909c8bfbbd.pdf>. Acesso em: 2 out. 2021.

GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*. Coimbra: Almedina, 2008.

LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; LELIS, Henrique Rodrigues. O direito ao envelhecimento no século XXI: uma análise sobre a possibilidade de adoção de uma Convenção Internacional de Proteção aos Direitos dos Idosos. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 23, n. 2, p. 161-177, maio/ago. 2018.

LUZ, Valdemar da. *Manual de direito de família*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009.

MADALENO, Rolf. *Direito de família: aspectos polêmicos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MARINGÁ. Portal da Secretaria de Assistência Social e Cidadania. Disponível em: <http://www2.maringa.pr.gov.br/sasc/>. Acesso em: 3 out. 2021.

MARINGÁ. Prefeitura do Município de Maringá. Secretaria de Assistência Social e Cidadania Gerência de Gestão do SUAS. *Plano Municipal de Atendimento à Pessoa Idosa de Maringá*. 2017-2020. 2016. Disponível em: <http://www2.maringa.pr.gov.br/sistema/arquivos/e245279ef30e.pdf>. Acesso em: 3 out. 2021.

MARINGÁ integra rede de municípios potencialmente saudáveis. Prefeitura de Maringá, 24 abr. 2006. Disponível em: <http://www2.maringa.pr.gov.br/site/noticias/2006/04/24/semtitulo/537>. Acesso em: 1 out. 2021.

MENEZES, Junior Evangelista *et al.* Proteção social do idoso: realidade e ações do município de Anápolis/GO: eficácia na forma de apoio ao cumprimento dos direitos sociais de uma minoria. *RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 33, p. 136-150, jul. 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/26523>. Acesso em: 13 out. 2021.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1ª ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NARDI, Antonio Carlos Figueiredo. *A utilização das academias da terceira idade na promoção da saúde em Maringá-PR*. 2013. 56 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Políticas, Planejamento, Gestão e Atenção em Saúde) – Faculdade de Ciências da Saúde, Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/12417>. Acesso em: 4 out. 2021.

NUNES, Rizzato *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Assembleia Geral da OEA. Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos*. 2015. Disponível em: <http://www>.

ampid.org.br/v1/wp-content/uploads/2014/08/conven%C3%A7%C3%A3o-interamericana-sobre-a-prote%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-humanos-dos-idosos-OEA.pdf. Acesso em: 4 out. 2021.

PAIVA, Maria Lucia Fabbres de. Os direitos da personalidade do idoso. 2005. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Comparado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7491/1/TESE%20DIREITO%20DO%20IDOSO.pdf>. Acesso em: 5 out. 2021

PALÁCIOS, Ana Rosa Oliveira Polettos *et al.* A concepção do Programa Maringá Saudável, suas ações e resultados. *Divulgação em Saúde para Debate*, v. 44, p. 34-40, 2009. Disponível em: <http://www2.maringa.pr.gov.br/sistema/arquivos/e92e9aa4f20a.pdf>. Acesso em: 15 out. 2021.

PARADELLA, Rodrigo. Número de idosos ultrapassa 30 milhões em 2017. Agência IBGE, 26 abr. 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017>. Acesso em: 1 out. 2021.

PEÑA, Luciana. Maringá busca a certificação Cidade Amiga do Idoso. Portal GMC, 4 ago. 2021. Disponível em: <https://gmconline.com.br/noticias/cidade/maringa-busca-a-certificacao-cidade-amiga-do-idoso/>. Acesso em: 13 out. 2021.

POPULAÇÃO brasileira chega a 213,3 milhões de habitantes estima IBGE. Governo do Brasil, 27 ago. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2021/08/populacao-brasileira-chega-a-213-3-milhoes-de-habitantes-estima-ibge> Acesso em: 3 out. 2021.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Curso de direito do idoso. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Efetivação de políticas públicas: uma questão orçamentária. ARGUMENTUM - Revista de Direito UNIMAR, n. 12, p. 77-102, 2011. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1068>. Acesso em: 15 out. 2021.

RODRIGUES, Renata de Lima. O direito das famílias entre a realidade e a norma. São Paulo: Atlas, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Carinne; BOSCO, Natalia. Estudo divulga perfil dos idosos brasileiros. *Correio Braziliense*, 12 fev. 2021. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2021/02/4906292-estudo-divulga-perfil-dos-idosos-brasileiros.html>. Acesso em: 15 out. 2021.

SOUZA, Michele Souza e; MACHADO, Cristiani Vieira. Governança, intersetorialidade e participação social na política pública: o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 23, n. 10, p. 3189-3200, out. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/BjddmZJmvfkYQvkZ5sS9Y4Q/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 15 out. 2021.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAKO, Karine Vaccaro; KAMIMURA, Vivian AKEMI. Levantamento das modalidades assistenciais à

população idosa do município de Maringá-PR. Revista Uningá, v. 10, n. 1, dez. 2006. Disponível em: <http://revista.uninga.br/index.php/uninga/article/view/517>. Acesso em: 28 out. 2021.

TANAKA, Lucas Yuzo Abe; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. O assédio moral ao idoso pelo desrespeito ao direito personalíssimo de envelhecer com dignidade: uma afronta ao princípio da dignidade humana. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito DIREITO/UFRGS, Porto Alegre, v. 11, n. 3, fev. 2016. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/66653>. Acesso em: 2 out. 2021.

THOMAZINI, Maria Clara; CARDIN, Valéria Silva Galdino. O idoso em situação de rua: a consequência do abandono. In: FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; PRUX, Oscar Ivan; MOCHI, Tatiana de Freitas Giovanini (orgs.). Dignidade humana e justiça. Birigui: Boreal, 2020.

TIER, Cenir Gonçalves; FONTANA, Rosane Teresinha; SOARES, Narciso Vieira. Refletindo sobre idosos institucionalizados. Revista Brasileira de Enfermagem, Brasília, v. 57, n. 3, p. 332-335, maio/jun. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/reben/v57n3/a15v57n3.pdf>. Acesso em: 9 out. 2021.

TOSO, João Francisco. Quadro normativo destinado a proteção do idoso no município de Maringá (PR). Revista Espaço Acadêmico, v. 17, n. 199, p. 35-48, 5 dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/34835>. Acesso em: 15 mar. 2020.

VIEIRA, Rodrigo de Sena e Silva. Estereótipos e preconceitos contra os idosos. 2013. 134 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2013. Disponível em: [https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/5953/1/RODRIGO\\_SENA\\_SILVA\\_VIEIRA.pdf](https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/5953/1/RODRIGO_SENA_SILVA_VIEIRA.pdf). Acesso em: 15 mar. 2021.

WALD, Arnoldo. O novo Direito de Família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.



# Caracterização da depressão como doença ocupacional e seus reflexos para o direito do trabalho

---

Cássia Vieira Hecari

*Graduanda do curso de Graduação do Centro Universitário Serra dos Órgãos (Unifeso)*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.124.8

## RESUMO

A finalidade deste estudo é construir uma discussão acerca do desencadeamento e agravamento de transtornos e episódios depressivos em decorrência das relações laborais, abordando os reflexos destes incidentes na esfera jurídico-trabalhista. Já é cediço que o trabalho pode desencadear inúmeras disfunções psicopatológicas vinculadas às condições em que é desempenhado, dentre as quais se destaca a depressão, dado o seu fator incapacitante. O tema é multidimensional, possui transcendência na esfera econômica, empresarial, judicial e também no âmbito dos direitos fundamentais do trabalhador. Dito isto, se faz necessário demonstrar como a atuação do profissional de Direito pode contribuir com a mitigação do contencioso trabalhista em decorrência da depressão ocupacional, especialmente no que diz respeito a adequação do ambiente às normas de saúde e higiene do trabalho.

**Palavras-chave:** depressão. doença ocupacional. direito do trabalho.

## ABSTRACT

The purpose of this study is to build a discussion about the triggering and aggravation of depressive disorders and episodes as a result of labor relations, addressing the legal consequences of these incidents in the legal-labor sphere. It is already known that work can trigger numerous psychopathological disorders linked to the conditions in which it is performed, among which depression stands out, because of its disabling factor. The theme is multidimensional, has transcendence in the economic, business, judicial sphere and also within the scope of individual worker rights. So, it is necessary to demonstrate how the work of the law professionals can contribute to the mitigation of labor litigation, as a result of occupational depression, especially with regard to the adequacy of the environment to occupational health and hygiene standards.

**Keywords:** depression. occupational diseases. labor law.

## INTRODUÇÃO

O trabalho constitui parte imprescindível da organização social humana ao mesmo tempo em que é indeclinável para a subsistência particular de cada indivíduo. É por meio do trabalho que as ordens econômicas são estabelecidas e compelidas a avançar. O ambiente de trabalho, contudo, pode mostrar-se hostil, estressante, e desencadeador de diversos tipos de patologias. Não à toa se fez necessária a elaboração de um rol de doenças deflagradas em virtude de atividades laborais e, conseqüentemente, torna-se indispensável garantir os direitos inerentes a estes acontecimentos, equiparando as doenças ocupacionais a acidentes de trabalho, especialmente para fins previdenciários.

O tema tratado revela-se de grande repercussão jurídica, na medida em que tem gerado inúmeras demandas para a Justiça do Trabalho, sobretudo em razão da dificuldade em caracterizar a depressão como doença ocupacional, diferenciando-a de condições preexistentes ou, ainda, constituir a modalidade concausal da patologia. Não raro, esta dificuldade leva o empregador a cometer dispensas de forma irregular, negligenciando aspectos formais que reverberam

diretamente nos direitos do trabalhador.

Além disso, a atual pandemia de Covid-19 soergue inúmeras discussões acerca da importância do trabalho como regulador do bem-estar social, ante as imposições de confinamento. É certo que a convivência social, sobretudo proporcionada pelo trabalho, é um elemento positivo e substancial para a grande maioria das pessoas. Tal situação, coloca a saúde mental como objeto de grande destaque e mostra que o trabalho não é, tão somente, fonte de mazelas e encargos, mas também de satisfação. A questão em discussão, portanto, não é a mera indicação dos prejuízos do labor, mas diz respeito a importância do ambiente de trabalho saudável e perpassa pela ideia de bem-estar social. Pensar em saúde mental implica elaborar formas de bem-estar, de desenvolvimento humano, de lidar com as emoções e desafios que a vida proporciona e qual a importância do Estado, e do Direito, em toda essa dinâmica.

Outro ponto de enorme vinculação com o tema é o assédio moral no ambiente de trabalho, o que será debatido sob a perspectiva da configuração do dano extrapatrimonial, uma vez que a questão invariavelmente permeia Direitos fundamentais indisponíveis como a dignidade humana e a saúde do trabalhador.

Nesta toada, é importante considerar os diversos fatores de risco que predispõem o trabalhador a desenvolver transtornos depressivos em decorrência do trabalho.

Com o propósito de prover um desenlace para as questões aqui aventadas, examinaremos as alternativas para a promoção de um ambiente de trabalho sadio, possibilidade de utilização de ferramentas de prevenção do contencioso trabalhista, por meio da advocacia preventiva, auditorias, compliance trabalhista e a correta aplicação do Direito nas políticas de gestão de recursos humanos no âmbito do trabalho.

## **DOENÇA OCUPACIONAL E EQUIPARAÇÃO AO ACIDENTE DO TRABALHO**

A fim de compreendermos melhor o conceito de doença ocupacional, cabe contextualizá-la em nosso ordenamento jurídico. O artigo 19º da lei 8.213/1991, dispõe sobre a caracterização do acidente de trabalho, dizendo que o acidente de trabalho é aquele que acontece por meio do exercício do labor a serviço de um empregador, provocando lesão corporal, perturbação funcional capaz de causar morte, perda ou redução, permanente ou temporária da capacidade para o trabalho.

Por conseguinte, o art. 20, incisos I e II da mesma lei, equipara doença profissional e do trabalho com o acidente de trabalho. Nestes termos transcreve-se o trecho da norma, de forma que se considera acidente de trabalho a doença profissional produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho, devendo ser considerado o rol de doenças ocupacionais elaborado pelo Ministério do trabalho e da previdência social. Também é equiparada ao acidente de trabalho a doença do trabalho adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado, cuja doença se relacione com essas especificidades, considerando também o mencionado rol de doenças ocupacionais.

II- Doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

### O conceito de acidente de trabalho trazido pela lei é de acidente típico:

Diante dessa dificuldade conceitual, a lei definiu apenas o acidente do trabalho em sentido estrito, também denominado acidente típico ou acidente-tipo. No entanto, acrescentou dispositivo com sentido mais amplo, indicando outras hipóteses que se equiparam ao acidente típico para efeitos legais. Isso porque a incapacidade também pode surgir por fatores causais que não se encaixam diretamente no conceito estrito de acidente do trabalho, tais como: enfermidades decorrentes do trabalho; acidentes ou doenças provenientes de causas diversas, conjugando fatores do trabalho e extra laborais (concausas); acidentes ocorridos no local do trabalho, mas que não têm ligação direta com o exercício da atividade profissional; acidentes ocorridos fora do local da prestação dos serviços, mas com vínculo direto ou indireto com o cumprimento do contrato de trabalho e acidentes ocorridos no trajeto de ida e volta para o local de trabalho. Como se vê, o legislador formulou um conceito para o acidente do trabalho em sentido estrito, o acidente típico, e relacionou outras hipóteses que também geram incapacidade laborativa, os chamados acidentes do trabalho por equiparação legal.<sup>1</sup>

A norma contida na lei 8.213/1991, além de equiparar a doença ocupacional ao acidente de trabalho, também traz em seu segundo parágrafo a instrução de que, uma vez que determinada doença, não incluída nos incisos supracitados, ocorra em virtude das condições em que o trabalho é executado, correlacionando-se com ele, a Previdência Social deve considerá-la como acidente de trabalho.

Neste sentido, temos que o rol de doenças mencionado no inciso no art. 20º, inciso I da lei 8.213 (referente ao anexo II do Regimento da Previdência Social – lei 3.048/1999) não é taxativo, mas exemplificativo, posto que admite exceções quando há demonstração de nexos causal entre as condições do trabalho executado e a doença.

Conforme afirma Sebastião Geraldo de Oliveira (*apud* Teixeira, 2009)

Doenças profissionais são aquelas peculiares a determinada atividade ou profissão, também chamadas de doenças profissionais típicas, tecnopatias ou ergopatias. O exercício de determinada profissão pode produzir ou desencadear certas patologias, sendo que, nessa hipótese, o nexos causal da doença com a atividade é presumido. É o caso, por exemplo, do empregado de uma mineradora que trabalha exposto ao pó de sílica e contrai a silicose. Já a doença do trabalho, também chamada de mesopatia ou doença profissional atípica, apesar de igualmente ter origem na atividade do trabalhador, não está vinculada necessariamente a esta ou aquela profissão. Seu aparecimento decorre da forma em que o trabalho é prestado ou das condições específicas do ambiente de trabalho. O grupo atual das LER/DORT é um exemplo oportuno das doenças do trabalho, já que podem ser adquiridas ou desencadeadas em qualquer atividade, sem vinculação direta a determinada profissão. Diferentemente das doenças profissionais, as mesopatias não têm nexos causal presumido, exigindo comprovação de que a patologia se desenvolveu em razão das condições especiais em que o trabalho foi realizado. Nas doenças do trabalho as condições excepcionais ou especiais do trabalho determinam a quebra da resistência orgânica com a conseqüente eclosão ou a exacerbação do quadro mórbido, e até mesmo o seu agravamento. Esclarece, ainda, que Diante dos significados específicos de doença profissional e doença do trabalho, a denominação “doenças ocupacionais” passou a ser adotada como o gênero mais próximo que abrange as modalidades das doenças relacionadas com o trabalho.”

## CONCEITO DE DEPRESSÃO

A humanidade, desde sempre, demonstrou empenho em interpretar e compreender o comportamento melancólico, anedótico, triste e apático presentes na depressão, contudo o termo é relativamente novo. Apenas em meados do século 19 os transtornos de ordem mental foram reconhecidos como enfermidades e posteriormente, em 1952, foi elaborado o primeiro

<sup>1</sup> OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. p. 45.



## Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais

No decorrer do tempo, até que houvesse uma relevante evolução da medicina, em especial da psiquiatria, e da psicologia, os transtornos depressivos foram objetos de diversas teorias. Na antiguidade o humor melancólico era tido como loucura ou punição divina.

Hipócrates, considerado o pai da medicina, desenvolveu, segundo Holmes (2001), a teoria humoral, em que o corpo seria constituído por quatro humores: a bile amarela, fleuma, sangue e a bile negra, sendo esta última prevalecente naqueles que possuem humor melancólico (do grego *melan* “negro” e *chole* “bile”). Essa teoria prevaleceu por cerca de dois séculos, até a descoberta da estrutura celular dos seres vivos.

Sueli Teixeira, juíza titular da 1ª Vara do Trabalho de Montes Claros, em artigo publicado no ano de 2007 na revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, denominado “A Depressão no meio ambiente do Trabalho e Sua Caracterização Como Doença Do Trabalho”, nos esclarece que:

O fim do século XVII marcou a história do conhecimento sobre as doenças do trabalho, visto que, em 1700, é publicado o clássico *De Morbis Artificum Diatriba*, considerado o primeiro Tratado sobre as Doenças dos Trabalhadores, do médico italiano Ramazzini (1633-1714), tido como referência até o século XIX. Tempos depois, ele foi considerado o Pai da Medicina do Trabalho, valendo ainda hoje a sua célebre afirmação sobre a necessidade de, na cabeceira da cama de qualquer paciente, perguntar-lhe onde trabalhava para saber se na fonte de seu sustento não se encontrava a causa de sua enfermidade

Freud, considerado “o pai da psicanálise” em seu texto, “Luto e Melancolia” (1917) faz uma associação entre a melancolia (como era chamada a depressão) e o luto, diferenciando os dois conceitos pela ideia de que no luto, em si, há uma perda real de um objeto investido de afeto, enquanto que na melancolia a perda é simbólica e inconsciente:

“No luto, porque o objeto desapareceu, “[...] o mundo se torna pobre e vazio; na melancolia, é o próprio eu” (FREUD, [1917] 1996, p. 251).

O que geralmente chamamos de “Depressão” é, na verdade, uma série de desordens, classificadas como transtornos do humor, que possuem uma gama de condições. De acordo com o *Compêndio de Psiquiatria* (1997), os transtornos depressivos são caracterizados por depressão; tristeza; irritabilidade; retardo psicomotor; e, em casos graves, ideação suicida.

Em 1952 foi publicado o primeiro Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM). O objetivo principal do manual é estabelecer uma linguagem universal sobre enfermidades mentais. Atualmente o Manual DSM encontra-se em sua quinta edição (DSM-V) e será utilizado neste artigo para exemplificar melhor os conceitos ligados à saúde mental.

De acordo com DSM-V “Os transtornos depressivos incluem o transtorno disruptivo da desregulação do humor, transtorno depressivo maior (incluindo episódio depressivo maior), transtorno depressivo persistente (distímia), transtorno disfórico pré-menstrual, transtorno depressivo induzido por substância/medicamento, transtorno depressivo devido a outra condição médica, outro transtorno depressivo especificado e transtorno depressivo não especificado. A característica comum desses transtornos é a presença de humor triste, vazio ou irritável, acompanhado de alterações somáticas e cognitivas que afetam significativamente a capacidade de funcionamento do indivíduo. O que difere entre eles são os aspectos de duração, momento ou etiologia presumida”. (*American Psychiatric Association*, 2014, p.155).

Com relação a variedade de transtornos depressivos citados, aqueles diretamente suscetíveis ao ambiente laboral são: 1) transtorno depressivo maior (incluindo episódio depressivo maior); 2) transtorno depressivo persistente (distímia) e 3) transtornos depressivos não especificados, portanto focaremos nestas condições. Desta forma cabe trazer as definições de cada um desses transtornos de forma sucinta apenas para que seja possível distingui-los com mais clareza.

**O transtorno depressivo maior** é a depressão clássica, caracterizada por episódios sintomáticos discretos, com duração mínima de 2 (duas) semanas, que envolvem mudanças no afeto, cognição, funções neurovegetativas e remissões entre um episódio e outro. O DSM-V prevê que é possível diagnosticar o transtorno depressivo maior com base em apenas um episódio (episódio depressivo maior), entretanto a regra é de que este transtorno seja recorrente, ou seja, trata-se de uma doença potencialmente crônica. Os sintomas incluem sentimento de vazio, desesperança, diminuição do interesse e do prazer em realizar as atividades diárias, perda ou ganho significativo de peso, redução ou aumento de apetite, agitação ou retardo psicomotor, pensamentos de desvalia e ideações suicidas, entre outros. (*American Psychiatric Association*, 2014, p. 160/161).

**O transtorno depressivo persistente (distímia)** é uma manifestação crônica do humor deprimido, pode ser diagnosticado quando o distúrbio de humor continua por pelo menos 2 anos em adultos ou 1 ano em crianças. Este diagnóstico, novo no DSM-5, inclui as categorias de diagnóstico de depressão crônica grave e distímia crônica, os sintomas incluem: fadiga, insônia ou hipersonia, baixa autoestima, baixa concentração e sentimentos de desesperança. (*American Psychiatric Association*, 2014, p. 168).

As desordens classificadas como outro Transtorno Depressivo Especificado, aplicam-se a apresentações clínicas cujo os sintomas característicos de um transtorno depressivo, que causam sofrimento significativo ou prejuízo no funcionamento social, profissional ou em outras áreas importantes da vida do indivíduo predominam, mas não satisfazem todos os critérios para qualquer transtorno na classe diagnóstica dos transtornos depressivos. A categoria “outro transtorno depressivo especificado” é usado nas situações em que o médico responsável pelo diagnóstico opta por comunicar a razão específica pela qual a apresentação não satisfaz os critérios para qualquer transtorno depressivo específico. Isso é feito por meio do registro de “outro transtorno depressivo especificado”, seguido pela razão específica (p. ex., “episódio depressivo de curta duração”) (*American Psychiatric Association*, 2014, p. 184).

O Manual Diagnóstico e Estatístico De Transtornos Mentais (DSM-V) também elenca as possíveis consequências funcionais de cada um destes transtornos, bem como possíveis comorbidades e características mais subjetivas que podem ser desenvolvidas em conjunção com cada um destes transtornos, por exemplo: sintomas ansiosos, melancólicos, psicóticos (congruentes ou não com o humor prevalente).

As consequências funcionais elencadas no DSM-V são circunstâncias que devem ser estudadas, na medida em que refletem as reais implicações que os transtornos de humor podem ter na rotina e no desempenho do trabalhador e em todo o ambiente organizacional. De outro lado, quando há comorbidades relacionadas ao transtorno, é possível apoiar a um diagnóstico real de causa, nexos de causalidade e concausalidade com o ambiente de trabalho, o que é extremamente importante para este tipo de análise. Cabe trazer, desta maneira, um apanhado das

principais consequências funcionais dos transtornos depressivos, o que inclui, em síntese, tanto o Transtorno depressivo maior, quanto a Distímia (ou transtorno depressivo persistente), nos moldes do DSM-V.

Quanto as consequências funcionais do transtorno depressivo maior o DSM-V prevê que:

O prejuízo pode ser muito leve, de maneira que muitos daqueles que interagem com a pessoa afetada não percebem os sintomas depressivos, mas também pode se estender até a total incapacidade do indivíduo, de tal maneira que a pessoa deprimida é incapaz de dar atenção às necessidades básicas de cuidado consigo mesma, chegando ao ponto de catatônica. Entre os indivíduos atendidos em contextos médicos gerais, aqueles com transtorno depressivo maior têm mais dor e doença física e maior redução no funcionamento físico, social e de papéis (American Psychiatric Association, 2014. p. 167).

No que diz respeito as consequências funcionais do transtorno depressivo persistente, o DSM-V prevê que:

O grau em que o transtorno depressivo persistente repercute no funcionamento social e profissional provavelmente varia bastante, porém os efeitos podem ser tão grandes quanto ou maiores do que os do transtorno depressivo maior". (American Psychiatric Association, 2014. P. 170)

Além do manual DSM-V, outra importante ferramenta para classificação de enfermidades em geral, incluindo desordens mentais é Classificação Internacional de doenças (CID). A CID enumera os transtornos depressivos dividindo-os em: Episódio depressivo leve (CID10-F32), Episódio depressivo moderado (CID10-F32.1), Episódio depressivo grave sem sintomas psicóticos (CID10-F32.2), Episódio depressivo grave com sintomas psicóticos (CID10-F32.3), outros episódios depressivos (CID10-F32.8) e Episódio depressivo não especificado (CID10-F32.9).

## **NEXO DE CAUSALIDADE E CONCAUSALIDADE**

Como pôde ser observado, a depressão é múltipla em suas causas e em suas manifestações, pode ser, portanto, desencadeada tanto por fatores de ordem biológica e genética, quanto por fatores psicossociais, estressores e ambientais. Estes três últimos fatores são os que estão intrinsecamente relacionados ao ambiente de trabalho pernicioso, que predispõe ou favorece o adoecimento do trabalhador por depressão. Obviamente quando falamos em ambiente, devemos considerar o trabalho, tanto com relação ao espaço físico e a adequação deste espaço para o exercício das atividades laborais, quanto os fatores organizacionais mais subjetivos, valores, as metas, os cumprimentos das normas, o cuidado e o trato com o próprio empregado.

Em um país em que não é raro encontrar focos de trabalho escravo ou análogos a escravidão, também não é difícil encontrar empresas que possuem estruturas organizacionais excessivamente competitivas, pautadas em cobranças de metas abusivas, com exigências de alta produtividade (por vezes fiscalizadas e cronometradas), pouco ou nenhum tempo de descanso, ambiente insalubre, assédio moral, jornadas extenuantes, acúmulo de funções e total ou parcial inobservância das normas de saúde e higiene do trabalho. Tais fatores são capazes de levar os trabalhadores ao esgotamento mental que repercute prejudicialmente em diversas áreas de suas vidas. Estas organizações podem não necessariamente praticar uma escravização física/corporal destes obreiros ou mesmo ultrapassar incontestavelmente todo o tempo de labor colocado à sua disposição, mas de forma muito específica e subjetiva são capazes de ocupar um espaço

mental significativo na vida de seus empregados, justamente por incutir em suas vidas pessoais uma certa continuidade compulsória com o trabalho, tendo em vista que as suas demandas são, por vezes, tão grandiosas e cobram tanto de quem delas sobrevive que, na prática, revela-se inviável de serem satisfeitas na mesma medida em que são cobradas.

O ambiente descrito acima é apenas exemplificativo, se refere a condutas danosas para a psiquê dos trabalhadores e que podem potencializar o desenvolvimento de transtornos depressivos.

Nesta toada, é indispensável que se investigue se a causa é, de fato, ocupacional e, caso seja, se tratasse unicamente deste fator ou, ainda, se há doença preexistente ou algum aspecto que alcance o diagnóstico de concausalidade.

Segundo Sebastião Geraldo de Oliveira, o nexa causal é o vínculo que se estabelece entre a execução do serviço (causa) e o acidente de trabalho ou doença ocupacional (efeito) (Oliveira, Sebastião Geraldo de. 2021, p. 178). Isto é, voltando ao conceito de doença ocupacional, percebe-se que o nexa de causalidade é fator constituinte deste termo (doença ocupacional), não há doença ocupacional sem nexa de causalidade.

O nexa de causalidade decorre diretamente de uma relação de causa e efeito advinda da execução e de condutas adotadas no ambiente de trabalho. Havendo nexa causal entre o trabalho e a patologia, está configurado o nexa de causalidade.

Há também o instituto da Concausa, que presume outros fatores, em que o trabalho de alguma forma contribui para o adoecimento ou piora a condição patológica do trabalhador. Na concausalidade a doença ocupacional também ocorre por conta do trabalho, mas de forma conjugada com outras causas (extralaborais). A modalidade concausal encontra-se prevista no artigo 21, inciso I da Lei 8.213/1991.

No que diz respeito a caracterização da depressão como doença ocupacional na modalidade concausal, o que geralmente acontece é que o trabalhador já possui o transtorno depressivo que é agravado pelas condições de seu trabalho.

## **POSSIBILIDADE E CARACTERIZAÇÃO DA DEPRESSÃO COMO DOENÇA OCUPACIONAL**

Há uma grande dificuldade em caracterizar a depressão como doença ocupacional, uma vez que o principal pressuposto para isso está em estabelecer o nexa de causalidade, cuja a causa e efeito se dão de maneira direta, ou o nexa de concausalidade, em que causa e efeito de alguma se relacionam com o ambiente de trabalho de forma não exclusiva.

Conforme leciona Gustavo Filipe Barbosa Garcia, observa-se um nítido descompasso entre o acentuado avanço médico científico nessa área, quando comparado com o, ainda insuficiente, desenvolvimento jurídico legislativo no tratamento do tema. (Garcia, Gustavo Filipe Barbosa, 2011, p. 139).

Atualmente o rol de doenças ocupacionais consta no decreto 3.048/99 do regimento da previdência social, cabe mencionar que este rol prevê a depressão como doença ocupacional quando relacionada a exposição a fatores químicos tóxicos como Tolueno e outros solventes

aromáticos neurotóxicos<sup>2</sup>.

Salienta-se, contudo, que o rol de doenças ocupacionais trazidas pelo decreto 3.048/99 é meramente exemplificativo, portanto o que se observa é que, no caso em que a depressão não é causada da forma especificada no decreto, geralmente é necessário que se faça o reconhecimento da caracterização ocupacional da patologia pela via judicial, pois raramente o empregador reconhece o quadro de ofício.

Diante disso, é possível dizer que a depressão tende a ser considerada doença do trabalho por meio da intervenção do judiciário, que deverá considerar os fatores desencadeantes da patologia no ambiente de trabalho e com escopo no art. 20, parágrafo 2º da lei 8213/91, a partir do nexa causal.

## **AFASTAMENTO DO TRABALHO, DIREITOS TRABALHISTAS E IMPLICAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS**

Quando constatada a incapacidade temporária para o trabalho e a necessidade de afastamento das atividades laborais em decorrência de algum transtorno depressivo, há duas possibilidades: se a patologia não tiver vínculo com o ambiente de trabalho, o trabalhador, após passar pela perícia técnica e comprovado o seu estado de saúde, passa a ter direito a receber o auxílio por incapacidade temporária (espécie 31) - nova nomenclatura dada ao auxílio-doença previdenciário, dada pela reforma trabalhista de 2019 - a partir do 15º dia de afastamento. Nestes casos, há necessidade de que o segurado tenha, via de regra, no mínimo 12 (doze) contribuições junto ao INSS, isso significa dizer que há um período de carência para que o segurado receba o auxílio por incapacidade temporária.

Por outro lado, caso a patologia seja de cunho profissional, com causa ou agravamento na atividade profissional, deve ser concedido o auxílio por incapacidade temporária acidentária (espécie 91) – termo cunhado pela reforma trabalhista de 2019 em substituição ao termo auxílio-doença acidentário.

Diferente do auxílio por incapacidade temporária, o auxílio por incapacidade temporária acidentário independe de carência<sup>3</sup>, assegura ao beneficiário a estabilidade provisória de 12 meses após cessação do benefício<sup>4</sup>, a respeito da estabilidade provisória Sebastião Geraldo de Oliveira explica que:

Essa estabilidade provisória veio em resposta a um comportamento comum das empresas em promover a dispensa do empregado acidentado, logo após a alta concedida pela Previdência Social. E o motivo dessa atitude é facilmente identificado: o trabalhador acidentado que retorna ao serviço após o período de afastamento encontra-se inseguro, receoso, fora do ritmo de trabalho dos demais colegas, de forma semelhante ao motorista que volta a dirigir após um acidente de trânsito. Quando se trata de doença ocupacional, há, também, o medo de que o retorno ao ambiente faça reaparecer a enfermidade. Naturalmente, diante desse quadro de apreensões, o trabalhador oferece baixa produtividade, erra mais e, por consequência, exige acompanhamento mais rigoroso da chefia. Enfim, durante um bom tempo não será um empregado “desejável”.

Também será devida, ao empregado que fizer jus ao auxílio por incapacidade temporária

<sup>2</sup> Anexo II - agentes patogênicos causadores de doenças profissionais ou trabalho – lista A, item III – 11.

<sup>3</sup> Art. 26 da lei 8.213/91, II.

<sup>4</sup> Art. 118 da lei 8.213/91.

acidentário, a manutenção dos depósitos de FGTS<sup>5</sup>, contagem do tempo de afastamento como tempo de serviço para cômputo de férias nos termos do art. 131, III e 133, IV da CLT.

Além de fazer jus ao benefício acidentário o trabalhador que desenvolver depressão em virtude do trabalho poderá pleitear indenização por danos morais em reclamação trabalhista, havendo também a possibilidade de que o empregador seja obrigado arcar com o custeio de despesas médicas.

Há distinção também quanto aos segurados elegíveis para perceber cada um destes benefícios.

No caso do auxílio por incapacidade temporária, basta que o trabalhador possua a qualidade de segurado, atenda ao período de carência e que seja constatada a incapacidade temporária para o trabalho. No caso de auxílio por incapacidade temporária acidentário, há de se observar a qualidade do segurado, pois os Contribuintes individuais e facultativos não possuem direito ao benefício.

Os demais contribuintes, empregados urbanos e rurais, inclusive o microempreendedor individual, empregado doméstico, segurado especial e trabalhador avulso, possuem direito ao auxílio por incapacidade temporária acidentário, desde que preenchidos os demais requisitos legais.

Ambos os benefícios são concedidos considerando que o fato gerador está relacionado a incapacidade para o trabalho e, portanto, há necessidade de substituição da verba salarial do empregado, desta forma a lei estabeleceu que o valor destes benefícios previdenciários será calculado sobre 91% do chamado salário de benefício, conforme versa o art. 61 da lei 8.213/91.

Tendo em vista as inúmeras diferenças entre estes dois benefícios, o correto enquadramento do evento que deu causa a patologia é de extrema importância para resguardar os direitos do trabalhador.

Da análise destes dois institutos previdenciários, é possível reconhecer que o auxílio por incapacidade temporária acidentário é uma figura híbrida do auxílio por incapacidade temporária (antigo auxílio-doença previdenciário) com o auxílio-acidente, contendo características de ambos, com o objetivo de atender melhor a situação fática que é demandada pelo segurado. O auxílio por incapacidade temporária acidentário, não possui carência e gera estabilidade temporária, bem como acontece com o auxílio-acidente, contudo, sua natureza não é indenizatória, pois uma vez que há necessidade de afastamento do trabalhador, é necessário que o benefício substitua a remuneração do empregado, como acontece com o auxílio por incapacidade temporária, ou seja, a natureza do auxílio por incapacidade temporária acidentário é substitutiva e eventuais indenizações devem ser tratadas pelo Poder Judiciário.

## **DO DANO MORAL: DEMISSÃO INDEVIDA E O RECONHECIMENTO DA DEPRESSÃO NO ÂMBITO JUDICIAL**

O dano moral e sua consequente indenização encontram-se previstos no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal que diz:

<sup>5</sup> Art. 15, §5 da lei 8.036/90 e Art. 28, III do Decreto 99.684/90.

São invioláveis a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. O código Civil também prevê o dano moral no artigo 186, aduzindo que: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Como nos ensina o Manual de Direito Civil (FARIAS, NETO e ROSENVALD, 2019, p. 937), o dano moral carece de conceituação objetiva na legislação e sua evolução foi sendo construída por meio da jurisprudência e das contribuições contínuas dos juristas por várias gerações.

Dano moral ou dano extrapatrimonial é aquele que atinge o outro em sua subjetividade, para além do seu patrimônio material, sendo assim, pautado na ideia de proteção da dignidade humana, um dos principais pilares da Constituição Federal brasileira. Pode-se dizer que o dano suportado é, tão logo, pressuposto para a reparação indenizatória, sendo esta uma questão que encontra respaldo no instituto da responsabilidade civil, sobretudo nos artigos supramencionados.

Citando Yussef Said Cahali, Sebastião Geraldo de Oliveira (2021, p.290) afirma que:

“Tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza, no desprestígio, na desconsideração social, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico (...)

Muito embora normalmente não haja fixação legal de um quantum indenizatório legal preestabelecido, dada a subjetividade da matéria e necessidade de análise do caso concreto, no âmbito do trabalho é importante destacar que, com a chamada reforma trabalhista de 2017 (Lei 13.467/2017), houve uma tentativa de fixar parâmetros nas ações indenizatórias, tendo como critério o salário do ofendido. Tal situação se deu com a introdução de parte do artigo 223-G na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

A inovação legislativa, entretanto, não vem sendo acolhida pelos Tribunais Regionais do Trabalho, que têm reiteradamente declarado o dispositivo inconstitucional no que tange aos parágrafos 1º ao 3º. O tema está sendo tratado pelo STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6050 e 6082.

Nas ações de indenização por danos morais fundadas na ocorrência depressão ocupacional ou nas ações cujo o pedido de indenização seja acessório, é imprescindível que haja a caracterização de nexos de causalidade, isso porquê, além de a depressão ser uma doença de origens muito variadas, o nexo de causalidade já é originariamente um pressuposto considerável para o direito à indenização por danos morais. No caso da depressão, a indenização é admitida tanto na modalidade causal quanto na concausa, sendo, contudo, nem sempre fácil de ser comprovada devido à ausência de provas substanciais capazes de traçar o liame entre o ambiente de trabalho ou tratamento dispensado ao trabalhador e o dano sofrido, já que a doença pode ter causas preexistentes.

## SÍNDROME DE BURNOUT

“*Burnout*” é um termo que se refere metaforicamente à exaustão e ao esgotamento. No caso da “*Síndrome de Burnout*”, a exaustão e esgotamento que advém do trabalho. O termo em

inglês faz alusão a algo que foi exaurido, uma energia que fora esgotada.

É importante abordar o assunto neste artigo justamente para tratar de suas similitudes com a depressão e também de suas diferenças, tendo em vista que tanto a Síndrome de Burnout quanto a depressão são acometimentos psíquicos com sintomatologia próximas e cuja a causa de uma pode se relacionar à outra. Há até mesmo a possibilidade de confundi-las ou de que ambas acometam o mesmo indivíduo de maneira a configurarem-se comorbidades.

Recentemente, em janeiro de 2022 a Organização Mundial de Saúde atribuiu à Síndrome de *Burnout* a CID-11, sendo, a partir de então, o *Burnout* incorporado a lista de doenças ocupacionais. Isso significa dizer que, havendo essa classificação, há um apelo maior ao reconhecimento do nexos de causalidade entre o *Burnout* e a execução do trabalho, uma vez que a Síndrome, por definição é ocupacional. Assinala-se, porém, que diferente do que se pode inferir num primeiro momento, o nexos de causalidade não é presumido, uma vez que não se trata de doença profissional e sim de doença do trabalho (doença profissional atípica).

Não obstante, diante deste cenário, é mais prudente que, uma vez que exista o diagnóstico e necessidade de afastamento do trabalhador, o empregador faça a emissão da CAT e encaminhe o funcionário ao INSS para realização de perícia que deverá culminar no afastamento e percepção de auxílio por incapacidade temporária acidentário

A Síndrome de *Burnout* possui sintomas muito semelhantes aos dos transtornos depressivos, mas tem por característica constitutiva ser uma doença decorrente do labor, ou seja, o profissional que desenvolve *Burnout*, necessariamente o fez em decorrência do trabalho desempenhado, pois a Síndrome de *Burnout* é a síndrome da estafa do trabalho.

Segundo Christina Maslach (apud. FRANCO, *Márcia Villar et al*), psicóloga americana, conhecida como uma autoridade no assunto, o *Burnout* é:

[...] um fenômeno psicossocial que ocorre como resposta crônica aos estressores interpessoais advindos da situação laboral, uma vez que o ambiente de trabalho e sua organização podem ser responsáveis pelo sofrimento e desgaste que acometem os trabalhadores.

De maneira diversa, a depressão é reconhecidamente multifatorial e nem sempre é tão simples de estabelecer o nexos de causalidade entre o acometimento da patologia e o ambiente de trabalho

Apesar da incorporação da Síndrome de *burnout* à lista de doenças ocupacionais da OMS ser recente, o Tribunal Superior do trabalho já vinha reconhecendo o *Burnout* como uma Síndrome de cunho ocupacional há muitos anos, como pode ser visto no julgado abaixo de 2015, que também pauta sua decisão nos estudos da psicóloga Christina Maslach:

SÍNDROME DE BURNOUT. DOENÇA OCUPACIONAL EQUIPARADA A ACIDENTE DE TRABALHO. VALOR ARBITRADO À CONDENAÇÃO. R\$ 30.000,00 (TRINTA MIL REAIS), A TÍTULO DE DANOS MORAIS, REDUZIDO PARA R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS) PELO TRIBUNAL REGIONAL. STRESS OCUPACIONAL E QUALIDADE DE VIDA NO TRABALHO. MAJORAÇÃO DEVIDA. R\$ 60.000,00 (SESSENTA MIL REAIS). Dallegrave Neto define o *burnout* como “um esgotamento profissional provocado por constante tensão emocional no ambiente de trabalho”, ocasionado por um sistema de gestão competitivo, com sujeição do empregado às agressivas políticas mercantilistas da empresa. Segundo Michael P. Leiter e Christina Maslach “a carga de trabalho é a área da vida profissional que está mais diretamente associada à exaustão. Exigências excessivas de trabalho provenientes da qualidade de trabalho, da intensidade dos prazos ou da complexidade do trabalho exaurem a energia pessoal”. Os autores também identificam que, do ponto de



vista organizacional, a doença está associada ao absenteísmo (faltas no trabalho), maior rotatividade, má qualidade dos serviços prestados e maior vulnerabilidade de acidentes no local de trabalho. A síndrome de *burnout* integra o rol de doenças ocupacionais do Ministério do Trabalho e Emprego. Está inserida no Anexo II do Regulamento da Previdência Social. O mencionado Anexo identifica os agentes patogênicos causadores de doenças profissionais ou do trabalho, conforme previsão do artigo 20 da Lei nº 8.213/91. [...] (TST - 2ª Turma DEJT 08/05/2015 - RECURSO DE REVISTA RR 9593320115090026, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta).

Christina Maslach em associação com Susan Jackson, chegou a desenvolver um instrumento de avaliação psicométrica e diagnóstico, com objetivo de aferir a predisposição de um indivíduo desenvolver Síndrome de *Burnout*. O teste se chama *Maslach Burnout Inventory* (MBI) e é baseado em variáveis que respondem às três dimensões do *Burnout* formuladas por Malash: Exaustão emocional, despersonalização e Baixa realização pessoal<sup>6</sup>.

De forma diversa, a depressão é reconhecidamente multifatorial, logo, nem sempre é simples estabelecer o nexo de causalidade entre o acometimento da patologia e o ambiente de trabalho. Desta forma, embora a depressão possua uma sintomatologia bastante típica, não é tão simples estabelecer seu caráter ocupacional. Some-se a isso ao fato de que: cabe ao reclamante o ônus de provar o nexo de causalidade, o empregador na maioria das vezes não emite a CAT e o INSS nem sempre investiga corretamente as causas que levaram ao desenvolvimento da patologia, para que haja o enquadramento na modalidade acidentária.

Diante da resistência do empregador em notificar doenças de origem ocupacional, é importante ressaltar que há também responsabilidade de a perícia do INSS estabelecer o caráter ocupacional da depressão por meio Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário, ainda que a CAT não tenha sido emitida pelo empregador.

Lei 8.213/1991: Art. 21-A A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexo técnico epidemiológico entre o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a atividade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças - CID, em conformidade com que dispuser o regulamento.

Para fins de contextualização, segundo o site do INSS,

Nexo Técnico Epidemiológico ou apenas Nexo técnico Previdenciário é o nexo estabelecido entre a doença e o trabalho no âmbito da previdência social, capaz de caracterizar um benefício por incapacidade como de natureza acidentária. São eles: I – nexo técnico profissional ou do trabalho – fundamentado nas associações entre doenças e exposições constantes das listas A e B do anexo II do Decreto nº 3.048/99; II – nexo técnico por doença equiparada a acidente de trabalho ou nexo técnico individual – decorrente de acidentes de trabalho típicos ou de trajeto, bem como de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele relacionado diretamente, nos termos do § 2º do art. 20 da Lei nº 8.213/91; III – nexo técnico epidemiológico previdenciário – aplicável quando houver significância estatística da associação entre o código da Classificação Internacional de Doenças – CID e o da Classificação Nacional de Atividade Econômica – CNAE, fundamentado na lista C do Anexo II do Decreto nº 3.048/1999.<sup>7</sup>

É importante salientar que de acordo a Ordem de Serviço INSS/DSS n. 621/1999, todos os casos com diagnóstico firmado de doença profissional ou do trabalho devem ser objeto de emissão da CAT.

<sup>6</sup> CARLOTTO, Mary Sandra; CÂMARA, Sheila Gonçalves. *Psicométricas do Maslach Burnout Inventory em uma amostra multifuncional*.

<sup>7</sup> Disponível em: <https://www.gov.br/inss/pt-br/saiba-mais/seus-direitos-e-deveres/nexos-tecnicos-previdenciarios>

## A IMPORTÂNCIA DO ADVOGADO E FERRAMENTAS PARA PREVENÇÃO DE DEMANDAS CONTENCIOSAS

É justamente porque os transtornos depressivos são acometimentos de difícil determinação causal, em que nem sempre é possível verificar sua gênese com total materialidade, que é ainda mais necessário que o Estado, de maneira geral, e as instituições empregadoras, invistam na prevenção do problema.

Foi possível observar que o enquadramento incorreto da depressão, para fins trabalhistas e previdenciários, pode ser extremamente danoso para o trabalhador e, ainda, ensejar ações de reintegração e indenização contra os empregadores. Considerando todos estes fatores, é necessário encontrar novas formas de compreender, pensar e intervir para o desenvolvimento de uma possível solução para a situação ou mesmo para sua mitigação, já que este é um problema que fere instâncias individuais, empresariais e jurídicas da sociedade.

Uma das ferramentas disponíveis em ascensão é o chamado *Compliance* trabalhista.

O *Compliance*, de modo geral, é uma ferramenta de governança corporativa. O termo, em inglês, deriva do verbo “*to comply*” e significa cumprir ou pôr em “conformidade.”

*Compliance* trabalhista nada mais é que a criação de estratégias que visam adequar os processos organizacionais de uma entidade empresarial às normas, leis e regulamentos e princípios que regem as relações trabalhistas vigentes, incluindo as normas de higiene e saúde do trabalhador.

Não há uma regra que regule qual o profissional adequado para exercer a função de *Compliance officer* (termo designado para o profissional gestor de compliance), mas tratando-se de um processo de adequação à legislação, o advogado, especializado em Direito do trabalho é, sem dúvidas, o profissional mais indicado.

Obviamente, a implementação de um processo de *Compliance* denota esforço não somente do profissional de Direito, mas deve ser coordenado por toda a gestão da empresa para que seja possível alinhar os objetivos corporativos junto aos empregados, até porque, no contexto da aplicação de tais normas, é imperativo que haja uma busca pela coerência tanto com relação as regras que possuem o cunho de promover bem-estar aos empregados, quanto com as que visam prevenir o aumento do passivo trabalhista por meio do nivelamento das práticas empresariais com a legislação.

Trata-se, portanto, de engendrar boas práticas organizacionais que podem ser desenhadas para uma estrutura empresarial específica, considerando sua expressão econômica, quantidade de funcionários, complexidade de processos, e claro, sobretudo, o interesse de buscar um ambiente de trabalho mais saudável, mais ético e menos arriscado para todos.

Um bom ambiente de trabalho, ético e bem planejado eleva a instituição, diminui a rotatividade de funcionários, diminui o absenteísmo e previne o passivo trabalhista.

Nesta seara, os profissionais especializados em *Compliance* trabalhista, geralmente advogados, buscam fornecer subsídios para tomada de decisões de alta complexidade que irão fomentar toda a cultura empresarial a ser disseminada a partir da administração<sup>8</sup>, a fim de evitar

<sup>8</sup> BLOK, Marcella. *Compliance e Governança Corporativa: atualizada de acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846)*

situações que possam gerar litígios que representam perdas financeiras por descumprimento de normas.

A implementação de um programa *Compliance* trabalhista passa pela necessidade de uma *due diligence*, uma espécie de auditoria, que visa levantar os riscos envolvidos na atividade, na forma como ela é feita, e a partir deste levantamento, identificar o que está em desconformidade com a legislação vigente, adequando processos e condutas para enquadrá-las com estas as normas.

É necessário pontuar que o *Compliance* abarca a necessidade de adequar o ambiente de trabalho a todas as normas de higiene e proteção ao trabalhador e convenções trabalhistas, ainda que, inicialmente isso venha significar um gasto para a empresa, trata-se, na verdade, de um investimento em prevenção ao passivo trabalhista.

Se por um lado não se pode simplesmente aniquilar a possibilidade de adoecimento em decorrência do trabalho, por outro lado, é possível minimizar os riscos por meio de uma gestão mais humanizada, que é benéfica para empregado, para o empregador e para o Estado, tendo em vista que o judiciário se encontra abarrotado de demandas trabalhistas, cujo ensejo é o adoecimento frequente do trabalhador.

Necessário enfatizar que um bom ambiente de trabalho não é apenas um ambiente em conformidade com a legislação, é preciso investir na preservação e integridade dos profissionais que dedicam uma grande parcela de suas vidas para fazer engrenagem econômica funcionar, seja por uma questão humanitária, seja porque o afastamento do empregado gera custos altíssimos para o empregador e para o Estado, daí decorre também o interesse pragmático e estratégico de fomentar práticas que resultem em um ambiente de trabalho menos nocivo.

Sobre estes custos diz Sebastião Geraldo de Oliveira (2021, p.32) que:

(...) há um custo econômico extraordinário que ultrapassa anualmente 1 trilhão de dólares americanos, por volta de 4% do PIB Global, o que demonstra a necessidade urgente de adoção de políticas efetivas voltadas para o enfrentamento do problema. Como enfatizou a Dra. Sameera Maziadi Al-tuwajri, diretora do programa de segurança e saúde no trabalho da OIT, “a experiência demonstra que a maior parte destes acidentes é previsível”, enfatizando, ademais, que “os acidentes não são parte do trabalho.”

Além do processo de *Compliance* destacam-se como medidas favoráveis a um ambiente laboral saudável, a criação de espaços de descanso (físicos e temporais – pausas no horário de trabalho), gestão das pressões cotidianas (com divisão equitativa da carga de trabalho entre as equipes), desenvolvimento de um plano de carreiras que motive o trabalhador a desenvolver competências, instituição de benefícios que assegurem a manutenção da saúde e melhore as condições de vida do trabalhador (como plano de saúde, convênios com academias e farmácias). A respeito da instituição de benefícios para o empregado cabe fazer uma observação: oferecer benefícios extras como, por exemplo, cestas básicas, vale-refeição/alimentação e plano de saúde, pode parecer efêmero diante de uma realidade em que a maioria das pessoas não ganha o mínimo para se alimentar e ter moradia digna, direitos estes que (dentre outros) o salário-mínimo deveria ser capaz de suprir, entretanto para quem tem muito pouco, um pouco mais pode significar bastante.

---

e o Decreto-Lei 83421/2015. 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017, p. 15.

Também, é importante que o empregador promova pesquisas de satisfação junto aos funcionários e uma dirija a instituição de forma humanizada, com implementação de políticas de proximidade e inclusão especialmente para aqueles que, apesar de possuírem alguma desordem emocional ou até mesmo neuro atipicidades, têm plena capacidade de desenvolvimento ou até mesmo possibilidade de melhora diante de um vínculo com um ambiente de labor saudável.

Há empresas de consultoria que medem e emitem certificados para empresas com ambientes agradáveis, o que vai além da noção de um lugar saudável. É o caso da *Great Place to Work* (GPTW) – Ótimo lugar para trabalhar - que fornece um selo a partir de um processo de certificação que basicamente informa que aquela empresa possui uma boa cultura organizacional e um bom ambiente de trabalho.

O processo para obtenção do selo passa pela chancela dos funcionários que respondem anonimamente sobre como é o ambiente de trabalho daquela instituição. Além disso, o selo é temporário, ou seja, se a empresa quiser ostentar o certificado de possuir um bom ambiente de trabalho deverá se submeter constantemente a avaliação dos seus colaboradores, dentre outros critérios. Há, ainda, um ranking no site da GPTW que fornece informações sobre as melhores empresas para se trabalhar de acordo com a região e o setor.<sup>9</sup>

Muito embora os dados e certificações fornecidos por empresas de gestão de recursos humanos, como a GPTW, não possuam qualquer avaliação do Estado, o fato de que elas existem e possuem inclusive um ranking disputado, denota uma preocupação crescente do empregador com o ambiente de trabalho e sobretudo de formalizar processos que evidenciem o seu cuidado com o empregado, ainda que de forma privada.

O trabalho é primordial para a sociedade, mas deve ser visto de uma perspectiva mais colaborativa e menos competitiva, como vem sendo pautado pela política neoliberal, pois esse modelo tem se chocado com o bem-estar social.

É necessário pensar e colocar em prática novos modelos de relações organizacionais, contudo enquanto não se chega a um “estado ideal” cabe ao profissional do direito observar não só a norma, mas também conjunturas fáticas que denotem uma situação de fragilidade e injustiça contra o empregado, e levantar-se contra arbitrariedades, inclusive quando, em um primeiro momento, a norma aparentemente autoriza o ato arbitrário, isso porquê a essência do direito do trabalho é proteger a relação trabalhista, relação na qual o trabalhador encontra-se em posição de maior vulnerabilidade, do mesmo modo o advogado que trabalha na prevenção do contencioso trabalhista deve orientar o empregador no sentido de corrigir condutas que possam prejudicar a relação de trabalho.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito se discute a respeito da correspondência do trabalho com o adoecimento mental, contudo as reflexões não podem ser limitadas apenas ao campo teórico. É necessário produzir soluções para tratar e prevenir o adoecimento oriundo do labor.

Do presente estudo se extrai que o modelo de gestão do trabalho herdado ao longo da

<sup>9</sup> Informações disponíveis em:

[https://conteudo.gptw.com.br/jornada?\\_ga=2.192941293.1722896559.1656376858-1293234030.1656376858](https://conteudo.gptw.com.br/jornada?_ga=2.192941293.1722896559.1656376858-1293234030.1656376858)

<https://gptw.com.br/ranking/melhores-empresas/>

história é bastante desafiador para a saúde mental dos trabalhadores em geral, independentemente de haver predisposição para o desenvolvimento de psicopatologias como a depressão.

É necessário, portanto, que os profissionais da área se empenhem em encontrar sustentabilidade entre as forças e recursos humanos e a necessária continuidade desta atividade que sustenta economicamente a sociedade, sobretudo os profissionais do direito, incluindo o próprio judiciário, devem estar atentos a possíveis ameaças e retrocessos na legislação, bem como devem os advogados ajudar no processo de conformidade dos empregadores e empresas com relação aos direitos inerentes a relação de trabalho, a fim de que este não se configure apenas como algo penoso do qual não se pode escapar.

Além disso, é preciso estar ciente de que a integridade física e psicológica de um trabalhador perpassa suas relações com a higidez de seu ambiente de trabalho, mas afetado por ele. Portanto, a caracterização da depressão como doença ocupacional precisa ganhar contornos mais claros e delimitados, pois este assunto tem sido eminentemente tratado pelo Poder Judiciário por oportunidade das reclamações trabalhistas, quando deveria ser abordado na esfera legislativa, pela própria iniciativa privada e até mesmo no meio acadêmico, pois o adoecimento psíquico do trabalho trata de um direito indisponível que repercutem e são amargados em cada uma dessas esferas.

## REFERÊNCIAS

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. Manual Diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5 (5a ed.; M.I.C. Nascimento, Trad.). Porto Alegre, RS: Artmed, 2014.

BLOK, Marcella. Compliance e Governança Corporativa: atualizada de acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846) e o Decreto-Lei 83421/2015. 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017, p. 15.

BRASIL, Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)

BRASIL, Lei 13.467 de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm)

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. Ordem de Serviço nº 621, de 05 de maio de 1999. Manual de Instruções para preenchimento da Comunicação de Acidente de Trabalho – CAT.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6050/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6082/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes.

CARLOTTO, Mary Sandra; CÂMARA, Sheila Gonçalves. Psicométricas do Maslach Burnout Inventory em uma amostra multifuncional. c2007; Disponível em: <https://www.scielo.br/j/estpsi/a/vMsPKLc8k5mdgTZ8rBngVg/?lang=pt&format=html>. Acesso em 30 de maio de 2022.

ESTEVES, CAVALCANTE FERNANDA. Depressão numa contextualização contemporânea. Aletheia n.24 Canoas dez. 2006. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-03942006000300012](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-03942006000300012)>. Acesso em: 30 de maio de 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Braga. Manual de Direito Civil – Volume Único. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

FRANCO, Márcia Villar. *et al.* Síndrome de Burnout e seu enquadramento como acidente do Trabalho. ed.17 São Paulo. Rev. Intraciência, Revista Científica. 2019. Disponível em: < [https://uniesp.edu.br/sites/\\_biblioteca/revistas/20190312105103.pdf](https://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20190312105103.pdf)>

FREUD, SIGMUND. Luto e Melancolia. Edição Standard Brasileiras das Obras Completas de Sigmund Freud, V. XIV. Rio de Janeiro, RJ: Imago, 1917 [1915]/1974.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa, Meio Ambiente do Trabalho: Direito, Segurança e Medicina do Trabalho. 3 eds. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2011.

GOULART Junior, Edward, Considerações sobre o transtorno depressivo no trabalho. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0303-76572009000100009](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572009000100009)>. Acesso em: 29 de abril de 2021.

LIMA, R, A; SCHWARZ, R, G. Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho III- XXVI Encontro Nacional do Conpedi Brasília, pag: 1-22, Brasília - DF, 2017.

MACHADO, E, D; FERREIRA, V, R; LEAL, C, R, F. Eficácia de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais. XXVIII Congresso Nacional do Conpedi, Belém- PA, pag: 8-10-12, 2019.

MARQUEZE, Elaine Cristina. Satisfação no trabalho - uma breve revisão, Revista Brasileira de Saúde Ocupacional, 06/12/2012, disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbso/a/M8DvvS9XBrtqBryT6yGYg5n/?lang=pt>> acesso em: 30 de maio de 2022.

SADOCK, BENJAMIN J; SADOCK, VIRGINIA A. Compêndio de psiquiatria: ciência do comportamento e psiquiatria clínica. 11. ed. Porto Alegre: Artmed, 2017.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional. 12. ed. São Paulo: JusPodivm, 2019.

TEIXEIRA, Sueli. A Depressão no meio ambiente do trabalho e sua caracterização como Doença do Trabalho. Revista Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.46, n.76, p.27-44, jul./dez.2007. Disponível em: <[https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_76/Sueli\\_Teixeira.pdf](https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Sueli_Teixeira.pdf)>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

HOLMES, D. S. Psicologia dos Transtornos Mentais. 2 eds. Porto Alegre: Artes Médicas Editora, 2001.



# **Criticismo e teoria deontológica: Direito e Moral na filosofia de Kant**

## **Criticism and deontological theory: Law and Moral in Kant's philosophy**

---

Ednan Galvão Santos

*Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Doutorando em Filosofia pela Universidade do Porto. Advogado e professor universitário. Investigador colaborador do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.124.9

## RESUMO

O presente estudo se propõe a analisar o criticismo e a teoria ética deontológica no pensamento de Immanuel Kant, com ênfase na distinção defendida por este autor entre os campos da Moral e do Direito. Está dividido o desenvolvimento deste estudo em três partes. A primeira delas concerne ao exame das contribuições conciliatórias do criticismo kantiano. Nesta etapa, são apresentadas as posições intermediárias do autor diante de conhecidos antagonismos construídos pela tradição filosófica, tais como a oposição entre dogmatismo e ceticismo, entre empirismo e racionalismo e, ainda, entre realismo e idealismo. O segundo tópico se refere à definição da teoria ética de Kant como uma teoria tipicamente deontológica. Esta etapa perfaz pressuposto de compreensão necessário à temática subsequente, presente no terceiro estágio deste estudo, concernente à distinção entre Moral e Direito de acordo com Kant. Sem pretender exaurir as temáticas aqui abordadas, este artigo tem o objetivo de oferecer uma humilde contribuição aos leitores interessados nas pesquisas kantianas.

**Palavras-chave:** direito. moral. normatividade. criticismo. Kant.

## ABSTRACT

This study aims to analyze the criticism and ethical deontological theory in the thought of Immanuel Kant, with emphasis on the distinction defended by this author between the fields of Morals and Law. The development of this study is divided into three parts. The first of these concerns the examination of conciliatory contributions to make Kantian criticisms. At this stage, the author's intermediate positions are presented in the face of known antagonisms constructed by the philosophical tradition, such as the opposition between dogmatism and skepticism, between empiricism and rationalism, and also between realism and idealism. The second topic refers to the definition of Kant's theory as a typically deontological theory. This stage is the assumption of understanding necessary to the subsequent theme, present in the third stage of this study, concern with the distinction between moral and Law according to Kant. Without intending to exhaust the themes discussed here, this article aims to offer a humble contribution to readers interested in Kantian research.

**Keywords:** law. moral. normativity. criticism. Kant.

## INTRODUÇÃO

Immanuel Kant nasceu em 22 de abril de 1724, na cidade de Königsberg, importante centro comercial, porto militar e cidade universitária localizada perto da costa sudeste do mar báltico. Outrora capital da antiga Prússia Oriental, atualmente integra a Rússia e denomina-se Kaliningrado. Relativamente cosmopolita, esta característica de sua cidade natal assemelhava-se à vocação teórica de Kant, sempre preocupado, como é próprio dos pensadores iluministas, com categorias, temas e aspirações alegadamente universais, como o imperativo categórico, a dignidade da pessoa humana e a paz perpétua.

O presente estudo se propõe a analisar o criticismo e a teoria ética deontológica no pensamento de Immanuel Kant, com ênfase na relação desenvolvida por este autor entre o campo



da Moral e a seara do Direito. Está dividido o desenvolvimento deste estudo em três partes. A primeira delas concerne ao exame das contribuições conciliatórias do criticismo kantiano. Nesta etapa, são apresentadas as posições intermediárias do autor diante de conhecidos antagonismos construídos pela tradição filosófica, tais como a oposição entre dogmatismo e ceticismo, entre empirismo e racionalismo e, ainda, entre realismo e idealismo. O segundo tópico se refere à definição da teoria ética de Kant como uma teoria tipicamente deontológica. Esta etapa perfaz pressuposto de compreensão necessário à temática subsequente, presente no terceiro estágio deste estudo, concernente à distinção entre Moral e Direito de acordo com Kant.

## **AS PROPOSTAS CONCILIATÓRIAS DO CRITICISMO KANTIANO**

A obra de Kant exerceu grande influência sobre o pensamento filosófico ocidental, impactando os rumos da filosofia moderna e contemporânea. Neste sentido, ao comentar a influência da doutrina kantiana sobre o pensamento filosófico ulterior, Lucien Jerphagnon assevera que “toda a filosofia alemã dos séculos XIX e XX será uma interpretação e um desenvolvimento do kantismo” (JERPHAGNON, 1992, p. 223).

O criticismo kantiano pode ser definido como uma posição conciliadora, tendente a solucionar determinadas polarizações estabelecidas na tradição filosófica. Transcende, em primeiro lugar, o antagonismo entre dogmatismo e ceticismo. Assim, relativamente à pergunta gnosiológica primordial – a possibilidade do conhecimento –, Kant propõe um “meio-termo entre a temeridade dogmática e o desespero cético”.

Na perspectiva dogmática, os objetos são acessíveis ao conhecimento, assertiva válida tanto para a dimensão da percepção, quanto para o domínio do pensamento. Ao contrário, o ponto de vista cético nega essa possibilidade. Isto é, o sujeito seria incapaz de apreender o objeto como se apresenta na realidade, o que leva os céticos à conclusão de que o sujeito deve abster-se de formular juízos, i.e., abster-se de julgar.

Sob a influência do racionalismo de Wolff, inicialmente Kant tendeu para a adoção da tese dogmática. Entrementes, abandonou essa concepção ao tomar ciência da posição desenvolvida por David Hume, fato que ensejou seu despertar do “sono dogmático”.

Em relação à questão da origem do conhecimento, Kant também adota uma posição intermediária ao deparar-se com o embate entre empiristas e racionalistas. Para estes, a razão é a fonte do conhecimento. Todo o conhecimento legítimo há de buscar sua gênese na racionalidade humana. Para que um conhecimento seja considerado verdadeiro, deve ser logicamente necessário e universalmente válido. Ao reunir essas duas características ou condições, resta dispensada a experiência. Nota-se, a partir dessa linha de raciocínio, a inspiração no saber matemático.

