



---

# Complexidades e atuação do Direito

---

na sociedade contemporânea

# 2

Roger Goulart Mello  
(Organizador)



2021



The background of the cover features a stack of books with a pair of scales of justice and a gavel resting on top. The scales are positioned in the upper left, and the gavel is in the lower right. The books have some text on their spines, including "Keith C. Miller Editor-in-Chief".

---

# Complexidades e atuação do Direito

---

na sociedade contemporânea

# 2

Roger Goulart Mello  
(Organizador)



2021

2021 by Editora e-Publicar  
Copyright © Editora e-Publicar  
Copyright do Texto © 2021 Os autores  
Copyright da Edição © 2021 Editora e-Publicar  
Direitos para esta edição cedidos à  
Editora e Publicar pelos autores.

**Editora Chefe**  
Patrícia Gonçalves de Freitas  
**Editor**  
Roger Goulart Mello  
**Diagramação**  
Roger Goulart Mello  
**Projeto gráfico e Edição de Arte**  
Patrícia Gonçalves de Freitas  
**Revisão**  
Os Autores

## COMPLEXIDADES E ATUAÇÃO DO DIREITO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, VOL. 2

Todo o conteúdo dos artigos, dados, informações e correções são de responsabilidade exclusiva dos autores. O download e compartilhamento da obra são permitidos desde que os créditos sejam devidamente atribuídos aos autores. É vedada a realização de alterações na obra, assim como sua utilização para fins comerciais.

A Editora e-Publicar não se responsabiliza por eventuais mudanças ocorridas nos endereços convencionais ou eletrônicos citados nesta obra.

### Conselho Editorial

Alessandra Dale Giacomini Terra – Universidade Federal Fluminense  
Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa  
Andrelize Schabo Ferreira de Assis – Universidade Federal de Rondônia  
Bianca Gabriely Ferreira Silva – Universidade Federal de Pernambuco  
Cristiana Barcelos da Silva – Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro  
Cristiane Elisa Ribas Batista – Universidade Federal de Santa Catarina  
Daniel Ordane da Costa Vale – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
Danyelle Andrade Mota – Universidade Tiradentes  
Dayanne Tomaz Casimiro da Silva - UFPE - Universidade Federal de Pernambuco  
Diogo Luiz Lima Augusto – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro  
Elis Regina Barbosa Angelo – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
Ernane Rosa Martins - Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás  
Ezequiel Martins Ferreira – Universidade Federal de Goiás  
Fábio Pereira Cerdera – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Francisco Oricelio da Silva Brindeiro – Universidade Estadual do Ceará  
Glaucio Martins da Silva Bandeira – Universidade Federal Fluminense  
Inaldo Kley do Nascimento Moraes - Centro Universitário do Maranhão  
Helio Fernando Lobo Nogueira da Gama - Universidade Estadual De Santa Cruz  
João Paulo Hergesel - Pontifícia Universidade Católica de Campinas



2021



Jose Henrique de Lacerda Furtado – Instituto Federal do Rio de Janeiro  
Jordany Gomes da Silva – Universidade Federal de Pernambuco  
Jucilene Oliveira de Sousa – Universidade Estadual de Campinas  
Luana Lima Guimarães – Universidade Federal do Ceará  
Luma Mirely de Souza Brandão – Universidade Tiradentes  
Mateus Dias Antunes – Universidade de São Paulo  
Milson dos Santos Barbosa – Universidade Tiradentes  
Naiola Paiva de Miranda - Universidade Federal do Ceará  
Rafael Leal da Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte  
Rita Rodrigues de Souza - Universidade Estadual Paulista  
Willian Douglas Guilherme - Universidade Federal do Tocantins

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

C737 Complexidades e atuação do Direito na sociedade contemporânea  
[livro eletrônico] : volume 2 / Organizador Mello, Roger  
Goulart. – Rio de Janeiro, RJ: e-Publicar, 2021.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-89340-55-3

1. Direito – Brasil. 2. Sociedade contemporânea. I. Mello,

Roger Goulart.

CDD 340

**Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422**

Editora e-Publicar  
Rio de Janeiro – RJ – Brasil  
contato@editorapublicar.com.br  
[www.editorapublicar.com.br](http://www.editorapublicar.com.br)



2021



# Sumário

CAPÍTULO 1 .....	11
ASSISTENCIA MATERIAL E ASSISTENCIA Á SAUDE DO PRESO.....	11
	Viviã Pinheiro de Freitas Santos Carlos Henrique Alves Martinez
CAPÍTULO 2 .....	29
MEDIDA PROVISÓRIA 936/20: 29UMA MEDIDA NECESSÁRIA OU UMA AFRONTA AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS? .....	29
	Angela Carolina Soncin Daniel Augusto Sabec Viana
CAPÍTULO 3 .....	40
DA CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE CASADO SOB O REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS COM OS DESCENDENTES DO <i>DE CUJUS</i> .....	40
	Aline da Silveira Farias
CAPÍTULO 4 .....	60
ALIENAÇÕES SUCESSIVAS DE BENS IMÓVEIS: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DO ART. 185 DO CTN .....	60
	Andréa Cristina Marques de Araújo Alexandre Coutinho da Silveira Sarah Lopes Passarinho
CAPÍTULO 5 .....	81
UMA ABORDAGEM DOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER .....	81
	Andréa de Araújo Costa
CAPÍTULO 6 .....	98
A RELATIVIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA DO COVID-19 NO JUDICIÁRIO CATARINENSE .....	98
	Leonardo Henry Gomes Andréa Grandini José Tessaro
CAPÍTULO 7 .....	113
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NOS CASOS DE ERRO MÉDICO .....	113
	Thaynná Batista de Almeida Vanessa Barbosa de Lima Alessandro Figueiredo Valadares Filho Clésia Oliveira Pachú



CAPÍTULO 8 .....	129
COMUNICAÇÃO TRANSJUDICIAL NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE DIVERSIDADE SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO .....	129
	Cleverton Reikdal Heloise Siqueira Garcia
CAPÍTULO 9 .....	148
DIREITOS HUMANOS E TRABALHO ANÁLOGO ESCRAVO EM TEMPOS DE PANDEMIA: POVOS INDÍGENAS NO MATO GROSSO DO SUL.....	148
	Débora Lima Rodrigues Débora Teixeira da Cruz Jhonatan do Carmo Silva Maucir Pauletti Rafael Costa Cabral
CAPÍTULO 10 .....	162
EUTANÁSIA: BIOÉTICA VERSUS ASPECTOS JURÍDICOS.....	162
	Débora Teixeira da Cruz Kéren Hapuk Teixeira Dantas
CAPÍTULO 11 .....	180
A FORMA COMO DIREITO MATERIALIZADO DE ACESSO À CIDADE NAS INFÂNCIAS URBANAS.....	180
	Diego Freire Martins
CAPÍTULO 12 .....	199
EDUCAÇÃO AMBIENTAL E LEIS DOS CRIMES AMBIENTAIS: INTERFACES E CONSCIENTIZAÇÃO AMBIENTAL.....	199
	Edna Eustáquio de Oliveira Bandeira Ana Tavares de França
CAPÍTULO 13 .....	206
RESPONSABILIDADE CIVIL NO CASO DE DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO: DO ACESSO À JUSTIÇA EM FACE DA PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES DEVOLVIDOS .....	206
	Franciele Barbosa Santos Lillian Zucolote de Oliveira
CAPÍTULO 14 .....	225
O ASPECTO ECONÔMICO E A SEGREGAÇÃO AOS ANIMAIS PATRIMONIAIS .....	225
	Gabriel Carvalho dos Santos Lhais Silva Baia
CAPÍTULO 15 .....	234
AS LEIS NAS PENAS DOS LEIGOS: O USO E INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO IMPERIAL NOS PROCESSOS CRIMES EM MORRO DO CHAPÉU, BAHIA, NO SÉCULO XIX .....	234
	Ícaro Gabriel da Cunha Reis

<b>CAPÍTULO 16</b> .....	247
ATUAÇÃO DO PSICÓLOGO FORENSE EM QUESTÕES DE GUARDA: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS .....	247
	Isabella L. Silva Santos Gabriella Medeiros Silva Álice Thayane Lira Cardoso Santos Diana Karine Oliveira de Melo
<b>CAPÍTULO 17</b> .....	264
DA PRERROGATIVA DE NÃO SE INCRIMINAR: REFLEXÕES QUANTO A CONSTITUCIONALIDADE DO BANCO DE DADOS DE PERFIL GENÉTICO .....	264
	Viviane Freitas Perdigão Lima Jessé Lindoso Rodrigues
<b>CAPÍTULO 18</b> .....	286
REFORMA TRIBUTÁRIA: SERIA AFINAL UMA SOLUÇÃO ECONÔMICA DIANTE DA PANDEMIA QUE O PAÍS ENFRENTA?.....	286
	Gabriela Eduarda Marques Silva Júlia Gaioso Nascimento Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador Thiago Eduardo Marques Silva
<b>CAPÍTULO 19</b> .....	304
JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS: ANÁLISE ECONÔMICA DE UM PROCESSO PENAL “EFICIENTE” .....	304
	Reinaldo Denis Viana Barbosa Lisandro Fin Nishi Ronaldo David Viana Barbosa
<b>CAPÍTULO 20</b> .....	323
POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: UMA ANÁLISE DA CASA DA MULHER BRASILEIRA DE FORTALEZA/CE.....	323
	Livia Rocha Rodrigues
<b>CAPÍTULO 21</b> .....	340
DIREITO PENAL NA PANDEMIA: MUDANÇAS, IMPACTOS E APLICABILIDADE.....	340
	Maria Victoria Barlatti Firmiano dos Santos Raphael Andrei Tomeleri Cogo Douglas Bonaldi Maranhão
<b>CAPÍTULO 22</b> .....	362
O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS COMO INSTITUTO JURÍDICO IMPORTANTE NO PROCESSO DO TRABALHO: UM EXAME DA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO NA APLICAÇÃO DESTES EM SEUS CASOS .....	362
	Vinícius Ricardo Pereira de Matos Felipe Prata Mendes Andréa Cristina Marques de Araújo







**CAPÍTULO 23** ..... 284  
“AGUAS ARREBENTARÃO NO DESERTO E RIBEIROS NO ERMO”: O PARADIGMA DA  
INCLUSÃO SOCIAL DA MULHER PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FRENTE AOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS.....284

Cintia Letícia Bittar de Araújo Eufrásio

**CAPÍTULO 24** ..... 407  
A TEORIA CRITICA DO DIREITO EM HANNAH ARENDT E JÜRGEN HABERMAS: UM  
OLHAR ACERCA DA DEMOCRACIA E O ESPAÇO PÚBLICO.....  
286407

Marcelo Alves Pereira Eufrásio

**CAPÍTULO 25** ..... 428  
FRONTEIRAS E TRAVESSIAS: A MIGRAÇÃO VENEZUELANA PARA O BRASIL..... 428

Thiago Augusto Lima Alves

**CAPÍTULO 26** ..... 446  
O DIREITO NO ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: PERCURSO  
HISTÓRICO DAS LEGISLAÇÕES PROTETIVAS.....446


Thiago Augusto Lima Alves  
Ana Beatriz Gadelha Guimarães Pinheiro

**CAPÍTULO 27** ..... 464  
O DIREITO COMO CONDICIONANTE DA REALIDADE SOCIAL: UMA ANÁLISE DAS  
NORMAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS DO SÉCULO XX.....464

Cícera Amanda Guilherme Fernandes  
João Francisco Silva da Costa  
Juliana Barbosa de Oliveira  
Melissa Dalanna Gonçalves Feitosa  
Sabryne Albuquerque de Macêdo

**CAPÍTULO 28** ..... 485  
OS DESAFIOS COM O DIREITO MIGRATÓRIO EM TEMPOS DE PANDEMIA SOB A  
PERSPECTIVA DO NÚCLEO DE ENSINO CLÍNICO EM DIREITOS HUMANOS DA  
FACULDADE DE DIREITO DA PUC-CAMPINAS..... 485

Enrique Pace Lima Flores  
Giulia Esposito Barthem  
Nathália Auad de Andrade  
Pedro Augusto de Castro Simbera  
Thomaz Roberto Bassetti







CAPÍTULO 29 ..... 499  
A “MASSIFICAÇÃO” DA DEMOCRACIA E AS INSUFICIÊNCIAS DE “ANTIGAS FORMAS  
JURÍDICAS” JUSNATURALISTAS.....499

Ederson Rabelo da Cruz  
Guilherme Ramos de Moraes  
Luan Christ Rodrigues  
Matheus Vinícius Aguiar Rodrigues

CAPÍTULO 30 ..... 508  
A LÓGICA DE REDUÇÃO DE DANOS COMO UM DIREITO HUMANO BÁSICO DE SAÚDE E  
ALTERNATIVA AO PUNITIVISMO ESTATAL..... 508

Felipe A. Chersoni  
Fábio José Orsini Lopes









# CAPÍTULO 1

## ASSISTENCIA MATERIAL E ASSISTENCIA Á SAUDE DO PRESO

**Viviã Pinheiro de Freitas Santos**, Graduada em Direito pela Faculdade da Cidade do Salvador

**Carlos Henrique Alves Martinez**, Doutor em Filosofia da Educação pela C.I.U./ES e Doutorando em Psicologia pela UCES e Funiber

### RESUMO


O presente trabalho tem por objetivo principal fazer uma análise sobre a assistência material e assistência à saúde do preso, internado e egresso. Tais assistências estão previstas na Lei nº 7.210/ 1984 Lei de execuções penais. O artigo 10º dispõe que a assistência é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade, a assistência é estendida ao egresso pelo prazo de um ano, a contar da saída do estabelecimento prisional e ao liberado condicional, durante o período de prova, consoante disposto art. 10, parágrafo único e art. 26, todos da LEP. O art.11 arrola as espécies de assistências sendo: material, saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. O preso é aquele que se encontra recolhido em estabelecimento prisional, cautelarmente em razão de sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Por tanto, preso provisório ou definitivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei de execução penal, assistência ao preso, análise Jurisdicional, dever do Estado.

### 1 INTRODUÇÃO

No cenário atual é de suma importância fomentar, a discussão para que se tenha um entendimento mais contundente, o momento em que o indivíduo é inserido na prisão, essa ação não estará resolvendo o conflito, muito menos o livrará de ser um elemento menos perigoso para a sociedade, porém, desde os primórdios até os tempos hodiernos, a sociedade e alguns juristas tem o entendimento que o encarceramento seja a melhor solução para resolver os conflitos sociais.

Cotidianamente, muitas pessoas são inseridas na prisão e muitos são manumitidos do encarceramento, todavia, na contemporaneidade, entende-se que o sistema prisional como uma saída para a redução do crime e ressocialização do indivíduo não tem se mostrado eficaz, na minoração da violência, tendo em vista os inúmeros problemas que nela se apresentam. Neste meandro, vemos a elevação da criminalidade entrelaçado como um fenômeno enfrentado pelo



sistema de segurança pública, contemplando na atual conjuntura e nos remetendo a uma compreensão que as políticas públicas ainda são insuficientes

A autora Sheila Porto (2008), ressalta que, no Brasil, o direito de punir está de acordo a história atrelado ao sentimento de vingança e pura punição, o foco não é preservar a sociedade. Desta forma, segundo o pensamento de Foucault (2008) é imprescindível se exterminar a confrontação física que permeia a relação entre o Estado e aquele que cometeu o crime. Ou seja, o Estado não pode permitir que haja vingança nem que transversalmente exista o prazer de castigar com base na opinião popular, a justiça precisa punir promovendo reflexão no que tange ao ato delituoso cometido, e não, centrar-se meramente no senso de vingança.

Segundo Porto (2008), as medidas e a humanidade são recursos fundamentais e imprescindíveis em todos os momentos que se aborda a questão do poder de punir. Tais elementos surgiram no começo do século XVIII e são consequências de uma época marcada pelos castigos. Pautado no pensamento de Foucault (2008), ele aborda que a sociedade no fundo deseja que o aparelho repressor haja, todavia, após esta ação, a própria sociedade cobra o excesso da punição, entretanto, reporta-se ao fato, de que por mais perigoso que seja o indivíduo infrator, no momento da punição, temos que garantir a preservação da sua humanidade.


O problema discorrido na presente está norteado no seguinte problema: As falhas jurídicas existentes durante a fase da execução da pena no sistema penitenciário acarretam prejuízo na assistência material e a saúde do preso?

A aplicação de penas e medidas alternativas se tornou um grande avanço na história do sistema prisional em todo o mundo, pois refletiu positivamente em vários aspectos que envolvem a problemática da criminalidade. Ao promover contato com instituições beneficentes, a aplicação das penas e medida alternativas busca resgata a responsabilidade social dos cumpridores e assim torna oportuno, espaços sociais para discussão do assunto em questão.

Tendo em vista, o cenário exposto acima, é que surgiu o interesse pelo tema a partir da curiosidade a respeito das formas de punição as pessoas que cometem crimes que não sejam de alto teor ofensivo a sociedade.

O objetivo geral da presente é analisar o parâmetro estabelecido pela CF 88 em relação a assistência material e a saúde do preso e suas dificuldades apresentadas nos dias atuais, cujo objetivos específicos:



- 
- a) Verificar sobre função da pena e conceito;
  - b) Identificar o risco social diante da atuação das organizações criminosas;
  - c) Analisar teorias sobre a função das penas.

O presente estudo foi cunho exploratório, e as metodologias que foram utilizadas para sua construção foram a pesquisa bibliográfica e a pesquisa de documental. Os instrumentos utilizados para a coleta de dados foram: Livros e artigos, documentos relacionados ao tema referentes aos objetivos da pesquisa. Conforme Lakatos (1991, p. 48), o estudo documental visa proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo explícito ou a construir hipóteses; intenciona obter dados acerca de determinado objeto; busca delimitar um campo de trabalho e mapear as condições de manifestação do objeto de estudo.


Quanto ao tipo de pesquisa, foi adotado o método de cunho bibliográfico e documental. O instrumento de coleta de dados desenvolvido foi as análises de artigos, dissertações e livros, por serem procedimentos adequados para compreender elementos relevantes do objeto de estudo, e por ser possível o seu realização com um número reduzido de sujeitos, algo que possibilitou uma aproximação direta com o nosso objeto de estudo.

## **2 A CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

Na Lei de Execução Penal existem regras e princípios que tem como finalidade desenvolver um tratamento que possibilite proporcionar um tratamento adequado do detento. Neste sentido, a ressocialização deste é consistente na mudança do seu comportamento, para que esse seja apropriado aos parâmetros comuns e não se torne danosos à sociedade.

Todavia, para que isso ocorra deve ocorrer essencialmente a alteração dos valores pessoais do sujeito, pois como intento do comportamento humano. Desta forma, o processo de ressocialização deve estar direcionado a transformar os valores nocivos em valores benéficos para a sociedade

Para que seja alcançado esse desígnio de ressocialização é essencial que se priorize e busque a humanização dos valores pessoais do preso, e para isso o ambiente do presídio deve proporcionar experiências que sejam favoráveis a essa tarefa. Apesar de haver direcionamento legal nesse âmbito, não há legalização e efetivação desses princípios na execução da pena



privativa de liberdade, que se torna uma falsa realidade, no que se refere a disposição de assistência material e médica.

O fracasso da prisão não se deve exclusivamente ao não cumprimento das normas de execução penal, ou seja, aglutinam-se outros fatores que são ínsitos à própria natureza da prisão (TELES, 2009).

Nesse entendimento afirma o insigne Evandro Lins e Silva (1991) apud César Barros Leal (2001, p. 65) que:

É de conhecimento geral que a cadeia perverte, deforma, avilta e embrutece. É uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime. A prisão, essa monstruosa opção, perpetua-se ante a impossibilidade da maioria como uma forma ancestral de castigo. Positivamente, jamais se viu alguém sair do cárcere melhor do que quando entrou.

É empreitada quase que impraticável ressocializar um indivíduo que comumente encontra certas dificuldades para se reintegrar de forma pacífica ao meio social, não estando este associando da própria comunidade desprovido de uma adequada assistência material, e ainda associando-o a outros criminosos e não tem uma assistência material e médica adequada. Desta forma, no entendimento de Cesar Barros Leal, (2001, p.115) que: “treinar homens para a vida livre, submetendo-os a condições de cativo, afigura-se tão absurdo como alguém se preparar para uma corrida ficando na cama por semanas”.

Outra questão essencial no que refere ao caráter reeducativo da prisão se referindo às condições em que os detentos são submetidos no presídio, onde ocorre uma real desonra à dignidade humana. As condições precárias em que a pena privativa de liberdade é executada não se restringem exclusivamente aos países subdesenvolvidos, abrangendo os Estados de maior desenvolvimento social e econômico.

Observa-se que os presos são mal tratados, humilhados, são submetidos a condições degradantes, insultos verbais, castigos que são injustificados. Tais situações depreciam a dignidade do preso fazendo com que se torne um indivíduo revoltoso com o sistema. Outro grande problema que pode ser constatado nas prisões é a superpopulação que torna praticamente impossível a aplicação das normas inerentes ao tratamento reeducativo (artigo 8º, Lei de Execução Penal), por causa da péssima estrutura disponibilizada.

Não possuindo a estrutura adequada não existe possibilidade de se realizar a seleção dos internos conforme a classificação de seu crime (artigo 5º, Lei de Execução Penal), portanto





mesclam-se criminosos ocasionais com aqueles de alta nocividade, o que faz com que não ocorra o desejado efeito ressocializador da pena privativa de liberdade. O criminoso inexperiente aprende métodos mais eficientes e retorna para a sociedade livre potencializado ao crime. Enuncia a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, em seu item 100:

É do conhecimento que ‘grande parte da população carcerária está confinada em cadeias públicas, presídios, casas de detenção e estabelecimentos análogos, onde prisioneiros de alta periculosidade convivem em celas superlotadas com criminosos ocasionais, de escassa ou nenhuma nocividade, e pacientes de imposição penal prévia (presos provisórios ou aguardando julgamento), para quem é um mito, no caso a presunção de inocência. Nestes ambientes de estufa, a ociosidade é a regra; a intimidade inevitável e profunda’. (LEAL, 201 p. 58)

Neste sentido, sem que o preso seja submetido a um tratamento digno com base em uma perícia criminológica com o objetivo da sua classificação com objetivo pedagógico, e seja a execução de sua pena individualizada segundo estabelece a lei, dificilmente serão observados resultados satisfatórios quanto à ressocialização.

Entretanto, outro fator criminológico da prisão, resultante da superpopulação e falta de estrutura física é a falta de higiene apropriada, para evitar que os detentos fiquem amontoados em um espaço restringido, onde são obrigados a realizar suas necessidades fisiológicas e com pouco espaço de movimentação, o que pode promover a proliferação de inúmeras doenças.

Sendo assim, esta situação demonstra o não cumprimento das obrigações estatais disciplinados pela Lei de Execução Penal em seus artigos 12 e 14:

Art. 12 – A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

Art. 14 – A assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

De forma inerente à situação do presídio é a falsa impressão que tudo ocorre de forma correta e justa conforme prevê a Carta Magna. O detento começa a interiorizar os costumes do ambiente do presídio, aprofundando suas tendências para cometer atos criminosos. Para Cezar Roberto Bitencourt (1993, p.147): “A aprendizagem do crime, a formação de associações delitivas são tristes consequências do ambiente carcerário”.

Outro ponto importante, a salientar sobre esta prerrogativa em relação à eficácia da ressocialização é o fator social. É quase que impossível atingir a ressocialização, quando o indivíduo permaneceu ausente do ambiente social em que vivia, pois se perdeu a adaptação do contexto social, adquirindo a cultura do ambiente carcerário em que foi colocado.



Neste sentido, a prisão caracteriza-se como uma espécie de instituição denominada pela doutrina de instituição total, que se caracteriza por absorver a vida do recluso em período integral. Essa espécie de instituição está voltada precipuamente à proteção da comunidade contra aqueles sujeitos que constituem intencionalmente perigo a ela, não tendo como finalidade o bem estar dos presos. A proteção social como principal objetivo da prisão é um dos aspectos de profunda contradição em relação a sua meta ressocializadora e provedora dos recursos materiais e da assistência a saúde.

Nessas instituições totais os funcionários e os internos situam-se em posições antagônicas, de modo que ambas as partes possuem sentimentos opostos uns em relação aos outros. Esses sentimentos antagônicos são inerentes à natureza da prisão, e configuram outro grande obstáculo à ressocialização ante a dificuldade encontrada na aplicação de técnicas direcionadas à recuperação do recluso.

Outra questão referente à instituição total, é que por sua natureza transforma o interno em um ser passivo, pois esse deve aderir às regras do sistema penitenciário. Como preleciona Cezar Roberto Bitencourt (1993, p. 153): “Na instituição total, geralmente, não se permite que o interno seja responsável por alguma iniciativa e o que interessa efetivamente é a sua adesão às regras do sistema penitenciário.”

Dessa forma, a completa passividade do interno é um resultado natural que a instituição penitenciária produz no recluso, e compõe mais uma razão que demonstra a ineficácia da pena privativa de liberdade quanto ao seu objeto principal que é a ressocialização. Notadamente, a pena de prisão só tem se fundamentado, na prática, pelo retributismo da pena, e não proporciona a recuperação e a conseqüente reinserção social.

No entendimento de César Barros Leal (2001, p.39) a prisão nos traz:

A imagem de castigo – que, para Immanuel Kant, era um imperativo categórico e, segundo alguns, o único objetivo que efetivamente se atinge – robustece-se em prisões ruinosas, superlotadas, com péssimos níveis de higiene, onde a droga é consumida sem embaraços, o abuso sexual é constante, praticamente inexiste oferta de trabalho, de lazer orientado, e a assistência se presta de forma precária.

Constata-se também que a pena não atinge a sua finalidade intimidativa, ante o sentimento geral de impunidade que permeia a comunidade criminosa. Na realidade não é o gravame imposto pela pena que irá refrear os índices da criminalidade, mas a certeza de que caso ocorra à conduta desviante, fatalmente haverá punição.



Em conclusão, as questões que foram acima expostas demonstram a efetiva crise da pena privativa de liberdade quanto à sua meta reeducativa visando à reinserção do condenado em comunidade livre.

A pretensão de ressocializar uma pessoa para o convívio em liberdade isolando-a do meio social constitui verdadeiro paradoxo, mas somam-se vários outros fatores que contribuem para o seu fracasso tais como a deficiência em estrutura física (estabelecimentos prisionais adequados a manter a custódia dos presos em boas condições, de forma a propiciar salubridade, conforto, atividades laborais, educacionais e físicas) e pessoal capacitado para o tratamento adequado dos reclusos, e essa problemática se deve principalmente à falta de atenção que a sociedade e os governantes têm dado a questão.

### **3 CONSIDERAÇÕES SOBRE ASSISTÊNCIA MATERIAL AO PRESO E AO EGRESSO**


A Assistência material (art.12, LEP) consiste no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, obedecendo-se as regras mínimas previstas em mandamentos internacionais sobre os direitos da pessoa presa, especialmente os que decorrem das regras mínimas da ONU, de 1955, que a alimentação deverá ocorrer em horas determinadas; deverá ser de boa qualidade; bem preparada e servida; cujo valor nutritivo seja suficiente para manutenção da saúde do condenado e que todo preso deverá ter a possibilidade de dispor de água potável quando necessitar. Comer é uma necessidade biológica, emocional e social.

Dispõe ainda, o art. 13 da LEP, “o estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela administração”.

Quanto ao vestuário, as referidas regras internacionais dispõem que, caso o preso não possa usar sua própria vestimenta, deverá receber as apropriadas ao clima e em quantidade suficiente para manter-se em boa saúde.

Em relação a higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento, destaca-se a obrigação de que o condenado deverá ser alojado em cela individual, que contara dormitório, aparelho





sanitário e lavatório, sendo requisitos básicos da unidade cuidar da salubridade do ambiente e a área mínima de seis metros quadrados.

No Brasil tem alojamentos coletivos em ambientes não condizentes com o determinado nas normas mínimas internacionais.

O professor Renato Flávio Marcão (2011) diz que:

A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas. Dispõe ainda o art. 13 da Lei de Execução Penal que "o estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração". Mirabete lembra que a regra do art. 13 se justifica em razão da "natural dificuldade de aquisição pelos presos e internados de objetos materiais, de consumo ou de uso pessoal". Como é cediço, no particular o Estado só cumpre o que não dá para evitar. Proporciona a alimentação ao preso e ao internado; nem sempre adequada. Os demais direitos assegurados e que envolvem a assistência material não são respeitados.

No Brasil, tais regras não são respeitadas, violando a própria constituição Federal e o Princípio da dignidade da pessoa humana e da legalidade, pois afronta a lei. É sabido por todos que a alimentação de uma pessoa enclausurada custa um preço alto demais para uma comida de péssima qualidade.

De acordo com informações dos próprios internos a comida é muito ruim e muitas vezes tem que usar tempero, para dar gosto a comida. Fora isso, o café da manhã dos internos é horrível. Nos presídios do Distrito Federal, as penitenciárias dão aos presos uma bebida matinal semelhante ao achocolatado, batizada como XERNOBIO, sendo uma bebida de gosto estranho e muito ruim e um pão francês muitas vezes duro, e o que é inaceitável pois o Estado paga caro pelas alimentações (MIRABETE, 1997).

Em relação ao vestuário, a situação é pior ainda, pois muitos presidiários usam as roupas enviadas pela família, e com o tempo, estas roupas se deterioram pelo uso, o que faz gerar mais um gasto para os familiares. As penitenciárias não distribuem vestuário para os presos, apenas para aqueles internos que trabalham dentro do presídio, e mesmo assim é só um macacão, esquecendo que o preso utiliza chinelos, camisas, bermudas, cuecas, colchões e lençóis. Frisa-se que quando o interno não tem visita ou família, fica na dependência de doações de outros presos, para que tenha uma peça de roupa, o que é mais humilhante ainda, sendo o vestuário uma obrigação do Estado (NORONHA, 2014).



Por fim, vem à parte mais complicada do sistema, a higiene. O Estado não dá ao preso nenhum material de higiene. Todo material higiênico do preso vem por parte da família, que tem um custo mensal alto para tentar manter a higiene do seu ente, que se encontra enclausurado (NORONHA, 2014).


A família tem que levar nas visitas pasta dental, sabonete, creme, escova de dente, papel higiênico dentre outros produtos. Acontece que a maior parte das pessoas presas no Brasil, vem de família humilde, sem qualquer condição para arcar com uma despesa que é única e exclusiva do Estado, fazendo com que algum membro desta família venha a delinquir para sustentar o seu ente que se encontra aprisionado. Isso é algo muito sério, pois o Estado sobrecarrega as famílias, que em momento de desespero acabam cometendo crimes e aumentando a população carcerária. Imagine os presos que também não tem visitas ou familiares que dependem única e exclusivamente da doação de outros presos, se sentindo o pior ser humano da face da terra.

Assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreendera atendimento médico, farmacêutico e odontológico, conforme o art. 11, II e art.14 da LEP. Caso o estabelecimento penal não esteja aparelhado para prover a assistência medica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

As mulheres presas têm o direito assegurado para acompanhamento médico especializado, no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

A superlotação das celas, sua precariedade e sua insalubridade tornam as prisões num ambiente propicio à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças. Esses fatores estruturais aliados a má alimentação dos presos, sedentarismo, uso de drogas, falta de higiene e toda lugubridade da prisão, fazem com que um preso que adentrou saudável, fique enfermo ou com sua resistência física e saúde fragilizadas, além de problemas psicológicos (OLIVEIRA, 2016).

Os presos adquirem muitas doenças no interior das prisões, as mais comuns são as doenças do aparelho respiratório, como a tuberculose e a pneumonia. Também é alto o índice da hepatite e de doenças venéreas em geral e a AIDS. Além, de doenças, há um grande número de presos portadores de distúrbios mentais, câncer, hanseníase com deficiências físicas (paralíticos e semiparalíticos) (OLIVEIRA, 2016).



Quanto a saúde odontológica, o tratamento consiste à extração de dentes. Não há tratamento médico especializado dentro da maioria das prisões brasileiras. As remoções para os hospitais dependem de escolta da polícia militar, a qual na maioria das vezes é demorada, pois dependem de disponibilidade.

Ocorre uma dupla penalização, tratando-se da prisão e saúde debilitada, que ele adquire durante a sua permanência no cárcere. Também há um descumprimento dos dispositivos da Lei de execução penal, a qual prevê no inciso VII do art. 4º, o direito à saúde por parte do preso, como uma obrigação do estado.


O estatuto brasileiro de Execução Penal é tido como um dos mais democráticos que existe, contudo, a realidade teórica não se coaduna com a prática, pois o que ocorre é a constante violação das garantias previstas na execução das penas privativas. Declarações como a dos Direitos Humanos e a Americana de Direitos e Deveres do homem, também são violados, visto que, os direitos humanos dos presos são constantemente desrespeitados na atual conjuntura do sistema carcerário (ASSIS, 2007).

No tocante à dignidade da pessoa humana, vê-se que, apesar de obsoleto, o atual código penal o resguarda ao abordar de forma expressa as condições que as penitenciárias brasileiras deveriam oferecer aos presos, porém o que vemos é um desrespeito ao sentenciado que convive em alas lotadas, sujas e insalubres (OLIVEIRA, 2016).

Dessa forma, presa-se pela assistência que trate o indivíduo em sua totalidade, como forma de lhe proporcionar possibilidades de construção de valores, além de repensar os seus atos. Todo tipo de assistência prestada aos egressos possui como objetivo amenizar as consequências negativas geradas durante seu período dentro da prisão, com o intuito de auxiliar e fortalecer os laços com o mundo exterior, gerando condições adequadas de adaptação e reiterações ao serem postos em liberdade (BRASIL, 1984).

A experiência de privação de liberdade deixa marcas fortes na pessoa do condenado, pois mesmo depois de ter cumprido sua pena, é visto pela sociedade de forma preconceituosa como eternos criminosos, sendo repudiados. A reabilitação do preso que retorna ao convívio social é uma forma de inclusão, mas não é de interesse da população, que o excluem. Dificultando a sua inserção, principalmente no mercado de trabalho (PAIXÃO, 2015).





De acordo com o art.28 da LEP, umas das maneiras de ressocialização é justamente a assistência ao egresso, o que abrange também a sua inserção no mercado, tal aspecto é explicitado quando a lei aponta que: “O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”.

Assim o Estado pune o indivíduo que comete atos infracionais também é responsável em proporcionar condições de bem-estar aos egressos, para que após o cumprimento de suas penas, possuam condições de conviver em Sociedade (BRASIL, 1984).

Todos os procedimentos de ressocialização dos detentos devem ser embasados nos direitos desses indivíduos em prol do respeito à sua dignidade, prevenindo os resultados negativos causados pelo encarceramento, dando suporte para nortear a sua volta ao convívio social sem prejuízos para a coexistência fora da prisão (KARAM, 2011).

#### **4 DIREITOS ASSEGURADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 AOS PRESOS**


A Constituição Federal de 1988 é o sistema normativo mais importante no cenário brasileiro. No entanto, é na Constituição que estão determinadas as políticas, os princípios, as finalidades e as regras que norteiam a legislação brasileira, e também a estrutura organizacional.

O artigo 5º da Constituição de 88 determina inúmeros direitos e garantias que são asseguradas a todos os cidadãos. No entanto, pertinente ressaltar que da mesma forma com que o artigo 5º cita as garantias e direitos, também determina algumas restrições para alguns desses direitos, atribuindo, com isso, legitimidade ao Direito penal, e é através desse motivo que se pode apontar a interligação do Direito Penal com o Direito Constitucional.

##### **4.1 DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL**

Conforme o artigo 5º, inciso III e XLIX, os quais determinam:

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:  
III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;  
XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;



As garantias e direitos elencados no artigo 5º da Constituição são reflexos do princípio da dignidade da pessoa humana, contido no artigo 1º, inciso III como também do princípio da prevalência dos direitos humanos, artigo 4º, inciso II.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II - prevalência dos direitos humanos;

Todavia, o artigo 38 do Código Penal também garante o direito à integridade moral e física do preso, estabelecendo que: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

O direito à integridade física e moral foi garantido a partir do momento em que a Constituição aboliu e condenou a tortura e o tratamento degradante, colocando, com isso, o Brasil como um dos pioneiros na proteção dos direitos humanos.

No entanto, se faz pertinente mencionar que o sistema brasileiro adote políticas públicas para assegurar os direitos das pessoas fazendo com que estes princípios constitucionais tenham mais eficácia.

#### 4.2 DIREITO À ASSISTÊNCIA RELIGIOSA

Em relação a assistência religiosa a Carta Magna assegura 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:


VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

Por ser uma norma de eficácia limitada, o direito à assistência religiosa está regulado pela Lei de Execuções Penais em seu artigo 24:

**Art. 24** - A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa.

§ 1º - No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos.

§ 2º - Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.



Sendo um direito constitucionalmente garantido, o direito à assistência religiosa não contradiz a essência do Estado Laico, que, antes de qualquer coisa, é expressão do pluralismo e da cidadania.

Segundo a Lei 9.982/2000, artigo 1º, a assistência religiosa constitucionalmente prevista, compreende o seguinte:

Aos religiosos de todas as confissões assegura-se o acesso aos hospitais da rede pública ou privada, bem como aos estabelecimentos prisionais civis e militares, para dar atendimento religioso aos internados, desde que em comum acordo com estes, ou com familiares em caso de doentes que não mais estejam no gozo de suas faculdades mentais.

Diz, ainda, em seu artigo 2º que:

Os religiosos chamados a prestar assistência nas entidades definidas no art. 1º deverão, em suas atividades, acatar as determinações legais e normas internas de cada instituição hospitalar ou penal, a fim de não por em risco as condições dos pacientes ou a segurança do ambiente hospitalar ou prisional.

Para se fazer a reabilitação do “delinqüente”, priva-o a liberdade, contudo, não se pode privá-lo a assistência material, religiosa e cultural.

#### 4.3 DIREITO DE PETIÇÃO

Encontra seu fundamento jurídico no artigo 41, inciso XIV da Lei de Execução penal, o qual reza que: “Constituem direitos do preso: XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito”.


Segundo Jorge Miranda (2000, p. 278) “o direito de petição enquanto instrumento de defesa dos direitos fundamentais pode ser considerado um direito natural”.

Segundo José Afonso da Silva:

O direito de petição define-se ‘como o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou situação’, seja para denunciar uma lesão concreta, e pedir a reorientação da situação, seja par solicitar uma modificação do direito em vigor no sentido mais favorável à liberdade.

É garantido a qualquer pessoa o direito de petição, uma vez que possui eficácia constitucional e, por isso, as autoridades a quem são endereçadas estarão obrigadas a receber, examinar e responder a reclamação feita, e se assim não fizer, estará violando um direito líquido e certo do peticionário. Este, se não tiver sua reclamação atendida ou, ao menos, ter recebido alguma resposta, poderá interpor mandado de segurança, caso seu direito tenha sido violado.





Mister se faz aqui salientar que é através desse direito de petição, direito constitucional, que os detentos denunciam casos de tortura ou abusos cometidos dentro do meio carcerário.

#### 4.4 DIREITO À ASSESORIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA

O fundamento desse direito encontra-se no artigo 5º, inciso LXXIV e no artigo 134 da Constituição Federal de 1988:

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:

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

Bem como nos artigos 15 e 16 da Lei de Execução Penal e 261 e 263 do Código de Processo Penal, os quais rezam que:

**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 nos estabelecimentos penais.


**Art. 261.** Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

**Art. 263.** Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

Na maioria dos casos o presidiário não possui condições financeiras suficiente para poder arcar com os gastos advindos de advogados para que este faça a sua defesa particular, e também a Carta Maior não admite, vedando a autodefesa.

Cabendo, portanto, o Estado fornecer defensor público para fornecer informações ao preso, bem como auxiliar no que couber em relação a sua defesa.

Contudo, há uma lei específica, Lei 1.060 de 1950, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária gratuita àqueles que não possuem condições suficientes para arcar com despesas com advogados contratados. E logo em seu artigo 1º, que foi modificado pela Lei 7.510 de 1986, afirma: “Os poderes públicos, federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil, - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei”.



E, ainda, elenca no parágrafo segundo do artigo 2º as pessoas que farão “jus” e serão beneficiadas com esta lei, ou seja, “considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar às custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”.

#### 4.5 DIREITO À INDENIZAÇÃO POR ERRO JUDICIÁRIO OU POR PRISÃO ALÉM DOS LIMITES ESTABELECIDOS NA PENA

Está expresso na Carta Política de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXXV, que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

E, de acordo com o Código de Processo Penal, em seu artigo 621, o erro judiciário ocorre quando:

**Art. 621** - A revisão dos processos findos será admitida:

**I** - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

**II** - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;


**III** - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

O Estado será responsabilizado objetivamente a indenizar o condenado se o mantiver preso além do tempo estabelecido na pena ou concorrer com erro na aplicação de sua pena. Luiz Flávio Gomes (2012) observa que:

Não se trata de comparação entre o valor protegido e ofendido. A proteção da liberdade pessoal, é dever inarredável do Estado - uma conquista do cidadão contra o poder soberano -, impondo, em qualquer circunstância, a obrigação de indenizar, sempre que alguém sofrer prisão indevida.

Portanto, direito à integridade física e moral, à assistência religiosa, à assessoria jurídica integral e gratuita, direito de petição e o direito à indenização por erro judiciário ou por prisão além dos limites estabelecidos na pena são direitos garantidos expressamente na Constituição Federal de 1988.

O direito à integridade física e moral foi assegurado efetivamente quando o Brasil passou a condenar o tratamento desumano ou degradante aplicado aos detentos e também, quando banuiu a pena de morte de seu ordenamento jurídico. A assistência religiosa além de ser



direito do detento assegurado pela Carta Magna de 1988 é um dever do Estado, uma vez que, não é por que estará privando-o a liberdade que deverá privá-lo de todas as outras coisas que costumava praticar quando estava em liberdade, inclusive a religião (BARROSO, 2008).

Como remédios para esse último direito constitucional do presidiário *supracitado*, ou seja, como remédio para o erro judiciário ou por prisão além dos limites estabelecidos na pena, o condenado poderá utilizar-se da revisão criminal ou do Hábeas Corpus para a resolução imediata dessa ilegalidade cometida pelo Estado, além de ter o direito à indenização pelos danos morais e materiais por ele sofridos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa realizada, teve como finalidade abordar sobre a assistência material e assistência à saúde do preso, internado e egresso, conforme o parâmetro estabelecido pela Constituição Federal de 1988 salientando também as dificuldades apresentadas nos dias atuais.

Com o objetivo de promover a assistência material e assistência à saúde do preso, internado e egresso os princípios determinado pela Constituição Federal oferece garantias legais que norteiam a vida deste, cuja determinação é dever do Estado juntamente com a sociedade.

Na prática, a defesa social não poderá permanecer somente com fundamentos penas em finalidades teóricas, mas, principalmente, sobrevir na vida em comunidade por meio de uma ação direcionada pelo Estado, realizado por este e pelos demais interessados, incluindo os próprios presos.

Sendo assim, para que exista uma real política no sistema penitenciário, deve-se embasar nos princípios criminológicos e não apenas em soluções penais extravagantes. É lamentável que se ainda permaneça esta distância entre a teoria e a prática, entre a realidade prisional e a legislação, resultando o insucesso da pena e a falta de esperança do detento e da própria sociedade.

Percebe-se, no entanto, que a prisão tem se mostrado antagônica em seu caráter de promover de forma efetiva os direitos assegurados de forma legal, atuando como instrumento de potencialização de criminosos, o que reforça de forma significativa os índices de criminalidade e reincidência fora dos muros da penitenciária.



As causas dessa lamentável situação são várias, sendo as mais graves a superlotação do sistema, a ociosidade, a falta de atividades educacionais e oferecimento de trabalho ao condenado, as péssimas condições de salubridade a que os presos são submetidos, o que propicia o surgimento de várias doenças, a promiscuidade, a corrupção e despreparo dos profissionais envolvidos no tratamento penitenciário.

Podem ainda ser citados outros fatores que não condizem com o desígnio estabelecidos pela falta da assistência material e à saúde do preso, como a integração do amparo psicológico inerente ao presídio, que imprime neste a cultura do cárcere, dessocializando-o, e ao término de sua pena será jogado na sociedade, pode-se concluir que dificilmente irá se readaptar. Resulta assim a caracterização do estigma da pena, o preconceito social e o desamparo estatal, e dessa forma o egresso não consegue reintegrar-se no meio livre, sendo inevitável o seu retorno ao crime.

A Lei de Execuções Penais, não obstante ser considerada uma das mais avançadas do mundo, não é colocada em prática, este fato é devido à falta de direcionamento dos devidos recursos à execução penal. É nesse contexto que surgem como solução, ou pelo menos, como forma de atenuar o problema as penas alternativas em substituição à pena privativa de liberdade, essa sendo cabível apenas aos crimes de maior gravidade, por se apresentar como medida ineficaz em termos de prover uma adequada assistência tanto material quanto a saúde do detento, conforme dispõe a lei.





## REFERÊNCIAS

- ALBERGARIA, Jason. **Comentários à Lei de Execução Penal**. Aide, Rio de Janeiro, 1987.
- BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **A Falência da Pena de Prisão: Causas e alternativas**. 3ª Ed. Saraiva. São Paulo. 2004.
- \_\_\_\_\_. **Novas Penas Alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BRASIL. Constituição Federal, **Código Penal, Código de Processo Penal**. 3ª ed. Organizador: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- FOUCAULT, Michel. - **Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982)**. Rio de Janeiro: Zahar; 2000
- GIL, Antonio Carlos. **Método e Técnicas de Pesquisa Social**. 5º. Ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas a prisão**. 1.ed., 2.tir. São Paulo: RT, 1999. p.30. Apud FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir, trad, Ligia Vassallo, 2 ed., Petrópolis: Vozes, 2012.
- LEAL, César Barros. **Prisão: Crépulo de uma era**. Belo Horizonte, Del Rey, 1998.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**: 8 ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- MARCÃO, Renato Flávio, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo. Forense, 2011.
- NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal – Volume 1 (Introdução e Parte Geral)**. São Paulo: Saraiva 2014.
- OLIVEIRA, Eduardo. **Direitos Humanos - A luta contra o arbítrio numa visão global**. REVISTA CONSULEX – ANO V Nº 100 – 15 de maio/2016, Brasília – DF.
- PAIXÃO, Antônio Luiz. **Uma Saga Carcerária in Temas IMESC**, v. II, São Paulo, 2015.
- PORTO, Scheilla Maria das Graças Coitinho das. **Penas Restritivas de Direitos – Alternativa de Punição Justa** Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- TELES, Ney Moura. **Direito Penal; Parte Geral – I**. 1 ed. São Paulo: Editora de Direito, 2009.



# CAPÍTULO 2

## MEDIDA PROVISÓRIA 936/20: UMA MEDIDA NECESSÁRIA OU UMA AFRONTA AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS?

Angela Carolina Soncin, Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania, UNAERP  
Daniel Augusto Sabec Viana, Mestrando em Direito Coletivos e Cidadania, UNAERP

### RESUMO

Tendo em vista o estado de calamidade pública decretado e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do COVID-19, o presente artigo científico tem por objetivo demonstrar, com a análise dos artigos constantes da Medida Provisória 936, de 1º de abril de 2020 referentes à redutibilidade salarial e da jornada de trabalho por meio de acordo individual, o quanto é importante, neste momento, sopesar os princípios constitucionais existentes a fim de se garantir, ainda que minimamente, o equilíbrio da economia e a garantia do emprego e renda dos cidadãos. Para tanto, realizou-se uma pesquisa qualitativa do tema a ser examinado, utilizando-se a técnica da pesquisa bibliográfica e documental, com análise da Medida Provisória 936 de 1º de abril de 2020, da Constituição Federal de 1988, assim como de princípios constitucionais. Deste modo, será possível concluir com referidas análises, que a simples aplicação dos ditames constitucionais ou da legislação trabalhista existente, sem que haja uma análise do momento de pandemia vivido por todos, impossibilita que os cidadãos, de fato, usufruam das garantias constitucionais que lhe são atribuídas por direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Fundamentais. Acordos individuais. Direito do Trabalho. Medida Provisória.


### INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2019, o mundo conheceu os efeitos de um novo tipo de Coronavírus<sup>1</sup>, denominado como COVID-19. Com início na cidade chamada de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China, como um rastro de pólvora, se espalhou pelo mundo.

Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o surto da doença causada pelo novo coronavírus (COVID-19) constituía uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, sendo considerada, em 11 de março de 2020, como uma pandemia<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> O coronavírus é a segunda principal causa de resfriado comum (após rinovírus) e, até as últimas décadas, raramente causavam doenças mais graves em humanos do que o resfriado comum.

<sup>2</sup> OPAS-Brasil. Organização Pan-Americana da Saúde. *Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo*



O contágio pela doença tem aumentado de forma assustadora. Até o dia 29 de abril de 2020, foram oficialmente confirmados, no mundo, considerando 213 países, áreas ou territórios com casos de COVID-19, o total de 3.090.445 (três milhões noventa mil quatrocentos e quarenta e cinco mil) casos, chegando o número de mortos a 217.769 (duzentos e dezessete mil, setecentos e sessenta e nove)<sup>3</sup>.

No Brasil não foi diferente, considerando a mesma data, os números oficiais são preocupantes. Temos 78.162 (setenta e oito mil cento e sessenta e dois) casos confirmados e 5.466 (cinco mil quatrocentas e sessenta e seis) mortes em decorrência da doença<sup>4</sup>.

Com isso, medidas restritivas foram adotadas. Aeroportos foram fechados, assim como os estabelecimentos comerciais, escolas, locais de lazer, ficando vedado qualquer tipo de aglomeração. As pessoas foram submetidas ao isolamento social, ficando, em quase todo o mundo, apenas os serviços essenciais em funcionamento. O que se presenciou foram hospitais superlotados e um crescente número de mortes.

Diante disso, tendo em vista a instabilidade mundial instaurada desde dezembro de 2019, algumas medidas precisaram ser tomadas pelos governantes de todo o mundo, seja na área da saúde, seja na área econômica.

Foram também no Brasil tomadas inúmeras providências e muitos decretos e medidas provisórias foram publicadas.


Na seara trabalhista, tendo em vista a preocupação com a estabilidade econômica e com a garantia do emprego e renda do trabalhador, assim como com o possível aumento da criminalidade e da pobreza causados pelo desemprego, diversas medidas provisórias foram publicadas para enfrentamento do estado de calamidade pública, seja para regulamentar a nova situação ou, por outras vezes, para flexibilizar as normas já existentes, de modo a dar efetividade a estas normas, diante do momento vivido.

*coronavírus*). 2020. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875).

Acesso em: 30 abr 2020.

<sup>3</sup>WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Coronavirus disease (COVID-19) Pandemic*. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>. Acesso em 30 abr. 2020.

<sup>4</sup> OPAS-Brasil. op. cit. 2020.



Apesar disso, o presente trabalho não tem por finalidade discorrer acerca de todas as medidas implementadas pelo governo brasileiro, mas sim de realizar a análise da Medida Provisória 936/2020 no que tange a possibilidade que ela traz de realização de redução da jornada de trabalho e do salário do empregado mediante acordo individual, ou seja, sem a participação direta dos Sindicatos, indo de encontro ao que determinam os incisos VI e XIII do artigo 7º da Constituição Federal, sob o enfoque do momento de estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020<sup>5</sup>, e da emergência de saúde pública de importância internacional vivida em decorrência dos impactos causados pelo COVID-19.

## **1 DANECCESSIDADE DAEDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA 936 DE 1º DE ABRIL DE 2020.**

Inicialmente, cumpre aqui discorrer, ainda que brevemente, acerca da espécie normativa Medida Provisória, destacando sua importância, finalidade e requisitos.

A Medida Provisória, como se sabe, veio substituir o Decreto-Lei do período constitucional instituído pelo regime militar. Surgiu como uma esperança para corrigir problemas verificados quando a aplicação dos Decretos no período de regime militar, os quais eram utilizados de forma indiscriminada e, por muitas vezes, para sanar interesses particulares.


Com a medida provisória, atribuiu-se ao executivo federal, como destaca Ricci e Tomio<sup>6</sup>, um instrumento legislativo capaz de alterar o *status quo* no momento de sua edição. Segundo os autores,

apesar de indicar uma continuidade institucional, a MP apresenta um grau de delegação muito menor do que o decreto presidencial do regime anterior. Isso em virtude da necessária manifestação do Congresso para a conversão final da MP em lei e da perda de vigência da MP pela ausência de manifestação dos parlamentares em decorrência do esgotamento de seu prazo constitucional.

<sup>5</sup>BRASIL. Decreto nº 6, de 20 de março de 2020. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm). Acesso em: 29 abr. 2020.

<sup>6</sup>RICCI, Paolo; TOMIO, Fabricio. *O poder da caneta: a Medida Provisória no processo legislativo estadual*. Opin. Publica, Campinas, v. 18, n. 2, p. 256, Nov. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762012000200001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762012000200001&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 27 Apr. 2020.





Ademais, a medida provisória não foi criada com a finalidade de aplicação indistinta ou para interesses políticos particulares, “a edição de MP ocorreria apenas em caráter emergencial (casos de relevância e urgência), sendo também limitada quanto ao escopo normativo<sup>7</sup>”.

Contudo, apesar da esperança implícita na criação desta espécie normativa, as medidas provisórias eram constantemente reeditadas sem que se observassem os requisitos exigidos para tanto. Somente em um segundo momento, quando da edição da Emenda Constitucional 32/2001<sup>8</sup> que as medidas provisórias passam a ser utilizadas com a finalidade pretendida quando de sua criação, sendo as restrições a edições ampliadas e modificadas.

A Constituição Federal de 1988 disciplina a espécie normativa Medida Provisória em seu art. 62, autorizando que, em caso de relevância e urgência, o Presidente da República adote medidas provisórias, com força de lei, submetendo-as, para aprovação, de imediato, ao Congresso Nacional<sup>9</sup>.

Deste modo, o legitimado para edição de Medidas Provisórias é, exclusivamente, o Presidente da República, o qual deve atentar-se aos pressupostos constitucionais da relevância e urgência, assim como submeter a Medida para o Congresso Nacional.

É a Constituição Federal, portanto, que traz os requisitos, finalidades e restrições atinentes às Medidas Provisórias, valendo aqui mencionar que são proibidas as medidas provisórias que versarem sobre


- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
  - b) direito penal, processual penal e processual civil;
  - c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
  - d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;
- II - que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;
- III - reservada a lei complementar;
- IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República<sup>10</sup>.

<sup>7</sup>Ibid. p. 256.

<sup>8</sup>BRASIL. Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm). Acesso em: 29 maio 2020.

<sup>9</sup> BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado, 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: 20 abr 2020.

<sup>10</sup>BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado, 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: 20 abr 2020.



Assim, preenchidos os pressupostos de relevância e urgência e não sendo a matéria vedada pelo texto constitucional, é possível que o Presidente da República edite uma medida provisória.

Atualmente, como já mencionado, estamos diante de um estado de calamidade decretado e de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do grande número de mortes causadas pela COVID-19. O sistema de saúde está à beira de um colapso, o número de desempregados e mortes aumenta a cada dia, assim como o risco do descontrole total, seja do sistema de saúde ou do econômico, caso nenhuma providência seja tomada para salvaguardar a estabilidade destes sistemas.


É notório, portanto, que a Medida Provisória 936/2020 preenche todos os requisitos necessários para sua edição, não havendo o que se discutir quanto a este ponto.

A grande discussão entorno desta Medida Provisória está na possibilidade de realização da redução salarial e da redução da jornada de trabalho do empregado sem a participação direta do Sindicato na negociação, uma vez que a possibilidade de realização de acordo individual para tanto contraria os ditames constantes dos incisos VI e XIII da Constituição Federal, como será adiante melhor analisado.

## **2 PARTICIPAÇÃO DOS SINDICATOS NAS NEGOCIAÇÕES X ACORDO INDIVIDUAL AUTORIZADO PELA MEDIDA PROVISÓRIA 936/2020.**

Como delineado em linhas precedentes, a Medida Provisória 936/2020 trouxe, dentre outras medidas, a possibilidade da realização de redução proporcional da jornada de trabalho com a consequente redução do salário do empregado por meio de acordo individual, flexibilizando, portanto, a necessidade de participação direta dos Sindicatos nestas negociações. Referida flexibilização causou grande discussão entre os juristas, uma vez que alguns entendem que tal medida afronta os preceitos constitucionais contidos nos incisos VI e XIII do artigo 7º da Constituição Federal.

O artigo 7º da Constituição Federal traz os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais e, mais precisamente em seus incisos VI e XIII chama os sindicatos para a participação das negociações atinentes a redução de jornada e salário dos empregados. Vejamos:



Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

(...)

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

(...)<sup>11</sup>

Assim, segundo a Constituição Federal, para que seja possível a flexibilização dos direitos dos trabalhadores referentes a salário e jornada de trabalho, faz-se necessária a participação dos Sindicatos das categorias na negociação.

Importante destacar que os Sindicatos, ao logo de muitos anos, lutaram para alcançar uma posição de respeito e ser uma peça importante na garantia dos direitos dos trabalhadores.

Os Sindicatos têm sua participação na defesa dos direitos do empregado assegurada tanto pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), como pela Constituição Federal.


Com a Reforma Trabalhista os Sindicatos acabaram por perder um pouco de sua força, mas é inegável que muitos dos direitos e garantias hoje pertencentes aos trabalhadores foram assegurados por movimentos protagonizados por eles.

De qualquer forma, nota-se que o Constituinte, quando determinou a necessidade de participação dos Sindicatos na negociação de direitos dos trabalhadores pretendeu proteger o trabalhador de possíveis abusos do empregador, haja vista sua posição de hipossuficiente e a proteção dada ao trabalhador, pelos Sindicatos, ao longo dos anos.

Ocorre que, apesar da grande importância histórica dos Sindicatos e de todos os ganhos que conseguiram representando os trabalhadores em negociações e ainda da segurança jurídica que a presença dos Sindicatos dos trabalhadores e dos empregadores traz para empregados e empregadores em negociações, precisamos, para a tomada de decisões neste momento, observarmos o período singular que está sendo enfrentado por toda a humanidade.

A Medida Provisória 936/2020 foi editada com o objetivo de reduzir o impacto social advindo das consequências do estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública existentes em decorrência da pandemia causada pela COVID-19, com a preservação do

<sup>11</sup>BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado, 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: 20 abr 2020.



emprego e da renda, assim como garantindo a continuidade das atividades laborais e empresariais<sup>12</sup>.

Para tanto, como o próprio caput da Medida Provisória 936/2020 descreve, ela instituiu

o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo no 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei no 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências.


Assim, em resumo, diante do difícil momento mundialmente vivido, a Medida Provisória em discussão neste artigo objetiva, muito mais do que dar efetividade aos incisos VI e XIII do artigo 7º da Constituição Federal - garantindo a irredutibilidade salarial ou a jornada de trabalho –garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais e, com isso, garantir que os empregados continuem sendo empregados e que, com isso, continuem a receber seus salários, de modo a garantir o mínimo de dignidade para suas famílias. Ademais, pretende a Medida Provisória, também, garantir que a empresa consiga manter suas atividades e, por consequência, mantenha seus funcionários empregados.

De fato, a exigência constitucional de participação dos Sindicatos para a flexibilização dos direitos dos trabalhadores, apesar de importante, não foi observada quando da edição da Medida Provisória 936/2020, o que, se não estivéssemos enfrentando uma pandemia, com estado de calamidade decretado, assim como em situação de emergência de saúde pública de importância internacional, seria razão para a decretação da inconstitucionalidade da norma. Ocorre que, dado ao momento vivido, o preenchimento da exigência constante na Constituição Federal, qual seja, a participação do Sindicato na negociação para redução de jornada e salário, não pode ser um impedimento para que a finalidade maior da norma seja atingida.

Importante destacar que a autorização de realização de acordo individual para a redução de jornada e salário é momentânea, ou seja, não se pretende com a Medida Provisória 936/2020 alterar um ditame constitucional e afastar os Sindicatos da participação de negociações entre empregado e empresa, o que se pretende é dar uma solução, emergencial, para o momento de colapso vivido.

<sup>12</sup>BRASIL. Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm). Acesso em: 29 abr 2020.





A decretação da inconstitucionalidade da Medida Provisória 936/2020 neste momento somente conseguiria agravar os efeitos do caos causado pela pandemia existente, aumentando o número de desempregados e todas as demais consequências trazidas pela falta de renda para subsistência do ser humano.

De todo modo, cumpre destacar, que a Medida em análise não exclui a participação do Sindicato, muito pelo contrário, exige que aquele que firmar o acordo individual notifique o Sindicato, no prazo de 10 dias a contar da data do acordo firmado, para que este se manifeste. Neste sentido, o § 4º do artigo 11 da Medida Provisória 936/2020:

Os acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária do contrato de trabalho, pactuados nos termos desta Medida Provisória, deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração.


Sendo assim, apesar da desnecessidade de participação dos Sindicatos nas negociações, estes não foram excluídos da relação empregado/empregador, e terão ciência dos acordos individuais firmados, continuando com o dever de fiscalizar o cumprimento dos acordos, executando, deste modo, uma de suas principais funções.

Não há, repise-se, na Medida, qualquer impedimento de que os acordos sejam firmados com a participação direta dos Sindicatos nas negociações. O que pretendeu o Presidente, quando da redação da Medida, foi simplesmente flexibilizar e facilitar a execução do acordo, dado ao momento vivido, por isso da possibilidade de acordos individuais, sem maiores formalidades, para aqueles trabalhadores cujo valor do salário está compreendido do valor correspondente ao salário mínimo vigente até R\$ 3.135,00 e para aqueles que recebem valor igual ou maior que R\$ 12.202,11 e possuem diploma nível superior<sup>13</sup>.

Foram inúmeras as discussões acerca da constitucionalidade desta Medida, que o partido político Rede Sustentabilidade propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>14</sup>, com pedido de medida cautelar, requerendo fosse declarada inconstitucional a Medida, a fim de impedir que sejam reduzidos salários e jornadas por acordo individual, em respeito ao art. 7º, VI e XIII da Constituição Federal, mantendo a necessidade de acordo ou convenção coletiva para tal finalidade.

<sup>13</sup>BRASIL. Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm). Acesso em: 29 abr 2020.

<sup>14</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão em Medida Cautelar nº 6363, Ação Direta de Inconstitucionalidade. Requerente: Rede Sustentabilidade. INTDO: Presidente da República. Relator: RICARDO LEWANDOWSKI. Brasília, DF de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886604>. Acesso em 20 abr 2020.



Apesar da fundamentação trazida pelo partido Rede Sustentabilidade, e decisão em sede cautelar proferida pelo Ministro Lewandowisk<sup>15</sup>, a qual deferiu em parte a cautelar suscitada, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por 5 votos a 3, revogar a medida cautelar proferida pelo Ministro Lewandowisk e manter a redação da Medida Provisória 937/2020, autorizando os acordos individuais<sup>16</sup>.

Assim, mesmo não tendo o Supremo Tribunal Federal decidido, no mérito, acerca da constitucionalidade da Medida Provisória, diante da situação enfrentada, a maioria dos posicionamentos apresentados caminham no sentido da constitucionalidade da Medida, a qual ainda será encaminhada para a Congresso Nacional para que seja, caso assim entendam necessário, convertida em lei.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS


Não há como se negar que o momento de instabilidade vivido faz com que princípios e garantias constitucionais sejam sopesados a fim de que o objetivo maior da norma seja, de fato, assegurado ao trabalhador, cabendo, ao Poder Judiciário, a garantia dos preceitos constitucionais, impedindo que o Legislativo e o Executivo tomem medidas com viés político.

Assim, diante do estado de calamidade decretado, há que se reunir esforços para que sejam garantidos ao cidadão ao menos os direitos fundamentais básicos.

Há que se destacar, por mais contraditório e inadmissível que seja, que já em períodos estáveis, diferentes do atualmente vivido, os direitos fundamentais não são totalmente respeitados. A exemplo disso, podemos citar condições indignas de moradia, quando não a ausência desta, sem falar da falta de vagas em hospitais, fome, desemprego, aos quais o cidadão é submetido, sendo uma utopia achar que poderemos garantir todos estes direitos em um momento de pandemia.

<sup>15</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão em Medida Cautelar nº 6363. Relator: RICARDO LEWANDOWSKI. Brasília, DF, 6 de abril de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752428536&prcID=5886604&ad=s#>. Acesso em 20 abr 2020.

<sup>16</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão em Medida Cautelar nº 6363. Relator: RICARDO LEWANDOWSKI. Brasília, DF, 17 de abril de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5886604>. Acesso em 20 abr 2020.



O desrespeito à norma frequentemente observado, por óbvio, não pode ser base para justificar mais erros. Ao contrário disso, o que se pretende concluir é que no presente caso—em que o acordo individual é autorizado para que empregados tenham seus salários e jornadas reduzidos e assim possam ter a esperança de garantir seus empregos -não se trata de mais um erro com desrespeito à norma, mas sim uma forma para se garantir que o princípio da dignidade da pessoa humana seja atingido.

Foram diversas as medidas provisórias editadas na tentativa de minimizar os efeitos causados pela pandemia e assim assegurar que os direitos fundamentais sejam, ainda que minimamente, respeitados.


A Medida Provisória 936/2020 objetiva, como já mencionado, preservar o emprego e a renda, garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais, e ainda reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública. Sendo assim, declarar referida medida inconstitucional, impedindo que acordos individuais sejam firmados sob o argumento de que a norma constitucional determina que os Sindicatos participem diretamente da negociação, seria impedir uma tentativa de solução rápida para a problemática trabalhista vivida.

Ademais, referida Medida Provisória não impede a participação do Sindicato nas negociações realizadas, mas flexibiliza a viabilidade dos acordos com negociações diretas entre empregados e empregadores para um grupo de trabalhadores, o que não impede, também, que o empregado, caso sinta-se lesionado, busque as medidas judiciais cabíveis para ter seus direitos atendidos.

Em tempos como o atualmente vivido, faz-se necessária a garantia de direitos fundamentais dos trabalhadores - conquistados a duras penas - mas, para que se consiga, de fato, garantir-lhes estes direitos, a flexibilização de algumas regras, como as aqui apresentadas, é medida que se impõe.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado, 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: 20 abr 2020.



BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 01 de maio de 1953. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. 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: 20 abr 2020.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm). Acesso em 29 abr 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm). Acesso em: 29 maio 2020

BRASIL. Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm). Acesso em: 29 abr 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão em Medida Cautelar nº 6363. Relator: RICARDO LEWANDOWSKI. Brasília, DF, 6 de abril de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752428536&prcID=5886604&ad=s#>. Acesso em 20 abr 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão em Medida Cautelar nº 6363. Relator: RICARDO LEWANDOWSKI. Brasília, DF, 17 de abril de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5886604>. Acesso em 20 abr 2020.

OPAS-Brasil. Organização Pan-Americana da Saúde. *Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)*. 2020. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875). Acesso em 30 abr 2020.

RICCI, Paolo; TOMIO, Fabricio. *O poder da caneta: a Medida Provisória no processo legislativo estadual*. Opin. Publica, Campinas, v. 18, n. 2, p. 255-277, nov. 2012. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762012000200001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762012000200001&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 27 apr. 2020.

RAMALHO, José Ricardo; SANTOS, Rodrigo Salles Pereira dos; RODRIGUES, Iram Jácome. *Mudanças na Legislação trabalhista, sindicato e empresas multinacionais*. Cad. CRH, Salvador, v. 32, n. 86, p. 343-359, Aug. 2019. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-49792019000200343&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792019000200343&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 29 abr. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Coronavirus disease (COVID-19) Pandemic*. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>. Acesso em: 30 abr 2020.





# CAPÍTULO 3

## DA CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE CASADO SOB O REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS COM OS DESCENDENTES DO *DE CUJUS*

**Aline da Silveira Farias**, Graduada em Direito da Faculdade Estácio do Rio Grande do Sul

### RESUMO

O presente estudo trouxe informações e embasamento acerca da concorrência do cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens com os descendentes do *de cujus*. Por imperativo, a base legal foi o artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, que disciplinou a ordem de vocação hereditária que deve ser considerada. A estrutura teórica do estudo foi embasada na abordagem sobre sucessão; sucessão do cônjuge; evolução da legislação e jurisprudências sobre o tema; questões interpretativas a respeito do artigo 1.829, I, do Código Civil; bens particulares; e, por fim, sobre comunhão parcial de bens. O tipo de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, com análise de conteúdo. Trazendo luz à questão, o Supremo Tribunal Federal dirimiu a dúvida quanto ao equilíbrio do regime jurídico sucessório de cônjuges e companheiros, estabelecendo as premissas interpretativas que devem permear a sucessão legítima, em respeito a norma legalmente determinada.


**PALAVRAS-CHAVE:** Sucessão. Cônjuge. Companheiro(a). Bens. Comunhão Parcial.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é uma proposta de estudo acerca da concorrência do cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens com os descendentes do *de cujus*, à luz do artigo 1.829, I, do Código Civil.

Será estudada, particularmente, a questão da possibilidade legal do cônjuge sobrevivente concorrer com os descendentes em relação a todo o acervo patrimonial chamado herança. A estrutura teórica consiste na abordagem sobre sucessão; sucessão do cônjuge; evolução da legislação e jurisprudências sobre o tema; questões interpretativas a respeito do artigo 1.829, I, do Código Civil; bens particulares; e, por fim, sobre comunhão parcial de bens. O tipo de pesquisa utilizada será a bibliográfica, com análise de conteúdo.

A sucessão legítima provém da determinação da lei, posto que o legislador pressupôs o desejo do *de cujus* e instituiu no art. 1.829 a ordem de vocação hereditária que deve ser considerada. Desse modo, há quatro classes de sucessores: a primeira classe é formada pelos



descendentes e o cônjuge; a segunda, pelos ascendentes e o cônjuge; a terceira, pelo cônjuge, isoladamente; e, a quarta, pelos colaterais, até o quarto grau. Destaca-se o fato de que a disputa sucessória do cônjuge com os descendentes do falecido é impactada pelo regime de bens do casamento.


Desse modo, o presente estudo traz as seguintes questões norteadoras:

- a) como e de que forma ocorre a concorrência do cônjuge com os descendentes no direito brasileiro?
- b) qual a evolução legislativa e jurisprudencial a respeito?
- c) quais as principais questões interpretativas em torno do artigo 1829, I, do Código Civil?
- d) o que são e em que consistem os bens particulares?
- e) o que refere o direito brasileiro sobre o regime da comunhão parcial de bens.

O art. 1.829, I, do Código Civil, traz a concorrência sucessória do cônjuge como regra, pontuando e deixando expressas as exceções. É a partir da análise destas exceções que se extrai o critério que guiou o legislador na elaboração da regra de concorrência entre descendentes e cônjuges: há herança quando não há meação, já que o cônjuge não necessita ser duplamente beneficiado e os descendentes também não podem ser prejudicados. Aprofundando-nos mais no espírito da lei, se pode dizer que é a proteção do cônjuge sobrevivente o alicerce de tal regra sucessória.

Os seguintes objetivos específicos, darão sustentação ao estudo, contribuindo para a análise crítica da pesquisadora:

- a) analisar de qual maneira o cônjuge concorre com os demais descendentes no ordenamento jurídico brasileiro;
- b) dissertar quanto a evolução da legislação e jurisprudências sobre o tema;
- c) verificar as questões interpretativas a respeito do artigo 1.829, I, do Código Civil;
- d) identificar no que se constitui os bens particulares;
- e) abordar a comunhão parcial de bens no direito brasileiro.



O estudo desse tema é relevante, na medida em que se faz necessário trazer luz à questão, pois a redação do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, trouxe dúvidas interpretativas, as quais têm sido elucidadas pelos Tribunais, especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça. O desacerto legislativo já se vislumbra na desigualdade legal prescrita entre a sucessão do cônjuge e a do companheiro, caso em que a circunstância jurídica provém de união estável.

## 2 DESENVOLVIMENTO

Para levar à cabo o que se propõe no presente estudo, faz-se necessário abordar os seguintes temas: sucessão; sucessão do cônjuge; evolução da legislação e jurisprudências sobre o tema; questões interpretativas a respeito do artigo 1.829, I, do Código Civil; bens particulares; e, por fim, comunhão parcial de bens.

### 2.1 SUCESSÃO

Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, a sucessão é a troca de uma pessoa no âmbito jurídico, como detentor de direitos e deveres, ocasionando a transferência de bens e de relações jurídicas de um indivíduo para outro.<sup>17</sup> O princípio da sucessão não é exclusivo do direito hereditário ou direito de heranças. Entretanto, no que compete ao direito hereditário, a sucessão opera sempre *causa mortis*.


O direito das sucessões, constante no Título V do Código Civil Brasileiro, é a área do direito civil que normatiza a transmissão dos bens, valores, direitos e dívidas legados pelo indivíduo aos seus sucessores, quando morre, assim como das implicações de suas exigências de última vontade.<sup>18</sup>

Nesta esteira, Sílvio Venosa<sup>19</sup> assevera que, ao se falar em direito das sucessões, no direito, se está tratando de um “[...] campo específico do direito civil: a transmissão de bens,

<sup>17</sup> PAULA, Gabriela Alves de. **Deserdação por abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2017-06-14-14974694986471.pdf>. Acesso em: 06 set. 2019.

<sup>18</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: sucessões**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>19</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 15-16.



direitos e obrigações em razão da morte. É o direito hereditário, que se distingue do sentido lato da palavra sucessão, que se aplica também à sucessão entre vivos”.

Por seu turno, Gisela Maria Fernandes Hironaka<sup>20</sup> infere que o direito das sucessões se relaciona, diretamente, com a imperiosidade de ordenar “o direito de família ao direito de propriedade”, uma vez que a razão da transferência *causa mortis* estaria não só no seguimento patrimonial, isto é, na preservação dos bens na família, como meio de amealhação de capital que fomentaria a poupança, o trabalho e a economia, ainda mais e sobretudo, no “fator de proteção, coesão e perpetuidade da família”.

De acordo com Paulo Lôbo<sup>21</sup>, o direito das sucessões é limitado aos indivíduos, a partir de sua morte, havendo normas próprias para a sucessão das pessoas jurídicas por cada uma das suas entidades (associação civil, fundação, organização religiosa, partido político, sociedade simples, sociedade empresária, além das empresas unipessoais).

Justo dizer que o direito de sucessões se sustenta no direito de propriedade e na sua utilidade social, amparados, constitucionalmente, como direitos fundamentais, assegurando a dignidade humana.

Segundo o disposto no art. 1.798 do Código Civil<sup>22</sup>, são reconhecidos a suceder os indivíduos nascidos ou já concebidos por ocasião da abertura da sucessão. O Código Civil de 2002 admite duas formas de sucessão: sucessão legítima e sucessão testamentária.

A sucessão legítima provém da determinação da lei, posto que o legislador pressupôs o desejo do *de cuius* e instituiu no art. 1.829 a ordem de vocação hereditária que deve ser considerada. Desse modo, há quatro classes de sucessores: a primeira classe é formada pelos descendentes e o cônjuge; a segunda, pelos ascendentes e o cônjuge; a terceira, pelo cônjuge, isoladamente; e a quarta, pelos colaterais, até o quarto grau.


Entre os herdeiros que formam a sucessão legítima estão os herdeiros necessários, os quais o direito ampara de modo específico. Tem por objetivo, entre os herdeiros legítimos, proteger a parte da herança que não pode ser designada a outros parentes ou a estranhos, por

<sup>20</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 5.

<sup>21</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: sucessões**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>22</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 06 set. 2019.





meio de atos de liberdade, como doação, testamento, partilha em vida, denominada legítima ou parte indisponível.<sup>23</sup>

Conforme o art. 1.845 do Código Civil são herdeiros legítimos os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Especificamente, integram a primeira, segunda e terceira classe na ordenação da vocação hereditária, tendo como ponto positivo o amparo da legítima.<sup>24</sup> Oportuno consignar que todo herdeiro necessário é legítimo, entretanto nem todo herdeiro legítimo é necessário.

De acordo com o art. 1.829, os herdeiros legítimos são os descendentes, ascendentes, cônjuges/companheiros e colaterais até o 4º grau, de sorte que, por outro lado, os herdeiros necessários são mais reduzidos, incluindo apenas os descendentes, ascendentes e cônjuge, conforme o art. 1.845.

Como a sucessão testamentária não é a opção de estudo no presente, não será amplamente debatida, restringindo-se a uma breve abordagem no sentido de que é a que exprime o desejo individual do testador, onde indica a quem almeja designar seus bens. Se trata de um tipo de sucessão não praticada habitualmente na sociedade brasileira. O brasileiro não tem por hábito formular testamentos, e, no entender de Lôbo<sup>25</sup>, é devido ao fato de que no país o testamento sempre teve “utilidade secundária e residual, não penetrando nos hábitos da população, como se vê na imensa predominância da sucessão legítima nos inventários abertos”. O autor ainda salienta o papel da doutrina, que se concentrou mais à sucessão legítima do que à testamentária.

## 2.2 SUCESSÃO DO CÔNJUGE


Como apontado na Constituição Federal<sup>26</sup>, art. 226, a base da sociedade é a família e, por tal razão, é amparada pela proteção do Estado. A legislação constitucional e infraconstitucional engloba e representa os valores e princípios morais da sociedade que regula,

<sup>23</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. Cit.

<sup>24</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das sucessões**. V. 6. 10 ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<sup>25</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: sucessões**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 189.

<sup>26</sup> BRASIL **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.



conferindo-lhes conteúdo jurídico, não podendo se desagregar, de modo algum, dos desejos e dogmas éticos de seus cidadãos.

Assim como apregoam os Mazeaud<sup>27</sup>, o direito sucessório se alicerça na solidariedade familiar, que fundamenta a transmissão sucessória em razão de sua abrangência moral, robustecendo os laços e os vínculos familiares. Conforme estes doutrinadores, a eticidade da propriedade se mostra quando os bens são empregados como forma de efetivação dos fins familiares.

Nesta esteira, Rolf Madaleno<sup>28</sup> doutrina que:

Tem a sucessão, portanto, um sentido transcendente, eis que responde ao triunfo do amor familiar sobre a utópica pregação de cunho socialista – de solidariedade social, irrefutável conseguir e ter bastante presente que a herança visa a defender e a fortificar a família constituída pelo sucedido, repassando com a sua morte o patrimônio ao cônjuge e aos filhos, sujeitos de sua transcendência, personagens de estímulo à sua luta em vida e, colaboradores naturais da formação e produção da riqueza material que com a sua morte herdada e que não foi idealizada apenas para que dela fossem meros usufrutuários.


O art. 1.829, I, do Código Civil estabelece que a sucessão legítima se dá na seguinte ordem: “I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens, ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.”<sup>29</sup> Merece destaque o fato de que a disputa sucessória do cônjuge com os descendentes do falecido é impactada pelo regime de bens do casamento.

Convém pôr em relevo a intenção do legislador em atribuir direito à concorrência sucessória com os descendentes do falecido ao cônjuge que, em razão do regime de bens empregado, não faz jus à meação, exatamente para que este não fique patrimonialmente desvalido com a morte de seu cônjuge. Desse modo, retira deste direito o cônjuge casado pelo regime de comunhão universal de bens, posto que este já tem direito à meação de todo o patrimônio do autor da herança, ressalvadas as restrições legais; na mesma toada, preconizou que no regime de comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente só concorreria com os

<sup>27</sup> MAZEAUD, Henri, Léon e Jean. *Lecciones de Derecho Civil, Parte Cuarta*, vol. III, Buenos Aires. **Ediciones Jurídicas Europa América**, 1976, p. 146.

<sup>28</sup> MADALENO, Rolf. **Testamento, testemunhas e testamentário**: uma brecha para a fraude. Disponível em: [http://rolfmadaleno.com.br/rs/index.php?option=com\\_content&task=view&id=44&itemid=39#\\_ftn1](http://rolfmadaleno.com.br/rs/index.php?option=com_content&task=view&id=44&itemid=39#_ftn1). Acesso em: 09 set. 2019.

<sup>29</sup> BRASIL. **Código Civil**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



descendentes caso o falecido houvesse deixado bens particulares, pois já teria direito à meação no que tange aos bens comuns.

Deve-se atentar ao fato de que o art. 1.829, I, do Código Civil, traz a concorrência sucessória do cônjuge como regra, pontuando e deixando expressas as exceções. É a partir da análise destas exceções que se extrai o critério que guiou o legislador na elaboração da regra de concorrência entre descendentes e cônjuges: há herança quando não há meação, já que o cônjuge não necessita ser duplamente beneficiado e os descendentes também não podem ser prejudicados. Aprofundando-nos mais no espírito da lei, se pode dizer que é a proteção do cônjuge sobrevivente o alicerce de tal regra sucessória.

Esta é a interpretação conferida pela maior parte da doutrina ao artigo acima transcrito, tendo em vista a necessidade de se amparar o consorte, presumindo-se que era vontade do falecido beneficiar aquele com quem construiu um patrimônio, e, principalmente, comungou afeto e interesses, até o momento da morte.

Assim sinalizam Flávio Tartuce e José Fernando Simão: “a premissa que se adota para a interpretação do dispositivo em questão é a intenção do legislador em não deixar o cônjuge sobrevivente em desamparo ao concorrer com os descendentes”.<sup>30</sup>


Na mesma esteira, foi esta acepção que ensejou a aprovação do Enunciado nº 270, na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal/Centro de Estudos Judiciários ocorrida em Brasília no ano de 2004, segundo o qual:

O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes de comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.<sup>31</sup>

Dessa forma, adotando o princípio da proteção do cônjuge sobrevivente como premissa interpretativa do dispositivo em questão, no regime de separação convencional o cônjuge teria, sim, direito à concorrência sucessória com os descendentes do falecido, na medida em que,

<sup>30</sup> SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Fábio. **Direito Civil**. 5. ed. São Paulo. Método, 2012, p. 152.

<sup>31</sup> ENUNCIADOS Aprovados – **III Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/iii-jornada.pdf>. Acesso em: 09 set. 2019.



salvo disposição em contrário no pacto antenupcial, ele não teria direito à meação, por inexistirem bens comuns.

## 2.3 EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIAS SOBRE O TEMA

Até o início do século XX, os ordenamentos jurídicos brasileiros prescreviam que o cônjuge sobrevivente só seria chamado à sucessão se o falecido não houvesse deixado parentes até o 10º grau da linha colateral.

Em 1907, o Decreto nº 1.839 (Lei Feliciano Pena) promoveu uma importante alteração na ordem de vocação hereditária, dispondo que o cônjuge ficaria em terceiro lugar na linha sucessória, atrás apenas dos descendentes e ascendentes, deixando os colaterais na quarta colocação.

O Código Civil de 1916, em seu art. 1.603, reproduziu a ordem de vocação sucessória prescrita na Lei Feliciano Pena, atribuindo ao cônjuge a terceira posição na linha sucessória, e o art. 1.611 preconizava que, à falta de descendentes e ascendentes, a sucessão seria deferida ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal (redação alterada pela Lei do Divórcio).


Neste sentido, o Código de 1916 acertou em conceder ao cônjuge sobrevivente preferência na linha sucessória em relação aos colaterais. Segundo o emérito jurista Clóvis Beviláqua, a colocação do cônjuge supérstite à frente dos colaterais na ordem de vocação hereditária era uma necessidade moral indeclinável, tendo em vista a comunhão de afetos e interesses, e os mais íntimos laços de união existentes entre aquele e o falecido.

Em comentário ao art. 1.603 o civilista Zeno Veloso preconiza que “em rigor, o cônjuge supérstite deveria fazer parte das duas primeiras classes de sucessíveis, salvo se pelo regime do casamento lhe coubesse levantar a metade do patrimônio da família, porque, então, já estaria, economicamente, amparado”.<sup>32</sup>

No entanto, no revogado Diploma Civil, o cônjuge era herdeiro facultativo, não necessário, podendo ser excluído da sucessão pela via testamentária.

<sup>32</sup> VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo. Saraiva, 2010, p. 20.