Em sentido contrário, apostam os empiristas na experiência como fonte legítima do conhecimento. Argumentam que a razão humana é como uma tábua rasa ou uma folha em branco, desprovida de conhecimentos apriorísticos. A experiência sensorial seria, por isso, imprescindível. Destarte, o empirismo elege como paradigma epistemológico as ciências da natureza, essencialmente distinta da vocação matemática que inspira os racionalistas.

Kant supera essa tradicional clivagem. Propõe uma fórmula conciliatória: o conhecimento não tem uma única fonte, seja na razão ou na experiência. Insta reconhecer a interação entre

essas duas dimensões, ambas indispensáveis. Dá-se o conhecimento na relação entre as condições materiais, oriundas da experiência, e as condições formais de conhecimento: os sentidos captam dados da experiência, que são elaborados e organizados pela razão. Esta é dotada de elementos a priori, de natureza formal, que funcionam como recipientes hábeis à recepção de conteúdo a serem depositados por via da experiência sensorial.

Quanto ao problema da essência do conhecimento, por sua vez, Kant tece relevantes ponderações sobre o desacordo entre realismo e idealismo. Enquanto o realismo sustenta que a existência das coisas independe do sujeito cognoscente, sendo possível a este reconhecê-las exatamente como elas são, o idealismo defende que nada há fora da consciência humana, i.e., constitui apenas objeto ideal tudo aquilo que se apresenta ao pensamento. A posição de Kant, neste ponto, parte da distinção entre fenômeno e númeno. A razão humana possui limites, sendo capaz de conhecer as coisas apenas em sua aparência (fenômeno). A coisa em si (númeno) seria inacessível à razão humana. O entendimento kantiano aqui mostra-se, mais uma vez, conciliador: “concorda com o realismo ao admitir que há coisas reais e anui à teoria idealista quando assevera que o conhecimento só é possível quanto às aparências” (NADER, 2020, p. 184).

## UMA ÉTICA DEONTOLÓGICA

Em *Fundamentos da Metafísica dos Costumes* Kant afirma a inviabilidade de busca pelo fundamento da prática moral no mundo sensível, isto é, na experiência. Rechaça, destarte, que a razão deva “buscar no mundo sensível, de um modo prejudicial aos costumes, o motor supremo” (KANT, 1997, p. 121).

Nesse diapasão, o autor propõe como fundamento para a prática moral um imperativo a priori, inerente à racionalidade humana e, por consectário, de vocação universal. Em *Crítica da Razão Prática* esse imperativo é assim apresentado: “Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal” (KANT, 1995, p. 42). Eis o imperativo categórico.

O caráter apriorístico do imperativo categórico significa que este não é conhecido por via da experiência. Deriva da racionalidade humana, que é “imediatamente legisladora” (KANT, 1995, p. 43).

Outrossim, a natureza categórica decorre da distinção empreendida pelo autor, no âmbito da referida obra *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, entre imperativo categórico e imperativo hipotético. Um imperativo é um mandamento, de tal forma que “todos os imperativos mandam, já hipotética, já categoricamente” (KANT, 1997, p. 64): enquanto os aqueles “representam a necessidade prática de uma ação possível, como meio de conseguir outra coisa que se quer”, o imperativo categórico representa “uma ação por si mesma, sem referência a nenhum outro fim, como objetivamente necessária” (KANT, 1997, p. 64).

Destarte, o imperativo categórico é único, absoluto, deriva da razão, e não da experiência, possui valor de um princípio apodítico-prático, não persegue outro fim que não ele próprio, diferentemente do imperativo hipotético, que dirige a ação como meio para outro propósito. O imperativo categórico é o imperativo da moralidade; “precisamente nele se estriba o valor do caráter, moral, o caráter que, sem comparação, é o supremo: em fazer o bem, não por inclinação,

mas sim por dever” (KANT, 1995, p. 43).

Com efeito, a ética elaborada por Kant, pautada nas premissas acima colocadas, é de cunho deontológico ou formalista. De acordo com Carlos Santiago Nino, deontológica é a teoria ética “segundo a qual a correção moral de um ato não é dada pelo fato de suas consequências maximizarem certo bem intrínseco, dependendo, sim, de que, por sua natureza inerente, constitui o cumprimento de um dever” (NINO, 2010, p. 474).

Na deontologia kantiana, por conseguinte, há um primado da ideia de dever moral. Diversamente da ética utilitarista, que propõe prioritariamente a maximização de um bem, na ética de Kant o conceito de dever é prioritário ao de bondade. Ou seja, o conceito de bondade moral, segundo Kant, está subordinado ao de obrigação moral. Assim, “alguém age com boa vontade quando age não por inclinação, mas por respeito ou consciência do dever”, de maneira que “não basta fazer de modo objetivo o que é nosso dever”, mas é necessário “agir em prol do cumprimento do dever”, pois “o valor do caráter moral de alguém consiste em fazer o bem não por inclinação, mas por dever” (NINO, 2010, p. 477).

Esta concepção ética é verdadeiramente paradigmática. Eduardo Bittar e Guilherme Assis de Almeida consideram-na “revolucionária, no sentido de que inaugura um conjunto de preocupações muito peculiares, que não se confundem com as preocupações teleológicas ou utilitaristas ou hedonistas” (BITTAR; ALMEIDA, 2002, p. 270).

## **DIREITO E MORAL NA PERSPECTIVA KANTIANA**

Tema central para o campo da Filosofia do Direito, a distinção entre Direito e Moral está presente no pensamento kantiano. Como todos os filósofos que se dedicam ao estudo do Direito, Kant não poderia esquivar-se de examinar a relação entre Direito e Moral, suas diferenças e semelhanças. E como um filósofo tão dedicado ao estudo da Ética e da Moral, e que nunca negou a importância das categorias jurídicas, faltariam motivos para esse grande autor ignorar a temática. E não ignorou.

Como dito acima, trata-se de um tema central para a Filosofia do Direito a comparação entre as normas jurídicas e as normas morais. São inúmeras as abordagens e também vários os autores que se debruçaram sobre essa questão.

Segundo Bernardo Montalvão, que faz uma boa síntese das principais posições doutrinárias a esse respeito, elencando as principais semelhanças identificadas, bem como os critérios distintivos mais usados pelos autores na relação entre Direito e Moral. No plano das semelhanças, com fulcro nos ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz Jr., explica Montalvão:

“Inicialmente, é preciso reconhecer que entre as normas morais e as normas jurídicas não há apenas diferenças, mas também semelhanças. A primeira delas é a circunstância de que tanto umas quanto as outras são prescritivas, isto é, pretendem obrigar o indivíduo a fazer alguma coisa ou a deixar de fazer algo. A segunda é que a obrigação que delas resulta é de índole objetiva. Traduzindo, a obrigação imposta deve ser obedecida, pouco importando se o indivíduo que a elas se submete consente ou não com o conteúdo do comando nelas contido. Dito de outra forma, a obediência que se deve às normas jurídicas e morais não é uma questão de consentimento ou convicção com o seu conteúdo. A terceira semelhança entre elas, por sua vez, é a circunstância de que não há convivência em sociedade sem que haja um mínimo de normas morais e jurídicas. Afinal, onde há convivência social, há normas jurídicas e morais, e onde há normas jurídicas e morais, é possível haver convivência” (MONTALVÃO, 2018, p. 126-127).

Não obstante a identificação de semelhanças entre as normas jurídicas e as normas morais, existem importantes diferenças entre elas. Como já sublinhado, são muitos os critérios de distinção apresentados pelos estudiosos, o que justifica a opção de referência, no âmbito do presente artigo, apenas aos principais critérios conhecidos em estudos jurídico-filosóficos. De acordo com Montalvão, “o critério de distinção mais difundido e conhecido na filosofia jurídica ocidental é o que guarda pertinência com o âmbito da conduta que está sendo controlado”. Em conformidade com esse critério, “a conduta externa do indivíduo, aquela que é exteriorizada por meio de ações e omissões, é controlada mediante a intervenção das normas jurídicas”. Neste sentido, “os motivos ou as intenções da conduta seriam irrelevantes perante as normas jurídicas”, ao passo que “o aspecto interno da conduta, aquele relacionado às motivações e intenções do indivíduo, é regulado pelas normas morais”, as quais “não se prestariam a controlar o aspecto externo do comportamento, isto é, as ações e omissões dos indivíduos” (MONTALVÃO, 2018, p. 128).

Por evidência, esse critério não é absoluto, perfeito, isento de críticas. Há limites claros que evidenciam sua imperfeição. Nas ordens jurídicas de diferentes países, como o Brasil, v.g., há leis – como as leis penais – que levam em consideração elementos internos, como a motivação e a intencionalidade, prevendo consequências importantes. Por exemplo, o art. 18, I do Código Penal brasileiro refere-se aos tipos penais dolosos. Por força do parágrafo único desse mesmo dispositivo, a modalidade dolosa é a regra; a forma culposa é exceção: “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Está aí, portanto, um exemplo de instituto jurídico que valora elementos internos.

Da mesma maneira, é inexato afirmar que as normas morais desconsideram totalmente a dimensão externa do comportamento humano. Por vezes, o aspecto exterior constitui parâmetro moralmente valorado. Afinal, “não basta o comportamento ter sido movido por boas intenções para que ele não mereça uma reprimenda por parte das normas morais. É preciso algo a mais. É preciso saber se aquele comportamento é justificável ou não” (MONTALVÃO, 2018, p. 130).

Demonstra-se, assim, que esse critério – baseado no âmbito, interno ou externo, do comportamento a ser considerado pela norma –, não é perfeito. Sem embargo, é um critério relevante e deve ser levado a sério, como expõe Bernardo Montalvão, com esquete nas lições de Herbert Hart:

“Enquanto a norma jurídica admite a separação entre a ação motivada e o motivo da ação, a norma moral sempre considera os dois aspectos como elementos inseparáveis. Isto é, à luz das normas morais não se admite que a ação de um indivíduo possa ser avaliada de forma completamente independente da motivação que a anima. Ação e motivação são sempre uma coisa só, e dessa forma devem ser julgadas. O mesmo não se pode dizer acerca das normas jurídicas. Perante elas, a conduta e a motivação do indivíduo podem ser consideradas de forma independente. Nesse sentido, serve de exemplo a responsabilidade objetiva. Naquela, a ação do indivíduo pode ser reprovada à luz da norma jurídica, ainda que ele não tenha agido movido por dolo ou culpa. O que, perante as normas morais, é completamente inadmissível. Em outras palavras, é possível obedecer à norma jurídica movido pelas intenções mais repugnantes. O que não é admissível quando se trata de norma moral” (MONTALVÃO, 2018, p. 133-134).

Existem, ainda, outros critérios muito divulgados entre os doutrinadores do tema. Um segundo critério amiúde abordado é o da instância que qualifica o comportamento, que se refere, a rigor, a quem caberia a imposição da norma. Enquanto as normas morais são impostas por uma instância subjetiva (a consciência do indivíduo), as normas jurídicas são impostas por uma

instância objetiva (o Estado, as organizações internacionais etc.).

Do mesmo modo que o primeiro critério, esse segundo critério também não é isento de falhas. Há, de certa forma, uma instância objetiva na sanção moral, assente na sociedade civil, que valora os comportamentos individuais. Ademais, esse critério pressupõe que as normas jurídicas não consideram como algo relevante a instância subjetiva quando o comportamento do indivíduo vem a ser julgado, o que não é exato.

Entrementes, esse critério, assim com o primeiro, possui utilidade, apesar da imperfeição. Há “aspectos aproveitáveis”, como a circunstância de que as sanções morais não se colocam como algo necessário às normas morais, além da constatação de que as sanções morais, mesmo quando presentes, não integram, de maneira explícita, o conteúdo normativo. Outro aspecto aproveitável atine ao fato de que as normas jurídicas “podem ser, expressamente, permissivas (ou permissivas de conteúdo próprio)”, diferentemente das normas morais, as quais “só são permissivas de forma residual ou implícita” (MONTALVÃO, 2018, p. 134).

Há, ainda, o critério distintivo segundo o qual as normas jurídicas são previamente deliberadas e promulgadas, o que não sucederia com as normas morais. No entanto, mais uma vez se está diante de um critério imperfeito. Com efeito, “as normas costumeiras também são normas jurídicas, como regra geral, mas nem por isso elas são objeto de deliberação e promulgação” (MONTALVÃO, 2018, p. 132).

Feitas estas considerações sobre os diferentes critérios majoritariamente divulgados sobre a diferença entre normas jurídicas e normas morais, impende referir o critério adotado por Immanuel Kant. Conforme preleciona Carlos Santiago Nino:

“Segundo Kant, o direito, ao contrário da moral, regula apenas ações exteriores, e o princípio universal do direito é que toda ação que não interfira na liberdade dos demais de acordo com leis universais é justa, Kant propôs uma série de ‘princípios metafísicos da ciência do direito’, que versam de forma bastante detalhada sobre tópicos tais como propriedade, casamento, responsabilidade penal etc. (NINO, p. 478).

Portanto, dentre os critérios que foram apresentados acima, aquele que é defendido por Kant é, precisamente, o primeiro deles: o do âmbito, interno ou externo, do comportamento a ser considerado pela norma. Destarte, enquanto a moral incide sobre o aspecto interno, o direito pertence ao mundo das relações externas. Este é, aliás, um dos três requisitos a partir dos quais Kant define o direito, de acordo com a síntese proposta por Bobbio:

“1. O direito pertence ao mundo das relações externas. 2. Ele se constitui na relação de dois ou mais arbítrios. 3. Sua função não é de prescrever este ou aquele dever substancial com relação aos sujeitos dos vários arbítrios, mas de prescrever-lhes a maneira de coexistir, ou seja, as condições por meio das quais o arbítrio de um possa coexistir com o arbítrio de todos os outros” (BOBBIO, 1997, p. 70).

Feitas estas considerações, urge avançar à etapa conclusiva do presente artigo. O próximo tópico, portanto, reserva-se às derradeiras asseverações.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Teórico fundamental na história do pensamento filosófico, Kant não marcou apenas sua época, mas seus ensinamentos permanecem vigentes, como pilares axiológicos estruturantes do mundo ocidental. Neste sentido, após afirmar que “a filosofia moral nunca mais foi a mesma depois da obra de Kant”, Carlos Santiago Nino, com fulcro em A. MacIntyre, registra que “talvez para a maioria dos filósofos posteriores, inclusive os antikantianos, a ética é definida em termos kantianos” (NINO, 2010, p. 478).

Pese embora a maior importância desse autor na seara da Ética, seria incongruente desconsiderar sua relevância para o campo jurídico. O presente artigo buscou justamente trazer a relação entre esses dois campos à luz do pensamento kantiano.

Diante da magnitude e da complexidade da obra de Kant, é evidente que este artigo constitui uma singela contribuição. Longe de pretender esgotar as temáticas aqui abordadas, pretende-se, com este breve contributo, enfatizar a importância arraigada e penetrante das obras clássicas do espírito humano.

## REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant. Trad. Alfredo Fait. 3 ed. Brasília: UnB, 1997.

JERPHAGNON, Lucien. História das Grandes Filosofias. Trad. Luís Eduardo de Lima Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

MONTALVÃO, Bernardo. Manual de Filosofia e Teoria do Direito. Salvador: Juspodivm, 2018.

NADER, Paulo. Filosofia do Direito. 27 eds. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NINO, Carlos Santiago. Introdução à Análise do Direito. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

KANT, Immanuel. Crítica da Razão Prática. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995.

KANT, Immanuel. Fundamentos da Metafísica dos Costumes. Trad. Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Ediouro, 1997.

Capítulo

# 10



## **Panorama histórico da beleza e os direitos da personalidade**

---

Thaina Kariny de Oliveira Mendonça  
Marcus Geandré Nakano Ramiro

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.124.10

## RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo demonstrar o movimento histórico do conceito de belo. Para isso, o método hipotético-dedutivo por meio de revisão bibliográfica foi selecionado. Inicialmente debatido na Grécia Antiga, o conceito de beleza costuma figurar como espelho da sociedade em que está inserido. No entanto, o contexto pós-moderno impõe a massificação dos ideais de beleza, padronizada e comercializada como mercadoria. Dentre as causas relacionadas a este fenômeno, estão o consumo exacerbado, o uso irrestrito das redes sociais, a deturpação dos valores morais e a valorização do individualismo. Por conseguinte, o belo passou a figurar como objeto de consumo, e a beleza artificial, erotizada e polida é priorizada em detrimento dos corpos naturais. Portanto, o objetivo deste trabalho é rever o percurso histórico do conceito, observando algumas, das inúmeras mudanças sociais que culminaram na transformação do sentido do belo ao longo dos séculos, culminando no contexto pós-moderno.

**Palavras-chave:** belo. direitos psíquicos da personalidade. pós-modernidade.

## ABSTRACT

This research aims to demonstrate the historical movement of the concept of beauty. For this, the hypothetical-deductive method through literature review was selected. Initially debated in Ancient Greece, the concept of beauty usually appears as a mirror of the society in which it is inserted. However, the postmodern context imposes the massification of beauty ideals, standardized and marketed as a commodity. Among the causes related to this phenomenon are the exacerbated consumption, the unrestricted use of social networks, the misrepresentation of moral values and the appreciation of individualism. Therefore, the beautiful started to appear as an object of consumption, and the artificial, eroticized and polished beauty is prioritized to the detriment of natural bodies. Therefore, the objective of this work is to review the historical course of the concept, observing some of the countless social changes that culminated in the transformation of the sense of beauty over the centuries, culminating in the postmodern context.

**Keywords:** beautiful. psychic rights of the personality. postmodernity.

## INTRODUÇÃO

A palavra “belo” advém do grego *Kálon*, que corresponde a tudo aquilo que cativa, tudo aquilo que é bom. É um adjetivo frequentemente usado para indicar algo agradável, relacionado com coisas passíveis de serem admiradas e sentidas positivamente, abrangendo ainda, os desejos e virtudes humanas

Em diferentes caminhos que convergem para o mesmo ponto, cada povo encontrou uma trilha que levou até o belo. Apesar de histórias, culturas e tradições diferentes, as pessoas encontraram elementos universais que compõem e manifestam o belo, e por mais que o conceito de beleza seja abstrato, parece haver um consenso no que tange a sua significação. Um estudo sobre o belo demonstra que ele figura como espelho da sociedade em que está inserido. E se o conceito de belo é cenário de cada época, o que a sua definição atual diz sobre a nossa sociedade?



Para compressão da magnitude desta definição, é indispensável uma abordagem sobre seu desenvolvimento ao longo da História, desde as civilizações antigas, perpassando pelos principais autores que trataram da temática, até alcançar sua compreensão na atualidade. Este tema não é novo, pois já foi debatido na Grécia Antiga, no tempo dos antigos filósofos gregos, que construíram uma percepção matemática, geométrica e divina sobre o belo.

Foi, entretanto, a partir dos Séculos XX e XXI, através dos avanços tecnológicos, que a humanidade começou a notar o poder que a beleza possui, sobretudo se utilizada como elemento para a condução do ideológico social. Iniciou-se então, um processo para que esta viesse ser utilizada como meio para atingir outros fins, e assim como um produto, o belo foi padronizado.

Diante do contexto geral da sociedade, o consumismo exacerbado parece ter sido a maior causa para a padronização do belo, já que a beleza passou a ser objeto de consumo, e o corpo uma extensão do mercado. Isso também é reflexo do individualismo que predomina na atualidade, profundamente influenciado pelos dogmas do Estado neoliberal, que se fundamenta na política de massificação e manipulação psicológica.

Nossa cultura circunda diante de uma beleza artificial, polida, erotizada, e acima de tudo, comprável. A cultura, além de exprimir o modo de viver de uma sociedade, ainda é responsável por auxiliar na construção identitária do sujeito que, a partir dela, se comunicará com os elementos externos da sociedade em que vive, por isso, consegue influir iminentemente na construção da identidade dos indivíduos.

Portanto, o objetivo deste trabalho é rever o percurso histórico do conceito, observando algumas, das inúmeras mudanças sociais que culminaram na transformação do sentido do belo ao longo dos séculos. Além disso, o intuito é verificar como a padronização da beleza ocorrida no contexto pós-moderno, coloca em risco a integridade psíquica das pessoas, atingindo seus direitos da personalidade.

Para isso, será utilizado o método o hipotético-dedutivo, por meio de revisão bibliográfica, com base em livros, artigos científicos e dissertações que versem sobre o tema, encontrados em plataformas de pesquisa brasileiras, ou em revistas eletrônicas nacionais, com intuito de verificar qual a relação da padronização do belo com os direitos da personalidade.

## **A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DO BELO**

As inquietações em torno do tema começaram desde as primeiras civilizações. Na pré-história, os hominídeos expressavam o mundo por meio das pinturas rupestres deixadas no interior de cavernas ou em superfícies rochosas, exteriorizando aquilo que, para eles, era considerado belo. Os registros demonstram que o homem pré-histórico já pretendia transmitir seus costumes, e a melhor maneira que encontrou para perpetuar a sabedoria ancestral construída até ali, foi através das pinturas. E assim, expunha o conhecimento espiritual e tribal adquirido.

Nesta época, sua máxima expressão era vista na natureza, considerada a maior fonte de contemplação. Até mesmo os cultos eram relacionados aos elementos da natureza, de modo que, o Divino era personificado através dos elementos, água, fogo, terra, ar, e também dos astros.

Com o aperfeiçoamento das civilizações, o belo passou a ser notado além dos elementos da natureza. Na Grécia antiga, com o desenvolvimento das cidades, a beleza da arquitetura e as construções passaram a transpor os valores e a identidade de um povo. As edificações, ornamentos e a arte seguiam a harmonia e a proporção entre as partes.

Nesse íterim, Suassuna (2012) define a Estética Clássica como uma espécie de Filosofia da beleza, ou “Filosofia do Belo”, contemplado na Natureza e na Arte. Inicialmente, havia uma sobreposição da beleza natural em relação à artística, o que se inverteu durante o idealismo germânico, época em que a Arte se torna superior:

Belo era uma propriedade do objeto, propriedade que, no objeto e como modo do ser, era captado e estudado. No Belo, por sua vez, cogitava-se tanto do belo da Arte quanto do belo da Natureza. Profundamente marcada pelo pensamento platônico, a Filosofia tradicional supunha uma certa hierarquia entre os dois belos, sendo que o da Natureza tinha primazia sobre o da Arte. É a partir do idealismo germânico que o belo da Arte começa a ser considerado superior ao belo da Natureza (SUASSUNA, 2012, p. 19).

Por volta do século V a.C., as pinturas e esculturas passaram a representar uma beleza ideal, tendo em vista que tudo naquela época deveria ter uma função específica, inclusive a beleza. Portanto, a expressão do belo, seja na arte, na música, ou arquitetura, expressavam um agir moral.

A filosofia grega trouxe à luz diversos questionamentos humanos, entre eles, o que é a beleza. Para os pensadores gregos, o belo estaria relacionado com o bem, de modo que a ética, a verdade, e a beleza, eram entendidas como elementos complementares. Este período recebeu contribuições fundamentais de filósofos como Sócrates, Platão, Aristóteles, que se debruçaram a pensar sobre o tema, e deixaram grandes contribuições sobre o assunto.

Sócrates (469 a.C - 399 a.C), um dos três principais pensadores da Grécia Antiga, acreditava que as potencialidades humanas deveriam ser usadas para o exercício da bondade, de modo que, se a ação for boa, logo, também será considerada bela.

Dessa forma, o belo estaria diretamente relacionado com ética, pois a revisão sobre as ações tomadas demonstraria a beleza contida no íntimo do sujeito. “[...] faltavam aos gregos, ao menos até a era de Péricles, uma estética propriamente dita e uma teoria da Beleza. Não é por acaso que a Beleza se encontra quase sempre associada a outras qualidades”. Por exemplo, quando Sócrates questiona o oráculo de Delfos o sobre o critério de avaliação da Beleza, o oráculo responde: “o mais justo é o mais belo”, deste modo que, mesmo no período áureo da arte grega, o belo é associado a outros valores, como a “medida” e a “conveniência” (ECO, 2004, p. 35).

Sócrates também diferenciava a beleza superficial daquele referente à alma, e considerando como legítima aquela beleza encontrada nas virtudes, produto da essência humana, e que, somente ela seria capaz de proporcionar prazer através dos sentidos.

Para o pensamento grego, a beleza tinha uma função e poderia, por meio das esculturas, ou edifícios, demonstrar que nasceram para “venerar os deuses”, únicos merecedores de tantos esforços. Mas os deuses gregos, ao contrário dos egípcios ou persas, eram concebidos a imagem e semelhança do homem. Por isso, as esculturas eram representadas como muito realismo (CONTI, 1987, p. 34).

Entre os grandes filósofos, Platão considera o belo como um valor máximo, comparado à verdade e à bondade, integrando o trio de valores supremos que justifica as inclinações racionais do homem. Para ele, o belo exerce seu papel sem precisar especificamente de uma função específica, sem que haja necessariamente qualquer motivo ulterior para que o objeto seja considerado belo (SCRUTON, 2009, p.12).

Deste modo, considera-se que a beleza possui um fim em si mesmo, distinto de qualquer suporte físico. Por isso, não corresponde àquilo que se vê, mas sim a essência. Ademais, Platão associa a beleza ao amor, sentimento capaz de aproximar Deus e o homem. Dessa relação, a beleza surge como subproduto do amor divino.

Platão considerava o belo como uma das manifestações do mundo das ideias, e quanto maior a proximidade do objeto com aquilo que é transcendente e universal, mais belo ele será. Complementando essa visão de Platão sobre o belo, Humberto Eco explica:

Para Platão, a Beleza tem uma existência autônoma, distinta do suporte físico que acidentalmente a exprime; ela não está, portanto, vinculada a este ou aquele objeto físico, mas resplandece em toda parte. A beleza não corresponde àquilo que se vê (célebre era, de fato, a feiura exterior de Sócrates que, no entanto, resplandecia a Beleza interior). Como o corpo é para Platão uma caverna escura que aprisiona a alma, a visão sensível deve ser superada pela visão intelectual, que exigem o aprendizado da arte dialética, ou seja, da filosofia. Nem a todos, portanto, é dado perceber a verdadeira Beleza. Em compensação, a arte propriamente dita é uma falsa cópia da autêntica Beleza e como tal é deseducativa para os jovens; melhor, portanto, bani-las das escolas e substituí-las pela Beleza das formas geométricas, baseadas na proporção e em uma concepção matemática do universo (ECO, 2004, p. 48).

Platão dividia o mundo em duas partes: inteligível e sensível. O mundo inteligível relaciona-se a transcendência do ser, e o mundo sensível resume-se ao mundo material e aos sentidos físicos do homem. Assim, o filósofo, acabou por considerar que o belo estaria contido no mundo inteligível, uma vez que a beleza percebida pelo mundo sensível, ou seja, através dos sentidos, seria limitada, já que os sentidos físicos podem reduzir a capacidade de percepção vinda da alma, por conseguinte, induzindo a erros.

Do ponto de vista Aristotélico, a beleza será correspondência da existência do ser, por isso, uma coisa é considerada bela simplesmente por existir. Para Aristóteles, a beleza seria de ordem, simetria e grandeza universal, mas, ao mesmo tempo que adota e retoma o ideal de ordem dito anteriormente por Platão, retira o conceito da esfera meramente inteligível.

Em seu livro Poética, Aristóteles registra que a beleza vista nos seres vivos ou em qualquer outro objeto só existe quando este constituir uma igualdade em suas partes. Em suas palavras:

O belo, seja um ser animado, seja qualquer outro objeto, desde que igualmente constituído de partes, não só deve apresentar nessas partes certa ordem própria, mas também deve ter, e dentro de certos limites uma grandeza própria; de fato, o belo consta de grandeza e de ordem; portanto, não pode ser belo um organismo excessivamente pequeno, porque nesse caso a vista confunde-se, atuando num momento de tempo quase imperceptível; e tampouco um organismo excessivamente grande, como se se tratasse, por exemplo, de um ser de dez mil estádios, porque então o olho não pode alcançar todo o objeto no seu conjunto, e fogem, a quem olha, a unidade e a sua orgânica totalidade [...] (ARISTÓTELES. Poética, 1448b 4).

Aristóteles entende que a beleza de determinado objeto é uma característica deste, em outras palavras, havendo harmonia entre as partes que o compõem, algo pode ser considerado

belo, independentemente da sua “participação numa Beleza suprema”, sendo que seus atributos essenciais são “harmonia, grandeza e proporção” (SUASSUNA, 2012, p. 46).

A Grécia tinha como particularidade a pólis, que, em suma, era um modelo de cidade-estado, desenvolvido à medida que a evolução intelectual e economia ocorria. Neste período, os gregos deixaram grandes contribuições para a humanidade, sobretudo por meio da construção de ornamentos, estátuas e das próprias cidades, que também carregavam a máxima da proporção e simetria.

A arquitetura era uma das formas que a população encontrou para expressar a arte e a beleza, na busca de aproximar o homem de Deus. Até os dias atuais, as cidades se transformam na própria moldura dentro da qual existimos, dessa forma pessoas não a vêm a cidade da mesma forma que vem um quadro ou uma peça de decoração, pois ela desaparece no inconsciente coletivo.

Por exemplo, na Idade Média, as pessoas se deslocavam até as igrejas e se deparavam com diversos símbolos religiosos, que auxiliavam na manutenção da própria fé, pois representavam aquilo que Deus criou. A exemplo disso, a luz era utilizada à exaustão por meio dos vitrais. As Catedrais Góticas também eram grandes símbolos, ornadas por livros de pedras, que fortaleciam o imaginário das pessoas.

Neste período, as ideias construídas pelos filósofos da Grécia Antiga foram incorporadas ao pensamento teológico cristão, que marcou a Idade Média, momento em que o belo passou a ser considerado um caminho para se chegar até Deus. Neste cenário, seu significado ganhou um novo nível de profundidade. Foi por meio da Escolástica que a estrutura do pensamento filosófico foi incorporada à teologia Cristã, ligando a doutrina da igreja aos conhecimentos desenvolvidos pela civilização grega.

Em vista disso, a beleza na Idade Média costumava ser buscada na reflexão sobre quem a criou. O modelo estava nas escrituras sagradas e nas normas cristãs, porque se acreditava que o mundo seria um livro escrito por Deus, e que tudo teria um significado divino. Cada ser, sendo este racional ou não, compunha parte de um todo, e teria uma significação moral ou místico, assim como elemento da natureza (ECO, 2004 p.119).

Durante a Idade Média, a divisão entre as camadas mais privilegiadas e as mais prejudicadas da sociedade era evidenciada pelos acessórios, ornamentos e vestuário utilizados, “[...] para manifestar seu poder, os senhores adornam-se de ouro, joias, e vestem roupas com as cores mais preciosas, como a púrpura” (ECO, 2004, p. 104). Assim, percebia-se belo tudo aquilo que era sagrado, divino ou valioso.

Conforme o pensamento Cristão, as coisas observadas na natureza declaram em si uma beleza benevolente, que supõe descender de um projeto inteligente. Existem muitas incertezas que permeiam a criação do Universo, mas é inegável que a beleza esteja presente em cada detalhe (ECO, 2004, p.41).

Os Filósofos cristãos como Santo Agostinho (354-430) e São Tomás de Aquino (1225-1274) também destinaram seu tempo refletindo sobre o conceito do belo. Santo Agostinho compreendeu a beleza na totalidade harmonioso que possui unidade, proporção, igualdade e ordem, uma vez que o belo seria criação do divino e poderia ser contemplado no céu, na terra, e nos

mares, ou seja, a beleza está em todas as coisas feitas pelo criador.

São Tomás de Aquino, no que lhe concerne, fala da beleza do ponto objetivo, ou seja, que a beleza estaria ligada a forma das coisas, uma coisa é mais bela à medida que tem proporcionalidade, adequação e clareza. O modelo que Tomás de Aquino, e os demais filósofos cristãos tem é Jesus Cristo, o messias. Neste sentido, Umberto Eco (2004. P. 98-100) complementa:

Na Idade Média madura, Tomás de Aquino recorda (retomando, todavia, as ideias que já circulavam amplamente) que à beleza são necessárias três coisas: a proporção, a integridade e a claritas, vale dizer, a clareza e a luminosidade [...] uma das origens da estética das claritas deriva certamente do fato de que em numerosas civilizações Deus era personificado como luz: o Baal semítica, o Rá Egípcio, a Ahura Mazda iraniano, são todos personificações do sol ou da benéfica luz, que chegam naturalmente à concepção do Bem como sol das ideias em Platão. Através do neoplatonismo estas imagens penetravam a tradição cristã.

Ainda, segundo Tomás, a existência da Beleza pressupõe a efetividade não apenas de uma “devida proporção, mas também da integridade”. O filósofo acreditava que a proporção seria um valor ético, no sentido em que a ação virtuosa realiza uma “justa proporção de palavras e atos, segundo uma lei racional, e por isso deve-se falar também da Beleza (ou fealdade) moral” (ECO, 2004, p. 86).

Durante a Idade Média, conhecida pela alcunha de idade das trevas (ou época obscura), a noite era vivida em ambientes com pouca iluminação. Nesse período, não havia muitos motivos para tratar a beleza feminina, já que os filósofos ou teólogos seguiam o moralismo medieval, que convidava a desconfiar dos prazeres da carne (ECO, 2004 p.152).

A Idade Moderna lança luz sobre a Idade Média, derrubando o estigma de Idade das Trevas. Na passagem entre os períodos, havia a convicção de que as conquistas intelectuais e materiais construídas até então, teriam elevado o nível social, gerando ainda mais um “sentimento de superioridade” (DRUCKER, 2009, P, 96-97). Nesse sentido, surge a concepção que a Idade Moderna iluminou o período obscuro.

Os sujeitos se desconectaram da tradição e cortaram suas raízes com o passado, desconsiderando toda a sabedoria conquistada até aquele momento, com a finalidade de criar um mundo, e assim, remodelar a natureza humana. Essa busca por um novo mundo deu início a uma devastação em massa, produção de lixo, atos de desumanidade, destruição da natureza, entre outras catástrofes. O homem moderno quer tomar o lugar de Deus.

A Idade Moderna também foi palco para o surgimento da Estética, uma disciplina, que surge como ramo da Filosofia, destinada especialmente ao estudo do Belo e das Artes. Embora tenha gênese na Antiguidade, a Estética só passou a ser considerada uma disciplina em 1750, a partir do filósofo iluminista Alexander Gottlieb Baumgarten, antes disso, o belo era discutido pelos grandes filósofos da Grécia, mas sem possuir uma disciplina autônoma.

A construção da Estética da Idade Moderna tem seu auge nos estudos de Kant, que em sua obra a Crítica da razão, reflete sobre uma estética de prazer desinteressado. Para ele o Belo “é aquilo que agrada de maneira desinteressada, sem ser originado por ou remissível a um conceito” de modo que a faculdade de julgar desinteressadamente um objeto é aquilo que o definiria como belo (ECO, 2004, p. 262). Assim:

Para Kant, as características do Belo são: prazer sem interesse, finalidade sem escopo, universalidade sem conceito e regularidade sem lei. Ele quer dizer que se goza de coisa bela sem querer com isso possuí-la, que é vista como se fosse organizada para um fim particular, enquanto efetivamente o único escopo para qual tal forma tende é a própria autossubsistência, e portanto, desfruta-se dela como se encarnasse à perfeição uma regra, enquanto ela é a regra em si mesma. (ECO, 2004, p.292).

O filósofo Immanuel Kant (1724-1804), também se dedicou ao estudo da Estética, e utilizou a obra de Baumgarten (1739) como um texto base para suas pesquisas. Kant foi um dos mais importantes pensadores de sua época no que tange à Estética, pois transformou o significado do belo após escrever sobre a função do objeto contempla-o. Em sua Obra *Crítica da Faculdade do Juízo*, Kant compreende que:

Não pode haver nenhuma regra de gosto objetiva, que determine por meio de conceitos o que seja belo. Pois todo juízo proveniente desta fonte é estético; isto é, o sentimento do sujeito e não o conceito de um objeto é o seu fundamento determinante. Procurar um princípio de gosto, que fornecesse o critério universal do belo através de conceitos determinados, é um esforço infrutífero, porque o que é procurado é impossível e em si mesmo contraditório (KANT, *apud* CEIA, 1790).

Claudia Pellegrini Drucker (2009, p. 99) percebe Kant como o principal intérprete dos conceitos de beleza e estética, questionando as diversas formas de pensar, que integram as novas concepções da Idade Moderna: “ainda que, cronologicamente, não inaugure a Idade Moderna do mesmo modo que eventos anteriores”.

Kant compreende que “o juízo de gosto (resultado da experiência com as formas belas da natureza ou da arte) era tanto subjetivo quanto individual e racional”, passando o juízo de gosto para a subjetividade. Aliás, subjetividade encontrada no próprio conceito de belo da Modernidade, em que o belo está presente como um elo entre o sujeito e o objeto, sendo que, o sujeito é quem define se o objeto é belo, ou feio (SANT’ANNA, TREVISAN, 2017, p.131).

No que tange a arte, a modernidade rompeu com a tradição e passou a pregar um novo padrão de beleza, fundamentada em valores relativistas. Todas as mudanças que afetaram a arte atingiram mutuamente a percepção sobre o belo, já que ambos estão intrinsecamente relacionados.

A evolução tecnológica do século XX veio para ampliar todas as possibilidades de mercado, alargando as formas de expressões artísticas e arquitetônicas existentes, em consequência disso, a arte passou a levantar questionamentos a respeito de seus próprios processos criativos (temas, técnicas, função do artista etc.) (SANT’ANNA, TREVISAN, 2017, p.137).

Foi uma época de mercadização, por isso, o belo e a arte também estavam voltados para a utilidade. Isso significa que os “aspectos qualitativos da Beleza se transferem, cada vez com maior frequência, para os aspectos quantitativos”, por isso “é a função que passar a determina a apreciação de um objeto” (ECO, 2004, p 374)

Dessa forma, a industrialização quebrou os pressupostos que constituíam a beleza dos objetos artísticos, ou seja, a unicidade. A dissonância com a transcendência dos objetos artísticos levou a uma produção em massa, com objetivo de obter lucro. Conforme explicam Patrícia Sant’Anna e Paulo Sérgio Trevisan (2017, p.137):

Não é a reprodução em si que é o problema, afinal alunos imitavam os mestres. O que transforma isso é a reprodutibilidade técnica, que torna possível a produção do objeto artístico em série e que, em alguns tipos como a fotografia, o disco (música) e o cinema, não se consegue distinguir original da cópia.

Diante do processo de industrialização, houve uma incorporação do “princípio de estilização na produção dos objetos industriais, que se difundiu quando os industriais perceberam o poder mercantil da “beleza” e a vantagem competitiva que ela podia proporcionar nos mercados concorrenciais” (LIPOVETSKY; SERROY, 2015, p.54).

O projeto de modernidade chegou ao fim, dando início à sociedade contemporânea, também chamada de pós-modernidade. Este novo período trouxe uma aparente ruptura ao pensamento Iluminista, colocando em dúvida todos os conceitos basilares estabelecidos pela Modernidade, assim, o que vemos hoje é apenas uma redistribuição e realocação dos derretimentos ocorridos à época (BAUMAN, 2001. p.8).

## **A BELEZA NA PÓS-MODERNIDADE**

A beleza humana não é segmentada, ela tende a ser uma avaliação global, que exprime os costumes de cada época. O que se sabe, é que o belo é aquilo que agrada ao ser percebido. Por isso, à medida que existem diversos níveis de conhecimento, há diversos níveis de beleza, de percepção estética (CAVALCANTI, 2013, p. 18).

Ao longo da história da humanidade, existiram diversas formas de exprimir e manifestar o belo. Durante a modernidade, o corpo que emerge é produtivo e segue o caráter instrumental, dócil, funcionando como peça de uma engrenagem a favor do sistema capitalista. A beleza segue esse mesmo rumo.

Após um longo período lidando com as máquinas, o comportamento do homem se tornou mecânico. Sua subjetividade foi retirada, e as principais instituições que lhe serviam como base foram enfraquecidas. O indivíduo se encontra esvaziado de sua história, cultura, e desejos, logo, sua única finalidade para o sistema é de executar as tarefas que lhe foram destinadas.

Sob essa perspectiva, ocorre a passagem da modernidade para a pós-modernidade, que trouxe diversas modificações para a sociedade e para os sujeitos. As relações pós-modernas expressam o enfraquecimento da fraternidade, da coletividade, e da proximidade humana. Na era atual, as pessoas estão se conectando virtualmente, mas se afastando uma das outras. Assim, pouco a pouco, as tarefas antes feitas pessoalmente passam a ser realizadas de forma digital.

Seguindo esse caminho, a beleza que surge na pós-modernidade, encontra-se em um constante projeto de construção e reconstrução. Para a indústria, o belo passa ser percebido como uma ferramenta, cuja finalidade é auxiliar os meios de produção a lucrarem ainda mais. O belo que emerge da pós-modernidade é marcado pela “liquidez”, conceito trabalhado por Bauman para explicar a condição das organizações e das relações contemporâneas:

A passagem da fase “sólida” da modernidade para a “líquida” - ou seja, para uma condição em que as organizações sociais (estruturas que limitam as escolhas individuais, instituições que asseguram a repetição de rotinas, padrões de comportamento aceitável) não podem mais manter sua forma por muito tempo (nem se espera que o façam), pois se decompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo que leva para moldá-las e, uma vez reorganizadas, para que se estabeleçam (BAUMAN, 2007. p.7).

É pouco provável que essas formas, quer já presentes ou apenas vislumbradas, tenham

tempo suficiente para se estabelecer, e elas não podem servir como arcabouços de referência para as ações humanas, assim como para as estratégias existenciais a longo prazo, em razão de sua expectativa de vida curta: com efeito, uma expectativa mais curta que o tempo que leva para desenvolver uma estratégia coesa e consistente, e ainda mais curta que o necessário para a realização de um “projeto de vida” individual (BAUMAN, 2007. p.7).

Para Bauman, a era atual é líquida, fluida, e inconsistente, pois as transformações ocorrem muito rapidamente, isso pressupõe que os sujeitos também mudaram seus hábitos. Assim, “o indivíduo pós-moderno se tornou um nômade do tempo presente, sem vínculos sociais duráveis”. Isso fragmenta a sociedade e, conseqüentemente, foi causada pelo consumo, sendo uma das “características do individualismo pós-moderno” (COVA; COVA 2002, p. 597).

As múltiplas oportunidades de mudança ao qual o sujeito pós-moderno está exposto são ancoradas no avanço da tecnologia. Isso viabilizou o acesso à informação, aumentando a comunicação virtual entre as pessoas. A tecnologia trouxe uma nova forma de percepção sobre a vida, modificando as experiências, e conseqüentemente, o comportamento das pessoas. Da mesma maneira, as formas de interação foram transformadas, trazendo novos hábitos, rotinas, e ampliando os horizontes (CHARNESKI 2011. p. 07-08.).

Diante da evolução tecnológica ocorrida no século XXI, como o advento das redes sociais, houve uma facilitação no comércio de produtos, procedimentos estéticos, cirurgias plásticas, remédios para emagrecimento, e diversas outras fórmulas ou técnicas com a mesma finalidade.

Isso facilitou o crescimento da comercialização da beleza, que na maioria das vezes segue a lógica do consumo. Em virtude disso, a sociedade atual é considerada uma sociedade de “consumo da beleza”, na qual as pessoas lutam para atingir um padrão de beleza inalcançável, com base em uma percepção abstrata sobre elas mesmas (NOVAES E VILHENA, 2016, p.10).

Byung-Chul Han (2018, p. 5) ensina que o smartphone provoca isolamento e solidão, isso, pois o sujeito não mais convive com os demais, voltando-se para si mesmo. As redes sociais estimulam o hedonismo e o individualismo, eliminando as adversidades e a negatividade do mundo real. Na internet, a vida deve ser polida e dotada apenas de positividade:

O mundo do polido é um mundo de hedonismo, um mundo de pura positividade onde não há dor alguma, ferida alguma, culpa alguma. Há, portanto, uma sacralização do polido e do impecável. Encena uma religião do polido, do banal, e, além disso, uma religião do consumo, sendo o preço que toda a negatividade deverá ser eliminada.

Como consequência disso, estabeleceu-se uma forma de comunicação visual, através de uma curadoria cuidadosa da aparência e do próprio ser. Dessa forma, Han (2018, p. 5) percebe o anseio pela visibilidade irrestrita, exaustiva e desvelada “A pornográfica presença permanente do visível destrói o imaginário. Paradoxalmente, não dá nada a ver”.

Atualmente, temos não só o belo exposto, mas também aquilo que é considerado feio, desde que polido devidamente, “também o feio perde a negatividade do diabólico, do sinistro ou do terrível, e amaciam-no do mesmo modo, tornando-o uma fórmula de consumo” (BYUNG-CHUL HAN, 2018, p. 5).

Nesse cenário das comunicações instantâneas, a comercialização de procedimentos estéticos, produtos cosméticos, remédios para emagrecer e cirurgias plásticas. Dessarte, é pos-



sível extrair que o consumo exacerbado é resultado da beleza comercializável, difundida na sociedade capitalista.

Além disso, as mídias sociais são responsáveis pela popularização das selfies com filtros, isto é, ferramentas de edição capazes de modificar sensivelmente a aparência da pessoa retratada, proporcionando uma aparência polida, ilustrando os efeitos de procedimentos estéticos, como cirurgias e preenchimentos, além de alterar a coloração dos dentes, olhos e cabelos. Como consequência disso, o indivíduo se sente temporariamente satisfeito, amenizando a baixa autoestima e evidenciando a possibilidade de atingir o visual ideal através do consumo.

Para Byung-Chul Han (2018, p. 8), a prática da *selfie* intensifica o vazio interior do ser, pois, na atualidade, o senso de individualidade é frágil e vulnerável, “hoje, o eu é muito pobre em formas de expressão estáveis com as quais se pudesse identificar e que lhe concedessem uma identidade firme”. Em virtude dessas inconsistências, o sujeito se sente inseguro, desajustado face o vazio do ser:

Confrontado com o vazio interior, o sujeito do *selfie* tenta em vão produzir-se a si próprio. O *selfie* é o si-próprio em formas vazias. Estas reproduzem o vazio. O que gera a adição ao *selfie* não é um autoenamoramento ou uma vaidade narcísica, mas um vazio interior. Não há aqui um eu estável e narcísico que se ame a si mesmo. Encontramo-nos antes frente a um narcisismo negativo (BYUNG-CHUL HAN, 2015, p. 8).

Os seguidores são, dessa forma, expostos a um narcisismo considerado socialmente aceitável, espetaculizado e sistematicamente repetido por aqueles que acompanham a cultura da *selfie*. No entanto, a pessoa que se expõe exaustivamente no âmbito das mídias sociais é frágil, desestabilizada e vulnerável ao julgamento alheio, submetida às normas silenciosas das redes e sem as referências sociais antes disponíveis.

Para Gilles Lipovetsky (2004, p. 21), o sujeito pós-moderno não possui parâmetros morais e éticos para se espelhar, e em virtude disso, se vê desorientado e recorre à internet e às mídias sociais para buscar novos padrões de vida, “desestabilizado por ter de carregar-se e de construir-se sozinho, sem os apoios que, outrora, eram constituídos pelas normas sociais e referências introjetadas”.

A construção do imaginário social sobre o belo é reafirmada pelas redes sociais, que utiliza os recursos visuais como argumento para convencer o público. A imagem é usada como um meio de convencimento para que o produto ofertado seja vendido. Isso favorece um modelo inconsciente a ser seguido, que atua silenciosamente na construção da identidade coletiva, sem que haja anuência consciente por parte das pessoas.

Neste cenário, a construção da identidade se tornou algo muito complexo, já que a forma de viver atual propicia uma série de questionamentos. Ante o individualismo, a freneticidade, o gozo comprável, a massificação dos ideais e a satisfação imediata dos desejos.

A busca por si, perdeu a força diante da quantidade de informações externas recebidas constantemente por meio das mídias sociais. Nesse processo, o sujeito busca adequar-se àquilo que foi proposto como padrão, de modo que sua personalidade é diariamente moldada, especialmente a sua psique.

Por isso, na contemporaneidade, a preservação dos direitos da personalidade face à liquidez dos valores tornou-se um desafio, especialmente no que tange a proteção da integridade

psíquica, que diz respeito “aos atributos psíquicos pertinentes a cada indivíduo, insubstituíveis, indispensáveis para sua saúde, de modo que, a própria dignidade humana enseja por uma proteção integral [...] garantindo a higidez mental”. Assim, são consideradas ilegais as condutas que violem a integridade psíquica e causarem “sentimentos negativos e desagradáveis, como tristeza, vergonha, constrangimento etc” (BESSA; REIS, 2020, p. 13).

A proteção da integridade psíquica deriva dos Direitos da Personalidade, que tratam de questões fundamentais do ser, ocupando-se em proteger as características individuais e específicas inerentes à pessoa humana, atributos que ultrapassam um simples *status* jurídico. Esses direitos são importantíssimos para a garantia de dignidade humana, logo, são considerados “absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis [...] extrapatrimoniais” (DINIZ, 2005, p.122-123).

Com a padronização do belo que acontece na atualidade, a proteção da integridade psíquica, cuja função é preservar a estrutura cognitiva e mental dos sujeitos, abarcando a não interferência no sistema pensante de outrem, é colocada em risco.

Sob a influência do capitalismo e do sistema neoliberal, a padronização do belo consegue moldar as vontades do sujeito por meio das induções mentais, que ditam seu modo de vestir, comprar, comportar-se, e se identificar no mundo. Essa indução mental condiciona a liberdade das pessoas, manipulando os aspectos subjetivos da personalidade.

A percepção estética trazida pela pós-modernidade promoveu tendências globalizadas, baseadas na liberdade de expressão, mas ainda há um grande caminho a percorrer. Por isso, é importante compreender a padronização do belo na atualidade, e a partir disso, propor uma nova ordem, em que o belo das características reais ganhe destaque, e as pessoas sejam reconhecidos em sua própria e única beleza.

Bittar descreve a pós-modernidade como um processo de amadurecimento social, econômico e cultural. Para o autor, trata-se de uma espécie de amadurecimento da sociedade, que perdurará por décadas antes de alcançar a completude. Dessa forma, a pós-modernidade não encerra o período anterior, e sim se funde àquilo que restou da modernidade, reinventando-a: “deixa de ser vista somente como um conjunto de condições ambientais para ser vista como certa percepção que parte das consciências acerca da ausência de limites e de segurança” (2008, p. 137). Em virtude disso, o sujeito busca novas referências para nortear sua vivência, contexto em que o indivíduo se torna vulnerável aos ideais capitalistas de consumo.

No contexto pós-moderno ocorreu uma crise moral e ética, que resultou na inversão de valores antes sólidos, transformados em líquidos perante a priorização dos interesses individuais sobre os coletivos. Por conseguinte, paradigmas morais foram deturpados, atingindo diretamente as concepções de beleza, agora percebida como comprável. A imposição dos padrões de beleza estimula o consumo de procedimentos estéticos, produtos cosméticos e cirurgias plásticas, pois a perfeição figura como uma mercadoria.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade pós-moderna aparenta estimular a liberdade, no entanto, coage os indivíduos a priorizar o consumo irrefreado. Por consequência disso, o sujeito abandona lentamente seus valores morais, substituindo-os pelos ideais fomentados pelo neoliberalismo, resultando na massificação. Esse padrão é imposto de maneira ininterrupta, seja pelas redes sociais, *marketing* ou pelas produções midiáticas, como filmes e televisão. Nesse ínterim, o corpo se torna um objeto passível de melhorias, comercializadas pela indústria cosmética.

Nesse sentido, é possível afirmar que, no contexto pós-moderno, o indivíduo se sente coagido a buscar um padrão de beleza inatingível, que afeta diretamente sua integridade psíquica. Em virtude disso, o sujeito desenvolve uma obsessão narcísica, buscando incessantemente novos “defeitos” a serem reparados.

As causas dessa massificação do belo são relacionadas ao consumo exacerbado, às redes sociais, à valorização do individualismo e a deturpação dos valores morais. Esses fenômenos são estimulados pelos dogmas do Neoliberalismo, que prioriza o mercado à medida que exige o desaparecimento do Estado. Dessarte, cabe à Administração Pública colocar em prática medidas de proteção à integridade psíquica dos cidadãos vulneráveis à padronização do belo.

Por outro lado, o movimento de democratização da beleza e dos corpos na mídia e nas redes sociais felizmente obteve êxitos em suas solicitações. As mudanças positivas aconteceram por conta do aumento das campanhas publicitárias direcionadas à inclusão no âmbito da beleza, exaltando os corpos reais, que antes eram tidos como feios, e colocando-os na posição de protagonismo.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. Poética. São Paulo: abril Cultural, 1973 (Ed. E. Souza)

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001. p.8

BAUMAN, Zygmunt. Tempos Líquidos. Zahar: Rio de Janeiro, 2007

BESSA, L. R.; REIS, M. P. P. Dano moral e dor: direito autônomo à integridade psíquica. *civilistica.com*, v. 9, n. 1, p. 1-17, 9 mai 2020, p. 13

BITTAR, Eduardo C. B. O direito na pós-modernidade. *Revista Sequência – PPGD UFSC*. v. 29 n. 57, 2008, p. 131-152. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n57p131>. Acesso em: 12 set. 2022.

CAVALCANTI, Nicolau da Rocha. A beleza humana: reflexões sobre ética e estética. São Leopoldo: Unisinos, 2013.

CHARNESKI, Heron. A liberdade na era digital. Porto Alegre: IEE, 2011. p. 07-08

CONTI, Flávio. Como reconhecer a arte rococó. Lisboa. Edições 70, 1987.

COVA, A.; COVA, V. Tribunal marketing: the tribalisation of society and its impact on the conduct of

marketing. *European Journal of Marketing*, v, n. 5/6, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005

DRUCKER, Claudia Pellegrini. *Estética*. Florianópolis: FILOSOFIA/EAD/ UFSC, 2009. 167 p. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/230388/Claudia%20Pellegrini%20Drucker%20-%20Est%C3%A9tica,%202009.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 set. 2022.

ECO, Umberto. *História da Beleza*. Rio de Janeiro - São Paulo: Record, 2004. Tradução Eliana Aguiar

ECO, Umberto. *História da Beleza*. Tradução de Eliana Aguiar. 3ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2013.

HAN, Byung-Chul. *Sociedade do Cansaço*. Petrópolis: Vozes, 2015.

HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. Tradução de Maurício Liesen. Belo Horizonte: Editora Ayiné, 2018.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2019

LIPOVETSKY, Gilles. *Metamorfoses da cultura liberal: ética, mídia e empresa*. Porto Alegre: Sulina, 2004

NOVAES, Joana de V; VILHENA, Junia de. *Que corpo é este que anda sempre comigo? Corpo, imagem e sofrimento psíquico/ Organizadoras: Joana de Vilhena Novaes, Junia de Vilhena*. 1ªed. Curitiba: Appris, 2016.

SANT'ANNA, Patricia. TREVISAN, Paulo Sérgio. *Estética e História da Arte*. Londrina: Editora e Distribuidora Educacional S.A, 2017.

SCRUTON, Roger. *Beleza*. São Paulo, 2013.

SUASSUNA, Ariano. *Iniciação a Estética*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2012.



# Incentivos fiscais ao emprego da logística reversa: instrumento econômico para o desenvolvimento sustentável

---

Luiza Deretti Martins

*Mestranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito da Pontifícia Universidade Católica (PUCPR). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2674685824125349>*

Luana Gabriela Dalmut

*Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUCPR. Integrante do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito da PUCPR. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6899-7087>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2686921756292458>*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.124.11

## RESUMO

O presente trabalho objetiva estudar a concessão de incentivos fiscais ao emprego voluntário da logística reversa como instrumento econômico de estímulo à conduta sustentável. Empregando método dedutivo e investigativo, analisou-se o tema com base na Constituição da República, nas legislações vigentes e sob a ótica da doutrina. A pesquisa demonstra a relação entre a responsabilidade pós-consumo e o desenvolvimento sustentável. No caso da logística reversa, os incentivos fiscais podem servir como instrumento de realização do dever de proteção ao meio ambiente imposto ao Estado, observados os requisitos para sua concessão. O setor econômico beneficiado pelo incentivo contribuiria para a correta disposição do resíduo sólido, assim beneficiando a sociedade e contribuindo para o desenvolvimento sustentável. A instituição da logística reversa também pode auxiliar na imagem ambiental da companhia. É necessário, todavia, avaliar a eficiência da adoção de política fiscal nesse sentido, o que depende de uma série de fatores.

**Palavras-chave:** responsabilidade pós-consumo. sustentabilidade. política fiscal. instrumentos econômicos. desenvolvimento sustentável.

## ABSTRACT

The present work aims to study the granting of tax breaks for the voluntary employment of reverse logistic as an economic instrument to stimulate a sustainable conduct. Employing the deductive and investigative method, the theme was analyzed based on the Constitution of Brazil, the legislation and the doctrine's perspective. The research shows the link between post-consumption liability and sustainable development. Regarding the reverse logistic, the tax breaks can function as an instrument to fulfill the duty of the State to protect the environment, as long as the requirements for its concession are noted. The economic sector benefited by the tax breaks contributes to the adequate waste disposal, favoring the society and contributing to sustainable development. The institution of reverse logistic may also help the environmental image of the company. It is required, however, an evaluation on the efficiency of adopting this fiscal policy, which depends on a series of variants.

**Keywords:** post-consumption liability. sustainability. fiscal policy. economic instruments. sustainable development.

## INTRODUÇÃO

Quase nove anos após a promulgação do marco regulatório dos resíduos sólidos do ordenamento jurídico brasileiro, a destinação final do lixo continua como ponto preocupante da política pública.

Com o aumento exponencial do consumo pela sociedade em geral, a questão da disposição do lixo produzido deve ser endereçada com atenção. Segundo dados do Panorama de Resíduos Sólidos (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE LIMPEZA PÚBLICA E RESÍDUOS ESPECIAIS, 2019, p. 13), foram gerados no Brasil 79 milhões de toneladas de resíduos sólidos urbanos durante o ano de 2018. Trata-se de uma quantidade enorme de resíduos gerada pela sociedade atual que demanda uma disposição adequada. Com o crescimento da população

e da oferta de produtos, também é seguro afirmar que esses números tendem a aumentar.

A alocação inadequada do lixo pode constituir os mais diversos problemas de saúde pública, poluição, contaminação dos solos e das águas, entre outros (SANTOS, 2012).

Na Constituição da República, a defesa do meio ambiente é prevista como princípio fundamental da ordem econômica (art. 170, inciso VI, CRFB/88), enquanto que o artigo 225 estabelece como dever do Poder Público a sua preservação para as presentes e futuras gerações. Nessa linha, a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei n. 12.305/2010) institui o instrumento da logística reversa, que concebe um conjunto de ações direcionadas à coleta e restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial (KOTZIAS, 2014). Segundo a lei, apenas comerciantes e fabricantes de alguns setores estão obrigados a implementar a logística reversa.

Ainda assim, considerando que a disposição adequada de resíduos não deve se limitar apenas a determinados setores econômicos, a logística reversa admite aplicação nas mais diversas atividades, desde que devidamente instituída por canais reversos.

Diante dessa configuração, a concessão de incentivos tributários para os fornecedores que instituem política de logística reversa independente da obrigatória imposta por lei pode ser instrumento econômico relevante empregado pelo Estado para influenciar o setor produtivo na direção de um desenvolvimento mais sustentável. A Política Nacional dos Resíduos Sólidos também colaciona incentivos fiscais, financeiros e creditícios como instrumento (BRASIL, 2010).

Nessa toada, o problema da pesquisa gira em torno de estudar a adoção de uma política fiscal de benefícios para estimular os mais diversos setores produtivos da sociedade a adotar a logística reversa, com o objetivo de contribuir para o desenvolvimento sustentável e a sustentabilidade no que toca à disposição adequada de resíduos.

O objetivo geral da pesquisa é investigar a possibilidade de adoção de incentivos fiscais para estimular o emprego da logística reversa no cenário brasileiro. São objetivos específicos: (i) analisar a responsabilidade pós-consumo no contexto do desenvolvimento sustentável; (ii) estudar a política fiscal de incentivos como instrumento para realizar o dever fundamental de proteção ao meio ambiente; (iii) investigar a concessão de incentivos fiscais como instrumento econômico para o estímulo de condutas direcionadas a logística reversa;

A metodologia consistiu no emprego do método dedutivo e investigativo. Parte-se da análise da Constituição da República, da legislação pertinente ao tema de responsabilidade pós-consumo e logística reversa (com enfoque na Política Nacional de Resíduos Sólidos) e à concessão de incentivos fiscais. Após, opera-se levantamento bibliográfico a respeito do tema, para obter a perspectiva da doutrina sobre os assuntos como desenvolvimento sustentável, logística reversa, concessão de incentivos tributários e análise econômica do Direito. Por fim, é feita a sistematização dos resultados para obter conclusão a respeito dos incentivos fiscais ao emprego voluntário da logística reversa como instrumento econômico do desenvolvimento sustentável e meio de realização do dever de proteção ao meio ambiente.

## **A SUSTENTABILIDADE E OS RESÍDUOS SÓLIDOS**

O primeiro marco internacional da proteção do meio ambiente remonta à Declaração

de Estocolmo, resultante da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, em 1972 (NAÇÕES UNIDAS, 1972). Desde a década de 1960, a sociedade já experimentava alguma organização significativa em prol da conservação ambiental (FREITAS, 2020).

O conceito mais conhecido de sustentabilidade foi atribuído ao Relatório de Brundtland (ou “Nosso Futuro Comum”), ao definir desenvolvimento sustentável como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as gerações futuras suprirem às suas” (COMISSÃO DE BRUTLAND, 1987). Essa visão clássica da sustentabilidade se traduz no chamado “tripé” de dimensões econômica, ecológica e social que devem se equilibrar a fim de atingir o desenvolvimento sustentável (SACHS, 2007).

A doutrina mais recente aponta certas insuficiências em relação a essa conceituação, especialmente representada por Juarez Freitas, que defende a necessidade de percepção multi-dimensional do desenvolvimento sustentável à vista do bem-estar (FREITAS, 2012, p. 56), além do tripé.

De toda forma, é inegável que a gestão de resíduos sólidos é ponto chave para a sustentabilidade, em qualquer das suas percepções. A crescente quantidade de resíduos gerados das atividades econômicas é ameaça ao equilíbrio ecológico do meio ambiente, bem como ao bem-estar da população de maneira mais ampla (FRAZOLIN e ROQUE, 2017), especialmente quando não observada a destinação adequada na fase de pós-consumo. A disposição de lixo sem tratamento, além de provocar a poluição do solo e da água, oferece risco de intoxicação à saúde humana (SANTOS, 2012).

O maior crescimento da taxa de geração de lixo no Brasil em comparação ao crescimento da população (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE LIMPEZA PÚBLICA E RESÍDUOS ESPECIAIS, 2019, p. 13) e a diminuição no próprio ciclo de vida dos objetos comercializados agravam o quadro.

A Agenda 2030, da ONU, dedicou o Objetivo do Desenvolvimento Sustentável 12 ao consumo e a produção sustentáveis, incluindo dentre suas metas o manejo saudável dos resíduos ao longo de todo seu ciclo de vida (meta 12.4) e a redução substancial da geração de resíduos, pela prevenção, redução, reciclagem e reuso (meta 12.5) (NAÇÕES UNIDAS, 2000).

Além da atenção internacional, que impulsionou desde 1972 a positivação de direitos relacionados ao meio ambiente nas Constituições dos Estados Nacionais (FREITAS, 2020), a preocupação ambiental também foi objeto de tratamento do ordenamento jurídico interno.

A Política Nacional dos Resíduos Sólidos (PNRS) foi instituída pela Lei n.º 12.305 para regular a gestão e o gerenciamento de resíduos sólidos no Brasil. Aplica-se às “pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, responsáveis, direta ou indiretamente, pela geração de resíduos sólidos” (BRASIL, 2010) ” e tem como escopo a responsabilização da sociedade pelo lixo produzido, por meio de diretrizes nacionais baseadas nos princípios da prevenção, precaução e do desenvolvimento sustentável (MARTINS e MURARI, 2013, p. 12).

O desenvolvimento sustentável e a sustentabilidade propõem uma compatibilização entre o modelo econômico e os desafios ambientais enfrentados, necessária também para lidar com o problema da disposição e produção desenfreada de resíduos (FRANZOLIN; ROQUE, 2017). Observa Milarés que:



“Compatibilizar meio ambiente com desenvolvimento significa considerar os problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento, atendendo-se adequadamente às exigências de ambos e observando as suas inter-relações particulares a cada contexto sociocultural, político, econômico e ecológico” (MILARÉS, 2014, p. 60)

No Brasil, o quadro dos resíduos sólidos é especialmente grave devido à existência dos “lixões”, locais em que o lixo é abandonado sem qualquer tipo de tratamento. A Lei n. 12.305/2010 chegou a estabelecer como requisito do Plano Nacional de Resíduos Sólidos a imposição de metas para a eliminação dos lixões (BRASIL, 2010). A própria Política Nacional dos Resíduos Sólidos estabeleceu, em suas disposições transitórias, que a disposição final ambientalmente adequada de resíduos deveria ser implantada no máximo após 4 (quatro) anos da sua publicação.