Não obstante, a legislação previa o direito do cônjuge sobrevivente não casado pelo regime de comunhão universal de bens ao usufruto vitalício, de modo que enquanto os descendentes ou ascendentes ficavam com a nua propriedade dos bens objeto da sucessão, o cônjuge detinha o usufruto de uma quota parte destes bens. Ao cônjuge casado pelo regime de comunhão universal de bens, era conferido o direito real de habitação em relação ao imóvel destinado à residência da família, desde que fosse o único bem daquela natureza a inventariar. O Código Civil de 2002, afinando-se ao texto constitucional, que assegura a proteção da família, apresentou mudanças substanciais no campo do Direito das Sucessões, sendo a preocupação pela estabilidade do grupo familiar ostentada em braços berrantes. Com o intuito de incentivar a conservação do patrimônio formado pelo *de cuius* e de atender à difundida preocupação de garantir o futuro não apenas dos filhos, mas também do cônjuge sobrevivente, preservando-o da adversidade, foi-lhe conferida posição mais favorável na sucessão legítima. Assim, o CC/02 alçou o cônjuge à categoria de herdeiro necessário, conjuntamente com os descendentes e ascendentes do falecido (art. 1.845), de modo que este terá garantida, pelo menos, a reserva de legítima. Com isso, repita-se, visa-se à proteção do cônjuge sobrevivente, que, ao tempo da morte do outro, não estava separado judicialmente, nem separado de fato há mais de dois anos, conforme preconiza o art. 1.830 do Diploma Civil.

Importa esclarecer que a condição de herdeiro necessário do cônjuge não depende de bens do casamento, sendo clara e impassível de dúvida a redação do art. 1.845: “são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

Esta foi uma notável inovação no direito sucessório do cônjuge, tornando-o mais benéfico, pois se passa a considerar, então, que o vínculo conjugal, a afeição e a intimidade existentes entre consortes não são inferiores aos laços consanguíneos.

Nas palavras do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Massami Uyeda, “o Código Civil de 2002 trouxe importante inovação, erigindo o cônjuge como concorrente dos descendentes e dos ascendentes na sucessão legítima. Com isso, passou-se a privilegiar as pessoas que, apesar de não terem qualquer grau de parentesco, são o eixo central da família.<sup>33</sup> Ademais, a legislação civil em vigor não só conferiu ao cônjuge a condição de herdeiro

<sup>33</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **REsp.954.567/PE**. Relator Ministro Massami Uyeda. Brasília, 06 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 12 set. 2019.



necessário, mas a de herdeiro necessário privilegiado, pois, a despeito de ocupar a terceira classe dos sucessíveis, recolhendo a integralidade da herança na falta de descendentes e ascendentes, concorre com aqueles, na primeira classe, e com estes, na segunda, na forma do art. 1.829, I e II do CC/02. Assim, permanece em terceiro lugar na ordem sucessória, mas não é mais excluído pelos descendentes e ascendentes na ordem de vocação hereditária.

Outra melhoria na posição do cônjuge é a extensão do direito real de habitação a todos os regimes de bens, não restringindo esta benesse àqueles casados pelo regime de comunhão universal tal como era feito no CC/16.

Assim, é possível constatar que no Código Civil de 2002 o legislador seguiu a atual tendência, estabelecendo a ordem de vocação hereditária de acordo com o vínculo afetivo familiar existente entre o falecido e os herdeiros. Neste sentido, partiu da premissa de que era da vontade do autor da herança assegurar estabilidade financeira e segurança primeiramente aos seus descendentes e a seu consorte, com quem partilhou a vida e o ajudou a construir o patrimônio deixado, dando-lhe apoio e afeto até o momento da sua morte.

## 2.4 QUESTÕES INTERPRETATIVAS A RESPEITO DO ARTIGO 1.829, I, DO CÓDIGO CIVIL


A lista das pessoas que deverão ser chamadas para fazer parte da transmissão de titularidade das relações patrimoniais pertencentes ao *de cuius* encontra-se contida no artigo

1.829 do Código Civil, o qual especifica em seu inciso I:

“[...] aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; [...]”.<sup>34</sup>

A redação do artigo 1.829, inciso I, trouxe dúvidas interpretativas, as quais têm sido elucidadas pelos Tribunais, especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça. O desacerto legislativo já se vislumbra na desigualdade legal prescrita entre a sucessão do cônjuge e a do companheiro, caso em que a circunstância jurídica provém de união estável. Cumpre ressaltar

<sup>34</sup> BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 06 set. 2019.



que a sucessão da união estável foi regradada pelo Poder Legislativo distinguindo-o do regime do casamento, estando ela disciplinada no artigo 1.790 do Código Civil.

Levado o desacerto ao Supremo Tribunal Federal, o qual reconheceu a ressonância geral da matéria (Temas 498 e 809) e, por maioria de votos declarou, de modo fortuito, a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, cotejando o direito do companheiro de ser partícipe da herança, em caso de união estável, aplicando-se igual regime jurídico determinado para os cônjuges. As deliberações referidas se encontram assim ementadas:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL À SUCESSÃO EM UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS.

1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011)

2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso.

3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.


4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.<sup>35</sup>

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS.

1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável.

2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 646.721**. Relator: BARROSO, Luís Roberto. Publicado no DJ de 11-09-2017).



1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso.

4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: *“No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”*.<sup>36</sup>

Trazendo luz à questão, o STF dirimiu a dúvida quanto ao equilíbrio do regime jurídico sucessório de cônjuges e companheiros, estabelecendo as premissas interpretativas que devem permear a sucessão legítima, em respeito a norma legalmente determinada.

A ordem sequencialmente conferida à sucessão legítima deverá, então, considerar a seguinte sequência: 1º) são convidados a suceder os descendentes, em concomitância com os cônjuges ou companheiros sobreviventes; 2º) na falta de descendentes, chamar-se-á os ascendentes, em concomitância com os cônjuges ou companheiros sobreviventes; 3º) caso não haja descendentes ou ascendentes, os cônjuges ou companheiros sobreviventes herdarão sozinhos; 4º) finalmente, não existindo descendentes, ascendentes e cônjuge/companheiro, serão chamados a suceder os colaterais até quarto grau.


As questões interpretativas vem sendo, gradativamente, esclarecidas pelos tribunais. Em geral, as dúvidas e questionamentos tem origem no regime de bens adotado pelos cônjuges e companheiros.

Considerando-se a letra fria da lei, tem-se que a concorrência entre descendentes e cônjuges somente ocorrerá quando o casamento (ou união estável) fosse regido pelo regime da comunhão parcial de bens e o autor da herança tivesse deixado bens particulares, caso em que, o cônjuge ou companheiro, além de meação disputaria com os descendentes, como herdeiro, quanto aos bens particulares.

Evidencia-se a lacuna legislativa no que concerne a dois regimes: o da participação final nos aquestos e na separação de bens, praticada através de pacto antinupcial. Frente a esses

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** 878694/MG. Relator: BARROSO, Luís Roberto. Publicado no DJ de 06-02-2018).





defeitos legislativos, o Superior Tribunal de Justiça instituiu padrões de interpretação, até porque, o vazio legislativo não poderia findar na falta de produção de efeitos sucessórios para os regimes da separação convencional de bens e participação final nos aquestos.

Relativamente aos cônjuges casados sob a regência da separação convencional total de bens (pacto antenupcial), o Superior Tribunal de Justiça considerou que o cônjuge sobrevivente pleiteia com os descendentes do falecido, distanciando-se a concorrência tão somente quanto ao regime da separação legal de bens disciplinada no artigo 1.641 do Código Civil. É o que se depreende da decisão proferida no Recurso Especial nº. 1382170/SP, disponibilizado no DJe em 25/05/2015, que se encontra assim ementada:

CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE. HERDEIRO NECESSÁRIO. ART. 1.845 DO CC. REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTE. POSSIBILIDADE. ART. 1.829, I, DO CC.

1. O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil).
2. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido. A lei afasta a concorrência apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. Interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil.
3. Recurso especial desprovido.<sup>37</sup>

Na mesma seara é o juízo lançado no Recurso Especial 1.472.945/RJ, disponibilizado no DJe em 18/11/2014, cuja ementa da decisão apresenta-se abaixo:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. INVENTÁRIO E PARTILHA. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO CONVENCIONAL. PACTO ANTENUPCIAL POR ESCRITURA PÚBLICA. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. CONCORRÊNCIA NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA COM DESCENDENTES. CONDIÇÃO DE HERDEIRO. RECONHECIMENTO. EXEGESE DO ART. 1.829, I, DO CC/02. AVANÇO NO CAMPO SUCESSÓRIO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL.

1. O art. 1.829, I, do Código Civil de 2002 confere ao cônjuge casado sob a égide do regime de separação convencional a condição de herdeiro necessário, que concorre com os descendentes do falecido independentemente do período de duração do casamento, com vistas a garantir-lhe o mínimo necessário para uma sobrevivência digna.
2. O intuito de plena comunhão de vida entre os cônjuges (art. 1.511 do Código Civil) conduziu o legislador a incluir o cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845), o que reflete irrefutável avanço do Código Civil de 2002 no campo sucessório, à luz do princípio da vedação ao retrocesso social.
3. O pacto antenupcial celebrado no regime de separação convencional somente dispõe acerca da incomunicabilidade de bens e o seu modo de administração no curso do casamento, não produzindo efeitos após a morte por inexistir no ordenamento

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº. 1382170/SP**, disponibilizado no DJe em 25/05/2015.



pátrio previsão de ultratividade do regime patrimonial apta a emprestar eficácia póstuma ao regime matrimonial.

4. O fato gerador no direito sucessório é a morte de um dos cônjuges e não, como cediço no direito de família, a vida em comum. As situações, porquanto distintas, não comportam tratamento homogêneo, à luz do princípio da especificidade, motivo pelo qual a intransmissibilidade patrimonial não se perpetua post mortem.

5. O concurso hereditário na separação convencional impõe-se como norma de ordem pública, sendo nula qualquer convenção em sentido contrário, especialmente porque o referido regime não foi arrolado como exceção à regra da concorrência posta no art.

1.829, I, do Código Civil.

6. O regime da separação convencional de bens escolhido livremente pelos nubentes à luz do princípio da autonomia de vontade (por meio do pacto antenupcial), não se confunde com o regime da separação legal ou obrigatória de bens, que é imposto de forma cogente pela legislação (art. 1.641 do Código Civil), e no qual efetivamente não há concorrência do cônjuge com o descendente.

7. Aplicação da máxima de hermenêutica de que não pode o intérprete restringir onde a lei não excepcionou, sob pena de violação do dogma da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal de 1988).

8. O novo Código Civil, ao ampliar os direitos do cônjuge sobrevivente, assegurou ao casado pela comunhão parcial cota na herança dos bens particulares, ainda que os únicos deixados pelo falecido, direito que pelas mesmas razões deve ser conferido ao casado pela separação convencional cujo patrimônio é, inexoravelmente, composto somente por acervo particular. 9. Recurso especial não provido.<sup>38</sup>

Finalizando, identifica-se o que atualmente é praticado em virtude da significação conferida pelo STJ, em que se entende que a concorrência do cônjuge e do companheiro com os descendentes se dará da seguinte forma:

a) não há concorrência quando o casamento for da comunhão universal de bens e separação obrigatória de bens;

b) quando o casamento for o da comunhão parcial de bens, o cônjuge ou companheiro concorrerá com o autor da herança em hipótese de ter sido deixado pelo falecido bens particulares, estando a concorrência limitada a esses bens;

c) quando o regime for o da separação convencional de bens, por ser o acervo patrimonial composto somente por acervo particular, a concorrência com os descendentes se dará sobre a totalidade da herança deixada;

d) no regime da participação final nos aquestos o entendimento prevalecente é que a concorrência deverá ocorrer nos mesmos moldes da comunhão parcial de bens, ou seja, quanto aos bens particulares.

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial 1.472.945/RJ**, disponibilizado no DJe em 18/11/2014.

## 2.5 BENS PARTICULARES


Bens particulares são aqueles que pertencem exclusivamente a um dos cônjuges, em razão do seu título aquisitivo. No regime da comunhão parcial, são particulares os bens adquiridos antes e depois do casamento, por herança ou doação, bem como os adquiridos com o produto da venda de outros bens particulares. Os demais bens, adquiridos pelos cônjuges durante o tempo em que estiverem juntos, chamados de aquestos, constituem acervo comum. São esses bens comuns que dão direito à meação, divisão em duas partes iguais na partilha, que acontece após a dissolução do casamento. As mesmas regras valem para os companheiros, pois a união estável atende ao regime da comunhão parcial de bens, salvo se houver contrato escrito dispendo de forma diversa.

Os bens particulares são enumerados nos incisos do artigo 1.659 e no artigo 1.661 do Código Civil.<sup>39</sup>

Conforme disciplina o art. 1.659 do Código Civil, os bens particulares são:

- aqueles que cada cônjuge já possuía antes de casar;
- aqueles que o cônjuge receber, mesmo na constância do casamento, por doação ou herança;
- aqueles que foram adquiridos com o produto da venda dos bens acima citados, ou com valores pertencentes exclusivamente a um dos cônjuges;
- as obrigações anteriores ao casamento (dívida de cartão de crédito), desde que não tenham sido adquiridas em benefício do casal (festa de casamento);
- as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
- os bens de uso pessoal (roupas, recordações de família, joias, etc.), os livros e instrumentos de profissão (objetos necessários ao exercício da profissão, exemplo: livros de um advogado, máquina fotográfica de um fotógrafo);

<sup>39</sup> BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 06 set. 2019.



- os rendimentos do trabalho pessoal de cada cônjuge (exemplo: o salário não se comunica, mas os bens adquiridos com ele serão comuns);

- as pensões (exemplo: valor pago por determinação legal, judicial, visando manter a subsistência de uma pessoa), meios-soldos (exemplo: valor pago à militares reformados), montepios (exemplo: pensão paga a herdeiros de funcionários públicos falecidos) e outras rendas semelhantes.

No ano de 2015, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento acerca do direito sucessório do cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão parcial de bens, enquanto herdeiro necessário no que se refere ao acervo de bens particulares deixados pelo autor da herança:

## 2.6 COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

A comunhão parcial de bens está disciplinada no Código Civil, em seus artigos 1.658 a 1.666. Nesse modelo, ligam-se os bens que sobrevierem ao casal, na vigência do casamento, ou seja, os bens obtidos no decurso do casamento são divididos pelo casal, ao mesmo tempo em que os adquiridos anteriormente ao casamento permanecem sob a titularidade daquele que o adquiriu.


Também chamado de regime legal ou supletivo de bens, o regime de comunhão parcial de bens possui precedência sobre os demais e é empregado quando da falta de manifestação dos noivos, ou pela não existência de acordo antenupcial, ou ainda caso haja o acordo, porém nulo ou ineficaz, à luz do que preceitua o artigo 1.640 do Código Civil.<sup>40</sup>

Também se aplica a *juris et de jure* – presunção absoluta – de que o legado constituído pelo casal em decorrência da continuidade do casamento é resultado de empenho e dedicação concorrente das partes, não somente de ordem econômica, como também moral e psicológica.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

<sup>41</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 10. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.





De modo bastante didático, os patrimônios do vínculo conjugal são: a) bens particulares do cônjuge 1; b) bens particulares do cônjuge 2; e, c) bens comuns obtidos no decurso do casamento ou por fato eventual.

Concordante é o esclarecimento de Carlos Roberto Gonçalves:<sup>42</sup>

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.

Desse modo, são considerados bens da relação conjugal os móveis e imóveis alcançados onerosamente pelo casal, ainda que em nome de apenas um dos cônjuges, além de cotas sociais de empresas, bens provenientes de fato eventual, como prêmios lotéricos, benfeitorias geradas de bens particulares do casal, frutos dos bens comuns e particulares concebidos no transcurso do casamento, ou sujeitos ao tempo de findar a comunhão, da mesma maneira que bens obtidos por ambos através de heranças, doações e legados.<sup>43</sup>

No entender de Silvio Rodrigues, o regime da comunhão parcial de bens é caracterizado, fundamentalmente, pela exclusão da comunhão dos bens que o casal detinha ao casar, e os que adquiram na consistência do casamento, por razão anterior ou alheia ao casamento.<sup>44</sup> Tal regime, “[...] ao prescrever a comunhão dos aquestos, estabelece uma solidariedade entre os cônjuges, unindo-os materialmente, pois ao menos parcialmente, seus interesses são comuns, permitindo, por outro lado, que cada um conserve como seu aquilo que já lhe pertencia”<sup>45</sup>, quando do casamento. Com isso, esse regime, “[...] além de frear a dissolução da sociedade conjugal, torna mais justa a divisão dos bens por ocasião da separação judicial”.<sup>46</sup>

Resta evidente que este regime é o que melhor reúne as características da sociedade conjugal, haja vista que os bens obtidos na vigência do casamento devem ser comuns, por ser produto da dedicação do casal que consolidaram, pela própria vontade, a sociedade conjugal.


<sup>42</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>43</sup> FARIAS; ROSENVALD, Op. Cit.

<sup>44</sup> DINIZ. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família. 33. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2014.

<sup>45</sup> DINIZ, Op. Cit.

<sup>46</sup> DINIZ, Op. Cit.



Continuam incomunicáveis os bens alcançados anteriormente.<sup>47</sup> Na comunhão parcial de bens a gestão dos bens comuns é da competência natural de qualquer dos cônjuges, entretanto será indispensável o consentimento de ambos, outorga uxória, para a execução de atos que acarretem, a título gratuito, a cedência do uso ou fruição dos bens comuns, conforme disciplina o artigo 1.663, § 2 do Código Civil: “Art. 1.663. A administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges: [...] § 2º A anuência de ambos os cônjuges é necessária para os atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns.”<sup>48</sup>

### 3 CONCLUSÃO


O presente estudo buscou trazer informações e embasamento acerca da concorrência do cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens com os descendentes do *de cuius*. Por imperativo, a base legal foi o artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, que disciplinou a ordem de vocação hereditária que deve ser considerada.

O artigo 1.829, entretanto, vem suscitando inúmeras questões interpretativas as quais vem sendo resolvidas nos tribunais, sobretudo no Superior Tribunal de Justiça. Da forma como está colocada no referido artigo, a disputa sucessória do cônjuge com os descendentes do falecido é impactada pelo regime de bens do casamento.

A intenção do legislador em atribuir direito à concorrência sucessória com os descendentes do falecido ao cônjuge que, em razão do regime de bens empregado, não faz jus à meação, deveu-se exatamente para que este não fique patrimonialmente desvalido com a morte de seu cônjuge. Desse modo, retira deste direito o cônjuge casado pelo regime de comunhão universal de bens, posto que este já tem direito à meação de todo o patrimônio do autor da herança, ressalvadas as restrições legais; na mesma toada, preconizou que no regime de comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente só concorreria com os descendentes caso o falecido houvesse deixado bens particulares, pois já teria direito à meação no que tange aos bens comuns.

<sup>47</sup> DINIZ. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família. 33. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2014.

<sup>48</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 06 set. 2019.



Trazendo luz à questão, o STF dirimiu a dúvida quanto ao equilíbrio do regime jurídico sucessório de cônjuges e companheiros, estabelecendo as premissas interpretativas que devem permear a sucessão legítima, em respeito a norma legalmente determinada. A ordem sequencialmente conferida à sucessão legítima considera, então, a seguinte sequência: 1º) são convidados a suceder os descendentes, em concomitância com os cônjuges ou companheiros sobreviventes; 2º) na falta de descendentes, chamar-se-á os ascendentes, em concomitância com os cônjuges ou companheiros sobreviventes; 3º) caso não haja descendentes ou ascendentes, os cônjuges ou companheiros sobreviventes herdarão sozinhos; 4º) finalmente, não existindo descendentes, ascendentes e cônjuge/companheiro, serão chamados a suceder os colaterais até quarto grau.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 06 set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Código Civil**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, **REsp.954.567/PE**. Relator Ministro Massami Uyeda.

Brasília, 06 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 12 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 646.721**. Relator: BARROSO, Luís Roberto. Publicado no DJ de 11-09-2017).

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 878694/MG**. Relator: BARROSO, Luís Roberto. Publicado no DJ de 06-02-2018).

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº. 1382170/SP**, disponibilizado no DJe em 25/05/2015

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial 1.472.945/RJ**, disponibilizado no DJe em 18/11/2014.

DINIZ. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família. 33. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2014.

ENUNCIADOS Aprovados – **III Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/iii-jornada.pdf>. Acesso em: 09 set. 2019. 09 set. 2019.



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**, volume 6: direito de família. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 5.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: sucessões**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MADALENO, Rolf. **Testamento, testemunhas e testamentário: uma brecha para a fraude**. Disponível em: [http://rolfmadaleno.com.br/rs/index.php?option=com\\_content&task=view&id=44&itemid=39#\\_ftn1](http://rolfmadaleno.com.br/rs/index.php?option=com_content&task=view&id=44&itemid=39#_ftn1). Acesso em: 09 set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Direito de família**. 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZEAUD, Henri, Léon e Jean. *Lecciones de Derecho Civil, Parte Quarta, vol. III, Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa América*, 1976, p. 146.

PAULA, Gabriela Alves de. **Deserção por abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2017-06-14-14974694986471.pdf>. Acesso em: 06 set. 2019.

SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Fábio. **Direito Civil**. 5. ed. São Paulo. Método, 2012, p. 152.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das sucessões**. V. 6. 10 ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo. Saraiva, 2010, p. 20.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 15-16.





# CAPÍTULO 4

## ALIENAÇÕES SUCESSIVAS DE BENS IMÓVEIS: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DO ART. 185 DO CTN

**Andréa Cristina Marques de Araújo**, Doutora em Ciência Da Informação, Universidade Fernando Pessoa (Porto Portugal)

**Alexandre Coutinho da Silveira**, Doutor em Direito Econômico e Financeiro

**Sarah Lopes Passarinho**, Bacharel em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará


### RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo verificar se o art. 185 do Código Tributário Nacional pode ser aplicado para declarar fraudulentas as hipóteses de alienações sucessivas de bens imóveis no ordenamento jurídico brasileiro diante do julgamento do Recurso Especial nº 1.141.990/PR, onde definiu-se que qualquer alienação realizada nos moldes desse dispositivo se constitui em presunção absoluta de fraude à execução, incluindo as hipóteses de sucessivas alienações, afastando a incidência da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça às execuções fiscais. Para tanto, o trabalho analisa como a primeira e a segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça têm decidido a questão, considerando a ausência de previsão legal da norma e levando-se em conta que os julgados tem aplicado o referido dispositivo às hipóteses de sucessivas alienações. Dessa forma, a fim de que o adquirente não seja prejudicado, a pesquisa suscitou a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil em seus artigos 828, §4º e 792, §2º dado a natureza jurídica diversa do instituto das alienações sucessivas que requer a aplicação de *distinguishing* no caso concreto, como forma de promover segurança jurídica às decisões judiciais e proteger o direito fundamental da propriedade privada assegurado no caput do art. 5º da Constituição Federal/88. A metodologia utilizada desenvolveu-se a partir de pesquisa exploratória, baseando-se em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, cujos resultados obtidos se deram a partir de pesquisa qualitativa por meio da análise de conceitos e jurisprudências.

**PALAVRAS-CHAVE:** Fraude à Execução. Alienações Sucessivas. *Distinguishing*. Análise Jurisprudencial. Segurança Jurídica.

### 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se dá em face da problemática acerca da aplicação ou não do art. 185 do Código Tributário Nacional – CTN (BRASIL, 1966), cuja redação foi alterada por meio da Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos casos envolvendo alienações sucessivas de bens imóveis. Isso porque, foi definido no julgamento do Recurso Especial nº 1.141.990/PR (BRASIL, 2010) que qualquer alienação realizada nos moldes do art. 185 do CTN se constitui em presunção absoluta de fraude, incluindo as hipóteses de alienações sucessivas, afastando a incidência da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça - STJ




(BRASIL, 2009) às execuções fiscais, visto que, análises pertinentes à averbação da penhora e má-fé das partes para fins de caracterização da fraude não possuem espaço (CARNEIRO, 2012).

Assim, o presente trabalho analisa como a primeira e a segunda Turma do STJ têm decidido a questão, considerando a ausência de previsão legal do instituto das alienações sucessivas de bens imóveis e levando-se em conta que os julgados tem aplicado o art. 185 do CTN (BRASIL, 1966) às hipóteses de sucessivas alienações sem tampouco fazer *distinguishing* aos casos concretos, a fim de possibilitar que o adquirente não seja prejudicado, visto que, as sucessivas alienações incidem sobre a mesma cadeia dominial do bem imóvel (PETERSEN, 2014).

Outrossim, apesar da alienação realizada nos moldes do art. 185 do CTN (BRASIL, 1966) se encontrar pacificada no âmbito da 1ª Seção do STJ, o tema provoca insegurança jurídica nos casos envolvendo alienações sucessivas de bens imóveis no país, considerando que não há previsão para tal situação. Para tanto, o presente trabalho se torna ainda mais polêmico diante da constatação de que não existe uma Certidão de Dívida Ativa Nacional (SILVA, 2017), o que traz insegurança e imprevisibilidade para os terceiros de boa-fé que adquirem bens de pessoas contra as quais não há débito tributário inscrito em dívida ativa e ainda assim podem perder o bem imóvel como consequência de uma execução fiscal movida contra o proprietário anterior àquele que lhe vendeu o imóvel, com base na presunção absoluta de fraude conferida através do Recurso Especial nº 1.141.990/PR do STJ (BRASIL, 2010) ao art. 185 do CTN.

Portanto, trata-se de controvérsia atual e relevante, capaz de interferir significativamente nos direitos individuais, devendo ser analisada também sob a ótica do direito de propriedade e da segurança jurídica. Destaca-se que, a pesquisa possui relevância social e econômica, dado que as alienações sucessivas impactam diretamente no cenário da compra e venda de bens imóveis, visto que qualquer terceiro de boa-fé que adquiriu um bem imóvel por meio de sucessivas alienações pode vir a ser prejudicado.

O trabalho desenvolveu-se a partir de pesquisa exploratória que, segundo Gil (1994), envolve a metodologia de levantamento bibliográfico, isso porque o tema em comento não possui tantos dados e informações disponíveis, logo, a fim de atingir esses resultados, o trabalho se baseou em pesquisa bibliográfica de livros, artigos científicos e pesquisa jurisprudencial no



âmbito do Superior Tribunal de Justiça, cujos resultados obtidos se deram a partir de pesquisa qualitativa por meio da análise de conceitos e jurisprudências.


Nesse diapasão, primeiro será analisado o alcance do art. 185 do CTN (BRASIL, 1966), cuja redação foi alterada por meio da Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, a partir do precedente judicial firmado no Recurso Especial nº 1.141.990/PR do STJ (BRASIL, 2010). Posteriormente, a pesquisa define o conceito de alienações sucessivas de bens imóveis e trata da ausência de previsão legal sobre o tema, o qual enseja a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil em seus artigos 828, §4º e 792, §2º (BRASIL, 2015), assim como, da súmula 375 do STJ (BRASIL, 2009), considerando a natureza jurídica diversa desse instituto.

Ademais, a pesquisa examina em âmbito nacional, de que forma a presunção absoluta de fraude à execução conferida ao art. 185 do CTN (BRASIL, 1966) através do recurso representativo da controvérsia, tem gerado insegurança jurídica e imprevisibilidade, ferindo o direito fundamental da propriedade privada assegurado no caput do artigo 5º da CF/88, considerando que o art. 185 do CTN tem sido aplicado de forma ampla e indistinta até mesmo para as sucessivas alienações, sem que o STJ realize *distinguishing* em casos concretos.

## **2 O ENDURECIMENTO DO ART. 185 DO CTN A PARTIR DA REDAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 E DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.141.990/PR**

O art. 185 do CTN (BRASIL, 1966) refere-se ao instituto da fraude à execução, cuja redação foi alterada por meio da Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005. Sua importância se deve ao fato de que esse dispositivo visa salvaguardar a Fazenda Pública de sujeitos passivos com débitos regularmente inscritos em dívida ativa, que intentam dissolver seu patrimônio a fim de não adimplirem com suas obrigações tributárias. Machado Segundo (2018, p. 258) aduz que: “Isso significa que através dele não se busca o acerto da relação conflituosa, mas sim a satisfação do direito já acertado e não adimplido, representado pelo título executivo que é a Certidão de Dívida Ativa”.

Antes da alteração da redação deste dispositivo, a presunção legal da ocorrência de fraude se daria diante da prévia existência de citação válida do executado em processo de execução fiscal, isso porque, o STJ pacificou o entendimento de que a expressão “em fase de



execução” se referia ao negócio jurídico ter ocorrido após a citação válida do devedor (PEREIRA, 2019).

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por **crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução**.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita em fase de execução. (BRASIL, 1966, n.p., **grifo nosso**)

Com a modificação legislativa, a alienação de bens após a regular inscrição do crédito tributário em dívida ativa configura presunção absoluta de fraude à execução, uma vez que se tratando de execuções fiscais é legitimado passivo (inciso I do artigo 4º da Lei nº 6.830/80) o sujeito que não efetua o pagamento de uma obrigação no tempo devido, ocasionando a inscrição do débito em dívida ativa, materializado na Certidão de Dívida Ativa – CDA, a qual goza de presunção de legalidade e certeza do título executivo (BRASIL, 1980). Desse modo, a Fazenda Pública inscreve o débito em dívida ativa, notificando o devedor a realizar o pagamento do montante devido ou apresentar defesa (CUNHA, 2018).

Logo, a partir do momento em que esse crédito é inscrito em dívida ativa, o devedor não poderá alienar seu patrimônio, salvo nos casos de reserva de bens, sob pena de configurar fraude à execução, conforme prevê o art. 185 do Código Tributário Nacional - CTN, *in verbis*:


Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005). (BRASIL, 1966, n.p.)

Destarte, foi editada a Súmula nº 375 do STJ (BRASIL, 2009) que define estar configurada fraude à execução nos casos em que já tenha havido o registro da penhora do bem alienado ou que fique comprovada a má-fé do terceiro adquirente. Gomide (2016) destaca que o intuito da criação desta súmula foi de privilegiar a boa-fé em seu caráter subjetivo, a fim de perquirir se no momento da aquisição do imóvel já havia gravame registrado na matrícula do bem, o qual é capaz de tornar ineficaz o negócio jurídico.

Ocorre que, no julgamento do Recurso Especial nº 1.141.990/PR do STJ (BRASIL, 2010), foi afastada a incidência de boa ou má-fé em sede de execução fiscal e consequentemente a súmula acima referida, trazendo uma análise objetiva acerca da fraude à execução






(BALEEIRO, 1999). Dito isso, com base no Recurso Especial nº 1.141.990/PR do STJ (BRASIL, 2010), a fraude à execução pertinente aos créditos tributários regularmente inscritos em dívida ativa, gozará de presunção *juris et de juris* que independe de comprovação de boa-fé ou de análise subjetiva, considerando-se presumidamente fraudulenta a alienação e dispensando o registro da penhora para a caracterização da fraude.

Diante do exposto, levando-se em consideração o entendimento atribuído através da súmula 375 do STJ (BRASIL, 2009) e da presunção absoluta de fraude à execução conferida ao art. 185 do CTN (BRASIL, 1966) em face do Recurso Especial nº 1.141.990/PR do STJ (BRASIL, 2010), surge a hipótese de alienações sucessivas de bens imóveis, as quais são consideradas fraudulentas no âmbito da execução fiscal quando o primeiro proprietário, que possuía inscrição em dívida ativa, realiza a transferência do bem a terceiro, que posteriormente aliena a outro comprador, ocorrendo sucessivas transferências na cadeia dominial do bem à sujeitos que não possuem relação com a dívida exequenda.

Essa hipótese não foi abarcada pelo art. 185 do CTN (BRASIL, 1966), tendo sido considerada indiferente em sede de Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.141.990/PR do STJ (BRASIL, 2018), onde houve o endurecimento da norma prevista no dispositivo anteriormente citado, diante da presunção absoluta de fraude, que inviabiliza a análise subjetiva no pertinente a boa-fé do terceiro adquirente, o que influencia diretamente nos casos envolvendo alienações sucessivas de bens imóveis, em virtude da ausência de previsão legal acerca do tema.

### **3 ALIENAÇÕES SUCESSIVAS DE BENS IMÓVEIS E AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DO REFERIDO INSTITUTO**

Diferentemente de uma alienação realizada nos moldes do art. 185 do CTN (BRASIL, 1966), em que se configurará a alienação fraudulenta do negócio jurídico, considerando que o devedor inscrito em dívida ativa alienou seu patrimônio a outrem, prejudicando a atividade jurisdicional, no caso das alienações sucessivas de bens imóveis, a aquisição do bem não se deu a partir do devedor inscrito em dívida ativa, e sim de um adquirente subsequente que já havia obtido o imóvel do devedor, não estando o atual vendedor inscrito em dívida ativa (SILVA, 2017). Mesmo se tratando de uma situação diferenciada, não há no ordenamento jurídico



previsão legal sobre o instituto das alienações sucessivas. A consequência jurídica da ausência de instituto próprio é que a Fazenda Pública irá aplicar o art. 185 do CTN, a fim de considerar fraudulenta a alienação.

Acontece que, na hipótese de sucessivas alienações de bens imóveis, a única forma do comprador ter o discernimento sobre eventuais dívidas tributárias dos antigos proprietários ao atual vendedor é por meio do registro da penhora. Assim, Theodoro Júnior (1973, p. 213-214 *apud* ALBUQUERQUE, 1987, p. 260, **grifo nosso**) leciona sobre esse entendimento:

Na primeira venda, no entanto, isto é, naquela praticada pelo próprio devedor, em afronta à execução, ocorre uma violação direta ao ato solene que é a penhora e essa disposição apresenta-se automaticamente ineficaz, sem qualquer subordinação a prévia inscrição. **Só nas alienações posteriores, que não são realizadas pela executada, é que necessária se torna o ato de registro para fazer com que a ineficácia da fraude de execução atinja os terceiros adquirentes de boa fé.**

Nesse sentido, o instituto das alienações sucessivas merece tratamento diferenciado pois, contrariamente ao marco temporal do art. 185 do CTN, somente com o registro da penhora que as alienações posteriores podem ser declaradas ineficazes (AMADEO, 2010). Necessário destacar que o bem imóvel é adquirido de um terceiro contra o qual sequer ocorreu o lançamento do tributo ou execução pendente, hipótese em que o terceiro não possui o *animus nocendi*, pois o mesmo sequer tem conhecimento sobre uma possível inscrição (ASSIS, 2017).

Guedes (2017) dispõe que a compra e venda de bens imóveis no ordenamento jurídico pátrio tem sido permeada por um cenário de insegurança jurídica, considerando que o vendedor pode possuir pendências jurídicas nas mais diversas esferas do judiciário ou em outro estado da federação, a qual pode recair sobre o bem imóvel objeto das alienações, que, inclusive, pode se encontrar em outra comarca diversa do lugar onde se prossegue a execução, e, apesar do comprador ter agido com cautela ao expedir certidões dos distribuidores cíveis, penais e trabalhistas, se a demanda for processada em comarca ou estado diverso, a informação não constará na certidão.

Para além da cautela necessária, é desmedido exigir que sejam emitidas certidões de todas as comarcas do Brasil, visto que tal ônus probatório não é dotado de razoabilidade (GOMIDE; RESENDE, 2016), tornando o negócio jurídico inviável e custoso, tampouco se pode exigir que seja verificada a situação do vendedor em todo o território nacional, visto que no caso das alienações sucessivas de bens imóveis não será o vendedor que estará inscrito em dívida ativa. Nesse diapasão, Maria Helena Diniz (2006) acentua que as transmissões




envolvendo bens imóveis devem usufruir de maior fiscalização, para que o terceiro de boa-fé que adquiriu o bem não suporte eventuais prejuízos.

O paradigmático recurso também afastou a aplicação da súmula 375 do STJ (BRASIL, 2009), onde a Fazenda Pública não precisa comprovar que houve o registro da penhora na matrícula do imóvel ou a boa-fé do terceiro adquirente. Sendo assim, o direito de propriedade resta mais do que prejudicado para os casos de alienações sucessivas de bens imóveis, pois mesmo diante de uma hipótese em que as cautelas mínimas foram adotadas, no sentido de verificar se o alienante é inscrito em dívida ativa ou se apresentou certidões negativas, a presunção absoluta de fraude à execução restará sobreposta ao direito de propriedade do terceiro de boa-fé. Contrário a esse entendimento, Scavone Junior (2020, p. 786) leciona que: “De fato, se o comprador extraiu as certidões pessoais do vendedor, tomando as cautelas exigíveis e normais do negócio, é considerado adquirente de boa-fé”.

Anuir com o entendimento firmado no recurso especial provoca caos e instabilidade nas relações contratuais, ofendendo nesse sentido o princípio da segurança jurídica ao desconsiderar a boa-fé do adquirente que em nada tem relação com a execução em curso, por isso ressalta-se que as alienações sucessivas devem ser tratadas de forma diferenciada, contrariando o entendimento firmado no recurso paradigmático quanto a aplicação do art. 185 do CTN (BRASIL, 1966), visto que tratam-se de sucessivas transmissões sobre uma mesma cadeia dominial e possuem natureza jurídica diversa. Sendo assim, é ônus da Fazenda Pública, considerando que se trata de fato constitutivo ao seu direito, demonstrar a fraude nos casos de alienações sucessivas, pois só assim o direito de propriedade não será suprimido sem que seja oportunizado que o terceiro adquirente comprove que não houve publicidade na penhora realizada (FERRARI NETO, 2011).

Isto posto, propõe-se que para a caracterização da fraude à execução, no caso das alienações sucessivas de bens imóveis, exija-se o registro da penhora, que goza de eficácia *erga omnes* ao gravame, a fim de que a ineficácia da alienação inicial alcance os negócios posteriormente avençados sobre o mesmo bem, cabendo a Fazenda Pública, diferentemente do que ficou definido no Recurso Especial nº 1.141.990/PR do STJ (BRASIL, 2010), demonstrar que os adquirentes sucessivos tinham ciência do ônus judicial sobre o bem (ALBUQUERQUE, 1987).



### 3.1 PROPRIEDADE PRIVADA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA REPERCUSSÃO JURÍDICA NO CASO DE ALIENAÇÕES SUCESSIVAS DE BENS IMÓVEIS A PARTIR DE UMA ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA

A propriedade privada além de um princípio, também é um direito fundamental consagrado no art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Para tanto, Scavone Junior (2020) destaca que, trata-se de um direito real por excelência, outrossim, o autor pontua que, uma das características desse direito real é a publicidade advinda do registro da titularidade desse direito, a qual poderá ser oponível a toda coletividade.


Ocorre que, o direito de propriedade tem sido violado frente ao posicionamento firmado no Recurso Especial nº 1.141.990/PR do STJ (BRASIL, 2010). Destaca-se que, tratando-se de alienações diretas, o posicionamento firmado foi acertado, porém, quanto aos casos envolvendo alienações sucessivas de bens imóveis o precedente tem gerado instabilidade e insegurança jurídica nas relações contratuais envolvendo o terceiro adquirente de boa-fé:

A insegurança jurídica prejudica, enfim, a vida dos cidadãos. Ela atua negativamente sobre as instituições e sobre os investimentos internos e externos, já que prejudica as decisões de longo prazo em virtude da absoluta impossibilidade de apreensão das normas futuras e das decisões passadas. (ÁVILA, 2011, p. 64).

Ademais, a legislação tributária traz privilégios para a Fazenda Pública no pertinente ao crédito tributário a fim de que a mesma possa tutelar seus interesses de forma isonômica em relação aos particulares (PEIXOTO; PEIXOTO, 2018). Tais privilégios decorrem da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, haja vista que objetivam a satisfação do erário, visando o interesse da coletividade (PICANÇO JUNIOR, 2011). Ademais, quanto às prerrogativas que goza a Fazenda Pública, Cunha (2018) destaca a presunção de legitimidade que também deriva da mesma.

Ferrari Neto (2011) afirma que essa presunção absoluta de fraude se contrapõe a noção principiológica de segurança jurídica no pertinente ao terceiro de boa-fé, isso porque, apesar da Súmula 375 do STJ (BRASIL, 2009) ter sido afastada no julgamento do Recurso Especial nº 1.141.990/PR (BRASIL, 2010), a edição da mesma teve como essência cuidar da hipótese de alienações sucessivas. O fundamento desse argumento está baseado no fato de que cabe àquele que comprou o imóvel demonstrar que tomou as cautelas legais, diligenciando no sentido de ter requerido certidões sobre o referido imóvel, verificando se há algo que comprometa a celebração do negócio jurídico e retirando certidões de distribuidores cíveis, das varas de





execução fiscal e distribuidores criminais, a fim de garantir segurança jurídica ao adquirente de boa-fé, nesse sentido:


Não se pode afirmar que todos os adquirentes de imóveis devam requerer certidões dos distribuidores de todos os proprietários anteriores. Não é isso que afirma a Lei 7.433/1985, nem seu Decreto Regulamentador (Dec. 93.240/1986). Desse modo, ocorre a fraude à execução na alienação do bem pelo devedor a um terceiro e essa fraude é presumida. **Também pode ocorrer a fraude à execução na alienação sucessiva, ou seja, na alienação do bem pelo terceiro adquirente a um quarto adquirente. Entretanto, o quarto adquirente terá a seu favor a presunção de boa-fé, porquanto não tinha como saber que o proprietário anterior havia adquirido o imóvel em fraude. A obrigação desse quarto adquirente era requerer certidões dos distribuidores sobre o terceiro adquirente (proprietário anterior) e não de toda cadeia de proprietários anteriores.** (FERRARI NETO, 2011, p. 219, grifo nosso)

Diante disso, a posição adotada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006) é a mais acertada ao pontuar que é ônus da Fazenda Pública demonstrar que o adquirente não diligenciou no sentido de obter certidões negativas, que não houve a cautela na celebração do negócios e que restou comprovada a fraude, a fim de preservar a segurança jurídica. Em vista disso, Scavone Junior (2020, p. 774) destaca que: “todo processo de aquisição começa pela solicitação das certidões referentes ao imóvel e à pessoa do vendedor”.

É sabido que a fraude à execução constitui ato atentatório a dignidade da justiça, considerando que o credor é o próprio erário, todavia, tendo por base o princípio da legalidade, é necessário analisar o disposto no art. 185 do CTN (BRASIL, 1966) para entender que baseado neste princípio, a hipótese de fraude prevista nesse dispositivo não pode ser aplicada ao caso das alienações sucessivas, isso porque no caso das alienações sucessivas, o bem declarado fraudulento está na posse de quem não é o devedor. Logo, não se pode prejudicar o direito de propriedade do terceiro que não estabeleceu relação direta com o executado, tendo adquirido imóvel após sucessivas alienações em sua cadeia dominial.