O objetivo certamente não foi atingido, tendo em vista que, em 2020, a Lei n. 14.026 (que tratou de questões relacionadas ao saneamento) alterou o prazo para a implantação da disposição final adequada. Novos prazos até o final de 2020 e meio de 2021, 2022, 2023 e 2024 foram previstos, variando conforme a localização e a quantidade de habitantes de cada Município (BRASIL, 2020).

Nessa toada, Política Nacional dos Resíduos Sólidos (Lei n. ° 12.305/2010) estabelece o instrumento da “logística reversa”, definida como:

XII - logística reversa: instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada; (BRASIL, 2010).

O emprego da logística reversa reconhece que a vida do produto não acaba com a sua entrega ao destinatário final, atenta à fase do pós-consumo (SALDANHA, 2012). A responsabilidade no pós-consumo é compartilhada entre a cadeia de fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, consumidores e titulares de serviços públicos (BRASIL, 2010).

No caso de instituição logística reversa, caberá ao fornecedor promover a coleta e a destinação final adequada dos resíduos gerados pela atividade (PINZ, 2012), ou o seu eventual aproveitamento. Para tanto, deverá instituir os denominados “canais de distribuição reversos” para o retorno dos bens consumidos, integrando-os com a logística empresarial.

Uma vez instituída, a logística reversa deve evitar a disposição do lixo de maneira incorreta e em locais potencialmente lesivos à saúde humana ou do meio ambiente, como os lixões. Contribui-se, dessa forma, para metas como o manejo saudável e a redução da geração dos resíduos.

## **O PAPEL DA ORDEM ECONÔMICA NA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL E O DEVER DO ESTADO**

É certo que a própria Constituição da República comunica, em seu texto, preceitos da ordem econômica e o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Além da previsão do art. 225, que estabelece como a defesa do meio ambiente como dever de toda a coletividade, o art. 170, inciso VI traz a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica. Trata-se de caráter integrador da ordem ambiental e econômica, que merece interpretação sistemática (KOTZIAS, 2014).

Nesses termos, o próprio art. 170 expressa, inclusive, a possibilidade de tratamento diferenciado conforme impacto ambiental de produtos, serviços, processos de elaboração e prestação. O art. 225, impõe ao Poder Público o dever de defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, incorporando a ideia de responsabilidade intergeracional própria do conceito de desenvolvimento sustentável.

A realização do dever de proteção ambiental pelo Estado pode se dar pela regulação direta ao mercado, via normas ambientais a serem cumpridas, ou por meio de instrumentos econômicos (CAMPOS, 2011). Segundo Steven Shavell, que compara os mecanismos de controle de risco em geral, o controle de atividades por meio da regulação tem vantagem quando a magnitude do dano a ser experimentado no caso de negligência é grande (SHAVELL, 1984). Todavia, existem desvantagens especialmente econômicas no emprego do controle via regulação direta, como os custos para a manutenção do sistema regulatório pelo Poder Público e até mesmo os recursos necessários para conhecer os respectivos riscos de cada atividade.

Dentre as vantagens oferecidas pelos instrumentos econômicos estariam a redução de custos para adequação das empresas à legislação e a redução dos encargos financeiros do setor público para a fiscalização, prometendo um maior ou igual nível de efetividade em relação à política de regulação (CAMPOS, 2011).

Nessa linha, a atividade tipicamente estatal de produção de normas tributárias pode representar importante instrumento econômico para a consecução de objetivos ambientais. A carga tributária sobre agentes econômicos ocasionará impreterivelmente uma reação no setor produtivo (KOTZIAS, 2014), sendo capaz de influenciar comportamentos humanos e sociais. Com efeito, “a tributação ambiental pode estimular ou desestimular atividades econômicas de forma que tanto os consumidores quanto os produtores são compelidos a adotar condutas favoráveis ao meio ambiente” (CARVALHO; RIBAS, 2009).

Conforme explica Gusmão, a tributação voltada à finalidade ambiental não precisa ter se restringir ao caráter sancionatório, podendo adotar a função de “induzir, positivamente, comportamentos no sentido da realização da defesa e da preservação do meio ambiente” (2006). Trata-se da extrafiscalidade, em que se emprega a política fiscal para outra finalidade, além da simples arrecadação (CARVALHO; RIBAS, 2009).

Exemplo de iniciativa ambiental por meio de instrumento econômico é o chamado ICMS Ecológico, instituído por alguns Estados brasileiros, como o Paraná e Minas Gerais. No Paraná, os Municípios do Estado que possuem em seus territórios Unidades de Conservação ou mananciais que abastecem municípios vizinhos recebem 5% do valor total devido a título de repasse da arrecadação do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços de transporte e comunicação pelo Estado (art. 155, II c/com art. 158, IV da CRFB/88).

Diante desse exemplo, é possível perceber que o emprego de instrumentos econômicos no controle ambiental é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

Os incentivos fiscais têm como característica a finalidade de regulação da ordem econômica para o alcance de objetivos específicos (ELALI, 2007), eliminando ou reduzindo o encargo tributário por meio de reduções de alíquota ou base de cálculo, isenções, concessão de crédito presumido, entre outros (HARADA, 2007). Através do incentivo, o Estado pode concretizar princípios da ordem econômica em prol do bem comum. Dentre esses princípios, conforme já expos-

to, está expressa a defesa do meio ambiente.

Em que pese o artigo 33 da Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos estabeleça as atividades em que será obrigatória a instituição da logística reversa<sup>1</sup> (BRASIL, 2010), nada impede que essa metodologia seja aplicada também a outros processos de produção. E nesse contexto, ganha relevância a proposição de empregos de incentivos fiscais para estimular tanto as empresas como os consumidores a contribuir com a logística reversa, naqueles casos em que ela não é imposta pela lei.

O Grupo Boticário é um exemplo de empresa, atuante em todo o Brasil, que já adota a política de logística reversa. Os consumidores podem devolver as embalagens dos produtos de beleza em qualquer loja da marca, que serão encaminhadas para cooperativas de catadores de lixo.

De sua parte, a Política Nacional dos Resíduos Sólidos trouxe previsão expressa em que autoriza os entes federativos em todas as esferas a concessão de incentivos fiscais para projetos relacionados à responsabilidade pelo ciclo de vida dos produtos (art. 44, inciso II, Lei n.º 12.305/2010), além de relacionar os incentivos fiscais como instrumento da política<sup>2</sup> (BRASIL, 2010). A existência norma permissiva na própria Lei n.º 12.305/2010 para a concessão de incentivos fiscais para estimular projetos relativos ao ciclo de vida dos produtos, tema afeto da logística reversa, dá abertura para a adoção de uma política fiscal nesse sentido. Igualmente, a previsão constitucional de tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental de produtos e serviços também dá respaldo jurídico à hipótese.

A concessão da isenção, da redução ou do crédito presumido que funcionará como incentivo fiscal, todavia, precisa se dar mediante lei específica e exclusiva da União, do Estado e do Município em questão, nos termos do art. 150, §6º, CRFB (BRASIL, 1988). Com efeito, o deferimento de incentivos fiscais também está sujeito ao princípio da legalidade (HARADA, 2018, p. 439).

Nessa toada, o estabelecimento de política de incentivo fiscal a logística reversa por lei também precisaria observar os ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101/2000) para renúncia de receitas, de forma que é mister que o projeto de lei em questão esteja acompanhado de estimativa de impacto orçamentário-financeiro, seja compatível com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e atenda a pelo menos uma das exigências dos incisos do art. 14:

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I - Demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - Estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de

<sup>1</sup> *Agrotóxicos, seus resíduos e embalagens; produtos cuja embalagem constitua resíduo perigoso; pilhas e baterias; pneus; óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens; lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e de mercúrio e de luz mista; produtos eletrônicos e seus componentes (nestes últimos dois casos, a logística seria implementada progressivamente na forma do art. 56 da PNRS).*

<sup>2</sup> Art. 8º, inciso III, da Lei n.º 12.305/2010.

cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. (BRASIL, 2000).

A Lei de Responsabilidade Fiscal impõe a demonstração de que a diminuição na arrecadação não prejudicará metas de resultados fiscais previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias, ou, a instituição de medidas de compensação para o aumento de receitas na hipótese de que sejam afetados os resultados fiscais.

Seguidos esses trâmites e observados os requisitos, é cabível concluir pela possibilidade de concessão de incentivo fiscal dessa natureza, sem que figure inconstitucionalidade ou ilegalidade a partir das premissas da Constituição, da Lei n. 12.305/2010 e da Lei Complementar n. 101/2000.

## **ANÁLISE ECONÔMICA DA CONCESSÃO DE INCENTIVO**

Assentada a possibilidade constitucional e legal da concessão de incentivos fiscais à logística reversa, tratando-se da área de produção e consumo, é necessário analisar o seu emprego também da perspectiva econômica, para verificar sua aplicabilidade e eficiência.

Da perspectiva da Análise Econômica do Direito Comportamental, o agente é indivíduo racional e maximizador da utilidade para si, pautando seu comportamento na opção que lhe trouxer maior satisfação (GICO JR., 2010). Admite-se que a norma jurídica pode ser simplesmente ignorada pelo agente, se assim lhe for mais útil.

Assim, para o campo da AED comportamental, ainda que fosse editada legislação com a política pública de incentivo ao emprego voluntário da logística reversa, os agentes econômicos só participariam quando fosse atrativa o suficiente para si, no sentido de maximização da utilidade. Essa maximização pode significar qualquer tipo de satisfação, desde econômica (redução dos encargos tributários) até a imagem ambiental da companhia, conforme será visto adiante.

Seixas (2012), a partir do critério de eficiência de Kaldor-Hicks, estabelece que a concessão de incentivos fiscais poderia ser tida como uma política pública quando eficiente: (i) implicar de fato benefício para quem a pleiteia; (ii) tal benefício seja suficiente para que o beneficiário compense a sociedade pelos ganhos, mas de forma a ainda manter sua parcela; (iii) exista essa compensação obrigatória por parte dos beneficiados. Ainda segundo o autor, para tanto, é necessário analisar se existe mínimo indício de que a concessão alcançará o objetivo pretendido.

No caso do incentivo à logística reversa, denota-se que o instituidor desse mecanismo terá ganhos financeiros do ponto de vista fiscal, que compensará à sociedade (que teoricamente teria uma perda devido ao prejuízo a arrecadação do Estado) por meio da melhora na responsabilidade pós-consumo, contribuindo para a gestão dos resíduos sólidos e, assim, para o desenvolvimento sustentável. Seguindo o critério de Kaldor-Hicks, portanto, seria ideal que o benefício fiscal ajudasse com os custos da instituição dos canais reversos, restando algum ganho econômico para o agente. Também seria mister a comprovação de que os fornecedores efetivamente instalaram logística reversa efetiva para a melhoria da gestão dos sólidos.

Importa ressaltar, que o ganho do ponto de vista da eficiência tampouco precisa ser apenas em pecúnia. A política de logística reversa ainda pode auxiliar na imagem ambiental da companhia perante os seus consumidores e acionistas (KOTZIAS, 2014), aspecto valorizado

atualmente. Estudo conduzido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES), pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) e pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae) demonstrou que 90% de empresas grandes já fizeram investimentos ambientais desvinculados de legislação impositiva (LEITE, 2017, p. 185). Isso denota a importância que a perspectiva ambiental vem adquirindo dentro das grandes corporações.

O panorama mudou de forma que limitar-se à não violação das normas ambientais não é mais suficiente. Tanto é verdade que, atualmente, existem os chamados “selos verdes” como o ISO 14.000. A International Organization for Standardization (ISO) é uma federação internacional que cria diretrizes para as empresas que, quando observadas, lhe conferem o “selo verde” (FREITAS, 2020). Inexiste obrigatoriedade na adequação a essas normas, mas a conferência do ISO 14.000 possibilita a venda do produto em muitos mercados, inclusive, internacionais (FREITAS, 2020). Neste ponto, se assemelha ao incentivo fiscal à instituição da logística reversa, uma vez que a adesão não é obrigatória, mas traz benefícios para o agente.

Os próprios consumidores de produtos têm dado maior atenção à feição ambiental do que consomem. Estudo realizado pelo Cambridge Report sinalizou que 70% das pessoas pagariam mais caro por produtos que produzissem menor impacto ambiental (LEITE, 2017, p. 36). O dado demonstra que a coletividade, em geral, se dispõe a arcar com parte do custo para melhor preservação e defesa do meio ambiente.

O já citado Grupo Boticário é exemplo de companhia que parece valorizar a associação pelos consumidores de sua marca à proteção ambiental, tendo em vista que já tem programa de logística reversa instalado.

Igualmente, o retorno de materiais de produção que podem ser novamente utilizados na cadeia de produção é eficiente do ponto de vista econômico (SHIBAO, MOORI e SANTOS, 2010). Em que pese não constitua uma contrapartida em dinheiro, existe economia caso a matéria prima possa ser reutilizada pela empresa.

O raciocínio dos agentes econômicos, tomada como premissa a sua racionalidade, passaria por todos esses pontos ao decidir sobre a adesão ou não ao eventual programa de logística reversa. Certamente, fatores como a área da atividade, o perfil dos consumidores e o tipo de produto também influem nessa decisão.

O mecanismo de proteção ambiental através de instrumentos econômicos, todavia, encontra críticas. Dentre elas, a doutrina aponta a ausência de comprovação pela experiência prática, a igual necessidade de controle governamental e o tratamento do meio ambiente como mera questão econômica, desprezando a ética como sociedade (CAMPOS, 2011). Com efeito, no caso do incentivo à logística reversa, seria necessário ao menos uma estrutura do Poder Público destinada a fiscalizar se os beneficiários de fato estabeleceram canais reversos, e se dispõem ou reutilizam os resíduos de forma ambientalmente adequada.

Ademais, mesmo diante dos atrativos tratados, a política pode não ser abraçada pelo setor produtivo e ser vista como insuficiente. A instituição de canais reversos para a implantação da logística certamente apresentará ao fornecedor custo, que poderá ser considerável dependendo da região ou atividade.

Também afirma Gusmão (2006) que a norma tributária, por vezes, encontra certa rejei-

ção pela sociedade, especialmente diante da alta carga de tributação no país. Há de se considerar que, se caracterizada a hipótese do art. 14, inciso II da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), seria necessária a instituição de medidas de compensação de receita pelo ente federativo, situação que pode levar ao descontentamento de parcela maior da população.

Observe-se, por fim, que os entes federativos podem temer a concessão de incentivos em tributos com grande potencial arrecadatório, como o Imposto de Renda (CARVALHO; RIBAS, 2009). Ocorre que isso não necessariamente causaria prejuízo no orçamento, considerando que “eventual perda de arrecadação proveniente de benefícios tributários em prol do meio ambiente ficaria, sobejamente, compensada pela diminuição das despesas públicas para recompor a higidez ambiental e da população” (CARVALHO; RIBAS, 2009). Assim, se a perda de arrecadação fosse compensada, por exemplo e a longo prazo, com as despesas destinadas à eliminação e à recuperação de lixões, inexistiria esse prejuízo financeiro ao Poder Público.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, tem-se que o manejo do lixo no Brasil merece especial atenção da sociedade e do Poder Público. A disposição adequada dos resíduos sólidos é essencial para assegurar o direito fundamental meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto pela Constituição da República. Caso contrário, verificam-se situações como lixões, contaminação de águas e risco à saúde humana.

De sua parte, a Política Nacional dos Resíduos Sólidos (Lei n. ° 12.305/2010) procura lidar com o problema dos dejetos por meio de instrumentos como responsabilidade pós-consumo e a logística reversa. Também adotam os princípios da prevenção, precaução e do desenvolvimento sustentável.

A logística reversa estabelecida como instrumento da Política Nacional dos Resíduos Sólidos (Lei n. ° 12.305/2010) se enquadra na ideia de desenvolvimento sustentável na perspectiva moderna.

Nos casos em que não é demandada pela lei, o estímulo à adoção da logística reversa por meio de incentivos de política fiscal se apresenta como uma forma do Estado cumprir seu dever de proteção ambiental e a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica (art. 225 e 170, inciso XIII, Constituição da República). A extrafiscalidade da tributação permite a formulação de políticas fiscais para além da arrecadação, utilizando a norma tributária para induzir condutas positivas ou negativas que contribuem para a preservação do meio ambiente.

Além da autorização constitucional de tratamento diferenciado conforme impacto ambiental de produtos (art. 170, CRFB/88), no plano infraconstitucional, a PNRS apresenta permissivo legal para instituição de incentivos fiscais a projetos de responsabilidade pós-consumo. Assim, conclui-se pela constitucionalidade e legalidade da instituição de incentivos dessa natureza. Para tanto, é mister que se respeitem os critérios da Lei de Responsabilidade Fiscal para a concessão de benefícios, bem como que lei específica do ente da federação competente crie o incentivo adequado.

O incentivo tributário funciona como instrumento econômico de proteção ambiental, in-

fluenciando a atuação do setor produtivo. Instrumentos econômicos são opções em relação ao controle clássico do Estado por regulação (leis, normativas, diretrizes) que podem apresentar vantagens em relação a ela, como menor custo administrativo. O seu emprego na proteção do meio ambiente é admitido pelo ordenamento jurídico brasileiro, como exemplificado pelo ICMS ecológico.

Do ponto de vista da eficiência, existem diversos fatores a serem considerados. Parte-se do princípio que o agente econômico é sempre racional e sempre busca maximizar a sua utilidade. Seguindo tal pressuposto, os produtores e fornecedores apenas adotariam eventual política de benefício fiscal caso enxergassem essa opção como a mais útil.

Para ser tomada como uma política eficiente, seria necessário ainda que o beneficiário do incentivo compensasse a sociedade por seus ganhos por meio da melhora na gestão dos resíduos sólidos.

Cabe ressaltar que os ganhos ou utilidades percebidas pelo setor produtivo não são exclusivamente de natureza pecuniária. A partir da ótica empresarial, a adesão a um projeto de logística reversa valoriza a imagem ambiental da companhia, enquanto simultaneamente possibilita a reutilização de materiais de produção na cadeia. Consumidores estão cada vez mais atentos às “pegadas” ambientais dos produtos que adquirem, sendo este um ponto relevantíssimo.

Por outro lado, é necessário considerar a reticência dos entes federativos em abrir mão de parte da arrecadação proveniente dos tributos e a certa rejeição costumeira que algumas normas tributárias tendem a sofrer no país devido à alta carga de tributação.

Por fim, existem posicionamentos contrários ao próprio emprego de instrumentos econômicos na defesa do meio ambiente. Para alguns, além do desprezo à ética ao tratar o meio ambiente como questão meramente econômica, esses mecanismos de controle geram custos de mesma magnitude da regulação, sendo que sequer foram capazes de comprovar algum resultado prático.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE LIMPEZA PÚBLICA E RESÍDUOS ESPECIAIS (ABRELPE). Panorama dos resíduos sólidos no Brasil, 2018/2019. São Paulo: ABRELPE, 2019, p. 13.

BRASIL. Lei complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal. Brasília, DF: Presidência da República, [2000]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Lei n.º 12.305, de 2 de agosto de 2010, Política Nacional de Resíduos Sólidos. Brasília, DF: Presidência da República, [2010]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Lei n.º 12.305, de 2 de agosto de 2010, Política Nacional de Resíduos Sólidos. Brasília, DF: Presidência da República, [2010]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF:

Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

BRUNDTLAND. World Commission on Environment and Development: our common future. New York, 1987.

CAMPOS, Humberto Alves de. Instrumentos econômicos na gestão ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, v. 63, p. 287-311, jul-set/2011.

CARVALHO, Valbério Nobre de. RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. O tributo como instrumento de tutela do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, v. 54, p. 185-204, abr-jun/2009.

ELALI, André. Incentivos fiscais, neutralidade da tributação e desenvolvimento econômico: a questão da redução das desigualdades regionais e sociais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. (coord.). *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP editora, 2007, p. 48.

FRANZOLIN, Cláudio José. ROQUE, Luana Reis. Princípio do desenvolvimento sustentável e os resíduos sólidos. *Revista de Direito Ambiental*, v. 86, p. 67-96, abr-jun/2017.

FREITAS, J. *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREITAS, Vladimir Passos. O novo papel das empresas na proteção do meio ambiente. *Revista de Direitos Democráticos & Estado Moderno*. Faculdade de Direito da PUC-SP, n. 1, p. 02-16, jul.-dez. 2020.

GICO JR. Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan-jun/2010.

GUSMÃO, Omara Oliveira de. Proteção ambiental e tributação: O tributo como coadjuvante na concretização do valor constitucional “meio ambiente”. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 66, p. 113-148, jan-fev/2006.

HARADA, Kiyoshi. Incentivos fiscais em face da lei de responsabilidade fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. (coord.). *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP editora, 2007, p. 245.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Atlas, 2018.

KOTZIAS, Patricia. Logística reversa e incentivos fiscais. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 117, p. 187-209, jul-ago/2014.

LEITE, Paulo Roberto. *Logística reversa*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Juliana X. F.; MURARI, Gabriel G. Aspectos Relevantes da Política Nacional de Resíduos Sólidos. In: BECHARA, Erika (org.) *Os Princípios Ambientais na Política Nacional dos Resíduos Sólidos. A Questão Princiológica*. São Paulo: Atlas, 2013.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 9. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração da Conferência Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, 1972. Disponível em: <https://legal.un.org/avl/ha/dunche/dunche.html>. Acesso em: 10 mar. 2021.



NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Objetivos de desenvolvimento sustentável. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 10 mar. 2021.

PINZ, G. M. A responsabilidade ambiental pós-consumo e sua concretização na jurisprudência

Brasileira. Revista de Direito Ambiental, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 35, p. 153-213, 2012.

RODRIGUEZ, C. À procura de alternativas econômicas em tempos de globalização: o caso das cooperativas de recicladores de lixo na Colômbia. In: SACHS, I. Rumo à ecossocioeconomia: teoria e prática do desenvolvimento. São Paulo: Cortez, 2007.

SACHS, Ignacy. Rumo à ecossocioeconomia: teoria e prática do desenvolvimento. São Paulo: Cortez, 2007.

SALDANHA, Pedro Mallmann. Logística reversa: Instrumento de solução para a problemática dos resíduos sólidos em face da gestão ambiental. Revista de Direito Ambiental, v. 65, p. 101-151, 2012.

SANTOS, Jaqueline Guimarães. A logística reversa como ferramenta para a sustentabilidade: Um estudo sobre a importância das cooperativas de reciclagem na gestão dos resíduos sólidos urbanos. Revista REUNA, v. 17, n. 2, p. 81-96, abri-jun/2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MACHADO, Paulo Affonso Leme; FENSTERSEIFER, Tiago. Constituição e legislação ambiental comentadas. São Paulo: Saraiva, 2015.

SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. Incentivos fiscais e desenvolvimento: Reflexões e proposições à luz do Direito e Economia. Revista Tributária das Américas, v. 6, p. 305, jul/2012.

SHAVELL, Steven. Liability for harm versus regulation of safety. The Journal of Legal Studies, v. 13, n. 2, p. 357-374, jun. 1984.

SHIBAO, F. Y.; MOORI, R. G.; SANTOS, M. R. A logística reversa e a sustentabilidade empresarial. In: Seminários em Administração - XIII SEMEAD, 13, 2010, São Paulo. Anais eletrônicos [...]. São Paulo: FEAUSP, 2010. Disponível em: <http://sistema.semead.com.br/13semead/resultado/trabalhosPDF/521.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.



# A racionalidade e o raciocínio jurídicos de Perelman: aspectos da nova retórica

Farah de Sousa Malcher

*Doutora em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Para (UFPA). Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA). Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Pará*

Krystima Karem Oliveira Chaves

*Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA). Pós-graduada em Direito de Estado pela Faculdade do Pará (FAP). Graduada com bacharelado em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Advogada. Docente do curso de graduação em Direito da Universidade da Amazônia (UNAMA)*

Vinicius Chaves Alves

*Graduando do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA)*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.124.12

## RESUMO

Este estudo ateve-se à apresentação e à descrição dos principais elementos constitutivos das noções de racionalidade jurídica e raciocínio jurídico, desenvolvidas pelo filósofo Chaïm Perelman. Com base na análise de uma parte da obra de Perelman, os autores buscaram descrever as ideias centrais da teoria da argumentação jurídica daquele autor, com enfoque na razão prática do Direito por ele proposta, que influenciaram o cenário jurídico do século XX e o consagraram como o filósofo da “Nova Retórica”. Na primeira parte conclui-se a questão da reforma do ensino jurídico defendida por aquele filósofo, segundo o qual, o estudo teórico e prático da argumentação deve fazer parte da formação em Direito. Em seguida, privilegia-se o estudo do raciocínio jurídico perelmaniano, por meio do qual justifica a existência de uma lógica específica ao Direito ratificando a prova inequívoca de que nenhum valor, ou regra de direito, pode ser absoluto, concepção oposta ao positivismo jurídico amplamente difundido.

**Palavras-chave:** racionalidade jurídica. raciocínio jurídico. nova retórica.

## ABSTRACT

This study adhered to the presentation and description of the main factors concerning the notions of rationality and legal reasoning developed by philosopher involved Chaïm Perelman. Based on the analysis of a part of the work of Chaïm Perelman, the authors sought describe the central ideas of the theory of legal argument of that author, with a focus on practical reason of law proposed by him, which have influenced the legal scenario of the twentieth century and the dedicated as a philosopher of “New rhetoric”. The first part concludes the issue of reform of legal education defended by that philosopher, according to which the theoretical and practical study of argumentation should be part of training in Law. Next, the study of Perelman’s legal reasoning is privileged, through which it justifies the existence of a specific logic to Law, ratifying the unequivocal proof that no value, or rule of law, can be absolute, a conception opposed to legal positivism widely widespread.

**Keywords:** legal rationality. legal reasoning. new rhetoric.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo teve a pretensão de analisar uma parte da obra do filósofo Chaïm Perelman, mais precisamente, os capítulos I e II, segunda parte, do livro *Ética e Direito* (1990), coletânea que reúne as principais obras deste autor, teórico da argumentação jurídica.

Está dividido em duas partes. Na primeira, os autores buscaram discorrer acerca do conceito de “Nova Racionalidade Jurídica” desenvolvido por Perelman e dos motivos que o levaram a consagrar-se no século XX como o filósofo da “Nova Retórica”.

Perelman travou um combate com as filosofias tradicionais da razão jurídica ao defender a racionalização do discurso jurídico por meio de uma lógica específica, que reconhece que as divergências de todo o tipo que se verificam na vida do Direito são próprias da sua natureza, ambígua e controversa.

Foram apresentados os elementos principais da razão jurídica perelmaniana, fundamentada para além do direito natural e positivo, isto é, não concebida em valores absolutos, nem, exclusivamente, em uma lógica formal ou científica, inspirada em sistemas geométricos.

A partir da retomada e da reformulação da antiga retórica grega, Perelman chama a atenção para a importância da argumentação para a exposição de razões aceitáveis e capazes de auxiliar os juízes na motivação de suas decisões.

Em um segundo momento, os autores tecem comentários ao questionamento levantado por Perelman a respeito do que os filósofos têm a aprender com o estudo do Direito, sugerindo que as filosofias deveriam inspirar-se no modelo jurídico de racionalidade.

A história do conflito entre direito natural e positivo analisada pelo autor também é abordada neste artigo. No que tange ao tema, Perelman propõe a argumentação racional e consensual como solução ao embate, que o faria perder a sua nitidez.

A questão da fundamentação e salvaguarda dos direitos do homem também foi discutida pelo prisma daquele filósofo, que sugere o recurso ao razoável como forma de chegar-se a um consenso acerca da necessidade e alcance dessa espécie de direitos, imprecisos e indeterminados por sua relação com a moral.

Em seguida, as autoras tecem breves considerações acerca do conceito de auditório universal, elemento central da teoria da argumentação de Perelman.

A primeira parte deste artigo é concluída com a questão da reforma do ensino jurídico defendida por aquele filósofo, segundo o qual, o estudo teórico e prático da argumentação deve fazer parte da formação em Direito.

Na segunda parte, privilegiou-se o estudo do raciocínio jurídico perelmaniano, por meio do qual justifica a existência de uma lógica específica ao Direito ratificando a prova inequívoca de que nenhum valor, ou regra de direito, pode ser absoluto, concepção oposta ao positivismo jurídico amplamente difundido.

Para Perelman o raciocínio jurídico permite o desenvolvimento de argumentos que viabilizam uma proximidade entre o sistema jurídico posto, previamente positivado, e o caso complexo a ser solucionado.

Desta forma, conclui-se que o juiz utilizando-se do raciocínio jurídico, por meio da argumentação gozará de maior flexibilidade na interpretação dos textos legais e conseqüentemente prolatará uma sentença razoável, equitativa que permita a solução mais justa à pacificação do conflito que reclama a prestação jurisdicional.

## **PARTE I: A RACIONALIDADE JURÍDICA DE PERELMAN**

### **Considerações iniciais**

O reconhecimento de uma racionalidade jurídica autônoma, para além do direito natural e do positivismo, distinta da razão clássica defendida pela tradição filosófica, mas que se justifica pela constatação de que as divergências de todo o tipo que se verificam em direito, se devem à

sua natureza e especificidade, em comparação às ciências naturais.

Com base nesse entendimento, o filósofo Chaïm Perelman, um dos mais influentes do século XX, chamou a atenção da comunidade jurídica para a importância de justificar a razão prática do direito em uma racionalidade que lhe é própria, contrariando o movimento das filosofias tradicionais.

De origem polonesa, Perelman (1912-1984) viveu grande parte de sua vida na Bélgica. Teórico da argumentação jurídica, dedicou-se ao estudo do direito em atividade, defendendo o papel do discurso e da persuasão, como elementos essenciais da argumentação, e ressaltando a necessidade de justificação por meio do que denominou de a “Nova Racionalidade Jurídica”.

Sua contribuição para a retomada da retórica no século XX, fez com que ficasse conhecido como o filósofo da “Nova Retórica”, consagrando-se ao lado de outros expoentes da argumentação jurídica, como Robert Alexy, Stephen Toulmin e Neil MacCormick.

Como explica Márcio Silveira Lemgruber:

A teoria perelmaniana da argumentação ou nova retórica representa uma revitalização e reformulação de aspectos fundamentais da razão grega. Perelman retoma uma concepção de racionalidade que, como lembra Jean-Pierre Vernant, prevalecia na Grécia antiga. Trata-se de uma razão destinada não a transformar as coisas, pela objetivação da natureza, mas a influir sobre as pessoas pelas técnicas de persuasão [...]. No entanto, Perelman não se limita a resgatar a retórica grega [...]. A nova retórica amplia o conceito de auditórios, isto é, a quem a argumentação se dirige, estudando, sobretudo, os casos de argumentação através da palavra escrita, principal meio de persuasão no mundo contemporâneo. (LEMGRUBER, 1999).

Em sua obra principal: *La nouvelle rhétorique: Traité de l'argumentation* (1958), defendeu que a justificação racional do discurso jurídico em uma lógica distinta do racionalismo entendido pela ciência, não implica em situar o Direito na ordem do irracional.

Acerca da lógica jurídica perelmaniana, esclarece Manuel Atienza que:

Seu objetivo fundamental é ampliar o campo da razão para além dos confines das ciências dedutivas e das ciências indutivas ou empíricas, a fim de poder dar conta também dos raciocínios que ocorrem nas ciências humanas, no Direito e na Filosofia”. (ATIENZA, 2006, p. 61),

Perelman levantou a questão sobre como validar argumentos no campo das ciências sociais, criticando as teorias tradicionais da razão jurídica, entre elas, a positivista, que buscaram legitimar o direito em uma lógica unicamente formal e científica, onde, segundo ele, não há espaço para o desacordo.

Sob a ótica perelmaniana, problemas humanos não se reduzem a problemas formais. E o Direito, por sua vez, é o lugar da controvérsia:

Nas ciências formais, a clareza e a univocidade dos enunciados resultam da decisão metódica de só utilizar os signos num contexto bem definido, em que apenas certas combinações são permitidas, em que se determinou de antemão a estrutura dos enunciados dotados de um sentido e cujos axiomas foram enumerados previamente, ou seja, os enunciados cuja validade não se discute. Um sistema formal não apresenta, a meio do caminho, problemas de escolha e decisão além dos que, formalmente, é capaz de resolver; nele não se tem de julgar e de motivar seu juízo, basta demonstrar, calcular a solução. (PERELMAN, 2004, p. 367-368).

A noção de racionalidade jurídica defendida pelo autor rompe, de vez, com a razão ideali-

zada pelos clássicos, pois, para ele, a razão prática do direito, complexa e dialética por natureza, vai além da lógica dedutiva e indutiva do raciocínio formal, privilegiando, assim, a justificação.

É por isso que, de acordo com Perelman (2004, p.368), “Raros são os casos em que máquinas poderiam dizer o direito no lugar dos juízes”.

A nova racionalidade, contudo, não despreza a noção jusnaturalista de um Direito construído com base em valores, dentre eles, os princípios gerais do direito e os direitos do homem.

Tampouco despreza a importância de se conceber tais valores dentro de um sistema positivo, defendendo, por vezes, a integração entre o direito natural e o positivo. O meio-termo e a busca pelo razoável é o que propõe a “Nova Retórica”.

Perelman combate o absolutismo do jusnaturalismo clássico, bem como, as concepções positivistas que validam o direito, com base no formalismo puro.

Nesse sentido, fez várias críticas a Kelsen e à sua Teoria Pura, incapaz de explicar o Direito e suas decisões em bases exclusivamente científicas, porque as sentenças não são proposições verdadeiras extraídas de um silogismo, e sim, representam a resposta mais adequada e arrazoada para aquele caso.

Não descartou, contudo, a existência de uma ciência do direito, mas entende que essa não pode se esboçar fora da controvérsia, uma constante na vida do direito.

Sob a ótica do autor:

Não basta dizer que a ciência do direito só deve ocupar-se com o que não é controverso: ela ficaria, então, na superfície formal do direito e não cumpriria o papel essencial de guia dos juízes em busca de soluções conformes o direito e à equidade. [...] Se se quisesse limitar a lógica jurídica à lógica formal, deformar-se-ia a própria realidade do raciocínio dos juízes e dos advogados. (PERELMAN, 2004, p.419).

Analisa a evolução do direito por meio da dialética entre formalismo e pragmatismo, estes, por sua vez, representados por legislador e juiz. A solução adequada, razoável, é aquela que se localiza no meio termo entre o estatismo da prescrição legal e o dinamismo da decisão judiciária.

Por sua concepção pragmática do direito, é considerado um realista radical. A lógica jurídica por ele defendida é de que raciocínios devem basear-se na argumentação, isto é, na exposição de razões aceitáveis, e é isso que vai auxiliar os juízes na motivação de suas decisões.

Perelman caracteriza sua teoria da seguinte forma (2004, p. 465), “Essa tese não resulta de uma filosofia do direito teórico, mas da análise minuciosa do raciocínio jurídico”.

Por relacionar o Direito ao discurso e defender a validação deste por meio de argumentos justificados em uma razão jurídica específica, o filósofo da “Nova Retórica” não pretendeu remover ou substituir a lógica formal, mas acrescentar a ela um campo de raciocínio prático, este sim, capaz de explicar o direito e suas decisões.

## O QUE O FILÓSOFO TEM A APRENDER COM O ESTUDO DO DIREITO?

Ao proceder tal questionamento, Perelman criticou as filosofias que, durante séculos, estiveram em busca de verdades absolutas relacionadas ao ser, ao bem e à justiça, visando edificar o que denominou de sistema teórico em um ideal social, um ideo-direito, que seria a expressão de um ideal absolutista em direito.

De acordo com o autor:

O papel tradicional do direito é organizar, efetivamente e de diversas formas, a dialética entre vontades e razões humanas, logo imperfeitas. Os ensinamentos que ele nos oferece [...] não têm nenhum valor para os metafísicos apaixonados por absoluto, mas quão preciosos são para os filósofos que reconhecem os limites inevitáveis da condição humana. (PERELMAN, 2004, p. 364).

Atentou para o fato de quão raras são as filosofias inspiradas no modelo jurídico, no que considera uma atitude de desprezo ao direito e suas especificidades.

A partir dessa constatação, questiona: quando o homem reconhece que, no tocante ao direito, não há um saber infalível, não há verdades incontestáveis, e quando ele procura paliar a ausência disso, essa atitude não seria uma manifestação da sua racionalidade?

Ao contrário, a razão que concebe o direito em uma lógica puramente formal e científica, pressupõe uma sociedade utópica, perfeita, sem controvérsias, onde não há lugar reservado aos praticantes do direito.

Na sociedade ideal, as leis são pouco numerosas, simples e claras, acessíveis a todos e não necessitam de interpretação para serem compreendidas. Por conseguinte, não haveria a necessidade de advogados. Tudo é racionalmente organizado e as leis não possuem defeitos.

Contudo, adverte que o direito, na prática, apresenta um problema de decisão que não pode ser ignorado pela lógica formal.

Para chegar ao que entende por nova racionalidade jurídica, analisou o racionalismo clássico de Descartes e Spinoza, cujas relações entre razão e vontade foram inspiradas em um modelo absoluto.

Desta análise, conclui que não há razão perfeita capaz de determinar a solução correta a todos os problemas. É por isso que não adianta construir uma teoria do Direito com base em verdades absolutas, em uma lógica puramente formal, como a kelseniana, se a sociedade para a qual o Direito se dirige e onde será aplicado não é perfeita, ao contrário, a controvérsia faz parte da sua natureza que é social.

Logo, a racionalidade em direito é sempre uma forma de continuidade: conformidade a regras prévias, ou, justificação do novo por meio de valores antigos. A evolução do direito nunca está ligada a um estado de coisas definitivo. Aquilo que não tem amarra com o passado só pode impor-se pela força, não pela razão.

Resta caracterizada, destarte, a importância da argumentação: é por meio da persuasão argumentativa que serão expostas as razões para a modificação de uma regra antiga, ou substituição por uma nova. Mas alerta que a argumentação não constitui uma dedução. As razões em favor da regra são argumentos com maior ou menor força.

Com isso, infere que não basta promulgar leis para que sua aplicação seja incontestável e uniforme. Daí a necessidade de conceder certo poder aos juízes para evitar a desordem.

Mas quanto mais clara for a lei, menor será o poder de interpretação e vice-versa, o que chama de relação inversamente proporcional entre a clareza da lei e seus intérpretes.

Conclui, portanto, o que o filósofo tem a aprender com o direito:

Após ter, durante séculos, procurado modelar a filosofia pelas ciências e considerando como sinal de inferioridade cada uma de suas particularidades, chegou o momento de constatar que a filosofia tem muitos traços em comum com o direito. Uma confrontação com este permitiria compreender melhor a especificidade da filosofia, disciplina que se elabora sob a égide da razão, mas de uma razão essencialmente prática, voltada para a decisão e para a ação razoáveis (PERELMAN, 2004, p.386).

Em outras palavras, o ideal de racionalidade filosófica, que busca por um saber infalível, consubstanciado em verdades incontestáveis, é a expressão de um ideal absolutista em filosofia e de uma visão divina das coisas, que nega a racionalidade humana.

Sugere, em contrapartida, que as filosofias deveriam inspirar-se no modelo jurídico e recorrer às técnicas e incertezas do direito. Conforme Perelman, o reconhecimento da ausência de saber infalível e os métodos desenvolvidos para suprir a falta de onisciência, constituem manifestação da racionalidade do homem.

## **DIREITO NATURAL E POSITIVO: O MEIO-TERMO PROPOSTO PELA NOVA RETÓRICA**

Por meio da análise histórica do conflito entre direito positivo e direito natural, Perelman pretendeu demonstrar como essa antítese perde a nitidez quando raciocinada sob o prisma da argumentação.

Da tradição cristã de Santo Agostinho e Tomáz de Aquino no século XIX - cuja razão era apoiada no direito natural -, ao triunfo do racionalismo de Montesquieu, Rousseau até o positivismo de Austin a Kelsen, relata como aquele conflito se estabeleceu e como as sociedades, em cada época, lidaram com a questão da interpretação das leis e os mecanismos utilizados para resolver as controvérsias em direito.

O método proposto por Perelman está influenciado por uma visão do direito fundamentada na ideia de consenso: um acordo geral sobre ideias retiradas da vontade do legislador, como também, das considerações entre equidade e oportunidade.

Na prática, propõe o seguinte: quando o valor predominante for a segurança jurídica, predominaria a letra ou o espírito da lei. Mas quando for preciso levar em conta a natureza das coisas e as consequências pragmáticas, o caminho seria diverso.

Com isso, defende que o crescente papel atribuído ao juiz na elaboração de um direito concreto e eficaz, torna cada vez mais ultrapassada a oposição entre direito positivo e natural, construindo-se o que ele chama de direito efetivo, como resultado de uma síntese em que se mesclam, de modo variável, elementos emanantes das vontades do legislador, da construção dos juristas e de considerações pragmáticas de natureza social, política, moral e econômica.



## O RAZOÁVEL NA FUNDAMENTAÇÃO E SALVAGUARDA DOS DIREITOS HUMANOS

Na concepção perelmaniana, a busca por um fundamento deve ser concebida como algo não absoluto, pois o que se pretende fundamentar em determinada época, pode se tornar incontestável em outra.

Aborda o problema da fundamentação da norma. Critica a validação formal do positivismo, referindo que pode levar a abusos como o hitlerismo, por exemplo, por cair no perigo de se tornar uma teoria científica inconciliável com os fatos.

Cita o Tribunal de Nuremberg para demonstrar que o renascimento das teorias do direito natural no direito contemporâneo, ocorreram, em grande parte, em virtude do fracasso do juspositivismo.

Afirma que o fundamento positivista, conforme previsto por Kelsen, constitui-se em absolutismo ideológico. E que por outro lado, nem toda busca por um fundamento não absoluto será algo da ordem do irracional, desprovido de sentido ou alcance.

Toda vez que surgem controvérsias quanto à existência ou alcance de direitos, é normal que se procure vincular os direitos controversos a um fundamento ideológico, ou a princípios ontológicos, axiológicos, entre outros.

Mas a busca por fundamentos, quando se trata de normas, inspirou-se, com frequência, no modelo matemático, como se fossem teoremas demonstráveis a partir de axiomas evidentes e não ambíguos. Mas a busca de um fundamento na área moral ou jurídica é totalmente diferente.

Discorre sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujos direitos possuem sentido e alcance não determinados, gerando controvérsias ao aplicar regras gerais a casos específicos.

Segundo Perelman, a busca por um fundamento absoluto para tais direitos tende a fracassar, vez que se relacionam à moral. Daí a importância da justificação, de se chegar a um consenso para definir o que é razoável.

Acredita-se que, com isso, o autor afirma que o fundamento dos direitos humanos pode também girar em torno do razoável. Propõe o recurso ao razoável como fundamento dos direitos do homem, de que é possível chegar-se a um acordo na sociedade acerca da necessidade e alcance de tais direitos.

E o razoável se daria com o concurso dos seres humanos integrados no que ele chama de “Auditório Universal”, onde possam confrontar suas ideias, permitindo precisar e hierarquizar esses direitos.

Vincula, portanto, uma teoria dos direitos humanos a uma dialética do razoável, cujo fundamento, longe de ser absoluto, é considerado como algo ambíguo e indeterminado, porém racional.

Acerca da salvaguarda, aduz que a imprecisão e vagueza dos direitos humanos aumentam as possibilidades de interpretação. Daí a necessidade de que a salvaguarda desses direitos

seja confiada a um tribunal que goze da confiança dos jurisdicionados, e não só isso, mas de instituições, regras de procedimento e homens incumbidos de aplicá-los e protegê-los.

Daí a indispensabilidade de um Judiciário independente, para impedir arbitrariedades e abusos. Para Perelman, a determinação e a salvaguarda dos direitos humanos supõem um sistema de direito positivo, com regras e juízes.

## O AUDITÓRIO UNIVERSAL

Conforme referiu Atienza (2006), se Perelman resolveu designar sua teoria pelo nome de retórica, isso se deveu à importância que deu à noção de auditório, elemento essencial de sua teoria.

Ainda segundo aquele autor, argumentos retóricos não estabelecem verdades evidentes, mas sim, a razoabilidade e plausibilidade de determinada opinião (2006, p. 61), “Por isso é fundamental, na argumentação, a referência a um auditório ao qual se trata de persuadir”.

O auditório representa os indivíduos para os quais a argumentação se dirige. Estes interagem com o orador, cujo discurso visa à adesão do auditório.

Na definição de Perelman em coautoria com Olbrechts-Tyteca, o auditório universal (2005, p.22), é “o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação”.

Como é possível inferir a partir do nome, o conceito de auditório universal engloba a totalidade dos seres (a maioria). E tem como pressuposto a racionalidade dos indivíduos que o compõem, que devem ser adultos e normais, bem como, a sua imparcialidade.

Outro pressuposto é a ideia de acordo, de consenso do auditório acerca do argumento que lhe é exposto. Nas palavras daqueles autores, o acordo de um auditório universal não é uma questão de fato, mas sim de direito.

Acerca da ideia de acordo, Ricardo Henrique Resende de Andrade, explica que:

[...] primeiro produzem-se os “acordos” prévios, ou seja, o ponto de partida da argumentação, a escolha e a apresentação dos dados que visam o convencimento; segundo: lança-se mão das “técnicas argumentativas”: dos argumentos quase-lógicos, dos argumentos baseados na estrutura do real, da dissociação das noções e da interação dos argumentos – tudo isto com vistas a produzir num determinado auditório a persuasão e o convencimento em torno de determinados valores ou crenças. Para que tudo isto seja bem-sucedido deve ocorrer em sintonia com o auditório, pelo menos, com o modo como ele é concebido pelo orador (ANDRADE, 2009, p. 20).

Entende-se, portanto, que o auditório é o lugar idealizado por Perelman, onde discurso se destina e se desenvolve.

Para persuadir o auditório é necessário primeiro conhecê-lo, ou seja, conhecer as teses que ele admite de antemão e que poderão servir de gancho à argumentação. É importante não só conhecer quais são as teses admitidas pelos ouvintes que fornecerão à argumentação seu ponto de partida, mas também a intensidade da adesão do auditório. (PERELMAN, 2000, p. 146)

A nova retórica visa provocar ou intensificar a adesão de certo auditório às teses apresentadas, não por serem puramente verdadeiras, mas por equidade, oportunidade, utilidade, razoável e adaptada à situação apresentada.

De fato, na teoria da argumentação, o auditório não é definido como o conjunto daqueles que escutam um discurso, mas antes como o conjunto daqueles aos quais visa o esforço de persuasão. (PERELMAN, 2000, p. 165-166).

A eficácia da argumentação, o fato de exercer sobre o auditório uma influência de maior ou menor importância, depende não apenas do efeito dos argumentos isolados, mas também da totalidade do discurso, da interação entre argumentos entre si, dos argumentos que acordem espontaneamente ao espírito de quem ouve o discurso. (PERELMAN, 2000, p. 180)

## **A NOVA RETÓRICA E A REFORMA DO ENSINO DO DIREITO**

Ao defender a retórica, Perelman criticou o ensino jurídico, alertando para a importância de introduzir a argumentação no cenário acadêmico. Segundo ele, durante muito tempo, preocupou-se em estudar o direito pela lei, ignorando-se a prática jurídica.

Mas o direito, tal como se apresenta nos textos, pode diferir da prática, assim como um direito natural, ideal, difere-se do positivo. Para o autor, o direito positivo não é tal como previsto no papel, mas aquele que se manifesta na realidade social.

De acordo com a perspectiva positivista, apenas códigos e regulamentos garantem a segurança jurídica, devendo as controvérsias serem afastadas do ensino universitário, como se o direito formasse um sistema coerente e claro.

Mas a visão contemporânea do direito de Perelman é uma síntese que tem espaço para cada uma das concepções anteriores. Não nega a autoridade do legislador, mas admite que os textos devem cumprir função reconhecida e o direito positivo deve ser razoável, combinando segurança jurídica com equidade. E será no juiz, bem mais que no legislador, a quem se confiará a realização dessa síntese.

Como a noção do razoável é sempre relativa em uma sociedade na qual se supõe um consenso suficiente sobre um conjunto de valores comumente admitidos, o direito não seria a expressão da vontade do legislador, e sim, de um consenso político e social sobre uma solução razoável numa sociedade em rápida evolução. O direito, assim, ganharia forma através dos conflitos e controvérsias.

O conflito entre os juízos de valor estaria no centro de todos os problemas metodológicos criados pela interpretação e pela aplicação do direito. É por isso que uma lógica jurídica é uma lógica da controvérsia. E para resolver esse conflito axiológico, necessária uma teoria da argumentação, uma nova retórica.

Defende que o papel das faculdades de direito não pode limitar-se à formação de pleiteantes, mas também, de legisladores, administradores e, sobretudo, juízes.

Propõe, por fim, a inclusão, no ensino do direito, de cursos teóricos e práticos da argumentação.

## PARTE II: O RACIOCÍNIO JURÍDICO: A LÓGICA DA ARGUMENTAÇÃO DE PERELMAN

### Lógica formal, lógica jurídica e raciocínio jurídico

Etimologicamente o termo lógico deriva do grego logos que significa palavra, expressão, pensamento, conceito, razão. É a ciência das leis do pensamento, que na busca pela verdade, tenta aplicar tais leis corretamente. Divide-se em lógica formal e material.

De acordo com Mundini:

A lógica formal estuda as formas do pensamento no que estas tenham de geral e de comum. A lógica material é o conjunto de regras que devemos seguir para ordenar bem a matéria dos atos de inteligência, a fim de obter um conhecimento verdadeiramente científico que nos permita chegar à verdade. É também chamada metodologia. ” (MUNDINI, 2002).

A lógica formal, portanto, estabelece a relação entre premissas e conclusão, onde a conclusão, em si, independe da verdade das premissas. A lógica formal define as regras do pensamento correto e determina se as premissas dadas sustentam a conclusão.

Embora muitos autores associem lógica a lógica formal, posto que a atribuem ao ramo da matemática, para Perelman, a tal lógica independe da matéria do raciocínio e não comporta especialidades, é genérica, portanto, pode ser aplicada nas mais variadas áreas do conhecimento: matemática, filosofia, dogmática jurídica, etc.

Assim, ao se limitar a lógica à análise de raciocínios demonstrativos, acaba-se elaborando uma ciência puramente matemática adquirindo o status de ciência rigorosa, que estuda a estrutura de sistemas logísticos ou de cálculos não interpretados.

Tal concepção gera a inconveniente negligência ao estudo de formas de raciocínio que têm grande importância em certas disciplinas não matemáticas, e mais especificamente, no Direito, que se utiliza de argumentos.

A lógica jurídica, por sua vez, se demonstra como a verdadeira lógica da argumentação, vez que se utiliza de provas dialéticas que visam ao convencimento e à persuasão do auditório, como visto, do público para o qual se pretende, com sua decisão, dirimir uma controvérsia jurídica.

Perelman defende que ao se analisar os motivos e os dispositivos expostos nas decisões judiciais, restará evidenciado argumentações que são próprias da lógica jurídica, e não, de um de um simples raciocínio teórico.

A lógica jurídica, nesse sentido, possibilita não só a qualificação dos fatos, mas sua adequação às normas jurídicas. Daí porque o juiz se utilizará da lógica jurídica sempre que ao decidir escolher a norma mais adequadamente aplicável, principalmente quando a decisão recair sobre conflitos ou omissão normativa.

A lógica jurídica, desta feita, fornece argumentos necessários à solução das controvérsias jurídicas: “É mormente por ocasião das antinomias e de lacunas, de conflitos entre regras jurídicas e de incompatibilidades entre regras de solução de antinomias que se recorrerá à lógica jurídica. ” (PERELMAN, 2004, p. 503).

Perelman acredita que diante da controvérsia, a solução a prevalecer resultará, em termos de justiça e bem comum, primordialmente, da apreciação das consequências da escolha de uma ou de outra técnica de raciocínio, de tal forma que a decisão tomada não seja resultado da aplicação da norma hierarquicamente superior, mas que a apreciação das consequências da decisão em si, incite a conceder a preferência a uma regra sobre outra.

Sustenta, assim, a segurança jurídica uma vez que defende que em qualquer ordem jurídica situações essencialmente semelhantes sejam tratadas da mesma forma.

Para que seja possível determinar quando uma situação é essencialmente semelhante a precedentes já reconhecidos, defende a utilização dos tópicos jurídicos, entendidos como todas as considerações habitualmente creditadas na interpretação e na aplicação do direito.

Trata-se de razões, cuja pertinência e importância não foram desprezadas por juízes anteriores para determinar a escolha e o campo de aplicação das regras jurídicas, e que não se podem descartar sem fornecer razões, que parecem mais importantes, para justificar uma reforma da jurisprudência (PERELMAN, 2004, p. 492).

Na prática, a lógica jurídica diante da controvérsia permite o confronto de argumentos e contra-argumentos que findará na atuação judicial pautada sobre os argumentos prevalecentes.

A sentença prolatada fará, então, jurisprudência e comporá a ordem jurídica que elabora. Quando da ocorrência de casos semelhantes, se utilizará o precedente e, nos casos díspares, novo convencimento, nova argumentação para outra decisão.

No Direito, um argumento, por si só, não se apresenta formalmente como correto e coercivo ou incorreto e sem valor. O mais importante na argumentação é a relevância ou irrelevância de acordo com razões que lhe justificam o emprego em cada caso.

É por isso que o estudo dos argumentos, indispensável ao direito e às ciências humanas, não se detém a uma teoria da demonstração rigorosa, mas à teoria da argumentação.

Um jurista, na prática, não atua com base em raciocínios puramente formais, porque o Direito exige muito mais do que simples dedução, exige a argumentação. Obrigado a julgar e motivar, o juiz deve tratar o Direito que é incumbido de aplicar, como um sistema, a um só tempo, coerente e completo. Deve interpretá-lo de modo que consiga não somente sanar as incompatibilidades e contradições existentes, como também, completar as lacunas legislativas.

Essa atuação judicial não pode ser coerciva, e sim argumentativa, porque não fundamentada em mero cálculo matemático ou em um raciocínio puramente demonstrativo. Sustenta-se na apreciação e valoração do raciocínio argumentativo de tal forma que a liberdade e a independência do juiz constituem um elemento essencial na administração da justiça.

As razões fornecidas pelo juiz serão argumentos, não coercivos, como numa demonstração matemática, mas com força convincente variável.

De acordo com Perelman:

Assim é que contrariamente ao que se passa num sistema dedutivo formal em que, estando aceitas as premissas, as conclusões que delas se tiram se impõe e não podem ser descartadas, em direito algumas teorias que levam essencialmente em conta consequências sociais da aplicação de textos legais podem vir a limitar o alcance destes. (Perelman, 2004, p 489).

O raciocínio jurídico, ainda que sujeito a regras e prescrições que acabam por limitar o poder de apreciação do juiz na busca da verdade e na determinação do que é justo, não pode ser uma mera dedução e aplicação de regras gerais a casos particulares.

O poder concedido ao juiz de interpretar e, eventualmente, de completar a lei, de qualificar os fatos, de apreciar, em geral livremente, o valor das presunções e das provas que tendem a estabelecê-los, o mais das vezes basta para permitir-lhe motivar, de forma juridicamente satisfatória, as decisões que seu senso de equidade lhe recomenda como sendo social e moralmente, as mais desejáveis. (Perelman, 2004, p.489).

## DIREITO, LÓGICA E ARGUMENTAÇÃO:

Perelman acredita que o ideal de justiça impessoal - representado pela mulher de olhos cingidos por uma venda, com uma balança na mão esquerda e uma espada na mão direita -, constitui uma reação compreensível diante de uma temida justiça arbitrária e corrompida, que pudesse favorecer os poderosos em detrimento dos fracos, e assim, pender a balança ao lado em que sobrepujasse o interesse.

No dispositivo legal “Matar alguém. Pena: reclusão de seis a vinte anos”<sup>1</sup>, há muito mais do que simples raciocínio dedutivo. O juiz, ao condenar o acusado de homicídio, não estará aplicando simplesmente as leis da lógica, pois antes de se aplicar o esquema de raciocínio da lógica formal, deverá constatar se a regra é aplicável ao caso concreto, se os fatos estão estabelecidos e se devem ser qualificados em conformidade com a lei.

Há, desta forma, um conjunto de condições prévias, referentes tanto ao estabelecimento dos fatos quanto à própria regra a ser aplicável, que vão além dos âmbitos da lógica formal.

Para que a sentença seja justa, é preciso, primordialmente, que os fatos sejam estabelecidos. Desta forma, para que haja a decisão judicial condenatória será insuficiente a simples acusação do réu; antes deverá ser provado não somente os fatos imputados, como também deverá ser fornecido ao juiz todos os elementos permissivos a íntima convicção de que os fatos alegados sucederam efetivamente, o que é essencialmente um problema de prova.

Ademais, em muitos casos complexos, não basta a simples constatação de que as condições de fato previstas na lei estão configuradas no caso concreto, uma vez que de tais casos resultam consequências não suportadas pelo arcabouço jurídico proposto ao caso simples.

Questões atuais como a legalização da eutanásia, do aborto e do uso da maconha não podem ser decididas unicamente pelo peso da lei posta, sem se avaliar os argumentos produzidos a favor ou contra o caso específico. Uma decisão judicial sobre qualquer desses exemplos implicaria em consequências imediatas não apenas à sociedade como ao próprio ordenamento jurídico em si.

Conforme já visto, quanto mais vagos e imprecisos forem os textos da lei, maior é o poder de interpretação enfrentado pelo juiz, que deve, na medida do possível, amoldar-se à legislação, considerando os precedentes judiciais com equidade e segurança jurídica. A argumentação será determinante para estabelecer a convicção do juiz quando da motivação de sua decisão.

A lógica jurídica deve atrelar-se ao contexto social e político em que ela se insere. Numa sociedade democrática, a segurança jurídica, o respeito às regras, a busca da verdade deve

<sup>1</sup> Artigo 121, do Decreto – Lei n 2.848 de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal Brasileiro.

conciliar-se com a salvaguarda das relações de confiança indispensáveis à vida social.

Na medida em que o Direito visa a proteger simultaneamente vários valores, às vezes incompatíveis, a lógica jurídica se apresenta essencialmente como argumentação destinada a motivar não apenas decisões judiciais superiores, como também, da própria opinião pública, cada dia mais interessada e esclarecida.

A administração da justiça num país democrático, por sorte, resulta de uma constante confrontação de valores, que deve implicar em um diálogo proveitoso entre o poder judiciário, o poder legislativo e a opinião pública.

## **JUÍZO, NORMAS E LÓGICA JURÍDICA:**

Dizer que uma pessoa possui capacidade de ter juízo é afirmar, também, que detém capacidade de escolha ou de decisão não-arbitrária, com base na razoabilidade do senso comum.

Perelman defende que, diferente das máquinas que não possuem juízo, para que o juiz diga o direito em um caso específico deve ter por base cinco regras:

- a) Que todos os elementos da situação, aqueles que condicionam a aplicação da regra, sejam incontestáveis.
- b) Que exista uma regra de direito, e uma só, aplicável a cada situação. Trata-se de um princípio constitucional, de uma lei, de um costume ou de um precedente judiciário que devem ser determinados, acordados dentro dos sistemas de direitos.
- c) Que a regra seja clara em sua aplicação ao caso específico.
- d) Que não haja fato real, ou alegado por uma das partes, suficientemente importante, mas que a regra não menciona de modo explícito, que acarrete uma hesitação quanto à aplicação da regra como os casos fortuitos, força maior e o caos de estado de necessidade.
- e) Que as consequências resultantes da aplicação estrita da regra não sejam consideradas iníquas, inoportunas, prejudiciais, desarrazoadas, ou seja, inaceitáveis por uma ou outra razão.

Todas as vezes em que um juiz não se detiver diante de uma dessas cinco situações, estará diante de antinomia ou de lacunas legislativas, e para que possa decidir o caso concreto se utilizará da lógica jurídica, uma vez que a aplicação da lógica formal o conduzirá a um impasse ou a uma consequência inaceitável.

O exercício do poder judiciário em nosso sistema de direito exige, do juiz, juízo, para impedir que a aplicação do direito leve a consequências desarrazoadas, assim como o recurso a técnicas de lógica jurídica, de modo que a solução não pareça arbitrária, mas conforme ao sistema previamente enriquecido e flexibilizado. (PERELMAN, 2004, p. 552).

Um sistema de direito difere de um sistema formal pelo fato do juiz, que deve dizer o direito em cada caso específico, não pode contentar-se em deduzir corretamente as consequências de um conjunto de textos legais, mas deve ver se estas são aceitáveis.

Hoje, mais do que permitido, tem-se exigido que os juízes realizem sinteticamente a busca entre a equidade e a lei, tornando esta mais flexível diante de regras de direito nem sempre escritas e bem representadas pelos princípios gerais do direito.

Como se trata de deixar as decisões judiciais aceitáveis, recurso às técnicas argumentativas torna-se indispensável. Como, por outro lado, trata-se de motivar as decisões, mostrando conformidade com o direito em vigor, a argumentação será específica, pois terá por missão mostrar de que modo a melhor interpretação da lei se concilia com a melhor solução dos casos particulares. (PERELMAN, 2000, p. 186)

A nova formatação na qual o direito se apresenta atualmente, menos formalista, detém-se principalmente com a aceitabilidade do direito, pela maneira como uma norma se aplica ao caso concreto. Assim, resta impossível atrelar o direito positivo somente ao conjunto de leis e regulamentos tido como válidos no ordenamento, quando frequentemente surgem conflitos justamente entre a letra destes textos, sua interpretação e sua aplicação. *“A paz judicial só se restabelece definitivamente quando a solução, a mais aceitável socialmente, é acompanhada de uma argumentação jurídica suficientemente sólida.”* (PERELMAN, 2000, p.191).

Perelman defende que o raciocínio jurídico se manifesta, por excelência, no processo judiciário no qual as questões de direito são não apenas precisadas como também dirimidas: *“De fato, o papel específico dos juízes é dizer o direito – e não o criar – embora frequentemente a obrigação de julgar, imposta ao juiz, leve-o a completar a lei, reinterpretá-la e a torna-la mais flexível”.* (PERELMAN, 2000, p. 209)

Contudo, alerta que tal entendimento não pode ser concebido atualmente na limitação do papel do juiz como de “uma boca pela qual fala a lei” (PERELMAN, 2000, p. 221), porque o direito não se detém ao texto da lei, esta é tão somente um instrumento de balisa ao desempenho da atividade judicante.

O direito admitido não é simplesmente o direito imposto pelo legislador: é preciso torná-lo flexível para conciliá-lo com o que é considerado equitativo ou razoável; é neste sentido que evolui o direito contemporâneo em todas as sociedades democráticas, nas quais a simples afirmação por parte da autoridade é fortemente contestada. (PERELMAN, 2000, p. 229)

## DIREITO E RETÓRICA

Por retórica entende-se como a arte da linguagem persuasiva. Nos casos simples onde a tese que se quer que admitir é evidente, não cabe a utilização de argumentos para o livre convencimento.

O papel da retórica se tornará indispensável quando o Direito for concebido de forma menos autoritária e mais democrática, quando os juristas passarem a valorizar e difundir a importância da paz judiciária, quando o Direito deixar de ser simplesmente obedecido, mas também reconhecido, será, aliás, tanto mais bem observado quanto mais largamente aceito.

O papel da retórica no Direito aumenta com o crescimento e a independência do Poder Judiciário, sempre que este procurar motivar suas decisões, ao invés de impô-las autoritariamente.

O papel do juiz é também o de contribuir para a aceitação do sistema jurídico posto que, mostrando que as decisões tomadas mais que legais, positivadas, devem ser aceitáveis, porque



razoáveis.

Daí porque nas relações conflituosas em opiniões, interpretações, interesses e valores, o juiz deve procurar soluções que sejam, a um só tempo, conforme o Direito e aceitáveis socialmente, deve flexibilizar a lei para que o Direito que diz seja aceito adequadamente.

O empreendimento de Perelman em sobrepujar o padrão meramente positivista no campo de aplicação do direito tornou-se mais robusto com a proposição de outras teorias da argumentação, entre elas a de Robert Alexy. As duas teorias, embora distintas, evidenciam quão relevante deve ser a atuação judiciária quando pautada em decisões racionalmente motivadas, construídas e alicerçadas em uma teoria da argumentação.

Tanto Perelman, quanto Alexy, convém que os princípios gerais do direito devem ocupar um espaço de destaque, tornando-se verdadeiros sustentáculos do ordenamento jurídico, constituindo o seu fundamento último de legitimidade. Consignam, também que os princípios são responsáveis por conceder à moral no direito uma nova perspectiva mais prática e possível, já que não admitem uma confusão entre os dois conceitos, e muito menos uma separação absoluta, ao revés, um forçoso entrelaçamento.