Além do mais, considerando que a propriedade privada possui *status* de direito fundamental, a partir de uma análise constitucional, a mesma deve ser protegida a fim de resguardar o patrimônio do cidadão, garantindo segurança jurídica a esses casos (MELLO, 2012).

Assim, os requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico para o reconhecimento de fraude à execução fiscal, não podem ser aplicados em sede de alienações sucessivas de bens imóveis, uma vez que violam os direitos de propriedade e segurança jurídica daquele que




cuidou-se em tomar as devidas cautelas a adquirir o bem, sendo desarrazoado pretender que no caso de alienações sucessivas de bens imóveis o terceiro adquirente, último comprador, investigue toda a cadeia dominial do bem imóvel em busca de certidões negativas dos proprietários anteriores, bem como que tenha conhecimento de execuções fiscais em âmbito nacional. Portanto, diante da ausência de previsão legal sobre tal instituto, é inaplicável se valer de um dispositivo que trata de alienações diretas para um caso de alienações sucessivas.

### 3.2. APLICAÇÃO DO *DISTINGUISHING* COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS ENVOLVENDO ALIENAÇÕES SUCESSIVAS DE BENS IMÓVEIS

A Primeira Seção no julgamento do recurso representativo da controvérsia fixou teses paradigmáticas aplicadas aos casos de fraude à execução nos moldes do art. 185 do CTN (BRASIL, 1966), a primeira delas foi que, a lei especial prevalece sobre a lei geral (*lex specialis derogat lex generalis*), logo, a Súmula 375 do STJ (BRASIL, 2009) não poderia ser aplicada às execuções fiscais. Tal súmula prevê que a fraude à execução será reconhecida no caso concreto desde que tenha havido previamente o registro da penhora do bem alienado ou que reste comprovada a má-fé do terceiro adquirente.

No pertinente a segunda tese, foi fixado um marco temporal sobre a questão, dito de outra forma, antes da Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, seria presumidamente fraudulenta a alienação que ocorresse após o crédito estar regularmente inscrito em dívida ativa em fase de execução, com a alteração introduzida pela referida Lei, a fraude passou a ser configurada quando houvesse a alienação de bens após o crédito estar regularmente inscrito em dívida ativa. Assim, o marco temporal no primeiro caso era a citação válida do devedor, todavia, com a entrada em vigor da lei, qualquer alienação posterior à 09/06/2005 que ocorra nos termos do art. 185 do CTN (BRASIL, 1966) terá como ponto de análise se a venda se deu posteriormente a inscrição do crédito em dívida ativa, no mesmo sentido, para alienações realizadas antes da entrada em vigor da lei, qual seja 09/06/2005, a análise será feita partindo do pressuposto se houve ou não a citação válida do devedor.

A terceira tese firmada consagrou que a fraude à execução prevista no art. 185 do CTN (BRASIL, 1966) goza de presunção *jure et de jure*, ou seja, não admite prova em contrário pois




trata-se de presunção absoluta de fraude, compondo o elenco das garantias do crédito tributário. Por fim, também firmou-se que a inaplicação do art. 185 do CTN, o qual não está condicionado a qualquer registro público, viola a Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2008), ou seja, a decisão de órgão fracionário que afasta a incidência do recurso paradigmático viola a cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Dito isso, tendo por base a técnica do *distinguishing* e partindo-se do pressuposto de que nenhum caso é idêntico ao outro, vislumbra-se que o recurso representativo da controvérsia não pode ser aplicado aos casos de alienações sucessivas levando-se em conta a *ratio* do precedente e os elementos diferenciadores que envolvem o caso (CAMILOTTI, 2016). Trata-se de analisar as especificidades das questões jurídicas colocadas em debate a fim de aplicá-las às demais decisões judiciais.

Portanto, é imperativo que o órgão jurisdicional justifique a decisão e o motivo da aplicação de determinado fundamento, exprimindo à similaridade ou a desigualdade existente entre os casos (EDINGER, 2017). Ressalta-se que não se pretende promover um *overruling* sobre a questão, pois o entendimento do recurso paradigmático foi acertado no pertinente as alienações realizadas nos moldes do art. 185 do CTN (BRASIL, 1966), todavia, propõe-se um *distinguishing* aos casos envolvendo alienações sucessivas de bens imóveis (SCHAUER, 2009).

Isto posto, partindo da premissa de que a vinculação do precedente dá-se a partir da similaridade entre os casos, a hipótese de alienações sucessivas de bens imóveis não se encontra sob o jugo do precedente firmado, visto que há uma diferença jurídica relevante entre alienações sucessivas de bens imóveis e a hipótese do recurso em questão, porquanto, o órgão jurisdicional só está obrigado a segui-lo se ficar constatada a similaridade do caso com o precedente. Feita tal constatação, é legítimo ao juiz distinguir os casos, o que não influenciará na *ratio decidendi* do recurso paradigmático já que o precedente vinculante não é materialmente aplicável ao caso.

A partir dessa distinção pretende-se limitar a aplicação do REsp nº 1.141.990/PR (BRASIL, 2010), possibilitando um tratamento jurisdicional diferenciado aos casos envolvendo sucessivas alienações de bens imóveis, isso porque, é a partir das distinções que os precedentes podem ser aprimorados pelo judiciário à luz de novos casos concretos, com vistas a se delimitar



o alcance da norma extraída do precedente (NUNES; HORTA, 2015). Nesse sentido, uma aplicação integrativa e coerente do direito leva em consideração como os Tribunais Locais e o Superior Tribunal de Justiça – STJ têm decidido a matéria, pois apenas assim será possível conciliar a dimensão subjetiva de cada caso, com a dimensão objetiva do direito que se pretende aplicar.

Para tanto, não se pretende afastar o precedente firmado no REsp nº 1.141.990/PR (BRASIL, 2010), visto que o mesmo é válido, o objetivo, por sua vez, é demonstrar que ele não pode ser aplicado aos casos de alienações sucessivas de bens imóveis, em razão da *ratio decidendi* firmada no recurso paradigmático divergir da hipótese de sucessivas alienações, já que na situação em comento, o registro da penhora é o meio hábil capaz de verificar a boa ou má-fé do adquirente, contrariando o precedente que, por sua vez, fixou como marco a citação do executado ou a inscrição em dívida ativa para os casos de fraude à execução, afastando a análise de elementos subjetivos do terceiro alheio ao executivo fiscal. Logo, é necessário que o operador do direito possa se valer do *distinguishing* para realizar as distinções pertinentes aos casos concretos, sem que isso implique violação da Súmula Vinculante nº 10 (BRASIL, 2008).


#### **4 ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA E SEGUNDA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

O presente capítulo propõe-se a analisar como a decisão proferida no julgamento do recurso paradigmático não pode ser aplicada aos casos envolvendo a hipótese de alienações sucessivas de bens imóveis. Destarte, serão analisadas as decisões da primeira e segunda Turma do STJ.

Primeiramente, ressalta-se que a 1ª Seção do STJ pacificou por meio do REsp nº 1.141.990/PR (BRASIL, 2010), a aplicação do art. 185 do CTN (BRASIL, 1966) aos casos envolvendo fraude à execução, para tanto, o recurso representativo da controvérsia foi sujeito ao procedimento do art. 543-C do Código Processo Civil (BRASIL, 2015), sendo julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.

Isto posto, apesar de ter sido firmado no julgamento do recurso paradigmático que a presunção de fraude será absoluta, partindo-se do pressuposto de que o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) possui aplicação subsidiária no âmbito das execuções fiscais e que o






caso das alienações sucessivas difere de uma alienação realizada nos moldes do art. 185 do CTN (BRASIL, 1966), defende-se a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, a qual: “decorre dos princípios da igualdade, da lealdade, da boa-fé e do princípio da cooperação entre os sujeitos do processo e também com o órgão jurisdicional” (DONIZETTI, 2017 p. 647). Tal pretensão encontra guarida em razão da previsão legal contida no art. 318, parágrafo único do CPC/2015 que dispõe acerca da extensão da aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova à Lei de Execução Fiscal (MELLO, 2012).

Desse modo, tendo em vista que não há lei especial dispondo sobre a hipótese de sucessivas alienações, o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), por força do art. 1º da Lei de Execuções Fiscais (BRASIL, 1980), possui aplicação subsidiária no âmbito do executivo fiscal quando evidenciado que o terceiro adquirente de boa-fé retirou certidões perante à Justiça Federal, Estadual e do Trabalho e diligenciou para ter conhecimento da situação do vendedor (PEREIRA, 2019).

Isso porque, nos casos em análise, os Tribunais Locais têm realizado o *distinguishing* quando configuram que o caso envolve alienações sucessivas, todavia, as Turmas do STJ têm negado seguimento ao recurso. A fim de exemplificar, a 1ª Turma no julgamento do AgInt no Recurso Especial nº 1640631 (BRASIL, 2020), desconsiderou as peculiaridades do caso, alegando que elas não faziam diferença em virtude de que o crédito já se encontrava inscrito em dívida ativa:

**A existência de sucessivas alienações e a boa-fé do último adquirente não afastam, por si sós, a presunção *jure et jure* de fraude à execução fiscal decorrente da primeira alienação do imóvel por devedor da Fazenda Pública, quando o crédito tributário já se encontrava inscrito como dívida ativa, nos termos do art. 185 do CTN, com a redação dada pela Lei Complementar n. 118/2005. (BRASIL, 2020, n.p., grifo nosso)**

Por meio desse julgado pretende-se questionar o que então afastaria a presunção absoluta de fraude já que o fato do caso envolver sucessivas alienações e a boa-fé do terceiro por si só não afastam. Nesse interim, Pereira (2019) afirma que até mesmo a CDA que goza de presunção de certeza, liquidez e exigibilidade nos termos do art. 3º, caput da Lei nº 6.830/80 pode ser contestada. Portanto, vislumbra-se que nos casos de alienações sucessivas de bens imóveis o STJ tem sobreposto a garantia do crédito público em detrimento do direito de propriedade, da segurança jurídica e da boa-fé daquele que diligenciou antes de adquirir o bem.



Inclusive, no caso acima destacado, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região entendeu incabível a aplicação de fraude à execução nas hipóteses de alienações sucessivas:

2. O art. 185 prescreve ser presumidamente fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou renda por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. **No caso de alienações sucessivas, a fraude à execução é cometida no primeiro negócio (ou seja, naquele onde há participação do sujeito passivo em débito), mas sem contagiar as demais operações de transferência de domínio.** (BRASIL, 2020, n.p., grifo nosso)

Pontua-se que o recurso paradigmático foi e ainda é um grande avanço no âmbito da fraude à execução, visto que salvaguardou diversas execuções fiscais de devedores que visavam dissolver seu patrimônio e prejudicar o curso da execução, onde nesses casos, a presunção *jure et de jure* é a melhor forma de garantir que as alienações realizadas posteriormente a inscrição do crédito em dívida ativa ou efetuadas após a citação do executado não prejudiquem o crédito público. Todavia, no caso de alienações sucessivas de bens imóveis, o tratamento não pode ser o mesmo, na medida em que a natureza jurídica é diferenciada, devendo incidir o disposto no art. 792, §2º do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), o qual dispõe que o adquirente deve comprovar que adotou as cautelas necessárias antes de comprar o bem (PEREIRA, 2019).

Outras decisões que merecem destaque, foram as proferidas pela 1ª Turma no AgInt no Recurso Especial nº 1853950 – PR (BRASIL, 2020) e no AgRg no Recurso Especial nº 696938 – RS (BRASIL, 2020), onde a Turma aplicou a presunção absoluta de fraude, sendo indiferente a hipótese de sucessivas alienações. Todavia defende-se a incidência do art. 828, §4º do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), considerando a ausência de previsão legal do instituto das alienações sucessivas, conferindo ao magistrado dispensar a aplicação do precedente e realizar o *distinguishing no caso concreto*.

Ademais, ao contrário do que o STJ defende, não é irrelevante ter ocorrido uma cadeia sucessiva de revenda do bem objeto da constrição judicial, pois o sujeito prejudicado não será aquele inscrito em dívida ativa e sim um terceiro de boa-fé. Logo, o tema das alienações sucessivas de bens imóveis não pode ser decidido com fundamento no recurso paradigmático, tendo em vista a necessidade da realização de *distinguishing* no caso concreto, conforme pode ser verificado a partir do entendimento dos Tribunais Locais, nos casos aqui exemplificados, fundamentando acerca da não aplicação da fraude em razão da existência de sucessivas alienações e da boa-fé do adquirente.




Torna-se a frisar que o presente trabalho propõe que as Turmas do STJ não mais apliquem o recurso paradigmático às hipóteses de alienações sucessivas de bens imóveis, cabendo ao juiz, verificar se o terceiro adquirente retirou certidões que atestam sobre o desembaraço do bem (SIQUEIRA, 2016). Assim, defende-se que a Fazenda Pública faça o registro das penhoras, nos moldes do Código de Processo Civil, a fim de dar segurança jurídica e publicidade aos atos que envolvem a matrícula do bem imóvel (GONÇALVES, 2018).

Logo, nos casos envolvendo alienações sucessivas de bens imóveis, o magistrado deve se valer da súmula 375 do STJ (BRASIL, 2009), dado que a mesma só deve ser afastada no caso de alienações diretas, visto que tratando-se de sucessivas alienações de bens imóveis, o registro da penhora é o único meio que trará segurança jurídica ao adquirente de boa-fé (MELLO, 2012).

Sem exaurir os julgados da 1ª Turma do STJ, será analisado por ora como a 2ª Turma tem se posicionado sobre o tema. Para tanto, nos julgamentos do AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1.431.483/RJ (BRASIL, 2019), AgInt no Recurso Especial nº 1.736.021/RS (BRASIL, 2018) e o Recurso Especial nº 1.833.644/PB (BRASIL, 2019), a Turma aplicou o fundamento do recurso paradigmático sem apreciar as razões levantadas, afastando a incidência da súmula 375 do STJ (BRASIL, 2009), dado que o CTN se constitui em lei especial e que o crédito visa satisfazer as necessidades coletivas, logo, ocorrendo a alienação posterior a inscrição em dívida ativa restará fraudulenta a alienação.

Trata-se, na verdade, de verdadeiro confisco ao direito de propriedade do terceiro que não possui qualquer relação jurídica com a Fazenda, visto que, as alienações sucessivas de bens imóveis envolvem tratativas negociais totalmente diferentes das alienações diretas realizadas nos moldes do art. 185 do CTN (BRASIL, 1966). Dessa forma, quando evidenciada a boa-fé na realização do negócio jurídico, deve ser afastada a presunção absoluta de fraude, com fundamento na Súmula 375 do STJ (PEREIRA, 2019).

Além disso, a proteção do interesse público contra atos de dilapidação patrimonial por parte do devedor não deve ser um direito absoluto, havendo a necessidade de se estabelecer uma distinção no caso concreto, a fim de averiguar se o adquirente estava de boa-fé quando comprou o bem imóvel, incidindo o disposto na súmula 375 do STJ (BRASIL, 2009) que trata



sobre o registro da penhora, considerando a aplicação subsidiária do código de processo civil face a ausência de previsão legal do instituto das alienações sucessivas de bens imóveis.

Isto posto, para a jurisprudência do STJ é irrelevante se o caso concreto figura a hipótese de sucessivas alienações de bens imóveis ou se houve boa-fé do adquirente, em virtude de que será aplicada às hipóteses de fraude à execução, o entendimento firmado no recurso paradigmático aplicado ao art. 185 do CTN (BRASIL, 1966).


## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo buscou verificar se o art. 185 do CTN poderia ser aplicado para declarar fraudulenta às hipóteses de alienações sucessivas de bens imóveis no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, os principais objetivos alcançados foram no sentido de concluir que a súmula 375 do STJ fora criada a fim de proteger os casos de alienações sucessivas, onde o terceiro adquirente de boa-fé não poderia ser prejudicado sob o fundamento de privilegiar as garantias do crédito público, que não poderiam ser sobrepostas à segurança jurídica e ao direito de propriedade, o qual constitui direito fundamental assegurado no caput do art. 5º da CF/88. Nesse sentido a pesquisa defendeu a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil em seus artigos 828, §4º e 792, §2º, assim como, da súmula acima referida, considerando a natureza jurídica diversa desse instituto e a ausência de previsão legal sobre o tema.

Logo, deduz-se que o art. 185 do CTN só poderia ser aplicado para os casos de alienações diretas, ou seja, envolvendo um devedor inscrito em dívida ativa que vende seu patrimônio a fim de prejudicar o erário, devendo esse dispositivo ser afastado nos casos de alienações sucessivas, dada a natureza jurídica diversa, que implica do operador do direito a realização do *distinguishing* no caso concreto. Chegou-se a essa conclusão por meio da análise do recurso representativo da controvérsia e dos julgados envolvendo a primeira e a segunda Turma do STJ.

As limitações obtidas no estudo foram em termos de localizar materiais bibliográficos sobre a temática, a qual carece de conceituação pela doutrina. Ademais, outro entrave alcançado decorreu da finalidade do presente artigo, não sendo possível analisar o entendimento de todos os Tribunais Regionais, tampouco de todas as Turmas do STJ.





Finaliza-se indicando que a pesquisa possa dar continuidade na investigação acerca do tema, considerando que a hipótese de sucessivas alienações merece tratamento diferenciado dado sua natureza jurídica. Ainda, dando continuidade a pesquisa, também é possível desenvolver sobre a ausência de previsão legal da hipótese de alienações sucessivas de bens imóveis, considerando o significativo impacto no cenário econômico envolvendo a compra e venda de bens imóveis no país.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Magnus Augusto Cavalcanti de. A compra e venda de bens penhorados. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 76, n. 620, p. 259-261, jun. 1987. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017522d6828eb800e4aa&docguid=I2beab490f25811dfab6f010000000000&hitguid=I2beab490f25811dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=1148&context=238&crumb-action=append&crumblabel=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 29 out. 2020.

AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. **A relevância do elemento subjetivo na fraude de execução**. 2010. 39 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo - Usp, São Paulo, 2010. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-26092011-113350/publico/Tese\\_Versao\\_Simplificada.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-26092011-113350/publico/Tese_Versao_Simplificada.pdf). Acesso em: 29 out. 2020.

ASSIS, Araken. **Manual da Execução**. 20. ed. São Paulo: RT, 2017.


ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 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: 13 out. 2020.

BRASIL, **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL, **Código Tributário Nacional**. Brasília, DF, 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm#:~:text=L5172COMPILADO&text=LEI%20N%C2%BA%205.172%2C%20DE%2025%20DE%20OUTUBRO%20DE%201966.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Sistema%20Tribut%C3%A1rio,%C3%A0%20Uni%C3%A3o%2C%20Estados%20e%20Munic%C3%ADpios](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm#:~:text=L5172COMPILADO&text=LEI%20N%C2%BA%205.172%2C%20DE%2025%20DE%20OUTUBRO%20DE%201966.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Sistema%20Tribut%C3%A1rio,%C3%A0%20Uni%C3%A3o%2C%20Estados%20e%20Munic%C3%ADpios). Acesso em: 13 out. 2020.



BRASIL, **Lei de Execução Fiscal**. Brasília, DF, 1980. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16830.htm). Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 375**. O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente. Brasília, DF, 2009. Disponível em: [http://www.coad.com.br/busca/detalhe\\_16/2274/Sumulas\\_e\\_enunciados#:~:text=S%C3%BA mula%20375%20%2D,m%C3%A1%2Df%C3%A9%20do%20terceiro%20adquirente](http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2274/Sumulas_e_enunciados#:~:text=S%C3%BA mula%20375%20%2D,m%C3%A1%2Df%C3%A9%20do%20terceiro%20adquirente). Acesso em: 13 out. 2020.


BRASIL, Superior Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 10**. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula746/false>. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). **Recurso Especial nº 1.141.990 - PR (2009/0099809-0)**. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: José Agnaldo de Moraes. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 10 de novembro de 2010. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia l=1020233&num\\_registro=200900998090&data=20101119&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia l=1020233&num_registro=200900998090&data=20101119&formato=PDF). Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). **Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.141.990 - PR (2009/0099809-0)**. Embargante: José Agnaldo de Moraes. Embargado: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 14 de novembro de 2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia l=1773750&num\\_registro=200900998090&data=20181121&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia l=1773750&num_registro=200900998090&data=20181121&formato=PDF). Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1640631 - RS (2016/0313537-8)**. Agravante: Germano Sordi. Agravado: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, DF, 10 de agosto de 2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento\\_t ipo=integra&documento\\_sequencial=113528053&registro\\_numero=201603135378&peticao\\_ numero=202000103167&publicacao\\_data=20200814&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_t ipo=integra&documento_sequencial=113528053&registro_numero=201603135378&peticao_ numero=202000103167&publicacao_data=20200814&formato=PDF). Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1853950 - PR (2019/0375028-1)**. Agravante: Jose Martins Custodio. Agravado: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, DF, 24 de agosto de 2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?document o\\_tipo=integra&documento\\_sequencial=114286941&registro\\_numero=201903750281&petic ao\\_numero=202000121566&publicacao\\_data=20200831&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?document o_tipo=integra&documento_sequencial=114286941&registro_numero=201903750281&petic ao_numero=202000121566&publicacao_data=20200831&formato=PDF). Acesso em: 13 out. 2020.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **Agravo Regimental no Agravo Em Recurso Especial nº 696938 – RS (2015/0088890-6)**. Agravante: Cooperativa de Crédito Rural com Interação Solidária de São Valentim. Agravado: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 09 de março de 2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=integra&documento\\_sequencial=107369362&registro\\_numero=201500888906&peticao\\_numero=201500412507&publicacao\\_data=20200311&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=107369362&registro_numero=201500888906&peticao_numero=201500412507&publicacao_data=20200311&formato=PDF). Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.736.021 - RS (2018/0089146-3)**. Agravante: Jean Diego de Oliveira Maia. Agravado: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 18 de setembro de 2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia\\_l=1752062&num\\_registro=201800891463&data=20181127&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia_l=1752062&num_registro=201800891463&data=20181127&formato=PDF). Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial nº 1.833.644 - PB (2019/0250866-2)**. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Vilma Teresa da Silva. Relator: Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 08 de outubro de 2019. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia\\_l=1874717&num\\_registro=201902508662&data=20191018&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia_l=1874717&num_registro=201902508662&data=20191018&formato=PDF). Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.431.483 - RJ (2019/0012169-9)**. Agravante: Wainer Moraes. Agravado: Fazenda Nacional. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Brasília, DF, 19 de novembro de 2019. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia\\_l=1890967&num\\_registro=201900121699&data=20191129&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia_l=1890967&num_registro=201900121699&data=20191129&formato=PDF). Acesso em: 13 out. 2020.

CAMILOTTI, José Renato. **Precedentes judiciais em matéria tributária no STF: pragmática da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (distinguishing)**. 2016. 441 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19835/2/Jos%c3%a9%20Renato%20Camilotti.pdf>. Acesso em: 29 out. 2020.

CARNEIRO, Alexandra Maria Carvalho. Jurisprudência Comentada: Da Caracterização da Fraude à Execução Fiscal de acordo com o Art. 185 do Código Tributário Nacional (Recurso Especial 1.141.990/PR). **Revista da PGFN** (Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional), v. 2, n. 1 (jan./jul. 2012), Brasília: PGFN, 2012. P. 365-380. Disponível em: <https://gustavolomeu.files.wordpress.com/2013/09/alexandra-maria-carvalho-caneiro-jurisprudencia-comentada.pdf>. Acesso em: 29 out. 2020.





CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de registros de imóveis**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

EDINGER, Carlos. Distinguishing: raciocínio analógico. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 266, abr., 2017. Disponível em: [https://www.academia.edu/32533525/Distinguishing\\_Racioc%C3%ADnio\\_Anal%C3%B3gico](https://www.academia.edu/32533525/Distinguishing_Racioc%C3%ADnio_Anal%C3%B3gico). Acesso em: 29 out. 2020.

FERRARI NETO, Luiz Antônio. Fraude contra credores vs fraude à execução e a polêmica trazida pela súmula 375 do STJ. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 36, n. 195, p. 209-246, maio, 2011. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017527d9c5df2bd53f7c&docguid=I5acbae00919411e0850300008558bb68&hitguid=I5acbae00919411e0850300008558bb68&spos=1&epos=1&td=1148&context=10&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 29 out. 2020.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GOMIDE, Alexandre Junqueira; RESENDE, Roberta. **Fraude à execução: lei 13.097/15 versus novo CPC. Retrocessos na defesa do terceiro adquirente de boa-fé?** 2016. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/238419/fraude-a-execucao--lei-13-097-15-versus-novo-cpc--retrocessos-na-defesa-do-terceiro-adquirente-de-boa-fe>. Acesso em: 29 out. 2020.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.


GUEDES, Fábio Tadeu Ferreira. **A fraude de execução e o novo Código de Processo Civil. Primeiras impressões**. 2017. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2017/7/art20170724-03.pdf>. Acesso em: 29 out. 2020.

MACHADO SEDUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MELLO, Maurício Rodrigues de. **A SEGURANÇA JURÍDICA DO REGISTRO PARA AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL**. 2012. 28 f. TCC (Graduação) - Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Faculdade de Direito – PUC, Rio Grande do Sul, 2012. Disponível em: [https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/mauricio\\_mello.pdf](https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/mauricio_mello.pdf). Acesso em: 29 out. 2020.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil (LGL1973/5) comentado**. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.





NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no cpc/2015: uma breve introdução. CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (Org.). **Precedentes judiciais no NCPC**. Coleção Novo CPC e novos temas. Salvador: Juspodivm, 2015. Disponível em: [https://www.academia.edu/12353024/APLICA%C3%87%C3%83O\\_DE\\_PRECEDENTES\\_E\\_DISTINGUISHING\\_NO\\_CPC\\_2015](https://www.academia.edu/12353024/APLICA%C3%87%C3%83O_DE_PRECEDENTES_E_DISTINGUISHING_NO_CPC_2015). Acesso em: 29 out. 2020.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Fazenda Pública e Execução**. São Paulo: Juspodivm, 2018.

PETERSEN, Raphael de Barros. A presunção absoluta de má-fé na fraude à execução fiscal. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.62, out. 2014. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao062/Raphael\\_Petersen.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao062/Raphael_Petersen.html). Acesso em: 29 out. 2020.

PICANÇO JÚNIOR, Júlio Cezar Pessoa. **O art. 185 do CTN em confronto com a súmula n. 375 do STJ- Atual posicionamento jurisprudencial**. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/o-art-185-do-ctn-em-confronto-com-a-sumula-n-375-do-stj-atual-posicionamento-jurisprudencial/#:~:text=375%20do%20STJ%20%E2%80%93%20Atual%20posicionamento%20jurisprudencial,-01%2F01%2F2011&text=375%2C%20do%20STJ.,da%20satisfa%C3%A7%C3%A3o%20do%20cr%C3%A9dito%20tribut%C3%A1rio..> Acesso em: 29 out. 2020.

PEREIRA, Amanda Alves. **ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NA CARACTERIZAÇÃO DE FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL**. 2019. 65 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, 2019. Disponível em: <http://repositorio.uft.edu.br/handle/11612/1803>. Acesso em: 29 out. 2020.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito Imobiliário: teoria e prática**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SILVA, Rafael Santos de Barros e. **Fraude à execução tributária nas alienações sucessivas: Análise da jurisprudência do STJ e a necessidade de fornecer segurança aos adquirentes de boa-fé**. 2017. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/matriz-tributaria/269273/fraude-a-execucao-tributaria-nas-alienacoes-sucessivas--analise-da-jurisprudencia-do-stj-e-a-necessidade-de-fornecer-seguranca-aos-adquirentes-de-boa-fe>. Acesso em: 29 out. 2020.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **A Responsabilidade Patrimonial no Novo Sistema Processual Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.



# CAPÍTULO 5

## UMA ABORDAGEM DOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Andréa de Araújo Costa, Advogada. Mestranda em Direito/Políticas Públicas, UniCEUB

### RESUMO


Este capítulo trata de uma reflexão sobre a violência doméstica e procura discorrer sobre sua análise efetiva da importância da Lei Maria da Penha na sua contribuição para inibição dos crimes de violência de gênero. A abordagem foi feita da seguinte maneira: A importância da Convenção da Interamericana para proibir, punir e erradicar a violência contra a mulher; um breve histórico da violência contra a mulher; posteriormente; uma análise de gênero e importância neste fenômeno, o papel das Delegacias Especializadas na inibição destes crimes, e por fim, a importância fundamental das Políticas Públicas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei Maria da Penha. Violência Doméstica. Convenção de Belém.

### INTRODUÇÃO

Inicialmente, reportamo-nos à palavra violência, que vem tanto do latim *violentia* e significa abuso de força como de *violare*, cujo sentido é o de transgredir o respeito devido a uma pessoa (MARCONDES FILHO, 2001). A violência também se relaciona à desmesura e ao desejo (SANTIAGO; COELHO, 2007), isto é, ao excesso, que não é senão um outro nome para o desejo. Por outro lado, para Aristóteles, a violência é tudo aquilo que vem do exterior e se opõe ao movimento interior de uma natureza, refere-se à coação física em que alguém é obrigado a fazer aquilo que não deseja.

Historicamente, a violência atinge todos os setores da sociedade, sendo um fenômeno multidisciplinado, e como tal, complexo, haja vista que o termo violência possui natureza polissêmica e é utilizado em muitos contextos sociais (SANTIAGO; COELHO, 2007). Como exemplo, podemos pensar que o termo violência pode ser empregado tanto para um homicídio quanto para maus tratos, sejam eles emocionais, verbais ou psicológicos. Na esfera conjugal manifesta-se com frequência através dos maus tratos ao submeter a mulher às práticas sexuais contra a sua vontade, maus tratos físicos, isolamento social ao proibir o uso dos meios de comunicação, ou acessos aos cuidados de saúde.



Sendo assim, a violência é uma questão social, portanto, não é objeto próprio de nenhum setor específico, a mesma se torna um termo a mais ligado à saúde por estar associado à qualidade de vida, pelas lesões físicas, psíquicas e morais que acarreta e pelas exigências de atenção e cuidados dos serviços médicos e hospitalares (MINAYO, 2004).


Mesmo nos dias atuais em que de fato estamos nos voltando para a violência como grande problema social, esta por sua vez não encontra um adequado e profícuo canal de publicidade: não existe ainda um lugar social e um campo de intervenção e saberes que o reconheça como objeto próprio, como seu alvo de estudo e atuação (SCHRAIBER; OLIVEIRA, 1999). Assim, podemos dizer que sem o reconhecimento e definição de seu lugar no mundo da ciência se torna difícil o relato e a exposição de seus detalhamentos. Seria esse o real motivo que muitos estudam o fenômeno e apontam para a sua invisibilidade social (SCHRAIBER; OLIVEIRA, 1999).

Levando em consideração as várias especificidades da violência, teremos que considerar algumas subdivisões para o desenrolar da discussão, a própria expressão violência pode englobar a violência física, assassinatos, violência sexual e psicológica cometida por parceiros; bem como estupro, abuso sexual de meninas, abusos emocionais, espancamentos, prostituição forçada, coerção a pornografia, mutilação genital, assassinatos ligados ao dote e violação conjugal.

A violência contra a mulher, inclui ainda, por referência ao âmbito da vida familiar, as agressões e abusos já discriminados, impedimentos ao trabalho, ao estudo, controle dos bens do casal, ou bens da mulher exclusivamente pelos homens da casa.

Daí, por consequência, entendemos por violência intrafamiliar, como sendo toda ação ou omissão que prejudique o bem-estar, a integridade física, psicológica, ou a liberdade e o direito ao pleno desenvolvimento a um membro da família. Pode ser cometido dentro ou fora de casa, por qualquer integrante da família que esteja em relação de poder com a pessoa agredida.

Toda análise abrangente da violência deve começar pela definição de suas várias formas, de modo a facilitar a sua mediação científica. A propósito, a Organização Mundial de Saúde (OMS) define a violência como o uso da força física ou poder, em ameaçar na prática, contra



si próprio, outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade que possa resultar em sofrimento, morte, dano psicológico, desenvolvimento prejudicado ou privação.

A definição dada pela OMS associa intencionalidade com a realização do ato, onde a palavra “poder” e “uso de força física” amplia a natureza de um ato violento e expande o conceito usual de violência para incluir atos que resultam de uma relação de poder, incluindo ameaças e intimidação. O uso da expressão “poder” também leva a incluir a negligência ou atos de omissão, além de atos violentos mais óbvios de execução propriamente dita.

A violência é culturalmente determinada (WALTERS; PARKE, 1964), pois existem pessoas que querem ferir outras, mas segundo a sua formação cultural e crenças não consideram seus atos violentos, no entanto, a OMS define violência na medida em que ela diz respeito à saúde ou ao bem estar dos indivíduos, que podem ser vistos por certas pessoas como práticas culturais aceitáveis. Ademais, existem outros aspectos da violência que embora não se encontrem explicitados, inclui todos os atos de violência, quer sejam públicos ou privados, quer sejam reativos em respostas aos fatos anteriores como uma provocação ou antecipatórios.

A complexidade da violência aparece na polissemia do conceito, então temos que ser prudentes ao expor um conceito sobre violência, pois esta pode ter vários sentidos, tais como: ataque físico, ou o uso da força física (HAYECK; 2009).

Outro entendimento é que violência configura-se como um dispositivo de controle aberto e contínuo, ou seja, é uma relação social caracterizada pelo uso real ou virtual da coerção que impede o reconhecimento do outro, pessoa, classe, gênero, ou raça, mediante o uso da força ou da coerção, provocando algum tipo de dano, configurando o oposto das possibilidades da sociedade democrática contemporânea.

Num último conceito de violência, Nietzsche entendeu que significa a necessidade humana da luta, do combate e do conflito; enquanto no pensamento de Max, diferentemente, imaginava-se que a violência não era algo inerente ao homem, seria algo a ser superado (MENEGHEL, 2000).





## A POSIÇÃO DA MULHER AO LONGO DA HISTÓRIA

A Revolução sexual que se operou no período da chamada Pedra Lascada (10.000 a 4000 a.C.) provocou mudanças que se refere à posição da mulher, e nesse período chamado também de Revolução Neolítica, foi um fenômeno que transbordou profundamente os grupos sociais e humanos, através do desenvolvimento da agricultura, e da domesticação de animais, e mais, todas essas modificações não trouxeram privilégios ao macho caçador, mas sim a figura da fêmea, mais passiva, presa aos filhos e reduzida ao ritmo de uma criança, num ritmo de fertilidade (VICENTINO, 1997).

No mundo animal, entre os chimpanzés as fêmeas cuidavam do bem-estar e da educação dos filhos até completarem quatro anos, mas a afeição pelos filhos e irmãos permanece por toda a vida. No entanto, a figura do pai não existe, haja vista que os machos adultos brincam com seus filhotes, sem os reconhecerem como seus filhos (RODRIGUES, 1992).

Nesse sentido, o matriarcado foi uma consequência natural da vida nômade desses povos, pois os homens desconheciam as técnicas para cultivar a terra e saíam em busca de alimentos, ficando as mulheres nos acampamentos com seus filhos, onde estes cresciam, sob a sua influência (OSÓRIO, 2002).

As famílias se organizavam sob a forma “matriarcal” entre os povos primitivos, os parentescos eram restritos a língua materna, por não se reconhecer o papel do pai na reprodução. O lugar central da mulher na economia era ligado ao suprimento alimentar e a domesticação cumulativa de plantas e animais. As mulheres possuíam uma contribuição com a sua capacidade de ternura e de amor, que desempenhava neste contexto um papel predominante (VICENTINO, 1997).

Havia originariamente, uma promiscuidade absoluta, sem qualquer interdição no intercuro sexual entre os humanos, trata-se do período intitulado como “família consanguínea” estruturada a partir de acasalamento dentro de um mesmo grupo. Após o aparecimento da interdição do relacionamento sexual entre pais e filhos, e entre irmãos surge assim a família “punaluana”, na qual os integrantes de um determinado grupo casam-se com os de outro grupo, porém não entre si (OSÓRIO, 2002).

Na Creta, no período de 2000 a 1400 a.C, a mulher desfrutava de direitos e obrigações quase desconhecidos em outras regiões na Antiguidade, na religião ela era considerada uma




deusa mãe, podendo-se afirmar que nessa ilha havia uma forte influência das sociedades matriarcais pré-históricas, em que as mulheres participavam de grandes festas e cerimônias religiosas, sendo muitas sacerdotisas, enquanto outras eram caçadoras, toureiras e pugilistas (OSÓRIO, 2002).

Na polis cidade espartana as mulheres também usufruíram de certa liberdade, elas praticavam exercícios físicos, e disputavam nos esportes para uma maternidade sadia, mesmo sendo a sociedade grega do Século V predominantemente masculina. Por outro lado, em Atenas, a democracia era restrita aos cidadãos homens adultos, se a mulher pertencesse a família rica, permanecia em casa até a morte.

Na cultura grega o amor tinha uma função eminentemente reprodutora (OSÓRIO, 2002), por isso o amor das mulheres entre si tanto era tolerado, como estimulado, por ser visto como a expressão de sentimentos elevados da condição humana. O intercâmbio extraconjugal era uma vivência comum entre as cortesãs, que disfrutavam de uma autonomia desconhecida pelas outras mulheres. Existiam algumas tribos montanhesas dos primitivos Indus, em que dois irmãos de uma mesma família poderiam ter uma só esposa em comum, e dividiam a manutenção desta e do lar, na mesma cultura havia o costume de incinerar a esposa após a morte do marido, prática essa que só veio a desaparecer no Século XIX, diferentemente dos Astecas, Maias e Incas, no qual a relação entre os sexos e a família era regulado pela monogamia.

Nessas sociedades os papéis e funções eram baseadas nas exigências de mão de obra masculina para os serviços pesados, e a retaguarda feminina no cuidado dos afazeres domésticos e os filhos.

Na sociedade matrilinear, a mulher desempenhava a maior parte das funções paternas, sendo assim, ela não pertencia ao marido, mas ao clã, em que desempenhava funções masculinas como manobrar o bastão de cavar, ou a enxada, e cuidava dos jardins, após a invenção do arado. Além disso, o homem tomava a consciência do seu papel na reprodução humana e assim surgiam as sociedades patriarcais, e nesse momento a fidelidade feminina é exigida para que a herança seja transmitida aos filhos, já que a esposa passa a fazer parte dos bens possuídos pelo marido. Para o clã do marido, o casamento significava, antes a perda do trabalho e dos bens, por isso a organização matrilinear deu lugar aos clãs patrilineares (LEITE, 1994).




Aos poucos, com o desenvolvimento da agricultura e o conseqüente surgimento do sedentarismo, levaram a um esboço progressivo do patriarcado (OSÓRIO, 2002). Houve uma acentuada divisão das tarefas advindas do desenvolvimento da agricultura que deu origem à família patriarcal, fundada sob a autoridade absoluta do chefe de família ou patriarca que vivia em um regime poligâmico. Na época feudal, os homens tinham um controle rigoroso sobre as suas esposas, principalmente quando eles se ausentavam por um longo período, a serviço da guerra. A origem etimológica da palavra família (*famulus*) significa a figura do servo ou escravo, o que mostra que a família era um conjunto de escravos, ou criados de uma mesma pessoa (SANTIAGO; COELHO, 2007).

No Brasil, e em uma época mais recente, podemos lembrar que quando o Estado criou o Código Civil de 1916, ele incluiu neste que a mulher para trabalhar deveria ter autorização do marido, com o único objetivo de proteger a família (BLAY, 2003). Tal inclusão se deveu as crises e as desagregações familiares, que eram interpretadas como ligadas ao trabalho feminino e a paixão. A partir do Século XIX, o contexto econômico e cultural brasileiro vem mudando, onde a urbanização e a industrialização transformaram a vida cotidiana das mulheres, que passaram a estudar e a trabalhar ((LEITE, 1994). Nesse contexto as mulheres passaram a questionar o machismo na relação conjugal, assim como a própria grosseria, o abandono do homem e a infidelidade (VICENTINO, 1997).

## **NO CAMPO DO DIREITO: A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER**

No direito da mesopotâmia, no ano de 2000 a.C., o matrimônio era considerado como a compra de uma mulher, nesse contexto, a esposa que odiava o seu marido e ousava falar que ele não era seu esposo, era lançada no rio, com pés e mãos amarradas, ou jogada do alto de uma torre. De acordo com os procedimentos jurídicos, advindos do Código de Hamurabi, que decorre da Lei de Talião, estes eram baseados no princípio do “olho por olho, dente por dente” e as punições variavam de acordo com a posição social da vítima. No direito romano, não cabia ao Estado a punição do delito da mulher, ou seja, as infratoras não eram punidas com pena pública, ficando esta tarefa sob a responsabilidade do homem.

Durante a idade média a discriminação contra a mulher foi a mais cruel (LEITE, 1994), haja vista que para cada dez bruxas queimadas na fogueira da inquisição apenas um era bruxo,



de acordo com a lei instituída pelo Ordenação das Filipinas<sup>49</sup>, ao marido “traído” era permitido o delito de matar a sua mulher e o seu rival (ENGEL, 2005). Nesse caso, se o amante tivesse uma condição melhor que a do marido, a questão passaria para a Justiça Régia, percebendo-se nesse momento existir a influência econômica nas decisões judiciais.

A fidelidade conjugal era uma condição para o reconhecimento dos filhos legítimos e a transmissão hereditária da propriedade, situação que demarcava o território da parentalidade (OSÓRIO, 2002).


Por esse aspecto, salientamos o fato de a família monogâmica ter sido fundada sob certas condições sociais, pois a monogamia não surgia do amor sexual, porém do triunfo da propriedade individual (ENGELS, 1991).

A questão sexual é utilizada como uma forma de controle social, onde a mulher é controlada pelo seu corpo, ou seja, a forma como ela deve se portar sexualmente é definido pelos conceitos patriarcais reforçados através das igrejas, nesse contexto não são considerados os desejos nem as vontades da mulher, observa-se uma violência física e sutil neste contexto, física porque os atos sexuais aconteciam independentemente de sua vontade, ou autorização, para garantir a reprodução, e sutil, pois alegavam que a privação da mulher ao espaço público seria para a sua proteção e da família (ENGELS, 1991). Por este entendimento, a derrocada da família como subsistia nos moldes primitivos e enquanto célula-máter da economia de subsistência, organizada em grupos de interesses comuns, cai em declínio quando aos poucos vai mudando a sua estrutura familiar primitiva, e dessa forma a sociedade moderna foi se formando.

O Iluminismo e o Renascimento surgem como novas teorias sociais e políticas, mas não proporciona a inclusão da mulher no domínio público, ao contrário, momento esse que passa a defender a tese de que, biologicamente, os homens eram fetos que haviam realizado o seu potencial pleno, fazendo relação ao fato do sêmen ser quente com a vitalidade do homem, onde

<sup>49</sup> As ordenações Filipinas é uma compilação jurídica que resultou da reforma do Código Manuelino, por Felipe II de Espanha, Felipe de Portugal, durante o domínio castelhano. Ao fim da União Ibérica (1580 a 1640), o Código Filipino foi confirmado para continuar vigendo em Portugal por D. João IV. Vigeu em matéria civil em Portugal, e seus territórios ultramarinos até 1867, quando foram revogados pelo Código Civil Português, de 1867. No Brasil, país que havia se separado de Portugal em 1822, vigeu em matéria civil até 1916, quando foi revogado pelo Código Civil Brasileiro de 1916, assim as Ordenações Filipinas tiveram uma sobrevida de quase cinco décadas no Brasil mesmo após estas terem sido revogadas em Portugal.





a falta de calor a partir da infância podia fazer com que o corpo masculino recaísse em um estado de indiferença primária, onde a “igualdade, a propriedade e a liberdade” foram utilizados no intuito de estabelecer interesses dos soberanos no poder da burguesia republicana (BROWN, 1990).


A partir daí a mulher passou a problematizar pela primeira vez o papel masculino, produzindo, assim, reivindicações que podem ser vistas até hoje, por meio da crise da identidade masculina (SILVA; NADER, 2014).

Nessa atuação, as “preciosas francesas” estiveram presentes no início do primeiro questionamento feito ao papel e à identidade masculina ((NOLASCO, 1993). Contexto esse em que surgem as feministas que buscam seus direitos sociais e políticos a partir das revoluções onde exerceram, acreditando que os direitos deveriam se estender a elas enquanto participantes da sociedade, surgem assim, os movimentos feministas sendo os mesmos movimentos intelectuais e teóricos que procuram desnaturalizar a ideia de que há uma diferença entre os gêneros (SILVA; NADER, 2014).

No Brasil imperial, o adultério passou a ser punido pelo Código Criminal de 1830, no qual a esposa adúltera cumpria pena de prisão de um a três anos, com trabalhos forçados, de maneira contraditória, se o marido mantivesse publicamente relações afetivas, seria punido com as mesmas sentenças (ENGEL, 2005). Por tanto, a infidelidade conjugal da mulher era vista como uma afronta aos direitos do marido e um insulto ao cônjuge enganado (ELUF, 2003).

Quanto à violência contra a mulher no campo da vida, existe um motivo de divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência das decisões a respeito do homicídio privilegiado-qualificado, no que se refere à questão da compatibilidade ou não de situações que, simultaneamente, qualificam e privilegiam o homicídio, haja vista que a mulher vem lutando por seus direitos políticos desde o Brasil Império. Mas foi com a modernidade, a partir do Século XIX, que as reivindicações e as revoltas tomaram uma grande repercussão.

A propósito, em 1852, já havia um periódico chamado de “Jornal das Senhoras” no qual se questionava o modo que o homem ou marido tratava a sua mulher, dizendo que esta deveria ser mais valorizada perante a sociedade, o que incentivou e veio a dar início a criação de várias outras editoras que criticavam a situação feminina, o que justifica ainda nesta época, as várias



discussões sobre a educação a ser igualitária entre homens e mulheres, e de uma maneira especial, a abertura de escolas de nível superior que aceitassem mulheres.


O advento do Século XX, foi marcado de muitas mudanças sociais, e também pela maior busca da emancipação feminina em diversos aspectos, assim sendo, durante a elaboração da primeira constituição em 1891, em que foi debatido o sufrágio universal (HAHNER, 1981).

Eram fatos comuns ocorrerem nas primeiras décadas do Século XX, manchetes em “jornais do comércio” e “A noite” no Rio de Janeiro, noticiando as mortes de mulheres apunhaladas e “de maneira sangrenta”; o que chamava a atenção à época eram as mulheres serem consideradas culpadas, mesmo que essas fossem vítimas. Nas primeiras décadas da República, os variados projetos de modernização da sociedade brasileira se encontravam em disputa para divulgar padrões burgueses para as relações afetivas, sexuais e familiares, bem diferentes das opiniões compartilhadas pela maioria da população.

Segundo o Art. 27 do Código Penal de 1890, a pena do acusado por crimes passionais pode ser absolvida ou amenizada, com o argumento de que os sentidos e a inteligência do réu se tornam privados durante o ato criminoso, sob os impulsos da duradoura paixão, ou mesmo, da súbita emoção. Era como se a descoberta do adultério evocasse um tipo de emoção tão intensa que o indivíduo experimentasse uma insanidade momentânea (ELUF, 2003). Com tal medida, o homicídio contra a mulher era compreendido como um crime de paixão, a partir daí, estavam nas mãos dos tribunais as decisões de questões relativas as correntes da medicina mental, que concebia um critério de normalidade aos estados emocionais e passionais, o *status* de obsessão e uma espécie de loucura que poderia atingir indivíduos considerados sãos (ENGEL, 2005).

Sendo assim, possuído pelo ódio, o apaixonado traído contrata às vezes um pistoleiro para realizar o crime passional. Nesse caso, o pistoleiro ocupa o lugar de um justiceiro o que justifica socialmente o seu papel, ele é o autor material que executa a ação, enquanto o mandante é o autor intelectual do delito.

O crime entre parceiros ou ex-parceiros passa a ser acompanhado pelo da figura atenuante da violenta emoção que é entendida como uma reação violenta e passageira, suscitada por estímulos externos e internos, onde a evocação aqui apresentada será expressa como uma reação súbita e passageira, enquanto a paixão é um estado crônico, duradouro e obsessivo. A




“violenta emoção” é um dos motivos para diminuir a pena, o que favorece ao agressor, quando o ato derivar de injusta provocação da vítima e a reação do agente ocorrer logo em seguida (ELUF, 2003).

Outro aspecto que vale a pena abordar seria o Código Penal de 1940, ainda em vigor, que eliminou a licitude relativa a “perturbação dos sentidos e da inteligência” que deixava impunes os assassinos chamados de passionais, passando a adotar a categoria de homicídios privilegiados pelo qual o criminoso, mesmo tendo uma pena menor que o homicídio simples (6 anos) não ficará mais impune. Diante dessa abordagem, surge a figura da legítima defesa e da dignidade, nesse contexto podemos abordar a opinião de Evandro Lins e Silva<sup>50</sup>, considerando que essa tese foi uma invenção dos próprios advogados para se chegar a um resultado favorável, que fosse além do privilégio nos casos passionais. Assim, na legítima defesa da honra, a lei prevê um excesso culposos, 2 anos de reclusão com suspensão condicional da pena, e se o réu for primário, o juiz pode aplicar uma pena inferior a dois anos ou até livrar o criminoso de qualquer dívida com a justiça. No homicídio qualificado, considerado hediondo, a pena é de 12 anos, o motivo do homicídio é que qualifica o crime, em que os qualificadores são motivos torpe, quando o crime extravasa a normalidade, a ponto de se tornar repugnante à consciência, impulsionando a vingança diante de uma recusa da ex-mulher de reconciliação e motivo fútil (insignificante e irrelevante).

Nessas circunstâncias, o motivo de divergências tanto na doutrina quanto nas jurisprudências, repousa nas decisões a respeito do homicídio privilegiado qualificado no que se refere à questão da compatibilidade ou não de situações que, simultaneamente, qualificam e privilegiam o homicídio. A doutrina e a jurisprudência ainda não chegaram a um consenso sobre isso, o autor reflete as causas do privilégio que são subjetivas, de modo que as circunstâncias privilegiadoras podem concorrer com as qualificadoras de motivo fútil e torpe que não podem

<sup>50</sup> Jurista que nasceu em 18 de janeiro de 1912 na cidade Parnaíba- Piauí, como advogado especializou-se em matéria penal e desenvolveu intensa atividade profissional, até o ano 1961, no Tribunal do Júri, e até em Tribunais Superiores defendendo processos de inúmeras repercussões, inclusive em matéria política, em 1956 foi contratado como Professor da Cadeira de História de Direito Penal e Ciência Penitenciária no curso de doutorado da Faculdade de Direito do então Estado da Guanabara, sendo ainda, correspondente da ONU no Brasil para matéria penal e penitenciária, foi também Ministro das Relações Exteriores, nomeado em 18 de junho de 1956. Foi fundador do Partido Socialista Brasileiro em 1947 juntamente com João Mangabeira Hermes, foi membro do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, lecionou Direito Penal na CEUB, de Brasília, no ano de 1968. No STF funcionou como relator e proferiu votos em mais de 5000 processos e participou de vários julgamentos.



disputar com as situações qualitativas de caráter subjetivo que logicamente as contradizem, mas admitem concurso com as qualificadoras objetivas.

O Código Penal de 1982, por exemplo, admitia por motivos éticos, a atenuação da pena no caso de homicídio privilegiado da mulher pelo cônjuge que a flagrasse em adultério, lembrando que após dez anos o mesmo Código revisto passou a considerar como crime o adultério tanto por parte do homem como da mulher.


Ainda no ano de 1999 a Cidade de Sanliurfa<sup>51</sup> foi considerada a capital turca das mortes por “honra” se a família não matasse a “criminosa” todo o clã é excluído socialmente. Esse fator precipita o assassinato, sendo que a própria lei considera esses crimes como aqueles cometidos sob “pesada provocação” e suas sentenças são leves.

Esse contexto vem sendo afetado por uma série de argumentos jurídicos, políticos e econômicos. Surgem controvérsias e convergências no momento de enquadrar o autor do crime no artigo penal relacionado à tese de legítima defesa da honra, violenta emoção, crime qualificado ou privilegiadas, questões essas que são motivadas por aspectos subjetivos contidos na doutrina e jurisprudência.

A emergência da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), que propiciou a criação de diversas estratégias teve novidades: modificou a modalidade da pena, a competência para julgamentos e a natureza jurídica da ação penal nos crimes de lesão corporal, caracterizados como violência doméstica. A pena de um ano passou para três anos, sendo a criação dos juizados criminais uma medida de maior importância dentro dessa lei, inclusive simbólica. Mesmo que não haja interesses econômicos do poder, o casamento sempre foi um terreno propício ao exercício do poder, tal poder é o que move as identificações e inconscientes para a escolha dos cônjuges (OSÓRIO, 2002). Assim, o grupo familiar constituído por homem, mulher e filhos não explica um comportamento familiar, mas representa a passagem da natureza para a cultura demonstrando a necessidade de interação social, originando os afetos que intrigam a relação familiar.

<sup>51</sup> A cidade de Sanliurfa é a capital turca das mortes por honra, no sudeste da Turquia as mulheres que desgraçam a família cometendo adultério ou mantendo relações sexuais antes do casamento são mortas por familiares, as mortes por honra não são crimes passionais, mas planejadas a sangue frio, se a comunidade acha que uma menina desonrou a família, seus parentes, são condenados ao ostracismo, E eles, se sentem obrigados a matá-las.





Essas questões nos fazem refletir a aspectos relativos ao parentesco, ao tabu, ao incesto, a exogamia e a instituição do casamento, situação que lembra ainda à época em que a mulher passava para o clã do marido para ele não perder os bens, que não pertencia ao marido do clã.

Consoante, resgatamos o entendimento de que a violência da mulher, além de histórica é também produto de um fenômeno cultural da sociedade moderna, a lógica desses processos culturais não se dilui com leis penais primitivas, além do mais, há que se considerar, na cultura brasileira, “a síndrome do pequeno poder” que surge quando aqueles que não se contentam com sua pequena parcela excedem os limites justos de sua autoridade. Lembramos ainda, que o pensamento de Bauss Michel, trazendo a dissertativa de que o poder é um signo da morte, denota uma substituição simbólica da violência, onde se pode observar tal aspecto principalmente nas relações familiares entre o homem e a mulher (patriarcalismo e entre os pais e filhos adultocrentismo).<sup>52</sup>


A expressão feminicídio ou *femicide* como formulada originalmente em inglês é atribuída a Diana Russel, que teria utilizado pela primeira vez em 1976, durante um depoimento perante o Tribunal Internacional de Crimes Contra Mulheres, em Bruxelas.<sup>53</sup> Em momento posterior de parceria com Jill Radford, Russel escreveu um livro sobre o tema, o qual viria a se tornar a principal referência para os estudos sobre feminismos.

Ainda consoante a terminologia *femicide*, utilizam essa expressão para designar os assassinatos de mulheres que teriam sido provocados pelo fato de serem mulheres, saliente-se o caso de que as mortes classificadas como feminicídios resultariam de uma discriminação, baseada no gênero, não sendo identificadas conexões com outros marcadores de violência, tais como a própria etnia, raça ou gênero (RUSSEL; RADFORD, 1992).

Ressaltamos, aqui, a abrangência da definição abaixo:

<sup>52</sup> *Patriarcalismo* é um sistema social em que homens adultos mantem o poder primário e predominam em função da liderança política, autoridade moral, privilégio social, e controle das propriedades, sendo que a primeira vez que o termo foi utilizado foi pelos hebreus com o propósito de qualificação de líder de uma sociedade judaica. A lógica patriarcalista estabeleceu o poder de uma autoridade religiosa masculina sobre seus subordinados, mas estende-se também a situações em que os homens dominam familiares, empregados, ou aspectos políticos de uma organização social. *Adultocentrismo* é uma política social que estabelece o poder dos adultos deixando jovens e crianças com menos liberdade devido a alguma carência de formação, alguns segmentos sociais defendem que o adultocentrismo é uma forma de discriminação contra adolescentes por causa de sua idade.

<sup>53</sup> Esta revisão de literatura foi realizada no âmbito do Projeto Violência, gênero e direitos humanos, projeto de Pós-doutorado desenvolvido no Núcleo de Estudos de gêneros. (2007-2008).



Feminicídio está no ponto mais extremo do contínuo do terror, anti-feminino que inclui umas vastas gamas de abusos sexuais, verbais, e físicos, tais como estupro, escravidão sexual, abuso sexual infantil incestuoso e extrafamiliar, espancamento físico e emocional, mutilação genital, (cliterodectomia, excisão, infibulações), (PASINATO, 2011).


Todas essas formas de violência e abusos, são cumes de ódio contra as mulheres, em que podemos citar o exemplo mais extremo dessa violência o massacre da escola Politécnica da Universidade de Montreal<sup>54</sup>, ocorrida em 6 de dezembro de 1986, quando 14 mulheres foram assassinadas.

Nos anos 2000, a expressão volta a aparecer na literatura, dessa vez para denunciar as mortes ocorridas em Juarez, México, esta cidade está localizada na fronteira dos EUA, a partir dos anos de 1990, o início da crise nos EUA e o fechamento da fronteira para a migração fizeram

da cidade um importante ponto de passagem para os imigrantes ilegais que tentam ir aos EUA. Nesse cenário, no ano de 1993 começam a ocorrer assassinatos de mulheres, desde o início dessas mortes as características dessas vítimas e as similitudes nos “*modus operandi*” os crimes contribuíram para que as explicações mais comum, quando os assuntos é violência contra a mulher, ou seja, que são crimes passionais ou violência para fins sexuais. Nesse contexto, a maioria das mulheres são jovens, migrantes, ou de famílias de imigrantes, operárias da indústria, e com o passar dos anos, alguns crimes também envolveram mulheres de maior idade, com outras ocupações assim como adolescentes, meninas e até bebês com pouco meses (COMISIÓN PARA PREVENIR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EM CIUDAD JUÁREZ, 2007).

Apenas em meados de 2000, pressionado pelos movimentos de mulheres e feministas locais e internacionais de defesa dos direitos humanos, que foram criados as comissões de direitos humanos e de verdade e reparação para investigar casos. Estas comissões que

<sup>54</sup> O Massacre da Escola Politécnica de Montreal foi um evento ocorrido em 6 de dezembro de 1989, quando Marc Lepine matou 14 mulheres antes de cometer suicídio, o ataque começou em uma sala de aula, afirmou que na ocasião estava lutando contra o feminismo, muitos políticos e grupos feministas caracterizavam o evento como um caso de feminicídio representativo da violência contra a mulher presente em sua forma mais extensa da sociedade canadense. Seguindo essa linha o Parlamento do Canadá estabeleceu o aniversário do massacre como Dia Nacional de Memória e Combate a violência contra a mulher. O maior massacre realizado numa instituição educacional em território canadense, levou a adoção de leis de porte de armas mais restritivas do país.




acompanham os casos reconhecem que parte deles é decorrente de violência doméstica e que esses assassinos acabam beneficiados pela impunidade que cerca esses casos.

A primeira característica dessa definição considera o feminicídio como mortes intencionais e violentas de mulheres em decorrência de seu sexo, ou seja, pelo fato de serem mulheres (RUSSEL; RADFORD, 1992). Conquanto, o que explicaria as mortes não seria a condição de gênero, mas o fato de as mulheres não estarem desempenhando seus papéis de gênero adequadamente (FRAGOSO, 2002). A violência contra as mulheres é definida como universal e estrutural, e fundamenta-se no sistema de dominação patriarcal presente em praticamente todo o mundo. Algumas pesquisas reconhecem e classificam as mortes de mulheres como a violação máxima de direitos humanos das mulheres, por tratar da eliminação da vida, principal bem jurídico protegido pelos sistemas jurídicos nacionais e internacionais (INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS, 2006). Essa definição de diferentes formas contra as mulheres como a violação dos direitos humanos é relativamente recente e ganhou maior contorno a partir da Declaração de Viena e Programas de Ação (CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1993).

Essa nova abordagem permite que se denuncie a violência contra as mulheres como um problema público e político, reconhecendo a sua prática como crime contra a humanidade, o que permite também cobrar do Estado o cumprimento do compromisso que assume ao assinar e ratificar convenções internacionais de proteção dos direitos das mulheres, para erradicar e punir todas as formas de violência e discriminações contra as mulheres.

A categoria analítica feminicídio foi empregada pela primeira vez no Brasil no ano de 1998, quando abordaram em um trabalho reflexões sobre mortes de mulheres decorrentes de conflitos conjugais, dentre os termos mais recentes, seguem pela reflexão sobre os limites teóricos e políticos de categorias como “violência conjugal”, “violência doméstica”, e como o uso da categoria “violência contra a mulher”. Estudos que tem surgidos nessas categorias, ou algumas delas, forma importantes instrumentos para a definição da violência praticada contra as mulheres como um problema a ser tratado de objetos para orientar políticas públicas, criminalizando violência e ditando formas de combate, através do sistema de segurança e justiça (SAFFIOTI; ALMEIDA, 1995). Por fim, o seu emprego ajudou a dar visibilidade a violência que ocorria no ambiente doméstico/familiar/privado e que com o passar do tempo acabou se



convertendo em atuações, o que dificultou a transição para uma discussão mais ampla sobre direitos humanos.

## CONCLUSÃO

A mulher em seu percurso histórico, ocupou por um longo período um lugar de destaque nas sociedades primitivas matrilineares. E como líder do clã em que vivia, teve acesso à propriedade, aos direitos políticos e acompanhava os homens lado a lado, nas situações de paz e de guerra, em defesa das terras. Abordando também que a intolerância ao adultério está associada a perda do patrimônio, passando a mulher a ocupar o lugar de um bem. No clã matrilinear, a propriedade era dividida com os maridos e filhos já que não se tinha consciência da paternidade.


Aprendemos que o pacto de um casamento passou a exigir a fidelidade da esposa, funcionando como um alibi para que não houvesse a repartição do patrimônio como acontecia na sociedade matrilinear, e assim perpetuar a herança através dos filhos. Essa organização patrilinear acabou por promover uma desqualificação da mulher por excluí-las do direito ao patrimônio, a mulher assim se transformou em um “objeto valioso” de propriedade do marido.

Por fim, os movimentos feministas e as mudanças políticas amenizam um pouco a situação de submissão da mulher ao homem, assim como a violência contra ela, possibilitando maneiras de se combater esse tipo de crime. O contexto atual da violência passional também vem mobilizando estudiosos de diversas áreas da direção deste problema que vem indicando maiores índices de incidência no País. A violência demanda que a sociedade se implique a partir de um saber compartilhando uma ação multifuncional de áreas como psicologia, educação, direito, segurança pública, dentre outras, para que seja construído políticas públicas e práticas de atenção, prevenção e combate à violência que sejam eficazes para combater esse aumento desenfreado desta citada violência.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006. *Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e dá outras providências*. Brasília: Congresso Nacional, 2006.





BLAY, Eva A. Violência contra a mulher e políticas públicas. *Estudos Avançados*. v. 17. n. 49. São Paulo, set-dez, 2003.

BROWN, Peter. *O corpo e a cidade: In: corpo e sociedade o homem, a mulher e a renúncia sexual no início do cristianismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1990.p.16-38.

COMISIÓN PARA PREVENIR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EM CIUDAD JUÁREZ. *Tercer Informe de Gestión. Mayo 2005 – Septiembre 2006*. México-DF: Secretaria de Gobernación, 2006.

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Declaração de Viena e Programas de Acção*. VIENA, 1993. Disponível em: <https://www.dhnet.org.br/direiros/anthist/viena/Viena.html>.

ELUF, L.N. *A paixão no Banco dos Réus – casos passionais: celebre de Pontes Visgueiros a Pimenta Neves*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ENGEL, M.G. Paixão e morte na virada do século. *Marcha do Tempo*, n. 328, 10 maio 2005. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/marcha-do-tempo/paixao-e-morte-na-virada-do-seculo/>. Acesso em 17 março 2020.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família da propriedade privada e do estado*. 12 edição. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1991. p.21-91.

FRAGOSO, Julia Monarrez. Feminicídio Sexual serial in ciudad Juarez. 1993- 2001. *Debate Feminista*. Ano 13, vol.25. México/DF: 2002.

HAHNER, June Edith. *A mulher brasileira e suas lutas sociais e políticas: 1850-1937*. São Paulo: Brasiliense, 1981.

HAYECK, C.M. Refletindo sobre a violência. *Revista brasileira de história e Ciências Sociais-RBHCS*, ano 1, n.1. São Leopoldo, jul.2009.


INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS (IIDH). *I Informe Regional: Situación y Analisis del Feminicídios em la Región Centroamericana*. Costa Rica, San José, 2006.

KRUG, E.G, et al(eds). *World report on violence and health*. Geneva: World Health Organizations, 2002.

LEITE, C.L.P. *Mulheres: muito além do teto de vidro*. São Paulo: Atlas,1994.

MENEGHEL, et al. Cotidiano Violento: Oficinas de promoção em saúde mental em Porto Alegre. *Ciência e saúde coletiva*. ISSN, 1413-8123 versão impressa 2000, Rio de Janeiro, v.5, n.1, 2000.

MINAYO, M.C. de S. (2004). A difícil e lenta entrada da violência na agenda do setor de saúde. *Cadernos de saúde pública*, vol.20, n.3, pp. 646-647, Rio de Janeiro, mai/jun 2004. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-311X2004000300001>.



NOLASCO, Sócrates. O trabalho como base para a identidade. *O mito da masculinidade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1993. p.21.

MARCONDES FILHO, Ciro. Violência fundadora e violência reativa na cultura brasileira. *São Paulo em Perspectiva*, v. 15, São Paulo, abr/jun 2001.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Informe Hemisfério de avaliação da implementação da Convenção de Belém do Pará*. Venezuela, Caracas: julho, 2008.

OSÓRIO, L.C. *Casais e família: uma visão contemporânea*. Porto Alegre: Art. Med, 2002.

PASINATO, Wânia. “Femicídios” e as Mortes no Brasil. *Cadernos Pagu*, n. 37, Campinas-SP, jul/dez, 2011 ISSN 0104-8333. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/50104-83332011000200008>.

RODRIGUES, M. R. *O Homem na pre história*. 8 ed. São Paulo: Moderna, 1992.

RUSSEL, Dian E. H.; RADFORD, Jill. *Femicide: The politics of woman killing*. New York: Twayne Publisher, 1992. Disponível em: [http://www.dianarussel.com/f/femicide\(small\).pdf](http://www.dianarussel.com/f/femicide(small).pdf) Acesso em 19 abr 2020.

SAFFIOTI, Heleith; e ALMEIDA, Suely. *Violência de gênero: Poder e Impotência*. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

SANTIAGO, Rosilene Almeida; COELHO, M. T. A. D. A violência contra a mulher: antecedentes históricos. *SEPA*. Seminário Estudantil de Produção Acadêmica, v. 11, p. 1-19, 2007

SCHAIBER, Lilia Blima; D’OLIVEIRA, A; F, HANADA, H.; FIGUEIREDO, W.; COUTO, M.; KISS, L.; DURAND, J.; PINHO, A. *Violência vivida: a dor que não tem nome interface-comunicação, saúde, educação*, 7,12,41-54. 2003.

SCHRAIBER, Lilia Blima e D Oliveira, A. F. (1999). *Violência contra as mulheres interfaces contra a saúde, Interface- comunicação, saúde, educação*, vol. 3, n.5, pp. 11-26.

VICENTINO, C. *História Geral*. Ed. atual e ampla. São Paulo: Scipione, 1997.

WALTERS, R.H., PARKE, R. D. Social motivations, dependency, and susceptibility to social influence. In: Bertkowitz, *Advanced in experimental social psychology*. v.1. New York, NY: Academic Press,1964. p.233-76.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WAO). *Global consultation on violence and health. Violence: public health priority*. Geneva: WAO,1996.



# CAPÍTULO 6

## A RELATIVIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA DO COVID-19 NO JUDICIÁRIO CATARINENSE

Leonardo Henry Gomes, Bacharel em Direito, UNISOCIESC  
Andréa Grandini José Tessaro, Doutoranda e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Patrimônio Cultural e Sociedade, UNIVILLE

### RESUMO

O presente artigo visa analisar, por meio de pesquisa bibliográfica, a problemática concernente à relativização do acesso à justiça no Poder Judiciário catarinense em tempos de pandemia da Orthocoronavirinae (Covid-19), que atingiu em grande medida a aplicabilidade dos métodos adequados de solução de conflitos. Posto isso, o instituto dos métodos adequados de solução do conflito surge como uma forma preventiva de demandas processuais e serve como instrumento de pacificação social. Todavia, em razão da pandemia contemporânea que assolou o mundo no ano de 2020, o CEJUSC, órgão inerente ao Poder Judiciário catarinense, - cuja competência é a realização das sessões e audiência de conciliação e mediação – paralisou suas atividades em caráter presencial em decorrência do isolamento social exigido para a contenção da doença. Nesse cenário, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina ofereceu aos jurisdicionados a possibilidade de audiências e sessões na modalidade on-line. Diante disso, busca-se verificar em que medida a justiça pode ser relativizada por conta das dificuldades ao acesso, bem como analisar se mediação realizada de modo virtual atende, de fato, a um acesso minimamente justo e isonômico entre os participantes e se se consegue lograr êxito em executar as técnicas de mediação necessárias a fim promover a resolução do conflito.


**PALAVRAS-CHAVE:** Acesso à Justiça; Pandemia; Meios adequados de solução de conflitos

### INTRODUÇÃO

O conflito sempre esteve atrelado à sociedade, desde os primórdios da civilização, independente de nação, povos, etnias. Para melhor entender o conceito, Vasconcelos (2018, p. 1) preleciona:

O conflito é dissenso, que está latente ou manifestado numa disputa. Decorrem de expectativas, valores e interesses contrariados. Embora seja contingência da condição humana, e, portanto, algo natural, numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga.

Destaca-se que o ato de litigar é inerente ao ser humano quando há a convivência em coletividade, ao passo que neste meio as pessoas visam por alguma razão satisfazer a sua vontade pessoal. Nesse sentido, compreende-se que a busca pela satisfação pessoal é contornada



pela ideia central do conflito, o qual é abrangido por uma carga de valores subjetivos e acompanhado de interesses antagônicos. Nesse sentido, “o conflito ou dissenso é fenômeno inerente às relações humanas. É fruto das percepções e posições divergente quanto a fatos e condutas que envolvem expectativas, valores ou interesses comuns e contraditórios.” (VASCONCELOS, 2018, p. 1)


O ato de litigar pode estar relacionado com inúmeros fatores, os quais se encontram na seara da satisfação pessoal, da vontade individual; logo, não há interesse quanto às vontades, pretensões e necessidades alheias. O conflito, aparentemente de fácil resolução poderá resultar em um novo conflito, provocando nos litigantes uma necessidade de buscar um terceiro que pode por fim à demanda. Surge então a figura do Estado, que por meio do Poder Judiciário dirá o direito. Este cenário cotidiano é responsável por abarrotar os fóruns de ações judiciais, além de fomentar a cultura de judicialização do conflito e da litigiosidade. Destarte, enquanto perdurar essa cultura na sociedade brasileira, cada vez mais estaremos distantes da autocomposição e do espírito amistoso na resolução do conflito. Vasconcelos (2018) aclara que a solução para a transformar o comportamento da sociedade implica no reconhecimento das diferenças e na identificação dos interesses comuns e dos contraditórios, uma vez que as relações interpessoais se fundam em expectativas e interesses comuns.

E é diante da necessidade de atender ao interesse comum que surgiram os meios adequados de solução de conflitos, com a promessa de dar autonomia para que os litigantes possam entender os interesses comuns e buscar, dentro de uma composição amigável, a resolução dos seus problemas. Nessa toada, trataremos da mediação virtual familiar extrajudicial no Poder Judiciário Catarinense, do seu fluxo e dos desafios impostos nesse novo cenário da Covid-19.

## **A GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A Constituição Federal de 1988 contribuiu com o fortalecimento institucional do Poder Judiciário, com destaque para a literalidade dos artigos 96 a 99 que o aparelharam muito mais do que nas constituições anteriores, concedendo importantes ferramentas para a independência





institucional, seja a autonomia administrativa, financeira e orçamentária. (COMPARATO, 2015)


Houve, na década de 1980 uma busca pelo acesso à justiça para todos e de forma isonômica, isto é, de forma igualitária a todos os jurisdicionados, todavia, com o transcorrer dos anos e com a referida contextualização da teoria do conflito atrelada à sociedade, o conceito de acesso à justiça passou por uma inovação em seu conceito, em vista das inovações legislativas que estavam ocorrendo à época. Ter um acesso à justiça de modo isonômico não se limitava somente a ter acesso ao Poder Judiciário. À época, inicia-se uma nova visão acerca do emprego de soluções adequadas do conflito, mesmo que de modo incipiente. Em verdade, o ordenamento jurídico pátrio necessitava de inovações jurídicas a fim de proporcionar para a sociedade instrumentos garantidores de um acesso isonômico para todos. O termo acesso à justiça

[...] passou por uma importante atualização. Deixou de significar mero acesso aos órgãos judiciários para a proteção contenciosa dos direitos para constituir acesso à ordem jurídica justa no sentido de que os cidadãos têm o direito de ser ouvido e atendido não somente em situação de controvérsias com outrem como também em situação de problemas jurídicos que impeçam o pleno exercício da cidadania, [...] o acesso à justiça, nessa dimensão atualizada, é mais ampla e abrange não somente a esfera judicial como também a extrajudicial. (RODAS, 2018, p. 99)

A criação dos Juizados Especiais Cíveis, no ano de 1995 é um exemplo de inovação legislativa, cujas características peculiares de informalidade, oralidade, simplicidade, economia processual, celeridade e a autocomposição, garantiu aos jurisdicionados o acesso à justiça e fomentou a conciliação, mecanismo fundamental em matéria de meios adequados de solução de conflitos.

O acesso à justiça é um conceito amplo e de interpretação subjetiva. Em verdade, é que o referido conceito tem sido constantemente interpretado de forma diferente, isso se dá devido ao transcorrer dos anos devido às interpretações doutrinárias e subjetivas, bem como pelas inovações jurídicas.

O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. (CAPELLETI e GARTH, 1998, p. 9).




O acesso à justiça até a atualidade é objeto de discussão por conta da sua relativização em meio à coletividade, Para Capelleti e Garth (1998) isso se dá por meio de questões relacionadas a recursos financeiros, ainda questões pertinentes à aptidão para ajuizamento da ação ou capacidade de se defender, entre outros elementos que são oriundos da uma desigualdade social que assola a sociedade brasileira.

A partir da promulgação da Carta Magna de 1988 e das inovações trazidas pela Emenda Constitucional n. 45/2004, o Judiciário concentrou-se na idealização de se tornar um órgão pacificador de conflitos da sociedade, entretanto, com a crescente massa de contendas judiciais, o judiciário passou a ser visto como uma válvula de escape para a solução de conflitos por meio da judicialização, fato este que ocasionou e fomentou a ideia da teoria da sentença, da concepção perde-ganha.

A compreensão de que todos os dissabores devem ser levados e resolvidos pelo Poder Judiciário devem ser dissipadas do senso comum da coletividade, pelo contrário, esse órgão deve ser no presente, logo no futuro, visto como responsável em orientar, auxiliar, a fim de pacificar o antagonismo criado entre os participantes que se encontrem em pólos distintos. Cabe mencionar que o Poder Judiciário poderá ser acionado por qualquer cidadão, posto que o acesso à justiça é um direito fundamental, previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, de caráter público e subjetivo. Destarte, o Poder Judiciário é o órgão ao qual o jurisdicionado deve recorrer quando seu direito estiver sendo violado ou ameaçado.

Nessa perspectiva, a sociedade bate às portas do Judiciário sempre que se vê na aludida situação e a judicialização em massa ocasiona a morosidade processual, a ausência de autonomia das partes, que não conseguem por si próprias decidir sobre seu futuro e suas vidas. As lições apreendidas com a Escola de Harvard nos leva a pensar sobre um entendimento jurídico contemporâneo, em que cada vez mais sejam utilizados os meios e métodos adequados de solução de conflitos e cada vez menos o método adjudicatório. Isso porque a sobrecarga processual impossibilita uma prestação jurisdicional efetiva e célere.

*Na esfera judiciária, a atualização do conceito de acesso à justiça vem provocando repercussão na amplitude e qualidade dos serviços judiciários se bem assim no elenco de técnicas e estratégias utilizadas pela Justiça na solução dos conflitos de interesses. Vem se entendendo que o papel do Judiciário não se deve limitar a solução dos conflitos de interesses, em atitude passiva e pelo clássico método da adjudicação por meio de sentença, cabendo-lhe utilizar de todos os métodos adequados de solução das*



controvérsias, em especial os métodos de solução consensual, e de forma ativa, com organização e oferta de serviços de qualidade para esse fim. (RODAS, 2018, p. 100)


Para o referido autor, a amplitude do conceito de acesso à justiça evidenciou os métodos autocompositivos, sobretudo em matéria de conciliação e mediação, de modo que os aludidos institutos passaram a ser utilizados como instrumentos fundamentais em soluções amigáveis do conflito, não se limitando ao seu uso eventual nas ações que envolvam contratos negociais ou demandas na esfera de família, mas como uma ferramenta obrigatória em busca da pacificação do conflito e da concretização da justiça.

Diante disso, o cidadão possui o direito de levar ao Poder Judiciário a sua reclamação pré-processual, o qual, em caráter obrigatório, deverá ofertar os serviços correspondentes aos métodos autocompositivos, visando a não judicialização da lide, oferecendo a resolução de uma forma mais célere, em caráter preventivo, ou seja, ainda na fase pré-processual. As vantagens desses métodos são muitas: a redução de ajuizamentos de ações ao Poder Judiciário, maior otimização do tempo e redução de gastos processuais e advocatícios, posto que grande parte dos jurisdicionados não possuem recursos financeiros para o custeio dos serviços judiciários. Para tanto, esses serviços devem ser coordenados por meio de mediadores treinados e capacitados, para que possam orientar e informar todos os cidadãos na busca de solucionar os seus problemas jurídicos.

## **A SISTEMÁTICA DO TRIBUNAL MULTIPORTAS E OS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DO CONFLITO**

Esse novo ideal de materialização dos instrumentos jurídicos passou por vários debates e discussões até o surgimento da sistemática do tribunal multiportas com a Resolução 125/2010, que propôs uma nova ótica de resolução de demandas proposta ao Judiciário, acolhendo a definição contemporânea de acesso à justiça de modo abrangente. Todavia, a Resolução 125/2010 somente teve uma maior visibilidade com o advento da Lei n. 13.140/2015, sendo considerada o marco legal da mediação. Segundo Watanabe (2018, p. 103):

[...] apesar dos grandes avanços que tivemos nos últimos tempos, em especial após a Resolução 125 do CNJ, em termos de capacitação e treinamento de conciliadores e mediadores, e mesmo com esforços das instituições privadas de mediação, conciliação e arbitragem, [...] a sociedade brasileira ainda não se despertou para a grande vantagem da solução amigável dos conflitos, em termos de economia, tempo e dinheiro, de celeridade, de previsibilidade da solução dos conflitos de



confidencialidade, de autonomia das partes na busca de solução mais adequada para suas controvérsias, de preservação dos vínculos que unem as partes, e muitos outros benefícios mais.

Os eventos para a divulgação da mediação e da conciliação são todos realizados com grande êxito, em termos de público e de temas discutidos. Mas, o público presente é sempre constituído, em sua grande maioria, de pessoas que querem praticar e oferecer os serviços de mediação e de conciliação e estão à busca de aperfeiçoamentos. Pouquíssimas pessoas com conflitos comparecem a esses eventos para se informar sobre a melhor maneira de solucionar seus problemas.


Como bem aponta o doutrinador supramencionado, o senso comum da teoria do conflito e a cultura da judicialização e do perde-ganha ainda estão arraigados no seio da sociedade e o método adjudicatório de demandas processuais ainda prevalece. Nesse sentido, é preciso envidar esforços para que um novo raciocínio seja alinhado às demandas da sociedade, de modo que ela compreenda e conheça os métodos autocompositivos proporcionados pela instrumentalidade da Resolução 125/2010, aliada à Lei de Mediação, e suas vantagens e benefícios. Somente dessa forma conseguiremos que a sociedade se desvincule da indústria da judicialização.

São métodos adequados de pacificação social a mediação, a conciliação, a negociação e a arbitragem, institutos que surgem como uma nova porta, ou uma nova resposta para os antigos métodos adjudicatórios tão conhecidos e tão criticados pela comunidade jurídica, seja pela sua ineficiência em proclamar uma sentença minimamente satisfatória para uma das partes, seja pela sua acessibilidade no que diz respeito às custas processuais e advocatícias ou pela morosidade do Poder Judiciário.

Nesse enredo, a conciliação consiste na intervenção de um terceiro imparcial que aproxima os litigantes, que os escuta e apontando-lhes as vantagens na celebração de um acordo que ponha termo àquela disputa. Essa modalidade de solução de conflito pode ocorrer tanto na fase judicial, quanto na fase extrajudicial.

É importante aclarar que na fase judicial essa possibilidade ocorre em dois momentos distintos, o primeiro se dá com o autor, na propositura da ação, e o segundo, quanto ao réu, no momento da contestação. Caso ambos optem em não conciliarem, a audiência conciliatória não ocorrerá, de modo que o magistrado, na qualidade de representante do Estado, extinguirá a relação processual. Esse método é conhecido como heterocomposição. De outra banda, caso as partes optem pela Conciliação, esta terá como finalidade a propositura do acordo, que se





ocorrer, seja homologado pelo magistrado. Havendo divergência entre as partes, o juiz proclamará a decisão por meio da sentença.


Havendo a hipótese de ocorrer na modalidade extrajudicial, a sessão será dirigida por um conciliador e havendo acordo entre as partes, será firmado o termo de acordo com as cláusulas por elas estipuladas e posteriormente haverá a homologação do Judiciário. Caso não ocorra o acordo, a máquina pública é acionada para que analise o mérito da questão.

A negociação, segundo Vasconcelos (2018) é o planejamento, execução e o monitoramento, sem a interferência de terceiros, na transformação ou restauração de relações, na solução de disputas ou troca de interesses. A negociação deve ser cooperativa, pois não tem por objetivo eliminar, excluir ou derrotar a outra parte. Em qualquer circunstância busca-se um acordo de ganhos mútuos.

Já a arbitragem, segundo Vasconcelos (2018) é regulada no Brasil pela Lei n. 9.307/1996, aplicada com as alterações introduzidas pela Lei 13.129/2015. Nessa modalidade de resolução de conflitos, o papel do terceiro é diferente da mediação, pois cabe ao árbitro decidir, após a colheita de provas e de arrazoados jurídicos. Mas é preciso destacar que, na dinâmica do processo arbitral, é dever do árbitro ou do painel de árbitros atuarem de modo colaborativo e buscar a conciliação desde o início.

Nota-se que a mediação não é um método novo de solução de conflitos, conforme lecionam Cachapuz e Gomes (2006, p. 24), a existência da mediação “remonta os idos de 3000 a.C. na Grécia, bem como no Egito, Kheta, Assíria e Babilônia, nos casos entre as cidades – Estados” Posteriormente, a partir do século XX o referido instituto passou a ser explorado pelos países europeus com o intuito de dirimir os conflitos que viessem a surgir nos referidos ordenamentos jurídicos nacionais. Mas é importante reconhecer que “modernamente a mediação vem se firmando como modo de regulação da conduta humana, portanto, uma prática social” (Barbosa, 2015, p. 8)

No Brasil, após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, o instituto da mediação ganhou maior visibilidade através da instituição das leis dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais - Lei 9.099/95- e, sobretudo, no ano de 1998 quando houve o projeto de lei 4.827/98 contendo a definição e propondo algumas providências no que tange ao instituto da mediação.



Posteriormente, no ano de 2002 o projeto de mediação obteve maior força legislativa, recebendo o número de Projeto de Lei (PLC 94,2002), o qual foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e remetido para o Senado Federal para deliberação acerca da matéria.


Assim, somente no ano de 2010, houve uma maior solidificação do instituto, através da Resolução n. 125/2010, conhecido como sistema multiportas, ou tribunal multiportas. A Resolução foi devidamente editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) o qual evidenciou uma nova sistemática quanto ao procedimento de mediação no ordenamento jurídico pátrio. Entretanto, apenas no ano de 2015 a mediação foi de fato regulamentada no ordenamento jurídico por meio do advento da lei 13.140/2015, a chamada Lei de Mediação. A partir daí os jurisdicionados tiveram o acesso aos meios autocompositivos, surgidos com o propósito de servirem como uma válvula de escape para o método adjudicatório.