Não se pode explicar a vida real do Direito contemporâneo sem reconhecer a interação existente entre a jurisprudência e a doutrina, em que o conhecimento e a vontade colaboram intimamente para satisfação da segurança jurídica.

A ciência do direito pressupõe posicionamentos justificáveis razoavelmente por força da argumentação, que permite o uso razoável da liberdade, ideal que a razão prática se propõe em moral, em política, mas também, em direito.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho buscou apresentar os elementos antecedentes que Chaïm Perelman se utilizou para sustentar e apresentar sua Teoria da Argumentação, mais especificamente, os conceitos de racionalidade e raciocínio jurídicos por ele desenvolvidos.

Perelman, ao contrário de um teórico do Direito, não se preocupou em dizer o Direito, conceituá-lo, defini-lo. Propôs-se a explicar o método pelo qual o Direito deve ser dito. A Nova Retórica, festejada por muitos, pugna que o Direito abandone a forma inanimada proposta pelos positivistas e se coloque em uma nova maneira de pensar totalmente deliberativa, em um verdadeiro processo argumentativo.

Partindo da lógica e do raciocínio jurídico, entende e aplica o Direito em movimento, ou seja, permite que o juiz, se valendo dos argumentos apresentados pelas partes, possa não somente adequar a norma posta ao caso concreto, como também, interpretá-la ou criar nova norma que se adequa da maneira mais racional possível.

Essa concepção de mobilidade do Direito é de suma importância na sociedade plural e complexa em que vivemos. O Direito não pode, preso a estruturas normativas estabelecidas, se omitir a decidir um caso complexo ou pior, fazer com que sua decisão não possa, de fato, resolver o caso da maneira mais justa e igual.

O juiz deve ser o agente de integração do Direito à Justiça e somente com a aceitação dos argumentos e a análise de todas as implicações positivas e negativas, é que, ao decidir, poderá transmitir à sociedade a segurança necessária à pacificação pretendida.

## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1949. Código Penal Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm) Acesso em: 15.12.2012.

ANDRADE, Ricardo Henrique Resende de. Verdade e Retórica em Chaïm Perelman. Dissertação apresentada ao Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2009.

ATIENZA, Manuel. As razões do Direito. Teoria da Argumentação Jurídica. São Paulo: Ed.Landy, 2006.

LEMGRUBER, Márcio Silveira. Razão, pluralismo e argumentação: a contribuição de Chaïm Perelman. Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, June 1999. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010459701999000200005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010459701999000200005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 06 jan. 2013.

MUNDINI, Roberto Patrus. A lógica formal: Princípios elementares. Disponível em:<<http://periodicos.pucminas.br/index.php/economiaegestao/article/view/113/104>>. Acesso em: 15.12.2012.

PERELMAN, Chaïm. Ética e Direito. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da Argumentação. A Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005.



# Introdução à teoria das políticas públicas

**Krystima Karem Oliveira Chaves**

*Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA). Pós-graduada em Direito de Estado pela Faculdade do Pará (FAP). Graduada com bacharelado em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Advogada. Docente do curso de graduação em Direito da Universidade da Amazônia (UNAMA)*

**Luciana Oliveira Chaves**

*Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Prebisteriana Mackenzie. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Faculdade de Direito prof. Damásio de Jesus. Pós-graduada em Direito Público Capacitação para o Ensino Superior pela Faculdade de Direito prof. Damásio de Jesus. Graduada com bacharelado em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Coordenadora e docente do curso de graduação em Direito da Universidade da Amazônia (UNAMA)*

**Vinicius Chaves Alves**

*Graduando no bacharelado em Direito pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA)*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.124.13

## RESUMO

O presente estudo apresenta noções introdutórias sobre políticas públicas. Aduz conceitos essenciais e tipologia. Expõe a importância de se ter definido o ciclo de uma política pública com a definição do problema, formulação de agenda e de alternativas de solução para a tomada de decisão, implementação e conseqüente avaliação dos resultados até a extinção da política. Defende também a contribuição da abordagem neo-institucional para a avaliação do processo de políticas públicas.

**Palavras-chave:** estado. políticas públicas. neo-institucionalismo.

## ABSTRACT

This study presents introductory concepts about public policy. Adds essential concepts and typology. Exposes the importance of having defined the policy-making process with the problem definition, agenda formulation and solution alternatives for decision-making, implementation and subsequent evaluation of outcomes until the end of the policy. It also defends the contribution of neo-institutional approach to evaluating the public policy process.

**Keywords:** state. public policy. neo-institutionalism.

## INTRODUÇÃO

O objeto de estudo do presente artigo embora relativamente recente na pesquisa acadêmica no Brasil, consolidou nas últimas décadas um legado teórico necessário à percepção de fenômenos de natureza político-administrativa. Desde 1930 se produz material teórico sobre a análise racional das políticas, mas somente duas décadas após é que se intensificou a produção acadêmica sobre o assunto<sup>1</sup>.

O resultado dessa pesquisa acabou por se refletir não só no meio acadêmico por meio dos pesquisadores envolvidos como também em outros agentes responsáveis pela gestão pública que, aplicando os instrumentos analíticos e o vocabulário apresentado, passaram a redefinir o processo de tomada de decisões.

Para que as políticas simbolizem ações e alterações efetivas nas estruturas existentes, seus agentes precisam de modelos e teorias que facilitem sua compreensão e operacionalização. O presente artigo visa justamente apresentar de maneira bastante sucinta o legado teórico produzido sobre políticas públicas: conceito, modelos, atores, estruturas, definição de agenda, implementação e monitoramento das mesmas.

---

<sup>1</sup> Em 1951 foram lançadas duas importantes obras: *The governmental process* (Truman), e *The policy sciences* (Lerner e Lasswell). Tinham por objeto a análise dos grupos de interesses, estruturas e influência sobre os processos de políticas públicas na administração estatal, bem como o processo de formulação e avaliação de impacto das políticas públicas. (SECCHI, 2010, XIII)

## O QUE SÃO POLÍTICAS PÚBLICAS?

Inicialmente convém ressaltar que o vocábulo “política” possui conceito polivalente. Para os países de língua latina (Brasil, Espanha, Itália e França) o termo agrega em um só vocábulo duas acepções que os países de língua inglesa separam em expressões distintas: *politics* e *policy*.

*Politics* seria assim, o processo político, propriamente dito, a ação ligada a obtenção da manutenção necessária ao exercício do poder sobre o homem. *Policy*, por seu turno, seria a diretriz em si, a orientação para essa ação; a configuração dos programas políticos, aos problemas técnicos e ao conteúdo material das decisões políticas.

A expressão “política pública” tal qual compreendemos em nossa sociedade se relaciona mais fielmente a *policy* uma vez que se atém não somente ao teor das decisões políticas como também a elaboração e atuação dessas decisões.

Nesse contexto, definir política pública, mesmo as minimalistas, não é tarefa fácil. Heidemann e Salm a concebem como “a teoria política ou o conhecimento dos fenômenos ligados à regulamentação e ao controle da vida humana em sociedade, como também à organização, ao ordenamento e à administração das jurisdições político-administrativas” (2010, p. 29). Secchi a define como “uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público” (2010, p. 2)

Já para Saraiva e Ferrarezi, política pública seria:

“um sistema de decisões públicas, que visa a ações ou omissões, preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos. (2007)

Operacionalmente pode-se conceber política pública como o conjunto de ações, práticas, diretrizes que, fundadas em lei e entabuladas como funções de Estado, atendem aos conflitos e anseios sociais. Sob essa abordagem estatista o fator condicionante para que uma política seja pública deve recair unicamente sobre a personalidade jurídica do formulador, do ator protagonista: o Estado.

Sob outro enfoque, multicêntrico, o ator protagonista estatal cede espaço ao objetivo da política, assim, será pública aquela que tiver de pôr fim a resolução de um conflito público, quando o problema a ser enfrentado alcança toda a coletividade. Diz-se multicêntrica, justamente por permitir não apenas a participação de outros atores não-estatais como a intervenção direta destes no ciclo de políticas a ser instaurado.

Sob esta ótica, a perspectiva de políticas públicas vai além da esfera governamental, na medida em que o governo, com toda a sua estrutura administrativa, não é a única instituição a atender a comunidade política.

Ora, se a abordagem multicêntrica, é o objetivo da política que prevalece face a seus atores, convém ressaltar que tal objetivo nem sempre se figurará em uma ação positiva, podendo mesmo se transfigurar em pura omissão, decisão de não agir, por entender que com o ato omissivo se alcançará o fim pretendido, como por exemplo a política de não tributação dos produtos que compõem a cesta básica como forma de justiça social.<sup>2</sup>

*2 Tramita na Câmara dos Deputados, proposta de Emenda a Constituição Federal – PEC 215/2012, que propõe a inserção de alínea “e” ao inciso VI, do art. 150, da Constituição Federal, vedando a instituição de impostos sobre os itens que compõe a cesta*

A esse respeito:

“As políticas públicas supõem a mobilização de recursos para alcançar resultados ou produtos da ação pública. Supõem também a organização de certas ações cujos objetivos são aqueles produtos ou resultados. Os resultados e produtos são designados como *outcomes* das políticas públicas. No entanto, se a cada política pública deve corresponder um conteúdo, esse conteúdo pode ser também uma ausência de conteúdo, ou seja, as políticas públicas podem ser caracterizadas por um elenco de decisões, mas a ausência de decisão também pode representar uma política pública. Assim, a não existência de uma política tem um valor informativo, tanto quanto a sua existência”. (Dias, 2009, p. 176).

Há, contudo, quem defenda que um ator não estará elaborando política pública quando se omitir diante de um problema público, é o caso de Secchi: “Uma política pública deve resultar em uma diretriz intencional, seja ela uma lei, uma nova rotina administrativa, uma decisão judicial, etc.” (2010, p. 4), e de Heidemann: “só existem políticas públicas se existem ações, decisões”. (2010, p. 34).

## QUAIS OS TIPOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS?

Partindo da distinção apresentada acima sobre *politics e policy*, Theodore J. Lowi em um artigo publicado na revista *World Politics*, em 1964, revolucionou ao determinar que as políticas públicas (*politics*) determinavam a dinâmica política (*policies*). Assim, “dependendo do tipo de política pública que está em jogo, a estruturação dos conflitos, das coalizões e o equilíbrio de poder se modificam” (SECCHI, 2010, p. 15).

Tal assertiva foi revolucionária por atribuir ao objeto de estudo da política pública a verificação de sua própria tipologia, ou seja, a análise passou a recair sobre o conteúdo da política como determinante do processo político.

A tipologia de Lowi então classifica as políticas públicas em quatro:

**a) Políticas Regulatórias:** disciplinam aspectos da vida social, estipulando padrões de comportamento, serviço ou produto para os atores públicos e privados, sua aprovação estará intrínseca ao fortalecimento de seu grupo de interesse. Exemplo recente é a polêmica Lei Seca<sup>3</sup>.

**b) Políticas Distributivas:** produzem benesses determinadas e específicas para grupos de atores com custos repartidos para toda a sociedade. São decisões alocativas, sem contrapartida fiscal. Exemplo típico é o princípio da gratuidade nos juizados especiais<sup>4</sup>.

**c) Políticas Redistributivas:** os benefícios são concentrados a determinados e específicos grupos de atores, contudo, diferentemente da distributiva, os custos são arcados por outras categorias de atores. Exemplo a aplicação de cotas sociais no ingresso as universidades federais do país<sup>5</sup>.

**d) Políticas Constitutivas:** estabelecem procedimentos, definem competências, jurisdic-

*básica de alimentos.*

*3 Lei n° 12.760/2012, em vigor desde 29/01/2013 que determina tolerância zero para a combinação de bebida e direção.*

*4 Lei n° 9.099/95, art. 54 – O acesso ao Juizado Especial independará, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas.*

*5 Lei n° 12.711/2012: Art. 1o: As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.*

*Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita.*

ção, regras da disputa política e da elaboração de políticas públicas. Exemplo é a clássica repartição de competências entre os entes federativos<sup>6</sup>.

Cada política pública cria arenas próprias onde os atores a partir de estratégias e de ação defrontam-se na produção dessas políticas, sejam criando grupos de veto, sejam criando grupos de apoio a seus interesses.

Assim como Lowi, outros profissionais também desenvolveram diversas tipologias sobre políticas públicas<sup>7</sup>. Todas ajudam o analista de políticas públicas a clarificar seu objeto de estudo, assim como traçar padrões comparativos intersetoriais: “A partir do momento em que se consegue comparar coisas aparentemente diferentes, mas que compartilham elementos essenciais, há maior fertilidade para a construção teórica e para a melhoria da prática” (Secchi, 2010, p. 24).

## COMO SE ELABORAM POLÍTICAS PÚBLICAS?

Denomina-se ciclo de políticas públicas o processo de elaboração de uma política pública. É um desenho interpretativo que organiza a estrutura da política pública de forma sequencial, definido de acordo com as etapas abaixo exemplificadas:

### IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA

Pode-se conceituar problema como a razão direta entre a situação real e a ideal. Assim quanto mais distante a realidade estiver do modelo ideal, maior será o problema a ser enfrentado pelo agente.

A percepção do problema implica, então, no reconhecimento por um grupo de atores de que uma determinada situação encontra-se insatisfatória ou irregular. Delimitando-se o problema, deve-se, tão logo, definir as causas geradoras, os conflitos produzidos, os entraves a ser enfrentados, e principalmente o planejamento para as soluções aplicáveis.

Todo problema deve ser passível de possibilidade de resolução seja em sua totalidade, seja parcialmente em suas atenuantes. A importância da rápida solução ao problema vai implicar na eleição do mesmo como prioridade de atuação, definindo-se, assim, a agenda pública.

### FORMULAÇÃO DA AGENDA

Agenda é o rol de prioridades, problemas ou temas relevantes a ser enfrentado pelos atores. Tem um aspecto político quando reclamada por determinados grupos de interesse, e outro institucional quando já apresenta os problemas ou temas que serão enfrentados pelo poder público. Pode se apresentar em forma de um programa de governo, um planejamento institucional, estatuto, etc.

Ora, se as agendas listam ações ou resoluções para o enfrentamento de problemas prioritários, o maior desafio do gestor é então decidir o que é prioridade pública. Como eleger prioridade de atuação, quando o Estado já não suporta ou satisfaz necessidades básicas como saúde, educação, segurança pública etc.

<sup>6</sup> *Constituição Federal, Capítulo II, artigo 21 e seguintes.*

<sup>7</sup> *Wilson (1983), Gormley (1986), Gustafsson (1983), Bozema e Pandey (2004).*

Como destaca Subirats (1989), a limitação de recursos humanos, financeiros, materiais, a falta de tempo, a falta de vontade política ou a falta de pressão popular podem fazer que alguns problemas não permaneçam por muito tempo, ou nem consigam entrar nas agendas. As agendas listam prioridades de atuação, e como já dizia um ex-candidato à Presidência da República do Brasil “a maior dificuldade para o político não é estabelecer quais serão as prioridades. A maior dificuldade é ordenar as prioridades.” (Secchi, 2010, p. 36).

Um problema é prioritário, então, quando atinge ou é percebido por diversos atores; quando uma parcela representativa da sociedade (ou de um grupo de interesse) entenda que determinada situação necessita de intervenção imediata dos agentes responsáveis pela solubilidade direta do problema.

## FORMULAÇÃO DE ALTERNATIVAS

Identificado o problema e definido a agenda o ciclo avança para a etapa de formulação de objetivos e estratégias de ação que devem, por prudência, considerar não só o custo e benefício como as “potenciais consequências de cada alternativa de solução” (Secchi, 2010, p. 37).

Essa etapa é de grande relevância, uma vez que, com o planejamento adequado, baseado em objetivos concretos e fidedignos à realidade enfrentada, o resultado da ação será eficiente e alcançará os fins pretendidos.

O maior entrave a essa etapa é justamente o processo de investigação das soluções aplicáveis ao caso. As condições sociais enfrentadas atualmente são sempre muito instáveis, complexas e urgentes, com isso, qualquer previsão de alternativas de solução além de temerária, esbarra no dilema da escassez de recursos financeiros e a duração da ação, ou seja, do tempo necessário para que a ação produza efeitos práticos.

## TOMADA DE DECISÃO

Nessa etapa, após a formulação de alternativas, os atores envolvidos, terão que optar por aquela (s) que melhor equacione a satisfação dos interesses entre os demandantes e demandados.

A tomada de decisão decorre, principalmente, da capacidade de os atores escolher dentre as alternativas apresentadas, a que melhor satisfaça às necessidades dos grupos de interesse ou coletividade, em função das circunstâncias temporais para assegurar os resultados desejados e, portanto, não se constitui em tarefa fácil.

Alguns modelos tentam explicar melhor essa fase:

**a) Modelo racional**, proposto inicialmente pelo matemático holandês Jan Tinbergen, baseia-se na teoria microeconômica neoclássica, em que a racionalidade é fator fundamental para a tomada de decisão. Trata a informação objetivamente e evidencia a lógica no processo decisório, ponderando as consequências que podem vir a ocorrer. Não busca a escolha que alcance mais rigorosidade os resultados, mas a resultados aceitáveis, dentro das metas e objetivos estipulados.

**b) Modelo da Racionalidade Limitada**, proposta pelo economista Herbert Simon, parte da impossibilidade do administrador em acessar a todas as possibilidades de ação, de modo a conseguir avaliar a totalidade de alternativas possíveis a solução do problema. Ora, se as informações, bem como as alternativas, estão disponibilizadas de maneira



limitada, as soluções são escolhidas através do processo de estabelecimento de regras, conforme os interesses e objetivos dos envolvidos nesse processo. Assim, a escolha da decisão se faz a partir da opção considerada mais satisfatória ao grupo de interesse.

**c) Modelo Incremental**, apresentado por C. E. Lindblom, retrata as impossibilidades do racionalismo e a necessidade de focalização das informações. Dessa forma, não existe apenas uma decisão correta, mas uma série de tentativas selecionadas por análises e avaliações, em que as ações são tratadas de maneira flexível, até atingir o nível almejado. Os atores não se restringem a delimitar objetivos e avaliar as alternativas para alcançá-los, ao contrário, passam a escolhê-las após confrontá-las, visando alcançar os resultados desejados. Deste modo, a decisão mais adequada é gerada a partir de um consenso e visa a garantir a conformidade entre as partes interessadas.

**d) Modelo Desestruturado** entende que no início do processo decisório, o ator possui pouco conhecimento do problema, das alternativas e das possíveis soluções. Assim, se caracteriza como dinâmico e não - linear, desenvolvendo-se de forma desestruturada e não previsível. Diante das dificuldades enfrentadas, as organizações reavaliam suas alternativas, reiniciando o processo, o que demanda um bom período de tempo.

**e) Modelo da Lata de Lixo**, de autoria de M. D. Cohen, J. G. March e J. P. Olsen, considera que o ator não procura identificar e analisar o problema para, então, delinear as alternativas possíveis de solução. A decisão ocorre, assim, por escolhas que procuram por problemas, neste sentido, as soluções são anteriores aos problemas. Na lata de lixo estão os problemas disponíveis, sendo que os atores recorrem à lata de lixo para procurar problemas a serem resolvidos.

Diante do exposto, compreende-se que, embora os modelos de tomadas de decisão sejam diferentes entre si, todos eles convergem para as etapas que deverão ser seguidas na resolução de cada problema organizacional. Possuem, todavia, características próprias em relação ao processo decisório, pois cada um delibera sua própria ordem nas fases do processo.

## Implementação

As instituições são os principais instrumentos de implementação de políticas. Nessa fase, regras, rotinas e processos sociais são convertidos em intenções de ações, como meio pelo qual os propósitos oficiais e públicos se transformem em solução do problema definido na agenda.

Essa fase do ciclo, embora muito importante ao resultado prático da política, ainda é (em muitos casos) bastante negligenciada pela crença por muitos atores de que as decisões políticas têm efeito imediato, depois de tomadas. Estes, não percebem que a implementação necessariamente requer um esforço consciente e explícito para que todos os atores cooperem entre si em prol da promoção da política eleita.

## Avaliação

É a fase em que o processo de implementação e seu desempenho são examinados para que se avalie o grau de comprometimento e a redução do problema que o gerou. Compreende a definição de critérios (economicidade, eficiência, eficácia, equidade), indicadores de *input* (gastos financeiros, recursos humanos e materiais), *output* (produtividade) e *outcome* (resultado,

efeitos, resolubilidade).

Os mecanismos de avaliação referenciam a política implementada, permitindo análise de todas as suas fases, falhas, dificuldades e êxito permitindo a continuação, a reestruturação ou até mesmo a extinção da política pública.

## **Extinção**

Uma política pública pode se considerar extinta quando sanado o problema para o qual foi criada; quando suas ações são tidas como ineficazes ao fim pretendido ou quando o problema, embora não resolvido, perdeu importância, sendo eliminado da agenda.

## **ONDE AS POLÍTICAS PÚBLICAS ACONTECEM?**

Os estudos sobre políticas públicas se desenvolvem em um cenário político de contexto institucional, condicionando o comportamento dos indivíduos. Para o institucionalismo tradicional, “as instituições são as regras constitucionais, os estatutos e códigos legais, as políticas públicas passadas e os regimentos interno das arenas onde as políticas públicas são construídas. Instituições nessa acepção são: jurisdições (leis), competências (funções) e as delimitações territoriais” (SECCHI, 2010, p. 62).

O neo-institucionalismo, reformulando, mais recentemente, o entendimento inicial, defende que quanto mais consolidado o aparato institucional, mais as instituições conseguirão moldar totalmente o comportamento dos indivíduos. Abrange, também, o conceito, ao aceitar que variáveis culturais (hábitos, rotinas, convenções, crenças, valores e esquemas cognitivos) possuem forte influência sobre como se desenvolvem as relações sociais, as dinâmicas políticas.

Para o neo-institucionalismo, o Estado atua por meio de seus agentes cumprindo a lógica de tentar reproduzir o controle de suas instituições sobre a sociedade, substanciando, com isso seu poder político e sua autoridade. As instituições assim, é que determinam os resultados sociais e políticos e o Estado perde sua neutralidade uma vez que dotado de autonomia de ação, expressão do “insulamento” da burocracia.

O neo-institucionalismo se apresenta em três principais vertentes: o da escola racional, o histórico e o sociológico. Cada uma, tenta justamente explicar o papel desempenhado pelas instituições na determinação dos resultados sociais e políticos: “cada uma parece suprir uma explicação parcial das forças ativas da situação dada, ou exprimir dimensões diferentes do comportamento humano e do impacto das instituições” (HALL e TAYLOR, 1996).

**a) Neo-institucionalismo da escolha racional:** considera em linhas gerais a minimização dos ônus da decisão para a máxima utilidade desta, que se verifica em ganhos obtidos por meio de trocas entre os atores interessados.

A escolha racional constitui-se como uma corrente que utiliza a lógica dedutiva de análise, cuja premissa básica são instituições compostas por atores individuais que tomam decisões e agem a partir de escolhas e interesses pessoais. Essas preferências podem gerar efeitos coletivos ou decisões coletivas. A perspectiva analítica da economia neoclássica e a linguagem da teoria dos jogos são trazidas para o interior da arena pública, onde políticos e burocratas com interesses próprios competem tal qual num mercado, procurando maximizar votos, apoio e transferências de rendas (*rente seeking*). (DIAS, 2009, p. 177).

No que se refere ao enfoque sob a perspectiva da origem e das modificações das instituições, os teóricos da escolha racional, sem perder de vista o sentido utilitário inerente, entendem que as origens e as mudanças das instituições estão interligadas pelas funções que cumprem e pelas vantagens que propiciam.

**b) Neo-institucionalismo histórico:** a transformação da estrutura social, bem como, o rastro temporal das escolhas e das decisões políticas dos atores, modela a arena política e definem as instituições. Possui por variável independente “as instituições intermediárias, tais como a burocracia, o eleitorado, as redes estabelecidas entre empresariado e governo, a relação estado-sociedade, o processo político decisório e/ou de elaboração de políticas públicas”. (DIAS, 2009, p. 180).

Apreende que o Estado é autônomo, capaz de escolhas e de alcance de suas metas políticas. As instituições são formadas por atores individuais que decidem e atuam a partir de escolhas e interesses pessoais, e após, são aplicadas para a coletividade.

**c) Neo-institucionalismo sociológico:** as instituições são decorrentes de processos culturais que determinam o comportamento institucional, influenciando as escolhas e preferências dos indivíduos. Atendem aos anseios sociais ao garantir normatividade, valores e crenças contraídos ao longo do tempo. As instituições possuem dinamismo por se moldarem de acordo com o meio em que se encontram.

“As instituições não são vistas simplesmente como “mecanismos” capazes de aumentar a eficiência do mercado, mas como “processos” altamente dinâmicos e sensíveis a estímulos do ambiente circundante, os quais possibilitam a manutenção da ordem na vida pública (MARCH; OLSEN, 1984)” (DIAS, 2009, p. 178)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No que pese a dificuldade em conceituação, políticas públicas podem ser entendidas como verdadeiros princípios norteadores de ação do poder público uma vez que estabelecem regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediando interesses plurais e por vezes antagônicas entre os diversos atores envolvidos.

Adotando por forma e sistematização a diversidade (leis, programas, linhas de financiamentos, etc.) orienta ações (ou omissões) que implicam na resolução de um problema, previamente percebido e formulado por grupos de interesse, e que, via de regra, exige a aplicação de recursos públicos.

Se qualquer das fases apresentadas no ciclo de políticas públicas for mal planejada pelos atores, provavelmente, as intervenções e declarações de vontade, as ações desenvolvidas e os efeitos práticos, serão incompatíveis entre si.

Assim, se o problema não for definido de acordo como percebido pelo grupo; se não for considerado prioritário para a devida inclusão na agenda; se as análises de alternativas não representarem fidedignamente a solução do problema; a tomada de decisão já ocorrerá eivada de vícios e distorções. Outrossim, mesmo que a tomada de decisão não apresente qualquer contradição com o problema identificado, a fase de implementação precisa ser de estrito comprometimento com o planejamento das alternativas de solução; a avaliação deve de fato apresentar um

diagnóstico prático da implementação, com todos os seus aspectos positivos e negativos, para que a política pública seja extinta pela plena satisfação do objeto.

Diante desse emaranhado e intrínseco passo-a-passo é fácil perceber que garantir a execução de todas as etapas do ciclo de políticas públicas se traduz em verdadeiro desafio a seus atores. Em cada etapa do ciclo traduzirá formas de exercício do poder político, distribuição e redistribuição de poder, o papel do conflito social nos processos de decisão, a repartição de custos e benefícios sociais.

A disputa do poder envolve vários atores com projetos e interesses diferenciados e até contraditórios, razão pela qual é necessária certa mediação social e institucional gerando um processo dinâmico, com negociações, pressões, mobilizações, alianças ou coalizões de interesses que sempre dependerá do grau de mobilização da sociedade civil para se fazer ouvir e do grau de institucionalização de mecanismos que viabilizem sua participação.

As instituições conforme evidenciadas no presente artigo viabilizam a implementação de políticas públicas. Suas regras redefinem as alternativas políticas e alternam a posição relativa aos atores.

O que a teoria neo-institucionalista nos ensina é que não apenas os indivíduos ou grupos possuem força capaz de influenciar políticas públicas, mas também as regras formais e informais que regem as instituições. A disputa pelo poder e por recursos entre grupos sociais, ângulo da formulação de políticas públicas, é ditada pelas regras que regem o comportamento dos decisores. As instituições políticas e econômicas mediam essa disputa conduzindo o foco das políticas públicas privilegiando determinados grupos em detrimento de outros.

## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_\_. Constituição Federal de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 27/02/2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.099/95, de 26 de setembro de 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 27/02/2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.711/2012, de 29 de agosto de 2012. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12711.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12711.htm) Acesso em 27/02/2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.760/2012, de 20 de dezembro de 2012. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm). Acesso em 27/02/2013.

DIAS, Bárbara. Teoria das políticas públicas. In Direitos fundamentais, teoria do Direito e sustentabilidade org. DIAS, Jean Carlos e FILHO, Paulo Klautau. São Paulo: Editora Método, 2010.

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. Lua Nova: Revista de Cultura e Política.

HEIDEMANN, Francisco G. e SALM, José Francisco. Políticas Públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elizabete. Introdução à teoria da Política Pública. Coletânea – Volume

1. Escola Nacional de Administração Pública. Brasília: ENAP, 2006.

SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. Lua Nova: Revista de Cultura e Política.

LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002006000300002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300002)  
Acesso em 14/01/2013.

MELO, Marcus André B. C. A formação de políticas públicas e a transição democrática: O caso da política social. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol.33, n° 3, 1990, pp. 443 a 470.



# **A lei 14.132/2021 E a tipificação do crime de perseguição (Lei do Stalking): uma abordagem sobre seus efeitos jurídicos**

---

Marcus Alexandre Batalha Sales

*Bacharel do curso de Direito da Uninorte. Manaus – Amazonas*

Wellington Silva de Lima

*Professor Orientador e Docente na Uninorte. Manaus – Amazonas*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.124.14

## RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar as perspectivas dos doutrinadores jurídicos a respeito da tipificação do crime de perseguição expostos na Lei nº 14.132/2021 (Lei do Stalking). E especificamente, descrever as prerrogativas da Lei nº 14.132 de 01 de abril de 2021 (Lei do Stalking); identificar os fatores que se englobam na tipificação do crime de perseguição disposto no ordenamento jurídico; e discutir a partir das perspectivas jurídicas dos doutrinadores contemporâneos a respeito da Lei do Stalking, enfatizando o cyberstalking. Trata-se de uma pesquisa de cunho bibliográfico e exploratório. A Lei 14.132, de 31 de março de 2021, inseriu no Código Penal o art. 147-A, denominado “crime de perseguição”, cuja finalidade é proteger a liberdade individual, abalada pelo ato de confinar alguém a uma invasão grosseira de sua privacidade e impedi-lo de tomar decisões livres e exercer suas liberdades fundamentais. Até a criação desse crime, a maioria dos atos de perseguição estavam contidos no art. 65 do Decreto lei 3.688/41, cuja pena de prisão simples variando de quinze dias a dois meses era considerada insuficiente, um claro exemplo de proteção deficiente. Com a Lei 14.132/21, a contravenção foi revogada e a perseguição passou a ser punida com reclusão de seis meses a dois anos. Assim, o Crime de Stalking surgiu para preencher as lacunas e tornar a punição proporcional a um comportamento que, embora muitas vezes visto como uma questão secundária, pode ter um efeito muito prejudicial na vida de quem sofre com a perseguição – especialmente o impacto psicológico e social causado à vítima.

**Palavras-chave:** crimes de perseguição. liberdade individual. Stalking.

## ABSTRACT

The present study aims to analyze the perspectives of legal scholars regarding the typification of the crime of stalking exposed in Law nº 14.132/2021 (Stalking Law). And specifically, describe the prerogatives of Law No. 14,132 of April 1, 2021 (Stalking Law); to identify the factors that are included in the typification of the crime of persecution provided for in the legal system; and discuss from the legal perspectives of contemporary scholars about the Stalking Law, emphasizing cyberstalking. This is a bibliographic and exploratory research. Law 14,132, of March 31, 2021, inserted art. 147-A, called “crime of persecution”, whose purpose is to protect individual freedom, shaken by the act of confining someone to a gross invasion of their privacy and preventing them from making free decisions and exercising their fundamental freedoms. Until the creation of this crime, most acts of persecution were contained in art. 65 of Decree Law 3.688/41, whose simple prison sentence ranging from fifteen days to two months was considered insufficient, a clear example of poor protection. With Law 14.132/21, the misdemeanor was revoked and persecution was punished with imprisonment from six months to two years. Thus, the Crime of Stalking emerged to fill in the gaps and make punishment proportionate to a behavior that, while often seen as a secondary issue, can have a very detrimental effect on the lives of those suffering from stalking – especially the psychological and psychological impact. social damage caused to the victim.

**Keywords:** persecution crimes. individual freedom. stalking.

## INTRODUÇÃO

Em um mundo tão integrado a tecnologia, na qual a disposição de informações está fadada as grandes redes sociais, conhecer uma pessoa e suas características tornou-se algo fácil. Contudo, apesar da facilidade tecnológica e modernidade, a tecnologia traz diversos aspectos que podem ser utilizados para o causar danos ao outro, como é o caso do crime de *stalking*.

O medo de ir e vir a qualquer lugar e estar sendo vigiado, receber ameaças, ter inúmeras ligações ou mensagens diariamente, é algo que atormenta o indivíduo e traz inúmeras frustrações a ele. Contudo, conforme Teixeira (2017), o *stalking* ocorre de forma obsessiva tanto no meio digital quanto como no físico, em que o perseguidor age por motivos como: inveja, paixão obsessiva, ciúmes, ou até motivos não evidenciados. O crime pode ser cometido por conhecidos ou por estranhos.

Assim, ocorre no crime de perseguição, que até pouco tempo não tinha tipificação legal. Contudo, a Lei 14.132/2021 veio à tona tornando o crime de perseguição (Lei do Stalking) um modelo de crime disposto no código penal brasileiro.

Nesse contexto, têm-se a seguinte indagação: “Quais são os efeitos jurídicos do crime de perseguição Lei nº 14.132/21 (Lei do *Stalking*), no seu primeiro ano de tipificação?”

Considerando que, sua finalidade é a tutela da liberdade individual, abalada por condutas que constroem alguém a ponto de invadir severamente sua privacidade e de impedir sua livre determinação e o exercício de liberdades básicas. Essa prática já está em debate há anos, mas, como a conduta ainda não eram efetivamente consideradas crime, as Secretarias de Segurança não tinham dados concretos para analisar, já que não eram registradas denúncias efetivas.

Logo, o tipo penal surgiu com a justificativa de suprir uma lacuna e de tornar proporcional a pena para uma conduta que, embora muitas vezes tratada como algo de menor importância. Com a Lei 14.132/21, a contravenção foi revogada e a perseguição passou a ser punida com reclusão de seis meses a dois anos. Trata-se de um crime comum, não se exigindo do sujeito ativo qualquer característica especial. Tampouco há restrições a respeito do sujeito passivo. Se a vítima é criança, adolescente, idoso ou mulher perseguida por razões da condição do sexo feminino, a pena é aumentada de metade (§ 1º).

Além de defender a privacidade e a liberdade das pessoas, e sobretudo, das mulheres, a Lei do *Stalking* pode constituir uma ferramenta fundamental no combate ao feminicídio em nosso país, evitando que a violência contra a mulher, que muitas vezes sofre perseguição, termine em tragédia. Com a nova legislação poderemos agora mensurar com precisão os casos que existem no Brasil e que os criminosos não fiquem impunes como estava ocorrendo.

O estudo justifica-se pela relevância acadêmica e social, em virtude de que, a criminalização do *stalking* no Brasil é um tema bastante recorrente e extremamente nocivo a sociedade brasileira e carece de uma visibilidade maior e mais efetiva, que deve ser disposta no ordenamento jurídico. Considerando que, o crime tem ganhado força, principalmente devido ao uso pesado da tecnologia digital, fazendo com que as pessoas fiquem refém de uma vulnerabilidade desnecessária, uma vez que, a vida íntima da vítima fica exposta.

Nesse sentido, tendo em vista que, a edição da Lei nº 14.132/2021 é uma resposta le-



gislativa ao problema das repetidas perseguições no Brasil, este estudo é muito importante para que a comunidade jurídica e acadêmica analise a validade da classificação comportamental brasileira e ainda, é capaz de promover a ampliação da proteção dos direitos da personalidade, bem como a prevenção de crimes mais graves, principalmente os crimes contra a mulher que compõem a maioria das vítimas de *stalking*.

Ademais, para os acadêmicos e sociedade, esta é uma inovação legislativa que visa além da proteção aos direitos da personalidade, quesitos como a liberdade e a privacidade do indivíduo, cuja base é o aparato da dignidade humana, princípio capital da Constituição Federal de 1988.

Portanto, o presente estudo tem como objetivo analisar as perspectivas dos doutrinadores jurídicos a respeito da tipificação do crime de perseguição expostos na Lei nº 14.132/2021 (Lei do *Stalking*). E especificamente, descrever as prerrogativas da Lei nº 14.132 de 01 de abril de 2021 (Lei do *Stalking*); identificar os fatores que se englobam na tipificação do crime de perseguição disposto no ordenamento jurídico; e discutir a partir das perspectivas jurídicas dos doutrinadores contemporâneos a respeito da Lei do *Stalking*, enfatizando o *cyberstalking*.

Trata-se de uma pesquisa de cunho bibliográfico e exploratório. Através da investigação de acontecimentos históricos registrados em documentos e bibliografias. Cujo método de abordagem trata-se do método indutivo, em que o argumento desta pesquisa vai do individual ao geral, passando a determinar os princípios gerais e as conexões sistemáticas do sistema jurídico e seus antecedentes históricos. O objetivo do raciocínio indutivo é tirar conclusões mais amplas do que aquelas estabelecidas pelas premissas em que se baseia.

## A LEI 14.132/21 E AS TIPIFICAÇÕES NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

A Lei 14.132, de 31 de março de 2021, inseriu no Código Penal o art. 147-A, denominado “crime de perseguição”. Sua finalidade é proteger a liberdade individual, abalada pelo ato de confinar alguém a uma invasão grosseira de sua privacidade e impedi-lo de tomar decisões livres e exercer suas liberdades fundamentais, o art. 147, caput e §§ 1º, 2º e 3º. Com isso, criou delito denominado perseguição, visando a criminalizar um fenômeno social descrito na literatura, largamente, como *stalking*.

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

I – Contra criança, adolescente ou idoso;

II – Contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do §2º-A do art. 121 deste Código;

III – Mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

§ 3º Somente se procede mediante representação. (BRASIL, 1940).

Os elementos centrais do comportamento criminoso são caracterizados pelo verbo “perseguir”, que é perseguir, atormentar, aborrecer. O verbo que denota um ato criminoso é então complementado com a palavra “repetidamente”, indicando que a classificação depende da repetição do ato, ou seja, deve haver um continuum de atos e atos para que a prática de um ato isolado não seja suficiente para constituem um crime. Ressalte-se, quando for o caso, que um crime como ato repetitivo não significa que seja um crime habitual, conforme abordaremos a seguir.

O tipo penal surgiu para preencher as lacunas e tornar a punição proporcional a um comportamento que, embora muitas vezes visto como uma questão secundária, pode ter um impacto muito prejudicial na vida de quem sofre com isso – especialmente é um impacto psicológico. Até a criação desse crime, a maioria dos atos de perseguição estavam contidos no art. 65 do Decreto lei 3.688/41, cuja pena de prisão simples variando de quinze dias a dois meses era considerada insuficiente, um claro exemplo de proteção deficiente. Com a Lei 14.132/21, a contravenção foi revogada e a perseguição passou a ser punida com reclusão de seis meses a dois anos.

Na concepção de Fontes e Hoffmann (2021), o crime consiste em perseguir alguém, e modo reiterado e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade. O verbo perseguir não tem apenas a conotação de ir freneticamente no encalço de alguém.

Perseguição tratada pelo tipo penal refere-se ao chamado *stalking*, termo usado em inglês para significar perseguição persistente e coercitiva. Há vários anos essa prática faz parte da legislação penal de vários países, inclusive da Itália, cujo Código Penal regulamenta a conduta – expressamente subordinada – referente aos efeitos sobre os perseguidos (GERBOVIC, 2016).

*Stalking*, de maneira semelhante ao *bullying*, encarna o comportamento de ser objeto de atenção e mal-estar social recente (GRECO, 2021). De fato, a sociedade começa a observar que há ataques mais graves à liberdade do que simples ameaças, e dessa forma discutir mecanismos para enfrentá-los, inclusive criminalizando condutas, inserindo aqui os agora fenomenais tratados, que atingem o Brasil O Código é firmado por meio da Lei nº 14.132/2021.

Nesse sentido, Cunha (2021), justifica que, para fins criminais, haveria três requisitos para definir o *stalking*:

- a) Comportamento doloso e habitual, composto necessariamente por mais de um ato de perseguição ou assédio à mesma vítima;
- b) O motivo do autor para praticar a conduta é um i crença, interesse relacional ou vingança; interesse pessoal, como admiração,
- c) A vítima, por conta da repetição, deve se sentir incomodada em sua privacidade e/ou temerosa por sua segurança.

O “*Stalking*”, dada a já mencionada variedade de condutas que abrange, pode ensejar responsabilizações civis (danos materiais e/ou morais) e penais (crimes ou contravenções). Na seara criminal os casos mais simples podiam configurar a contravenção penal, que muitas vezes extrapola para práticas mais graves que podem configurar:

- a) Crimes de ameaça (artigo 147, CP),

- b) Constrangimento ilegal (artigo 146, CP),
- c) Crimes contra a honra (artigos 138 a 140, CP),
- d) Estupro (artigo 213, CP),
- e) Lesões corporais (artigo 129, CP);
- f) Homicídio (artigo 121, CP).
- g) Perturbação da Tranquilidade (artigo 65, LCP);
- h) Importunação Ofensiva ao Pudor (artigo 61, LCP, atualmente revogado pela Lei 13.718/18, mas se podendo falar em crime de Importunação Sexual, conforme redação dada pela mesma lei ao artigo 215-A, CP) ;
- i) Perturbação do Trabalho ou do Sossego Alheios (artigo 42, Lei de Contravenção Penal).
- j) Divulgação de cena de estupro, de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia, conforme dispõe o atual artigo 218 – C, CP.

Portanto, em suma, para efeitos de configuração da perseguição tipificada na Lei 14132/2021, ela deve ocorrer de forma reiterada, ou seja, constante, habitual. Isso quer dizer que uma única abordagem, mesmo que inconveniente, não se configurará no delito em estudo. Em suma, Gerbovic (2016) afirma que, o *Stalker* é o perseguidor, aquele que escolhe uma vítima, pelas mais diversas razões, e a molesta insistentemente, por meio de atos persecutórios – diretos ou indiretos, presenciais ou virtuais – sempre contra a vontade da vítima. Em outras palavras, *stalker* é quem promove uma ‘caçada’ física ou psicológica contra alguém

O objeto legal é a liberdade pessoal e o bem-estar pessoal. Note-se que este crime está incluído no capítulo dos crimes contra a liberdade pessoal, e a sua proteção é inquestionável, mas isso não exclui a possibilidade de proteção de outros direitos e interesses legítimos. E, de acordo com a descrição do comportamento típico, parece-nos que a paz da vítima é perturbada antes mesmo que a liberdade pessoal da vítima tenha sido alcançada.

O elemento nuclear da ação criminosa vem caracterizado no verbo “perseguir”, que significa ir ao enalço de atormentar, importunar, aborrecer. E, na sequência, o verbo indicador da ação criminosa é complementado pela expressão “reiteradamente”, indicando que a tipificação depende da reiteração da conduta, e deve haver uma sucessão de atos e comportamentos, de modo que a prática de um ato isolado não será suficiente para a configuração do crime. Frise-se, por oportuno, que ser crime de conduta reiterada não significa dizer que seja um crime habitual, o que abordaremos a diante.

## **A PERSEGUIÇÃO EM CONFRONTO COM O DIREITO À LIBERDADE E A PRIVACIDADE**

Segundo Valois (2019), os crimes de ameaça fazem parte dos crimes contra a liberdade pessoal e então, privacidade. O bem jurídico protegido é a liberdade física e mental do indivíduo. Greco (2021) descreve esse bem jurídico da seguinte forma: No entanto, não podemos negar

que quando somos perturbados psicologicamente por ameaças, nossa liberdade de movimento é restringida. O medo de que as promessas malignas sejam efetivamente cumpridas impede ou pelo menos restringe nossa liberdade física, razão pela qual podemos concluir que enquanto o crime de ameaça protege nossa liberdade espiritual bem na lei, também protege nossos corpos.

Assim, Brito (2013) afirma que, em primeiro lugar, o crime de ameaça tem como objeto juridicamente protegido a liberdade, seja ela psíquica ou física. De acordo com a doutrina dos crimes ameaçadores, o mal previsto deve ser injusto e grave. As ameaças podem ser por meio de palavras, escrita, gestos ou outros meios simbólicos. Expressa ou implícita, direta ou indiretamente, à vítima ou a alguém próximo a ela.

É importante frisar que, como elemento do tipo, a ameaça deve ser capaz de criar na vítima um fundado temor de que o mal será feito. Nas queixas registadas envolvendo ameaças de *stalking* e ofensas de perturbação da tranquilidade, a jurisprudência concorreu substancialmente sobre as duas disposições penais, conforme previsto no n.º 3. Artigo 69 do Código Penal do país.

São exemplos de perseguição que ferem os direitos a liberdade:

O réu, após o término do namoro com a vítima, efetuou inúmeros telefonemas, passou a procurá-la em diversos locais e a perseguiu em via pública, além de proferir ameaças verbais, afirmando que, se ela se relacionasse com outro, ele a mataria e depois cometeria suicídio. Foi condenado pelo crime de ameaça e pela contravenção de perturbação da tranquilidade, sendo a condenação mantida em sede de apelação. (TJRS. Apelação Criminal Nº 70044323400. Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal. Relator: Newton Brasil de Leão. Julgamento: 25/01/2012. Publicação: DJ 03/02/2012)176. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em sede de apelação julgou a lide da seguinte maneira:

Logo, nota-se que a perseguição implica na liberdade da vítima, que deixa de ir e vir, por medo da sua integridade. Outrora:

O réu, ex-companheiro da vítima, várias vezes tentou reatar o relacionamento, chegando a persegui-la e a ficar em frente à sua residência por algumas vezes. Também pulou o muro de sua casa e ameaçou matá-la caso não reatasse o relacionamento. O réu foi condenado pelo crime de ameaça e pela contravenção de perturbação da tranquilidade, sendo a condenação mantida em sede de apelação. (TJSP. Apelação Criminal Nº 0001556-28.2011.8.26.0333. Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Paulo Rossi. Julgamento: 03/04/2013).

Nesse contexto, Boen e Lopes (2019) relatam que as mulheres estão sujeitas a ameaças e violências, e apesar de muitas vezes trazerem o evento à atenção nacional, muitas delas ainda são abreviadas pela vida da violência doméstica. No Brasil, garantir a integridade da vítima é muitas vezes uma falácia. A perseguição também pode causar danos físicos e também pode se manifestar como uma disputa material com a arte. Art. 129 do Código Penal, na forma de lesão corporal leve, grave, muito grave e culposa; também pode aparecer na forma do art. 129, parágrafo 9, que descreve o qualificador de circunstância.

A invasão ou perturbação da esfera de liberdade ou privacidade, pode consistir em qualquer ato que iniba a vítima de desempenhar suas atividades cotidianas. Não é necessário que haja uma invasão física da residência ou do local de trabalho, por exemplo. A presença ostensiva do agente nos arredores pode ser bastante para fazê-lo penetrar na esfera de intimidade e para tolher a liberdade da pessoa perseguida.

## STALKING E STALKER NA PERCEPÇÃO DOS DOUTRINADORES

O Mestre em Direito Processual Penal, Nestor Sampaio, traz em sua obra, “Manual Esquemático de Criminologia”, capítulo dedicado a temas contemporâneos da criminologia, no qual menciona *stalking*. A perseguição é uma forma mais grave de assédio moral, especialmente por ser ilegal. Muitas vezes resulta em invasão da privacidade da vítima; comportamento reiterado; danos emocionais; danos à sua reputação; mudanças no estilo de vida e acesso restrito. Exemplos: ligações de celular, buquês de flores, mensagens de amor, e-mails indesejados, espera de trabalho, etc (PENTEADO FILHO, 2012).

Segundo Braga e Ruzzi (2019), rastrear fenômenos não é um comportamento atual, mas suas definições são complexas e diversas, conforme discutido nos inúmeros conceitos apresentados. Observou-se que ainda não há consenso sobre sua definição, dificultando a definição do termo a partir de atos isolados, pois o fenômeno é contínuo e idiossincrático na prática.

O denominador comum é o medo evocado pela vítima. É importante ressaltar que a pesquisa em *stalking* é interdisciplinar, não apenas no direito, mas também na medicina e na psicologia. Essas atitudes criam na vítima um enorme constrangimento, medo, dor e uma sensação de invasão de sua vida e intimidade. Muitas vítimas exigem mudanças radicais em seu cotidiano para evitar assédios constantes, podendo desenvolver transtornos psicoemocionais como transtorno do pânico, transtornos de estresse e ansiedade (BRAGA & RUZZI, 2019, p. 1).

Baseando-se em Brito (2013), que já aplicava o estudo sobre o *stalking*, ressalta-se que a perseguição e a conseqüente invasão desnecessária da vida privada do sujeito passivo podem levar a graves transtornos psicológicos na vítima, como limitação da liberdade intelectual, crise de ansiedade, transtorno do pânico e até depressão.

No Brasil, a prática comum de *stalking* não era considerada crime até a promulgação da Lei 14.132/21. No entanto, para preencher o vazio jurídico, segundo a moderna teoria do direito penal, acredita-se que - nestes casos - o agente é responsável pela contravenção penal contida no art. 65 da Lei de Contravenção Criminal. Greco (2021), nos comentários sobre as penas, diz que realmente havia uma lacuna quanto a condutas de perseguição reiterada, a qual já era indicada pela doutrina e foi colmatada pelo legislador de forma razoável, embora com alguns traços de insuficiência protetiva.

Tal como aduz Moreira Filho (2021), assim, cometerá o delito, objetivamente, quem de maneira repetida e sistemática perseguir alguém, seguindo-o de perto, indo ao seu encalço, acoçando-o, importunando a sua vida, incomodando a sua privacidade ou atormentando a sua paz e a sua tranquilidade.

Além dos autores destacados acima, Damásio Jesus (2019), é um dos pioneiros nacionais no assunto, pois vê o *stalking* em sua pesquisa como uma forma de violência em que o sujeito ativo invade a esfera de privacidade da vítima, repetindo-se Realizar a mesma ação de diferentes formas e comportamentos, utilizando diferentes táticas e meios: telefonemas, residenciais ou comerciais, mensagens de amor, telegramas, buquês de flores, presentes não solicitados, assinaturas de revistas indesejadas, em informações de vitimização em banners afixados perto da residência da pessoa, no caminho da escola ou do trabalho, esperando que passem em algum lugar, para o mesmo local de lazer, no supermercado, etc.

Portanto, o *stalker*, às vezes, espalha boatos sobre a conduta profissional ou moral da vítima, divulga que é portadora de um mal grave, que foi demitida do emprego, que fugiu, que está vendendo droga em sua residência, que perdeu dinheiro no jogo, que é procurada pela polícia etc., e então, vai ganhando, com isso, poder psicológico sobre o sujeito passivo, como se fosse o controlador geral dos seus movimentos.

## STALKING NO CONTEXTO DA TECNOLOGIA DIGITAL

Nos tempos atuais, Pereira (2021) em seu estudo, afirma que, com a utilização de ferramentas digitais, o fenômeno do *stalking* ganhou força, em razão da facilidade em obter informações e estabelecer contato com a vítima, através de redes sociais, aplicativos de troca de mensagens, entre outros.

Nesse contexto surge o que a doutrina chama de *cyberstalking*, que Carvalho (2017) define como uma forma de rastreamento que se dá virtualmente por meio de dispositivos tecnológicos, o que, segundo os autores, difere do rastreamento tradicional ou “offline”. Justamente pela forma como é praticada. Então, parece que essa perseguição insidiosa pode acontecer presencialmente, virtualmente, ou até as duas ao mesmo tempo. Assim, observa-se que o problema se agravou por causa do ambiente digital. Autorizados a usar mecanismos para intimidar e expor publicamente as vítimas, incluindo a divulgação de boatos sobre sua conduta moral, pessoal e profissional (VEIGA, 2007).

Segundo Amiky (2014), dada a velocidade do *cyberstalking*, o anonimato permitido no mundo virtual dificulta a identificação e punição dos criminosos, razão pela qual o *cyberstalking* é mais danoso do que as consequências do *stalking* em um ambiente físico. Que dados e imagens são divulgados e acessíveis a milhares de pessoas.

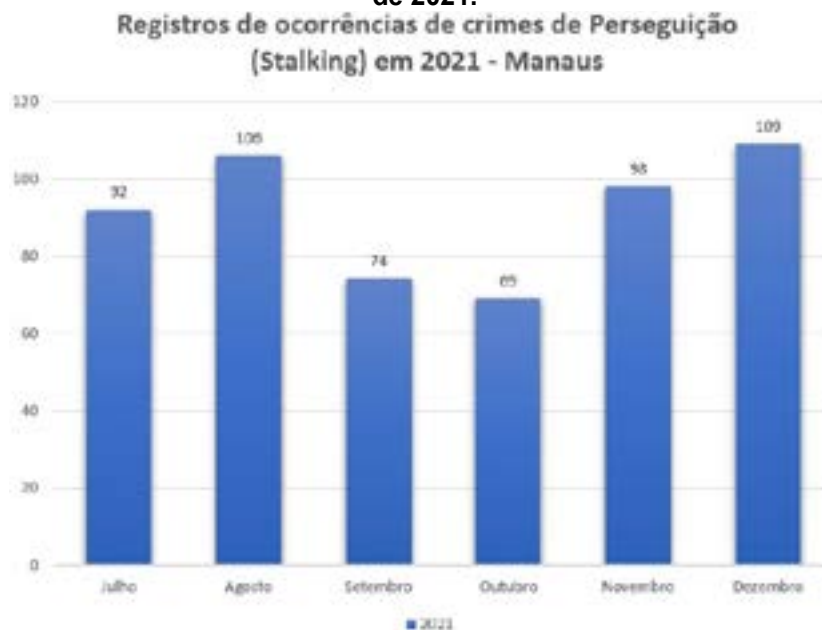
No que diz respeito ao *cyberstalking*, Cunha (2021) acrescenta que já é muito comum a exposição de vidas íntimas nas redes sociais, ato que promove o *stalking*, incluindo o *stalking* aleatório, em que o *stalker* não conhece a vítima, mas descobre que as suas informações públicas são suficientes para perseguir uma e outra vez. De fato, para os juristas, atualmente, o *cyberstalking* é um problema crescente, graças ao grande número de pessoas que mantêm perfis em várias redes sociais, onde involuntariamente postam suas vidas pessoais.

Logo, em um mundo integrado a tecnologia, na qual a disposição de informações está fadada as grandes redes sociais, conhecer uma pessoa e suas características tornou-se algo fácil. Contudo, apesar da facilidade tecnológica e modernidade, a tecnologia traz diversos aspectos que podem ser utilizados para o causar danos ao outro, como é o caso do crime de *stalking*.

## MANAUS E OS REGISTROS DE CRIME DE STALKING

No Amazonas, o crime de *stalking* é recorrente desde junho de 2021, sendo evidenciado no estado de acordo com o Gráfico 1, abaixo:

**Gráfico 1 – Registro de crimes de Perseguição (Stalking) contra mulheres em Manaus, no ano de 2021.**



Fonte: SSP-AM, 2022.

Conforme o Gráfico 1, somente no ano de 2021 foram registradas de julho a dezembro 548 ocorrências de crimes de perseguição contra as mulheres, sendo 92 em julho, 106 em agosto, 74 em setembro, 69 em outubro, 98 em novembro e 109 em dezembro. Vale destacar que, os crimes de *stalking* ocorrem em sua maioria a mulheres vítimas de violência doméstica.

Em consoante, no ano de 2022 de janeiro até junho foram registrados 700 crimes de *stalking* de mulheres no Amazonas, conforme o Gráfico 2.

**Gráfico 2 – Registro de crimes de Perseguição (Stalking) contra mulheres em Manaus, no ano de 2022.**



Fonte: SSP-AM, 2022.

Conforme o Gráfico 2, em janeiro de 2022 foram registrados 134 crimes de *stalking*, seguidos de 124 em fevereiro, 115 em março, 95 em abril, 139 em maio, e 93 em junho. Nesse

sentido, houve um aumento significativo de crimes de *stalking* entre o segundo semestre de 2021 e o primeiro semestre de 2022, vide Tabela 1.

**Tabela 1 – Comparativo de Crimes entre o segundo semestre de 2021 e o primeiro semestre de 2022.**

Ano	Quantidade de crimes
2021	548 casos
2022	700 casos

**Fonte: Autoria Própria (2022).**

Logo, em comparativo entre os anos de 2021 a 2022, a capital do Amazonas, Manaus teve um aumento de 152 casos de *stalking* entre os respectivos anos, dando uma margem de aumento em 2022 de 22% em relação ao ano anterior.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Crime de *Stalking* surgiu para preencher as lacunas e tornar a punição proporcional a um comportamento que, embora muitas vezes visto como uma questão secundária, pode ter um efeito muito prejudicial na vida de quem sofre com a perseguição – especialmente o impacto psicológico e social causado à vítima. Além do mais, considerando que estamos cercados de tecnologia a perseguição ocorre tanto fisicamente, quanto virtualmente, o que gera uma gama de danos a quem as sofre.

É válido dizer que, o crime de *stalking* inclui perseguir repetidamente alguém de qualquer forma que ameace sua integridade física ou mental, restrinja sua capacidade de locomoção ou infrinja ou perturbe sua esfera de liberdade ou privacidade de qualquer forma. O verbo “perseguir” não tem apenas a conotação de perseguir alguém como um louco, mas há também um sentimento de assédio, aborrecimento e tortura, incluindo violência ou ameaças.

Considerando as mulheres vítimas mais vulnerável, é necessário vislumbrar que maior parte dos casos ocorrem na esfera de crimes contra as mulheres, como foi possível ver a partir dos dados dispostos pela Secretaria de Segurança Pública do Amazonas, no qual nos anos de 2021 foram registrados 548 crimes de *stalking*, e no segundo semestre, em 2022 foram 700 crimes ainda no primeiro semestre. Nesse contexto, a evidenciação desse crime tornou-se fundamental para analisarmos a importância de se compreender os efeitos dessa lei, ainda tão recente no nosso ordenamento jurídico.

Logo, foram possíveis atender todos os respectivos objetivos, sendo dispostos nos distintos capítulos desse artigo. Além disso, foi possível analisar também o crime de *stalking* a partir de uma perspectiva mais atual que se refere ao *cyberstalking*, tão relevante em nossa sociedade globalizada. Portanto, para trabalhos futuros proponho que sejam avaliados os índices de crimes de *stalking* a nível Brasil, para que o estudo possua relevância para futuros doutrinadores do direito.



## REFERÊNCIAS

AMIKY, Luciana Gerbovic. Stalking. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

BOEN, Mariana Tordin; LOPES, Fernanda Luzia. Vitimização por stalking: um estudo sobre a prevalência em estudantes universitários. *Revista Estudos Feministas* [online], v. 27, n. 2, 2019.

BRAGA & RUZZI. O QUE FAZER EM CASO DE “STALKING” (PERSEGUIÇÃO)? Braga e Ruzzi Sociedade de Advogados, 202. Disponível em: <<https://bragaruzzi.com.br/2019/02/06/o-que-fazer-em-caso-de-stalkingperseguicao/>>. Acesso em: 15 out 2022.

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

BRASIL. Decreto-Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 out. 1941.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 10 out 2022.

BRASIL. Lei nº 14.132, de 31 de março de 2021. Acrescenta o art. 147-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de perseguição; e revoga o art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Brasília, 2021. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14132.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14132.htm)>. Acesso em: 03 mai. 2022.

BRITO, Ana Letícia Andrade. Stalking no Brasil: uma análise dos aspectos psicológicos e jurídico-penais. Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. LEI 14.132/21: INSERE NO CÓDIGO PENAL O ART. 147-A PARA TIPIFICAR O CRIME DE PERSEGUIÇÃO. MSJ, 2021. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/04/01/lei-14-13221-insere-no-codigo-penal-o-art-147-para-tipificar-o-crime-de-perseguicao/>>. Acesso em: 15 mai 2022.

ESTEFAM, André. Direito penal: parte especial. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

FELIX, Luciano. Direito penal: parte geral: vol. 1 / Luciano Felix. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

FINCATO, Denise Pires; GILLET, Sérgio Augusto da Costa. A Pesquisa Jurídica sem Mistérios: do Projeto de Pesquisa à Banca. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique. Criminologia. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2021,

GERBOVIC, Luciana. Stalking. São Paulo: Editora Almedina Brasil, 2016.

GIL, Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GRECO, Rogério. Código penal comentado / Rogério Greco. 15. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2021.

JESUS, Damásio Evangelista de. Stalking. Jus, 2019. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/10846/stalking>>. Acesso em: 15 abr 2022.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Metodologia científica. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MOREIRA FILHO, Guaracy. Código Penal Comentado. 13 Ed. São Paulo: Atenas: 2021.

PENTEADO FILHO, Nestor. Sampaio. Manual esquemático de criminologia / Nestor. Sampaio Penteado Filho. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Silvania Farias. A evolução do direito penal frente à necessidade de proteção da liberdade e privacidade: uma análise sobre a criminalização do stalking no Brasil. Centro Universitário FG – UNIFG. Guanambi, 2021.

TEIXEIRA, Lígia Prudêncio. O crime de Stalking. Dissertação de Mestrado em Direito Criminal. UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA. Porto, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/23709/1/TESE%20FINAL%20CORRIGIDA2.pdf>>. Acesso em: 15 out 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Criminal Nº 70044323400. Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal. Relator: Newton Brasil de Leão. Julgamento: 25/01/2012.

VALOIS, Luís Carlos. Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.



## **Uma breve análise dos direitos territoriais dos povos indígenas a partir de uma perspectiva sócio-jurídica**

### **A brief analysis of the indigenous peoples' territorial rights from a socio-legal perspective**

---

Vinícius Chaves Alves

*Graduando no Curso de Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Atualmente no 10º semestre*

Liandro Moreira da Cunha Faro

*Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professor de Direito Civil, Direito Ambiental e Direito Agrário no CESUPA. Professor da Pós-Graduação em Direito Agroambiental, na Pós-Graduação de Direito Civil e Direito Digital, da OAB/PA e CESUPA*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.124.15

## RESUMO

Este trabalho se justifica pela necessidade de proteção dos povos indígenas e de todas as suas características tradicionais, visto que trata-se de um povo historicamente deteriorado por forças de outros grupos sociais, o que ainda se nota na atual composição do Estado brasileiro. Tem como situação-problema esclarecer se os direitos territoriais dos povos indígenas podem ser plenamente definidos a partir de uma concepção puramente normativa/jurídica, ou se, necessariamente, esta definição deve também ter um caráter antropológico, consubstanciando-se em uma perspectiva sócio-jurídico. Desse modo, tem como objetivo contextualizar e analisar os direitos territoriais indígenas no ordenamento jurídico brasileiro, verificar a importância da Constituição Federal de 1988 neste panorama e, por fim, abordar considerações sócio-jurídicos que preconizam uma efetivação mais adequada das disposições normativas, a partir do entendimento da realidade fática dos povos indígenas no Brasil. Diante disso, concluiu-se que é fundamental sempre considerar os direitos dos povos indígenas tanto em uma dimensão jurídica, quanto em uma dimensão sócio-jurídico, visto que o Direito não é ramo suficiente para abordar essa questão em todas as suas complexidades, pelo que necessita do auxílio de outras fontes, notadamente da Antropologia.

**Palavras-chave:** povos indígenas. direitos territoriais. proteção jurídica. perspectiva sócio-jurídica. antropologia.

## ABSTRACT

This work is justified by the need to protect indigenous peoples and all their traditional characteristics, since they are a people historically deteriorated by forces of other social groups, which is still noticeable in the current composition of the Brazilian State. Its problem-situation is to clarify whether the territorial rights of indigenous peoples can be fully defined from a purely normative/legal concept, or whether, necessarily, this definition must also have an anthropological character, substantiating itself in a socio-legal perspective. In this way, it aims to contextualize and analyze indigenous territorial rights in the Brazilian legal system, verify the importance of the Federal Constitution of 1988 in this scenario and, finally, address socio-legal considerations that advocate a more adequate implementation of normative provisions, based on understanding of the factual reality of indigenous peoples in Brazil. In view of this, it was concluded that it is essential to always consider the rights of indigenous peoples both in a legal dimension and in a socio-legal dimension, since Law is not a sufficient branch to address this issue in all its complexities, so needs the help of other sources, notably from Anthropology.

**Keywords:** Indigenous Peoples. Territorial Rights. Legal Protection. Socio-Legal Perspective. Anthropology.

## INTRODUÇÃO

Este escrito se volta à análise de como o ordenamento jurídico brasileiro se moldou à comportar os direitos territoriais indígenas, as transformações ocorridas no século XX neste panorama, bem como aborda a necessidade de pautar estes direitos sob uma perspectiva sócio-jurídico, para que, assim, seja preservada e verdadeiramente apreciada a intrínseca face

antropológica desses direitos.