Nessa toada, Vasconcelos (2018) ensina que a mediação é um método de diálogo para a solução transformadora do conflito interpessoal, isto é, quando houver o conflito entre duas ou mais pessoas dentro de uma relação já existente, havendo divergências dentro de uma relação, as partes poderão eleger um terceiro que restaure diálogo entre estes, em prol da busca de um consenso.

No Brasil os serviços de mediação são ofertados pelas Câmaras privadas de mediação, bem como pelos Tribunais de Justiça dos Estados. Desde a regulamentação da lei de mediação, no ano de 2015, muito se impulsionou por meio de magistrados, promotores e demais serventuários da justiça, bem como pela Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e pelo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) o uso deste referido método.

A mediação garante, tanto na forma judicial quanto extrajudicial, que as pessoas possam gozar de garantias, protegendo-as para que não venham a sofrer qualquer dano por conta de sua participação no procedimento, seja por conta de alguma informação surgida no curso da sessão, seja pela quebra da confidencialidade.

O princípio da imparcialidade do mediador garante que não exista nenhum vínculo civil ou jurídico ou tampouco qualquer ligação do mediador com os participantes e o princípio da isonomia das partes assenta-se na ideia de que todos terão suas demandas ouvidas pelo mediador, sem nenhuma diferença entre os partícipes. O princípio da oralidade, por seu turno, estabelece que o procedimento será oral, sendo de grande relevância que os componentes da



sessão de mediação participem ativamente no sentido de que possam expor suas ideias e pretensões, com vistas a alcançar um denominador em comum.

No que tange à autonomia das partes, a mediação assegura que as pessoas resolvam as suas desavenças com base na sua vontade, sem a necessidade da interferência de um terceiro. Nessa perspectiva, concede-se autonomia para que ambos cheguem à autocomposição por meio do diálogo. Em relação ao princípio da confidencialidade, significa dizer que todas as informações trazidas pelos participantes e tratadas na sessão serão de conhecimento somente do mediador e dos participantes.


A mediação no Brasil é admitida tanto na esfera judicial quanto na extrajudicial. A modalidade extrajudicial, objeto do presente estudo, é normalmente ofertada pelos setores privados que disponibilizam o serviço, ou pelos Tribunais de Justiça dos entes federativos, que concedem à coletividade que não dispõe de recursos para contratar os serviços advocatícios para satisfazer as necessidades jurídicas.

Na seara do judiciário, é mais comum a aplicação da mediação nos conflitos que envolvem direito de família, especialmente questões relacionadas à guarda, alimentos, regulamentação do direito de visitas, matérias reguladas pelo Direito Civil. A mediação familiar extrajudicial destina-se a priorizar a relação, ou seja, visa à restauração da comunicação entre os participantes que possuem uma relação anterior e que por alguma razão foi interrompida em virtude de alguma divergência no âmbito familiar. Nessa toada, Vasconcelos (2018, p. 45) assevera que:

As mediações preferencialmente direcionadas à relação obtêm melhores resultados nos conflitos entre pessoas que mantêm relações permanentes ou continuadas. A sua natureza transformadora supõe uma mudança de atitude em relação ao conflito. Em vez de se acomodar a contradição para a obtenção de um acordo, busca-se capacitar os mediandos em suas narrativas, identificar as expectativas, os reais interesses, necessidades, construir o reconhecimento, verificar as opções e levantar os dados da realidade, com vistas, primeiramente, à transformação do conflito ou restauração da relação e, só depois, à construção de algum acordo. (VASCONCELOS, 2018, p.45).

Nas sessões extrajudiciais de mediação familiar o mediador busca afastar o espírito litigante que compõe a relação, visto que o conflito instaurado impossibilita qualquer possibilidade de conversa amigável no sentido de que os participantes se coloquem no lugar do outro e escutem as suas ideias e opiniões. Nesse sentido, aduz Vasconcelos (2018, p. 45):

Na mediação os mediandos não atuam como adversários, mas como corresponsáveis pela solução da disputa, contando com a colaboração do mediador. Daí por que se



dizer que a mediação/conciliação é procedimento não adversarial de solução de disputas, diferentemente dos processos adversariais, que são aqueles em que um terceiro decide que está certo, a exemplo dos processos administrativos, judiciais ou arbitrais.

Instaurado o conflito familiar, o jurisdicionado tem a possibilidade de recorrer ao Centro Judiciário de Solução de Conflito e Cidadania (CEJUSC), no setor pré-processual, onde será esclarecido sobre a mediação.

Na entrevista de pré-mediação o facilitador ou o mediador deve, antes de tudo, esclarecer do que se trata a mediação, anotar os dados cadastrais, ouvir atentamente, o que a pessoa solicitante tem a narrar, formulando as perguntas necessárias a esclarecer detalhes do conflito. Caso a pessoa solicitada compareça em atendimento ao convite que lhe tenha sido formulado, o facilitador ou o mediador a recebe com a mesma gentileza e imparcialidade, escuta ativamente, realiza a entrevista de pré-mediação e explica o que é mediação (VASCONCELOS, 2018, p. 194).


Havendo a possibilidade de diálogo entre os participantes, o responsável pelo setor ficará encarregado de produzir uma carta-convite, que deverá ser entregue ao convidado, com as informações pertinentes à sessão de mediação. Ressalte-se, o convidado não é obrigado à comparecer, contudo, o seu comparecimento corresponde à boa vontade de participar e buscar uma saída adequada para a querela.

Com o comparecimento das partes, o mediador acolherá os mediandos de forma, agradece de forma individual a presença de ambos, pergunta aos participantes como gostariam de ser chamados. Cabe ainda ao mediador esclarecer que não preside a sessão na qualidade de juiz, tampouco o mesmo estará presente para julgar alguém, mas sim, para colaborar na restauração de uma conversa amigável. Outrossim, esclarece acerca do sigilo e da possibilidade da realização de reuniões privadas, isto é, o atendimento de forma separada das partes, o que é conhecido como a técnica de *caucus*.

Ressalte-se que as sessões que atendam situações relacionadas à família serão compostas de salas com mesas redondas com o propósito de desconstruir a ideia do litígio. Nesta compreensão, todos os participantes estão no mesmo patamar, sem desigualdade no tratamento. Essa idealização é construída com base na tendência psicológica das pessoas e em estudos comportamentais.

Aberta a sessão de mediação com os devidos esclarecimentos expostos, o mediador fomentará o diálogo entre os participantes, onde estes informaram por quais motivos os trazem para o presente ato. É o que dispõe Vasconcelos (2018, p. 198):





Geralmente a pessoa solicitante narra primeiro, mas elas estão livres para combinar quem inicia. O mediador pode solicitar aos mediados que escolham quem irá começar. Iniciada a narração, o mediador deve adotar a escuta ativa. Solicita ao outro mediando para apenas escutar, que sua vez será respeitada. Escuta e observa, sem julgamentos. Anota apenas o essencial. O mediador também deve estar atento aos seus próprios sentimentos, tendo sempre o cuidado de não julgar ou censurar. Claro que o mediador tem seus pontos de vistas pessoais. Ao dar-se conta desses sentimentos de julgamento, o mediador afasta-se, conscientemente, do seu julgamento, para não influenciar os pontos de vista e as escolhas das partes.

Resta evidente que na mediação, em um primeiro momento ocorre a predominância subjetiva das cargas emocionais e valorativas que se sobrepõem à possibilidade de um diálogo e de consenso. É compreensível que a mediação familiar seja um trabalho árduo, já que possui como característica peculiar uma carga psicológica muito densa, tendo em vista que o referido procedimento atua de forma constante com a subjetividade das pessoas.


Nesse sentido, a prática da empatia deve ser inserida nesse contexto, pois, colocar-se no lugar do outro é uma forma enxergar o problema sob uma nova ótica, na ótica do outro interessado em dirimir o conflito, portanto, a validação de sentimentos é extremamente valiosa na mediação. Assim, Vasconcelos (2018, p. 162) esclarece:

Para que estejamos aptos a reconhecer a diferença, precisamos superar os estereótipos, que são aquelas nossas idéias ou convicções preconcebidas que bloqueiam a comunicação construtiva, impedindo a fluidez da empatia. Pessoas que aprendem a superar os estereótipos se tornam capazes de apreciar as diferenças.

Reconhecer que há outras possibilidades de enxergar determinada situação de outro ponto de vista já é um começo para a restauração do diálogo e a busca pelo consenso torna-se mais viável. Todavia, a nem sempre a mediação resulta em um acordo entre as partes. Mesmo assim, a consequência da sessão resulta na restauração da comunicação.

Havendo acordo entre as partes, será redigido o termo, onde constarão todas as informações sobre a avença, o qual será apreciado pelo representante do Ministério Público - na condição de fiscalizador da lei- e posteriormente homologado pelo magistrado. Nessa esteira, Vasconcelos (2018, p. 203) aclara sobre a possibilidade de execução judicial quando o acordo não for cumprido por uma das partes.

O Termo Final de Mediação, quando resulta numa autocomposição, constitui título executivo extrajudicial e, caso as partes desejem, optem e obtenham homologação judicial, constitui título executivo judicial. O acordo é um contrato que constará do termo final de mediação, sendo necessária a qualificação das partes, a identificação do seu objeto, a definição das respectivas obrigações, as diretrizes a respeito de onde, como, quando deverão ser cumpridas essas obrigações e as consequências do não cumprimento, bem assim o foro ou o modo como será exigido o seu cumprimento.



Denota-se, portanto, para que haja a solução do conflito de forma amigável, demanda-se a observância de todo o rito formal, que será aplicado por mediadores devidamente habilitados e que, utilizando-se das técnicas de mediação buscam restaurar o diálogo e atingir o consenso entre as partes. Como resultado, tem-se o acordo firmado entre os participantes, cujo termo estabelece acerca do seu cumprimento e vigência, como se um contrato fosse, com força legal, mesmo sem a intervenção estatal na proclamação da decisão judicial.

## **O ACESSO À JUSTIÇA AO JUDICIÁRIO CATARINENSE POR MEIO DA MEDIAÇÃO FAMILIAR VIRTUAL NO CONTEXTO DE PANDEMIA DA COVID- 19**

Os Centros Judiciários de Solução de Conflito e Cidadania (CEJUSC) são originários de políticas públicas derivadas do sistema multiportas, oriundo do direito norte-americano e recepcionado pela Resolução do CNJ n. 125/2010. A resolução dispõe de metodologias de caráter geral e nacional, designando para cada ente federativo, a sua aplicação. O CEJUSCS abrange três setores: setor pré-processual, processual e o setor de Cidadania.

No Estado de Santa Catarina a instituição dos CEJUSCs ocorreu por meio da Resolução n.º 22/2012, que dispõe sobre questões pertinentes à instalação e o devido funcionamento dos Centros Judiciários, cujo objetivo era proporcionar o acesso à justiça para os cidadãos catarinenses, logo cumprindo e materializando o direito fundamental de todo cidadão, em consonância com a literalidade do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Deste modo, os catarinenses passaram a ter acesso aos instrumentos do CEJUSC, seja por meio das conciliações e mediações pré-processuais.

Em consonância com o raciocínio elaborado até então no que concerne à ideia de inacessibilidade do acesso à justiça por conta das questões já supracitadas, outro argumento que serve como base para a presente discussão diz respeito à pandemia que assola o mundo na atualidade. O Coronavírus (Covid-19), que teve origem na província de Wuhan, na China, afetou em grande medida o acesso à justiça no Brasil, por conta do isolamento social proposto pelas autoridades sanitárias, visando evitar o contato e possível contágio entre as pessoas. Sendo assim, compreende-se que o acesso à justiça encontrou-se relativizado em matéria de mediação familiar extrajudicial, tendo em vista que o instituto da mediação requer práticas de caráter



pessoal, isto é, o referido procedimento é elaborado mediante a presença física das pessoas, para que o mediador possa aplicar as técnicas necessárias,

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina propôs, por meio da Resolução n. 6 em 17 de abril de 2020, a possibilidade da realização das sessões de mediação virtual por meio da plataforma digital disponível no sítio do tribunal catarinense, conhecido como CEJUSC virtual. Essa ferramenta permite que jurisdicionados acessem e agendem a sessão de mediação. Entretanto, acredita-se que o acesso à justiça seja relativizado nesse momento, devido ao fato de que muitos jurisdicionados procuram os serviços ofertados pelo CEJUSC, entretanto não possuem recursos para participar das sessões na modalidade on-line. Muitos não possuem acesso à Internet, dependendo da localidade onde residem, e esse cenário comprova que a exclusão social ou digital de fato afasta as pessoas da justiça e de seu acesso.

De outra banda, ocorrendo à possibilidade dos interessados participarem da sessão de mediação familiar extrajudicial na modalidade virtual, a ideia de acesso à justiça pode mais uma vez relativizada. Isso se evidencia por conta de algumas causas supervenientes que podem ocorrer durante a sessão virtual, quais sejam: quedas de energia e de conexão com a Internet, durante a sessão, que podem propiciar o desânimo para os participantes. Além disso, algumas técnicas de mediação restam inviabilizadas, como a técnica de *caucus*. Nessa toada, Vasconcelos (2018, p. 200) defende que “A qualquer momento podem ocorrer situações em que se torne recomendáveis reuniões em separado (privadas/individuais). Isso ocorre por nem sempre as pessoas estão preparadas para compartilhar determinadas informações ou sentimentos na presença da outra parte”.

A referida técnica, cuja particularidade confere ao mediador a possibilidade de conversar com os participantes individualmente na modalidade presencial, consiste em que um dos participantes permaneça fora da sala de sessão para que o mediador possa ouvir a outra parte. Acreditamos que na modalidade online, a referida técnica de mediação reste comprometida, visto que nessa condição virtual um dos participantes necessitaria realizar a saída da chamada de vídeo, para que o outro integrante pudesse compartilhar informações com o mediador. Sendo assim, numa eventual saída da sala de vídeo, abre-se a oportunidade para que o participante não retorne, seja razões afetas a problemas como acesso à internet, ou por razões relacionadas às questões supervenientes durante o curso da sessão de mediação, que o e desagradou ou o desestimulou na restauração do diálogo.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mediação familiar extrajudicial on-line, como já comentado, aproxima os participantes do litígio e oferece vantagens como a economia em relação aos gastos dispendidos com deslocamentos, tempo e custas processuais e honorários advocatício. Por outro lado, impede o contato pessoal e dificulta a percepção dos sentimentos e dos interesses subjacentes ao conflito. Essa dificuldade pode impedir, em parte, a construção de um acordo e de um consenso entre as partes.

As novas tecnologias utilizadas durante a pandemia visam estimular a autocomposição e garantem o acesso à justiça em tempos como o que viemos atualmente, de isolamento social, e otimizam a prestação jurisdicional. O Poder Judiciário, nesse momento, assume papel de agente disseminador de práticas estimuladoras adequadas de resolução de conflitos e estruturador do sistema multiportas.


Nesse sentido, a cooperação dos jurisdicionados e a restauração do diálogo são elementos que devem ser encorajados pelos mediadores, que devem estar preparados adequadamente para ouvir as questões levadas e principalmente, entender que problemas inicialmente levantados são apenas um pano de fundo para se chegar ao real conflito.

No contexto de mediação virtual familiar extrajudicial, em razão notadamente da pandemia do Covid-19, o acesso à justiça pode ser relativizado por conta da escassez de recursos aptos para a participação nessa modalidade, tais recursos dizem respeito às questões de acesso à internet, de aparelhos eletrônicos minimamente aptos para participar do procedimento de mediação, bem como o acesso à informação e o conhecimento mínimo de tecnologia para que compreenda o rito formal necessário para utilizar a ferramental digital.

Em que pese a relativização do acesso à justiça nesse contexto de mediação familiar extrajudicial, é possível argumentar que essa nova forma de realizar audiências e sessões de mediação é uma tendência que tende a se espalhar no cenário forense de meios adequados de solução de conflitos mesmo após a pandemia. A utilização do recurso será para ocasiões necessárias, como na impossibilidade da participação presencial de um dos participantes, ou do próprio conciliador, mediador ou magistrado.

Por derradeiro, afirmamos a relevância do tema para a comunidade jurídica e toda a sociedade, por ser um tema contemporâneo, cujo cenário atípico de pandemia é vivenciado por





todos os países, sobretudo o Brasil, e das dificuldades enfrentadas pelos jurisdicionados para resolverem seus conflitos de modo amigável.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação Familiar Interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa; GOMES, Taritha Meda Caetano. **A mediação como instrumento pacificador nos conflitos familiares**. Revista Scientis Iuris, 2006. Disponível em < <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4135> > Acesso em 18 dez 2020.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder Judiciário no Brasil**. Revista Estudos Institucionais. 2015. Disponível em < <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/37/46> > Acesso em 14 jan 2021.

RODAS, João Grandino et al. **Visão Multidisciplinar das Soluções de Conflitos no Brasil**. São Paulo: Editora Prismas, 2018.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WATANABE, Kazuo. **Cultura da sentença e cultura da pacificação**. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Orgs.). Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover, 2005.



# CAPÍTULO 7

## A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NOS CASOS DE ERRO MÉDICO

Thaynná Batista de Almeida, Pós-graduanda em Direito, Universidade Federal da Paraíba  
Vanessa Barbosa de Lima, Graduanda em Direito, FESP Faculdades  
Alessandro Figueiredo Valadares Filho, Advogado e professor, FESP Faculdades  
Clésia Oliveira Pachú, Profa. Dra., Universidade Estadual da Paraíba

### RESUMO

De forma simples, a responsabilidade civil poderá ser tida como o dever de reparar alguém tendo em vista um dano causado. Ela pode ser de dois tipos: responsabilidade civil subjetiva e objetiva, sendo este último objeto do presente estudo. Isso porque os profissionais da saúde, em especial os médicos, possuem a responsabilidade civil objetiva, ou seja, aquela que independe de culpa, em casos que haja algum erro médico, tendo em vista principalmente o fato de que assumem o risco das atividades que exercem. Essa discussão é ainda mais comum quando se trata de dano estético, tendo em vista que gera o dever de reparar tanto no sentido material quanto no sentido moral. Por isso, o presente estudo, através de uma pesquisa qualitativa, descritiva, documental e bibliográfica, visa entender o tema da responsabilidade civil e como isso se aplica os casos de erro médico.


**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade. Erro. Médico.

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema da responsabilidade civil é um dos mais importante na área do direito civil tendo em vista que envolve o dever de reparar uma vítima tendo em vista um dano causado. Pode ser dividida em responsabilidade civil objetiva e subjetiva. A primeira diz respeito a aquelas que independem da culpa direta do agente que provocou o dano.

Um exemplo disso são as empresas de ônibus que possuem o dever de indenizar uma vítima que porventura sofrer um acidente dentro dos ônibus. Isso ocorre tendo em vista o risco da atividade que a empresa de ônibus assume no momento em que se presta a oferecer o referido serviço, já que ela possui plena ciência dos riscos de acidente que o trânsito sempre possui.

Já a responsabilidade subjetiva é aquela que está diretamente relacionada a culpa do agente que promoveu o dano na vítima. Um exemplo disso é o quando há a venda de um produto com defeito e que a pessoa que vendeu já sabia da existência desse dano. Esse tipo de responsabilidade é mais fácil de ser aplicada, bastando apenas a comprovação do dano ocorrido



a vítima e o agente responsável pelo mesmo. Importante notar que a responsabilidade civil está dentro daquilo que não constitui crime, sendo nestes casos atributo do código penal.

Esse assunto é de importante relevância em especial para os médicos que todos os dias lidam com a vida e a estética das pessoas. Por isso, é importante que os profissionais da saúde estejam cientes da responsabilidade que possuem com seus pacientes tendo em vista que os erros médicos são cada vez mais comuns e podem gerar danos irreversíveis para a vida das pessoas, podendo causar desde danos estéticos até mesmo a morte das vítimas.


Um exemplo disso são as cirurgias em que materiais são esquecidos dentro dos pacientes, procedimentos são feitos de forma errada, membros são operados de forma desnecessária, diagnósticos errados, dentre outros, podem gerar o dever de indenizar a vítima tendo em vista a responsabilidade objetiva do médico com relação a atividade que este desempenha.

Assim, a importância do presente artigo vem no sentido de informar os profissionais da saúde, em especial os médicos, o conceito de responsabilidade civil e como ele se aplica nos diversos casos do dia a dia desse tipo de atividade. A pesquisa será feita de forma qualitativa, descritiva, documental e bibliográfica, e será dividida em cinco partes, onde será explicado os diversos conceitos relacionados a responsabilidade civil, os tipos de responsabilidade e os casos em que se aplica. Em um segundo momento, será explicado como a responsabilidade civil está intimamente relacionado ao erro médico e exemplificando alguns casos e como a jurisprudência decidiu.

## **2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

A Responsabilidade Civil pode ser classificada como a reparação do dano que foi causado, levando a diminuição de um bem jurídico da vítima, logo a existência do dano que acarretará a devida reparação, podendo ser indenizado tanto na ordem material ou imaterial.

A responsabilidade civil parte do posicionamento que todo aquele que violar um dever jurídico através de um ato lícito ou ilícito, tem o dever de reparar, pois todos temos um dever jurídico originário o de não causar danos a outrem e ao violar este dever jurídico originário, passamos a ter um dever jurídico sucessivo, o de reparar o dano que foi causado. O ato jurídico é espécie de fato jurídico (CAVALIERI FILHO, 2008, p.2 apud RAMOS, 2014).



Para tanto, deve-se fazer a conceituação de fato jurídico como sendo a ocorrência relevante no Direito que pode ou deve interceder. São diversos os tipos sendo por força da natureza, acontecimentos naturais e outros. Também são lícitos e ilícitos como faz menção:

Os lícitos são os que estão de acordo com a lei produzindo efeitos em conformidade com o ordenamento jurídico. Os ilícitos são os que estão em desacordo com o ordenamento jurídico logo produzem efeitos, que de acordo com as normas legais causam um dano ou um prejuízo a alguém, com isso criam uma obrigação de reparar o dano que foi causado, conforme visto no art. 186 e art. 927 do Código Civil onde estão as seguintes previsões "Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito" e "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". (GONÇALVES, Carlos Roberto, 2007, p.13,14. apud RAMOS, 2014).


De acordo com Gagliano (2011), o conceito de responsabilidade vem de uma forma de omissão ou ação, que ocasionará dano a outrem, fazendo assim esse a responder pelos seus atos e indenizar sobre os danos causados. Como é o entendimento da doutrina.

Contudo, é necessário entender o significado da palavra "Responsabilidade" que tem origem no verbo do Latin "Respondere", significando então que quando alguém diante uma ação ou omissão causa um dano tem a obrigação de responder, assumindo as consequências que este dano tenha causado. Trazendo assim uma ordem jurídica na sociedade (Gagliano, Pablo Stolze, Novo Curso de Direito Civil. Resp. Civil. Ed. Saraiva, 2011, p. 43, 44). Para Carlos Alberto Bittar, a reparação do dano traria na verdade um equilíbrio, o qual a parte lesada voltaria ao seu estado anterior como se nada tivesse acontecido (GAGLIANO, 2011, p. 47).

De acordo com o artigo 186 do Código Civil de 2002, aquele que causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito, sendo o entendimento de que poderá ocorrer cumulação, pois a indenização do dano material, não exclui a do dano imaterial, esse posicionamento é exposto no Código de 2002, logo que em 1916, não era aceito o dano moral, mas tal dispositivo faz a alusão de que tal dano traz ofensa ao campo psíquico, moral, intelectual, o que faz o reconhecimento do dano e a sua reparação.

Nesta acepção, se faz necessário apontar o entendimento de Gomes (2018) que elucida o entendimento de que a periculosidade deve ser aferida de forma objetiva pela própria natureza, ou, também, pela natureza dos meios empregados, e não em decorrência do comportamento imprudente ou negligente do terceiro que agiu, desta forma, para este autor, a periculosidade é classificada como uma qualidade preexistente. (GOMES, 2018).





A definição de ato ilícito é aduzida no art. 186 do Código Civil, mas era tratado no art. 159, estabelecendo a responsabilidade civil, em aquele, que por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. O art. 927 do Código Civil, também faz menção a responsabilidade objetiva e também sem culpa, segue assim in verbis:

Art. 927 (..) Parágrafo único: haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Para Cavaliere, não fica restrito somente o entendimento do dano moral somente a dor, mas, também, no que tange a inserção de novos parâmetros para como é constrangido a esse tipo de dano.

Como se vê hoje o dano moral não mais se restringe a dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos - os complexos de ordem ética -, razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no Direito Português. Em razão dessa natureza imaterial é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo mais uma satisfação do que uma indenização. (RAMOS, 2014, [s/p])


Nesta mesma acepção, pode-se fazer menção ao entendimento de Noronha, que destaca que pode ser cabível, também, a indenização por terceiros, quando a lei expressamente o chamar:

De forma ampla, a responsabilidade civil é sempre uma obrigação de reparar danos: danos causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem, ou danos causados a interesses coletivos, ou transindividuais, sejam estes difusos, sejam coletivos, strictu sensu. (NORONHA, 2013, p. 17)

Diante do exposto, percebe-se que a responsabilidade civil deverá sempre ser classificada como uma obrigação de reparar os danos causados por outrem, sejam eles danos causados diretamente à indivíduos ou a patrimônio pertencentes a estes indivíduos que se sentiram prejudicados com o dano que pode acarretar algum tipo de prejuízo. Neste linear, se faz importante a análise do estudo acerca de obrigações de meio e resultado.

### **3. OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO**

Apesar das habilidades profissionais do médico (sabedoria, conhecimento, experiência e talento), juntamente aos avanços técnico-científicos, não se pode culpar a ele o dever de



garantir sempre um resultado esperado pelo seu paciente, especialmente em situações de emergência, estados ditos graves e terminais. Entretanto, a frustração no escopo do tratamento não caracteriza inadimplemento da obrigação, tampouco enseja o dever de indenizar.

Na obrigação de meio, tem o esculápio como compromisso aplicar todo seu empenho no tratamento, utilizando todos os meios científicos e tecnológicos, além de conhecimentos pessoais, para alcançar o pleno restabelecimento do bem-estar físico, psíquico e social do paciente. O objeto do contrato é o atuar zeloso, com a aplicação da melhor técnica profissional. Já na obrigação de resultado, o profissional, por força contratual, está obrigado a alcançar um determinado fim, devendo responder pelas consequências decorrentes de seu descumprimento.

Nesse sentido, em uma obrigação de resultado, o facultativo se vê obrigado a alcançar determinado fim, sem o qual não terá cumprido sua obrigação; ou alcança o resultado predeterminado, ou deverá responder pelas consequências do seu inadimplemento. Ou seja, na obrigação de meios a finalidade é a própria atividade do profissional, já na obrigação de resultado será o resultado da ação.

Caso o profissional não venha a utilizar os meios tidos como necessários ao tratamento do paciente, não se podendo olvidar que os referidos meios devem estar ao alcance e disponíveis, poderá ele dar ensejo à caracterização de erro em seu atuar. Não obstante, deve-se respeitar a discricionariedade do médico em relação ao tratamento que deve ser aplicado. Quando eleito, contudo, deve estar de acordo com a evolução científica e a técnica legalmente reconhecida, ou seja, deve-se observar a *lex artis ad hoc* no momento em que o ato é praticado.

Por fim, ao se reconhecer a saúde como o bem-estar físico e psíquico, como preconiza a Organização Mundial da Saúde, entende-se que a Medicina, quase a totalidade de seus procedimentos, tem um caráter terapêutico intrínseco, ou seja, sua obrigação é, de forma irrefragável, de meio.

#### **4. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA**

Pode-se dizer que a conduta humana é fator preponderante para que a culpa adquira relevância jurídica, máxime no que diz respeito à conduta culposa do esculápio que venha a causar dano ao paciente, dando ensejo ao dever de repará-lo. Nesse diapasão, conduta é o



procedimento moral voluntário que se manifesta por meio de uma ação ou omissão, que dará origem a resultados jurídicos. Cabe destacar que só se pode responsabilizar um profissional por omissão se ele tiver o dever jurídico de agir, ou seja, se estiver em uma condição jurídica que lhe obrigue a impedir que ocorra o resultado lesivo.


Neste linear, deve-se destacar que de acordo com Alonso (2015), A culpa sempre foi uma das categorias jurídicas mais estudadas no Brasil, deste modo, a responsabilidade civil, seja ela contratual ou extracontratual sempre ocupou um papel central na doutrina. Posto isto, entende-se que o conceito de culpa é multicultural, com feições religiosas e psicológicas, destacando a linearidade deste pensamento refletido a nível internacional. (ALONSO, 2015).

A responsabilidade civil é assinalada pela exigibilidade de uma conduta do agente, existência de um dano e o nexo de causalidade. Assim, para que a culpa venha a ser caracterizada, não se faz necessária a intenção, bastando uma conduta voluntária contrastante com as normas impostas pela prudência ou perícia comuns. A responsabilidade civil médica caracteriza-se por ser subjetiva e está fundamentada na culpa stricto sensu: negligência, imprudência e imperícia.

Já na responsabilidade objetiva, por ser a culpa presumida, é suficiente a comprovação do dano e do nexo de causalidade. Deve-se ter em mente que o novo Código Civil Brasileiro, de forma reiterada, acolhe em sua totalidade a teoria da culpa em razão da responsabilidade médica, lendo-se esta como a responsabilidade do facultativo, ex VI dos artigos 1864 e 951. No mesmo sentido, se apresenta o Código de Defesa do Consumidor em relação ao escúpio, que, por sua natureza profissional, enquadra-se na categoria de profissional liberal.

O Código de Defesa do Consumidor alberga a teoria do risco a que o fornecedor do serviço responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços prestados e, também, pelas informações insuficientes e inadequadas sobre sua fruição e riscos. Porém, no § 4.º do artigo 145 apresenta-se a exceção à regra da teoria do risco para os profissionais liberais, ou seja, para os casos que envolvam o médico, prevalecerá a teoria da culpa.

A diferença de tratamento se justifica face à natureza intuitu personae dos serviços prestados pelo profissional facultativo, contratado pela confiança que inspira aos seus pacientes. Assim sendo, para ver atendida sua pretensão, o paciente vítima tem o ônus de provar que, por



meio de uma conduta culposa, o esculápio violou um direito, e que dessa violação direta ou indireta veio a surgir um dano, seja a que título for.

Culpa, no sentido clássico da doutrina, pode ser definida como o desvio de conduta de um modelo idealizado e preexistente. Na conduta culposa stricto sensu, o agente não possui a vontade de ocasionar qualquer espécie de prejuízo a um terceiro, porém, com seu modo de agir negligente, imprudente ou imperito, causa dano a outrem, no dolo, o agente tem a vontade consciente de causar dano a outrem, ou assume o risco de produzi-lo.

A negligência no atuar do profissional médico é um ato omissivo que, devido à inércia no agir, provocará, um dano ao paciente; já a imprudência é um ato que resulta de uma ação sem o dever de cautela que ela exige. A imperícia é a deficiência de conhecimentos técnicos ou científicos para o exercício de determinado ato. No último capítulo esclareceremos, de forma mais aprofundada, a respeito das espécies de culpa e das modalidades de dano.


## **5. AÇÃO/OMISSÃO E DANOS POR PROFISSIONAIS DA MEDICINA**

Inicialmente, destaca-se que pela análise do artigo 186 do nosso Código Civil, pode-se extrair os elementos necessários a fim de caracterizar a responsabilidade. “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

A partir disso, pode-se entender “ação” como sendo uma manifestação do agente que possa causar dano e prejuízo a outrem. Tal manifestação está calcada no desejo, em ato próprio do agente, da manifestação de terceiro que esteja sob a guarda do agente ou ainda de danos causados por coisas e animais pertencentes ao agente (GONÇALVES, 2010, p. 53). O agente, na primeira situação, está revestido da vontade de praticar o ilícito, galgando o prejuízo a outrem. A responsabilidade civil visa o ressarcimento do dano causado, visto a reprovabilidade da conduta do agente.

Quanto à omissão, o ato do agente está calcado na imposição legal, contratual ou social, de praticar determinado fato, ou seja, de não se omitir, e que com essa prática (de não se omitir), o dano poderia ser evitado. O exemplo trazido pela legislação pátria está previsto no art. 176,





I, do Código de Trânsito Brasileiro (dever de prestar socorro às vítimas de acidente imposto a todo condutor de veículo) (GONÇALVES, 2010, p. 59).


Na omissão o ato do agente é inverso: ele teria o dever de agir frente a determinadas situações. No caso tratado neste estudo, a responsabilidade civil por erro médico pode-se exemplificar quando um profissional da medicina não prestar o atendimento necessário a determinado paciente ou a alguém que lhe submetido a exame, resultando em ato legalmente tipificado, a exemplo disso, a lesão corporal, omissão de socorro, homicídio, dentre outros.

Em relação ao dano, a essência da responsabilidade civil está lançada no artigo 186 do Código Civil, e além do ato ilícito estar revestido de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, porém, não se pode olvidar que o mesmo ato só será objeto de reparação se houver dano, pois sem ele não há que se falar em indenização. A doutrina e a jurisprudência pátria trazem inúmeros casos em que o dano se torna inevitável para a reparação de atos ilícitos, não só pelo prejuízo financeiro, mas também visando a restauração da honra e a moral da vítima.

Em se tratando da responsabilidade civil do médico, o dano não está pautado somente nos valores pecuniários que o ofendido faz jus ao recebimento, mas também em penas que consistem em restrição de direitos (suspensão ou cassação no Conselho Regional de Medicina-CRM). Pode ainda ser uma punição penal se a conduta do profissional for tipificada (lesão corporal, omissão de socorro, homicídio etc.). Maria Helena Diniz traz: “O dano à integridade corporal e à vida humana é direto e extrapatrimonial, mas pode provocar indiretamente uma lesão patrimonial, constitutiva de dano emergente e de lucro cessante” (DINIZ, 2015, p. 77).

É necessário o ressaltar encargo incumbindo aos médicos, ou seja, o contato direto com a vida. Estando eles (os médicos) intimamente ligados a esse direito, devem exercer sua profissão com muita cautela. Para que haja a indenização o dano deve ser concretizado, ensina Silvio de Salvo Venosa, não levando em consideração danos hipotéticos, ou seja, a materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima. (VENOSA, 2017, p. 32).

Ainda neste contexto, Aguiar Júnior (2015), destaca que a responsabilidade no âmbito civil do profissional de medicina, atualmente, vem a ser um campo vasto e de uma complexidade inimaginável, deste modo, percebe-se que não houve a presunção de finalizar um



conceito decisivo para este estudo, ao contrário, foram traçadas linhas mais genéricas deste importante tema que se engloba na esfera social e jurídica.

Desta forma, a partir da análise de Matielo (2015), atualmente, pode-se inferir que o tema proposto tem sido bastante debatido nos mais diversos segmentos, principalmente no que concerne a responsabilidade civil por parte do médico, que pode ser classificada como uma variante do gênero da responsabilidade civil, visto que há particularidades no caso que merecem ser analisado minuciosamente.

Posto isto, Montenegro (2016), avalia que a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como também, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), serviram como modificações na esfera substancial nas relações existentes entre pacientes e médicos, assim como nas relações firmadas entre clientes e as entidades de prestação de serviço hospitalares e médicos.

Com isso, conclui-se que não há necessidade de demonstração do valor a ser indenizado, o que pode ser auferido em liquidação de eventual sentença indenizatória; é necessário que esteja demonstrado a amplitude da lesão sofrida, para que o magistrado fixe o quantum indenizatório pautado não só pelo prejuízo financeiro, mas também visando a restauração da honra e da moral da vítima.

## **6. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E ERRO MÉDICO**

Inicialmente, se faz necessário destacar que, segundo Noronha (2018), a caracterização jurídica da responsabilidade médica é inserida em termos controvertidos, demonstrando que de um lado há os que a situam no campo da responsabilidade contratual e outros doutrinadores que avaliam como sendo extracontratual ou aquiliana, entretanto, deve-se destacar que há divergências doutrinárias acerca do entendimento da classificação destes.

Posto isto, deve-se analisar a responsabilidade do profissional de saúde de modo geral e genérico, para que posteriormente tenha-se um entendimento mais linear acerca do erro médico, desta forma, desta forma, sabe-se que a responsabilidade civil do hospital assume aspectos novos, caso seja considerada a duplicidade dos seus deveres, compreendendo a assistência médica, aos mesmo tempo que obrigações como hospedeiro.



No estudo da responsabilidade civil, a fim de que um dano seja reparado, a presença ou não da culpa é o que vai determinar a obrigação de reparar o prejuízo causado. Nesta seara, de acordo com análise de Stoco (2017), em situações pontuadas pela lei, não se faz necessário a comprovação da culpa para que esteja presente o dever de indenizar. Nessas situações, tal imputação é chamada pela doutrina de responsabilidade legal ou objetiva.


Diz ser “objetiva” a responsabilidade quando sua prova não exige a presença do elemento culpa. A ação ou a omissão trazida pelo agente por si só origina o dever de reparar o dano gerado. Frente a essa situação, uma vez que a culpa é presumida, cabe ao autor em uma ação judicial, provar a ação ou omissão, a culpa ou não do agente (no caso, não há necessidade, por se tratar de responsabilidade objetiva), o dano causado e o nexo de causalidade existente entre o autor do fato, e aquilo visa à reparação.

Uma das explicações que podem ser abordadas e tem uma grande relevância em nossa doutrina, visando a justificativa da responsabilidade objetiva é a teoria do risco, que pode ser expressa de forma concisa e esclarecedora a partir da análise de Gagliano e Pamplona Filho:

As teorias objetivistas da responsabilidade civil procuram encará-la como mera questão de reparação de danos, fundada diretamente no risco da atividade exercida pelo agente. (...) As teorias objetivistas, por sua vez, não foram de todo abandonadas, havendo diversas disposições esparsas que se contemplam. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 15).

No estudo da responsabilidade civil, a fim de que um dano seja reparado, a presença ou não da culpa é o que vai determinar a obrigação de reparar o prejuízo causado. Nesta seara, em situações pontuadas pela lei, não se faz necessário a comprovação da culpa para que esteja presente o dever de indenizar. Nessas situações, tal imputação é chamada pela doutrina de responsabilidade legal ou objetiva. Diz ser “objetiva” a responsabilidade quando sua prova não exige a presença do elemento culpa. A ação ou a omissão trazida pelo agente por si só origina o dever de reparar o dano gerado.

Frente a essa situação, uma vez que a culpa é presumida, cabe ao autor em uma ação judicial, provar a ação ou omissão, a culpa ou não do agente (no caso, não há necessidade, por se tratar de responsabilidade objetiva), o dano causado e o nexo de causalidade existente entre o autor do fato, e aquilo visa à reparação. Uma das explicações visando a justificativa da responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Gagliano e Pamplona Filho trazem:



As teorias objetivistas da responsabilidade civil procuram encará-la como mera questão de reparação de danos, fundada diretamente no risco da atividade exercida pelo agente. (...) As teorias objetivistas, por sua vez, não foram de todo abandonadas, havendo diversas disposições esparsas que se contemplam. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 15).

O Código Civil enumera alguns casos em que a responsabilidade se torna objetiva, malgrado o Brasil ter adotado como regra a teoria subjetiva. As mudanças basearam-se na teoria do risco, bem como em avanços que ocasionaram mudanças de paradigmas frente à sociedade. O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil admite tal modalidade de responsabilidade, conforme pode-se extrair pela leitura:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (grifo nosso)

A doutrina, no que tange ao parágrafo único, pontua certos questionamentos, principalmente na segunda parte do texto do citado dispositivo. A primeira pergunta que se faz é: Quais atividades têm o caráter de normalidade? Gagliano e Pamplona Filho trazem:


Ao consignar o advérbio ‘normalmente’, o legislador quis referir-se a todos os agentes que, em troca de determinado proveito, exerçam com regularidade atividade potencialmente nociva ou danosa aos direitos de terceiros. Somente essas pessoas, pois, emprenderiam a mencionada atividade de risco, apta a justificar a sua responsabilidade objetiva. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 139).

É possível classificar a atividade médica como normal, afinal o profissional assiduamente realiza atendimentos clínicos, acompanhamento de pacientes, intervenções cirúrgicas e demais atividades afins – registre-se aqui o profissional que visa a resultados específicos, como por exemplo, o cirurgião plástico, odontologista.

Ligado fortemente com determinado paciente para o exercício de sua profissão está o médico sujeito a causar algum prejuízo e, devidamente comprovado a dimensão do dano, ou prejuízos, e havendo demonstração do nexo de causalidade, é, então, possível a reparação por meio do processo de conhecimento, galgando a necessária indenização.

Por iguais razões, é presumida a culpa, motivando o dever de indenizar, ainda referindo-se às questões médicas, tema abordado neste estudo, quando se trata de entidades hospitalares. A partir do entendimento exposto, pode-se citar o entendimento da Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.





Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. ERRO DE DIAGNÓSTICO. DANO MORAL CONFIGURADO. 1. A instituição hospitalar assume a responsabilidade pelo paciente por força do disposto no art.14 do CDC. 2. Deve a parte ré responder pelos danos causados à parte autora, uma vez que não restaram empregados todos os meios que tinham ao seu alcance para confirmar o diagnóstico indicado pelo paciente. Liberação do paciente, o qual sofreu uma queda de um andaime, com um diagnóstico de ausência de fraturas, mas sentindo dores. Apuração posterior, em outro nosocômio, de que o paciente havia fraturado a extremidade distal do rádio, a quinta costela e, ainda, sofrido traumatismo craniano. 3. Danos que decorrem do erro de diagnóstico e da dor que acometeu o paciente até que fosse empreendido o adequado tratamento. 4. Valor da indenização. Em atenção ao princípio da razoabilidade e dos parâmetros desta Câmara, merece redução o valor fixado a título de indenização por danos morais. APELO PROVIDO PARCIALMENTE”. (Apelação Cível Nº 70037793585, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 08/03/2012). (Grifo nosso).

O caput do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor exprime seguramente que é a garantia de suprimento do defeito na prestação do serviço, que se deseja por parte do profissional ou dos estabelecimentos hospitalares, uma vez que estes assumem todo e qualquer risco nos cuidados despendidos aos pacientes. Não se pode olvidar de maneira alguma o Brasil ter se filiado à teoria subjetiva, tendo-a como regra, embora haja a aplicação da teoria do risco para determinados fatos.

No entanto, como mencionado acima, o Brasil filiou-se a teoria da responsabilidade civil subjetiva. Para a aplicação da referida modalidade, o autor, à vista de ver seu dano reparado, deve comprovar o dano causado pelo agente – no presente estudo, do médico – provando sua conduta dolosa. Caberá sempre ao autor da ação o ônus da prova da culpa do réu, ou seja, do médico.

A respeito, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, julgando duas ações semelhantes, destacou a falta de comprovação do nexo de causalidade entre o dano causado e a conduta dos profissionais, resultando o não provimento da pretensão do autor em sede de recurso de apelação:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. ERRO MÉDICO. 1. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE. REJEIÇÃO. 2. ERRO MÉDICO NÃO DEMONSTRADO. PACIENTE ATENDIDO EM UNIDADE MUNICIPAL DE SAÚDE. DEMORA DO PRÓPRIO PACIENTE EM PROCURAR ATENDIMENTO. 3. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA DOS SERVIDORES E O DANO NÃO COMPROVADO. 4. AGRAVO RETIDO DO MUNICÍPIO DESPROVIDO. AGRAVOS RETIDOS DO ESTADO E DA AUTORA NÃO CONHECIDOS. RECURSO DO MUNICÍPIO PROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO




PREJUDICADO. (a) "Não é enrijecendo as exigências formais, num fetichismo à forma, que se asseguram direitos; ao contrário, o formalismo obcecado e irracional é fator de empobrecimento do processo e cegueira para os seus fins. (Cândido Rangel Dinamarco, A instrumentalidade do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 180). (b) Não restou comprovado nos autos o nexo de causalidade entre a conduta dos servidores (médicos) e o dano experimentado pela autora (morte do companheiro). Improcedência do pedido inicial de indenização que se impõe". (TJPR – 2ª C. Cível – ACR 0787025-3 – Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba – Rel.: Des. Lauro Laertes de Oliveira – Unânime – J. 09.08.2011). (Grifo nosso).

Nesta mesma linha de decisão, pode-se perceber uma linearidade, pelo menos no que tange os acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, utilizando-se da não aplicabilidade de responsabilidade civil por entender que não existe o nexo de causalidade, pois não houve a demonstração de negligência, imprudência, imperícia ou dolo por parte dos profissionais de medicina.

Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação de reparação de danos materiais e morais. Internamento. Morte da paciente em aproximadamente quarenta e oito horas. Erro médico. Inocorrência. Procedimentos cautelosos realizados. Medicação e solicitação de exames. Caso atípico, imprevisível e fulminante atestado por perito. Necropsia não realizada. Causa mortis desconhecida. Ausência de comprovação de culpa ou dolo pelos médicos. Nexos de causalidade não demonstrado. Sentença reformada. Inversão do ônus de sucumbência. Recursos n.s 1, 2 e 3 providos. 1. Diante da morte repentina da esposa e mãe dos autores, em caso considerado atípico e imprevisível, e ausente demonstração de negligência, imprudência, imperícia ou dolo por parte dos profissionais médicos, bem como não demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta dos referidos profissionais com o resultado morte da vítima, não há que se falar em reparação de danos. 2. Diante do provimento dos apelos deve haver a inversão do ônus de sucumbência, com a condenação dos autores ao pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios." (TJPR – 10ª C. Cível – AC 0755553-5 – Guarapuava – Rel.: Des. Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima – Unânime – J. 04.08.2011). (Grifo nosso).

Nota-se que, além do autor demonstrar os fatos com veracidade, lealdade e boa-fé, deve-se também durante a tramitação de um processo judicial, demonstrar a culpa do agente. Nos casos acima, os autores não produziram provas suficientes para demonstrar a conduta ilícita dos profissionais, não almejando a reparação do dano que supostamente foi causado. Percebe-se ainda que, em nenhum dos exemplos trazidos é caso de atividade fim, haja vista estar tratando-se de responsabilidade subjetiva, pressupondo-se que os profissionais utilizaram de todos os meios legais e possíveis para restabelecer a saúde do paciente.

De acordo com o entendimento de Silva (2018), em nosso direito, é lícito extrair uma regra definidora da responsabilidade médica, quando do dano houver resultado causado por imprudência, negligência ou imperícia, sendo, contudo, enorme a riqueza de questões



concretas, desta forma, em cada uma delas o juiz deverá decidir inspirado nos casos de espécie que as ilustram.


Miguel Kfoury Neto traz que “não há, pois, culpa presumida do médico, por estarmos diante de um contrato. Ao autor incumbe a prova de que o médico agiu com culpa” (KFOURI NETO, 2010, p. 75). Só é possível admitir a aplicação da responsabilidade objetiva quando a atividade profissional buscar resultado determinado, ou seja, atividade fim. No Brasil, tal teoria tem sido aplicada nos casos de cirurgias estéticas, conhecidas como cirurgias-plásticas. Nos demais casos, a atividade do médico é de meio, uma vez que tal profissional se compromete a usar todas as regras e os métodos de sua profissão para recuperar a saúde do paciente que lhe é submetido a tratamento.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo presente estudo, conclui-se que a responsabilidade civil no Brasil, regra geral, é subjetiva, ou seja, para responsabilizar o profissional da medicina, necessário será demonstrar sua conduta culposa, na modalidade de negligência, imprudência ou imperícia. Do mesmo modo, constata-se que a obrigação assumida pelo médico no tratamento de seu paciente, é subjetiva, haja vista tratar-se de obrigação de meio, onde o profissional é responsável somente pelos meios adotados para se conquistar o resultado final pretendido pelo paciente.

Por mais simples que seja um tratamento de saúde não pode o médico, por “luxo” pessoal, ignorar a enfermidade que lhe é posta. Deve-se utilizar de todos os recursos inerentes à sua profissão para que encontre êxito ao final. A procedência em favor do autor em uma ação de reparação de danos por força de erro médico é a certeza da concretização de justiça pelo Poder Judiciário.

Mesmo com edição posterior do Código Civil em relação ao Código de Defesa do Consumidor, a norma que antecedia o atual código já previa a responsabilidade de ordem subjetiva, portanto, a lei consumerista, teve o cuidado em observar tais regras, criando exceções, de forma a aplicar a responsabilidade objetiva, como por exemplo, em relação à cirurgia puramente estética.



A cirurgia com finalidade puramente estética é considerada pela doutrina e jurisprudência pátria como obrigação de fim, onde o paciente busca alcançar um resultado específico em razão do serviço contratado. Ademais, é certo que o paciente, gozando de boa saúde busca a satisfação de um desejo de ordem psicológica, não sendo o caso de cirurgias estéticas reconstrutivas, por exemplo, em vítimas de acidentes de trânsito, queimaduras etc., o que se busca é a melhora na aparência física e se o médico assume tal encargo deve fazê-lo a fim de almejar o resultado contratado que lhe é proposto.

Tendo em vista ser o direito à vida, o mais importante direito constitucional assegurado para que os outros direitos tenham razão de existir e, por ser a profissão do médico intrinsecamente ligada a existência da saúde e conseqüentemente da vida, faz-se necessário que este profissional utilize de todos os recursos legais que lhe são postos à disposição para o restabelecimento do paciente, buscando o respeito incondicional ao bem maior, a vida.

O que se busca com a responsabilização do profissional da medicina, conforme já mencionado, é que haja um comprometimento maior por parte deste no tratamento de seus pacientes, para que seja alcançado com êxito o restabelecimento da saúde e conseqüentemente a preservação da vida daqueles que lhe são submetidos à tratamento, não visando o lucro, somente.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade Civil do Médico**. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.


ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. **Pressupostos da Responsabilidade Civil objetiva**. Disponível em: <[www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em 12 nov. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

COSTA, Thaianne. **Da responsabilidade civil. Espécies e requisitos**. Disponível em: <<https://cutt.ly/9hn7GDh>>. Acesso em 05 de dez. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 7.





GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família** (vol. 6). 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KFOURI NETO, Miguel. **A responsabilidade civil do médico: visão sob o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor**. <<https://cutt.ly/hhn5yAq>>. Acesso em 05 de dez. 2020.

MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade Civil do Médico**. 10. Ed. Porto Alegre: Sagra Luzaato, 2015.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

NORONHA, Fernando. **Desenvolvimento contemporâneo da responsabilidade civil**. São Paulo: RT, mar. 2018. Vol. 891.

RAMOS, Vanderlei. **Responsabilidade civil no Direito brasileiro: pressupostos e espécies**. Disponível em: <<https://cutt.ly/fhn7RsL>>. Acesso em: 05 de dez. 2020

SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.) **Código Civil comentado**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações**. Vol. 6. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 32.



# CAPÍTULO 8

## COMUNICAÇÃO TRANSJUDICIAL NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE DIVERSIDADE SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO

Cleverton Reikdal, Doutorando em Ciência Jurídica, UNIVALI  
Heloise Siqueira Garcia, Pós-Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica - PPCJ/UNIVALI com bolsa de Estágio Pós Doutoral pela CAPES

### RESUMO


O reconhecimento do valor da diferença humana possui arcabouço ético de valorização do Outro na sua diferença. Realidades humanas, como a diversidade sexual e identidade de gênero, se tornam problemas postos à normatividade nacional e internacional, reconhecida como pauta desterritorializada. Existindo decisões judiciais nacionais citando cortes estrangeiras, identifica-se comunicação transjudicial, representando uma forma de transjudicialismo e efetivação dos direitos humanos. O trabalho terá como objetivo geral compreender o direito à diversidade sexual e de gênero a partir de uma visão transjudicial. E como objetivos específicos traçar concepções basilares do transjudicialismo, comunicação transjudicial, direitos à diversidade sexual e de gênero, e analisar a incidência desta comunicação nos julgamentos dos casos envolvendo a diversidade no Supremo Tribunal Federal. Na metodologia foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; na fase de tratamento de dados o método cartesiano; e no relatório da pesquisa foi empregada a base indutiva.

**PALAVRAS CHAVE:** Dignidade da pessoa humana. Orientação sexual. Identidade de gênero. Comunicação transjudicial. Transjudicialismo.

### INTRODUÇÃO

Este artigo tem inspiração nos estudos sobre a efetividade do direito transnacional, a partir do transjudicialismo, identificado em decisões nacionais fundamentadas no direito internacional, jurisprudência de cortes internacionais ou supranacionais e documentos internacionais para a aplicação dos direitos à diversidade sexual e identidade de gênero. Para tanto, vale-se de uma problemática teórica proposta por Garcia, Santos e Garcia<sup>55</sup>, ao reconhecerem a existência do fenômeno da transnacionalidade e a necessidade que o Direito Transnacional seja lapidado e instrumentalizado; e da hipótese de que o Supremo Tribunal Federal brasileiro instrumentaliza o transjudicialismo a partir de comunicação transjudicial ao

55GARCIA, Heloise Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei dos; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Governança Transnacional. In: GARCIA, Heloise Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 10-28, p. 25.



fundamentar suas decisões de proteção da diversidade sexual e identidade de gênero com decisões de tribunais internacionais e supranacionais e princípios de direito desenvolvidos por organismos internacionais não estatais.

Com base nesta informação, o artigo será desenvolvido a partir do estudo do arcabouço conceitual do Direito Transnacional, transjudicialismo, comunicação transjudicial e direitos à diversidade sexual e identidade de gênero. Ademais, por se tratar a hipótese de verificação empírica, será também composto por uma análise de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro que invocaram em sua fundamentação jurisprudência de tribunais nacionais estrangeiros, tribunais internacionais, supranacional e princípios de direito envolvendo os direitos à diversidade sexual e de gênero criados por organismos internacionais não estatais.

Neste escopo o artigo terá como objetivo geral compreender o direito à diversidade sexual e de identidade gênero a partir de uma visão transjudicial identificada no suporte teórico da comunicação transjudicial proposta por Anne-Marie Slaughter<sup>56</sup> e como objetivos específicos traçar as concepções basilares do transjudicialismo, comunicação transjudicial, direitos à diversidade sexual e de gênero, e estudar o Direito Transnacional a partir da comunicação transjudicial identificada em decisões do Supremo Tribunal Federal.

O artigo, portanto, foi organizado em duas etapas, uma primeira etapa conceitual para abordar o arcabouço teórico do Direito transnacional, a partir da comunicação transjudicial, e do direito à diversidade sexual e identidade de gênero, e numa segunda etapa, a análise da hermenêutica jurídica identificada em decisões do Supremo Tribunal Federal visando à defesa destes direitos.

O Método a ser utilizado na fase de Investigação foi o indutivo por meio da pesquisa bibliográfica; na fase de Tratamento dos Dados foi o indutivo com as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.<sup>57</sup>

56SLAUGHTER, Anne-Marie, **A Typology of Transjudicial Communication**, 29 U. Rich. L. Rev. 99 (1994). Disponível em: : <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6> Consultado em: 08 set. 2020.

57PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007.



## 1. RECONHECIMENTO DO DIREITO À DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO COMO VALORES DA DIFERENÇA HUMANA.

Os Direitos Humanos Internacionais seguem num processo histórico com ênfase na sua universalidade, com capacidade de ser aplicado a todas as pessoas humanas. Ocorre que este preceito universal ensejou a criação de um debate onde seria possível identificar uma separação hierárquica entre as próprias pessoas a partir do momento que se necessitaria de uma categoria mínima que identificasse e qualificasse a pessoa como humana, e, nesta perspectiva, não haveria contribuição para o desenvolvimento de valores humanos máximos. Para superar este valor mínimo, e se alcançar uma política progressista aos direitos à diversidade sexual e identidade de gênero, vale-se da proposta de Boaventura de Souza Santos<sup>58</sup> que, na sua visão multicultural, busca o valor em “competir por valores ou exigências máximos, e não por valores ou exigências mínimo” para a evolução dos direitos humanos.

Um valor inerente à cultura é a própria diferença existente entre elas, dispensando que se busquem identificações simétricas acerca dos valores que são conferidos às expressões de gênero e orientações sexuais em cada uma delas, pois não serão idênticas, tampouco, serão idealmente reconhecidas como válidas as justificativas externas. A teoria da performatividade<sup>59</sup>, reconhece que esses comportamentos repetitivos não partem de uma prática original, nem essencial mínima, o que permite a sociedade produzir efeitos de realidade, e não ser uma ‘realidade natural’. Desta forma, em cada cultura, inclusive dentro dela, existe a apropriação destes atos performativos e à concessão de significados distintos.


Ao identificar a diferença humana pode-se encontrar uma forma de analisar como é reconhecida importância do Outro, pois é nela que o Outro existe e é reconhecido; é na capacidade apropriativa da significação de comportamentos que o Outro existe ou deixa de existir (ou tem sua existência reduzida). Miskolci<sup>60</sup> afirma que o comportamento heteronormativo ao designar uma forma única de se manifestar o gênero e a orientação sexual,

58SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova**, São Paulo, n. 39, p. 105-124, 1997. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451997000100007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451997000100007&lng=en&nrm=iso) Acesso em: 07 Set. 2020.

59BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade**. 15ª ed.; tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. SAEZ, Javier. CARRASCOSA, Seja. Pelo cú: políticas anais. Belo Horizonte, MG: Letramento, 2016.

60MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças**. 3 ed. rev. e ampl. - Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2017.





e exigir este comportamento a partir da coerção social, é uma forma de terrorismo cultural. Este terrorismo teria como pressuposto que todas as manifestações dissidentes e fora do texto heterossexual deveriam ser modificadas, mantidas no armário, ou, se possível, expurgadas da experiência educacional e cultural.

Existiria, portanto, neste comportamento terrorista uma verdadeira tentativa de expurgar realidades identificadas a partir da opressão moral e física, uma exclusão social e impedimento de participação das relações sociais<sup>61</sup>.


Os textos heteronormativos compulsórios podem estar presentes, inclusive no poder legislativo, executivo e judiciário, e são nestas esferas, que o desenvolvimento do valor da diferença humana alcançaria a relevância e potência jurídica, quando este valor é inserido, positivado e reconhecido, para adquirir capacidade coercitiva de poder de polícia, visando o desenvolvimento dos direitos humanos.

O elemento máximo da valorização da diferença humana teria a capacidade de promover a aplicação de proteção jurídica à diversidade sexual e de gênero identificada na realidade brasileira e internacional, exceto, se não fosse pela inexistência de um ordenamento interno positivado suficiente no reconhecimento desta diferença. Ou, até mesmo, como ocorre em países da América Latina, como Belize e Guiana, na existência de um ordenamento interno positivado proibindo e punindo paulatinamente relações homoafetivas e manifestações de gênero diversas do gênero atribuído geneticamente no nascimento.

Ser diferente não é ser diferente, ser diferente, na proposta ora aqui apresentada é ser igual, e a problemática da diferença está na hierarquização entre os diferentes que é configurada a partir da criação de textos legislativos punitivos, da interpretação hetero compulsória de textos existentes ou na omissão legislativa por parte do Estado Nação, e não no reconhecimento da diferença. Esta política da diferença é a base da luta pelo reconhecimento da identidade, um reconhecimento moral, e estima, por parte de outros que leva à fonte positiva de identificação, e então, à representação pública<sup>62</sup>.

61MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças**.

62FRASER, Nancy. Justiça anormal. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade De São Paulo, 108, 739-768. Acesso em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/68001> Acesso em 10 ago. 2020. VIEIRA, List. **Os argonautas da Cidadania: a sociedade civil na globalização**. Rio de Janeiro: Record. 2001.



Quando há violação a estes direitos, os fatos e relatos alcançam a esfera da transnacionalidade a partir do momento que movimentos civis, pressões políticas, *advocacy* e pessoas naturais começam processos formais, culturais ou políticos de ‘pressão’ visando a proteção específica ausente dentro da estrutura soberana legislativa e jurídica do território nacional.

Os problemas inerentes à falta de reconhecimento desta diferença valorativa de manifestação de gênero e orientação sexual não encontram barreiras nacionais nem podem ser resolvidos de forma isolada pelos Estados-Nação, já que são realidades identificadas em todo o globo terrestre. Portanto, podem ser tratados como direitos transnacionais, quando vale-se deste termo na função substitutiva do direito internacional “para incluir todas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem fronteiras nacionais.”<sup>63</sup>


Desta forma, o direito à diversidade humana, aqui exposta pela orientação sexual e identidade de gênero, torna-se fértil terreno para o direito transnacional emergir, e, no caso em questão do Brasil, vai-se buscar reconhecer como o Supremo Tribunal Federal julga casos envolvendo a diversidade sexual e manifestação de gênero a partir de outras fundamentações que não fonte exclusiva primária legislativa interna, haja vista não apenas o a ausência em alguns campos legislativos destes direitos, como também a interpretação pautada em comportamentos compulsórios heteronormativos e valorativos do determinismo biológico.

## 2. O DIREITO TRANSNACIONAL

O Direito Transnacional é uma esfera jurídica do fenômeno da transnacionalidade, que leva em consideração a importância do fenômeno das globalizações e demandas que ultrapassam as fronteiras do Estado, o prefixo “trans” traz em seu bojo a resignificação dos espaços nacionais, a necessidade de identificação de demandas desterritorializadas como objeto e a existência de sujeitos que vão além dos Estados Nacionais, ou seja, novos significados para o objeto, sujeito e categorias modernas do direito.<sup>64</sup>

63JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Rio de Janeiro.Ed. Fundo de Cultura S/A.1965, p. 12.

64CRUZ, P.; BODNAR, Z. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, P.M.; STELZER, J. (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 58



Para fins de compreender o fenômeno do direito transnacional, parte-se da necessidade de identificar uma base teórica que compreenda e analise o próprio direito a partir destes novos significados, a escolha da base teórica terá como referência o pluralismo jurídico transnacional, em face do monismo jurídico e até mesmo do pluralismo jurídico.

O pluralismo jurídico “cuestiona el supuesto de que el derecho oficial o estatales preeminente e, inclusive, el único, respecto a otros ordenamientos jurídicos no estatales;”<sup>65</sup> promovendo capacidade teórica de questionar a relação intrínseca, e única, de que o Direito é uma produção exclusiva do Estado, surgindo quatro princípios básicos: 1) ampliação do conceito de direito, ao retirar a exclusividade conceitual Estado-Direito; 2) críticas aos princípios da exclusividade, coerência, homogeneidade e unidade; 3) existência de diversos centros de produção jurídica.<sup>66</sup>

E, na perspectiva transnacional, o pluralismo teria um caráter fundamental em sua forma de oportunizar interações de normas, valores, procedimentos e práticas nas diversas operações jurídicas.<sup>67</sup> Corroborando com a proposta defendida por Piffer e Cruz, que afirmam o pluralismo jurídico transnacional ter capacidade de “realizar atos de convergência, coordenação e integração entre ordens jurídicas e não jurídicas”.<sup>68</sup>

Ademais, compreender o direito transnacional também exige um reconhecimento das crises contemporâneas, entre elas a ressignificação do sentido da institucionalização da soberania que confere exclusividade do direito ao Estado soberano. A institucionalização do direito no Estado pode ser interpretada a partir de uma crise contemporânea que afeta e enfraquece o direito na sua pragmática enquanto ‘reserva institucional’<sup>69</sup>, esta crise está relacionada na identificação de que as instituições não são mais capazes de preservar os sentidos


65CERVANTES, H. A. **La producción jurídica de la globalización económica**. Notas de una pluralidad jurídica transnacional. Ciudad de Mexico: 2014, p. 118.

66CERVANTES, H. A. **La producción jurídica de la globalización económica**. Notas de una pluralidad jurídica transnacional. p. 120-121.

67CERVANTES, H. A. **La producción jurídica de la globalización económica**. Notas de una pluralidad jurídica transnacional. p. 123.

68PIFFER, Carla. CRUZ, Paulo Marcio. O Direito Transnacional e a consolidação de um Pluralismo Jurídico Transnacional, *In*: GARCIA, Heloíse Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 29-42, p. 38.

69FERRAZ JUNIOR. Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.



da vida e da sua formação social, e o direito, “porque não atento a multiplicidade de valores sociais e às distintas formas de existência” é desacreditado no seu lugar institucional<sup>70</sup>.

Conceituar o direito transnacional é também recorrer às experiências de diversos tipos de globalização, novos atores com capacidade de exercício de poder no espaço político e o reconhecimento de que existem direitos que estão além da existência (ou limitação) territorial dos Estados-nação, assim:

[...] o Direito Transnacional é um conjunto de ordens, normas e princípios evoluídos das concepções dos direitos internos, dos direitos humanos e da Economia frente à influência do cenário global decorrente da globalização, pautados pela Solidariedade sustentável, pela Justiça Ambiental e pelos próprios direitos humanos, cuja aplicação é garantida mundialmente pela organização jurídica interna dos Estados nacionais a indivíduos, empresas, Estados, organizações de Estados, ou outros grupos sociais e institucionais.<sup>71</sup>

Esta atuação do direito transnacional pode ser identificada como uma representação híbrida entre o direito doméstico e o internacional<sup>72</sup>, e, para ser compreendida, deve-se levar em consideração a existência de um processo jurídico transnacional onde “[...] os estados e agentes transnacionais privados utilizam a mistura do processo jurídico doméstico e internacional para internalizar as normas jurídicas internacionais para o direito doméstico.”<sup>73</sup>

### **3. O PROCESSO JURÍDICO TRANSNACIONAL E A COMUNICAÇÃO TRANSJUDICIAL.**

Reconhecendo que não há uma lei global, nem mesmo um sistema de reconhecimento de um direito global único, a perspectiva da análise da comunicação transjudicial e do processo jurídico transjudicial (transjudicialismo) se dará a partir das micro-relações legais existentes neste cenário transnacional que não requer a constituição de um ator único global para existir, “The micro-legal approach determines how to decide cases and allocate rights.”<sup>74</sup>.

70FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro**, p. 42.


71 GARCIA, Heloise Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei dos; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. *Governança Transnacional*, p. 20-21.

72Koh, Harold Hongju, Why Transnational Law Matters. *24 Penn St. Int'l L. Rev.* 745, 2006. Disponível em <https://elibrary.law.psu.edu/psilr/vol24/iss4/4/> Acesso em 20 set. 2020.

73Koh, Harold Hongju, Why Transnational Law Matters, p 2-3.

74FRYDMAN, Benoit, **A Pragmatic Approach to Global Law** (August 19, 2013), p. 4. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2312504> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2312504> Acesso em 20 set. 2020.





O conceito operacional do processo jurídico transnacional a ser adotado é aquele identificado em Koh<sup>75</sup>:

Transnational legal process describes the theory and practice of how public and private actors – nation-states, international organizations, multinational enterprises, non-governmental organizations, and private individuals – interact in a variety of public and private, domestic and international fora to make, interpret, enforce and ultimately, internalize rules of transnational law.

Este fenômeno é descrito a partir das interações entre atores públicos e privados, permitindo novos sujeitos atuantes em demandas que não territorializadas, porém que, da perspectiva adotada neste estudo, teriam soluções ao serem operados pelos próprios Estados-nações ou pelos tribunais internacionais ou supranacionais, numa nova forma de exercício do poder jurisdicional, operacionalizada pelo transjudicialismo.

O transjudicialismo pode ser conceituado também como uma ferramenta derivada ou em conexão com o fenômeno da transnacionalidade, promovendo “interatividade das ordens jurídicas nacional e internacional, assim como o papel dos tribunais nacionais, para efeito de fonte do direito internacional [...]”.<sup>76</sup>

E é emergência de interação entre diferentes ordens jurídicas, que servirá como base para o próximo tópico sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal relacionadas aos direitos à diversidade sexual e identidade de gênero.


A tipologia da comunicação transnacional tem como referência os estudos promovidos por Anne-Marie Slaughter<sup>77</sup> que identificou na interrelação promovida entre tribunais e cortes nacionais e supranacionais atos comunicacionais que resultavam em interações decisórias fortalecedoras do regime internacional. A forma de comunicação entre estes atores judiciais tem uma grande variação, e estas variações são analisadas com base na sua forma, função e nível de compromisso recíproco.

A análise de variação quanto à forma, leva em consideração como as cortes “conversam”, trocam informação entre si, podendo ocorrer numa configuração horizontal,

75KOH, Harold H. **Transnational Legal Process**. Faculty Scholarship Series. Paper 2096. New Haven: Yale Law School, 1996, p. 184. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2096](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2096). Acesso em: 25 ago. 2020.

76TEIXEIRA, Fabiano Bastos Garcia. O papel subsidiário do Estado na efetivação dos direitos transnacionais. *In*: GARCIA, Heloise Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 53-64, p. 60.

77SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication.



quando cortes de mesmo status (nacional ou supranacional) tomam consciência de como as cortes estão julgando mediante encontros, conferências, periódicas; a configuração vertical, tem ocorrência numa relação verticalizada entre cortes nacionais e supranacionais, com a possibilidade hierárquica desta corte superar a jurisdição daquela corte nacional; por fim, identifica-se a hipótese de uma comunicação híbrida, horizontal e vertical, que podem ser configuradas nas mais diversas formas, entre uma delas, cita-se a possibilidade de uma corte supranacional servindo de elemento aproximador entre cortes nacionais (aquela vertical, estas horizontais)<sup>78</sup>.


No que tange aos níveis de compromisso recíproco, a comunicação pode ocorrer de forma dialógica, mediante um diálogo direto, quando há interação entre as cortes; pode ocorrer no formato de um monólogo, identificado especialmente nas comunicações horizontais quando uma corte vale-se da decisão de outra corte sem que haja um diálogo, ou que a esta segunda corte tenha consciência em ser uma referência à decisão da primeira; e, há uma possibilidade de um diálogo intermediário, quando uma corte supranacional promove o agenciamento, a distribuição, de uma determinada decisão proferida por uma corte nacional, disseminando tal postura para outros espaços judiciais nacionais<sup>79</sup>.

Por último, a tipologia proposta por Anne-Marie analisa as funções que esta comunicação é operacionalizada e os alcances que ela apresenta, separando estas funções conforme a comunicação molda o sistema jurídico operacionalizado. Identificam-se funções relacionadas ao reforço e a efetividade dos tribunais supranacionais, mediante a comunicação entre cortes nacionais que reconhecem a autoridade das cortes supranacionais, e com as capacidades de disseminação, interação e interferência das ideias dos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais. Para esta segunda função, a ocorrência pode ser dar de forma mais livre e com maior dificuldade de controle e acompanhamento, que a autora denomina de “cross-fertilization”, quando “may foster the development of fledgling national legal systems through the reception of entire bodies of foreign law”<sup>80</sup> e também pode ocorrer mediante deliberação

78 SLAUGHTER, Anne-Marie. *A Typology of Transjudicial Communication*, p. 103-112.

79 SLAUGHTER, Anne-Marie. *A Typology of Transjudicial Communication*, 1994.

80 SLAUGHTER, Anne-Marie. *A Typology of Transjudicial Communication*, 1994, pp. 117-118.



coletiva, quando as cortes se encontram, e compartilham responsabilidades jurisdicionais para decidir sobre um determinado caso<sup>81</sup>.

Para afirmar-se enquanto um fenômeno transjudicial, a autora<sup>82</sup> identificou que essas comunicações alcançavam padrões comuns suficientes a ponto de generalizar as tipologias apresentadas, reconhece, também, que o fenômeno do transjudicialismo não é novidade e que evidências informais vêm demonstrando o seu desenvolvimento, apresentando as demandas desterritorializadas como causas e o fortalecimento dos tribunais supranacionais como consequência deste fenômeno transjudicial.

A análise proposta por Ane Marie<sup>83</sup> tem como base as decisões, as comunicações e os métodos de cooperação que ocorrem, em sua maioria, na União Europeia, mais especificamente em interações entre as cortes constitucionais nacionais e a Corte Europeia de Justiça, com destaque para alguns temas envolvendo as decisões pautadas na Convenção Europeia de Direitos Humanos (ECHR). Nesta perspectiva geopolítica e na ausência de reflexão crítica sobre a comunicação enquanto um diálogo, seu texto não segue sem críticas, em especial quando a interferência do transjudicialismo do norte global ocidental tem a possibilidade de manutenção da intenção universalista do ocidente.


Nunes Pereira Ruitemberg<sup>84</sup>, ao propor uma análise do transjudicialismo a partir da filosofia moral e a filosofia da linguagem adotada pelo direito internacional, utilizando-se como base a teoria da complexidade e da ironia, apresenta contrapontos àquilo que Anne Marie denominou de “comunicação” e também apresenta de forma crítica a intenção universalista do ocidente na dissimulação do pensamento e comportamento capitalista histórico. O autor reconhece que o fenômeno é representado ativamente pelo ocidente Europeu, inclusive, com negativas do Norte da América em aceitar possibilidades de comunicação, mantendo-se em protecionismo judicial, valendo-se do judicialismo como uma imposição de sua cultura.

81 SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication, 1994, pp. 114-122.

82 SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication, 1994.

83 SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication.

84RUIEMBERG, Nunes Pereira. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. **Revista de Direito Internacional** volume 9, n. 4, Número Especial: Internacionalização do Direito, 2012. ISSN 2236-997X. Disponível em <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/Ruitemberg.pdf> Acesso em 20 set. 2020.



Nada obstante, e assim segue a proposta da discussão neste artigo sobre a identificação da comunicação transjudicial em casos envolvendo orientação sexual e de gênero no Supremo Tribunal Federal, Ruitemberg<sup>85</sup> também apresenta as possibilidades do transjudicialismo em contribuir para os movimentos anti-sistêmicos ao se apresentar como um “movimento de resistência social, em prol do aprofundamento radical da diversidade e de uma cada vez mais intensa politização do mundo.”. E é nesta perspectiva, que o presente artigo reflete e analisa o fenômeno no Supremo Tribunal Federal.

## **5 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A IDENTIFICAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TRANSJUDICIAL.**

Nas decisões que ora propõe-se a analisar, verifica-se que o discurso narrativo jurídico apresentado pelos decisores, vão além da indicação de tratados sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, ou tratados aprovados no regime especial previsto no art. 5º, parágrafo terceiro da Constituição da República<sup>86</sup>. Nas fundamentações proferidas é possível identificar o uso, inclusive, de jurisprudência de cortes estrangeiras e de princípios estabelecidos em convenções internacionais sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero – como os princípios de Yogyakarta e Yogyakarta +10.


O Supremo Tribunal Federal julgou e ainda estão em pauta para julgamentos, nove ações de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)<sup>87</sup>, envolvendo leis municipais que impedem o ensino e o debate de identidade e expressão de gênero nas escolas. Partindo da hipótese de que o Supremo Tribunal Federal interpreta a Constituição da República Federativa do Brasil de maneira a superar os entraves políticos articulados para promover uma imposição hegemônica pautada em preceitos morais e religiosos e que o tema apresentado ainda não encontra uma resposta adequada pela normatividade pátria, compreende-se como um campo fértil para desenvolver o transjudicialismo.

85 RUITEMBERG, Nunes Pereira. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional, p. 196.

86 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 20 set. 2020.

87 ADPF 457;ADPF 461; ADPF 462; ADPF 465; ADPF 466; ADPF 467; ADPF 526; ADPF 578; ADPF 600.






Dentre todas as ADPFs, dar-se-á enfoque a ADPF 461, pois além de ter sido uma das primeiras a ter decisão monocrática divulgada no sítio eletrônico do STF, ela foi utilizada como referência para outras decisões e a que mais apresentou elementos de comunicação transjudicial.

No caso da ADPF 461<sup>88</sup>, que visa a inconstitucionalidade do artigo 3º, X, parte final, da Lei 3.468, de 23 de junho de 2015, do Município de Paranaguá, Estado do Paraná, ao deferir o pedido cautelar em favor da suspensão dos efeitos do artigo impugnado, o Ministro relator Roberto Barroso adentrou em questões constitucionais que a lei objeto da demanda violava, e, para fins deste trabalho, na sua abordagem transnacional, resume-se que o Ministro relator<sup>89</sup>, com base nos artigos 205 e 214 da Constituição da República Federativa do Brasil – CF/88 -, afirma que o sistema brasileiro educacional é pautado em uma proposta emancipadora, despertando e criando condições suficientes para que as pessoas possam se desenvolver de forma livre no seu pensamento e tornem-se seres humanos aptos a lidarem com as mais distintas situações da vida, enquanto ser humano, cidadão e profissional. Para fins de valorar a validade deste preceito constitucional educacional, o ministro dedicou-se a defender o direito à educação previsto na CF/88 a partir do alinhamento com normas de direito internacional, ratificadas pelo Brasil, como o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Protocolo Adicional de São Salvador à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Nesta parte de seu voto, o Ministro reconhece que os países que se valem deste tipo de educação promovem uma visão pluralista de ideias e permitem visões distintas e garante a liberdade de construção de pensamento. Estes países refletem um mundo democrático liberal, onde a proteção do indivíduo frente ao excessivo poder do Estado, em especial na tentativa de controle ideológico, sendo este o foco central, a identificação estrangeira a partir de um ideal de organização política.

88 A ADPF proposta está sendo utilizada como forma de controlar a constitucionalidade do ato emanado pelo poder municipal de Paranaguá, e esta ação tem como norma de referência preceito fundamental decorrente da Constituição e não de lei, sendo, portanto, a referência aos julgados internacionais como argumentos que valorizam e justificam o texto constitucional e a ratificação dos diplomas internacionais sobre Direitos Humanos e não, necessariamente, como a norma violada diretamente.

89 Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 461 Paraná, Relator: Min. Roberto Barroso, DJE nº 134, divulgado em 20/06/2017. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312038140&ext=.pdf> Acesso em 20 set. 2020.



Ao tratar sobre o comprometimento do papel transformador da educação, o ministro reconhece a importância das relações ocorridas nas escolas, enquanto o “O *locus* por excelência em que se constrói a sua visão de mundo”<sup>90</sup>, e, para tanto, valeu-se de uma decisão emblemática da Suprema Corte Norte Americana que reconheceu a inconstitucionalidade das segregações por raça nas escolas, o famigerado caso *Brown v. Board of Education*. Em outra passagem do voto, o Ministro também recorreu a decisão do Tribunal Constitucional Alemão para fins de apresentar ao cenário brasileiro a existência de manifestação constitucional naquele país sobre o dever do Estado em fornecer uma educação que seja compatível com a realidade contemporânea e insere nesta realidade a presença de educação sobre gênero e orientação sexual. Novamente, verifica-se uma busca pela identidade desenvolvimentista democrática alemã e o ideal que o Brasil buscaria.


Porém, neste caso da decisão alemã, o Ministro relator não apenas faz referência indireta, mas ele apresenta em sua fundamentação excerto da decisão do Tribunal Constitucional Alemão, registrada sob o código BVerfGE 47, 46<sup>91</sup>, “O comportamento sexual é uma parte do comportamento geral. Assim, não se pode proibir ao Estado que este considere a educação sexual como importante elemento da educação total de um indivíduo jovem”.

Para fins de encerrar este tema e ilustrar de forma mais abrangente, o uso destas normas, decisões e princípios internacionais, na decisão monocrática também ocorreram em outro julgado, como no caso da ADPF 467<sup>92</sup>, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes podendo-se verificar referências à Declaração Universal dos Direitos Humanos – art. i e ii; a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – art. I; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – art. 26; os Princípios de Yogyakarta – princípios 1 e 2; e, novamente, a decisão do Tribunal Constitucional Alemão, BVERFGE 47, 46, afirmando nesta decisão, que a jurisprudência de direito comparado corrobora a teses sustentadas pela Procuradoria Geral da República nas suas fundamentações propostas para embasar o pedido do reconhecimento da inconstitucionalidade dos artigos 2o, caput, e 3o, caput, da Lei 3.491, de 28 de agosto de 2015,

90 Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 461 Paraná, p. 9.

91 BVerfGE 47, 46 – Sexualkundeunterricht. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv047046.html> Acesso em 20 set. 2020.

92 Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 467 Minas Gerais, Relator: Min. Gilmar Mendes, DJE nº 229, divulgado em 21/10/2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341531511&ext=.pdf> Acesso em 20 set. 2020.



do Município de Ipatinga (MG), os quais excluem da política municipal de ensino qualquer referência à diversidade de gênero e orientação sexual.

Outras decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal merecem atenção ao uso de referências internacionais para a solução de casos, valendo-se de técnicas hermenêuticas para possibilitar a inserção e reconhecimento de direitos humanos e deveres do estado nesta proteção, o STF em duas decisões históricas promoveu a inserção do Brasil num rol de países democráticos liberais que respeitam a diversidade sexual e identidade de gênero, são elas a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 Distrito Federal – ADI 4275 - e a ADPF 132 / RJ - Rio de Janeiro e ADI 4277.

Inicialmente esclarece-se que a ADI 4275 foi analisada pela corte após o Recurso Extraordinário 670422 – Rio Grande do Sul-, que tratou de assunto muito semelhante, porém de efeitos distintos, como este RE tramitou em segredo de justiça, para valorizar o respeito a parte envolvida, optou-se em promover a discussão da ADI 4275, ainda que tenha tido decisão posterior e semelhante ao RE 670422/RS.


Na ADI 4275<sup>93</sup> o Supremo Tribunal Federal foi provocado pela Procuradoria Geral da República para conferir ao artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 interpretação conforme à Constituição Federal, reconhecendo-se aos transexuais, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização, o direito à mudança de prenome e sexo no registro civil.

Como o Ministro relator foi voto parcialmente vencido, o ministro Edson Fachin foi designado como Ministro redator do voto e o STF<sup>94</sup>, por maioria julgou a ação procedente. Na sua decisão, o eminente redator valeu-se de uma base convencional prevista nos artigos 3, 7.1, 11.2 e 18, do Pacto de São José da Costa Rica e de precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos e Opinião Consultiva 24/17<sup>95</sup> da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Identidade de Gênero e Igualdade e Não-Discriminação. Ademais, ao tratar sobre a

93 [...] julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.

94 Supremo Tribunal Federal. Ação Direta De Inconstitucionalidade 4.275, Distrito Federal, Relator : Min. Marco Aurélio, Redator do acórdão : Min. Edson Fachin Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&ext=.pdf> Acesso em 20 set. 2020.

95 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Parecer consultivo OC-24/17 de 24 de novembro de 2017 solicitado pela República da Costa Rica. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. 2017. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf) Acesso em 20 set. 2020.



dignidade da pessoa humana e a igualdade entre homem e mulher previsto no texto constitucional, o redator recorre aos compromissos políticos e jurídicos que o Estado brasileiro assumiu nas suas mais variadas obrigações internacionais na proteção aos Direitos Humanos.

Neste tópico há citação não exaustiva de ordenamentos internacionais como os artigos 2º, 1, e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, o artigo 1 do Pacto de São José da Costa Rica e a opinião consultiva da Corte Interamericana. Para que o redator possa estabelecer comunicação efetiva, ele vale-se dos princípios de Yogyakarta e do Parecer Consultivo para conceituar o que entende por identidade de gênero e como ela deve ser aplicada na interpretação constitucional, visando a proteção dos direitos humanos.

O redator em um determinado momento chega a apontar a Opinião Consultiva 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Identidade de Gênero e Igualdade e Não-Discriminação como um *precedente*. Nos termos processuais para elaboração de uma sentença previsto no Código de Processo Civil, art. 489, VI<sup>96</sup>, o precedente seria uma decisão com caráter e força jurisdicional a ponto de ser exigido uma fundamentação para deixá-lo de seguir (CPC, art. 489, VI). Não se pretende, neste tempo, discutir o uso correto ou incorreto da palavra precedente, porém há que se ter em consideração que ela foi utilizada, e não seria de forma leviana, senão para provocar, inclusive uma reflexão sobre a capacidade comunicativa transjudicial.


## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na comunicação na forma de monólogo e na função de disseminação livre de princípios ou regras individualizadas promovidas pela corte (*cross-fertilization*), verificou-se a existência de um sistema similar de comunicação nas decisões do STF, ainda que em contextos radicalmente distintos.

Importante destacar que as comunicações apreciadas tiveram ocorrência através das fronteiras nacionais, demonstrando a emergência de fontes transnacionais para as decisões e a

96 BRASIL, Lei n.º 13.105 de DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) Acesso em 20 set. 2020.





possibilidade de identificação de conjuntos similares de condutas que são promovidos nestes espaços de decisão.


O Brasil, a partir das discussões relacionadas a receptividade dos tratados internacionais sobre direitos humanos na legislação interna, ainda que um tema inerente ao tradicional Direito Internacional Público, o STF ao julgar o RE 466.343/SP<sup>97</sup>, reconheceu a existência de um Estado Constitucional cada vez mais aberto às ordens jurídicas supranacionais de Direitos Humanos, valorizando uma comunidade cooperativa na aplicação de normas que protegem os estes direitos e os direitos fundamentais.