O que justifica este trabalho é a necessidade de proteção dos povos indígenas e de todas as suas características tradicionais, visto que trata-se de um povo historicamente deteriorado por forças de outros grupos sociais, o que ainda se nota na atual composição do Estado brasileiro. Daí surge o esforço pelo efetivo reconhecimento e proteção jurídica dos povos indígenas.

Assim, objetiva-se contextualizar e analisar os direitos territoriais indígenas no ordenamento jurídico brasileiro, verificar a importância da Constituição Federal de 1988 neste panorama e, por fim, abordar considerações sócio-jurídicas que preconizam uma efetivação mais adequada das disposições normativas, a partir do entendimento da realidade fática dos povos indígenas no Brasil.

Nesta toada, aponta-se que o problema da pesquisa é esclarecer se os direitos territoriais dos povos indígenas podem ser plenamente definidos a partir de uma concepção puramente normativa/jurídica, ou se, necessariamente, esta definição deve também ter um caráter antropológico, consubstanciando-se em uma perspectiva sócio-jurídica.

O estudo realizado foi do tipo puro (teórico), que subdivide em: pesquisa bibliográfica, com a análise de livros, revistas e artigos sobre o assunto; e pesquisa documental, com a análise de constituições, códigos, leis, portarias, decretos, decisões e afins. Por essa razão, é possível apontar, também, que este estudo também utilizou uma abordagem qualitativa. Por fim, utilizou-se o método dedutivo, visto que se partiu de uma análise histórica da legislação indigenista no Brasil, até a ordenação constitucional vigente, culminando numa análise deste panorama normativo a partir de uma perspectiva sócio-jurídica, muito associada à realidade fática enfrentada pelos povos indígenas.

## **DOS DIREITOS TERRITORIAIS DOS POVOS INDÍGENAS: UMA ANÁLISE DO CAMINHO PERCORRIDO ATÉ A ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE**

Para que seja possível uma melhor percepção acerca da realidade fática enfrentada pelos povos indígenas, considerando todo o fardo histórico que carregam desde o surgimento da nação brasileira, vale, primeiramente, analisar aquilo normativamente disposto pelo Estado na proteção de tais grupos.

A legislação brasileira, desde o período colonial, sempre se voltou à integração dos povos indígenas à sociedade nacional. Embora houvesse um caráter protetivo, o objetivo era integrar esses povos à sociedade, com o abandono de suas raízes para a vivência em civilização (SOUZA FILHO, 2013).

Somente no século XX, é que comprovou-se a ineficácia do processo de assimilação dos povos indígenas à comunhão nacional, e foi apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 que essa constatação ganhou reconhecimento constitucional. Antes disso, as Constituições brasileiras perpetuaram a mesma lógica colonialista de que os índios deveriam deixar de ser índios (SOUZA FILHO, 2013).

Somente em 1934 os direitos dos povos indígenas aos territórios que tradicionalmente ocupam foram reconhecidos e protegidos no panorama constitucional. Ou seja, este movimento

de melhor adequação da legislação indigenista brasileira levou certo tempo para ganhar corpo e força normativa.

Um indício disso é o Código Civil de 1916, o qual estabelecia um regime jurídico especial aos indígenas, em que a capacidade civil destes estava diretamente condicionada ao seu grau de integração à civilização. Esse mesmo regime jurídico especial foi seguido pelo Decreto nº. 5.484 de 1928, responsável por regular a situação dos índios nascidos no território nacional (VILLARES, 2013).

Foi um ponto crucial na construção de uma nova perspectiva a criação da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, pelo Decreto-Lei nº. 5.371/67, idealizada como um órgão essencialmente indigenista, capaz de reunir as ações de saúde, de educação, de proteção de terras, de meio ambiente, de polícia administrativa e de representação dos indígenas em juízo (VILLARES, 2013).

O advento da Lei nº. 6.001/73, o Estatuto do Índio, representou um grande progresso no reconhecimento e na proteção dos direitos dos povos indígenas. A partir dele, passou a ser assegurado aos índios os direitos de todos os cidadãos brasileiros, assim como o respeito à sua cultura diferenciada. Estabeleceu-se, ainda, que os territórios indígenas devem ser alvo de reconhecimento, de demarcação e de proteção pelo Estado, assim como, que, os entes federativos têm competência comum para proteger e preservar os direitos dos povos indígenas.

Porém, mesmo com o Estatuto do Índio, os ideais colonizadores continuavam a revestir os fundamentos da legislação indigenista brasileira (VILLARES, 2013). Nesse sentido, o referido Estatuto faz, em seu art. 3º, incisos I e II, as seguintes conceituações normativas sobre índios e sobre comunidades indígenas:

Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo, estarem neles integrados.

Tratam-se de definições precárias em uma perspectiva antropológica, que misturam critérios heterogêneos e podem ser facilmente mal interpretadas. Sob este prisma, Carneiro da Cunha (1987, p. 26) sugere conceitos mais adequados:

Comunidades indígenas são aquelas que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude da consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas.

É índio quem se considera pertencente a uma dessas comunidades e é por ela reconhecido como membro.

Isso porque, apesar de a adaptabilidade ser uma característica marcante dos povos indígenas (LITTLE, 2002), não é justo que a existência de tais povos seja limitada por essa característica, uma vez que jamais lhes foi dada outra possibilidade que não fosse a resistência em condições onde a adaptação era a única alternativa.

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988 precisou estabelecer uma nova relação entre o Estado brasileiro e os povos indígenas. Como bem leciona Souza Filho (2013, os ideais assimilacionistas e integracionistas ainda são notáveis na Carta Magna e na legislação infra-constitucional. Todavia, uma notável mudança foi o reconhecimento constitucional do direito de ser e de continuar a ser indígena.

A Constituição Federal foi a primeira a dedicar um capítulo exclusivo aos direitos dos povos indígenas, do qual extrai-se o artigo 231, que é peça fundamental no entendimento do atual estatuto jurídico dos povos indígenas no Direito brasileiro:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. [...]

O que se percebe é um reconhecimento à organização social, aos costumes, às línguas, às crenças e às tradições dos povos indígenas, bem como aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam – aquelas por eles habitadas em caráter permanente, aquelas utilizadas para suas atividades produtivas, aquelas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e aquelas necessárias à sua reprodução física e cultural, de acordo com seus usos, seus costumes e suas tradições (art. 231, §1º, da CRFB/88). Tais terras são destinadas à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos ali existentes (art. 231, §2º, da CRFB/88).

As terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis, assim como que os direitos sobre elas são imprescritíveis (art. 231, §4º, da CRFB/88). É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, assim como fazem-se nulos e extintos os atos que tenham por objeto a exploração, a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, não produzindo quaisquer efeitos jurídicos válidos, salvo nas hipóteses previstas no texto constitucional (art. 231, §5º e §6º, da CRFB/88).

Logo, tendo em vista o reconhecimento pela Constituição Federal de 1988 dos direitos originários dos povos indígenas aos territórios que tradicionalmente ocupam, converge-se ao entendimento de que a posse permanente das terras indígenas não depende de demarcação e de homologação pelo Estado, de modo que o reconhecimento oficial apenas evidencia e declara os seus limites territoriais.

Também merece grande destaque o reconhecimento dos direitos territoriais indígenas em plano internacional. A Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, datada de 1989, que tem como uma de suas expressas bases de fundamentação a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, exerceu papel fundamental na construção de uma nova forma de tratar e de considerar os povos tradicionais nas suas relações com a civilização moderna.

Isto pois, a Convenção se destina a assegurar aos povos indígenas igualdade de tratamento e de oportunidades no exercício pleno dos seus direitos humanos e de suas liberdades fundamentais, nas mesmas bases garantidas aos outros povos (RAMOS; ABRAMO, 2011). Esse instrumento foi vetor de mudança de um modelo integracionista para um modelo que ordenou aos Estados signatários que respeitassem os aspectos étnicos, coletivos, territoriais, institucionais e desenvolvimentistas das populações indígenas (DREMISKI; LINI, 2013);

Por essas razões, Dias e Angelin (2017, p. 3) afirmam que tal documento é

Carregado de historicidade e representa a luta para superar o genocídio, o etnocídio, o colonialismo, a invisibilidade e outros malefícios que afetaram os povos indígenas e tribais, fazendo com que fosse negada a sua existência tanto física, quanto cultural.

No texto ratificado pelo Brasil em 2002, está disposto que a consciência da identidade indígena é um critério fundamental na determinação desses povos. Consignou-se, ainda, a obrigação dos governos de desenvolver, com a consulta e a participação dos povos interessados, ações coordenadas e sistematizadas na proteção dos direitos desses povos tradicionais. Reforçou-se, também, que a aplicação da legislação nacional aos povos indígenas deve efetivamente considerar os seus costumes, assim como os valores culturais e espirituais que tais povos carregam em relação às suas terras ou territórios.

Assim, Duprat (2015, p. 39) afirma ser “seguramente o documento internacional que mais e melhor traduziu a passagem do Estado nacional de matiz hegemônico para a sua vertente de pluralismo cultural e étnico”. Segundo a autora, foi este instrumento que conferiu visibilidade a grupos historicamente marginalizados pela sociedade, que tratou dos mecanismos necessários para lhes fazer escapar da tutela do Estado sobre a sua existência e lhes garantir o domínio sobre as suas próprias vidas e que oportunizou maior espaço no cenário público.

A mobilização pela aplicação desse instrumento em defesa dos direitos e interesses das comunidades tradicionais foi grande. Hoje, a Convenção n.º. 169 é o fundamento central das reivindicações dos povos indígenas. O teor do seu texto é plenamente conhecido e é uma ferramenta muito importante nos seus movimentos sociais e nos seus processos de articulação política e jurídica (VILLARES, 2013).

Especificamente quanto à questão territorial, no bojo do seu art. 14, esta Convenção reconhece aos povos indígenas, em tom cômsona ao da CRFB/88, os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Prescreve, também, a necessidade de tomar medidas adequadas para salvaguardar a posse indígena de áreas tradicionalmente ocupadas. Denota-se, ainda, um direcionamento aos governos no sentido de que deverão adotar as medidas necessárias para determinar as terras indígenas e para garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade de posse. Por fim, dali também decorre a determinação de que deverão ser instituídos os procedimentos jurídicos adequados para a solução de reivindicações fundiárias feitas pelos povos indígenas.

Percebe-se, destarte, que a ordem constitucional vigente foi revolucionária no sentido de consolidar os direitos originários dos índios às terras que tradicionalmente ocupam, assim como uma abordagem mais incisiva acerca dos mecanismos necessários para a efetivação dos direitos desses povos por parte do Poder Público.

## **A NECESSIDADE DE UM OLHAR SÓCIO-JURÍDICO PARA MELHOR APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS À REALIDADE DOS POVOS INDÍGENAS NO TERRITÓRIO BRASILEIRO**

A existência (e resistência) das sociedades indígenas, das populações ribeirinhas, dos remanescentes das comunidades quilombolas e de tantas outras comunidades tradicionais ou



de famílias de agricultores, são um grande indicativo da imensa diversidade fundiária existente no território nacional.

Contudo, durante a maior parte da história deste país, o reconhecimento oficial a esta diversidade fundiária foi praticamente nulo. Neste contexto, a intensificação dos movimentos de demarcação e de homologação das terras indígenas nas últimas décadas foi fator fundamental na mudança de perspectiva nessa discussão sobre reconhecimento (LITTLE, 2002).

Essa nova perspectiva utiliza muito de um olhar sócio jurídico, que pretende identificar similaridades entre os povos tradicionais e fomentar possíveis estratégias de luta no contexto social, político e jurídico do Estado brasileiro. O olhar se volta ao esforço coletivo de um grupo social na ocupação e identificação de/com uma determinada parte de um ambiente biofísico, iniciando um complexo processo de convertê-lo em seu território, que, por sua vez, é um produto histórico de processos sociais e políticos, envolvendo o enfrentamento de um contexto específico de origem, de defesa e de adaptação em torno daquele território (LITTLE, 2002).

Sobre expressões territoriais, Carneiro da Cunha (1987, p. 14-15) pontua que:

Está hoje superada a perspectiva evolucionista que fazia crer que todas as sociedades estavam fadadas a percorrer o caminho que as levava de um suposto “primitivismo” ou “infantilismo” ao seu término e destino, que seria a nossa própria sociedade. Não existem sociedades na infância. Existem formas diferentes de sociedades, cada uma com seu valor próprio e cada uma com projetos próprios de futuro. E a existência dessa multiplicidade de formas sociais é um patrimônio cultural inestimável, para o qual o Brasil tem a sorte de poder contribuir.

A territorialidade humana possui múltiplas formas de expressão, o que amplia o universo de particularidades na análise de cada território. Assim, para compreender as especificidades dessa diversidade fundiária, é necessário analisar a relação particular que a comunidade tradicional mantém com seu território, que é representada nos conhecimentos, nas identidades e nas ideologias utilizadas na manutenção da territorialidade (LITTLE, 2002). Sob essa ótica, o objetivo atual não é mais a assimilação dos povos tradicionais, mas sim, o respeito à diversidade socio-cultural e aos direitos territoriais de tais povos. A terra é o que dá sustento à identidade étnica da comunidade. (CARNEIRO DA CUNHA, 1987).

Povos tradicionais são grupos sociais que se reconhecem como culturalmente diferenciados e que possuem forma própria de organização social. Suas expressões se associam aos territórios que ocupam e aos recursos naturais ali presentes. Caracterizam-se, ainda, pela vivência em organizações sociais equitativas, pelos traços culturais reafirmados e reelaborados a cada geração, pelas lideranças locais, pela consciência de identidade e pelo uso de técnicas de baixo impacto ambiental (FONSECA *et al.*, 2020). A história da ocupação preservada pela memória coletiva, o uso social do território, as formas de defesa e daquele espaço e o regime de propriedade utilizado pelo grupo também são traços marcantes. Então, a concepção de pertencimento a um lugar decorre da noção de que esse lugar representa seu verdadeiro e único território (LITTLE, 2002).

Os territórios tradicionais são fundados em uma ocupação efetiva de longa duração, o que fornece um peso histórico às reivindicações fundiárias de seus povos ocupantes. A territorialidade dos povos tradicionais se expressa pela memória coletiva cultivada em razão de um lugar, revestida de vínculos simbólicos e identitários, e não em disposições normativas ou títulos de propriedade. É por isso que a ausência histórica de reconhecimento oficial não deslegitima as

suas lutas. A existência de outros territórios representa um desafio para a manutenção da hegemonia territorial pelo Estado-nação. Na perspectiva brasileira, essa é a justificativa para o mais do que tardio reconhecimento oficial à diversidade fundiária em seu território (LITTLE, 2002).

O movimento de expansão de fronteiras foi um fator fundamental nas transformações territoriais que construíram o atual território brasileiro. Nesse processo, sempre haverá um conflito entre a territorialidade que está expandindo e a territorialidade atingida pela expansão, mas é justamente esse processo que faz surgir a conduta territorial, percebida tanto em uma dinâmica externa (pressões exercidas por outros grupos), quanto em uma dinâmica interna (defesa do território como elo de unificação do grupo).

Especificamente acerca das sociedades indígenas, Carneiro da Cunha (1987, p. 20) compartilha a seguinte visão sobre esse contexto histórico:

As sociedades indígenas das terras baixas sul-americanas, em contraste com as sociedades andinas, são tipicamente sociedades pequenas, com ausência de Estado e altamente diversificadas entre si. Sua reprodução cultural não depende de grandes efetivos demográficos, mas exige, dada a ênfase na caça, coleta e pesca de muitos dos grupos, territórios maiores do que os que sustentam grupos agricultores. Assim, se durante três séculos e meio a utilização do índio como mão-de-obra foi central na questão indígena, hoje é sem dúvida em torno da terra indígena que se concentram os conflitos: [...]. Somam-se a este avanço do setor privado as iniciativas oficiais que abrem estradas, instalam hidrelétricas que inundam terras indígenas e tentam estabelecer a exploração do subsolo.

Toda essa conjuntura resultou na perpetuação de uma hegemonia do Estado-nação brasileiro e de suas expressões de territorialidade. Durante o século XX, agravaram-se as pressões externas sobre os territórios de povos tradicionais no Brasil, com os crescentes investimentos em infraestrutura nacional e com o fortalecimento da ideologia neoliberal. O avanço tecnológico, em distintos segmentos, ocasionou bruscas alterações nas relações ecológicas, visto que se passou a lidar com uma intensidade e um poder de destruição jamais vistos antes (LITTLE, 2002).

Acerca disso, Silva e Souza Filho (2018, p. 321-322) apontam o seguinte:

Os processos históricos de esbulho, invasão de terras e expulsão de comunidades foram na maior parte legitimados por títulos concedidos pelo Estado como se o território ocupado por povos e comunidades tradicionais tratassem de terras devolutas, assim como legitimada e legalizada tem sido a grilagem de terra. Os povos e comunidades tradicionais seguiram e seguem no limbo da invisibilidade jurídica por serem expoliados e expulsos de suas terras, seja por violência pública, seja por violência privada. Tais povos, resistindo à opressão sofrida, podem temporariamente se distanciar de suas terras originárias, mas não perdem sua identidade étnica, identidade que está intrinsecamente ligada à terra que originou a concepção de povo, que originou a própria comunidade. Em suma, é no reconhecimento do sentido de pertencimento à terra que a comunidade se autorreconhece enquanto povo [...].

Os povos tradicionais brasileiros precisaram elaborar novas estratégias para continuar a defender e a reafirmar os seus territórios, no sentido de buscar coagir o Estado brasileiro a admitir a existência de formas de expressões territoriais distintas (LITTLE, 2002). Portanto, as atuais pautas reivindicatórias desses povos representam uma resposta a todo esse contexto histórico.

Para Little (2002), a defesa de tais bandeiras resultou na criação e na consolidação de categorias fundiárias do Estado, o que representou uma importante conquista. A organização política e os movimentos sociais praticados por representantes desses povos foram fundamentais para mudar a política fundiária brasileira, especialmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que foi fruto de um longo período de mobilização social e política, e que fortaleceu

e formalizou diversos aspectos concernentes à diversidade fundiária nacional.

Dos ensinamentos de Souza Filho (2013), interpreta-se que a referida Carta Magna rompeu paradigmas e estabeleceu uma nova relação entre o Estado e os povos tradicionais. Pise-se: foi ela quem reconheceu o direito daquele grupo social de ser e de continuar a ser um grupo diferenciado, ultrapassando-se, assim, a antiquada ideia de processos de assimilação, de integração ou de incorporação desses povos à comunhão nacional.

Outro marco importante nessa discussão é o Decreto n.º. 6.040/2007, o qual instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, e propôs conceituações sobre povos e comunidades tradicionais e sobre territórios tradicionais, em seu art. 3º, incisos I e II, que são mais adequadas sob um ponto de vista sócio-jurídico.

O que se verifica, diante do todo, é que o reconhecimento fundiário realizado pelo Estado observa uma convergência entre conceitos jurídicos, políticos e etnográficos, que integram o processo de constituição e de resistência dos povos e comunidades tradicionais perante os seus territórios. Desse modo, para melhor compreensão, deve-se remeter tanto a uma conotação empírica, quanto a uma conotação política, de modo que qualquer análise, inclusive normativa, sobre essa temática deve considerá-las associativamente (LITTLE, 2002).

As bandeiras fundiárias levantadas pelos povos indígenas refletem reivindicações de seus direitos como coletividade e como indivíduos, O prezo é pela consideração da conduta territorial como característica intrínseca a todos os grupos humanos. Até porque, os povos tradicionais aqui existentes não são ameaças à soberania do Estado brasileiro, visto que não possuem quaisquer pretensões separatistas e que se consideram cidadãos nacionais (LITTLE, 2002).

Em resumo, o que fica evidente é que a busca incessante dos povos indígenas – e dos povos tradicionais, como um todo – é pelo reconhecimento de seus territórios e dos seus próprios espaços sociais, culturais, econômicos, religiosos e políticos, tendo em vista que, conforme se expandiu nesta pesquisa, para considerar povos tradicionais adequadamente em um plano sócio-jurídico, deve-se sempre considerá-los de maneira associativa aos territórios que tradicionalmente ocupam.

Ou seja, é somente através desta perspectiva sócio jurídica que será possível aplicar, de maneira adequada, aquilo que está normativamente previsto na proteção dos direitos dos povos indígenas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Primeiramente, aponta-se que o objetivo geral deste trabalho – contextualizar e analisar os direitos territoriais indígenas no ordenamento pátrio, analisar a importância da Constituição Federal de 1988 e abordar a face antropológica desses direitos – foi efetivamente cumprido, considerando as noções abordadas no desenvolvimento da pesquisa.

É válido destacar, desde já, que a metodologia empregada se demonstrou suficiente para a compreensão adequada do que se pretendeu abordar e, conforme apontado, permitiu que os objetivos delimitados fossem alcançados.

A preocupação inicial neste escrito foi a de fazer uma análise sobre como estão dispos-

tos os direitos territoriais indígenas no ordenamento jurídico brasileiro. Quanto a isso, afirma-se que esta preocupação foi preenchida com sucesso, uma vez que foram feitos apontamentos sobre como estes direitos estiveram dispostos ao longo da história deste país, bem como foi ressaltada a transformação ocorrida a partir do século XX, e a forma como a ordem constitucional vigente reforçou a necessidade de um olhar sócio jurídico acerca desta questão.

Assimilada esta noção, partiu-se, então, justamente para analisar a necessidade desta perspectiva sócio-jurídico. Neste ponto, o que concluiu-se foi que existem várias condições particulares e intrínsecas dos povos tradicionais que devem, necessariamente, ser levadas em consideração para uma melhor e efetiva proteção dos direitos territoriais desses povos.

Sem esta perspectiva, o que se tem é uma disposição normativa insuficiente, que não pode ser satisfatoriamente aplicada à realidade fática dos povos tradicionais, visto que não compreende a totalidade dos seus aspectos tradicionais.

Já quanto à pergunta-problema definida, chegou-se à conclusão de que é fundamental sempre considerar os direitos dos povos indígenas tanto em uma dimensão jurídica, quanto em uma dimensão sócio-jurídico, visto que o Direito não é ramo suficiente para abordar essa questão em todas as suas complexidades, pelo que necessita do auxílio de outras fontes, notadamente da antropologia.

Por fim, vale fazer a consideração de que, em remonte às razões que justificam esta pesquisa, é imperioso dar destaque à necessidade de proteger juridicamente os povos indígenas no Brasil, considerando todos os acontecimentos que lesionaram a sua existência ao longo da história desta nação. Deste modo, o que busca se reafirmar é que tais povos têm um direito originário aos territórios que tradicionalmente ocupam, o que está atrelado a uma perspectiva sócio-jurídico, a qual deve ser a linha interpretativa perseguida no Direito brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 22/10/2021.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 6040, de 7 de fevereiro de 2007. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/Decreto/D6040.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Decreto/D6040.htm). Acesso em: 06/06/2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm). Acesso em 17/04/2022.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. Os Direitos dos Índios: Ensaio e Documentos. São Paulo: Editora Brasiliense S. A., 1987.

DIAS, Edemir Braga. ANGELIN, Rosângela. O Estado Brasileiro e a Convenção 169 da OIT: o (des) respeito aos direitos dos povos indígenas. Disponível em: <http://omicult.org/emicult/anais/wp-content/uploads/2018/06/O-ESTADO-BRASILEIRO-E-A-CONVEN%C3%87%C3%83O-169-DA-OIT-O-DESRESPEITO-AOS-DIREITOS-DOS-POVOS-IND%C3%8DGENAS.pdf>. Acesso em 07/06/2022.

DREMISKI, João Luiz; LINI, Priscila. A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho. In SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. BERGOLD, Raul Cezar. Os direitos dos povos indígenas no

Brasil: desafios no século XXI. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

DUPRAT, Deborah. A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. In DUPRAT, Deborah. Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais. Brasília: ESMPU, 2015.

FONSECA, Luciana. KOURY, Suzy. PAZ, Melissa. Amazônia e Etnodesenvolvimento: A indicação geográfica como um meio para a valorização do açaí das Ilhas de Belém. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2020.

LITTLE, Paul E. Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade. Anuário Antropológico, 2002. v.28(1), 251–290. Disponível em <https://periodicos.unb.br/index.php/anuarioantropologico/article/view/6871>

RAMOS, Christian. ABRAMO, Laís. Introdução in OIT, Organização Internacional do Trabalho - Escritório no Brasil. Convenção n° 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT / Organização Internacional do Trabalho. Brasília: OIT, 2011.

SILVA, Liana Amim Lima da. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Marco temporal como retrocesso dos direitos territoriais originários indígenas e quilombolas Índios. In ALCÂNTARA, Gustavo Kenner. TINÔCO, Lívia Nascimento. MAIA, Luciano Mariz. Direitos Originários e Territorialidade. Brasília: ANPR, 2018.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. Os Povos Indígenas e o Direito Brasileiro. In SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. BERGOLD, Raul Cezar. Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI. Curitiba: Letra da Lei, 2013

OIT, Organização Internacional do Trabalho. Convenção n° 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20169.pdf>. Acesso em 21/04/2022.

VILLARES, Luiz Fernando. Estado pluralista? O reconhecimento da organização social e jurídica dos povos indígenas no Brasil. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-10012014-163451/pt-br.php>. Acesso em 22.04.2022



**Direitos territoriais indígenas e marco temporal no STF: os impactos provenientes do julgamento do RE 1017365/SC**

**Report of proceedings of RE 1.017.365/SC: the opposing theses and the impacts of this trial on indigenous peoples**

---

Vinícius Chaves Alves

*Graduando no Curso de Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Atualmente no 10º semestre*

Liandro Moreira da Cunha Faro

*Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professor de Direito Civil, Direito Ambiental e Direito Agrário no CESUPA. Professor da Pós-Graduação em Direito Agroambiental, na Pós-Graduação de Direito Civil e Direito Digital, da OAB/PA e CESUPA.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.124.16

## RESUMO

Este trabalho se justifica pela necessidade de se dar especial atenção à proteção jurídica dos povos indígenas, apreciando-os em todas as suas características tradicionais, considerando todos os acontecimentos históricos que prejudicaram a existência desses povos no território nacional. Tem como problema de pesquisa saber se há a necessidade de configuração de um marco temporal, em 05 de outubro de 1988, para efetivamente proteger os direitos territoriais dos povos indígenas, ou se o caráter originário desses direitos não necessita deste tipo de regulamentação. Desse modo, tem como objetivo fazer um relatório de todo o processamento do Caso do Povo Xokleng no Judiciário, partindo do ajuizamento da ação no Juizado Especial Federal de Mafra/SC, prosseguindo para a fase recursal no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, passando, por fim, para o processamento no Supremo Tribunal Federal, considerando o corrente julgamento do RE 1017365/SC, em que foi reconhecida a repercussão geral desta questão. Diante disso, concluiu-se que os direitos territoriais desses povos são de caráter originário, de modo que a configuração de um marco temporal, em 05 de outubro de 1988, data de promulgação da Constituição Federal, é desnecessária para a proteção jurídica de tais direitos, assim como importaria em grave ameaça à continuidade desta proteção aos povos indígenas.

**Palavras-chave:** povos indígenas. direitos originários. marco temporal. Supremo Tribunal Federal. RE 1017365/SC.

## ABSTRACT

This work is justified by the need to pay special attention to the legal protection of indigenous peoples, appreciating them in all their traditional characteristics, considering all the historical events that harmed the existence of these peoples in the national territory. Its research problem is whether there is a need to set a temporal march, on October 5, 1988, to effectively protect the territorial rights of indigenous peoples, or if the original character of these rights does not require this type of regulation. In this way, it aims to report on the entire processing of the Case of the Xokleng People in the Judiciary, starting from the filing of the action in the Federal Special Court of Mafra/SC, proceeding to the appeal phase in the Federal Regional Court of the 4th Region, passing, finally, for processing in the Federal Supreme Court, considering the current judgment of RE 1017365/SC, in which the general repercussion of this issue was recognized. In view of this, it was concluded that the territorial rights of these peoples are of an original character, so that the configuration of a temporal march, on October 5, 1988, the date of promulgation of the Federal Constitution, is unnecessary for the legal protection of such rights, as well as representing a serious threat to the continuity of this protection for indigenous peoples.

**Keywords:** indigenous peoples. original rights. temporal march. Supreme Federal Court (STF); RE 1017365/SC.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho se destina a contextualizar o Caso do Povo Xokleng, povo indígena que tradicionalmente habita terras no interior do estado de Santa Catarina, e que, mediante uma ação judicial de pretensão possessória, se tornou um evento fundamental na definição do

estatuto jurídico dos direitos territoriais dos povos indígenas no período atual e para os períodos futuros.

Este esforço é justificado, sobretudo, pela evidente necessidade de se dar especial atenção à proteção jurídica dos povos indígenas, apreciando-os em todas as suas características tradicionais, considerando todos os acontecimentos históricos que prejudicaram a existência desses povos no território nacional.

O objetivo do trabalho é fazer um relatório de todo o processamento do Caso do Povo Xokleng no Judiciário, partindo do ajuizamento da ação no Juizado Especial Federal de Mafra/SC, prosseguindo para a fase recursal no Tribunal Regional Federal da 4a Região, passando, por fim, para o processamento no Supremo Tribunal Federal, considerando o corrente julgamento do RE 1017365/SC, em que foi reconhecida a repercussão geral desta questão.

A partir disso, então, pretende-se fazer uma análise das teses que foram levadas ao julgamento pelo STF e, como decorrência, opinar sobre qual tese deve prevalecer, considerando a natureza dos direitos territoriais dos povos indígenas.

Destarte, o problema desta pesquisa é saber, após entendida a discussão levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal no bojo do julgamento do RE 1017365/SC, observando o confronto das teses postas à apreciação, se há a necessidade de configuração de um marco temporal, em 05 de outubro de 1988, para efetivamente proteger os direitos territoriais dos povos indígenas, ou se o caráter originário desses direitos não necessita deste tipo de regulamentação.

O estudo realizado foi do tipo puro (teórico), que subdivide em: pesquisa bibliográfica, com a análise de livros, revistas e artigos sobre o assunto; e pesquisa documental, com a análise de constituições, códigos, leis, portarias, decretos, decisões e afins. Por essa razão, é possível apontar, também, que este estudo também utilizou uma abordagem qualitativa. Por fim, utilizou-se o método dedutivo, visto que se partiu de um relatório de processamento do Caso do Povo Xokleng, desde o início do litígio até o julgamento do RE 1017365/SC pelo STF, culminando na análise das teses postas à apreciação.

## **RELATÓRIO DO CASO DO POVO XOKLENG: DO INÍCIO NO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL ATÉ AS INSTÂNCIAS SUPERIORES**

Cerca de duas semanas antes do julgamento do Caso Raposa Serra do Sol pelo Supremo Tribunal Federal – caso de suma importância na atual interpretação dos direitos territoriais dos povos indígenas na ordem constitucional brasileira – tinha início uma outra querela judicial que também trilharia o caminho de se tornar um *leading case* na questão dos direitos territoriais indígenas. Fala-se do caso do Povo Xokleng, que tradicionalmente ocupa terras situadas em Santa Catarina.

Após processamento no Juizado Especial Federal da Comarca de Mafra/SC e no Tribunal Regional Federal da 4a Região, o caso ascendeu ao Supremo Tribunal Federal para o julgamento do RE 1017365/SC, ocasião em que, novamente, os direitos originários dos povos indígenas às terras que, tradicionalmente, ocupam são opostos à tentativa de fixação da tese do marco temporal de ocupação.



Entretanto, antes de entender e analisar o porquê de sua extrema importância, cabe, primeiramente, fazer um relatório do processamento deste caso, elucidando os acontecimentos processuais desde o primeiro grau de jurisdição até o ascenso ao Supremo Tribunal Federal.

Pois bem, o litígio se iniciou com o ajuizamento de ação de reintegração de posse, em 05/03/2009, pela Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina - FATMA/SC, em desfavor da FUNAI e da União, que foi processada no Juizado Especial Federal da Comarca de Mafra/SC, sob o n.º. 2009.72.14.000168-0.

Na petição inicial, em suma, a fundação requerente aduziu que era legítima possuidora de uma área de 8 ha (oito hectares), localizada na Linha Esperança-Bonsucesso, distrito de Itaió, em Santa Catarina, e que referida posse era mansa, pacífica e ininterrupta por mais de 07 (sete) anos, bem como, que tal área abriga a Reserva Biológica do Sassafrás. No entanto, a localidade teria sido alvo de esbulho por aproximadamente 100 (cem) índios, que derrubaram a mata nativa do interior da Reserva, construíram picadas e montaram barracas. Diante disso, recorreu ao judiciário objetivando a sua reintegração à posse de referida área.

A FUNAI apresentou, então, contestação, na qual sustentava que a área da qual a parte autora se diz legítima possuidora, encontra-se abrangida pelos efeitos da Portaria n.º. 1182/2003, do Ministério da Justiça, e que, trabalhos de levantamento da extensão da demarcação das terras indígenas no local, estavam em andamento. Afirma, ainda, que as terras objetos do litígio caracterizam-se como terras de ocupação imemorial dos índios das etnias Xokleng e Guarani, assim como que os títulos de propriedade apresentados pela fundação requerente foram emitidos ilegalmente, pelo que devem ser tidos como nulos todos os títulos da cadeia dominial, retornando a posse das terras aos indígenas, reconhecendo-se a propriedade originária da União. Por essas razões, requereu a improcedência total do pedido.

A União também apresentou contestação, suscitando, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva e, quanto ao mérito, o julgamento de total improcedência da ação, por visualizar que lhe falta amparo legal.

Intimado, o Ministério Público Federal - MPF ofertou parecer favorável à procedência da demanda, por entender que foi comprovada a posse anterior da parte autora, presumida pela utilização do imóvel para manutenção da Reserva Biológica Sassafrás, razão pela qual, constitui evidente esbulho o ato dos indígenas de invasão de áreas ainda sob processo de demarcação, sendo medida imperiosa a reintegração de posse da área em litígio.

Em sede de sentença, o juízo julgou procedente a pretensão possessória da parte autora sobre o imóvel rural matriculado sob o n.º. 12.266 no Registro de Imóveis da Comarca de Itaiópolis, fundamentando-se na visão de que a violação à posse era indiscutível, e que não haviam elementos que permitissem inferir que as terras fossem de ocupação tradicional indígena, pois quem as vinha ocupando, para fins de preservação ambiental, era a FATMA/SC, de modo que a medida a ser tomada era a de repelir a turbação do imóvel, objetivando o cessamento da invasão e do corte de madeira nativa na Reserva Biológica Estadual do Sassafrás.

Evidentemente inconformadas, tanto a FUNAI, quanto a União, interpuseram recursos de apelação, no qual requereram a reforma integral do decisum de primeiro grau, razão pela qual o processo ascendeu ao segundo grau de jurisdição.

Sob o nº. 0000168-27.2009.404.7214/SC, processou-se, então, no âmbito do TRF-4, os recursos de apelação interpostos pela FUNAI e pela UNIÃO, em face do entendimento proferido pelo juízo a quo em sede de sentença.

As razões recursais da FUNAI passam pela reafirmação de que as terras que se autointitula possuidora a demandante é, à luz do direito constitucional indigenista, dos próprios povos indígenas. Sustentou, assim, que os direitos constitucionais dos índios à posse permanente e ao usufruto exclusivo afastam a posse e o usufruto de terceiros, não indígenas, no interior do território indígena, de forma que, as riquezas ali existentes, não podem ser tidas como alheias a esse instituto, e que, a permanência de não indígenas em terras indígenas, conforme ocorrido no caso concreto, contraria as disposições da Constituição Federal de 1988. Já a tese recursal da União percorreu, novamente, o caminho de suscitar a sua ilegitimidade passiva, assim como a incompetência do juízo, defendendo, assim, a reforma da sentença para que houvesse o julgamento de improcedência da ação.

Em contraponto, a FATMA/SC apresentou contrarrazões às apelações interpostas, ocasião em que sustentou que a sentença guerreada cuidou de proteger o bem jurídico do meio ambiente, que é bem jurídico comum a todos, razão pela qual a manutenção integral da decisão recorrida era medida justa e imperiosa.

Retornaram os autos conclusos ao MPF para manifestação no feito, ocasião em que o *Parquet* Federal opinou, quanto ao mérito, que os indígenas invadiram áreas de reserva ambiental, extrapolando os limites territoriais reconhecidos, os quais ainda estavam em procedimento demarcatório, marcado por mora administrativa. Ademais, visualizou um embate entre dois interesses constitucionais fundamentais: direito de propriedade privada e posse indígena. Diante disso, sopesando interesses por meio do princípio da razoabilidade, concluiu que a posse anterior da FATMA/SC é presumida pela efetiva utilização do imóvel, exercida de boa-fé, bem como que a legitimidade do ato da comunidade indígena foi abalada pelo desmatamento de área destinada a reserva ecológica.

O TRF-4 proferiu acórdão em face dos recursos de apelação interpostos, ocasião em que negou provimento aos recursos e manteve integralmente a sentença de primeiro grau. Ainda que tenha sido reconhecido que a área em questão se encontra em processo de delimitação de reserva indígena, a decisão foi fundamentada em suposta aplicação do princípio da razoabilidade, em consonância com o posicionamento do MPF, entendendo ser impossível a imposição de perda da posse ao proprietário, sem o devido processo legal e a respectiva indenização, pois o procedimento demarcatório não havia sido concluído.

A FUNAI opôs embargos de declaração, requerendo que fossem supridas as omissões do julgado questionado, mediante declaração expressa aos dispositivos legais suscitados, para fins de prequestionamento, viabilizando, desse modo, a interposição de recursos de natureza extraordinária. A União seguiu o mesmo caminho recursal. Por unanimidade, os embargos de declaração foram parcialmente providos pela 4ª Turma do TRF-4, exclusivamente para fins de prequestionamento, mantendo-se o dispositivo do acórdão embargado.

Tratando-se de decisão de última instância do TRF-4 que negou vigência a dispositivo constitucional, a FUNAI interpôs recurso extraordinário ao STF, em 02/11/2013, o qual foi admitido pelo TRF-4, tendo em vista o prequestionamento de matéria relativa a dispositivos suposta-

mente contrariados e o preenchimento dos demais requisitos de admissibilidade.

Contudo, os autos foram primeiramente remetidos ao Superior Tribunal de Justiça - STJ, em 07/05/2014, tendo em vista a interposição de recursos especiais pela FUNAI e pela União, em face de referido *decisum* do TRF-4, que também foram admitidos (REsp 1452195/SC), mas tiveram provimento negado pelo STJ. Ressalta-se, todavia, que, pela primeira vez, desde o ajuizamento da ação, o MPF posicionou-se ao lado das pretensões da FUNAI e da União, tendo inclusive apresentado Agravo Regimental face a decisão que negou provimento aos recursos especiais interpostos, o qual, contudo, restou não conhecido.

O acórdão do STJ que julgou o REsp 1452195/SC transitou em julgado em 07/11/2016, quando o processo eletrônico foi remetido ao STF para análise e julgamento do recurso extraordinário interposto pela FUNAI contra acórdão proferido pelo TRF-4.

## **RELATÓRIO DE PROCESSAMENTO DO RE 1.017.365/SC NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Ora, aqui, as razões recursais da FUNAI fundam-se em suposta violação aos artigos 5º, incisos LIV e LV, e 231, *caput* e parágrafos, da Constituição Federal de 1988. Isto pois, a determinação da preservação da posse da FATMA/SC em área já reconhecida pelo Poder Judiciário como de tradicional ocupação indígena, ainda que não demarcada, privilegia direito de posse de proprietário titulado em detrimento dos direitos originários dos povos indígenas. Além disso, aduz que a ocupação da área pelos povos indígenas Xokleng e Guarani é tradicional e possui registro na literatura histórica da região. Nesse sentido, denota uma colisão entre o direito fundamental à vida, à saúde, à segurança e à posse permanente dos indígenas com o direito à propriedade da parte recorrida, cenário em que deve prevalecer o esforço da etnia indígena em recuperar as terras que lhes são originalmente asseguradas, inserido em um processo de redesenho do seu território tradicional.

Portanto, na visão da fundação recorrente, a medida justa, neste caso concreto, seria o resguardo da permanência do grupo indígena em seu território tradicional já reconhecido e que está em processo de demarcação. Assim, conclui que o acórdão proferido pelo TRF-4 ignorou toda a legislação que rege o processo de reconhecimento de terras indígenas, consubstanciado na Portaria nº. 1.128/2003 do Ministério da Justiça, violando, assim, o que dispõe o art. 231, *caput* e parágrafos, da Constituição Federal de 1988.

Sustentou-se, ainda, a repercussão geral da questão constitucional, pois a decisão terá a relevância de definir o perfil do estatuto jurídico constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, sob os auspícios da Constituição Federal de 1988.

Neste bojo, em 21/02/2019, o STF reputou, por unanimidade, como constitucional a questão, e reconheceu, por unanimidade, a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada (no Tema 1.031). Para tanto, o Ministro Relator Edson Fachin fez o apontamento de que essa discussão ainda não foi definida pelo STF em sede de processo com eficácia vinculante, e que se apresentam peculiaridades e questões que denotam importância à análise do mérito pela Suprema Corte, haja vista a possibilidade de ofensa direta ao texto constitucional, razão pela qual faz-se necessária a fixação de interpretação constitucionalmente adequada ao

estatuto da posse indígena de terras no Brasil, tendo em vista, ainda, o caráter não vinculante da decisão proferida no caso da Raposa Serra do Sol.

A Procuradoria-Geral da República - PGR, representada pela então Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, manifestou-se pelo provimento parcial do recurso extraordinário, especialmente no tocante à ofensa ao art. 231, caput e parágrafos, da Constituição Federal de 1988. Nesta ocasião, a PGR propôs a fixação da seguinte tese em face do Tema 1.031 reconhecido na sistemática da repercussão geral:

A proteção da posse permanente dos povos indígenas sobre suas terras de ocupação tradicional independe da conclusão de processo administrativo demarcatório e não se sujeita a um marco temporal de ocupação preestabelecido. O art. 231 da Constituição Federal reconhece aos índios direitos originários sobre essas terras, cuja identificação e delimitação deve ser feita por meio de estudo antropológico, o qual é capaz, por si só, de atestar a tradicionalidade da ocupação segundo os parâmetros constitucionalmente fixados, e de evidenciar a nulidade de quaisquer atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse dessas áreas.

Outros dois marcos importantes neste curso processual foram as decisões monocráticas proferidas pelo Min. Fachin para determinar: (1) a suspensão nacional dos processos judiciais, notadamente ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação, assim como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais indígenas, até o término da pandemia da COVID-19 ou do julgamento final do Tema 1031, o que ocorrer por último; (2) a suspensão de todos os efeitos do Parecer n.º 001/2017 da AGU até o julgamento final do mérito do RE 1.017.364, bem como à FUNAI que se abstenha de rever todo e qualquer procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, com base em referido Parecer da AGU, até que seja julgado o Tema 1031.

Há de se fazer menção, também, ao grande número de pedidos de ingresso como *amicus curiae* na lide, tanto em suporte à tese do indigenato, quanto em suporte à tese do marco temporal, o que demonstra a grande polarização que pressiona o STF nesta decisão.

Perante tais acontecimentos processuais, em um voto histórico acerca da temática dos direitos territoriais indígenas, o Min. Rel. Edson Fachin votou pelo provimento do recurso extraordinário interposto pela FUNAI, para que haja a anulação da decisão recorrida, propondo, quanto à resolução do Tema 1031 da repercussão geral, a fixação da seguinte tese:

Os direitos territoriais indígenas consistem em direito fundamental dos povos indígenas e se concretizam no direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, sob os seguintes pressupostos:

I - A demarcação consiste em procedimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidade indígena;

II - A posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos índios, das utilizadas para suas atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e das necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do §1º do artigo 231 do texto constitucional;

III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988, porquanto não há fundamento no estabelecimento de qualquer marco temporal;

IV - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da configuração do renitente esbulho como conflito físico ou controvér-

sia judicial persistente à data da promulgação da Constituição.

V - O laudo antropológico realizado nos termos do Decreto no 1.776/1996 é elemento fundamental para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada, de acordo com seus usos, costumes e tradições;

VI - O redimensionamento de terra indígena não é vedado em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, por meio de procedimento demarcatório nos termos nas normas de regência;

VII –As terras de ocupação tradicional indígena são de posse permanente da comunidade, cabendo aos índios o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes;

VIII – As terras de ocupação tradicional indígena, na qualidade de terras públicas, são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis;

IX – São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a posse, o domínio ou a ocupação das terras de ocupação tradicional indígena, ou a exploração das riquezas do solo, rios e lagos nelas existentes, não assistindo ao particular direito à indenização ou ação em face da União pela circunstância da caracterização da área como indígena, ressalvado o direito à indenização das benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé;

X – Há compatibilidade entre a ocupação tradicional das terras indígenas e a tutela constitucional ao meio ambiente. ”

Após o voto do Ministro Relator, quem proferiu seu voto foi o Min. Nunes Marques, ocasião em que divergiu do relator, posicionou-se pelo não provimento do recurso extraordinário da FUNAI e propôs a fixação de tese diversa. Em seguida, o Min. Alexandre de Moraes pediu vista dos autos, razão pela qual, em 15/09/2021, o julgamento do mérito do RE 1.017.365/SC foi suspenso e segue, até a presente data, sem previsão para retomada.

## **AS TESES OPOSTAS NO JULGAMENTO DO RE 1017365/SC**

O julgamento do RE 1017365/SC pelo STF deve ser visto como um momento decisivo na definição dos direitos territoriais dos povos indígenas no ordenamento jurídico pátrio. Essa afirmação se sustenta em vista de dois pilares: a polarização que reveste esse debate e o reconhecimento da repercussão geral desta questão.

Como é sabido, trata-se de uma questão histórica, que afeta a preservação e o respeito às raízes e à existência digna dos povos indígenas. Assim, o fato de que tal discussão finalmente terá uma decisão com efeitos vinculantes a todo o ordenamento jurídico brasileiro merece extrema atenção. Isto pois, o entendimento ali produzido passará, muito provavelmente, a servir como regra para todos os procedimentos de demarcação de terras indígenas pela administração pública

Os direitos dos índios às terras que ocupam são reconhecidos desde o período colonial, através de alvarás, cartas régias e provisões expedidas pelos monarcas portugueses. A Carta Régia de 1611 foi o primeiro texto legal que dispôs sobre os direitos territoriais indígenas. No Alvará de 1º de abril de 1680, reconheceu-se o direito de posse permanente das terras ocupadas pelos índios, o indigenato. Já o Diretório dos Índios, de 1775, determinou que, na concessão de sesmarias, deveriam ser respeitados os direitos dos índios, tidos como primários e naturais senhores das terras por eles ocupadas. E, conforme já mencionado, a recentidade da definição

constitucional dos direitos indígenas remonta à Constituição de 1934, que foi a primeira a acolher expressamente o indigenato, regra que foi repetida nos textos constitucionais subsequentes (DA SILVA, 2016).

A Constituição de 1988 incorporou todos esses princípios ao seu artigo 231, abandonou a ideia de incorporação dos índios à comunhão nacional e reconheceu as suas características tradicionais e a sua reprodução física e cultural, metrificada de acordo com seus usos, seus costumes e suas tradições (DA SILVA, 2016). Portanto, há muitas décadas os direitos originários sobre as terras indígenas são tema central no reconhecimento dos direitos territoriais indígenas, sendo justamente isso que esclarece e reforça, mas não inova, a Constituição Federal de 1988 (DODGE, 2018).

O que se pretende firmar é que os direitos dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam são anteriores ao reconhecimento constitucional, pois são intrínsecos à sua existência comunitária. São, destarte, direitos naturais, haja vista coexistirem com o próprio ser dessas comunidades. Com o reconhecimento constitucional, esses direitos naturais ascenderam à categoria de direito constitucional fundamental, ou seja, são direitos humanos fundamentais dos índios, dotados de um valor de sobrevivência física e cultural, revestidos tanto de uma dimensão individual, quanto de uma dimensão coletiva. Assim, os direitos territoriais indígenas devem ser tidos como espécies de direitos supra-estatais, de caráter absoluto, por serem direitos originários, o que lhes confere a garantia de permanência nas terras que tradicionalmente ocupam (DA SILVA, 2016).

Eis, então, o que configura a tese do indigenato.

Em contrapartida à tal configuração, a tese do marco temporal de ocupação, na espécie ora discutida, busca o estabelecimento da data de promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, como data limite para a ocupação das terras indígenas por aqueles povos, para que exista o direito à posse indígena e à demarcação territorial.

Um levantamento feito pela organização de direitos humanos Terra de Direitos aponta que as principais teses defendidas para a instituição desse marco temporal de ocupação dão conta de que, supostamente, o marco temporal serviria como regulamentação e como melhor forma de interpretação do verbo “ocupar” no bojo do art. 231 da CRFB/88, como elemento de pacificação das relações fundiárias brasileiras, como consolidação das decisões do STF sobre terras indígenas e como fator representativo de segurança jurídica e de garantia da ordem pública (ANJOS *et al.*, 2021).

Verificam-se também teses no sentido de que a Convenção n°. 169 da OIT reforçaria a necessidade de instituição de um marco temporal de ocupação, ou de que a demarcação de terras indígenas deve ser limitada pelo desenvolvimento econômico do país, ou de que o direito de propriedade é um direito humano que deve ser alvo de igual proteção, ou em defesa da aplicação das condicionantes do Parecer n°. 001/2017 da AGU (ANJOS *et al.*, 2021).

Entretanto, se verá, em sequência, que tais teses não merecem prosperar, uma vez que a proteção constitucional dos direitos territoriais indígenas independe da configuração de um marco temporal de ocupação. Na prática, a instituição desse marco funcionaria como um drástico encerramento desse importante capítulo da história nacional e como um obstáculo gravíssimo à digna preservação dos povos indígenas e de suas características tradicionais.

## **O CARÁTER ORIGINÁRIOS DOS DIREITOS TERRITORIAIS DOS POVOS INDÍGENAS E A DESNECESSIDADE DA TESE DO MARCO TEMPORAL**

Dito isso, é necessário ter em mente que para assegurar os direitos de uma população vulnerável, tal como as populações indígenas, faz-se fundamental a existência de uma legislação forte, taxativa, com disposições claras, que não possam ser distorcidas e com eficácia na sua implementação (CARNEIRO DA CUNHA, 1987).

Anteriormente à promulgação da Constituição de 1988, Carneiro da Cunha (1987) assinalou que as terras indígenas eram tratadas, na prática, como terras de ninguém, como a primeira opção para as atividades de cunho desenvolvimentista em geral, afirmando, por essas razões, que os índios estavam sendo destruídos pela ganância nacional e internacional. Ora, apesar de se notarem relevantes progressos no reconhecimento dos direitos territoriais indígenas com o advento da Constituição Federal de 1988, ainda se trata de uma realidade que necessita ser enfrentada.

No que tange à adequada interpretação do art. 231 da Carta Magna de 1988, da Silva (2016) explica que não é correta a interpretação do texto constitucional como se ele houvesse limitado os direitos originários dos povos indígenas às suas terras à data de sua promulgação, impedindo o reconhecimento e a demarcação de terras para os grupos que só retornaram às suas terras após essa data.

Foi nesse mesmo entendimento o voto proferido pelo Ministro Relator Edson Fachin, visto que ele reforçou a ideia de que é inadequada a hermenêutica aplicada na tese do marco temporal de ocupação, em relação ao uso do verbo “ocupar” no art. 231 da CRFB/88, pois isso reduziria as possibilidades de efetivação do direito à posse indígena, o que não se coaduna com a ordenação constitucional vigente. Isto pois, não se depreende da magna-carta qualquer fratura na tutela dos direitos territoriais indígenas, até porque a apropriação de terras indígenas por particulares sempre foi combatida em todas as constituições brasileiras.

Assim, deve-se interpretar, justamente, de forma contrária: a Constituição de 1988 deve ser enxergada como uma importante continuidade do reconhecimento constitucional a esses direitos, e não como um marco temporal. Não foi ela quem inicialmente conferiu reconhecimento constitucional a esses direitos, mas sim a Constituição de 1934, precedida de outras disposições normativas que remontam, conforme já mencionado, ao período colonial (DA SILVA, 2016).

O Ministro Relator veiculou exatamente essa a lógica em seu voto, no estrito sentido de que a Constituição de 1988 é um elo de continuidade na proteção dos direitos possessórios das comunidades indígenas, e não um marco de início da aquisição desses direitos.

Para que houvesse lógica na tese do marco temporal de ocupação, o desígnio deveria ser para que este fosse fixado em 16 de julho de 1934, data de promulgação da Constituição de 1934, ou em 10 de setembro de 1611, data de publicação da Carta Régia de 1611, pois estes sim seriam capazes de ser reconhecidos como marcos temporais de início deste fato evolutivo. Porém, da Silva (2016) clarifica que cortes temporais tão drásticos e violentos à essa contínua cadeia da legislação indigenista nacional configurariam um imenso desrespeito às regras e princípios constitucionais que dão garantia aos direitos indígenas.

O direito originário deve ser realizado com base no direito à memória, à verdade e à re-

paração, com a participação ativa dos membros daquela comunidade tradicional, para assim se ter a real noção dos massacres ocorridos e da expulsão desses grupos de seus territórios tradicionais. Qualquer movimento contrário a isso remonta a um discurso anti-indígena, que, fundado em supostos prezo pela segurança jurídica, pela garantia de ordem pública e pela pacificação das relações fundiárias no Brasil, tenta justificar a mitigação dos direitos originários dos povos indígenas a partir da impossibilidade de desapropriar todo o território nacional para satisfazer as pretensões indígenas. Neste ponto, a ignorância reside na incompreensão de que o direito originário às terras indígenas não se presta a restaurar um passado já encarado como irreal, mas sim se presta a garantir um futuro ainda possível para essas populações tradicionais (SILVA; SOUZA FILHO, 2018).

Geralmente as populações indígenas não são substituídas por outras pessoas, mas sim por grandes quantitativos de cabeças de gado. Mas, ao contrário do que significa para a iniciativa privada, para os povos indígenas a terra não é uma mercadoria, mas sim um território, que serve como condição de sua reprodução física e cultural (CARNEIRO DA CUNHA, 1987).

Foi isso que consolidou a Convenção n.º 169 da OIT, que reforçou os instrumentos de redefinição da política agrária e favoreceu a aplicação de políticas agrárias e de políticas étnicas (SHIRAISHI NETO, 2007), significando um importante avanço para a legislação indigenista nacional (DIAS; ANGELIN, 2017). Evidente é que a interpretação do que dispõe a Convenção n.º 169 da OIT favorece uma lógica afirmativa dos direitos originários dos povos indígenas.

A aplicação da tese do marco temporal de ocupação nos processos de demarcação de terras indígenas importaria no impedimento do reconhecimento de territorialidades indígenas de povos que vêm resistindo às ações de extermínio e de genocídio que sofrem há séculos. Configurar-se-ia também em um corrompimento do caráter originário dos direitos indígenas, haja vista ser fator que condiciona o gozo destes direitos ao preenchimento de critérios institucionais que desconsideram as mazelas históricas que atingem os povos indígenas (ANJOS *et al.*, 2021).

Em seu voto, o Min. Rel. Edson Fachin abordou também a problemática das comunidades indígenas de pouco ou nenhum contato com a sociedade nacional, ou mesmo com outras comunidades. Sobre isso, enxerga a inviabilidade dessas comunidades indígenas isoladas de comprovar que a sua posse atende ao requisito do marco temporal de ocupação. Seria totalmente inviável assegurar com exatidão as terras desses povos isolados a partir do fato indígena, haja vista que os órgãos indigenistas sequer têm pleno conhecimento acerca de muitos desses grupos.

Arredondando o seu raciocínio, o Ministro chegou à seguinte conclusão:

Portanto, assegurar aos índios os direitos originários às terras que tradicionalmente ocupam não se confunde com uma usucapião imemorial, que exigisse, de forma automática, a manutenção da presença indígena na área na data exata de 05 de outubro de 1988, considerando-se a ausência de descontinuidade da proteção constitucional e legal desse direito ao longo da história brasileira, bem como os constantes abusos, invasões e des-territorializações ocorridos, à margem da legislação, mas que não considero tenham sido legitimados pelo ordenamento jurídico. Não se trata de assegurar fraudes ou de possibilitar a titulação de comunidades que não estejam vinculadas a esse passado de resistência e a um modo de vida tradicional indígena. Nada obstante, entender-se que a Constituição solidificou a questão ao eleger um marco temporal objetivo para a atribuição do direito fundamental a grupo étnico significa fechar-lhes uma vez mais a porta para o exercício completo e digno de todos os direitos inerentes à cidadania.



Reside aí a interpretação de que o voto proferido pelo Ministro Edson Fachin no julgamento do RE 1017365/SC, na posição de relator do caso, é um voto histórico, respeitador da construção histórica da legislação indigenista brasileira e capaz de, derradeiramente, demonstrar a evidente inaplicabilidade e desnecessidade da tese do marco temporal de ocupação à data da promulgação da Constituição de 1988, reafirmando, portanto, o caráter originário dos direitos territoriais indígenas reconhecidos constitucionalmente.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

De início, visualiza-se que o objetivo geral deste trabalho – fazer um relatório de todo o processamento do Caso do Povo Xokleng no Judiciário, culminando numa análise do processamento no Supremo Tribunal Federal, considerando o corrente julgamento do RE 1017365/SC, em que foi reconhecida a repercussão geral desta questão, e, diante disso, analisar as teses postas a julgamento e apontar qual delas deve prevalecer – foi certamente atingido, haja vista aquilo que foi expandido no desenvolvimento da pesquisa

Há de se ressaltar, desde já, que a metodologia empregada se demonstrou suficiente para a compreensão adequada do que se pretendeu abordar e, conforme já dito, permitiu que os objetivos delimitados fossem alcançados.

O intento inicial neste trabalho foi de fazer um detalhado relatório do processamento do Caso do Povo Xokleng, desde o início da ação no Juizado Especial Federal de Mafra/SC, relatando todos os acontecimentos processuais relevantes à lide, passando para uma análise descritiva do processamento no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de forma a esclarecer o contexto em que a discussão foi, ao fim, levada à apreciação pelo STF.

Tomados esses acontecimentos em consideração, prosseguiu-se então para uma análise específica do julgamento do RE 1017365/SC, abordando os acontecimentos processuais e também o posicionamento do Ministro Relator Edson Fachin. Especificamente sobre este voto, chegou-se à conclusão de que se trata de um voto histórico, que aborda a questão dos direitos territoriais dos povos indígenas em suas nuances particulares e que serviria, de maneira adequada, como uma resolução para esta histórica discussão.

Na última parte do trabalho, passou-se à compreensão de que, a partir da visão acerca das duas teses opostas neste julgamento – a tese dos direitos originários dos povos indígenas e a tese do marco temporal de ocupação –, que a configuração de um marco temporal para regulamentar a ocupação tradicional dos povos indígenas é efetivamente desnecessária, pois, considerando a atual forma do ordenamento jurídico pátrio, não é esta a interpretação que deve ser conferida ao artigo 231 da CRFB/88, eis que há muito sedimentado o caráter originário dos direitos territoriais dos povos indígenas.

Ou seja, no enfrentamento da pergunta-problema estabelecida, chegou-se ao entendimento de que os direitos territoriais desses povos são de caráter originário, de modo que a configuração de um marco temporal, em 05 de outubro de 1988, data de promulgação da Constituição Federal, é desnecessária para a proteção jurídica de tais direitos, assim como importaria em grave ameaça à continuidade desta proteção aos povos indígenas.

Como últimas considerações, cabe ressaltar, em alinhamento com a justificativa da pes-

quiza, a necessidade de efetivamente proteger juridicamente os povos tradicionais no Brasil. Nesse contexto, a reafirmação dos direitos originários desses povos é fundamental para a preservação desses grupos sociais, em todos os seus aspectos tradicionais. Eis o motivo, então, pelo qual é essa a interpretação que necessita ser reforçada pelo STF no julgamento do RE 1017365/SC.

## REFERÊNCIAS

ANJOS, Auricélia *et al.* Justiça e o Marco Temporal de 1988: As teses jurídicas em disputa no STF sobre terras indígenas. 2021. Disponível em: [https://terradedireitos.org.br/uploads/arquivos/Justica-e-o-marco-Temporal-de-1988-\(final\).pdf](https://terradedireitos.org.br/uploads/arquivos/Justica-e-o-marco-Temporal-de-1988-(final).pdf). Acesso em 25/11/2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 22/10/2021.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 6040, de 7 de fevereiro de 2007. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/Decreto/D6040.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Decreto/D6040.htm). Acesso em: 06/06/2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm). Acesso em 17/04/2022.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. Os Direitos dos Índios: Ensaio e Documentos. São Paulo: Editora Brasiliense S. A., 1987.

DA SILVA, José Afonso. Parecer Jurídico. São Paulo, 2016. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs\\_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf). Acesso em 25/11/2021.

DIAS, Edemir Braga. ANGELIN, Rosângela. O Estado Brasileiro e a Convenção 169 da OIT: o (des) respeito aos direitos dos povos indígenas. Disponível em: <http://omicult.org/emicult/anais/wp-content/uploads/2018/06/O-ESTADO-BRASILEIRO-E-A-CONVEN%C3%87%C3%83O-169-DA-OIT-O-DESRESPEITO-AOS-DIREITOS-DOS-POVOS-IND%C3%8DGENAS.pdf>. Acesso em 07/06/2022.

DODGE, Raquel Elias Ferreira. Prefácio: Os índios e seu direito originário à terra no Brasil. In ALCÂNTARA, Gustavo Kenner. TINÔCO, Livia Nascimento. MAIA, Luciano Mariz. Direitos Originários e Territorialidade. Brasília: ANPR, 2018.

JUSTIÇA FEDERAL, Vara Federal de Mafra/SC. Processo nº 2009.72.14.000168-0. 05 de março de 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Processo nº 0000168-27.2009.404.7214. 10 de agosto de 2010.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional. Manaus: UEA, 2007

SILVA, Liana Amim Lima da. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Marco temporal como retrocesso dos direitos territoriais originários indígenas e quilombolas Índios. In ALCÂNTARA, Gustavo Kenner. TINÔCO, Livia Nascimento. MAIA, Luciano Mariz. Direitos Originários e Territorialidade.

Brasília: ANPR, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 1.017.365. 07 de novembro de 2016.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20169.pdf>. Acesso em 21/04/2022.



**O crime de homicídio qualificado  
pelo feminicídio em decorrência da  
violência doméstica e familiar**

**The crime of homicide qualified by  
femicide arising from domestic and  
family violence**

---

Yasmin Somoskovize Figueira

*Acadêmica de Direito no Centro Universitário do Norte*

Goreth Campos Rubim

*Advogada. Professora do curso de Direito do Centro Universitário do Norte – UNINORTE. Mestre em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA)*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.124.17

## RESUMO

O feminicídio é uma categoria cuja origem remonta às ciências sociais e aos estudos de gênero, e que foi incluída nas últimas décadas por lei. Esse processo culminou em sua transformação em crime definido; um processo que não tem sido pacífico e que, pelo contrário, tem sido atormentado por resistências e questionamentos. O que é feminicídio? O que o elemento quer dizer com seu status como tal? Como se caracteriza o seu elemento subjetivo? As respostas a estas perguntas requerem a integração do conhecimento do direito penal com o conhecimento da teoria e regulação, nacional e internacional, da violência de gênero contra a mulher. Este trabalho é um guia que busca responder às questões levantadas acima. Para atingir esse objetivo, o estudo está dividido em 3 partes; a primeira, destinada a caracterizar o fenômeno da violência de gênero a partir de sua regulamentação legal e dos estudos de gênero; a segunda, destinada a discutir o processo de tipificação do feminicídio e sua legitimidade; e a terceira, destinada a resolver — com a ajuda do que foi estudado nas duas primeiras partes - as principais questões sobre a interpretação do feminicídio

**Palavras-chave:** violência de gênero. feminicídio. Lei n. 13.104/2015.

## ABSTRACT

Femicide is a category whose origins date back to the social sciences and gender studies, and which has been included in recent decades by law. This process culminated in its transformation into a crime defined in most penal codes; a process that has not been peaceful and that, on the contrary, has been plagued by resistance and questioning. What is femicide? What distinguishes it from a common homicide? What legal assets are behind your classification? What does the element mean by its status as such? How is its subjective element characterized? The answers to these questions require the integration of knowledge of criminal law with knowledge of the theory and regulation, nationally and internationally, of gender violence against women. This work is a guide for legal professionals that seeks to answer the questions raised above. To achieve this objective, the study is divided into 3 parts; the first, aimed at characterizing the phenomenon of gender violence based on its legal regulation and gender studies; the second, aimed at discussing the process of typification of femicide and its legitimacy; and the third, aimed at solving —with the help of what was studied in the first two parts — the main questions about the interpretation of femicide.

**Keywords:** gender violence. femicide. law 13.104/2015.

## INTRODUÇÃO

O crime de homicídio qualificado pelo feminicídio pune atos que colocam em risco a vida de uma mulher por causa de sua condição de pertencer ao gênero feminino, ou em situações de contextos como a violência doméstica e familiar; envolvendo coação ou assédio sexual; o abuso de poder, confiança ou autoridade sobre a vítima; ou geralmente qualquer contexto de discriminação contra as mulheres.

A interpretação dos elementos do homicídio qualificado pelo feminicídio, especificamen-

te da frase “por sua condição de mulher”, gerou complicações especiais na doutrina e na jurisprudência. Enquanto para um setor é uma frase que pouco faz para a compreensão da conduta por outro implica que o crime pune matar uma mulher pelo fato de ser uma — realidade biológica— sempre que a morte ocorre nos contextos descritos.

Para uma terceira perspectiva, este elemento é comparável à misoginia ou ao ódio contra as mulheres. No entanto, a compreensão abrangente da qualificadora requer a compreensão de que o crime de feminicídio que constitui uma forma de violência baseada no gênero. De acordo com esse entendimento, este Trabalho de Conclusão de Curso incorpora a abordagem de gênero na análise criminal e determina, com base na descrição do homicídio qualificado pelo feminicídio do próprio crime, que o seu fundamento reside na sanção da morte de mulheres em situação de quebrantamento ou imposição de um estereótipo de gênero.

Dentro desta estrutura, este estudo aborda aspectos problemáticos do crime, incluindo, sua necessidade política criminosa, o direito jurídico tutelado, os sujeitos ativos e passivo do crime, o comportamento, o elemento subjetivo e as questões de processos que suscita com outros tipos penais.

Esta pesquisa tem por objetivo geral, demonstrar os aspectos políticos e sociológicos na criação da figura qualificadora do feminicídio no âmbito familiar e como ainda é crescente a incidência do crime no Brasil, e como objetivos específicos retratar como deve ser a postura do legislador diante do grande número de vítimas do crime, além de especificamente analisar o aspecto político na criação da qualificadora do feminicídio; demonstrar o quanto ainda é crescente o número de vítimas de violência domésticas e como desse ponto ocorre o homicídio qualificado pelo feminicídio; e, apontar uma solução sociológicos e jurídica para diminuir o número de feminicídio.

Desta forma, procurou-se realizar uma investigação abrangente do crime para permitir a reflexão sobre a importância de incorporar a abordagem do tema no direito penal.

## **VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA A MULHER**

A violência de gênero refere-se àquela ação ou conduta que tem estreita relação com uma ordem social que discrimina a mulher e desvaloriza o que é feminino, ao mesmo tempo em que constrói e perpetua as desigualdades de gênero. Nesse sentido, a grande maioria das situações de violência contra a mulher se constituirá como violência de gênero, mas ambos não são termos completamente comparáveis, pois o segundo coloca a ênfase no reforço e imposição dos postulados do sistema de gênero, ou seja, daqueles estereótipos sobre o masculino e o feminino (ALONZO, 2006).

Nesse sentido, quando as mulheres questionam os estereótipos de gênero associados ao feminino, pode acontecer que algumas pessoas de seu ambiente cometam violência e isso ocorre para reforçar mais uma vez o sistema de gênero. Para dar um exemplo, alguns casos de violência ocorrem quando as mulheres passam a ganhar mais dinheiro do que seus parceiros masculinos e exercem a violência para restabelecer sua superioridade masculina, pois a conduta das mulheres teria questionado o estereótipo de gênero da dependência feminina *versus* o homem (TEIXEIRA, 2014).

Outros exemplos ocorrem quando as mulheres começam a se socializar com outros homens e seus parceiros exercem violência contra elas porque estão questionando o estereótipo de gênero que as ordena ser boas mulheres que pertencem ao seu parceiro. Evidentemente, em uma sociedade igualitária e livre de estereótipos de gênero, essas situações não teriam que ocorrer, pois o direito de mulheres decidirem livremente sobre si mesmas e suas ações (BARATTA, 2014).

Agora, é importante especificar que não está sendo apontado que as ações de violência de gênero cometidas intencionalmente buscam reforçar um estereótipo de gênero, pois não é que esse objetivo esteja necessariamente na intenção das pessoas que cometem a violência. O que se diz é que, se analisa estruturalmente os atos de violência contra a mulher, encontra-se este padrão: quando uma mulher não se enquadra nos estereótipos do que se espera dela como mulher, muitas vezes ela é vítima de uma situação de violência e é o que se denomina violência de gênero contra a mulher (ONU, 2012, p. 39).

O exposto não significa que o sistema de gênero — composto pelos estereótipos mencionados — seja o único fator que provoca ou causa esse tipo de violência, ao contrário, há um conjunto de variáveis — classe, etnia, religião, situação migratória, país de residência, situação econômica, idade, entre outros — que explicam por que algumas mulheres têm mais risco de sofrer esse tipo de violência (SIQUEIRA, 2018).

Da mesma forma, há um conjunto de fatores individuais e contextuais que explicam por que algumas pessoas são mais propensas a se envolver em atos de violência em situações em que as mulheres quebram os estereótipos. Assim, algumas características da personalidade, o aprendizado de crenças que toleram ou justificam a violência, as frustrações causadas por experiências como privação econômica ou experiências de abuso, a baixa capacidade de autocontrole e a ausência dos laços sociais são algumas das várias causas que explicam o comportamento criminoso e que se entrelaçam com os estereótipos de gênero (BENAVIDEZ, 2017).

Nessa linha, o conceito de violência de gênero não nega que existem vários fatores explicativos desse tipo de violência, mas destaca que essas variáveis fazem sentido ou interagem em um contexto caracterizado por estereótipos que impõem determinados comportamentos às mulheres, comportamentos ou atributos que as subordinam aos homens. Isso explicaria por que são as mulheres que mais sofrem várias formas de violência quando não cumprem ou violam estereótipos de gênero (MATTOS, 2018).

Esta é a razão pela qual o direito constitucional das mulheres a uma vida livre de violência — reconhecida na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, Convenção de Belém do Pará (art. 3), bem como na Lei do Femicídio de 2015 para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e Membros do Grupo Familiar (art. 9º) — inclui, de acordo com o texto de ambos os regulamentos, o direito da mulher de viver livre de todas as formas de discriminação, estigmatização e padrões estereotipados de comportamento, práticas sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade e subordinação (BENAVIDES, 2017),

Isso na medida em que, os estereótipos de gênero baseados em conceitos de inferioridade e as relações de poder do sistema sexista de gênero do qual eles emergem estão na origem da violência de gênero contra as mulheres. Nessa linha, deve-se notar, adicionalmente,

que o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (doravante Comitê *Cedaw*) da Organização das Nações Unidas indicou em sua Recomendação Geral nº 19 (1992) que a violência de gênero contra a mulher se constitui como uma forma de discriminação contra ela (ELUF, 2009).

Isso na medida em que impede o gozo dos direitos e liberdades das mulheres em igualdade de condições e, além disso, ocorre em relação a elas assim que são mulheres ou as afeta desproporcionalmente (CAPUTI e RUSSEL, 2018).

## **Igualdade de gênero**

Como apontou o Supremo Tribunal Federal no ano de 1989, a igualdade é um princípio como direito constitucional. Nesse sentido, como princípio, vincula-se de forma geral e projeta-se em todo o ordenamento jurídico e, como direito, implica a propriedade da pessoa a ser reconhecida e tratada na proibição de tratamento arbitrário ou discriminatório em razão de origem, raça, sexo, idioma ou outra condição social legalmente relevante (COIMBRA, 2015).

Nessa linha, a igualdade deve ser entendida como igualdade material e não formal, para que se destaque que a igualdade jurídica pressupõe dar tratamento igual ao que é igual e desigual ao que não é. Portanto, para garantir a igualdade, deve-se conceder tratamento diferenciado às situações desiguais; caso contrário, ocorre discriminação por falta de diferenciação (DIAS, 2019).

De acordo com o Plano Nacional para a Igualdade de Gênero do ano de 1998 elaborado pelo Ministério da Mulher, criando em 1997, a igualdade de gênero implica a avaliação equitativa dos diferentes comportamentos, aspirações e necessidades de homens e mulheres. Nessa linha, aponta-se que, em uma realidade social com igualdade de gênero, os direitos, responsabilidades e oportunidades das pessoas não dependeriam de sua condição sexual, pois teriam as mesmas condições, possibilidades, capacidades e oportunidades para exercer seus direitos, contribuir para o desenvolvimento social e beneficiar seus resultados (CAVALCANTI, 2010).

Assim, reconhece-se que a igualdade de gênero não implica apenas igualdade de oportunidades, mas também igualdade no gozo efetivo dos direitos humanos. Portanto, a igualdade de gênero implica, por um lado, combater atos de discriminação contra as mulheres e, por outro, desmantelar estereótipos de gênero que legitimam situações de discriminação (GOMES, 2015).

## **CONCEITUAÇÃO DO FEMINICÍDIO A PARTIR DOS ESTUDOS DE GÊNERO**

O conceito de feminicídio foi utilizado pela primeira vez por Diana Russell em 1976, durante a comemoração do Tribunal Internacional de Crimes contra a Mulher. Posteriormente, o conceito foi desenvolvido por ela mesma e por Jane Caputi no livro “Feminicídio: a política de matar mulheres”, publicado em 1992. Da mesma forma, a incorporação do termo feminicídio à academia latino-americana foi realizada pela antropóloga mexicana e pesquisadora Marcela Lagarde na década de 1980 (CAMPOS, 2016). Nesse sentido ensinam, Rubim e Marques:

O feminicídio é uma qualificadora do homicídio motivada pelo ódio, prazer, maldade, ira, ciúmes, separação, sensação de posse e vontade de exterminar a mulher. Neste tipo de homicídio, o amor próprio é amesquinhado, não suportando um suposto estado de inferioridade no amor entre o homem e a mulher. Considera-se também como um conjunto de



situações de morte de mulheres em decorrência da discriminação ou menosprezo destas por questão de gênero, pela violência doméstica em sentido lato, dentre outras razões (RUBIM E MARQUES, 2016, p. 299).

O objetivo de conceituar o termo “feminicídio” por Diana Russell e pesquisadores posteriores foi levantar o véu de termos neutros e mostrar que há questões de gênero por trás de um grande número de mortes infligidas a mulheres; mesmo aqueles que são importantes para entender para determinar por que essas mortes ocorrem e ser capaz de preveni-las no futuro (HERNANDEZ E MORAIS, 2018).

Também tentou demonstrar que essas mortes causadas a mulheres não são de natureza meramente privada ou produto de uma patologia, mas devem ser reconhecidas como uma questão de política sexual. Isso está de acordo com o fato de que a maioria das mortes causadas às mulheres por seus maridos, amantes, pais, conhecidos e estranhos não são consequência de um desvio inexplicável. Conforme indica o Modelo de Protocolo Latino-Americano para a investigação de mortes violentas de mulheres por razões de gênero (feminicídio), a conceituação de feminicídio busca “tornar visível a discriminação, a opressão, a desigualdade e a violência sistemática contra a mulher que, em sua forma mais extremas que culmina na morte” (ONU, 2012, p. 13).

Nesse sentido, Largarde (2016) aponta que os feminicídios têm lugar quando houve comportamentos de mulheres que são considerados como violações da ordem sexista.

Dessa forma, homicídio qualificado pelo feminicídio mantêm e reproduzem a discriminação estrutural das mulheres, perpetuando a desvalorização do feminino, pois enviam as mulheres a mensagem de que, caso não cumpram o estereótipo de gênero que se espera delas, elas podem ser as próximas vítimas. Por isso, os homicídios qualificados pelo feminicídio expressam às mulheres os limites que não devem ultrapassar e, aos homens, enviam uma mensagem de poder, domínio e posse (BENAVIDES, 2015, p. 78).

Por exemplo, segundo Laporta (2012) o fator mais prevalente nas mortes causadas a mulheres entre 2015 e 2019 no Brasil, segundo estatísticas analisadas do Registro Nacional de Crimes em Unidades Policiais do Ministério da Justiça do Brasil, foi o ciúme do casal. Isso está de acordo com a literatura da teoria de gênero, que indica que um dos principais fatores associados aos feminicídios é o homem que considera sua masculinidade questionada por presumir que sua parceira lhe está sendo infiel — embora isso não seja verdade, seja assim e só pense nisso porque sua parceira começou a ter mais laços sociais – ou porque seu parceiro quer terminar o relacionamento romântico.

Diante dessa situação que gera ciúmes ou perplexidade, alguns homens reafirmam sua masculinidade cometendo atos de violência contra a mulher e outros chegam a matá-la, eliminando, assim, quem causou aquele dano à sua masculinidade. Nesse sentido, o estereótipo de gênero que a mulher, objeto de exemplo, teria violado com suas ações - real ou presumido, mas imputado pelo macho — seria permanecer como propriedade exclusiva do homem que é seu parceiro (LAGARDE, 2016).

Agora, o feminicídio geralmente ocorre quando a pessoa que o comete tem anteriormente utilizado a violência para tentar mudar a ação ou decisão das mulheres e que se enquadrasse nos estereótipos de gênero esperados, mas não conseguiu. No entanto, em algumas ocasiões o feminicídio também pode ser cometido de forma repentina e pode até não ser um resultado

deliberadamente buscado pelo agressor, que pode ter pretendido agir com violência para ferir ou fazer sofrer a mulher (BELLOQUE, s/d).

É claro que isso não precisa ser relevante a partir de uma análise da teoria do crime, na medida em que se demonstra o conhecimento por parte do sujeito ativo de que sua ação poderia ter ocasionado a morte da mulher. Assim, quando se trata de elucidar se a morte causada a uma mulher constitui feminicídio, é importante examinar a situação em que ela se enquadra. Neste exercício, você deve tentar identificar se havia um estereótipo de gênero feminino que poderia ser considerado não cumprido por uma mulher ou que buscaram impor — em vez de aceitar que as mulheres têm direito à liberdade e à igualdade —, e à qual o agressor teria respondido com violência (LAPORTA, 2012).

## Exemplos de situações em que ocorrem feminicídio

Alguns exemplos não exaustivos das situações descritas acima em que se considera que as mulheres questionam os estereótipos de gênero com seu comportamento e, diante disso, devido ao sistema de gênero machista em que a sociedade se encontra, algumas pessoas podem reagir de forma violenta, chegando até a cometer feminicídio, são as seguintes:

**Quadro 1 - Exemplos de situações em que ocorrem os feminicídio**

<b>A. Exemplos não exaustivos de situações em que o estereótipo de gênero é considerado não conforme pelas mulheres</b>	
<b>Estereótipo de gênero feminino esperado/requeridos</b>	<b>Conduta da mulher considerada transgressora do estereótipo de gênero obrigatório</b>
Mulher é possessão do homem que é/foi/quer ser seu parceiro romântico	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A mulher termina o relacionamento romântico</li> <li>• A mulher não quer iniciar um novo relacionamento romântico ou não quer retomar o relacionamento romântico anterior</li> <li>• A mulher sai da casa comum</li> <li>• A mulher é supostamente ou realmente infiel</li> <li>• A mulher se relaciona com vários homens e/ou tem vida social ativa</li> <li>• A mulher inicia um novo relacionamento romântico</li> <li>• A mulher usa anticoncepcional (e o homem pensa que ela procura controlar a sua reprodução exercer sua sexualidade com outros homens)</li> <li>• A mulher não deixa o homem controlar suas redes sociais, celular e outros mecanismos de interação</li> </ul>
As mulheres são as principais responsáveis pelo trabalho doméstico e pelo cuidado dos filhos; fica em casa	<ul style="list-style-type: none"> <li>• As mulheres ganham mais dinheiro que os homens</li> <li>• A mulher não quer ter filhos.</li> <li>• A mulher não prioriza o cuidado dos filhos, o preparo da comida, a lavagem e/ou passagem da roupa do homem, ou outras tarefas domésticas</li> <li>• A mulher ocupava uma posição ou poder econômico, político ou social</li> <li>• A mulher é feminista, ativista pelos direitos das mulheres e sou questionador do <i>status quo</i></li> </ul>
A mulher atua como objeto do prazer sexual do homem	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A mulher não quer ter relações sexuais ou contato sexual</li> <li>• A mulher responde em rejeição a um ato de assédio ou assédio mentira sexual</li> <li>• A mulher que é amante não consegue esconder o relacionamento</li> </ul>

As mulheres devem ser modestas sobre sua sexualidade	<ul style="list-style-type: none"> <li>• As mulheres realizam trabalhos nos quais expressam sua sexualidade, como o que trabalho de <i>stripper</i>, prostitutas, dançarinas entre outros</li> <li>• A mulher se veste de maneira considerada imodesta</li> </ul>
A mulher deve ser feminina	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A mulher é considerada machista, é lésbica, bissexual, transgênero ou expressa orientação sexual ou identidade de gênero alternativa</li> </ul>
A mulher deve ser submissa	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A mulher questiona o homem</li> <li>• A mulher discutiu com o homem ou o agrediu</li> <li>• A mulher corrigiu ou ridicularizou o homem na frente de outras pessoas</li> <li>• A mulher denunciou ou processou o homem ou mencionou nadar que vai fazê-lo</li> <li>• A mulher tentou defender outra mulher de uma situação assédio, abuso ou violência</li> <li>• A mulher decidiu abortar ou ter um filho, contrariando a opinião do homem</li> </ul>
<b>B. Exemplos não exaustivos de situações em que se procura forçar o estereótipo de gênero para mulheres</b>	
<b>Estereótipo de gênero que se impõe às mulheres</b>	<b>Ação ou ações tomadas</b>
A mulher serve como objeto de prazer do homem, sexual ou não	<ul style="list-style-type: none"> <li>• O homem decide cometer violência sexual contra a mulher ou estuprá-la e, como consequência desse ato, mata a mulher ou mulher morre por sua responsabilidade</li> <li>• As mulheres são recrutadas para tráfico sexual ou outras situações semelhantes de objetificação sexual forçada e morrem em consequência dessa situação</li> </ul>
Mulher é posse e mantém a honra do grupo ao qual pertence	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Uma mulher de uma comunidade ou família é morta para atacar homens que pertencem a esse grupo</li> </ul>

Fonte: Elaboração própria

Identificar os casos de homicídio qualificado pelo feminicídio em que se busca impor um estereótipo de gênero e não for identificado um comportamento transgressor prévio da mulher, é importante analisar se a mulher está sendo despersonalizada e, nesse sentido, se está sendo objetificada para obter satisfação, prazer ou benefício. Nas palavras de Lagarde (2016), é útil examinar se o corpo feminino ou se a imposição da superioridade masculina esteve envolvida nessas ações nesse sentido, mais uma vez o conceito de estereótipos de gênero é de grande ajuda na compreensão desses fenômenos.

## ESTATÍSTICAS SOBRE FEMINICÍDIO E VIOLÊNCIA DE GÊNERO PARA AS MULHERES

A seguir serão apresentadas algumas estatísticas sobre feminicídio e violência de gênero para melhor compreender a magnitude e a relevância desses fenômenos na sociedade. Para isso, examina-se alguns números globais, nacionais e regionais (LAPORTA, 2015).

Segundo narra o Escritório das Nações Unidas sobre drogas e crimes, cerca de 81 mil mulheres foram mortas em todo o mundo no ano de 2020, sendo 58% dessas mulheres e meninas foram assassinadas por parceiros íntimos, uma mulher ou meninas é morta a cada 11 minutos, narra UNODC.

Nessa linha, quando se examinam as mortes causadas na esfera interpessoal, dois ter-

ços das vítimas cujas mortes foram cometidas por parceiros íntimos ou familiares são mulheres. Isso também contrasta fortemente com o fato de que há uma tendência regional de os homens serem, em sua maioria, vítimas de homicídios – essa taxa é estimada em quatro vezes maior do que a de mulheres vítimas de homicídios. Além disso, é importante destacar que aproximadamente 95,00% dos homicídios no mundo são masculinos, percentual que se mantém mais ou menos constante de país para país e entre regiões (BANDEIRA, s/d).

Nas palavras de Laporta (2016), com relação aos homens, há proporcionalidade entre o grau de violência letal que exercem e que recebem, mas essa proporcionalidade não ocorre de forma alguma no caso das mulheres, que são mortas muito mais extensivamente do que matam.

Nesse sentido, Benavides (2017), corrobora com base nos números do Ministério Público do Estado de São Paulo que, durante o ano de 2017, do total de pessoas mortas por seus companheiros, 78,00% das vítimas eram mulheres, enquanto 22,00% eram do sexo masculino. Da mesma forma, do total de homens assassinados naquele ano, 1,70% foram assassinados pela companheira ou ex-companheira; enquanto no caso das mulheres esse número foi de 22,20%.

Embora a definição de feminicídio não se limite a examinar a relação que o autor do ato, mas sim a situação de discriminação, é preciso ressaltar que é importante levar em consideração as informações fornecidas por essas estatísticas. Isso se deve ao fato de que a maioria dos feminicídios denunciados ainda ocorre na esfera privada das mulheres e são cometidos por familiares, companheiros ou ex-companheiros que os consideram sua posse, os subestimam ou os discriminam, como também evidenciam os registros registrados. Estatísticas pelo Observatório do Crime do Ministério Público no país (CAPUTI e RUSSEL, 2018).

As estatísticas do Ministério Público do Estado de São Paulo também refletem isso, pois mostram que 53,00% dos casos de feminicídio atendidos nos Centros de Atendimento à Mulher entre janeiro e setembro de 2019 foram cometidos pelo companheiro da vítima, seguido de 18,00% dos casos, que foram cometidos pelo ex-companheiro; e sendo 6,00% do mesmo cometido por outro membro da família (DIAS, 2019).

Em relação às estatísticas de feminicídio sistematizadas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, cabe destacar ainda que esta entidade registrou 2.631 casos de homicídios qualificados pelo feminicídio atendidos pelo Centros de Emergência da Mulher, entre concluídos e tentados, que ocorreram entre janeiro de 2009 e setembro de 2018 no Brasil. Levando em conta essa fonte e considerando o período de 2017, em que ocorreram 368 casos de homicídios qualificados pelo feminicídio consumados e tentados, o número homicídios qualificados pelo feminicídio no Brasil seria de 2.327 (DOAZ, 2019).

Também é relevante analisar os fatores associados às mortes de mulheres causadas por outras pessoas. Nesse sentido, como analisam Diaz (2019), o fator mais prevalente associado a eles — segundo estatísticas analisadas a partir do Registro Nacional de Crimes em Instalações Policiais — seria aquele ligado ao ciúme dos casais. Nesse sentido, por se tratar de um elemento presente nas mortes por gênero, pode-se concluir de forma exploratória que o feminicídio pode estar entre as principais causas de óbitos por gênero

No entanto, deve-se notar que esses números expressariam uma significativa sub-registro ou figura escura. Isso levando em conta que a categoria penal de feminicídio só foi incorporada ao sistema jurídico-penal em 2015 — limitando-se então a determinados sujeitos ativos,

dependendo da relação que mantinham com a mulher vítima. Embora o Ministério Público do Estado de São Paulo tenha quantificado homicídios qualificados pelo feminicídio para além do direito penal e de seu sistema, é fundamental levar em conta essa dificuldade (GOMES, 2015).

Também é importante destacar como fator que pode contribuir para que as estatísticas apresentem uma subnotificação dos homicídios qualificados pelo feminicídio, a dificuldade de compreensão — ou mesmo resistência— contra o tipo penal por parte de alguns operadores do direito (BARATTA, 2014).

A referida subnotificação foi evidenciada por Hernández e Morais (2018), que, ao comparar os resultados do Inquérito Nacional de Demografia e Saúde com os registos oficiais, verificou que de cada mil mulheres agredidas fisicamente, apenas 260 vão para a justiça. Daí conclui-se que é muito provável que o número real de tentativas de homicídios qualificados pelo feminicídio seja muito superior ao registado pelos números oficiais, fato que se agrava se se tiver em conta que se calcula que metade das mulheres sobreviventes de tentativa de feminicídio não reconhecem o risco de morte a que foram expostas.

Não obstante o exposto, é importante abordar a magnitude da violência de gênero contra a mulher em suas diferentes manifestações. Em outras palavras, a violência do feminicídio é mais uma forma de violência contra a mulher. Por isso, é incorreto subestimar as taxas de feminicídio ao analisá-las como realidades independentes e não como manifestações estruturais da violência de gênero (ALONZO, 2006).

## **A QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO**

O homicídio qualificado pelo feminicídio era punido, como sendo homicídio qualificado por motivo torpe (inciso I do § 2º do artigo 121) ou fútil (inciso II), ou em virtude de dificuldade da vítima de se defender (inciso IV). Não existia a previsão de uma pena maior para o fato de o crime ser cometido contra a mulher por razões de gênero. A Lei n. 13.104/2015 veio alterar esse panorama, e previu expressamente que deveria ser punido como homicídio qualificado.

A igualdade material implica o gozo efetivo dos direitos humanos, em outras palavras, implica o gozo efetivo dos direitos humanos. Em outras palavras implica, por um lado, combater atos de discriminação individual contra as mulheres e, por outro, dismantelar estereótipos de gênero que legitimam situações de discriminação estrutural das mulheres. Em outras palavras, a proteção da igualdade material implica que sejam condenadas as práticas que tem o efeito inevitável de perpetuar em nossa sociedade a posição subordinada das mulheres como grupo (LAPORTA, 2015).

Em outras palavras, os estereótipos de gênero, como manifestação da violência sexista e fundamento da infração penal, limitam de forma diferenciada e discriminatória a possibilidade de as mulheres decidirem autonomamente sobre suas vidas e esta é uma conduta também proibida pela infração penal (ROXIN, 2013)

Cabe destacar que, no Brasil o referido bem jurídico brasileiro tem fundamento constitucional. Isso na medida em que decorre do direito das mulheres a vida livre de violência, direito que faz parte do ornamento jurídico brasileiro por estar contido na Convenção de Belém do Pará; bem como na Constituição de 1988e seus regulamentos (BELLOQUE, S/D).

Além disso, como aponta a Lei n° 13.104 de 9 de março de 2015, o direito a uma vida livre de violência inclui o direito da mulher de estar livre de todas as formas de discriminação, estigmatização e padrões estereotipados de comportamento, práticas sociais e culturais baseadas em conceitos de inferioridade e subordinação (BANDEIRA, s/d).

## **Sujeito ativo do crime**

Assim, afirmar que os homens são os únicos autores do crime significaria uma sanção não apenas pelo ato cometido, mas também pela condição de ser do sexo masculino (CAVALCANTI, 2010).

Na realidade, em respeito ao princípio da legalidade, o artigo 121 do Código Penal não limita o círculo de perpetradores aos homens. Ao contrário, a partir de uma interpretação teleológica da norma, a proibição que ela estabelece visa punir a morte de mulheres com base no descumprimento ou imposição de um estereótipo de gênero, conduta que também pode ser cometida por mulheres (TEIXEIRA 2014).

É perfeitamente possível — e é assim que acontece na realidade — que uma mulher mate outra em resposta à violação ou imposição de um estereótipo de gênero e, com isso, prejudique a vida e a igualdade material. Por exemplo: mulheres que matam outras mulheres por serem lésbicas e não se conformarem com estereótipos de feminilidade; mulheres que matam outras mulheres por transgredir estereótipos sexuais ao se envolver em trabalho sexual ou por exercer livremente sua sexualidade; mulheres que matam outras pessoas em um contexto onde seus corpos são objetificados, como no tráfico ou na exploração sexual; entre muitos outros (ALONZO, 2006).

Nessa medida, não é verdade que os estereótipos de gênero só possam ser impostos pelos homens. Os estereótipos de gênero são estereótipos prescritivos, ou seja, preconceitos sobre o comportamento das mulheres usados para roteirizar identidades às quais elas pertencem. (TEIXEIRA, 2014).

Nesse contexto, as próprias mulheres podem julgar, discriminar ou violar aqueles que rejeitam o roteiro de identidades arranjado para todos. Embora os homens e o masculino ocupem a posição privilegiada no sistema machista e sejam os que mais cometem violência de gênero, a limitação da autoria do tipo penal de feminicídio a eles ignora o fato de que as mulheres também podem ser sujeitas que cometem esse tipo de violência, reforçando o sistema machista com seu comportamento. E é que as mulheres são parte ativa da estrutura básica do patriarcado e não um mero recurso passivo sobre o qual ele atua (SIQUEIRA, 2018).

## **Sujeito passivo do crime**

Quanto ao sujeito passivo do crime, a própria descrição do delito estabelece que se trata de uma mulher.

Nesse contexto, deve-se notar que o termo mulher não constitui um elemento descritivo do tipo — caracterizado por se referir a uma realidade natural que pode ser compreendida pelos sentidos—, mas é um elemento normativo do tipo penal que exige avaliação sócio normativa. Nessa linha, o termo mulher não deve e não pode ser dotado de conteúdo apenas em virtude da genitalidade física (CAPUTI e RUSSEL, 2018).

Recolhendo o que foi estabelecido pela Corte Interamericana e outros órgãos internacionais de justiça, indicou que o sexo não pode ser entendido de forma estática e rígida, como se fosse um conceito imutável. Pelo contrário, indicou que a realidade biológica não deve ser o elemento determinante para a configuração do sexo, uma vez que este também deve ser entendido tendo em conta a dimensão social, cultural e interpessoal do ser humano. Com base nisso, em (2016) reconhece que a determinação do sexo também deve levar em conta a identidade de gênero (DIAS, 2019).

Isso não significaria uma violação do princípio da legalidade, mas sim um processo de interpretação que permite dar conteúdo ao elemento normativo da mulher por meio da hermenêutica e dos padrões estabelecidos pelos entendimentos dos Tribunais Superiores brasileiros e pelos organismos internacionais. Dessa forma, se o feminicídio busca proteger as mulheres de atentados contra suas vidas que reafirmam estereótipos que as subordinam socialmente, é lógico afirmar que a abrangência desse crime abrange os assassinatos de mulheres transexuais visando reafirmar o estereótipo de que a Feminilidade é reservada para aquelas nascidas com uma vagina e dois cromossomos sexuais X (LAPORTA, 2012).

Nessa medida, mulheres transgêneros cujas vidas são colocadas em risco ou feridas como resultado da quebra ou imposição de estereótipos de gênero — como não praticar violência doméstica ou expectativas sexuais — também devem ser consideradas vítimas de feminicídio (LAPORTA, 2015).

## **Comportamento típico e contextos de comissão de crimes**

A conduta do homicídio qualificado pelo feminicídio consiste em matar uma mulher por sua condição de tal, em contextos como a violência familiar; coação, assédio ou assédio sexual; o abuso de poder, confiança ou autoridade sobre a vítima; ou, em geral, qualquer contexto de discriminação contra as mulheres (ONU, 2012)

A interpretação dos elementos da qualificadora especificamente, da pena em razão de sua condição como tal, tem gerado complicações especiais na doutrina e na jurisprudência. Conforme mencionado, enquanto para um setor é uma frase que pouco ajuda a compreender a conduta da qualificadora do feminicídio; por outro, implica que o crime pune matar uma mulher pelo fato de ser uma — realidade biológica — desde que a morte ocorra nos contextos descritos no parágrafo anterior. Além disso, para uma terceira perspectiva, esse elemento é comparável à misoginia ou ódio contra as mulheres (COIMBRA, 2015).

No entanto, a primeira aproximação ao significado do elemento normativo do tipo em razão de sua condição como tal parte da identificação do bem jurídico protegido. Nesse sentido, se, como foi defendido anteriormente, o crime protege a vida humana independente e, por sua vez, a igualdade material, apenas restringindo o alcance da frase em razão de sua condição como tal à condição de mulher acaba sendo errônea (ROXIN, 2013).

A dimensão material da idade a que se refere os homicídios qualificados pelo feminicídio, tanto como fenômeno social quanto jurídico, está vinculada ao princípio da auto-subordinação e, conseqüentemente, à erradicação da discriminação estrutural contra as mulheres. Nesse esquema, o tratamento discriminatório contra a mulher com base em estereótipos de gênero e a conseqüente afetação da igualdade não apenas supõe tratamento injusto para determinados

indivíduos identificáveis em um caso específico, mas implica a criação e perpetuação das hierarquias de gênero na sociedade (CAVALCANTI, 2010).

Nessa linha, pelo seu status como tal, significa que o crime pune a morte da mulher no contexto de uma situação de quebra ou imposição de estereótipos de gênero, os mesmos que subordinam as mulheres na sociedade. Nesse raciocínio, por sua condição enquanto tal, refere-se com base na violação ou imposição do conjunto de regras culturais que prescrevem determinados comportamentos às mulheres, que as discriminam e as subordinam socialmente. Segue-se que o elemento, por sua condição como tal, não deve ser interpretado no sentido biológico — uma mulher não é morta por ter uma estrutura cromossômica, mas deve ser valorizada como uma expressão que remete a um sistema de gênero machista caracterizado por exigir que as mulheres cumpram estereótipos de gênero que as colocam em posição de subordinação. Portanto, o homicídio qualificado pelo feminicídio é, além de afetar a vida da vítima, trata-se de uma afirmação de um sistema de gênero machista (BELLOQUE, s/d; CAMPOS, 2016).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os estereótipos de gênero — entendidos como visões generalizadas dos atributos, papéis e espaços que correspondem a homens e mulheres — estabelecem obrigações comportamentais na sociedade para ambos os grupos.

Enquanto se espera que os homens sejam fortes, sem emoção, bem-sucedidos, sexualmente apaixonados ou chefes de família; espera-se que as mulheres sejam submissas, delicadas, sexualmente disponíveis, recatadas e dedicadas

Ao cuidado do lar e da família. O sistema de gênero sexista legitima a valorização do masculino sobre o feminino e, assim, estabelece uma relação de poder assimétrica que associa as mulheres a estereótipos de gênero subordinados. Por isso, os atos discriminatórios praticados contra as mulheres respondem a uma questão coletiva de subordinação, que permite afirmar a situação de discriminação estrutural da mulher na sociedade.

Os homicídios qualificados pelo feminicídio mantêm e reproduzem a situação de discriminação estrutural contra as mulheres. A partir das ciências sociais, compreendeu-se que esse fenômeno implica matar mulheres assim que elas rompem ou impõem um estereótipo de gênero; portanto, o feminicídio comunica a mulheres quais são seus limites e envia uma mensagem de poder aos homens.

O homicídio qualificado pelo feminicídio no Código Penal implica a incorporação das experiências de vida das mulheres, caracterizadas pela violência e pela imposição de estereótipos de gênero subordinados. Nessa medida, a qualificadora permite a quebra da neutralidade normativa no Código Penal, pois capta a realidade diferenciada das mulheres em relação aos homens e não situações gerais descontextualizadas; e assim garante o princípio constitucional da igualdade material.

A análise dos elementos do da qualificadora pelo feminicídio recolhidos no artigo 121 do Código Penal permite entender que o comportamento proibido pela norma consiste em criar um risco proibido para a vida de uma mulher em situação de violação ou imposição de um estereótipo de gênero. Em primeiro lugar, porque o crime protege dois bens jurídicos: a vida humana



independente e a igualdade material da mulher, esta última entendida como a condenação de práticas que têm o efeito inevitável de perpetuar em nossa sociedade a posição subordinada da mulher como grupo social.

O homicídio qualificado pelo feminicídio pode ser cometido em contextos como violência familiar; coação ou assédio sexual; o abuso de poder, confiança ou autoridade sobre a vítima; ou, em geral, qualquer contexto de discriminação contra as mulheres. Esses contextos mostram situações gerais em que os estereótipos de gênero delineiam o comportamento que as mulheres devem ter para agir de acordo com o sistema de gênero sexista e, com isso, provocar sua subordinação.

O crime de homicídio qualificado pelo feminicídio é um tipo penal doloso. O elemento subjetivo do dolo direito consiste no querer ceifar a vida da mulher por menosprezo ou discriminação ao gênero feminino ou em decorrência a violência doméstica e familiar. Normalmente na segunda hipótese para a prática desse delito, a mulher já sofreu todos os tipos de violência doméstica por parte de seu companheiro durante muito tempo, vindo o relacionamento do casal encerrar com a morte da vítima.

## REFERÊNCIAS

ALONZO, M. Proteção penal da igualdade de gênero e direito penal. *Cadernos de Política Criminal*, 2006, (95), 19-52.

BANDEIRA, L. Feminicídio: a última etapa do ciclo da violência contra a mulher, por Lourdes Bandeira. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/femicidio-a-ultima-etapa-do-ciclo-da-violencia-contra-a-mulher-por-lourdes-bandeira/>. Acesso em 5 de set de 2022.

BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. São Paulo: Século XXI, 2014.

BELLOQUE, J. G. Feminicídio: o equívoco do pretense Direito Penal emancipador. ANO 23 - Nº 270 - MAIO/2015 - ISSN 1676-3661. Acesso em 5 de set de 2022.

BENAVIDES, F. Feminicídio e Direito Penal. *Revista Criminalidade*, 2017, 1(57), 75-90.

BENAVIDEZ, D. Notas sobre a criminalização do feminicídio no Brasil com base na Lei Maria da Penha. *Gênero e direito penal*, 2017. pp. 227-243).

CAMPOS, C. H. *Femicídio no Brasil - Uma análise crítico-feminista*. Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, 2016 v. 7, n. 1.

CAPUTI, J.; RUSSEL, D. *Femicídio: terrorismo sexista contra as mulheres*. Em Jill Radford; e Diana Russell (Eds.), *Femicídio: a política de matar mulheres*. Nova York: Twain Publishers, 2018.

CAVALCANTI, S. V. S. de F. *Violência doméstica contra a mulher no Brasil*. Editora Podivm, 2010.  
CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso. 2007 – Presidente Prudente, 2007. CNJ Serviço: você conhece a Lei do Feminicídio? Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81764-cnj-servico-voce-conhece-a-lei-do-femicidio>. Acesso em 5 de set de 2022.

COIMBRA, J. C.; LEVY, L. *A violência contra a mulher, o trauma e seus enunciados: o limite da*

justiça criminal. Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas, v. 9 n. 2, 2015. CONVENÇÃO Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher “Convenção De Belém Do Pará. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/belem.htm>. Acesso em 5 de set de 2022.

DIAS, I. Homicídio por emoção violenta e perspectiva de gênero: o caso de mulheres vítimas de violência que matam seus parceiros. Em Jeannette Llaja (Ed.), os direitos das mulheres à vista, 2019, pp. 77-100.

ELUF, L. N. A paixão no banco dos réus. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, V. A doutrina do “delictum sui generis”: resta alguma coisa? Revista Eletrônica de Ciências Criminais e Criminologia, junho de 2015 (7), 1-52.

HERNANDEZ, W. R.; MORAIS, H. e B. A. Femicídio: Determinantes e avaliação de risco. São Paulo, 2018 Consórcio de Pesquisas Econômicas e Sociais; Universidade de Campinas. Disponível em: [https://www.cies.org.pe/sites/default/files/investigaciones/ul\\_-\\_femicides\\_de-terminos\\_and\\_risk\\_assessment.pdf](https://www.cies.org.pe/sites/default/files/investigaciones/ul_-_femicides_de-terminos_and_risk_assessment.pdf). Acesso em: 5 de set de 2022.

LAGARDE, M. A perspectiva de gênero. Em Marcela Lagarde (Ed.), Gênero e feminismo. Desenvolvimento humano e democracia. São Paulo: Horas Editoriais, 2016.

LAPORTA, E. Femicídio como categoria jurídica. Da regulação na América Latina à sua inclusão na Espanha. In Graciela Atencio, Femicídio. O assassinato de mulheres por serem mulheres (pp. 163-193). Madri: Catarata, 2015.

LAPORTA, E. Femicídio/femicídio: reflexos do feminismo legal (Tese para obter o grau de mestre oficial em Estudos Avançados em Direitos Humanos da Universidade Carlos III de Madrid). Madrid: Instituto de Direitos Humanos Bartolomé de las Casas, 2012.

MATTOS, P. A. de L. Os fatores da violência contra a mulher na família brasileira. São Paulo: Summus, 2018.

ONU: Organização das Nações Unidas. Modelo de protocolo latino-americano para a investigação de mortes violentas de mulheres por gênero (femicídio/feminicídio). Cidade do Panamá: ACNUDH, 2012.

ROXIN, N. O conceito de bem jurídico como instrumento de crítica legislativa em análise. Revista Eletrônica de Ciências Criminais e Criminologia, 2013. (15-1).

RUBIM, G. C.; D. J. C. A nova qualificadora do crime de homicídio: o feminicídio.

Revista de Gênero, Sexualidade e Direito | e-ISSN: 2525-9849 | Minas Gerais | v. 2 | n. 1 | p. 227 - 242 | Jan/jun. 2016.

SIQUEIRA, P. L. da S. Homicídios e sociedade. São Paulo: Summus, 2018.

TEIXEIRA, A. M. S. Sociedade, mídia e violência. Porto Alegre: Sulina, 2014.

UMA mulher foi assassinada por um familiar a cada 11 minutos em 2020. UNODC, 2021. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2021/11/uma-mulher-foi-assassinada-por-um-familiar-a-cada-11-minutos-em-2020.html>. Acesso em: 20 de setembro. de 2022



# As alterações promovidas pelo pacote anticrime na execução penal, seus reflexos e inconstitucionalidades

Fábio José Furtado Remédios Kasahara

*Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA) Belém-Pará, Especialista em Direito e Processo Penal pela Faculdade Educamais São Paulo- SP, Especialista em Sistema Prisional e Execução Penal e Especialista em Direito Penal e Criminologia, ambas pela Faculdade PROMINAS, Minas Gerais. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Processual Penal, Direito Penal e extensão em Execução de Pena. Advogado criminalista*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.124.18

## RESUMO

O presente texto tem como objetivo analisar um tema que atualmente gera controvérsias na doutrina e jurisprudência brasileira, as grandes alterações introduzidas pelo chamado “Pacote Anticrime” Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, no âmbito da Lei de Execução Penal brasileira, Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, seu presente impacto, reflexos e inconstitucionalidades na seara da Execução Penal, visto que o dispositivo legal ter atingindo a elevada parcela dos sentenciados à pena privativa de liberdade. Na primeira parte, será demonstrada de que forma as alterações promovidas, irão proporcionar um novo sistema de progressões de regime de pena. Na segunda parte, será demonstrado que as modificações legislativas introduzidas pelo pacote, trazem à baila, latentes rastros de inconstitucionalidades, configurado a um objetivo puramente punitivista. Na terceira parte por fim, apresenta-se uma análise acerca do tema dos impactos gerados pelo Pacote Anticrime, surgindo a questão problema se o advento dessa lei, se apresenta contrariamente as diretrizes expressadas pela corte superior, e se converge sob a ótica do direito penal do inimigo? Orienta-se pelo método de pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** execução penal. pacote anticrime. progressão de regime.

## ABSTRACT

This text aims to analyze a topic that currently generates controversy in Brazilian doctrine and jurisprudence, the major changes introduced by the so-called “Anti-Crime Package” Law n. 13,964, of December 24, 2019, under the Brazilian Penal Execution Law, Law no. 7,210, of July 11, 1984, its present impact, reflexes and unconstitutionality in the area of Criminal Execution, since the legal provision has reached a high proportion of those sentenced to deprivation of liberty. In the first part, it will be demonstrated how the changes promoted will provide a new system of sentence progressions. In the second part, it will be shown that the legislative changes introduced by the package bring to light latent traces of unconstitutionality, configured to a purely punitive objective. Finally, in the third part, an analysis is presented on the theme of the impacts generated by the Anti-Crime Package, raising the question of whether the advent of this law is contrary to the guidelines expressed by the superior court, and converges from the perspective of criminal law. from the enemy? It is guided by the method of bibliographic research.

**Keywords:** penal execution. anti-crime pack. regime progression.

## INTRODUÇÃO

A Lei n. 13.964, foi sancionada em 24 de dezembro de 2019, após um longo período de tramitação no congresso nacional, momento em que ficou popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, sendo responsável pela histórica promoção de uma das mais abrangentes reformas no âmbito da legislação Penal, Processual Penal e de Execução Penal brasileira, seus reflexos adentraram na modificação ou até mesmo na supressão destes dispositivos legais, mediante alterações de seus artigos e previsões judiciais.

Dentre as alterações nos dispositivos legais mais importantes, pode-se afirmar a elevação de trinta para quarenta anos o tempo máximo da pena de reclusão no Brasil, ampliando

ainda a configuração do rol de crimes considerados hediondos, incluindo-se novos delitos a este rol como o genocídio, roubo com restrição de liberdade da vítima e furto com uso de explosivo, evidenciando-se ainda a limitação das hipóteses de progressão de regime e de livramento condicional, modificações essas que terão, certamente, enorme impacto social, pelo fato indissociável da relação destas alterações legais interferirem diretamente em prazos, períodos e requisitos na progressão de regime de pena e outros benefício executórios.

Sabe-se, porém, que os Tribunais e as cortes superiores do Brasil, vem travando já a bastante tempo, uma peleja em prol de uma política de desencarceramento, com a edição de posições jurisprudenciais, que aos poucos vão abrindo o caminho e desaguando nas legislações pertinentes no âmbito do sistema penalístico brasileiro.

Entretanto, percebe-se que o advento da Lei n. 13.964, de 2019 “Pacote Anticrime” surge no ordenamento jurídico brasileiro na contramão desta tendência de política de desencarceramento, e de punição em massa, realçando quando de sua aplicabilidade, tratar-se de uma lei com objetivos puramente punitivista com grandes aspectos do direito penal do inimigo.

Portanto, irá demonstrar em qual ponto esse dispositivo legal recém inaugurado no sistema legal brasileiro terá o condão de confluir-se em reflexos de inconstitucionalidades, através do punitivismo exacerbado agravando sobremaneira as já conhecidas violações de direitos fundamentais do precário sistema penitenciário brasileiro.

Também se desenvolverá uma análise sobre de que maneira os Tribunais Superiores passaram a construir seus entendimentos sobre os temas da Execução de Pena perante o mando da nova lei.

O método que orientou o presente estudo e, com isso, possibilitou que o objetivo fosse plenamente alcançado, é o método da pesquisa bibliográfica.

Para o presente estudo, utiliza-se o conceito de método da pesquisa bibliográfica:

A pesquisa bibliográfica é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites. [...]. Existem, porém pesquisas científicas que se baseiam unicamente na pesquisa bibliográfica, procurando referências teóricas publicadas com o objetivo de recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema a respeito do qual se procura a resposta. (FONSECA, 2002, p. 32).

A pesquisa bibliográfica consiste num “trabalho investigativo minucioso em busca do conhecimento e base fundamental para o todo de uma pesquisa” (PIZZANI, 2012, p. 54). Trata-se, pois, do método de “pesquisa propriamente dita na área das Ciências Humanas” (CERVO, BERVIAN, 1996, p. 48), o qual “análise as diversas posições acerca de um 195 problema” (GERHARDT, SILVEIRA, 2009, p. 37). Por essas razões o método da pesquisa bibliográfica é o mais adequado para se alcançar o objetivo descrito no presente estudo.

## **A NOVA SISTEMÁTICA ADOTADA PELO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE PENA APÓS AS MUDANÇAS INTRODUZIDAS PELO PACOTE ANTICRIME LEI N. 13.964/2019**

Importante se faz afirmar que anteriormente ao advento da Lei n. 13.964/2019, o siste-

ma de execução de pena brasileiro, tinha a seguinte normatização: No que se configurava como requisito para a progressão de regime, existiam apenas três frações legais a ser considerados, a natureza do delito que tinha sido cometido pelo apenado, levando-se em consideração, se este era comum ou hediondo, quando se tratava de crime hediondo, analisava-se as condições pessoais do apenado, se este era primário ou reincidente.

E para a análise do computo das frações pertinentes ao requisito objetivo para a progressão de regime prisional de pena, utilizava-se a contagem das frações referentes a 1/6 (um sexto) da totalidade da pena, requisitos que estavam previstos na antiga redação do artigo 112 da Lei de Execução Penal, e este dispositivo legislativo englobava tanto os crimes considerados na legislação como comuns e os definidos como crimes hediondos, que teriam sido cometidos antes da entrada em vigor da Lei nº 11.464, de 29 de março de 2007, sendo irrelevante as questões de primariedade ou reincidência do apenado.

Há de ser levado em consideração também, a existência das frações de 2/5 (dois quintos) e 3/5 (três quintos) da pena que deveriam ser aplicadas aos delitos hediondos com previsão legal no artigo, 2º, § 2º, da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que deveriam ser aplicados aos crimes hediondos cometidos após a entrada em vigor da Lei nº 11.464/2007, sendo a fração de 2/5 (dois quintos) da pena aplicável aos sentenciados primários e a de 3/5 (três quintos) da pena aos sentenciados reincidentes.

E com a entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, esta revogou as disposições pertinentes legais anteriormente referendadas, passando a criar oito diferentes prazos como requisitos objetivos para a obtenção do direito de progressão de regime, descartando a compreensão antes analisadas relacionadas ao tipo de crimes cometidos e as condições pessoais do apenado, mudando radicalmente a compreensão da análise dos quesitos objetivos do apenado para a obtenção da benefício, ou seja, passou o novo dispositivo legal a análise do *modus operandi*, do crime ou seja, da maneira como foi configurado a ação penal pelo agente, se o crime foi cometido com ou sem violência ou grave ameaça, as consequências do crime, se resultou em morte e até mesmo a posição ocupada pelo sentenciado em eventual organização criminosa.

Neste sentido, todos os novos prazos legais agora dispostos pela nova redação legal, para a obtenção de progressão de regime prisional ficaram concentrados no advento do artigo 112 da Lei de Execução Penal, fato jurídico que ocasionou a revogação do art. 2º, § 2º da Lei n. 8.072/1990, que anteriormente tratava de frações de pena para a progressão de regime prisional.

Adotou-se a inversão da lógica legal anteriormente utilizada pela Lei de Execução Penal, modificando-se por exemplo, a sistemática de cálculo no qual eram analisadas as frações de pena do sentenciado, para aferição do quantum necessário para atingir o benefício de progressão de regime, o que era chamado de critério objetivo de análise temporal, este critério foi substituído pelo uso de percentagens que segundo a nova redação do artigo 112 da Lei de Execução Penal:

I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime

hediondo ou equiparado, se for primário; VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional (BRASIL, LEP, 1984).

Em alguns dispositivos com relação aos prazos, houve uma mescla de igualdade anterior a nova lei, e alguns incisos quase permaneceram idênticos, ou muito parecidos aos antecessores, como pode-se perceber nos incisos: I (crime comum cometido sem violência ou grave ameaça por agente primário), que era de 1/6 (um sexto) da pena (fração geral de progressão de regime dos crimes comuns) e agora é 16% (dezesseis por cento) nova redação lei; V (crime hediondo cometido sem violência ou grave ameaça por agente primário), que era 2/5 (dois quintos) da pena e agora é 40% (quarenta por cento) nova redação da lei; e VII (agente reincidente específico em crime hediondo), que era 3/5 (três quintos) da pena e agora passou a ser 60% (sessenta por cento) nova redação da lei.

Em certo ponto, porém, fica evidente o ascendente recrudescimento do Projeto Anticrime lei 13.964/2019, ao ser recepcionado pela Lei de Execução Penal, ao passo que as hipóteses que antes se alinhavam à aplicação de fração correspondente a 1/6 (um sexto) da pena para a obtenção do benefício de progressão de regime de pena, com a inovação legal, aderiram a prazos mais gravosos do que os anteriormente estabelecidos, com destaque para a previsão contida nos incisos II, III e IV, respectivamente, de 20% (vinte por cento) da pena para reincidentes em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça, de 25% (vinte e cinco por cento) da pena para primários em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça e de 30% (trinta por cento) da pena para reincidentes em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça.

E o crescimento dos critérios de agravamento pela subjunção no novel dispositivo continua a transparecer nas hipótese do inciso VI, estabelecendo-se novo percentual de 50% (cinquenta por cento) de cumprimento da pena se o apenado for primário e condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, ou condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado, ou condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada. Evidenciando-se que a mudança foi deveras drástica, observando-se que sob a regência da lei anterior, considerava-se a fração de 2/5 (dois quintos) de cumprimento de pena, no caso de crime considerado como hediondo com resultado morte, e de percentual de 1/6 (um sexto) do cumprimento da pena nas outras duas hipóteses, era considerada anteriormente a fração de 2/5 (dois quintos) do cumprimento da pena.

Cabendo ainda destacar as hipóteses constantes no inciso VII, que requer atualmente com a mudança da nova lei, o total de percentual de 70% (setenta por cento) da pena para apenados reincidentes específicos em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, tornando-se claramente muito mais gravosa que a fração anterior de 3/5 (três quintos) da pena para essa mesma situação.

E diante do contexto do que foi exposto, observa-se que com o advento do Projeto Anticrime lei 13.964/2019, ao ser recepcionado pela Lei de Execução Penal, evidenciou-se, portan-

to, em alguns casos de aumento bastante rigorosos, nos critérios objetivos que correspondem ao lapso temporal para que os apenados passem a ter o direito da progressão de regime e outros direitos pertinentes a execução de pena, como nos casos previstos nos incisos: IV 30% (trinta por cento) da pena para reincidentes em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça), na qual o prazo é praticamente o dobro do anterior; e V, alíneas b e c 50% (cinquenta por cento) da pena, se condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado ou condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada), e que na nova redação da lei, o novo prazo estipulado constitui-se em quase o triplo do prazo anterior.

Percebe-se nesse sentido, que o primordial objetivo do Pacote Anticrime lei 13.964/2019 foi de tornar-se mais efetivo e rigoroso no combate ao crime de corrupção, ao crime organizado e aos delitos praticados com grave violência à pessoa. O reflexo da população ensejado nas eleições presenciais de 2018. (LIMA, 2020, p.19).

E ao provocar o recrudescimento da legislação executória de pena, o Pacote Anticrime, além de deixar várias lacunas a serem preenchidas pela jurisprudência brasileira, também acende o debate sobre as consequências que ocorrerão no âmbito do Sistema Penitenciário brasileiro, em face ao fenômeno do encarceramento excessivo, principalmente pelo fato do enrijecimento das regras para a progressão de regime prisional de cumprimento de pena.

Critica-se muito a questão da efetividade da aplicação do sanção penal junto ao indivíduo que cometeu um ato ilícito. Na sociedade, ele é punido pela discriminação, e sentenciado pelo Estado, no entanto, o fato da pena imposta pelo Estado juiz, não surtir seus efeitos pertinentes referentes a reinserção do apenado à sociedade, reabilitando-o ou ressocializando o sujeito no seio da sociedade, a função da pena, não deve ser o de criminalização, refletindo ao sentenciado, uma espécie de direito penal do inimigo.

## **PACOTE ANTICRIME, MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS, PUNITIVISMO JURÍDICO E INCONSTITUCIONALIDADES.**

O Supremo Tribunal Federal, criou um adjetivo no mínimo interessante juridicamente para denominar o Sistema Penitenciário Nacional, sendo considerado pelo guardião da Constituição Federativa, de “Estado de Coisas Inconstitucionais”, face aos acontecimentos costumeiros que ocorrem no âmbito do sistema penalístico brasileiro, eivado de vícios, e descumprimentos de princípios humanísticos, decorrentes da superlotação e do desrespeito aos ditames legais e aos princípios constitucionais.

Dentro desse contexto, no trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, momento em que destaca:

Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males. No Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, formalizado em 2009, concluiu-se que “a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana.”

Na época do julgamento da citada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamen-



tal 347, o Supremo Tribunal Federal, já tencionava em estabelecer, uma série de medidas que tinham o objetivo de providenciar políticas de desafogamento para o sistema carcerário brasileiro, principalmente em buscar superar sua situação de absoluta anormalidade e desalinhamento com os princípios da Constituição Federal brasileira.

Fica evidente portanto, que a justificativa da intervenção da Lei n. 13.964/2019, na legislação penalística brasileira, com o viés apenas de recrudescimento das leis penais, decorrentes das alterações legislativas, tornando-as mais severas e punitivas, veio ao desencontro da tendência das políticas criminais que estavam sendo elaboradas e discutidas no país pelas cortes superiores e por juristas.

O ajuste legislativo foi interpretado por se apresentar com ausência de embasamento científico, contrariando ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana, ocasionando deste modo, inconstitucionalidades latentes.

Como as inconstitucionalidades pela não observância dos direitos fundamentais, quando modificação da lei penal trazida pelo Pacote Anticrime, mais especificamente o art. 75 do Código Penal que majora o tempo máximo do cumprimento de pena de trinta para quarenta anos, fica evidente a não observância do citado Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Penitenciário brasileiro, bem como a irrelevância quanto ao cumprimento de medidas estruturais que garantam os direitos fundamentais dos apenados, sendo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como uma nova modalidade de inconstitucionalidade no sistema legal brasileiro.

E nessa linha de pensamento, aduz pelo Eminentíssimo Ministro Luiz Edson Fachin, em seu voto na referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 347, os estabelecimentos prisionais do país funcionam como “instituições segregacionistas de grupos em situação de vulnerabilidade social”.

Sobre essa modalidade de inconstitucionalidade, afirma ainda o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, no julgado a seguir:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016)

E como afirmado anteriormente, o fato de majorar o limite máximo da pena privativa de liberdade, acarretará a super lotação do sistema prisional, além de ir contra a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), na qual o Brasil é signatário.

E na esteira dos debates sobre as inconstitucionalidades legais, na análise da aplicação do Projeto Anticrime, lei 13.964/2019, que transformaria a legislação, verifica-se a real ausência de um estudo que apresentasse o real impacto orçamentário e financeiro aos cofres dos estados e da própria União. E a inconstitucionalidade pela ausência deste critério, ocorre devido à clara violação ao artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que assim Reza:

Art. 113. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada de estimativa de seu impacto orçamentário e financeiro. (BRASIL, 1988).

Portanto, resta demonstrado que a alteração trazida pelo Pacote Anticrime, que passa a aumentar o tempo de aprisionamento denota uma política criminal mais severa com o encarcerado, e não encontra amparo em quaisquer dados históricos, sociológicos, ou, ao menos, jurídicos. Objetiva punir com mais rigor somente o apenado.

Urge salientar ainda as violações ao princípio da proporcionalidade, sobre a interpretação e aplicação literal de alguns dispositivos reativaram discussões e discordâncias entre juristas, como na hipótese de quando a lei trata da reincidência específica, o faz de maneira expressa, como defende o Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda:

Vê-se que a legislação anticrime não exigiu a reincidência específica em crime hediondo para as hipóteses dos incisos VII e VIII do artigo 112 da Lei de Execuções Penais. Ademais, percebe-se que, quando pretendeu se referir à reincidência específica, a lei “anticrime” assim expressamente o fez (artigo 9º, que deu nova redação ao artigo 20, II, da Lei 10.826/2003). Logo, considerando o indubitável conceito de reincidência previsto no artigo 63 do Código Penal (verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior), não deveria suscitar qualquer dúvida que o apenado que comete, após qualquer crime, um crime hediondo ou equiparado, deve cumprir 60% da pena. E que o apenado que comete, após qualquer crime, um crime hediondo ou equiparado com resultado morte, tem que cumprir 70% da pena, sendo-lhe vedado o livramento condicional. A expressão reincidente em crime hediondo, por óbvio, não tem outro significado. Diferente seria se a lei “anticrime” dissesse “reincidente específico em crime hediondo ou equiparado (MIRANDA, 2021, on-line

E nessa esteira de pensamento, ensina Renato Brasileiro de Lima na obra “Legislação Criminal Especial Comentada”:

Referindo-se o art. 2º, §2º, da Lei n.º 8.072/1990 ao cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, sem fazer qualquer ressalva quanto à espécie de reincidência, conclui-se que o legislador se refere à reincidência genérica do art. 63 do Código Penal. Afinal, quando a lei deseja se referir à reincidência específica, o faz de maneira expressa. (LIMA, 2019, p.256,)

Neste aspecto, é inviável a incidência do entendimento mais gravoso, uma vez que, conforme os princípios da proibição da analogia *in malam partem* e do *in dubio pro reo*, não se pode fazer analogia com intenção de prejudicar o agente e nem aplicar a lei mais severa nos casos de dúvida.

Constata-se, dessa forma, que essas alterações implementadas na Lei de Execução Penal, em face ao Pacote anticrime, constituem um padrão opressor, consubstanciado em sanções e causas de aumento desproporcionalmente elevadas, sendo certo que contribuirão para o abarrotamento das delegacias e do sistema criminal brasileiro.

Nesse aspecto, Jakobs e Meliá elucidam que:

[...] a atividade legislativa em matéria penal, desenvolvida ao longo das duas últimas décadas nos países de nosso entorno tem colocado, ao redor do elenco nuclear de normas penais, um conjunto de tipos penais que, vistos desde a perspectiva dos bens jurídicos clássicos, constituem hipóteses de criminalização no estado prévio a lesões de bens jurídicos, cujos marcos penais, ademais, estabelecem sanções desproporcionalmente altas (JAKOBS; MELIÁ, 2020, p. 76.).

Sobre o tema, através de estudos realizados no ano de 2019, pelo Instituto “Sou da Paz”, concluiu-se que aproximadamente 40% (quarenta por cento) de todos os projetos de lei voltados à segurança pública que foram apresentados anualmente pelos deputados federais brasileiros objetivaram criar um novo crime ou recrudescer a pena de um delito já existente (INSTITUTO SOU DA PAZ, 2019). Entretanto, conforme referenda a pesquisa, não ocorre uma atenuação da violência. Pelo contrário, agrava-se a superlotação penitenciária e perde-se o controle dos presídios brasileiros.

Há, destarte, uma inequívoca expansão da Legislação Penal no contexto criminal brasileiro, seja com o surgimento de novas figuras delitivas, seja com a reforma de tipos penais já presentes no ordenamento jurídico, o que ocorre em uma velocidade muito superior à de décadas anteriores e que reflete a “[...] explosão jurídico-positiva do Direito Penal do inimigo [...]” (JAKOBS; MELIÁ, 2020, p. 112).

Conclui-se, portanto, que a lógica punitivista do Pacote Anticrime, ao violar princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, como a dignidade da pessoa humana e a garantia da razoável duração do processo, institui uma clara restrição de garantias penais e processuais, características do tratamento penal dispensado aos inimigos do sistema.

## **ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES DO PACOTE ANTICRIME NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL SOB A ÓTICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Com o intuito da aplicabilidade mais rígida na forma de combater o crime organizado, a corrupção e os crimes violentos à pessoa, engendrado pela concepção da ocorrência da plena flexibilização dos direitos e garantias penais e constitucionais, acompanhado pelo enrijecimento e recrudesimento da política criminal, com acentuadas punições a diferentes tipos de delitos, surge o Pacote Anticrime, no caótico cenário nacional.

Nesta compreensão, por corresponder e assemelhar-se a uma inovação legal, que busca apenas pedagogicamente combater a assim chamada criminalidade no seio da sociedade, o Pacote Anticrime, caracteriza-se por aproximar-se do Direito Penal do Inimigo, margeado por um simbolismo penal que institivamente irá solucionar as mazelas decorrentes da criminalidade, punindo os denominados inimigos do Estado.

No contexto da teoria do Direito Penal do Inimigo, percebe-se que consoante a concepção e metodologia do professor e penalista alemão Günther Jakobs, vem de maneira gradual sendo inserida em regras, princípios e legislações nos Estados.

Assim, nota-se uma transformação da dogmática penal até então marcada pela referência clássico-iluminista para um modelo caracterizado pelo maior punitivismo, pela antecipação da tutela penal, adoção de penas desproporcionais e flexibilização de garantias penais e processuais (MORAES, 2006, p. 15).

Segundo Moraes (2006, p. 153), Jakobs apresentou o conceito de “Direito Penal do Inimigo” pela primeira vez no Seminário de Direito Penal de Frankfurt em 1985, todavia sua ideia não obteve muita repercussão na época. Em 1999, na Conferência do Milênio de Berlim, Jakobs voltou a tratar do assunto, causando dessa vez um maior impacto na Alemanha e nos países de língua portuguesa e espanhola. Para Jakobs, o Direito Penal não mais consistia na resposta da sociedade perante um crime, mas fundava-se na reação contra um inimigo.

E sobre o tema, conforme Gabriel Habib (2015, p. 4-5), as discussões acerca do tema foram reintroduzidas no cenário penal mundial após o atentado terrorista de 11 de setembro de 2001 em Nova York, seguido pelos atentados de 11 de março de 2004 em Madri e 7 de julho de 2005 em Londres.

E nesta quadra histórica dos desdobramentos, Jakobs, desenvolve a denominada teoria do Direito Penal do Inimigo, que ao considerar o indivíduo que pratica determinados tipos de crimes, este passa a ser considerado infiel e inimigo do Estado, busca neste sentido a criação de um sistema próprio para tratar com esses adventos penais.

Em sua teoria, estabelece-se uma distinção entre o inimigo e aquele considerado como cidadão, fazendo com que o primeiro sofra punições mais severas e específicas, uma vez que o seu comportamento coloca em risco a integridade do sistema (CUNHA, 2020a, p. 250).

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, citado por Luiz Flávio Gomes (2010, p. 4), o sistema penal está continuamente à procura de um inimigo, seja o herege na Idade Média, o comunista após a Queda do Muro de Berlim ou o Iraque na guerra contra o terror após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001.

Outrossim, Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá (2020, p. 36) destacam que o Direito Penal do Inimigo busca reprimir os indivíduos que possuam comportamentos que se afastam de maneira duradoura do direito, ou seja, que não oferecem qualquer garantia mínima fundamental a um tratamento como pessoa.

Alicerçados nessas premissas, consideram que, no contexto do século XXI, o inimigo da contemporaneidade corresponde aos criminosos econômicos e organizados, terroristas, autores de crimes sexuais e de outras infrações penais perigosas, e explicam que (JAKOBS; MELIÁ, 2020, p. 95), “a essência deste conceito de Direito Penal do Inimigo está, então, em que este se constitui em uma reação de combate, do ordenamento jurídico, contra indivíduos especialmente perigosos [...]”.

E diante das considerações afixadas e ao se perceber, que as alterações promovidas pelo chamado Pacote Anticrime, por se aproximar deveras a doutrina do Direito Penal do Inimigo, inevitavelmente darão luz a inúmeros debates doutrinários e jurisprudenciais sobre diversas matérias por ele tratadas, e diante das circunstâncias, no âmbito da corte superior brasileira, atualmente ocorreram cerca de 06 (seis) Ações Diretas de Inconstitucionalidade, que versam sobre variados temas por ele modificados (ADI's 6298, 6299, 6300, 6304, 6305 e 6345).

Com relação às alterações que ocorreram na Execução Penal brasileira, promovidas pela Lei n. 13.964/2019, suas decorrentes fomentadas inconstitucionalidades latentes, faz surgir o debate social, buscando que possam ser lididamente enfrentadas, e desta maneira, reconhecidas no espaço jurídico democrático brasileiro especialmente na suprema corte nacional.

Nesta esteira de acontecimentos, percebe-se que a implementação da lei anticrime, as garantias penais de carácter iluminista defendidas por Cesare Beccaria já no século XVIII em sua pioneira obra “Dos Delitos e das Penas” (BECCARIA, 2006), sofreram retrocessos no direito material, haja visto o ressurgimento do punitivismo, de penas degradantes e desproporcionais e por meio da utilização do Direito Penal como a resolução única dos problemas sociais.

Diante de todo o relatado, advoga-se que as alterações legislativas em matéria penal devem respeitar as balizas estabelecidas pela Constituição Federal, de modo a fortalecer o modelo de Estado Democrático de Direito. Compreendendo-se a real necessidade da implementação de limites referentes ao poder punitivo estatal, buscando-se assim a manutenção de uma sociedade mais justa, em que sejam respeitados e preservados continuamente, a plenitude dos princípios constitucionais da humanidade, lesividade, da proporcionalidade e da intervenção penal mínima que referendam a proteção do cidadão.

Em linhas conclusivas, depreende-se que as influencias referentes ao Pacote Anticrime, na Lei de Execução Penal brasileira, passa a referendar o fortalecimento do *ius puniendi* do Estado, ao se apresentar com a difusão de uma natureza de certa forma simbólica punitiva, e ao afastar-se de uma política criminal mais justa, e conseqüentemente da manutenção de um Sistema Penitenciário que recrie condições mais próximas da prevalência do princípio da humanidade para um detento cumprir a pena aplicada, recria um sistema de Estado de Coisas inconstitucionais, aproximando-se da doutrina difundida do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs. Portanto, a aplicação da Lei n. 13.964/19 ao ordenamento jurídico brasileiro não coaduna, com o Direito Penal do Cidadão, que trata todos os indivíduos indistintamente, e com o Estado Democrático de Direito, que resguarda os direitos e garantias fundamentais.

## REFERÊNCIAS

(ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016)

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.959, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 23.02.2006, DJe de 01.09.2006

CERVO, A. L.; BERVIAN, P. A. Metodologia científica. São Paulo: Makron Books, 1996.

Cesare Beccaria. Dos Delitos e das Penas. Edição. Ridendo Castigat Mores.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte geral. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2020a.

GERHARDT, T. E.; SILVEIRA, D. T. Métodos de pesquisa. Porto Alegre: Edufrgs, 2009

HABIB, Gabriel. O Direito Penal do Inimigo e a Lei de Crimes Hediondos. Niterói: Editora Impetus, 2015

INSTITUTO SOU DA PAZ. Relatório da pesquisa Prisões em Flagrante na cidade de São Paulo. Junho, 2012. Disponível em: <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/sou-da-paz-prisoos-em-flagrante-nacidade-de-sao-paulo.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2022.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19*. 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MIRANDA, Rafael. *Manual de Execução Penal Teoria e Prática*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A Terceira Velocidade do Direito Penal: o “Direito Penal do Inimigo”*. 314 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Curso de Direito Penal, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal. Uma introdução crítica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PIZZANI, L. [et al]. *A arte da pesquisa bibliográfica na busca do conhecimento*. In: RDBC,

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica – 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.*

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.



## **Os desafios do trabalho carcerário como forma de reintegração social**

### **The challenges of prison labour as a social reintegration**

---

Marília Serra de Araújo

*Acadêmico de Direito da Faculdade São*

Kateryne Barros Magalhães da Cruz

*Acadêmico de Direito da Faculdade São Lucas.*

Letícia Viviane Miranda Cury

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.124.19

## RESUMO

O presente estudo tem como escopo a análise crítica acerca da eficácia do trabalho como forma de reintegração social do encarcerado. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica. A escolha do tema ocorreu a partir de uma observação da necessidade de mudanças na gestão orçamentária pública, nos direitos e deveres do preso e no grau de efetividade na aplicação dessas garantias, bem como do questionamento acerca da eficácia do trabalho como forma de reintegração social. Desta forma, a problemática desta pesquisa, bem como sua finalidade são de suma importância para o direito e de relevância para a concepção de políticas públicas, pois visa a compreensão sobre pautas de alto interesse coletivo relativos à reintegração, seus desafios e os impactos sociais da pessoa reeducada no ambiente de trabalho.

**Palavras-chave:** reintegração social. sistema penitenciário. trabalho carcerário.

## ABSTRACT

This study aims to critically analyze the effectiveness of work as a form of social reintegration of the incarcerated. The methodology used was the literature review. The choice of theme was based on an observation of the need for changes in public budget management, in the rights and duties of the prisoner and in the degree of effectiveness in the application of these guarantees, as well as the questioning about the effectiveness of work as a form of social reintegration. In this way, the problem of this research, as well as its purpose, are of paramount importance to the law and of relevance to the design of public policies, as it aims to understand the high collective interest agendas related to reintegration, its challenges and the social impacts of reintegrated person in the workplace.

**Keywords:** social reintegration. penitentiary system. prison labour.

## INTRODUÇÃO

A reintegração carcerária tem como objetivo restabelecer o preso na sociedade, fazendo com que o mesmo se familiarize com os parâmetros éticos e legais que são instituídos pelo corpo social.

O trabalho, reconhecido como um Direito Social de segunda geração na Constituição Federal de 1988 é um dos mecanismos de reintegração social, bem como objeto do presente Artigo.

Há de mencionar que o trabalho exerce um papel de fator ressocializador, dispondo de uma série de atividades laborativas que podem conciliar com a conservação da personalidade do delinquente e promover a sua autonomia física e moral.

Entretanto, a concretização da reintegração e manutenção do preso no âmbito carcerário enfrenta numerosos óbices, que interferem diretamente na evolução satisfatória deste processo, afetando não só o indivíduo, mas também o grupo populacional, visto que a pessoa que encontrava-se em situação de cárcere estará novamente inserida na sociedade, integrando-a



fisicamente.

O presente trabalho visa analisar a efetividade do labor como um dos mecanismos do processo de reintegração social.

## **A ORIGEM DO TRABALHO PRISIONAL**

Na Antiguidade, a pena foi instituída como um meio de obter vingança, com a finalidade de cumprir um papel de condenação para aquele que havia violado normas, ou determinada infração penal. O ditado “Olho por Olho, dente por dente”, era usado como forma de dimensionar o tamanho da punição a aquele que havia cometido o crime, para que a punição ocorra do mesmo tamanho da ofensa.

Com a evolução das organizações sociais, o avanço e o reforço da vida política, o surgimento de novas comunidades, com o objetivo da autopreservação, as casas de prisões foram criadas, na segunda metade do século XVI. As pessoas eram aprisionadas e submetidas a múltiplos castigos, incluindo serem acorrentadas, sem alimentos, e obrigadas a realizar trabalhos forçados. A princípio, a prisão não era considerada como um meio autônomo de punição, não tinha a finalidade de cumprir o papel de condenação principal, para aquele que havia violado a norma, ou praticado determinada infração penal. A prisão do acusado era tida como uma custódia de natureza cautelar.

Neste mesmo século, o capitalismo começou a se desenvolver, onde surgiu as Casas de Correção e Trabalho. Os presos começaram a trabalhar com a finalidade de gerar riquezas à classe dominante, o qual era assimilado à ideia de ressocialização e produção capitalista, que gerariam favorecimento da classe dominante. O trabalho prisional era pensado como uma forma de manutenção da dignidade do indivíduo que se encontra em cárcere privado.

A Casa de Correção localizada no Rio de Janeiro, também chamada Casa de Correção da corte, foi criada em 6 de julho de 1850 pelo decreto n. 678, com o objetivo de seguir o modelo do império, destinando à execução da pena de prisão com o trabalho dentro do próprio estabelecimento. O trabalho penal das Casas de Correção e Casas de Trabalho teria relacionado com o trabalho livre, o qual fornecia mão de obra quando necessário.

Salienta a doutrina que o sistema penitenciário estaria vinculado às estas instituições as quais funcionavam como método punitivo no Século XVI e XVII. Assim sendo, ao longo de tais séculos, os presidiários não eram tidos como sujeitos de direitos, vez que se retirava o seu sentido de sujeito humano, fazendo com que o mesmo fosse submetido a trabalhos desumanos e degradantes.

As lutas por direitos foram ocorrendo, até a chegada da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que passou a proteger todos de forma igualitária, sem exclusão, incluindo os presos.

## **ANÁLISE DE DADOS SOBRE A SITUAÇÃO DOS PRESÍDIOS**

O atual sistema prisional brasileiro encontra-se em crise, a ressocialização que deveria

ser o objetivo do encarceramento não tem sido efetivo, tendo em vista que, há uma alto índice de reingresso no sistema após o cumprimento da pena, ou seja, o sujeito é solto e logo mais comete outro crime, retornando para a prisão.

Este sistema é falho e não tem obtido os resultados necessários e ainda tem sido alvo de ataques aos direitos humanos, tendo em vista que a superlotação e o tratamento cruel dado aos presos tem sido alvo da comissão da ONU sobre os direitos humanos (GRECO, 2011).

Na atualidade o preso é detido e dentro da cadeia é tratado como lixo, celas que devem ter em média quatro pessoas e são acomodadas com 20, falta lugar para dormir, falta higienização, pessoas, baratas e ratos vivem neste mesmo espaço. A alimentação é terrível, falta comida e são malfeitas, muitas vezes a comida dos presos vem crua, o descaso é ainda maior quando se trata de doenças, doentes com tuberculose, HIV e sarna convivem com presos saudáveis, o que faz muitas vezes as doenças se disseminarem e mesmo assim não há assistência médica, os presos ficam à mercê da sorte (GRECO, 2011).

A imagem um apresenta muito bem a situação narrada acima, demonstrando como a sujeira e a falta de higienização se encontram presentes dentro do sistema carcerário brasileiro.

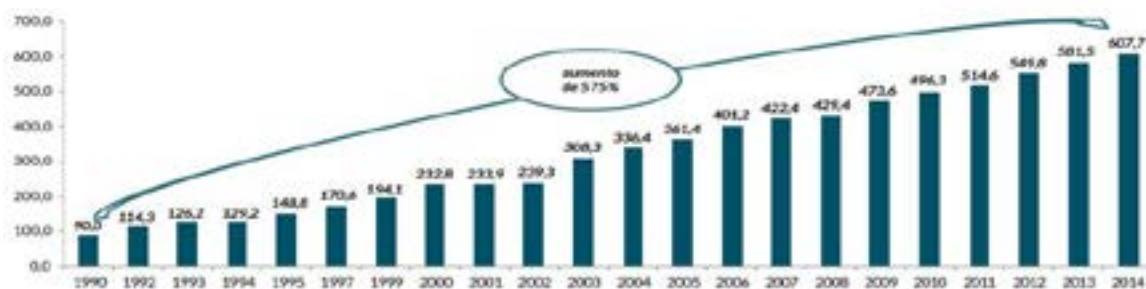
**Imagem 1 – Situação das cadeias brasileiras**



**Fonte: Canal Ciências Criminais (2018).**

Nesta forma de acumulação de presos por metro quatro surge outro fator relevante, presos de alta periculosidade convivem com presos que cometeram crimes de baixa periculosidade, tornando a cadeia uma escola de crime, fazendo com que muitos presos após o cumprimento da pena cometam crimes mais graves do que os anteriores, devido ao contato com outros presos (GRECO, 2011).

**Imagem 2 – Crescimento do número de presos**

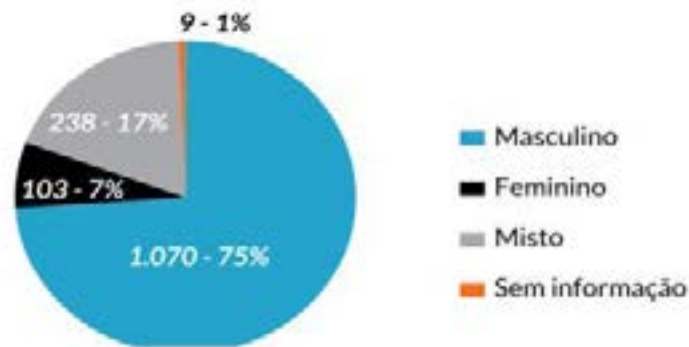


**Fonte: DEPEN (2014)**

A imagem apresenta o crescimento em números de presos ao longo dos anos de 1990 até 2014, houve um aumento de 575% entre estes vinte quatro anos, no entanto, não houve o

mesmo aumento no número de construção de prisões, o que explica a superlotação carcerária no país.

**Imagem 3 – Distribuição dos presídios**



Fonte: DEPEN (2014)

A imagem três trata da distribuição dos presídios no Brasil, a maioria das prisões são masculinas, sendo apenas sete por cento do total, destinadas a prisões femininas, assim, se os presídios masculinos já são superlotados e os presos que residem no local tem seus direitos e garantias fundamentais violados, em um sistema penitenciário feminino a situação se torna ainda pior, falta local adequado para gestantes, produtos de higiene básica para as mulheres e etc.

Ressalta-se também, a existência dos presídios mistos, que não são de fato adequados, visto que, há diversas notícias de violações sexuais tanto dos homens encarcerados, quanto dos próprios agentes penitenciários.

## Um adendo ao Sistema Prisional Feminino

No que se refere à população feminina no sistema prisional, tem-se os seguintes números:

**Tabela 1 - Mulheres privadas de liberdade no Brasil em junho de 2016**

Brasil - Junho de 2016	
População prisional feminina	42.355
Sistema Penitenciário	41.087
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	1.268
Vagas para mulheres	27.029
Déficit de vagas para mulheres	15.326
Taxa de ocupação	156,7%
Taxa de aprisionamento	40,6

Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN, Junho/2016. IBGE, 2016.

É notável que da mesma forma que faltam vagas no sistema penitenciário masculino, há também superlotação nas prisões femininas, é quase o dobro de encarceradas em relação às vagas, demonstrando que há negligencia estatal.

**Tabela 2 - Informações prisionais dos doze países com maior população prisional feminina do mundo**

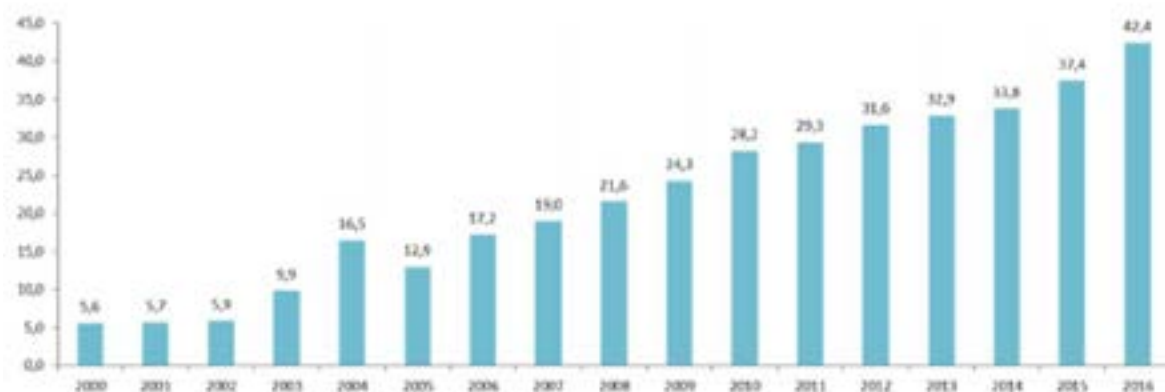
País	População prisional feminina	Taxa de aprisionamento de mulheres (100 mil/hab)
Estados Unidos	211.870	65,7
China	107.131	7,6
Rússia	48.478	33,5
Brasil	42.355	40,6
Tailândia	41.119	60,7
Índia	17.834	1,4
Filipinas	12.658	12,4
Vietnã	11.644	12,3
Indonésia	11.465	4,4
México	10.832	8,8
Mianmar	9.807	17,9
Turquia	9.708	12,1

Fonte: Levantamento Nacional de informações penitenciárias Infopen Mulheres. 2018.

Como é possível se perceber as mulheres brasileiras estão entre as 4 primeiras nações que tem o maior índice de mulheres encarceradas, que se somam conforme dados da Infopen mulheres 42.355 até o ano de 2016. São dados alarmantes, tendo em vista que as prisões brasileiras não são compatíveis para a recepção de presas.

Ainda, conforme estudos do infopen mulheres trouxeram, o índice de encarceradas aumentou significativamente entre 2000 a 2016, conforme gráfico:

**Gráfico 1 - Evolução das mulheres privadas de liberdade (em mil) entre 2000 e 2016**



Fonte: Ministério da Justiça. A partir de 2005, dados do Infopen. Dados consolidados para a série histórica.

Isso demonstra que mulheres por muito tempo na sociedade não cometeram crimes, mas que nos últimos anos este índice tem aumentado, porém por ser até pouco tempo algo incomum, as cadeias não são preparadas para o sexo feminino.

Assim, a estrutura para receber esta nova população carcerária é precária, ou seja, foram necessárias adaptações nos sistemas prisionais, pois até pouco tempo este ambiente era predominantemente masculino.

**Gráfico 2 - Distribuição dos crimes tentados/consumados entre os registros das mulheres privadas de liberdade, por tipo penal**



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN, Junho/2016

O que pode se perceber pelo gráfico acima é que as mulheres em sua maioria cometeram crimes como tráfico, roubo ou furto, são crimes de um potencial ofensivo menor. E principalmente no tráfico de drogas são utilizadas como “mulas” para transferir drogas de um lugar ao outro, pois por terem uma aparência mais fragilizada, as mulheres não são suspeitas fáceis aos policiais e assim o tráfico viu um grande lucro a seleção de mulheres para esta função, outra explicação razoável também se deve ao fato de muitas mulheres serem casadas com homens que fazem parte do tráfico e quando são presos passam a elas as funções para o transporte de drogas (GRECO, 2011).

Ainda com dados do Infopen é possível perceber que 74% da massa carcerária feminina têm filhos, 62% são negras, 60% completaram ou são incompletos o ensino fundamental. Tais características não são diferentes dos homens presos (INFOPEN MULHERES, 2018).

Todos estes dados apresentados e as questões discutidas até aqui demonstram que o sistema prisional tem sido falho e não tem alcançado o seu objetivo ressocializador, no entanto, se torna essencial demonstrar que a Lei de Execução Penal dispõe de uma série de medidas que, se devidamente cumpridas atingiriam a ressocialização do apenado, por este motivo, no próximo capítulo discorre-se sobre a o caráter ressocializador da Lei de Execuções Penais.

## A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E A RESSOCIALIZAÇÃO

### A ressocialização

A todos os cidadãos são assegurados os direitos e garantias fundamentais, sendo estendidos tais direitos para a população carcerária, assim, evidencia-se que, a sentença e a necessidade punir não podem retirar dos sujeitos delinquentes as garantias fundamentais que todos os cidadãos possuem.

Corroborando ao tema, Albergaria (1996, p. 139) traz que:

A ressocialização é um dos direitos fundamentais do preso e está vinculada ao welfare state (estado social de direito), que se emprenha por assegurar o bem-estar material a todos os indivíduos, para ajuda-los fisicamente, economicamente e socialmente. O delinquente, como indivíduo em situação difícil e como cidadão, tem direito à sua reincor-

poração social. Essa concepção tem o mérito de solicitar e exigir a cooperação de todos os especialistas em ciências do homem para uma missão eminentemente humana e que pode contribuir para o bem-estar da humanidade.

Diante da fala do autor, é possível observar que, o intuito da pena vai além da punição ou do castigo, podendo ser entendido também como as necessidades de reeducar, ressocializar e reintegrar o indivíduo para que o mesmo possa retornar à convivência na coletividade, sem retornar ao mundo do crime.

Ao complementar a questão Shecaira e Corrêa Junior (1995, p. 44) dizem que:

Ressocializar é a efetiva reinserção social, a criação de mecanismos e condições para que o indivíduo retorne ao convívio social sem traumas ou sequelas, para que possa viver uma vida normal. Sabendo que o estado não proporciona a reinserção social de nenhum recluso, o que possibilita o retorno à criminalidade, ou a reincidência criminal.

Compreende-se então que a ressocialização não é apenas trabalhar a reeducação para que o apenado possua um comportamento adequado perante a sociedade, mas também, tem como objetivo a reinserção social eficaz, por meio de mecanismos e de condições para que o apenado venha a retornar a comunidade, sem a existência de traumas.

## **A Lei de Execução Penal**

A Lei de Execução Penal é uma grande conquista para a legislação brasileira, no entanto, ela não tem sido efetivada de fato e por esse motivo em diversos momentos não se consegue obter um bom resultado.

### **Objetivos da Lei de Execução Penal**

Em seu artigo 1º a Lei de Execução Penal traz que: “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984).

Dessarte, o Estado possui o poder de exercer seu direito de punir o criminoso, por meio da privação da liberdade ou ainda por intermédio da aplicação de qualquer outro tipo de pena, para que, com isso, iniba novos delitos.

Oliveira (1990, p. 16) discorre sobre o assunto:

O aspecto humano, a finalidade educativa, da pena, buscando recuperar o condenado para uma inserção reintegradora do mesmo meio social, procurando não só a defesa a sociedade como colocar um elemento produtivo e reeducado no convívio com seus semelhantes.

Dessa forma, a finalidade da aplicação da pena é reintegrar o condenado após o seu cumprimento, a sociedade, fazendo com que esse sujeito possa conviver novamente em sociedade de forma íntegra.

Há de ressaltar que:

A LEP foi inspirada a promover a individualização da pena, a respeitar o preso como ser humano e cidadão. Neste sentido que a Lei dispõe sobre a realização do exame de personalidade que analisa não somente a relação do crime com o criminoso, mas a personalidade do indivíduo, procurando entendê-lo como ser humano, fazendo uma análise bem mais complexa (PESSOA, 2015).

A ressocialização do apenado e o objetivo de inseri-lo novamente na sociedade de forma humanizada se encontra como uma finalidade da Execução Penal conforme dispõe o autor.

### **Os direitos e deveres do preso**

No artigo 41 da Lei de Execução Penal há previsão de todos os direitos direcionados aos presos:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - Alimentação suficiente e vestuário;

II - Atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - Constituição de pecúlio;

V - Proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - Exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - Assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - Proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - Entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - Visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - Chamamento nominal;

XII - Igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - Audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - Representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - 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.

XVI – Atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente (BRASIL, 1984).

Ao se analisar o artigo 41 evidencia-se uma série de direitos que os condenados possuem. Já o artigo 39 também da LEP dispõe que:

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

I - Comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;

II - Obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;

III - Urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;

IV - Conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;

V - Execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;

VI - Submissão à sanção disciplinar imposta;

VII - Indenização à vítima ou aos seus sucessores;

VIII - Indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;

IX - Higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;

X - Conservação dos objetos de uso pessoal.

Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo (BRASIL, 1984).

Ao passo que os condenados possuem direitos também existem uma série de deveres a serem cumpridos.

## **Ressocialização e a LEP**

Os artigos 10 e 11 da LEP dizem que:

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.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I – Material;

II – À saúde;

III – Jurídica;

IV – Educacional;

V – Social;

VI – Religiosa (BRASIL, 1984).

Em conformidade com a lei, cabe ao Estado prevenir delitos e também reinserir o condenado a sociedade, sendo garantido a estes a assistência material, a saúde, jurídica, educacional, social e religiosa assim como o trabalho, cada um desses itens auxiliam de forma efetiva na reintegração do sujeito a sociedade e, com efeito, a sua ressocialização.

### **Assistência Material**

A assistência material consiste no fornecimento de alimentação, vestuário, e as instalações de higiene, obedecendo as regras mínimas que encontram-se previstas em mandamentos internacionais sobre os direitos dos presos, principalmente aquelas dispostas pela Organização das Nações Unidas.

### **Assistência à saúde**

A assistência à saúde encontra-se prevista no artigo 14 da LEP. Há de ressaltar que, embora a legislação penal exponha o direito à assistência à saúde a realidade brasileira é outra, existem uma série de casos em que as penitenciárias brasileiras encontram-se extremamente despreparadas para atender os presos doentes, não existindo atendimento médico adequado, nem farmacêutico ou odontológico.



A jurisprudência a seguir complementa a questão do direito do preso:

PENAL. SEMI-IMPUTABILIDADE. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE REDUZIDA OU MEDIDA DE SEGURANÇA. ASSISTÊNCIA À SAÚDE DO PRESO. DEVER DO ESTADO. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

1. APLICA-SE AO RÉU SEMI-IMPUTÁVEL PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, REDUZIDA DE 1 A 2/3 OU MEDIDA DE SEGURANÇA.

2. A OPÇÃO POR PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NÃO EXCLUI A ASSISTÊNCIA À SAÚDE DO PRESO –CASO HAJA NECESSIDADE –, POR SER DEVER DO ESTADO.

3. RECURSO IMPROVIDO. (TJ –DF – APR: 29819620068070009 DF 0002981-96.2006.807.0009, Relator: ARNALDO CAMANHO DE ASSIS, Data de Julgamento: 30/08/2007, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 10/10/2007, DJU: Pág. 151 Seção: 3).

A jurisprudência supramencionada demonstra que, independente da pena aplicada ao preso, a assistência à saúde trata-se de um dever do Estado, não podendo o mesmo se escusar de tal responsabilidade.

### **Da assistência jurídica**

Sobre a assistência jurídica:

Art. 15. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado.

Art. 16. As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais.

§ 1º As Unidades da Federação deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública, no exercício de suas funções, dentro e fora dos estabelecimentos penais.

§ 2º Em todos os estabelecimentos penais, haverá local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público.

§ 3º Fora dos estabelecimentos penais, serão implementados Núcleos Especializados da Defensoria Pública para a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos réus, sentenciados em liberdade, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado (BRASIL, 1984).

A assistência jurídica busca garantir o próprio acesso à justiça e também a oportunidade do condenado se defender, ressalta-se ainda, que as prisões devem ter um local reservado para que o preso e seu advogado possam realizar a entrevista pessoal.

### **Assistência educacional**

Quanto à assistência educacional merece destaque o fato de que, muitos dos presos possuem pouca escolaridade, assim, quando as penitenciárias dispõem de assistência educacional surge uma possibilidade de qualificação do preso, vez que, ele pode finalizar o seu ensino básico e ainda realizar um curso profissionalizante.

### **Assistência social**

A assistência social também tem papel fundamental, pois ela ampara o preso para o retorno à sociedade, visto que, estes sujeitos ficaram por um longo período privados de sua liberdade, o que traz algumas dificuldades psicológicas e materiais que os impedem da sintonização

rápida ao meio social.

## **Assistência religiosa**

A assistência religiosa é uma forma de garantir a própria liberdade de culto que é fundamentada na Constituição Federal de 1988, possibilitando aos detentos a realização de suas crenças.

## **Assistência ao egresso**

Outra previsão muito importante no contexto da ressocialização dos condenados é a assistência ao egresso que consiste. Tal previsibilidade possibilita que o egresso possua mecanismos para se adequar a sociedade novamente, ou seja, ele não estará sozinho quando finalizar o cumprimento de sua pena, mas sim assistido pelo poder público.

## **O trabalho**

O trabalho dentro do sistema prisional garante aos presos a profissionalização para que, quando saírem da prisão possam ter uma profissão, bem como qualificação em determinadas áreas.

Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

§ 1º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene.

§ 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;

b) à assistência à família;

c) a pequenas despesas pessoais;

d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

§ 2º Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

Art. 30. As tarefas executadas como prestação de serviço à comunidade não serão remuneradas (BRASIL, 1984).

Os artigos supramencionados trazem algumas questões pertinentes ao trabalho do preso, na qual o mesmo possui a finalidade educativa, bem como será regido pela LEP e não pela Consolidação das Leis Trabalhistas, o artigo dispõe ainda sobre como a remuneração deverá ser feita e a que ela deve atender.

Contemplando a importância do trabalho para a ressocialização Silva (2021) expõe que:

O Estado deve levar em conta que o presidiário deve deixar a prisão em melhores condições do que quando entrou, inclusive no que tange a preparação intelectual e profissional, para melhor conseguir sua ressocialização. O trabalho é uma maneira eficiente e eficaz de ressocializar, pois já prepara o apenado para o momento em que ele terá que voltar para o convívio em sociedade. Como sabemos, o mundo não para esperar por aqueles que erraram e cometeram seus delitos, portanto, mesmo estando preso e pagando sua pena, a lei assegura que o preso tem o direito de trabalhar e crescer profissionalmente, podendo assim ter uma maior oportunidade de se qualificar e aprender mais para poder retornar ao convívio em sociedade.

No entanto, ainda que o trabalho e também todas as assistências aqui delimitadas estejam previstas na Lei de Execução Penal, a realidade brasileira é extremamente crítica, pois, o que está amparado na legislação não ocorre, fazendo com que os presos não tenham acesso à educação, trabalho, assistência social, médica e etc.

O sistema prisional brasileiro encontra-se em crise, não havendo a ressocialização dos condenados, mas isso não se dá pela falta de legislação, mas sim, pela falta de investimento do poder público nas ferramentas previstas na Lei de Execução Penal que tem um caráter efetivo de ressocialização.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidenciou-se que, as penas privativas de liberdade cumpridas no sistema prisional buscam garantir uma série de direitos aos presos, restringindo somente a liberdade de ir e vir dos mesmos.

No entanto, na atualidade, o sistema prisional brasileiro tem estado em crise, principalmente em decorrência da superlotação, visto que, houve um aumento significativo do número nos últimos anos, esse problema se acumula com a falta de higiene nas celas, a proliferação de doenças, a falta de alimentação adequada e de assistência, fazendo com que os presos saiam da prisão pior do que entraram e não sendo efetivo a ressocialização.

Todo esse cenário, poderia ser resolvido com a aplicação concreta da Lei de Execução Penal, vez que, a mesma dispõe de uma série de direitos e garantias aos presos que possibilita a sua ressocialização, como a assistência educacional, religiosa, médica, o direito ao trabalho e etc.

## REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. Das penas e da execução penal. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996

BRASIL. LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em 20 de out. De 2022.

BRASIL. Ministério da justiça e segurança pública. Levantamento de informações penitenciárias Infopen mulheres. Brasília. 2018. Disponível em [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf). Acesso em 20 de out. de 2022.

BRASIL. TJ –DF – APR: 29819620068070009 DF 0002981-96.2006.807.0009, Relator: ARNALDO CAMANHO DE ASSIS, Data de Julgamento: 30/08/2007, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 10/10/2007, DJU: Pág. 151 Seção: 3

GRECO, Rogério. Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAIA, Denise da Conceição. A falta de Qualificação Profissional como um dos fatores de reincidência do preso. 2003. 45f. Monografia (Pós-Graduação) Universidade Federal do Paraná. Paraná

OLIVEIRA, João B. A execução penal. São Paulo: Atlas, 1990.

PESSOA, Helio Romão Rigaud. Ressocialização e reinserção social. Jusbrasil. 2015. Disponível em: <https://heliorigaud.jusbrasil.com.br/artigos/201967069/ressocializacao-e-reinsercao-social>. Acesso em 20 de out. De 2022.

SILVA, Amanda Mendes da. O trabalho como forma de ressocialização do preso. Conteúdo Jurídico. 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50269/o-trabalho-como-forma-de-ressocializacao-do-preso#:~:text=A%20ressocializa%C3%A7%C3%A3o%20tem%20como%20fun%C3%A7%C3%A3o,maneira%20imediata%2C%20e%20em%20fun%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 20 de out. De 2022.

Número de presos cai 2,7% em RO, mas presídios seguem com 75% de superlotação em meio à pandemia. G1, Rondônia, 2021. Disponível em <<https://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2021/05/22/numero-de-presos-cai-27percent-em-ro-mas-presidios-seguem-com-75percent-de-superlotacao-em-meio-a-pandemia.ghtml>>. Acesso em: 13 de out. De 2020.



# A vivência e o alocamento de transexuais e travestis no sistema carcerário brasileiro

## The experience and allocation of transsexuals and transvestites in the brazilian prison system

---

Judá Arthur Sombra de Macedo

*Centro Universitário São Lucas*

<https://orcid.org/0000-0001-6696-3924/print>

Bianca Lopes de Souza

*Centro Universitário São Lucas*

<https://orcid.org/0000-0001-9121-1070/print>

Letícia Vivianne Miranda Cury

*Centro Universitário São Lucas*

<http://lattes.cnpq.br/2022256718928440>

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.124.20

## RESUMO

Tendo em vista a precariedade da alocação e da vivência de transexuais e travestis no sistema prisional brasileiro, este estudo aborda os principais direitos deste grupo, bem como as principais violações destes direitos, com ênfase no direito constitucional que transexuais e travestis possuem de escolher em qual unidade prisional desejam ser alocadas. Objetivando contextualizar o leitor, este artigo aborda a evolução histórica de travestis e transexuais no cenário internacional e no âmbito nacional brasileiro, além disso, apresenta conceitos de gênero e transexualidade do ponto de vista de diversos autores renomados, como sociólogos e psicólogos. Após isso, são apresentados os principais direitos do preso, principalmente de presas transexuais, previstos na Constituição Federal, na Lei de Execução Penal – LEP e em demais Resoluções e decisões de Tribunais. Contudo, apesar desta minoria possuir direitos previstos em lei, estes são constantemente violados, uma vez que nosso sistema prisional não possui estrutura adequada para que os direitos sejam, de fato, respeitados. Por fim, este estudo ainda apresenta as vivências de transexuais e travestis nos presídios brasileiros, relatando a triste realidade deste grupo de pessoas que têm os direitos mais básicos, como o da dignidade humana e da personalidade, violados diariamente.

**Palavras-chave:** transgêneros. sistema prisional. direitos. violação.

## ABSTRACT

In view of the precariousness of the allocation and experience of transsexuals and transvestites in the prison system, this study addresses the main rights, as well as the main violations of these rights, with emphasis in the constitutional right that transsexuals have of choosing which prison unit they want to be allocated. Aiming to contextualize the reader, it addresses the historical evolution of transvestites and transsexuals in the international scenario and in the Brazilian national ambit, in addition, it presents concepts of gender and transsexuality from the point of view of several well-known authors, such as sociologists and psychologists. After that, the main rights of the prisoner are presented, especially the trans prisoner, provided for in the Federal Constitution, in the Penal Execution Law - LEP and in other Resolutions of Court decisions. Even though this minority has rights provided for by law, they are constantly violated, because our prison system is not ready so that the rights are, in fact, accepted. Finally, this study still presents the human and individual experiences, reporting the sad reality of people who have they basic principles, such as the human dignity and personality, violated daily.

**Keywords:** transgender. prison system. rights. violation.

## INTRODUÇÃO

A priori, é indubitável que existe no Brasil uma carência legislativa no que tange ao tratamento das identidades de gênero e, em específico, das identidades trans. Destaca-se neste estudo a condição degradante em que pessoas transexuais são expostas nas unidades masculinas, sendo explícita sua inadequação nesse ambiente, evidenciando-se violação aos seus direitos e garantias fundamentais.

Ainda hoje, em 2022, centenas de transexuais e travestis lidam com verdadeiras barbáries dentro das celas masculinas, que vão desde humilhações diárias, torturas, estupros e exposição de sua intimidade até o corte obrigatório dos cabelos femininos, bem como, a proibição do tratamento com hormônios. Essa realidade decorre de diversos fatores: precariedade da educação, oportunidade de emprego limitada e ineficiência das ferramentas processuais para combater o genocídio contra a população LGBTQIAPN+ (lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, queer, intersexo, assexuais/arromânticas/agênero, pan/poli, não-binárias e mais).

Ademais, o estudo do tema pode ser analisado com viés tanto na área da saúde pública, quanto do Poder Público, a fim de que voltem seus olhos a estas pessoas violentamente abusadas cotidianamente. A discussão do artigo abrange acerca da população transexual e travesti encarcerada, os quais seriam grandes, senão os maiores causadores de dúvidas no nosso ordenamento jurídico, tendo em vista a contraposição de suas garantias constitucionais enquanto seres humanos.

Diante desse contexto, faz-se o seguinte questionamento: O direito de mulheres transexuais e travestis escolherem em qual unidade prisional desejam ser presas é constitucional? À vista disso, o objetivo geral é analisar a constitucionalidade do direito dessas pessoas de escolherem em qual unidade prisional desejam ser presas e os objetivos específicos: analisar a evolução histórica dos direitos de transgêneros em âmbito internacional e nacional, verificar a violação dos direitos humanos no cárcere brasileiro frente à transexualidade, analisando se os instrumentos protetivos que versam sobre elas são respeitados e de fato cumpridos pelo sistema penitenciário brasileiro.

## EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Pierre-Henri Castel, psicanalista francês, após analisar o contexto histórico e cultural da humanidade a respeito da transexualidade, o categorizou em quatro fases. A primeira fase nos remonta às origens indissociavelmente científicas da sexologia, e militantes, cujo almejo era despenalizar os homossexuais. Já com relação a segunda fase, esta acompanhou o desenvolvimento da endocrinologia, que é um dos fatos fundamentais da medicina científica, nesta fase surgiu o que Castel chamou de “behaviorismo endocrinológico” (Castel, 2001).

Entre o período de 1945 e 1975 ocorre a terceira fase em que é explorado por pesquisadores a questão da socialização dos hermafroditas, dos indivíduos geneticamente anormais, dos meninos com órgãos genitais acidentalmente mutilados, e de transexuais. O autor exemplifica esta fase com o caso Jorgensen, da seguinte maneira:

A mediatização do caso Jorgensen, GI feminizado em 1952, ilumina todo o período fornecendo um cenário padrão inúmeras vezes recopiado e/ou revivido pelos futuros candidatos à mudança de sexo. A psicanálise americana, medicalizada à força, marcada pelo culturalismo, pareceu então impotente para evitar de servir de caução à sociologia do gênero, e perdeu a batalha sem conseguir defender, por razões epistemológicas fundamentais, o caráter patológico de um distúrbio de identidade sexual puramente subjetivo.

Por fim, a última fase inicia-se em meados dos anos 70, marcada pela reivindicação libertária da despatologização radical do transexualismo, e a ideia de que a identidade sexual é em si um preconceito e limita a liberdade individual.

No contexto histórico brasileiro, há alguns marcos que convém citarmos a respeito dos

avanços, mesmo que tardios, dos direitos dos transexuais. O primeiro registro de uma travesti no Brasil é do Santo Ofício do século XVI, em 1591, Xica Manicongo, moradora de Salvador, tornou-se símbolo de resistência por ser negra escravizada e travesti. Somente 371 anos depois, em 1962, é que surgiu a primeira instituição LGBT no Brasil, no Rio de Janeiro, um grupo conhecido como a “Turma Ok” se reunia escondido para realizar apresentações, em silêncio, por conta da Ditadura Militar que vigora no país.

O ano de 1971 trouxe um grande marco na história, pois foi realizada a primeira cirurgia para redesignação sexual pelo médico Roberto Farine. O procedimento foi um sucesso, mas infelizmente foi visto como uma infração ao Código de Ética da Profissão, que fez com que o Dr. Roberto fosse condenado e afastado por crime de mutilação, decisão do Conselho Federal de Medicina. Após este fato, especialistas em sociologia e psicologia passaram a dar mais atenção a casos de transexualismo, buscando compreender as peculiaridades que envolvem tal questão. Desde então, ocorreram várias transformações a respeito do tema (DONEGÁ, 2017).

Mais à frente, em 1990, ocorreu que a Organização Mundial de Saúde (OMS) retirou a homossexualidade da lista internacional de doenças mentais, fazendo com que o dia 17 de maio fosse um memorial contra a homofobia. Destaca-se que isso ocorreu há apenas 32 anos, portanto, pouco tempo se passou desde então, e muito avanço é necessário para que realmente a homofobia seja combatida.

Outro marco na história ocorreu em 29 de janeiro de 2004, quando 27 transexuais e travestis foram ao Congresso Nacional reivindicar seus direitos básicos. Neste dia, o Ministério da Saúde comprometeu-se em fomentar a saúde da população LGBT, criando para isso um Comitê Técnico e instituindo o Dia Nacional da Visibilidade Trans.

Convém ressaltar ainda, que em novembro de 2006 foi publicado o documento sobre direitos humanos nas áreas de orientação sexual e identidade de gênero, conhecido como Princípios de Yogyakarta, do qual o Brasil é signatário, portanto, deve seguir suas amplas orientações. Estes princípios afirmam a obrigação primária dos Estados de implementarem os direitos humanos, sendo cada princípio acompanhado de recomendações detalhadas aos Estados signatários.

Ao decorrer da história, as jurisprudências dos Tribunais reconheceram a tese de inalterabilidade do prenome e do estado sexual no registro, sendo admitidas apenas as retificações da Lei de Registros Públicos. Na época, a mudança de gênero era entendida no sentido de não ser uma questão de escolha, mas sim, determinação biológica. Dessa maneira, a cirurgia de transição, por exemplo, não resultava em uma alteração definitiva.

Entretanto, em 2018 o Supremo Tribunal Federal (STF) autorizou que pessoas transexuais pudessem mudar o nome e gênero indo diretamente no cartório, sem necessidade de obter autorização judicial ou realizar mudanças físicas. O ano de 2018 também foi marcante em outro sentido, mais de 50 mulheres transexuais foram candidatas para o legislativo federal, Erica Malunguinho foi a primeira transexual eleita deputada estadual no Brasil, em São Paulo, e mais duas se elegeram por mandatos coletivos: Erika Hilton, pela Bancada Ativista, e Robeyoncé Lima, da Juntas, respectivamente em São Paulo e Pernambuco.



## CONCEITO DO FEMININO E TRANSEXUALIDADE

Em primeiro lugar, é possível definir a transexualidade como uma condição sexual da pessoa que rejeita a sua identidade genética e a sua própria anatomia, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto (MARIA HELENA DINIZ, 2007). Por isso, o fenômeno complexo no qual a transexual ou travesti, mesmo perseguida pelas intervenções em seu corpo, não nega a sua anatomia sexual de nascimento, isto é, a rejeição de pertencimento ao sexo biológico, não se configura como um distúrbio delirante (AMARAL 2012).

No momento em que a frase “é menino” ou “é menina” é expressa, não ocorre apenas uma simples fala, mas uma construção, já que essa afirmação desenrola um processo de “fazer” o corpo ser masculinizado ou feminilizado, e a partir daí, induzir o indivíduo a uma única forma de desejo e uma forma de se portar (LOURO, 2004).

Essas pautas demonstram como os significados de feminino e masculino são construídos e não determinados simplesmente pelos corpos biológicos. Os corpos travestis que estão presentes em todos os momentos dos seus processos de transformação, também se reinventam, se fabricam, se redesenham e experimentam as sensações, as práticas e os valores de gênero (BENEDETTI, 2005).

Ademais, o transexualismo foi considerado como doença em grande parte da história, sendo tratado como uma perversão sexual, psicose e patologia. No que tange ao “tratamento” aplicado ao transexualismo enquanto considerado doença, Barboza (2012, p. 138) versa que:

(...) A medicina, acolheu o transexual como paciente portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ao autoextermínio, e autorizou a cirurgia de transgenitalização que promove a mudança da genitália, ou seja, do aparelho sexual masculino, que é transformado no feminino ou vice-versa, e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo. O conjunto dos procedimentos médicos para tratamento do transexualismo constituiu o denominado ‘processo transexualizador’.

A concepção de que a transexualidade não era uma doença foi elaborada pelo médico e sexólogo alemão, Harry Benjamin, que foi o primeiro a tratar da transexualidade frente à transição do gênero, utilizando o uso de hormônios nos seus pacientes. Benjamin foi também pioneiro ao introduzir a palavra transexual em 1954.

## POLÍTICAS SOCIAIS E O PRECONCEITO

Antes fosse que o sofrimento da psique e os incômodos gerados a partir do desentendimento entre o sexo biológico e o psicológico, fossem os únicos desafios enfrentados por essa minoria. Dentro desse contexto, a solidão, o desvalimento e a vulnerabilidade são reforçados quando falta proteção e auxílio do Estado.

O transexualismo é a nomenclatura oficial para definir as pessoas que vivem uma contradição entre corpo e subjetividade (BENTO, 2006). Observa-se que por seu desafio aos padrões de gênero historicamente e culturalmente construídos, pessoas transgêneros e travestis são vistos comumente como objetos pelo restante da sociedade, sendo um dos alvos de violência preferidos, e então, colocados dentro do campo do incompreensível e do patológico.

Logo, numa tentativa de autoproteção, se punem de diversas formas, principalmente reprimindo seus desejos e negando sua essência. Dessa forma, essa minoria que não é aceita, costuma ser exposta ao submundo da violência, criminalidade, prostituição e drogas, principalmente devido à sagacidade das relações do poder patriarcal (MICHEL FOUCAULT, 1995).

As marginalizações múltiplas sofridas por essas pessoas, sem recursos e tampouco familiaridade com instituições civis, restam mais uma vez à margem do Estado. Muitos abandonam a escola, não frequentam hospitais, não fazem carteira de identidade e evitam se socorrer aos órgãos públicos pelo receio de serem tratados com desrespeito à sua identidade e expressão de gênero. Preconceitos, discriminações e violências homofóbicas se agravam sensivelmente nesses indivíduos (MARIA DIAS BERENICE, 2016).

Nota-se até aqui, que os direitos dessa população são sistematicamente negados e infringidos, na égide da indiferença geral. Conquanto, as questões específicas relacionadas à identidade de gênero não despertam tratamento especial em desfavor das demais pessoas, pelo contrário, apenas as colocam em situação de conformidade na sociedade.

Dessarte existem duas formas de discriminação: a direta, que seria a adoção de prática intencional de excluir ou diminuir um grupo específico, visando prejudicar determinado grupo e a indireta que faz com que seja adotado o critério “aparentemente neutro” (ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, 2018). Contudo, tais posturas possuem impacto negativo desproporcional em relação a determinado segmento vulnerável (RAMOS, 2015).

Imediatamente, torna-se preciso sugerir os estudos realizados pelo artigo da Revista Gaúcha de Enfermagem ao qual revelou que cerca de 75% das pessoas transexuais entrevistadas na pesquisa, já foram vítimas de algum tipo de violência, sendo ela física, sexual, verbal ou psicológica, em sua maioria nas ruas. Consta também que a maior parte dos abusadores e agressores eram pessoas desconhecidas. Isto significa que são vítimas muito mais ‘acessíveis’ e parecem ter que se arriscar mais que o comum.

Ao analisar os dados da pesquisa, a tipologia das violências que vitimaram travestis e transexuais foram: verbal (91,96%), psicológica (58,33%) e física (33,33%). Em relação à principal ocupação laboral das interlocutoras, eram majoritariamente cabeleireiras e garotas de programa. Não raro, a rua, a escola e os serviços de saúde configuraram os principais cenários das agressões. No que tange ao agente agressor, os descobertos apontaram para vizinhos, membros da família e profissionais de saúde.

Além disso, de acordo com a pesquisa do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) feita em 2013 até setembro de 2016, a expectativa de vida desse grupo social não passa dos 35 anos, ou seja, nem sequer atingem a metade da média nacional de 74,9 anos da população em geral (ARAÚJO, 2017).

Não existe interesse do Poder Público para com este grupo, absolutamente ninguém, nem mesmo a mídia, se preocupa por uma classe que está no país com o mais alto grau de discriminação e mortes, sujeitas a se sentirem, em algumas situações, mais seguras dentro das penitenciárias. Devido a essa condução, ficam expostas a inúmeras violações de seus direitos fundamentais, já que não recebem o tratamento adequado à sua identidade de gênero, nem mesmo da própria família.

Ora, é certo que independente de raça, etnia, orientação sexual ou gênero, o detento no presídio corre risco de sofrer atrocidades do mesmo jeito. Todavia, essas pessoas são alvo muitos mais tendentes e vulneráveis. Além disso, é certo que o indivíduo encarcerado possui os mesmos direitos que uma pessoa livre, exceto o de ir e vir, por conta dos efeitos penais do crime. Tais direitos devem ser garantidos de forma igualitária para todos, independentemente de gênero ou orientação sexual.

## **A VIOLAÇÃO E A ESCASSEZ DOS DIREITOS DE TRANSEXUAIS E TRAVESTIS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

Um ponto importante que faz correlação à análise dos direitos de transexuais e travestis no sistema prisional brasileiro é entender os principais motivos pelo qual transexuais são inseridas nestes locais. Segundo dados do Governo Federal, divulgados em uma pesquisa feita em 2020, a majoritária parte das trans encarceradas estão presas provisoriamente, aguardando julgamento, tendo cometido crimes de menor potencial ofensivo. Além disso, convém ressaltar que estes crimes são praticados, pois transexuais encontram-se em posição de vulnerabilidade social, sofrendo discriminação constante, o que resulta na dificuldade de conseguir empregos, logo, na necessidade de utilizar-se de outros meios para conseguir sobreviver.

Em razão dos fatos mencionados, a pesquisa do Governo Federal demonstrou que os principais crimes cometidos por transexuais são, respectivamente, o roubo (38,5%) e o tráfico (34,6%). Em seguida, aparece em evidência também os crimes de furto (15,4%), homicídio (7,7%) e associação (3,8%). A partir dessa pesquisa, percebe-se que a maior parte dos crimes cometidos são resultados diretamente ligados à condição a que transexuais são expostas diariamente.

A Lei de Execução Penal – LEP (Lei nº 7210/84) apresenta em seu art. 41, os direitos garantidos aos presos, conforme o seguinte rol:

- Art. 41 - Constituem direitos do preso:
- I - Alimentação suficiente e vestuário;
  - II - Atribuição de trabalho e sua remuneração;
  - III - Previdência Social;
  - IV - Constituição de pecúlio;
  - V - Proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e recreação;
  - VI - Exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
  - VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
  - VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
  - IX - Entrevista pessoal e reservada com o advogado;
  - X - Visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
  - XI - Chamamento nominal;
  - XII - Igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
  - XIII - Audiência especial com o diretor do estabelecimento;
  - XIV - Representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
  - XV - 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.
  - XVI - Atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003)
- Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento. (BRASIL, 1984).

Apesar deste rol de direitos ser bem completo, é indubitável que ele não é respeitado na prática, havendo muitas violações aos incisos supracitados para todos os presos, mas em

especial, as transexuais e travestis. No tocante a este grupo de pessoas, com o intuito de garantir-lhes a segurança, a Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVIII dispõe que:

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: XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; (BRASIL, 1988).

Logo, é sim constitucional o direito dos presos transgêneros e transexuais cumprirem suas penas em estabelecimentos distintos. Ainda a respeito do local de pena deste grupo de pessoas, a Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação Ministério da Justiça versa que:

Art. 3º. Às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos.

§1º Os espaços para essa população não devem se destinar à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo.

§2º A transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico ficará condicionada à uma expressa manifestação de vontade.

Art. 4º As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas.

Parágrafo único. Às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade. (BRASIL, 2014).

Ademais, o Brasil, como Estado-membro do Princípio de Yogyakarta, citado anteriormente, tem por obrigação adotar o princípio da igualdade e da não-discriminação em razão de orientação sexual e identidade de gênero. Além disso, ainda é mencionado neste documento que o país deve assegurar a aplicação eficaz destes princípios, bem como apresenta outros direitos fundamentais de transexuais aprisionados, conforme o seguinte:

Toda pessoa tem o direito de não sofrer tortura e tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, inclusive por razões relacionadas à sua orientação sexual ou identidade de gênero. Os Estados deverão: a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para evitar e proteger as pessoas de tortura e tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, perpetrados por motivos relacionados à orientação sexual e identidade de gênero da vítima, assim como o incitamento a esses atos; b) Tomar todas as medidas razoáveis para identificar as vítimas de tortura e tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, perpetrados por motivos relacionados à orientação sexual e identidade de gênero, oferecendo recursos jurídicos, medidas corretivas e reparações e, quando for apropriado, apoio médico e psicológico; c) Implantar programas de treinamento e conscientização, para a polícia, o pessoal prisional e todas as outras pessoas do setor público e privado que estão em posição de perpetrar ou evitar esses atos. (YOGYAKARTA, 2007, p.19).

Entretanto, não é novidade que, para um sistema prisional falho como o do Brasil, garantir o cumprimento dos direitos mencionados é praticamente impossível, uma vez que este sistema não cumpre o mais importante objetivo quanto aos presos, que é de reintegrá-los na sociedade, pelo contrário, resulta em pessoas mais violentas capazes de cometer atrocidades que antes não cometeriam, em razão das horrendas vivências dentro do sistema prisional.

Para exemplificar, uma das primeiras violações de direito ocorre assim que o preso chega pela primeira vez ao presídio, pois, em razão do sistema prisional brasileiro ser binário, há lugares apenas para os gêneros masculino e feminino, logo, pessoas transexuais já sofrem preconceito de imediato, tanto dos funcionários do local, quanto dos demais presos.

Como citado anteriormente, o art. 41 da LEP prevê o chamamento nominal como direito

do preso. Contudo, ao adentrar no presídio as pessoas transexuais são obrigadas a “abandonar” seu nome social, a rasparem o cabelo e a usarem roupas de acordo com seu sexo de nascimento, configurando uma gritante violação dos direitos da personalidade, ou seja, que são essenciais a pessoa humana.

Neste diapasão, a Resolução Conjunta nº. 1, de 15 de abril de 2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação Ministério da Justiça prevê que:

Art. 5º À pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade será facultado o uso de roupas femininas ou masculinas, conforme o gênero, e a manutenção de cabelos compridos, se o tiver, garantindo seus caracteres secundários de acordo com sua identidade de gênero. (Resolução Conjunta nº. 1, 2014, p. 02)

Contudo, apesar da existência da Resolução acima, há sim, muitos presídios que ainda insistem em desprezar tais direitos desta minoria. Devido a esse fato, a mulher transexual ou travesti fica exposta a inúmeras violações de seus direitos fundamentais, já que não recebe o tratamento adequado à sua identidade de gênero.

Segunda a Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014, art. 6º do Conselho Nacional de Combate à Discriminação Ministério da Justiça, é garantido o direito à visita íntima para a população LGBTQIAPN+ em situação de privação de liberdade, nos termos da Portaria MJ nº 1190/2008 e na Resolução CNPCP nº 4, de 29 de junho de 2011.

Apesar de existir a garantia de visita íntima às pessoas transexuais, estas visitas são restritas, uma vez que não se encaixam nos padrões considerados “normais” aceitos pelos presídios. Logo, a desigualdade para requerer visitas íntimas é mais um dos percalços que as pessoas transexuais precisam suportar.

Sabe-se que conseguir documentos de união estável já é moroso para casais heterossexuais, e quando se trata de casais do mesmo sexo, comprovar a existência de união estável é ainda mais penoso, fazendo com que muitas pessoas transexuais desistam de solicitar as visitas íntimas, ocorrendo, portanto, a violação de mais um direito.

Outrossim, a mesma Resolução Conjunta supracitada assegura ainda o direito de assistência à saúde, bem como o direito de realizarem tratamento hormonal, terapia de redesignação de sexo, e sessões com psicólogos que orientam sobre a sexualidade e demais assuntos, nos seguintes termos:

Art. 7º É garantida à população LGBT em situação de privação de liberdade a atenção integral à saúde, atendidos os parâmetros da Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - LGBT e da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional - PNAISP. Parágrafo único - À pessoa travesti, mulher ou homem transexual em privação de liberdade, serão garantidos a manutenção do seu tratamento hormonal e o acompanhamento de saúde específico. (Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014)

Contudo, não é novidade que tal direito também é constantemente violado, pois os funcionários que atendem as pessoas trans e transexuais são, na maioria das vezes, influenciados por suas próprias crenças, impossibilitando assim, a realização das assistências supracitadas de forma eficaz.

Ademais, o art. 88 da LEP aborda outro direito do preso, trazendo como requisito mínimo a cela com área de 6,00m<sup>2</sup> por pessoa:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6,00m<sup>2</sup> (seis metros quadrados). (BRASIL, 1984).

Entretanto, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), a população de presos no período de junho/2019 a dezembro/2019 era de 748.009 presos em todo o Brasil, sendo 95,06% do gênero masculino e 4,94% do gênero feminino. Baseado ainda nas pesquisas do DEPEN há no total 442.349 vagas, sendo 92,54% para vagas masculinas e 7,46% para vagas femininas. Logo, é indubitável que há bem menos vagas do que presos, resultando em casos de em uma cela em que cabem 8 pessoas está sendo ocupada por 43 pessoas.

Considerando os dados supracitados e a superlotação do sistema prisional, não é possível que o direito das pessoas transexuais e travestis seja cumprido, ficando eles nas celas comuns superlotadas, o que resulta em outras graves violações de direitos inerentes à dignidade humana.

Ao serem colocadas nas celas com os demais presos, as mulheres transgêneros e travestis acabam sendo forçadas a exercer papel de “empregada”, tendo que se submeter a lavar roupas dos outros encarcerados e limpar a cela, bem como, sofrem agressões físicas e são frequentemente abusadas sexualmente pelos companheiros de cela. A solução que alguns Estados encontram para esse problema é a colocação delas em celas separadas.

Haja vista, conforme relatório elaborado em 2013, pelo Centro para o Progresso Americano, uma pessoa transexual ou travesti tem 15 vezes mais chances de sofrer violência sexual dentro do cárcere do que uma pessoa heterossexual e/ou cisgênera (pessoas cujo gênero é o mesmo que o designado em seu nascimento). Este dado exemplifica como a prisão viola vários direitos e tende a agravar a situação de vulnerabilidade desta minoria.

Como resultado dos constantes abusos sexuais, realizados sem preservativos, os transexuais e as travestis também sofrem com Doenças Sexualmente Transmissíveis (DSTs), como por exemplo, adquirem o HIV e desenvolvem a AIDS. Sendo esta, inclusive, a grande causa de morte entre este grupo.

Além disso, também é verificada a escassez de legislação para garantir a proteção e a equidade de transexuais e travestis no sistema prisional brasileiro, sendo necessário que os legisladores se atentem verdadeiramente aos Projetos de Lei contendo esta matéria.

Entretanto, sabemos que infelizmente a bancada de senadores e deputados é composta, em sua maioria, por pessoas com interesses e crenças contrárias à causa LGBTQIAPN+, dessa forma, a solução é utilizar o poder do voto para eleger pessoas que representam o interesse desta minoria, pessoas que estão dispostas a propor e a votar em projetos que irão, de alguma forma, adicionar direitos as transexuais encarceradas, a fim de protegê-las e garantir a equidade em relação aos demais presos.

É notório que os poucos direitos que transexuais e travestis possuem são constantemente violados e tratados como se nada fossem quando se trata do sistema prisional brasileiro, resultando em consequências irreparáveis como traumas, depressão, ansiedade, doenças mentais, DSTs e outras lesões sofridas por violência física e sexual.

## IDENTIFICAÇÃO DE GÊNERO E SEXO ENQUANTO VULNERABILIDADE

O Princípio 9 de Yogyakarta recomenda que a população LGBTQIAPN+ encarcerada, participe das decisões relacionadas ao local de detenção adequado à sua orientação sexual e identidade de gênero, em razão da discriminação que é ainda maior quando se encontram privados de liberdade. Por certo, o cárcere serve de dispositivo de legitimação para o senso comum contra as travestis, do status quo que lhes conferem o lugar da pervertida, da marginal, da obscura e da ladra (CIPRIANI AGUINSKY, 2014).

Não obstante, essas detentas que defendem a transferência para unidades femininas, partem de uma percepção de que esses espaços possam conceder tratamento humanizado, menos riscos e o reconhecimento estatal de sua identidade trans feminina (BRASIL, 2020). Isso já que, as carências específicas vividas por elas nas prisões são desumanas. Esse grupo quase sempre não recebe familiares durante seu período de encarceramento, assim, não possuem acesso às “sacolas”.

Uma vez que acabam recebendo pouca ou nenhuma visita, ficam privadas de terem acesso a produtos que são indispensáveis para a sobrevivência na prisão. Ao prenderem mulheres trans em presídios masculinos, o Estado Brasileiro desrespeita o direito à identidade e à expressão de gênero, e, portanto, viola gravemente os direitos humanos.

Com base no diálogo institucional estabelecido com o Poder Executivo, o Ministro Luís Roberto Barroso relatou em Resolução Conjunta nº 1/ 2014 que:

Art. 3º - Às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos. [...]

§ 2º - A transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico ficará condicionada à sua expressa manifestação de vontade.

Art. 4º - As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas.

Parágrafo único – Às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade.

O Projeto de Lei nº 3079/2017 que estabelece diretrizes e normativas para o tratamento da população LGBTQIAPN+ no sistema penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, dispõe em seu Art. 1º, parágrafo 1º, que:

A identidade de pessoas travestis, mulheres e homens transexuais será por autodeterminação na entrada do sistema penitenciário. Assim, a unidade de custódia será compatível com o gênero declarado no momento do ingresso no sistema penitenciário, respeitando a liberdade de autodeterminação do preso ou da presa.

Na prática, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante à privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto (NUCCI, 2008).

Sendo assim, mesmo a sociedade mantendo-se um pouco mais tolerante em relação a essas discussões, a transexualidade dentro do presídio ainda é incompreendida tanto para o judiciário, como para os próprios agentes penitenciários, que na maioria das vezes, não sabem como lidar com essas detentas e corroboram com as atrocidades de outros presos contra elas.

Além disso, ao verem que se sentem humilhadas com o corte obrigatório, por exemplo, se encontram mais à vontade para colocá-las em situações vexatórias.

A caracterização da igualdade jurídica não traz à comunidade LGBTQIAPN+ soluções em um sistema totalmente desigual. Por essa razão, o nosso ordenamento jurídico pátrio é regulado pela igualdade material, que demanda a favor do tratamento desigual para pessoas que se encontram em desigualdade, a fim de que possam se equiparar ao outro. É a chamada isonomia, que deve, urgentemente, ser levada em consideração ao aprisionar uma mulher transgênero em presídios masculinos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, considerando a evolução histórica dos direitos de pessoas transexuais e travestis no Brasil e no cenário internacional, percebemos que esta ocorreu de forma bastante demorada, e que ainda não está nem perto de ser o suficiente.

Os mecanismos de efetivação de direitos devem ser adotados pelo Estado, mas principalmente, a mentalidade da população brasileira deve estar aberta a entender que transexuais e travestis são extremamente vulneráveis no nosso sistema prisional, somente assim eles terão visibilidade para que o Poder Público implemente tais mecanismos.

É preciso sopesar que mesmo sendo reconhecida a importância e a coerência do assunto, por enquanto, existe pouco interesse de transexuais e travestis em serem transferidas para as unidades femininas. Isto ocorre, porque a escolha feita por elas não é uma escolha “livre” e deveria ser assegurada por uma determinação prévia para que as deixassem mais seguras.

Considerar que a transferência prisional seja obrigatoriamente correspondente a identidade de gênero, é ignorar a suscetibilidade que homens trans poderiam viver encarcerados em prisões masculinas, por exemplo. Assim, o homem trans estaria em risco constante em qualquer ambiente desse cárcere.

Vimos que o direito da alocação de pessoas transexuais e travestis é sim, direito constitucional, entretanto, para que este direito seja materializado de forma efetiva, há apenas um posicionamento adequado: a transferência através da consulta individual da travesti ou da pessoa trans.

Em suma, infere-se de todos os fatos supramencionados a necessidade de que os direitos de pessoas transgêneros sejam cumpridos diariamente, desde a possibilidade do uso de seus nomes sociais nos estabelecimentos prisionais, até a escolha do local em que serão encarceradas, visando garantir a dignidade humana a essas pessoas, e principalmente, o direito à vida.

## REFERÊNCIAS

AGUINSKY, Beatriz Gershenson; FERREIRA, Guilherme Gomes; CIPRIANI, Marcelli. Vidas (hiper) precárias: Políticas públicas penais e de segurança face às condições e vida de travestis e transexuais no Rio Grande do Sul. Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, v. 6, n.2, p. 292-304, 2014.



AMARAL, Marília. Essa boneca tem manual: práticas de si, discursos e legitimidades na experiência de travestis iniciantes. 2012. 163 f. Dissertação (Mestrado em psicologia) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

ASSIS, Caroline de. Alas para travestis encarceradas segregam para proteger, mas não garantem direito. Minas Gerais, 2017.

ARAÚJO, Peu. Brasil lidera assassinatos de pessoas trans no mundo. R7, Rio de Janeiro, jan. 2017. Seção Notícias. Disponível em: <https://www.google.com.br/amp/noticias.r7.com/brasil/brasil-lidera-assassinatos-de-pessoastrans-no-mundo-30012017%3Famp>. Acesso em 13 de out. 2022.

BARBOZA, Heloisa Helena. Disposição do próprio corpo em face da bioética: o caso dos transexuais. Bioética e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2012.

BENEDETTI, Marcos Renato. Toda feita: o corpo e o gênero das travestis. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2005.

BENTO, Berenice. A Reinvenção do Corpo: Sexualidade e Gênero na Experiência Transexual. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei Nº 7210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei da Execução Penal.

BRASIL. Resolução SEAP Nº 558, de 29 de maio de 2015. Rio de Janeiro.

BRASIL. Resolução Conjunta 1. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação CNPCPCNCD/LGBT, de 21 de setembro de 2018.

BRASIL. Dados sobre a população carcerária do Brasil são atualizados. Brasília: 17 fev. 2020. 2020a. Disponível em: Acesso em: 20 de out. De 2022.

BORRELLI, Isabela. Transexuais: eles também estão no cárcere. Disponível em: < <http://www.siteladom.com.br/transexuais-elas-tambem-estao-no-carcere/>>. Acesso em: 10 de out. De 2022.

CASTEL, P.-H. Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do 'fenômeno transexual' (1910-1995). Revista Brasileira de História, São Paulo: Associação Nacional de História ANPUH, v. 21, nº 41, p. 77-11, 2001.

CAPPELLARI, Mariana. GÊNEROS ENCARCERADOS: LGBTs NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. 2018.

DEPEN. Grupos específicos. 2020. Disponível em: <http://www.depen.seguranca.mg.gov.br/index.php/ressocializacao/grupos-especificos>. Acesso em: 10 out. de 2022.

DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e os direitos LGBTI. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007

DONEGÁ, Cláudio Teixeira. A Transexualidade Frente uma Sociedade que Cria Regras de Gênero. Conexão Eletrônica, Três Lagoas, vol.14, n. 01,2017. Disponível em: <http://revistaconexao.aems.edu.br/wp-content/plusing/downloadattachments/includes/download.php?Id=141>. Acesso em 11 de out de

2022.

FERREIRA, Guilherme Gomes *et al.* Mapeamento do encarceramento LGBTI+ no Brasil: projeto Passagens. In: FERREIRA, Guilherme Gomes; KLEIN, Caio Cesar (Orgs.). Sexualidade e gênero na prisão: LGBTI+ e suas passagens pela justiça criminal. Salvador: Editora Devires, 2019, p. 126-149.

FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, H.; RABINOW, P. Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

ITTC. 20 ANOS DE LUTA: POPULAÇÃO LGBT E CÁRCERE. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, 2017. Disponível em <http://ittc.org.br/20-anos-de-luta-populacao-lgbt-ecarcere/>. Acesso em: 18 de out. De 2022.

LOURO, Guacira Lopes. O corpo estranho: ensaios sobre sexualidade e teoria queer. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 5 eds. rev., atual. E ampl. 3. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008;

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf). Acesso em: 11 out. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2018.

Supremo Tribunal Federal. Notícias: Supremo inicia julgamento de ADI sobre alteração de registro civil sem mudança de sexo, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346000>. Acesso em: 26 nov. 2019

## **Dedicatória**

À todas as mulheres transexuais e travestis, privadas de sua liberdade em celas ou em seus corpos, abusadas nos presídios e nas ruas, marginalizadas pelo Estado e por sua família, estigmatizadas socialmente e presas por serem, simplesmente, mulheres transexuais e travestis que existem.



**Resenha do Livro Crime e cidade:  
"Chacina das Cajazeiras", Direitos  
Humanos e investigação policial. Um  
estudo panorâmico da criminalidade  
no Estado do Ceará e no Brasil**

---

Ivan Alles Guimarães Araújo

*Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Universidade Alfvén, Santa Catarina*

Paola Rachel Pinheiro Leitão

*Mestranda em Política Criminal. Universidade de Salamanca, Espanha*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.124.21

## INTRODUÇÃO

Crime e Cidades: “Chacina das Cajazeiras” Direitos Humanos e investigação policial, escrito por Dr. Leonardo Barreto, Diretor do Departamento de Homicídios e Proteção à Pessoa (DHPP) da Polícia Civil do Estado do Ceará, nos traz um panorama da criminalidade oriunda das organizações criminosas, o perfil dos crimes violentos letais intencionais (CVLIs), assim como a responsabilidade penal dos pináculos das organizações criminosas e as teorias criminológicas de Nova Iorque a Chicago, sob a perspectiva macrossociológica, que tem como abordagem o estudo dos fatores que conduzem a sociedade ao crime.

O livro em comento, descreve um massacre ocorrido no dia 27 de janeiro de 2018 no bairro Cajazeiras (Fortaleza/CE) em um estabelecimento conhecido como “Forró do Gago”. No triste episódio, 14 pessoas morreram e 15 foram lesionadas, dentro de um cenário de crimes violentos letais e intencionais (CVLIs). Crimes estes que agregam os crimes de maior relevância social, como crimes de homicídio doloso, incluindo-se o feminicídio, a lesão corporal seguida de morte e o latrocínio.

O escritor observou na pesquisa realizada que os perfis das vítimas de CVLIs em Fortaleza/CE no ano de 2018, seguindo a mesma tendência em nível nacional, revelava, de modo geral, um quadro extremamente preocupante no momento que se fundiam fatores drásticos com reflexos danosos à sociedade, por consequente aumento dos crimes de homicídios, ampliação e fortalecimento das organizações criminosas, inchaço/descontrole do sistema carcerário e negligência generalizada aos direitos e garantias fundamentais.

O recorte etário das vítimas de CVLIs em Fortaleza/CE, no ano de 2018, permite concluir que o público juvenil é o mais afetado representado, na faixa etária de 12 a 29 anos, 864 vítimas num universo total de 1.482, equivalente a 58,2%. Enquanto isso os adultos, considerados estes na faixa etária de 30 a 64 anos totalizaram 498 vítimas, representando 33,6%. Por fim em relação aos idosos, considerando estes acima dos 65 anos de idade, houve apenas 14 vítimas, representando somente 0,9% do total de vítimas de CVLIs. Outrossim, dentro desse recorte etário, não há também homogeneidade, posto que não são quaisquer jovens que são mais suscetíveis a serem vítimas de CVLIs, mas sim, com visto, jovens do sexo masculino, com baixo nível de escolaridade, moradores de bairros periféricos e tendo como motivo preponderante disputas entre grupos criminosos rivais pelo território para a mercancia de drogas ilícitas.

No que concerne o perfil dos presos por CVLIs em Fortaleza/CE, equiparam-se ao mesmo perfil das vítimas de CVLIs, em sua maioria, possuem também baixa escolaridade, sendo 61,21% deles analfabetos ou se quer possuem o Ensino Fundamental completo.

Em se tratando da gênese do crime organizado no Brasil, o autor nos ensina que há uma controvérsia, dada à época do cangaço no Nordeste brasileiro, nos séculos XIX e XX, que teve como representante Lampião, cognome de Virgulino Ferreira da Silva. Outros se referem a prática do jogo do bicho como a primeira infração penal organizada no país. Tal prática foi criada no início do século XX pelo Barão de Drumond, que a idealizou com a intenção de arrecadar fundos para salvar os animais do Jardim Zoológico do Rio de Janeiro. Existem ainda os que entendem que a criminalidade organizada se originou no Brasil entre as décadas de 1970 e 1990 fruto da reunião num mesmo ambiente, notadamente nos presídios cariocas, de criminosos comuns com presos políticos.

Dentro desse contexto se somando as condições desumanas existentes nos presídios brasileiros é que teriam surgido as duas organizações criminosas do País, quais sejam: o Comando Vermelho (CV) e o Primeiro Comando da Capital (PCC). Segundo Clementino (2018), citado pelo autor da obra, o Comando Vermelho (CV), foi fundado no Instituto Penal Cândido Mendes, em 1979. A facção criminosa iniciou suas atividades dentro do Presídio de Ilha Grande, prestando assistência aos presidiários e às suas famílias, além de financiar inúmeras fugas. Esta organização passou a praticar assaltos a bancos e, atualmente controla o tráfico de drogas no Estado do Rio de Janeiro. Já o Primeiro Comando da Capital (PCC), foi fundado em 1993, no presídio de Segurança Máxima de Taubaté, sendo influenciado sobremaneira pelas ideias do Comando Vermelho (CV). Acredita-se que elas foram criadas com escopo de enfrentar as condições degradantes existentes dentro dos estabelecimentos prisionais paulistas e vingar a morte de 111 presos mortos no episódio que ficou conhecido como o “Massacre do Carandiru”.

A definição legal de organização criminosa, a bem da segurança jurídica está contida na Lei n.12850, de 2 de agosto de 2013, especificamente no seu Art.1º, §1º, o que dispõe: “Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.”

Para Cervini e Gomes (1997), as características comuns às organizações criminosas são: I - hierarquia estrutural; II - planejamento empresarial; III - uso de meios tecnológicos avançados; IV - recrutamento de pessoas; V - divisão funcional das atividades; VI - conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agente do poder público; VII - oferta de prestações sociais; VIII - divisão territorial das atividades ilícitas; IX - alto poder de intimidação; X - alta capacitação para a prática de fraude; XI - conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa

No contexto da “Chacina das Cajazeiras ficou esclarecido pelo autor, que o episódio ficou por conta da organização criminosa Guardiões do Estado (GDE), organização criminosa originária da cidade de Fortaleza/CE. Tendo surgido de uma dissidência do PCC, em 2015. Assim a cisão deu a GDE, autônoma e “rebelde”. Apesar de ter um estatuto próprio tem regras pouco estabelecidas, liderança pulverizada e pouco hierarquia. É bastante agressiva pelo perfil de seus membros: muito jovens, com média de 17 anos, que buscam visibilidade.

A GDE é considerada a segunda maior organização criminosa dentro dos presídios cearenses e a maior nas ruas do Estado do Ceará. Estima-se que o grupo tenha cerca de 8 mil filiados nos presídios, enquanto seu principal concorrente, o Comando Vermelho (CV) teria mais de 12 mil.

É curioso notar que o perfil da grande maioria dos integrantes dessa facção é jovem da periferia, com pouco recurso financeiro e níveis baixos de escolaridade, é o mesmo da imensa maioria de suas vítimas, conforme se verificou anteriormente, através dos estudos estatísticos dos perfis dos infratores e vítimas de CVLIs.

Em seu penúltimo capítulo o livro nos traz a responsabilização penal da cúpula criminosa das organizações criminosas que de acordo com Roxin (2009), na Teoria do Domínio da Organi-

zação Criminosa, os integrantes da cúpula das organizações criminosas devem ser responsabilizados (como autores imediatos) por todos os demais crimes cometidos pelos demais membros da facção criminosas que comandam. Assim, o autor da obra policial expressa, que apenas a responsabilidade criminal da cúpula da organização criminosa, por se só, não teria o condão de erradicar o problema complexo e difuso que elas representam para o País.

Finalizando o estudo, o autor da obra, nos remete as teorias criminológicas de Nova Iorque a Chicago que em síntese adotaram a política de tolerância zero, baseado no princípio da repressão policial inflexível a crimes menores para prover o respeito à legalidade e promover a redução do crime. Passados mais de 100 anos o Brasil ainda insiste na repressão policial como meio de frear a criminalidade. De toda sorte, a despeito dos mais variados fatores que podem influenciar na indolência da criminalidade parece ser claro e evidente o papel central da educação como a melhor política de prevenção criminal.

## REFERÊNCIAS

Barreto, Leonardo D'almeida Couto. Crime e cidade: "Chacina das Cajazeiras", Direitos Humanos e investigação policial. CeNE, 2019.

Brasil. Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12850-2-agosto-2013-776714-publicacaooriginal-140689-pl.html>

Gomes, Luiz Flávio. Cervini, Raúl. Crime organizado: enfoques criminológicos, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2. ed. São Paulo: RT, 1997

Roxin, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. In Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law e-Journal. Ed. Panóptica (em reformulação). v. 4, n. 3, p. 69-94, 17/nov/2009. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/86> Acesso em 03 out. 2022.



# O direito à saúde e a sua judicialização

Paloma Meirelles Barretto Cunha

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.124.22

## INTRODUÇÃO

O Direito Sanitário, segundo entendimento de Fernando Aith (2007)<sup>1</sup>, seria ramo que:

Disciplina as ações e serviços públicos e privados de interesse à saúde, formado pelo conjunto de normas jurídicas – regras e princípios – que tem como objetivos a redução de riscos de doenças e de outros agravos e o estabelecimento de condições que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.

Portanto, através do Direito Sanitário estuda-se o direito à saúde e as questões relativas à saúde dos cidadãos.

Mas o conceito de direito à saúde não é único, havendo diversas interpretações e limitações a depender do país, da época e da corrente doutrinária majoritária. Na verdade, o conceito de saúde implica na conjuntura social, econômica, política e cultural da sociedade em dado momento. Varia de pessoa para pessoa, envolvendo valores individuais que podem ser diferentes a depender de concepções científicas, filosóficas ou religiosas. O mesmo se aplica com relação às doenças, segundo SCLIAR (2007)<sup>2</sup>.

No Brasil, o direito à saúde não era estudado de forma autônoma, tendo sido tratado conforme orientações gerais, a exemplo das trazidas pela Organização Mundial da Saúde (OMS), instituição criada em 1946, após a segunda guerra, que enuncia a saúde como um completo estado de bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade.

Surgiram inúmeras críticas ao supracitado conceito de saúde, especialmente em razão da expressão ‘completo estado’, uma vez que seria quase impossível a permanência, pelas pessoas, nesse completo estado de bem-estar. Seria um conceito muito abstrato e subjetivo, não podendo ser utilizado como meta pelos serviços de saúde, consoante afirmou FONSECA e CORBO (2007)<sup>3</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>4</sup>, em 1948, reconheceu a saúde como direito inalienável de toda e qualquer pessoa e como um valor social a ser perseguido por toda a humanidade. Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>5</sup> (Pacto São José da Costa Rica), elenca o direito à vida e à integridade física, psíquica e moral nos seus artigos 4 e 5.

Portanto, com as manifestações internacionais, diversos países passaram a incluir o direito à saúde entre os direitos fundamentais.

A 8ª Conferência Nacional de Saúde brasileira, ocorrida em 1986, cujo objetivo era fornecer informações para a reforma do Sistema Nacional de Saúde, ofertou, em um Relatório de Conclusão, um conceito do que seria o Direito à Saúde, tendo ampliado a interpretação até então existente, passando a afirmar o seguinte:

<sup>1</sup> AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário. A proteção do direito à saúde no Brasil*. QuartierLatin: São Paulo: QuartierLatin. 2007. p. 92.

<sup>2</sup> SCLIAR, Moacyr. *História do conceito de saúde*. Physis: Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro: SIS. 2007.

<sup>3</sup> FONSECA, Angélica Ferrerira; CORBO, Anamaria D'Andrea. *O território e o processo saúde-doença*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007. p. 57-58).

<sup>4</sup> “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários” (Artigo 25º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948).

<sup>5</sup> O tratado, também chamado de Pacto de San José da Costa Rica, foi assinado em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José, na Costa Rica, e ratificado pelo Brasil em setembro de 1992.



A caracterização da saúde de cada indivíduo como interesse coletivo, como dever do Estado a ser contemplado de forma prioritária por parte das políticas sociais.

A garantia da extensão do Direito à Saúde e do acesso igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional (BRASIL, 1986, p. 8)

A partir dessas mudanças, o Brasil passou a incluir o Direito à Saúde na Carta Magna de 1988, garantindo o acesso universal como um dos seus princípios basilares.

Assim, o reconhecimento da saúde como direito fundamental social foi inovação da Constituição Federal de 1988, uma vez que as Cartas<sup>6</sup> anteriores não traziam o direito ao acesso aos serviços de saúde de forma universal e igualitária.

Desta forma, a Constituição Federal de 1988, no artigo<sup>6º</sup>, de forma expressa, incluiu o direito à Saúde entre os direitos sociais, que estão previstos no título dos Direitos e Garantias Fundamentais, ao aduzir que:

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

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 1º, ao dispor sobre os princípios fundamentais, também estabelece que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamento, dentre outros, a dignidade da pessoa humana.

Desta forma, percebe-se que o sistema constitucional Brasileiro elegeu a saúde como um direito fundamental, essencialmente vinculado ao direito à vida. (PIOVESAN, 1999, p. 05).

Segundo o Supremo Tribunal Federal, a saúde apresenta-se como um direito fundamental, devendo ser observado e garantidos por todos os entes públicos, ao aduzir que:

O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (STF<sup>7</sup>)

O direito à saúde tem tratamento específico no Título VIII, artigos 196 a 200, da Constituição, que preconizam o seguinte:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

A Carta Maior ainda dispõe, no seu art. 198, que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único de saúde – SUS, organizado seguindo as diretrizes de descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo

*6 As Constituições de 1824 e 1891 não tratavam do direito à saúde, ao passo que as Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967 apenas tratavam de expor competências legislativas da União, Estado, Municípios e Distrito Federal. 7RE 271.286 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 12-9-2000, 2ª T, P, DJ de 24-11-2000. STA 175 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, j. 17-3-2010, P, DJE de 30-4-2010*

dos serviços assistenciais e participação da comunidade.

Ainda com relação à saúde, o artigo 199 estabelece a participação dos entes privados na assistência à saúde, bem como dispõe que determinadas matérias relacionadas a procedimentos médicos serão regulamentadas<sup>8</sup>.

Finalmente, o artigo 200 elenca as atribuições do Sistema único de Saúde, dentre elas a de participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico.

Objetivando disciplinar os regramentos constitucionais, foi publicada a Lei Orgânica da Saúde, a Lei Federal nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

A Lei federal nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990, por sua vez, dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

Desta forma, percebe-se que a Carta Magna de 1988, juntamente com a legislação que veio complementá-la, de forma inovadora, dispõe ser a saúde Direito Humano fundamental, reforçando a ideia de que a participação estatal é imprescindível sob muitos aspectos, particularmente no campo social, sendo a saúde dever do Estado. Deste modo, verifica-se que o sistema constitucional de 1988 impulsiona o Estado ao bem-estar social. Assim, o Estado o Estado-inimigo cede lugar ao Estado-amigo. O Estado deixa de ser meramente formal para legitimar-se como um Estado de justiça social, concretamente realizável. (PIOVESAN, 1999, p. 05).

A Constituição Federal, ao admitir dentre os direitos fundamentais o direito à saúde, e ao dispor, no artigo 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido através de políticas públicas, criou deveres para o poder legislativo (criar leis relacionadas à saúde) e para o Executivo (implementar e concretizar as políticas públicas na área de medicamentos e serviços de saúde).

O Sistema Único de Saúde, portanto, é o sistema previsto na Constituição Federal que terá entre uma das suas funções a formulação de políticas de saúde, de modo a garantir à população a prestação dos serviços de saúde e o fornecimento de medicamentos aos cidadãos<sup>9</sup>.

Porém, apesar das inovações e da ampla abrangência do Sistema, ainda há carência por parte do Estado da elaboração e efetivação destas políticas, especialmente as relacionadas ao fornecimento de medicamentos pelo SUS, seja em razão da negativa de oferecimento dos medicamentos previstos na lista do SUS, seja pela ausência de disponibilização de medicamentos

*8 A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.*

*§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.*

*§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.*

*§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.*

*§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização*

*9 Artigo 5º da Lei nº 8.080/90: São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:*

*I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;*

*II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;*

*III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.*

diversos à população.

Diante deste fato, verifica-se a crescente busca ao Poder Judiciário para o deferimento de demandas de saúde.

Conquanto não seja possível assegurar com total precisão o número de ações que tramitam no Brasil referentes à judicialização da saúde, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde (CONJUR/MS), órgão da Advocacia-Geral da União, fez estudo em 2013, tendo concluído que houve um expressivo crescimento no número de ações propostas, tendo recebido no ano de 2009, 10.486 (dez mil, quatrocentos e oitenta e seis) novas ações, ao passo que em 2012 os números já foram de 13.051 (treze mil e cinquenta e uma). (AGU- Intervenção Judicial na Saúde Pública, 2013, p. 04).

O referido trabalho concluiu, base nos dados atualizados até 2012, que:

De fato, ainda que não estejam plenamente consolidados os dados relativos à intervenção judicial em saúde no país, pode-se afirmar, com base no que foi apurado pela presente pesquisa que, apesar de existirem apenas 240.980 processos em trâmite no Judiciário (dados do Conselho Nacional de Justiça), os gastos que esses processos representaram, apenas no ano de 2010, a quantia de R\$ 949.230.598,54 (novecentos e quarenta e nove milhões, duzentos e trinta e mil, quinhentos e noventa e oito reais e cinquenta e quatro centavos), ou seja quase 1 bilhão de reais, considerados os dados colhidos com a União e os Estados de Goiás, Santa Catarina, São Paulo, Pará, Paraná, Pernambuco, Minas Gérias, Tocantins e Alagoas (excluídos os outros 17 Estados, o DF e todos os Municípios). (AGU- Intervenção Judicial na Saúde Pública, 2013, p. 04).

Deste modo, vê-se que, no Brasil, a judicialização da Saúde tem sido um dos temas mais recorrentes nos Tribunais, significando, com isso que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário.

O Judiciário, no cenário atual, passa a efetivar diretamente muitos direitos relacionados à saúde, garantindo o fornecimento de medicamentos e o acesso à tratamentos àqueles que judicialmente os postulam.

O Ministro Celso de Mello, em julgamento ao Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº47/PE<sup>10</sup>, concluiu sobre o papel do Judiciário que:

A essencialidade do direito à saúde fez com o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

Desta forma, é entendimento majoritário dos Tribunais e da doutrina brasileiros que existe possibilidade de o Judiciário, diante da omissão dos poderes Executivo e Legislativo, suprir a atuação e implementar, no caso concreto, políticas públicas através de decisões judiciais que determinem a aquisição de medicamentos, por exemplo. Deste modo, Barroso aduz que “Sempre que a Constituição define um direito fundamental ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial.”<sup>11</sup>

Portanto, poderá/deverá o Judiciário intervir sempre que um direito estiver sendo des-

<sup>10</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47/PE*, publicado em 30.04.2010.

<sup>11</sup> BARROSO, Luis Alberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Trabalho desenvolvido para a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 02 de novembro de 2017.*

cumprido e desde que não existam escolhas ou ponderações válidas feitas pelo Legislador. (BARROSO, p.12).

Questão essencial reside na forma como as decisões judiciais, em especial aquelas que determinam a aquisição de medicamentos pelos entes públicos, são postas em prática pelo Poder Judiciário.

É cediço que em muitas situações as decisões servem justamente para garantir ao particular direitos não efetivados pelos entes públicos e estão pautadas na legalidade e na observância das orientações dos Tribunais Superiores. Deste modo, a atuação judicial efetivamente contribui para a garantia ao cidadão acesso à política de saúde garantida constitucionalmente.

Porém, existem situações outras em que as decisões impõem aos advogados públicos uma atuação mais cautelosa de modo a garantir o cumprimento das determinações judiciais que efetivamente garantam o direito à saúde, ao mesmo tempo em que devem proteger o ente Público quando diante de situações que possam gerar prejuízos ou ofender normas constitucionais.

Portanto, atividade judicial deve guardar parcimônia de modo a não desvirtuar as opções legislativas e administrativas existentes. Na ausência de lei ou ação administrativa implementando a Constituição, ou no seu descumprimento, deverá o Poder Judiciário intervir. Mas na existência de regramento, competirá aos juízes atuar nos limites impostos, de modo a evitar eventual interferência judicial. (BARROSO, p.22).



# Dos crimes cibernéticos: a insuficiência da legislação repressiva

---

Jaine Paula Rodrigues

*Acadêmica do Curso de Direito, da Faculdade de Ciências Contábeis de Nova Andradina  
– FACINAN*

Mariana Stabile Mendes

*Professora orientadora, Especialista em Direito Civil pela Faculdade Anhanguera e Professora no Curso  
de Direito, da Faculdade de Ciências Contábeis de Nova Andradina – FACINAN.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.124.23

## RESUMO

No presente artigo buscou-se abordar de maneira ampla a atual conjuntura do ordenamento jurídico pátrio atinente a regulamentação do ciberespaço, sobretudo a repressão aos crimes cibernéticos. No desenvolvimento da presente pesquisa, é possível verificar que a sociedade pós-moderna não se preparou tempestivamente para a realidade cibernética, ante a rápida expansão tecnológica potencializada pela sociedade de risco, também denominada modernidade líquida, mormente quanto as condutas criminosas cibernéticas, ante a volatilidade das interações humanas oriundas da difusão da internet e dos meios tecnológicos. Ademais, da análise do direito comparado, o legislador brasileiro quanto repressor de crimes cibernéticos é tímido e moroso, sendo que as leis combativas aos crimes cibernéticos apenas reprimem pouquíssimos delitos virtuais. Fora estruturada uma síntese da evolução legislativa quanto aos crimes cibernéticos tipificados pelo ordenamento jurídico pátrio, bem como ao fim da pesquisa, fora realizada proposta de reunião dos tipos penais cibernéticos mais importantes e recorrentes em uma única lei, assim como a tipificação de outros crimes cibernéticos, a fim de garantir maior proteção ao direito cibernético e demonstrar para a população brasileira a superação da sensação de impunidade de condutas criminosas praticadas no ciberespaço.

**Palavras-chave:** crimes cibernéticos. ciberespaço. internet. direito cibernético. impunidade.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa trata do direito cibernético, especialmente em relação ao manuseio do legislador pátrio quanto a repressão dos crimes cibernéticos, enfatizando a timidez e a morosidade legislativa brasileira no efetivo combate às condutas criminosas praticadas no ciberespaço.

Efetivamente a sociedade pós-moderna está intrinsecamente conectada à internet e ao direito cibernético, o mundo contemporâneo conquistou o patamar de desenvolvimento em virtude das facilidades tecnológicas, as quais ofertaram novos recursos, mas principalmente difundiram e aceleraram o manuseio e a troca de informações sobre todas as searas.

Assim sendo, a progressão meteórica da tecnologia na sociedade atual implicou na faliabilidade da assimilação dos crimes cibernéticos, ante o fato de que os criminosos virtuais se valem da instabilidade da regulamentação das condutas criminosas praticadas no ciberespaço, sendo que tais práticas atingem inúmeras pessoas todos os dias.

Como objetivo primordial, este artigo possui o condão de enfatizar a ausência de uma legislação robusta capaz de desestimular os criminosos cibernéticos, seja com tipificação de várias condutas cibernéticas ilícitas, bem como a efetiva punição destes indivíduos.

Este trabalho fora construído por uma análise bibliográfica de vários autores renomados sobre a temática, assim como o agrupamento das principais leis que tratam do ciberespaço e tipificam condutas criminosas atualmente.

O presente artigo fora estruturado em quatro unidades, incluindo as considerações finais, sendo que na primeira unidade é discutida a construção da sociedade atual em virtude da invenção da internet, em um segundo momento, são debatidos conceitos sobre o sistema que compreende os crimes cibernéticos, na terceira unidade, é realizado um paralelo entre os delitos

cibernéticos já tipificados com outras condutas cibernéticas passíveis de serem consideradas infrações penais no ordenamento jurídico pátrio.

## DOS DESDOBRAMENTOS DO USO DA INTERNET NA SOCIEDADE ATUAL

É inevitável reconhecer que a sociedade atual é bem diferente da sociedade do século XX. Tal comparação é necessária para que seja possível identificar a influência da internet na sociedade global. É certo que a conjuntura atual se caracteriza pela circulação intensa de dados e informações em todos os aspectos e searas da sociedade como um todo. Neste cenário, mostra-se importante destacar a origem da internet, bem como a sua interferência na sociedade atual.

### Origem da Internet

Apesar de mais de 50 (cinquenta) anos da criação da internet, inegavelmente esta é considerada incipiente, especialmente na relação entre a sua influência na sociedade atual e a extensão de tempo que compreende sua criação. Leonardi destaca que a interação ferrenha dos usuários com a informação, implicou na elevação da internet a um patamar inerente aos avanços tecnológicos responsáveis para a construção da sociedade contemporânea:

A Internet representa um dos principais avanços tecnológicos da humanidade. Se a civilização e a cultura se desenvolveram com a escrita, popularizaram-se com a imprensa e foram posteriormente centralizadas, homogeneizadas e hierarquizadas pelos meios de comunicação de massa, “a Internet *alterou* radicalmente esse quadro, permitindo que a informação, agora em formato digital, seja descentralizada, diversificada e democratizada, possibilitando aos usuários interagir com a informação”. (BENKLER, 1996 *apud* LEONARDI, 2011, p. 28).

Insta mencionar que o alcance global atingido pela internet é ímpar, sobretudo pelo fato de que a referida tecnologia possui origem no ano de 1969. Conforme leciona Castells, a internet detém nascedouro nos Estados Unidos, voltada a primeiro momento ao uso militar, no que tange a facilitação da interação de informações entre as unidades internas e a armazenagem de dados em uma eventual catástrofe nuclear, veja-se:

As origens da Internet podem ser encontradas na Arpanet, uma rede de computadores montada pela Advanced Research Projects Agency (ARPA) em setembro de 1969. AARPA foi formada em 1958 pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos com a missão de mobilizar recursos de pesquisa, particularmente do mundo universitário, com o objetivo de alcançar superioridade tecnológica militar em relação à União Soviética na esteira do lançamento do primeiro Sputnik em 1957. (CASTELLS, 2003, p. 16).

Neste enredo, cabe ressaltar que somente em 1990 ocorreu a efetiva propagação do uso da internet em ambiente civil e difundido, por meio de uma aplicação de compartilhamento de informações estruturadas por Tim Berners-Lee, a qual conhecemos atualmente por “WWW” (World Wide Web), nos termos da pesquisa de Castells:

O que permitiu à Internet abarcar o mundo todo foi o desenvolvimento da www. Esta é uma aplicação de compartilhamento de informação desenvolvida em 1990 por um programador inglês, Tim Berners-Lee, que trabalhava no CERN, o Laboratório Europeu para a Física de Partículas baseado em Genebra. Embora o próprio BernersLee não tivesse consciência disso (Berners-Lee, 1999, p.5), seu trabalho continuava uma longa tradição de ideias e projetos técnicos que, meio século antes, buscara a possibilidade de associar fontes de informação através da computação interativa. (CASTELLS, 2003, p. 16).

Assim sendo, apesar da criação da internet em 1969, apenas em 1990 a mesma come-

çou a ser disponibilizada para a população em geral, ultrapassando o nascedouro militar e o uso adstrito às universidades.

## **A Sociedade de Risco e a Modernidade Líquida como ambiente favorável aos Criminosos Cibernéticos**

Importa destacar que a sociedade contemporânea é marcada por processos de modernizações preciosos para alcançar um ambiente que oferte maiores possibilidades para todos os indivíduos, em várias facetas sociais, como por exemplo: saúde, lazer, trabalho, educação, entre outros.

Neste rumo, a progressão vigorosa da utilização da internet pelos aparelhos pertinentes, proporcionou a sociedade um desenvolvimento exponencial em todas as suas áreas, ante a velocidade de informações que promoveram uma evolução inegável da qualidade de vida. Entretanto, é possível verificar que houve falibilidade estatal e da sociedade como um todo no que tange a assimilação eficiente das alterações advindas das transformações de paradigmas evidenciadas nesta atual fase da sociedade, em virtude do surgimento da sociedade da informação e da tecnologia.

Destarte, calha valer-se da teoria de Beck (2010, p. 25), a sociedade de risco, veja-se:

Argumentando sistematicamente, cedo ou tarde na história social começam a convergir na continuidade dos processos de modernização as situações e os conflitos sociais de uma sociedade “que distribui riqueza” com os de uma sociedade “que distribui riscos”.

No pensar de Beck, a sociedade pós-moderna possui inúmeros avanços de comportamentos, recursos, facilidades, possibilidades, todavia, os riscos desta sociedade também aumentaram de maneira significativa, sendo que em diversos pontos a mesma não está preparada para erradicar ou ao menos minimizar mencionados riscos.

É evidente que a sociedade contemporânea, costurada pelo manuseio instantâneo da informação e da tecnologia, potencializou os riscos no que tange as condutas humanas, sobretudo pela ausência de preparo estatal na regulamentação efetiva capaz de afastar ou minimizar os referidos riscos, que são frutos de uma sociedade a qual não fora planejada de maneira consciente.

Neste cenário, a sociedade que oferta elevados riscos é produto de uma modernidade líquida, volúvel, instável, proporcionada pela ausência de experiência social em conduzir e regular algo tão peculiar como a internet e as tecnologias contemporâneas (BAUMAN, 2001). Nos ensinamentos de Beck e Bauman, a sociedade atual detém particularidades as quais propiciam riscos a todos os seus integrantes, ante a evolução de comportamentos humanos e recursos tecnológicos.

Partindo da premissa de que a sociedade atual é também caracterizada por inúmeros riscos, mostra-se necessário destacar que o cenário tecnológico, em especial o ambiente da internet, infelizmente é amplamente utilizado para a prática de condutas ilícitas, os denominados crimes cibernéticos, os quais não são tratados com o necessário vagar pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme será esmiuçado a seguir.



## DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

Em primeiro momento se faz necessário trabalhar o instituto do ciberespaço, a fim de definir e entender o âmbito de propagação dos delitos cibernéticos. Nos dizeres de Monteiro, o ciberespaço é entendido como uma realidade virtual, onde a territorialidade não é palpável, é um plano único e inabitável materialmente, seria o meio, um instrumento de propagação e armazenamento de dados e informações, possibilitando várias inteirações humanas naturais do meio físico, material ou palpável. (MONTEIRO, 2007)

Gibson define o ciberespaço como sendo um espaço controlado ou espaço dirigido, oriundo de uma representação gráfica de dados reunidos por um sistema integrado de rateio de informações, integralmente, assim o define:

Uma alucinação consensual vivida diariamente por bilhões de operadores autorizados, em todas as nações, por crianças aprendendo altos conceitos matemáticos.... Uma representação gráfica de dados abstraídos dos bancos de dados de todos os computadores do sistema humano. Uma complexidade impensável. Linhas de luz abrangendo o não-espaço da mente; nebulosas e constelações infindáveis de dados. (GIBSON, 2003, p. 67).

Neste contexto, o ciberespaço é o plano, a realidade pela qual os atos cibernéticos ocorrem, assim como os delitos digitais, isto é, a estrutura meio utilizada pelos criminosos da internet, para praticarem os ilícitos digitais.

Os crimes cibernéticos são aqueles cometidos contra ou por meio do aparato tecnológico, tendo maior incidência no âmbito da internet. Os delitos retromencionados possuem também as seguintes nomenclaturas: cibercrime, crime digital, crime informático, crime eletrônico, “cyber-crime”, delito informático, entre outras.

Cabe resgatar um famigerado conceito elaborado por Rossini (2004, p. 78):

O conceito de ‘delito informático’ poderia ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade e a confidencialidade.

Jesus e Milagre (2016, p. 46-47) fornecem ilustre conceito sobre o tema, veja-se:

Conceituamos crime informático como o fato típico e antijurídico cometido por meio da ou contra a tecnologia da informação. Decorre, pois, do Direito Informático, que é o conjunto de princípios, normas e entendimentos jurídicos oriundos da atividade informática. Assim, é um ato típico e antijurídico, cometido através da informática em geral, ou contra um sistema, dispositivo informático ou rede de computadores. Em verdade, pode-se afirmar que, no crime informático, a informática ou é o bem ofendido ou o meio para a ofensa a bens já protegidos pelo Direito Penal.

Neste cenário, os crimes informáticos são aquelas condutas que ofendem o bem jurídico vinculado ao direito cibernético, seja na violação de dados pessoais ou bancários, seja na afetação de patrimônio material ou imaterial, entre outros diversos bens jurídicos. Além do mais, esses crimes são classificados de acordo com a proteção do bem jurídico, sendo que o ciberespaço pode ser utilizado como um meio da execução do delito, ou até mesmo sendo o alvo central do crime, ou seja, o direito cibernético é o bem imediatamente lesado.

A maioria da doutrina especializada aplica a classificação dos crimes cibernéticos, como sendo, próprios, impróprios, mistos e mediato ou indireto.

## **Crimes Cibernéticos Próprios**

Os crimes cibernéticos próprios, também denominados de puros, podem ser identificados como aqueles em que o objeto direto visado pelos criminosos são efetivamente os bancos de dados, sistemas informatizados, arquivos ou terminais tecnológicos, valendo-se normalmente de vulnerabilidades dos próprios sistemas ou plataformas, ou ainda de uma engenharia social – golpes e processos estratégicos dissimulados contra a vítima – entre outras condutas. (BARRETO; BRASIL, 2016).

Neste rumo, calha recuperar a definição construída por Wendt e Jorge (2013, p. 21) quanto a instituto engenharia social, veja-se:

É a utilização de um conjunto de técnicas destinadas a ludibriar a vítima, de forma que ela acredite nas informações prestadas e se convença a fornecer dados pessoais nos quais o criminoso tenha interesse ou a executar alguma tarefa e/ou aplicativo. Cabe destacar que geralmente os criminosos simulam fazer parte de determinada instituição confiável, como bancos, sites de grandes lojas, órgãos do governo ou outros órgãos públicos para que a vítima confie nos falsos dados apresentados, o que, na verdade, será a isca para que sejam fornecidas as referidas informações.

Realizadas tais anotações, é possível verificar que a denominada engenharia social é intrinsecamente conectada com a execução dos crimes cibernéticos próprios, tendo em vista que a referida engenharia se trata de manobras de coleta indevida de dados sigilosos e pessoais das vítimas, pelo desenrolar de técnicas maliciosas e fraudulentas praticadas no ciberespaço.

## **Crimes Cibernéticos Impróprios**

Os denominados crimes cibernéticos impróprios são aqueles em que a tecnologia da informação é apenas a ponte utilizada para a efetivação de agressões aos bens jurídicos já resguardados pela lei penal incriminadora, isto é, o direito cibernético não é o alvo originário dos criminosos, mas tão somente o meio empregado na conduta delitiva. (JESUS; MILAGRE, 2016).

No entendimento de Barreto e Brasil (2016, p. 38), os delitos cibernéticos impróprios ou impuros

(...) são aqueles onde o dispositivo tecnológico é utilizado como meio para a prática do delito, propiciando a sua execução ou o seu resultado. Aqui, apenas o veículo em que o crime é praticado é que envolve tecnologia, sendo perfeitamente adequadas diversas figuras típicas previstas no Código Penal Brasileiro ou em leis penais especiais.

Destarte, o delito cibernético impróprio é entendido como aquela conduta proibida juridicamente já identificada por uma legislação incriminadora, sendo que o meio de execução da mencionada conduta é o ciberespaço, sendo apenas compreendido como uma inovadora forma de praticar o crime previamente definido como tal.

## **Crimes Cibernéticos Mistos**

A definição de crimes cibernéticos mistos é norteadada pelo fato de que tais delitos são considerados como sendo crimes complexos, ante o fato de que nestes delitos ocorre uma junção de bens jurídicos, isto é, além da proteção ao direito cibernético protege-se também bem jurídico de outra natureza jurídica, perfazendo assim uma composição de proteção a qual engloba distintos bens da vida.

Vianna e Machado (2013, p. 34) comentam o tema:

Crimes informáticos mistos são crimes complexos em que, além da proteção da inviolabilidade dos dados, a norma visa a tutelar bem jurídico de natureza diversa. São delitos derivados da invasão de dispositivo informático que ganharam status de crimes *sui generis*, dada a importância do bem jurídico protegido diverso da inviolabilidade dos dados informáticos.

O entendimento de que os crimes cibernéticos mistos possuem patamar de crimes *sui generis* é acertado, tendo em vista que os crimes assim definidos são únicos na sua formação, bem como na sua complexidade.

A doutrina enfatiza o tipo penal condicionado no artigo 72, inciso I da lei nº 9504 de 1997 como sendo um delito cibernético misto, na íntegra:

Art. 72. Constituem crimes, puníveis com reclusão, de cinco a dez anos:

I - obter acesso a sistema de tratamento automático de dados usado pelo serviço eleitoral, a fim de alterar a apuração ou a contagem de votos;

Neste contexto, é possível verificar que o fato de o tipo incriminador tutelar tanto direito cibernético – integridade de sistema de tratamento de dados – como direito eleitoral – integridade da apuração ou contagem de votos – implica na junção da proteção de bens jurídicos de natureza distintas, evidenciando a classificação como sendo de crime cibernético de caráter misto.

## **Crimes Cibernéticos Mediatos ou Indiretos**

Os doutrinadores Jesus e Milagre (2016, p. 53) abordam o tema, com a seguinte definição de crime cibernético mediato:

(...) trata-se do delito informático praticado para a ocorrência de um delito não informático consumado ao final. Em Direito Informático, comumente um delito informático é cometido como meio para a prática de um delito-fim de ordem patrimonial. Como, por exemplo, no caso do agente que captura dados bancários e usa para desfalcar a conta corrente da vítima. Pelo princípio da consunção, o agente só será punido pelo delito-fim (furto).

Oportunizada essa conceituação inicial, insta destacar que diferentemente dos crimes informáticos impróprios, os delitos cibernéticos mediatos atingem efetivamente também o direito cibernético, apesar de não serem punidos em virtude da aplicação do princípio da consunção. Além do mais, os crimes cibernéticos mediatos distinguem-se dos delitos informáticos mistos pelo fato de que ocorre em verdade violação dupla de tipos penais distintos, ao passo, que os delitos mistos englobam em um único tipo incriminador dois bens da vida de natureza jurídicas distintas.

## **METODOLOGIA**

O presente artigo é articulado por uma análise legislativa quanto a temática do ciberespaço, especialmente quanto a incriminação de condutas ilícitas praticadas no plano virtual, complementada pelos ensinamentos doutrinários de especialistas brasileiros. Valendo-se do critério acima mencionado, a presente pesquisa indicou a estrutura legislativa atual, bem como apontou a necessidade de avanços do legislador pátrio na repressão dos crimes cibernéticos, sobretudo pela constatação de que o ordenamento pátrio não contempla satisfatoriamente o tema, ante a comparação com os demais países do mundo. Após esses passos, foram apresentados movi-

mentos a serem realizados pelo legislador, seja com uma nova estrutura repressiva, bem como pela incriminação de outras condutas habitualmente praticadas pelos criminosos cibernéticos.

## DA IMPUNIDADE DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

Da análise da atual conjuntura do ordenamento jurídico brasileiro quanto a repressão aos crimes cibernéticos é possível identificar que o legislador ainda se mostra tímido e moroso, conforme será apresentado adiante.

### Da Insuficiência Legislativa quanto aos Crimes Cibernéticos

Em verdade existem algumas legislações que tratam de crimes cibernéticos no Brasil, todavia essa quantidade é insuficiente para a realidade contemporânea pátria, sobretudo pelo fato de que a dimensão do ciberespaço é incalculável, assim como as condutas efetuadas pelos criminosos cibernéticos.

O ordenamento jurídico pátrio é esporadicamente alimentado pela positivação de normas incriminadoras quanto ao direito cibernético, bem como em relação ao reconhecimento de direitos e garantias do mundo imaterial, entretanto, a estrutura legislativa combativa aos delitos cibernéticos não justifica a gama de ações criminosas praticadas no âmbito do ciberespaço.

Em 1998, a lei nº 9609, em seu artigo 12, tratou sobre a violação de direitos autorais de programa computador, veja-se:

Art. 12. Violar direitos de autor de programa de computador:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos ou multa.

§ 1º Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de programa de computador, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente:

Pena - Reclusão de um a quatro anos e multa. (...)

A lei destacada anteriormente fora conhecida como Lei da Pirataria, sendo considerada inaugural quanto ao tema crimes cibernéticos em âmbito brasileiro.

A lei nº 9983, de 2000 acoplou ao Código Penal dois tipos penais a fim de resguardar banco de dados e sistema de informações da Administração Pública, artigos 313-A e 313-B.

No âmbito do sistema jurídico de proteção à criança e ao adolescente, em 2008 pela lei nº 11829, fora acrescido crimes voltados a erradicação da pornografia entre crianças ou adolescentes, pelos tipos incriminadores compreendidos entre os artigos 241-A ao 241-C do Estatuto da Criança e do Adolescente, veja-se:

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

(...)

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra

forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

(...)

Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)  
Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

No ano de 2012, o legislador brasileiro avançou na tipificação criminal de delitos informáticos, mormente em razão do advento da lei nº 12.737 – apelidada como Lei Carolina Dieckmann, após a divulgação de fotos íntimas da atriz global, obtidas por uma invasão de dispositivo informático (PINHEIRO, 2021) –, ante a equiparação de cartão de crédito ou débito a documento particular, tendo em vista que na época tais dispositivos eram bastante visados pelos falsários (parágrafo único do artigo 298 do Código Penal); bem como a criminalização pela interrupção de serviço telemático ou de informação de utilidade pública (§ 1º do artigo 266 do Código Penal); e, assim como pela tipificação do crime de invasão de dispositivo informativo (artigo 154-A do Código Penal).

O crime de invasão de dispositivo informático é considerado um avanço significativo quanto a proteção ao direito cibernético. Além do mais, com a lei nº 14.155 de 2021, o referido delito passou a ser um crime de médio potencial ofensivo, ante a majoração da pena, que antes da lei era de 3 (três) meses a 1 (um) ano de detenção, passando a punir com reclusão de 1 (um) a 4 (anos) e multa, veja-se:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático de uso alheio, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

(...)

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Em 2014 a lei nº 12965, denominada marco civil da internet, reconheceu princípios, direitos, garantias e deveres para a utilização da internet. Também reconhecida como Constituição da Internet, a referida lei costurou a convalidação de vários direitos fundamentais no âmbito do ciberespaço, valendo-se inclusive de complementação nas atividades de repressão aos crimes cibernéticos, bem como considerou e definiu fatos cibernéticos. (JESUS; MILAGRE, 2016).

O marco regulatório da internet no Brasil, regulamentado pelo Decreto nº 8.771 de maio de 2016, reconheceu o direito de acesso à internet a todos os cidadãos, como também o acesso à informação e outros direitos – artigo 4º –, elevou a categoria de princípios o uso da internet,

entre outros, a proteção da privacidade; proteção de dados pessoais; responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades – artigo 3º –.

Importa destacar que o marco civil da internet estabelece o dever de manter os registros de conexão aos provedores de internet, pelo prazo de 1 (um) ano, sendo que o provedor de aplicações de internet – por exemplo, provedores de redes sociais – deve manter os registros de acesso às suas aplicações de internet, pelo prazo de 6 (seis) meses, veja-se:

Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento.

(...)

Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

Neste contexto, vale a reflexão de que a máxima da impunidade absoluta no uso da internet no ciberespaço não coaduna corretamente com a realidade jurídica pátria, pois os rastros deixados pelos criminosos podem ser identificados pela autoridade competente, todavia a vítima deve movimentar o sistema investigatório para apuração das condutas delituosas já tipificadas pelo legislador nacional.

A lei nº 13709 de 2018 dispõe sobre a proteção de dados pessoais, inclusive em ambientes virtuais, garantindo resguardo aos dados pessoais por parte de empresas ou pessoas físicas que por alguma razão tratem dados pessoais de outras pessoas físicas ou jurídicas, sobretudo no ambiente cibernético, bem como estrutura a necessidade de informação adequada sobre a disponibilização de dados, a exclusão dos mesmos, sendo que a malversação de dados pessoais, podem implicar em multa de até 2% do faturamento da pessoa jurídica no seu último exercício, limitada a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

Destarte, apesar de existência de algumas leis brasileiras que tratem do assunto ciberespaço, a repressão jurídica contra os crimes cibernéticos é muito tímida, especialmente na comparação com os demais ordenamentos jurídicos dos demais países.

A morosidade legislativa brasileira pode ser robustecida pelo fato de que somente em 15 de dezembro de 2021, por meio do decreto legislativo de nº 37 de 2021, o Congresso Nacional aderiu ao texto da Convenção sobre o Crime Cibernético, celebrada em Budapeste, em 23 de novembro de 2001.

A destacada convenção dirigida pelo Conselho da Europa, tratou de ser o primeiro instrumento internacionalmente costurado com a finalidade de angariar meios para compreender o ciberespaço, como também estabelecer mecanismos para embate aos crimes cibernéticos, introduzindo terminologias, medidas a serem tomadas para o combate aos delitos virtuais em nível nacional, a previsão de novas condutas criminais temáticas, incremento para a estruturação de uma cooperação internacional entre os órgãos competente para investigações criminais, o incentivo para aparelhamento de legislações específicas sobre o ciberespaço. (WENDT; JORGE, 2013).

Neste contexto, é possível identificar que somente após 20 (vinte) anos da celebração da Convenção sobre o Crime Cibernético o Brasil aderiu ao instrumento internacional, evidenciando a lentidão do legislador pátrio, sobretudo pelo fato de que vários países latino-americanos – por exemplo, Argentina, Chile, Colômbia, Peru – tornaram-se signatários muito previamente ao Brasil.

Importa destacar que a adesão à Convenção sobre o Crime Cibernético pelo Brasil apresenta um prelúdio de uma etapa legislativa voltada à repressão massiva dos crimes cibernéticos, especialmente pela garantia de uma cooperação internacional mais encorpada no combate e punição às condutas criminosas cibernéticas.

## Da Proposta de Positivização de outros Crimes Cibernéticos

Existem duas formas básicas de sistematização dos crimes cibernéticos, a organização de caráter esparsa das leis que tratam o tema e a segunda é a reunião de todas as normas incriminadoras no ambiente virtual em uma única legislação penal.

Atualmente o ordenamento jurídico pátrio possui uma colcha de retalhos quanto à legislação atinente aos crimes cibernéticos, ou seja, as leis são esparsas, não oferecem uma operabilidade simples.

A proposta deste trabalho é que o Brasil adote uma legislação penal combatente aos crimes cibernéticos de forma sistematizada em apenas uma lei, na forma de um Código Penal Cibernético, a fim de que o tema adquira máxima operabilidade, assim como notoriedade frente à população brasileira, tendo em vista que atualmente a impressão absorvida pelos usuários é de que as condutas praticadas no ciberespaço são impuníveis.

Em verdade a sensação de impunidade alimenta a falta de denúncias pelas vítimas virtuais, sendo que a maioria dos criminosos cibernéticos podem ser localizados e identificados, caso a investigação virtual ocorra dentro dos prazos de guarda de registros e dados pelos provedores de conexões e de aplicações de internet, conforme disposições do Marco Civil da Internet.

Em relação à proposta de tipificação de crimes, utiliza-se a técnica de direito comparado, valendo-se de condutas já qualificadas como delitos cibernéticos em outros países, como por exemplo: *phishing scam*, ataque de negação de serviço, spam e uso abusivo de dispositivos, vejamos.

*Phishing Scam* ou pescaria de senhas, de dados e informações pessoais, caracterizada pela engenharia social estruturada pelos mecanismos fraudulentos usados para que o próprio usuário forneça seus dados ou fragilize seu sistema informatizado involuntariamente. Nas palavras de Wendt e Jorge (2013, p. 39):

No início a palavra *phishing* era utilizada para definir a fraude que consistia no envio de e-mail não solicitado pela vítima, que era estimulada a acessar sites fraudulentos. Os sites tinham a intenção de permitir o acesso às informações eletrônicas da pessoa que lhe acessava, como por exemplo número da conta bancária, cartão de crédito, senhas, e-mails e outras informações pessoais.

(...)

Atualmente esta palavra é utilizada para definir também a conduta das pessoas que encaminham mensagens com a finalidade de induzir a vítima a preencher formulários com seus dados privados ou a instalar códigos maliciosos, capazes de transmitir para o criminoso cibernético as informações desejadas.

Ataque de Negação de Serviço, também chamando de DoS - Denial of Service, entendido como aquelas manobras que possuem o objetivo de esgotar a operabilidade de um dispositivo, sítio eletrônico ou aplicação de internet por meio da remessa de várias requisições simultâneas, sobrecarregando-o, impossibilitando a capacidade de resposta do mesmo, ocasionando a interrupção do fornecimento de serviços ou produtos disponibilizados pela vítima. (WENDT; JORGE, 2013).

Envio de mensagens não solicitadas ou spam é entendido como sendo a remessa de mensagens não solicitadas, principalmente por e-mail, para uma gama de usuários indeterminados, implicando em efetiva invasão da expectativa de privacidade. Pinheiro (2021, p. 384) conceitua spam e destrincha os seus malefícios ao usuário vítima, veja-se:

*Spam não é conteúdo. Spam não é e-mail marketing. Spam é o envio de mensagem para uma base indeterminada de usuários. Spam não é invasão de privacidade (conceito legal), mas sim da expectativa de privacidade (conceito moral). O problema do spam é econômico (gratuito), tecnológico (acessibilidade), ético (mau uso dos dados), cultural (comunicação de massa x trust marketing) e legal (principalmente no tocante à abordagem fraudulenta e venda de listas).*

Uso abusivo de dispositivos é aquela conduta criminosa consistente na venda, obtenção, utilização, importação, distribuição, aperfeiçoamento de programa informático criado para possibilitar prática de condutas classificadas como crimes cibernéticos. (JESUS; MILAGRE, 2016).

Cabe ressaltar que o artigo 154-A, § 1º do Código Penal prevê o tipo penal consistente na produção, oferta, venda e distribui programa de computador para a prática de invasão de dispositivo informático, ou seja, trata-se de delito restrito a uma parcela mínima das condutas cibernéticas antijurídicas, provocando a atipicidade do fornecedor de programa informático malicioso destinado a outros crimes cibernéticos.

A dispensa da analogia, valendo-se da tipificação específica dos crimes cibernéticos acima citados, implica na mudança da percepção da população brasileira quanto ao modo e a importância em que o legislador pátrio atribui a proteção jurídica ao direito cibernético, bem como a mensagem de que a impunidade em condutas criminais cibernéticas é algo superado, ocasionando em uma maior proteção aos usuários do ciberespaço.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente artigo é possível verificar que a sociedade brasileira ainda não se encontra efetivamente estruturada no que tange a repressão aos crimes cibernéticos, especialmente pela morosidade legislativa, ante o fato de que apenas alguns crimes virtuais encontram-se tipificados no ordenamento jurídico, sendo que a gama de espécies dos crimes em comento é gigantesca.

Neste contexto, a contemporânea pesquisa propõe uma reformulação no manuseio da repressão aos crimes cibernéticos, oportunidade em que fora indicada a reunião de todos os delitos virtuais em uma legislação única, como sendo um Código Penal Cibernético, a fim de garantir a operabilidade dos usuários quanto a norma positivada, bem como repassar a mensagem de que o assunto é tão importante que possui um microsistema jurídico próprio, para que seja afastada qualquer pecha de impunidade quanto às condutas ilícitas realizadas no ciberespaço.



Apesar do Brasil ter somente aderido à Convenção sobre Crimes Cibernéticos após 20 (anos) de sua celebração, fato que demonstra a timidez legislativa sobre o assunto, o futuro do usuário do ciberespaço é promissor, porém com ressalvas. Além do mais, o fato de adesão à mencionada convenção demonstra a intenção legislativa de propiciar maior segurança jurídica aos operadores do ciberespaço, tal movimento não pode ser corrompido novamente pela timidez e morosidade legislativa sobre os crimes cibernéticos, devendo efetivamente o legislador proporcionar efetiva repressão às condutas violadoras do direito cibernético.

## REFERÊNCIAS

BARRETO, Alesandro Gonçalves. BRASIL, Beatriz Silveira. Manual de Investigação Cibernética à Luz do Marco Civil da Internet. Rio de Janeiro: Brasport, 2016. 291 p.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Tradução: Plínio Dentzien. ed. eletrônica. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. 214 p.

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. 384 p.

BRASIL, Decreto Legislativo nº 37, de 2021. Aprova o texto da Convenção sobre o Crime Cibernético, celebrada em Budapeste, em 23 de novembro de 2001. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/35289207/publicacao/35300588>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL, Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016. Regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm). Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL, Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Dispõe sobre normas para as eleições. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm). Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL, Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9609.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm). Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL, Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9983.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9983.htm). Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL, Lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008. Altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição

de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11829.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11829.htm). Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL, Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm). Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL, Lei nº 12.965, de 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 set. 2022.

BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL, Lei nº 14.155, de 27 de maio de 2021. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tornar mais graves os crimes de violação de dispositivo informático, furto e estelionato cometidos de forma eletrônica ou pela internet. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/Lei/L14155.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Lei/L14155.htm). Acesso em: 20 set. 2022.

CASTELLS, Manuel. A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. 314 p.

GIBSON, William. Neuromancer. Tradução de Maya Sangawa e Silvio Alexandre. São Paulo: Aleph, 2003. 232 p.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antônio. Manual de crimes informáticos. São Paulo: Saraiva, 2016. 245 p.

LEONARDI, Marcel. Tutela e privacidade na internet. São Paulo: Saraiva, 2011. 402 p.

MONTEIRO, Silvana Drumond. O ciberespaço: o termo, a definição e o conceito. DataGramZero, Paraná, v.8, n.3. 2007. Disponível em: <http://www.tonysoftwares.com.br/125-nao-categorizado/5141-o-ciberespaco-o-termo-a-definicao-e-o-conceito>. Acesso em: 15 set. 2022.

PINHEIRO, Patricia Peck. Direito digital. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. e-book. 573 p.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. Informática, telemática e direito penal. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. 352 p.

VIANNA, Tulio; MACHADO, Felipe. Crimes Informáticos: Conforme a lei nº12.737/2012. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. 112 p.

WENDT, Emerson; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. Crimes Cibernéticos: ameaças e procedimentos de investigação. 2. ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2013. 369 p.

# Organizador

## Pedro Fauth Manhães Miranda

Doutorando em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Mestre em Ciências Sociais Aplicadas, pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Bacharel em Direito, pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), e em Ciência Política, pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Professor de Direito, Ciência Política, Sociologia e disciplinas afins, atualmente nas instituições Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG) e Instituto de Filosofia e Teologia Mater Ecclesiae (IFITEME). Advogado inscrito na OAB/PR.

# Índice Remissivo

## A

*acidentes* 110, 112, 121, 123  
*adoção* 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40  
*adolescente* 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21  
*anticrime* 243, 244, 250, 253

## B

*belo* 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147

## C

*carcerário* 255, 256, 258  
*casamento* 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51  
*cidadão* 93, 94, 97, 100, 101, 102  
*constitucional* 42  
*contratual* 42  
*criança* 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23  
*crime* 69, 71, 72, 74, 75  
*crimes* 191, 193, 194, 195, 196, 199, 200  
*criticismo* 128, 129

## D

*defesa* 92, 96, 99, 101  
*depressão* 109, 110, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 125  
*desenvolvimento sustentável* 149, 150, 151, 152, 154, 156, 158, 160, 161  
*desistência* 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40  
*dignidade* 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 103, 104, 105, 106, 108  
*direito* 14, 15, 17, 18, 19, 21, 128, 133  
*direito do trabalho* 79, 89, 90, 109, 110, 124  
*direitos* 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 135, 136, 137, 145, 146, 270, 271, 272, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282  
*direitos da personalidade* 93, 94, 95, 96, 98, 100, 101,

103, 104, 105, 107  
*direitos originários* 215, 216, 219, 220, 222, 223, 224, 225,  
226  
*direitos territoriais* 203, 204, 205, 207, 209, 211, 212, 213  
*doença ocupacional* 109, 110, 111, 112, 116, 117, 125,  
126

## E

*econômico* 149, 150, 151, 152, 153, 154, 156, 157, 158,  
159, 160  
*eficácia* 53, 54, 55, 60, 63, 65  
*emprego* 149, 150, 151, 153, 154, 156, 159  
*execução penal* 243, 244, 254

## F

*familiar* 26, 27, 28, 32, 33, 34, 35, 37  
*feminicídio* 69, 70, 71, 72, 74, 75, 228, 229, 230, 232, 233,  
234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242  
*filosofia* 138, 139

## G

*garantias fundamentais* 14

## H

*homem* 69, 70, 71, 72, 73, 74  
*home office* 79, 86, 88, 89, 90, 91  
*Home office* 78, 79  
*humanas* 136, 138, 144

## I

*idoso* 92, 93, 94, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 106,  
107, 108  
*inconstitucionalidades* 243, 244, 245, 249, 250, 252  
*indígenas* 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211,

212, 213  
*indivíduo* 95, 96, 97, 98, 99, 101  
*instituições* 307  
*integração* 14, 15, 17, 20, 22

## J

*jornada* 78, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91  
*jornada de trabalho* 79, 80, 83, 84, 86, 87, 88  
*judicial* 42, 43, 45, 46, 51  
*jurídicas* 41, 42  
*jurídicos* 162, 173, 177

## K

*Kant* 127, 128, 129, 130, 131, 133, 134

## L

*lacuna legislativa* 14, 16  
*lei do feminicídio* 70, 71  
*Lei do Feminicídio* 69, 71, 76  
*Lei Maria da Penha* 53, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 63, 64, 65, 66, 67, 68  
*liberdade individual* 191, 192, 193  
*logística reversa* 149, 150, 151, 153, 155, 156, 157, 158, 159, 161

## M

*marco temporal* 214, 215, 216, 220, 222, 223, 224, 225  
*moral* 128, 130, 131, 132, 133, 134  
*mulher* 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77

## N

*normatividade* 128

# O

OAB 307

# P

*pacote anticrime* 243, 244

*pacto antenupcial* 42, 43, 44, 47, 48, 49, 50

*patrimoniais* 41, 42, 43, 44, 48, 50

*perseguição* 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201

*personalidade* 135, 136, 137, 145, 146

*política fiscal* 150, 151, 154, 155, 158

*políticas públicas* 93, 94, 98, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 107

*pós-consumo* 150, 151, 152, 153, 156, 158, 161

*pós-modernidade* 136, 143, 146, 147

*povos indígenas* 215, 216, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226

*progressão de regime* 244, 245, 246, 247, 248

*proteção da mulher* 54, 60, 63, 64

*psíquicos* 136, 146

# R

*raciocínio* 162, 163, 164, 166, 172, 173, 174, 176, 177

*raciocínio jurídico* 163, 164, 166, 172, 174, 176, 177

*racionalidade* 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 170, 177

*racionalidade jurídica* 163, 164, 165, 167

*refugiados* 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22

*regime de bens* 42, 43, 44, 45, 46, 47, 49, 51

*reintegração social* 255, 256, 257

*responsabilidade* 5, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 150, 151, 153, 154, 155, 156, 158, 160, 161

*responsabilidade civil* 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 40

*retórica* 162, 163, 164, 165, 170, 171, 176

## S

*sistema* 5  
*sistema penitenciário* 256, 257, 259  
*sistema prisional* 270, 275, 276, 278, 280  
*social* 95, 97, 99, 100, 101, 103, 104, 105, 106, 107, 229, 230, 232, 234, 239, 241  
*stalking* 191, 192, 193, 194, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202  
*Stalking* 190, 191, 192, 193, 194, 199, 200, 201, 202  
*STF* 214, 215, 216, 218, 219, 220, 221, 222, 225, 226  
*submissão* 69, 73  
*sustentabilidade* 150, 151, 152, 161  
*sustentável* 149, 150, 151, 152, 154, 156, 158, 160, 161

## T

*teletrabalho* 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 91  
*trabalho carcerário* 255, 256  
*transexuais* 269, 270, 271, 272, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282  
*travestis* 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 278, 279, 280, 281, 282

## V

*violação* 270, 271, 277  
*violência* 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242  
*violência contra mulher* 54, 64  
*violência de gênero* 54, 55, 56, 57, 58  
*violência sexual* 58  
*vulnerabilidade* 69





  
**AYA EDITORA**  
2022