A pauta dos Direitos Humanos vem sendo um terreno fértil para a análise da incidência do fenômeno do direito transnacional, mediante a seleção de decisões do STF sobre os direitos e deveres ao respeito à diversidade sexual e identidade de gênero no âmbito da educação, verifica-se que a corte nacional vale-se de referências diretas e indiretas de cortes supranacionais, de cortes nacionais estrangeiras, de pactos e normas internacionais ratificadas pelo Brasil e até de princípios de direito consagrados em encontros internacionais que não são reconhecidas como fontes primárias da normatividade pátria.

A emergência do direito transnacional foi identificada no STF ao valer-se de decisões de tribunais internacionais e supranacionais e princípios de direito desenvolvidos por organismos internacionais não estatais como fundamentação dos votos proferidos.

As normas infraconstitucionais, ao serem propostas em controle de constitucionalidade não dependem de sua validação perante outras normas de igual hierarquia, especialmente aquelas abaixo da hierarquia constitucional, nem de decisões de Cortes Constitucionais de outros países, desta forma pode-se perceber que o uso das referências internacionais tratam-se de possível comunicação transjudicial de forma a reforçar o alinhamento da base ideológica e valorativa do direito à educação previsto na Constituição Federal para com outras interpretações estrangeiras sobre o assunto, buscando neste momento reforçar a validade do texto constitucional. Por fim, reconheceu-se que os países indicados na decisão, são exemplos de

97Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n 466.343-1 São Paulo. Relator Ministro Cezar Peluso. Data do julgamento 03/12/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> Acesso em 20 set. 2020.



democracias que estão em um nível de desenvolvimento maior que o do Brasil, e por isso, remetem a atuações que a população brasileira poderia ter como meta.

Outra hipótese verificável que reforça o uso destas referências estrangeiras, pode-se dar pela pequena quantidade de normas presentes no sistema brasileiro codificado sobre direitos e deveres ao respeito a orientação sexual e identidade de gênero, são poucas as normas e textos que expressamente conseguem trazer ao judiciário uma fonte legislativa e direta de como proteger e resolver casos usando-se da regra legislativa, tornando a presença deste fenômeno transnacional uma realidade contemporânea.

A ocorrência a estes argumentos internacionais, que podem representar uma forma de comunicação transjudicial, não se encerram nesta análise, em estudos futuros, os quais estão em andamento, verifica-se que o poder judiciário nacional está em comunicação transnacional para exigir os deveres do Estado nacional em atuar de forma a repudiar a discriminação por questão de orientação sexual e identidade de gênero.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL, **Lei n.º 13.105** de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) Acesso em 20 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 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 20 set. 2020.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade**. 15a ed.; tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CERVANTES, H. A. **La producción jurídica de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional**. Ciudad de Mexico: 2014.

CRUZ, P.; BODNAR, Z. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, P.M.; STELZER, J. (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 58

FERRAZ JUNIOR. Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.



FRASER, Nancy. Justiça anormal. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade De São Paulo, 108, 739-768. Acesso em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/68001> Acesso em 10 ago. 2020.

FRYDMAN, Benoit, **A Pragmatic Approach to Global Law** (August 19, 2013),p. 4. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2312504> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2312504> Acesso em 20 set. 2020.

GARCIA, Heloise Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei dos; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Governança Transnacional. In: GARCIA, Heloise Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 10-28, p. 25.

JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Rio de Janeiro.Ed. Fundo de Cultura S/A.1965, p. 12.

KOH, Harold H. Transnational Legal Process. **Faculty Scholarship Series**. Paper 2096. New Haven: Yale Law School, 1996, p. 184. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2096](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2096). Acesso em: 25 ago. 2020.

Koh, Harold Hongju,Why Transnational Law Matters. 24 **Penn St. Int'l L. Rev.** 745, 2006. Disponível em <https://elibrary.law.psu.edu/psilr/vol24/iss4/4/> Acesso em 20 set. 2020.

MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças**. 3 ed. rev. e ampl. - Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2017.


PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007.

PIFFER, Carla. CRUZ, Paulo Marcio. O Direito Transnacional e a consolidação de um Pluralismo Jurídico Transnacional, In: GARCIA, Heloise Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 29-42, p. 38.

RUITEMBERG, Nunes Pereira. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. **Revista de Direito Internacional** volume 9, n. 4, 2012. ISSN 2236-997X. Disponível em <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/Ruitemberg.pdf> Acesso em 20 set. 2020.

SAEZ, Javier. CARRASCOSA, Seja. **Pelo cú: políticas anais**. Belo Horizonte, MG: Letramento, 2016.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova**, São Paulo , n. 39, p. 105-124, 1997. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451997000100007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451997000100007&lng=en&nrm=iso) Acesso em: 07 Set. 2020.



SLAUGHTER, Anne-Marie, **A Typology of Transjudicial Communication**, 29 U. Rich. L. Rev. 99 (1994). Disponível em: : <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6> Consultado em: 08 set. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 467 Minas Gerais**, Relator: Min. Gilmar Mendes, DJE nº 229, divulgado em 21/10/2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341531511&ext=.pdf> Acesso em 20 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Ação Direta De Inconstitucionalidade 4.275, Distrito Federal**, Relator : Min. Marco Aurélio, Redator do acórdão : Min. Edson Fachin Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&ext=.pdf> Acesso em 20 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 461 Paraná**, Relator: Min. Roberto Barroso, DJE nº 134, divulgado em 20/06/2017. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312038140&ext=.pdf> Acesso em 20 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário n 466.343-1 São Paulo**. Relator Ministro Cezar Peluso. Data do julgamento 03/12/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> Acesso em 20 set. 2020.

TEIXEIRA, Fabiano Bastos Garcia. O papel subsidiário do Estado na efetivação dos direitos transnacionais. In: GARCIA, Heloíse Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 53-64, p. 60.

VIEIRA, List. **Os argonautas da Cidadania: a sociedade civil na globalização**. Rio de Janeiro: Record. 2001.





# CAPÍTULO 9

## DIREITOS HUMANOS E TRABALHO ANÁLOGO ESCRAVO EM TEMPOS DE PANDEMIA: POVOS INDÍGENAS NO MATO GROSSO DO SUL

**Débora Lima Rodrigues**, Graduada em Psicologia, Centro Universitário Unigran Capital

**Débora Teixeira da Cruz**, Psicóloga, Centro Universitário Unigran Capital

**Jhonatan do Carmo Silva**, Graduando em Direito, Centro Universitário Unigran Capital

**Maucir Pauletti**, Direito, Centro Universitário Unigran Capital

**Rafael Costa Cabral**, Graduando em Direito, Centro Universitário Unigran Capital


### RESUMO

Na contemporaneidade, mesmo com o desenvolvimento tecnológico, com inovações, avanço na saúde, mão de obra industrializada, ainda existe muitos casos de abuso de poder, sem condições mínimas de trabalho que denomina os direitos do homem. O que cabe justificar a inquietação do grupo de pesquisa do Programa de Iniciação Científica do Centro Universitário Unigran Capital em Campo Grande MS, buscou analisar as implicações sociais, econômicas, trabalhistas e jurídicas da migração de mão de obra indígena do estado de Mato Grosso do Sul para Santa Catarina e Sul do país, fazendo se necessário fazer um levantamento sobre a legislação pátria na regulamentação do processo migratório indígena e do trabalho na colheita de frutas (maças). Observou-se que muitos empregadores não condicionam subsídios que garantam condições mínimas e necessárias para o trabalhador desenvolver suas atividades, nem mesmo as condições de higiene pessoal e necessidades básicas para sobrevivência. Os resultados encontrados na busca de referenciais identificaram que as condições análogas ao trabalho escravo ainda são persistente, portanto essa é uma das características deste estudo visando por meio do Ministério Público do Trabalho. Além, do se estudo pautar nas condições dos direitos humanos, direito trabalhistas e dignidade, compreende-se ainda que a sobrecarga psíquica que está levando a população indígena ao comprometimento da saúde mental exposto as condições análogas de trabalho escravo. Cabe ressaltar o conhecimento sobre os direitos humanos e as complexidades relacionadas ao direito trabalhista é de extrema relevância nas tomadas de decisões e discussões jurídicas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Trabalho, Saúde Mental, População Indígena.

### INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é uma orientação para o crescimento da sociedade com o principal objetivo que os seres humanos se tornassem iguais e livres. E pela primeira vez, os princípios fundamentais sistemáticos da conduta humana foram livremente aceitos pela maioria dos habitantes do planeta. Considera-se que todos os seres humanos nascem com direitos inalienáveis. Esses direitos buscam proporcionar uma vida digna, e cabe ao Estado proteger tais direitos. A liberdade, igualdade, tolerância, dignidade e respeito,




independentemente de raça, cor, etnia, credo religioso, inclinação política partidária ou classe social que permite ao ser humano buscar tais direitos fundamental (BOBBIO, 2004).

Para que esses princípios básicos de Direitos Humanos sejam cumpridos, os seres humanos pertencentes a uma sociedade têm que estar vigilantes, cobrando e participando ativamente da sociedade. E neste sentido que no Estado do Mato Grosso do Sul o Ministério Público do Trabalho a FUNTRAB e o Ministério do Trabalho junto a sociedade civil e Direitos Humanos vem trabalhando na busca de erradicar e minimizar o trabalho análogo a escravidão, tendo como instrumento mais importante da sociedade moderna a Declaração Universal dos Direitos Humanos promulgada em 1948. Esse documento foi o marco da nossa era, tornou-se fundamental e autêntico no paradigma para defender a: ética, a moral e os bons costumes. Mas o que constatamos na atualidade é um aumento constante da violência, corrupção e total desrespeito aos Direitos Humanos.

Nas palavras de Carvalho e Albuquerque (2015) os Direitos Humanos são um conjunto de regras pelas quais o Estado e todos os cidadãos a ele pertencentes devem respeitar e obedecer. A principal função dos Direitos humanos é a de proteger os indivíduos das injustiças, arbitrariedades, do autoritarismo e dos abusos de poder. Os Direitos Humanos são sinônimos de liberdade, ou pelo menos deveria ser.

Os Direitos humanos caracterizam a soma de valores, atos e normas que permitem a todos uma vida digna. Conjunto mínimo de direitos necessários para se oferecer aos seres humanos uma vida digna e livre. Parte de uma racionalidade de resistência, ou seja, de processos que podem consolidar os espaços de luta pela dignidade humana. São os direitos expressos nas normas jurídicas externas e internas construídas para a proteção das pessoas humanas presentes nos Tratados, nas Constituições e nas Leis em geral (MAFRA, 2015).

Neste sentido, considera-se que na atualidade etnias são pessoas que vem sendo sucateado dos seus direitos fundamentais, conforme destacado no decorrer desta leitura, haja vista que a desigualdade está relacionada aos recursos que lhes são de direito, com isso proporciona questões de injustiça com trabalhos análogos a escravos, diferença salarial, escassez de recursos provocando indiferenças, injustiças entre indivíduos e grupos de pessoas, em nível nacional e internacional. Cabe ressaltar que no cenário atual, a desigualdade é uma questão global, referenciando o meio ambiente onde se trata do local pertencente à população



indígena. É importante ressaltar que no art. Art. 149-A. do Código Penal (incluído pela Lei nº 13.344, de 2016) “Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de”: II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo tem como pena: reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. Falar de Direitos Humanos é sempre falar de pessoas, falar de Gente, falar de cidadãos e falar de trabalho escravo significa falar de algo circunstancial de subtração de direitos fundamentais deste cidadão e que é crime (art. 149 A do CP)


Para compreender a analogia do trabalho escravo atual, é necessário que se saiba de toda a história que existe por trás de uma liberdade que ainda se é tomada hoje, apesar de passados os mais de 130 anos de promulgação da Lei Áurea.

Para cientificidade o termo analogia no que tange aos direitos humanos e a atual integração da população indígena e o devido respeito que se deve às suas culturas e origens, cumpre salientar que os autores deste capítulo destacaram que o conceito de “escravidão”, tem como marco o sinônimo de uma história de dor, sofrimento e direitos que lhes são subtraídos e menosprezando os costumes, regras entre outros, neste sentido, foram criados tabus e marcas irreparáveis para a história do Direito brasileiro.

A escravidão trata-se de uma prática social em que o ser humano é submetido a outro indivíduo como um produto, do qual é lhe tirado seus direitos fundamentais do ser humano, ferindo sua honra tanto subjetiva quanto objetiva, integridade física, nome e até mesmo a vida, dos quais são imprescindíveis para o ser humano, ante os direitos humanos. Tais pessoas submetidas a atual prática são até mesmo vendidas como objeto de trabalho.

No Brasil, a escravidão se deu início quando, no século XVI os portugueses traziam colonos africanos de suas terras para servirem de mão-de-obra nos engenhos de açúcar sob condições degradantes (subumanas). Trabalhavam de maneira excessiva no sol, tinham higiene e alimentação precárias e se submetiam até mesmo à agressões verbais e físicas, além de lhe tomarem todo o direito de expressão, de ir e vir e até mesmo de expressar suas religiões e culturas.

É sabido que há mais de um século foi deliberada a liberdade da escravatura brasileira, é necessário que excluir o tabu de que a libertação de escravos foi concedida pela “bondade e generosidade” da Princesa Isabel, mas por demasiadas lutas, resistências e muitas mortes de



africanos que lutaram pela sua dignidade antes tomada. Para Carvalho e Albuquerque (2015) os Direitos Humanos são um conjunto de leis, vantagens e prerrogativas que devem ser reconhecidas como essência pura pelo ser humano priorizando uma vida digna, ou seja, não ser inferior ou superior aos outros seres humanos porque é de diferente na raça, gênero, etnia, religião.

O trabalho escravo, atualmente é submetido à uma analogia com esse passado sombrio a luz de acontecimentos que oferecem ameaça aos direitos humanos, dos quais por tanto tempo, as pessoas tiveram que lutar por suas vidas. Na contemporaneidade, foi observado que a população indígena de Mato grosso do Sul (MS) é submetida a situações degradantes de trabalho, com subtração de seus direitos fundamentais como nos tempos antigos, de forma latente, ou seja, as pessoas são ludibriadas por circunstâncias alheias às suas vontades, muitas vezes equivocadamente considerando que essa é a melhor forma para sua sobrevivência. Essas pessoas se dispõem de sua liberdade e de seus direitos a fim de uma esperança de vida melhor, porém, o que se subjagam a situações completamente antagônicas às suas expectativas de vida pessoal e familiar.

## **REFERENCIAL TEÓRICO**


### **Saúde Mental da População Indígena**

O trabalho sempre fez parte da história do ser humano, sendo essencial para sua sobrevivência, atualmente possui significados mais amplos, além da obrigatoriedade, é visto também como possível realização pessoal, social, e uma forma de manter contato interpessoal (MORIN, 2001).

A interação entre homem-trabalho não impacta somente o financeiro, mas o desenvolvimento da sua sobrevivência de forma geral, como por exemplo, a saúde física, mental, relações familiares, sociais, qualidade de vida e bem estar, afetando todos que estão a sua volta, tanto de forma positiva como de forma negativa (SILVA et.al., 2018).

Os autores supracitados afirmam que o trabalho é imprescindível para o ser humano, quando o mesmo não tem possibilidades laborais que propiciam qualidade de vida, por questões






até mesmo de sobrevivência, muitas se vulnerabilizam e aceitam se submeter a condições precárias de trabalho, prejudicando tanto sua vida pessoal, a socialização de suas relações.

Analisando a história da humanidade é possível observar que os indígenas continuamente foram vistos como mãos de obra braçal e barata no mercado de trabalho, sendo muitas vezes explorados, eles sempre estiveram empregados em cadeias produtivas da agricultura e da pecuária, o histórico mais expressivo é a utilização de mão-de-obra indígena no corte de cana e em trabalhos sazonais, entre os anos de 1980 até a presente data (PREZIA; HOORNAERT, 1989).

Com a mecanização do corte da cana houve, aos poucos, um desemprego em massa sendo que o retorno definitivo aos territórios originários, porém, sem um significado de melhorar as condições de vida, considerando que, aliado à desempregabilidade não ocorreu a demarcação e a homologação das terras indígenas originariamente lhes pertencem. Configurou-se, portanto, uma nova realidade de lhes dar não dá direitos e, por outro lado, dispondo-os ao aliciamento a novas frentes de trabalho que, nem sempre visam respeitar os direitos trabalhistas, previdenciários e de saúde.

Com a Medida Provisória de n.º 870/2019, houve uma tentativa do Presidente atual, de transferir a responsabilidade das terras indígenas para o Ministério da Agricultura, Pecuária Abastecimento (Mapa) a identificação, delimitação, reconhecimento e demarcação das Terras Indígenas, esvaziando a Fundação Nacional do Índio (Funai).

Apesar de a Constituição Federal de 1988 representar uma mudança de paradigma na forma como a sociedade enxerga a questão indígena, ao sair de um olhar colonialista e adotar uma postura de respeito à identidade cultural desses povos e ao direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, 30 anos depois eles continuam sofrendo ameaças. O Greenpeace e outras organizações que trabalham em prol dos direitos dos povos da floresta receberam a notícia com muita preocupação. É grave colocar assunto tão importante como esse nas mãos de Tereza Cristina, que deve legislar em causa própria. A nova ministra do Mapa representa os interesses do agronegócio no Mato Grosso do Sul, estado que é palco dos processos de demarcação mais complicados por conta de disputas por terra. Nas palavras de Ailton Krenak, “os povos indígenas não devem ser vistos como uma ameaça ao desenvolvimento”. Ao contrário, as Terras Indígenas cumprem papel essencial de preservação da biodiversidade, rios, nascentes e solo, dada a convivência harmoniosa entre os povos e a floresta. Com a floresta desmatada, não há como produzir alimentos, por exemplo. “Essa transferência de responsabilidade para o Mapa mostra um perigoso conflito de interesses, pois a bancada ruralista não está preocupada em assegurar a existência de áreas protegidas, como Terras Indígenas e Unidades de Conservação. Mas isso é um tiro no pé, pois o agronegócio perde competitividade econômica se não proteger a floresta”, diz Danicley Aguiar, da campanha de Amazônia do Greenpeace (BRASIL, Lei n.º 870/2019)



Contudo e diante da reação social e da manifestação do MPT isso não se configurou, mas foi de mais uma tentativa de subtração de direitos ou de flexibilização. A partir dessa realidade, observou-se que no estado de MS, os trabalhadores indígenas passaram a ser recrutados pela cadeia produtiva da maçã no sul do Brasil (as primeiras turmas iniciaram estas atividades no ano de 2000 em circunstâncias precárias). Por ser esta uma atividade sazonal, safrista e bom não perder de vista o processo de aliciamento e da má fé no procedimento de contratação e recrutamento deste contingente de trabalhadores, sendo facilmente ludibriados pelos agenciadores (BRASIL, 2021).

Esse trabalho, oferecido aos indígenas e que não observa o regramento pátrio no meio rural, tem grande possibilidade de se enquadrar em condições análogas à de escravidão, visto que eles são privados de exercer direitos básicos, como água potável, alimentação, higiene e exercício de um trabalho digno, além disso, são submetidos a trabalhos forçados, jornadas exaustivas e condições degradantes de trabalho ou servidões por dívida segundo o Ministério Público do Trabalho de Mato Grosso do Sul (2021).


Quanto ao âmbito social, incluindo o trabalho, afeta diretamente a saúde física e mental das pessoas. A Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1946, definiu saúde não apenas como a ausência de doença ou enfermidade, mas como um estado de completo bem-estar físico, mental e social (SEGRE; FERRAZ, 1997).

Levando em consideração esse conceito, que é vigente até os dias atuais, os indígenas sul-mato-grossenses que vão trabalhar nas colheitas de maçã no sul do Brasil, em especial nos Estados do Rio Grande do Sul e Santa Catarina, estão sendo privados desse bem estar social devido ao trabalho análogo escravo, ou seja, sua saúde também está em hesitação.

É válido ressaltar que a saúde é um direito do cidadão, assegurada pela Constituição Federal de 1988 no 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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nos dias atuais, ou seja, desde março de 2020 a população brasileira, assim como a nível planetário, perpassa por uma pandemia do novo coronavírus (COVID-19) que tem sido a maior problemática mundial na área da saúde, muitos são os impactos em todos os âmbitos: social,



econômico, cultural, político, familiar, saúde pública, educação, saúde mental, e entre outros Melo (2020).

Segundo, a Agência Brasil (2020) A população desempregada no Brasil, que era de 10,1 milhões em maio de 2020, passou para 12,3 milhões em julho de 2020, e, em agosto de 2020, atingiu 12,9 milhões de pessoas, um aumento de 27,6% em quatro meses de pandemia, tornando a questão econômica e financeira uma preocupação grave da população, além do medo frente à doença recente.


O cenário abrange muitas mazelas: altas taxas de mortes e de desemprego, a instabilidade na sociedade, crise política e na saúde pública, entre outros, por isso é necessária uma atenção especial às demandas psicológicas que podem emergir em decorrência do momento.

Segundo Schmidt *et al.* (2020) e Wang et al. (2020) os estudos populacionais sobre impactos na saúde mental diante da pandemia do novo coronavírus até o momento correspondente a população geral na China, com 1.210 participantes em 194 cidades, foi encontrado sintomas de moderados a graves de: ansiedade, depressão e estresse, em 28,8%, 16,5% e 8,1% dos respondentes.

A COVID-19 é uma doença causada pelo coronavírus, denominado SARS-CoV-2, que apresenta um espectro clínico variando de infecções assintomáticas a quadros graves. De acordo com a Organização Mundial de Saúde, a maioria (cerca de 80%) dos pacientes com COVID-19 podem ser assintomáticos ou oligossintomáticos (poucos sintomas), e aproximadamente 20% dos casos detectados requer atendimento hospitalar por apresentarem dificuldade respiratória, dos quais aproximadamente 5% podem necessitar de suporte ventilatório (Ministério da Saúde 2021).

Além dessas patologias, existe a probabilidade de desenvolver transtornos ou disfunções psicológicas. Entretanto, neste estudo o foco está relacionado na depressão e ansiedade, que são os mais comuns e alarmantes, ambas são classificadas como patológicas dentro da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID-10) e pelo O Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-V).

Segundo Dalgarrondo (2008) A depressão geralmente tem como características: Diminuição da capacidade de pensar, de se concentrar ou de tomar decisões. Humor depressivo. Redução da capacidade de experimentar prazer na maior parte das atividades, antes consideradas como agradáveis. Fadiga ou sensação de perda de energia. Alterações do sono e



no apetite. Retraimento social. Crises de choro. Comportamentos suicidas. Retardo psicomotor e lentificação generalizada, ou agitação psicomotora entre outros.

Para Castillo et. al. (2000) a ansiedade, é um sentimento desagradável de medo, apreensão, caracterizado por tensão ou desconforto derivado de antecipação de perigo, de algo desconhecido ou estranho. Apesar de ser um sentimento que todos vivenciam, ele começa a ser patológica quando são vivenciados de forma exacerbada, desproporcionais em relação ao estímulo e que interferem na qualidade de vida, o conforto emocional ou o desempenho diário do indivíduo.

Neste sentido, o foco deste estudo está relacionado aos trabalhadores indígenas que estão em condições de vulnerabilidade social, é importante ressaltar que no momento de crise devido a pandemia, e na maioria dos casos, a população indígena fica em situação de medo, ansiedade, estresse e até depressão quando pensam no desemprego cada vez agravante no seio familiar que depende desse homem para se alimentar, e que pode correr risco de vida devido a condição mundial de saúde instável, sendo facilmente enganados pelos chefes, que estão focados na lucratividade a todo custo, colocando esses indivíduos em condições precárias de trabalho (SILVA et.al., 2018).


Esses indígenas podem preferir manter o trabalho a ter seu direito de uma empregabilidade correta, pois assim, consegue mesmo que momentânea, falsa e erroneamente controlar as condições financeiras de sua família, que também estão em condições de vulnerabilidade social nas aldeias (MELO 2020).

Além disso, as psicopatologias como depressão e ansiedade, estão crescendo em uma escala desenfreada devido à situação atual, haja vista que toda essa problemáticas pode interferir na forma de lidar com as próprias angústias e conflitos internos, se tornando mais indefesos e fáceis de serem enganados, por isso é de extrema necessidade cuidar da saúde mental dessa população e de seus familiares (CHAMORRO; COMBES, 2019).

## **METODOLOGIA**

Este estudo está em andamento no Programa de Iniciação Científica (PIBIC) do Centro Universitário Unigran Capital trabalho de pesquisa no período de junho de 2020 a julho de 2021





te tem como base as fontes bibliográficas específicas deste assunto, estudos antropológicos, relatórios de viagens e inspeções da plataforma e dos arquivos da Funtrab, Ministério Público do Trabalho e da Comissão permanente / COETRAE – MS, Secretaria do Meio Ambiente e Desenvolvimento Econômico e Ministério da Saúde bem como os processos judiciais que resultaram destas investigações sobre o trabalho escravo.

## **RESULTADOS E DISCUSSÃO**


### **O trabalho da População Indígena na Colheita de Maçãs**

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e a Fundação João Pinheiro em 2017, revelou que houve melhoria no que se refere a longevidade da população do estado de Mato Grosso do Sul, no nível de estudo e de remuneração. Mato Grosso do Sul foi enquadrado entre as unidades da federação com melhor resultado no indicador, na faixa de 0,833. Destaca-se que, no estado, está concentrada a segunda maior população indígena do País, com 78.265 pessoas, distribuídas em onze etnias segundo Chamorro e Combes (2019, p.3). Os povos indígenas atualmente assentados em Mato Grosso do Sul são onze:

Terena e Kinikinau, ambos da família linguística arawak; Kaiowá e Guarani, da família linguística tupi-guarani; Kadiwéu, de língua guaikurú; Ofaié (também conhecidos como Ofaié-Xavante) e Guató, do tronco macro-jê; Chamacoco e Ayoreo de língua zamuco; Atikum e Camba, cada um com uma língua original isolada, que hoje não falam mais. Porém, nem sempre foi assim: vários desses povos chegaram de regiões vizinhas como o Gran Chaco (Terena, Kinikinau, Kadiwéu, Chamacoco) ou de mais longe, como os Atikum, que vieram do Nordeste. Outros viviam nesse território no passado e hoje moram em outros Estados do Brasil, como os Bororo; e outros, ainda, desapareceram (Xaray, “Orejones”). E todos são, finalmente, produto da mestiçagem, biológica ou cultural, entre diferentes grupos indígenas e com a sociedade envolvente, produtos da história (CHAMORRO E COMBES, 2019, p.3).

Apenas uma aldeia, em Dourados, concentra 28% dos índios no Estado, com uma população média de 11.146 (IBGE, 2015). Dos 79 municípios existentes em Mato Grosso do Sul, 29 deles possuem aldeias ou terras indígenas demarcadas.

A colheita de maçã que é feita no estado do Rio Grande do Sul e Santa Catarina, traz a possibilidade de geração de emprego para a população indígena que reside no estado do Mato Grosso do Sul, dando assim uma perspectiva de renda para as famílias, pois de acordo com a



proposta que é feita aos trabalhadores, as empresas oferecem salário-base, somando a possibilidade de ganho por produção, com valores que podem chegar perto de três mil reais, somando a isso o direito ao transporte, alojamento, alimentação e cesta básica. É importante destacar que contrato de trabalho é temporário, com duração em média 40 a 50 dias.


Essa é uma ação coletiva que se iniciou no ano de 2015, realizada em parceria com Fundação do Trabalho de Mato Grosso do Sul (FUNTRAB), com o Ministério Público do Trabalho (MPT), e entidade civil e o Ministério do Trabalho (MT). Nos anos de 2019 e 2020 foram contatados 5.163 trabalhadores indígenas. A previsão para a contratação o ano de 2021 será de 5 mil trabalhadores a ser contratados, essa projeção foi destacada pelos principais produtores do sul do país (MELO, 2020).

Em tempos de Pandemia conforme destacou o diretor-presidente da Funtrab, Marcos Derzi, apud Melo (2020) “precisamos executar nossas ações com precauções e medidas de biossegurança, conforme orientação da vigilância sanitária do MS”, dessa forma considera-se que as condições difíceis e as situações de enfrentamento a saída para a busca do sustento é a forma que as famílias indígenas conseguem seu sustento, cabe ressaltar, que alto índice das famílias perdeu a fonte de renda, e este tipo de trabalho pode ser visto com facilidade a troca dos direitos fundamentais por uma oportunidade para manutenção dos filhos, esposas ou entes queridos.

De acordo com um levantamento feito pelo Ministério Público do Trabalho em Mato Grosso do Sul, nas áreas rurais, no ano de 2020 houve um aumento de 46% em relação ao ano anterior, de trabalhadores em condições análogas do trabalho escravizado. Esse aumento se deu por conta da pandemia do novo coronavírus, que levou os trabalhadores a se submeterem a condições que violam a dignidade da pessoa humana, e os direitos trabalhistas.

No dia 19 de dezembro de 1973 foi estabelecida a Lei nº 6.001, que dispõem sobre o estatuto do índio, e em seu artigo 14, caput, declara que “não haverá discriminação entre trabalhadores indígenas e os demais trabalhadores, aplicando-se lhes todos os direitos e garantias das leis trabalhistas e de previdência social”.

Referente à lei e artigo supracitado, entende-se que o índio precisa ser tratado como igual, mas existe uma percepção que seus direitos trabalhistas estão sendo violados dentro das



prerrogativas que tratam as leis, neste sentido, conforme foi destacado todas as medidas legais cabíveis precisam ser aplicadas.


O artigo 149, do Código Penal, garante a reclusão, de dois a oitos anos, e multa, para quem submeter alguém à condições de trabalho análogo à de escravo, e ainda no artigo 149, §2º, II, declara um agravante, sendo aumentada de metade, se caso for comprovado que foi por motivo de preconceito de raça, etnia, religião ou origem.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo é fruto de um trabalho de PIBIC (2020 a 2021) sob a orientação do Prof Dr Maucir Pauletti Coordenador Adjunto do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital. Foi pautado no objetivo de analisar as implicações sociais, econômicas, trabalhistas e jurídicas da migração de mão de obra indígena do estado de Mato Grosso do Sul para Santa Catarina e Sul do país, fazendo se necessário fazer um levantamento sobre a legislação pátria na regulamentação do processo migratório indígena e do trabalho na colheita de frutas (maças).

O Trabalho é uma condição necessária e concomitante do aspecto biopsicossocial do homem, do qual deriva, uma vez que é algo que se consome no próprio metabolismo, individual ou coletivo. Haja vista que o trabalho é algo inerente a sobrevivência do ser humano, porém, deve ser em condições de positividade, prazeroso e contributivo.

A compreensão do que estamos classificando de trabalho análogo tem a ver, inicialmente com o que antes se denominava de trabalho em condições de escravidão e uma subtração dos direitos, evidenciado na forma de superexploração do trabalho. Esse fator caracteriza que a tomada de decisão do Ministério Público do Trabalho, sociedade civil e Direitos Humanos é acompanhar de perto a situação de risco na qual a população indígena do Mato Grosso do sul são subordinados na colheita das maçãs do sul do país. Nessas situações, o trabalhador não reúne as mínimas condições necessárias para garantir os direitos do homem, ou seja, o que não é prestado em condições que se denomina trabalho decente, mas muitas vezes esbarramos nas condições análogas do trabalho de forma indigna, quando se trata dos direitos e a dignidade da população indígena e infelizmente, esta ainda é uma realidade que pode ser encontrada em atividades sazonais e ou em propriedades onde os contratantes não nutrem qualquer sentimento de dignidade para com o outro, principalmente se este for indígena



Observou-se que a Fundação do Trabalho de MS (Funtrab) e demais entidades que compõem a Comissão estadual de Erradicação do trabalho escravo em Mato Grosso do Sul – COETRAE – MS, buscam resguardar de várias maneiras os trabalhadores no Estado, e dentre as diversas ações das políticas públicas do trabalho está o combate ao trabalho análogo à escravidão. Para tanto, em 18 de setembro de 2019 criou-se a referida Comissão (Estadual para Erradicação do Trabalho Escravo (COETRAE/MS)) e agora, também passou a fazer parte da Comissão Nacional de Combate ao Trabalho Escravo (CONATRAE).

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto, 1909- **A era dos direitos** / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão.

CASTILLO, Ana Regina GL; RECONDOB, Rogéria; Asbahrc, Fernando; Manfrod, Gisele G *et al.* Transtornos de ansiedade. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, [S.L.], v. 22, n. 2, p. 20-23, dez. 2000. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s1516-44462000000600006> Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sc> . Acesso em: 26 jan. 2021.

**BRASIL** MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO EM MATO GROSSO DO SUL: **PRT 24ª Região**. Mato Grosso do Sul, 19 jan. 2021. Disponível em: [www.prt24.mpt.mp.br](http://www.prt24.mpt.mp.br) . Acesso em: 26 jan. 2021.


**BRASIL, AGÊNCIA BRASIL**. Rio de Janeiro, 23 set. 2020. Disponível em: [https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-09/desemprego-subiu-276-em-quatro-meses-de-pandemia-20\(IBGE\)](https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-09/desemprego-subiu-276-em-quatro-meses-de-pandemia-20(IBGE)). Acesso em: 26 jan. 2021.

**BRASIL**, Ministério Público do Trabalho em Mato Grosso do Sul. **EM 2020, 63 trabalhadores foram resgatados em condições análogas à de escravidão em MS**. Disponível em: <http://www.prt24.mpt.mp.br/2-uncategorised/1290-em-2020-63-trabalhadores-foram-resgatados-em-condicoes-analogas-a-de-escravidao>. Acesso em: 25 jan. 2021.

**BRASIL, CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO**. Brasília: Cimi, 04 jan. 2021. Disponível em: <https://cimi.org.br/2021/01/indigenas-extenuante-trabalho-colheita-macas-sul-brasil/>. Acesso em: 26 jan. 2021.

**BRASIL. CÓDIGO PENAL**. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. 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: 25 de jan. 2021.





BRASIL. **ESTATUTO DO ÍNDIO**. LEI Nº 6.001, 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: 25 de jan. 2021.

BRASIL, Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo: Disponível em [www.direitoshumanos.usp.br](http://www.direitoshumanos.usp.br)

BRASIL, Lei Imperial n. 3.353, de 13 de maio de 1888 | Lei Áurea. Rio de Janeiro : Paço do Senado. Data de publicação : 13/05/1888. **Escravidão, Brasil** | Lei Áurea (1888), Brasil. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/385454> Acesso em 30 de janeiro de 2021.

BRASIL, Greenpeace Brasil, Sinal de alerta para os povos da floresta, 07 de janeiro de 2019. Disponível em <https://www.greenpeace.org/brasil/blog/v> Acesso em 27 de janeiro de 2021. Disponível ao vídeo: <https://youtu.be/RVtVVJNF0mk>

BRASIL, Folha informativa COVID-19 - Escritório das OPAS e da OMS no Brasil. Disponível em <https://www.paho.org/pt/covid19> Acesso em 29 de Janeiro de 2021.

BRASIL, Lei Imperial n. 3.353, de 13 de maio de 1888 | Lei Áurea Rio de Janeiro: Paço do Senado 13 de maio de 1888 Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/385454> Acesso em 29 de janeiro de 2021.

BRASIL, Ministério da Saúde, Coronavírus. Disponível em <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>. Acesso 29 de janeiro de 2021.

BRASIL, Secretaria do Meio Ambiente e Desenvolvimento Econômico (SEMEDE). Campo Grande: Governo do Estado de Mato Grosso do Sul. 2015.

CARVALHO, Regina Ribeiro Parizi; ALBUQUERQUE, Aline. **Desigualdade, bioética e Direitos Humanos**. Rev. bioética. (Impr.). 2015; 23 (2): 227-37 <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422015232061> Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script> Acesso em 29 de janeiro de 2021.

CHAMORRO Graciela; COMBÈS, Isabelle. Povos Indígenas em Mato Grosso do Sul: História, Culturas E Transformações Sociais. CAMINHOS | **Revista do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências da Religião da Pontifícia Universidade Católica de Goiás** | e-ISSN 1983-778X Goiânia, v. 17, n. 1, p. 397-403, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://seer.pucgoias.edu.br/index.php/caminhos/article/view/7165/3995> Acesso em 29 de janeiro de 2021.

DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**. 2ª edição. Porto Alegre: Artmed. (2008).

GONÇALVES, Ismaela Freire. O TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS A DE ESCRAVO CONTEMPORÂNEO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA



HUMANA. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65768/trabalho-em-condicoes-analogas-a-de-escravo-contemporaneo/2> . Acesso em: 25 jan. 2021.

PORTO, José Alberto del. Conceito e diagnóstico. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, [S.L.], v. 21, n. 1, p. 06-11, maio 1999. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s1516-44461999000500003> . Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-44461999000500003](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44461999000500003) . Acesso em: 26 jan. 2021.

MAFRA, Homero A OAB sempre dirá não aos desmandos dos governantes e às ofensas ao exercício da advocacia. Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) Espírito Santo 29 de Setembro de 2015. Disponível em: <https://www.oabes.org.br/noticias/homero-mafra-> Acesso em 29 de janeiro de 2021.

MORIN, Estelle Os sentidos do trabalho. **Revista de Administração de Empresas**, [S.L.], v. 41, n. 3, p. 08-19, set. 2001. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0034-75902001000300002> . Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-7> . Acesso em: 26 jan. 2021.

MELO, Magna. EMPRESAS DE SC E RS CONTRATAM 5 MIL INDÍGENAS DO ESTADO PARA A COLHEITA DA MAÇÃ. Portal do Governo de Mato Grosso do Sul. 2020. Disponível em: <http://www.ms.gov.br/empresas-de-sc-e-rs-contratam-5-mil-indigenas-do-estado-para-a-colheita-da-maca> Acesso em: 25 jan. 2021.

PREZIA, Benedito; HOORNAERT, Eduardo. **Esta terra tinha dono**. São Paulo: Ftd Educação, 1989. 23 v. São Paulo: Ftd Educação, 1989. 23 v.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, São Paulo, v. 31, n. 5, p. 20-21, 10 set. 1997. Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/rsp/1997.v31n5/538-542/pt/> . Acesso em: 26 jan. 2021.

SCHMIDT, Beatriz *et al.* Impactos na Saúde Mental e Intervenções Psicológicas Diante da Pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19). **Revista Estudos de Psicologia**, Campinas, v. 5, n. 8, p. 01-26, 20 abr. 2020.

SILVA, Cassia Regina da; SILVA, Milton Pinheiro; CRUZ, Débora Teixeira da. **O olhar da Psicodinâmica do Trabalho, enfatizando a Síndrome de Burnout na Enfermagem**. Débora Teixeira da CRUZ (Organizadora),. Desafios contemporâneos e as questões biopsicossociais. São Paulo: All Print, 2018.



# CAPÍTULO 10

## EUTANÁSIA: BIOÉTICA VERSUS ASPECTOS JURÍDICOS

Débora Teixeira da Cruz, Psicóloga, Centro Universitário Unigran Capital  
Kéren Hapuk Teixeira Dantas, Bacharel em Direito pela Faculdade Pitágoras de Teixeira de Freitas, BA

### RESUMO

O presente artigo buscou de maneira sucinta esclarecer pontos estratégicos a respeito da eutanásia e suas ramificações, possibilitando ao leitor uma reflexão do instituto, pois, de fato a eutanásia é uma temática delicada tanto no Brasil quanto a nível mundial. É sabido que existem controvérsias, pois, a autonomia da vontade está sempre em colisão com o ponto de vista clínico, ético, religioso e legal. O artigo, buscou de forma objetiva desvendar desde a origem do termo eutanásia, até seu real significado, passando pelo ordenamento jurídico brasileiro, e pela ótica da bioética, ressaltando os principais argumentos tais como: qual o limite entre a vida e a morte, qual a responsabilidade civil e penal de um sujeito que tomado por violenta paixão abrevia uma vida miserável e dolorosa; se a República Federativa do Brasil está preparada para tal legalização, e diante do ponto de vista religioso, o sopro da vida é dado e retirado por Deus, deve o homem interferir abreviando o que seria uma decisão divina? Eis alguns tópicos a serem refletidos. Dito isto, reafirma-se como supracitado que o artigo teve por objetivo principal a abordagem dos aspectos históricos e conceituais, promovendo uma discussão jurídica, ética e legal da eutanásia, por meio de pesquisa bibliográfica. Por fim, considera-se que após a leitura desse material o leitor poderá tomar decisões assertivas, buscando sempre maiores benefícios que malefícios conforme as discussões procedentes da Bioética.


**PALAVRAS-CHAVE:** Autonomia, Dignidade Humana, Morte, Vida, Eutanásia.

### INTRODUÇÃO

‘Cada vez que respiramos, afastamos a morte que nos ameaça. (...) no final, ela vence, pois, desde o nascimento esse é o nosso destino e ela brinca um pouco com sua presa antes de comê-la. Mas continuamos vivendo com grande interesse e inquietação pelo maior tempo possível, da mesma forma que soprados uma bolha de sabão até ficar bem grande, embora tenhamos absoluta certeza de que vai estourar’. **Arthur Schopenhauer**

A Bioética é uma ferramenta importantíssima para todos, pois é através da bioética que se discute as manipulações diretas ou indiretas sobre a vida. Lembro que quando falamos de vida, estou falando de todo tipo de vida: animal, vegetal, humano.

A criação do termo bioética surgiu quando Van Rensselaer Potter publicou um artigo na década de setenta, caracterizando-a como a ciência da sobrevivência (GOLDIM, 2006). Na



primeira fase, Potter (1971) qualificou a Bioética no sentido de estabelecer uma interface entre as ciências e as humanidades que garantiria a possibilidade do futuro. Potter enfatizou a característica interdisciplinar e abrangente da Bioética, denominando-a de global.

O seu objetivo era restabelecer o foco original da Bioética, incluindo, mas não restringindo, as discussões e reflexões nas questões da medicina e da saúde, ampliando aos novos desafios ambientais. A Bioética profunda é “a nova ciência ética”, que combina humildade, responsabilidade, competência interdisciplinar, intercultural, que potencializa o senso de humanidade (FERREIRA; CRUZ, 2018).


A Bioética nasceu provocando a inclusão das plantas e dos animais na reflexão ética, já realizada para os seres humanos. Posteriormente, foi proposta a inclusão do solo e dos diferentes elementos da natureza, ampliando ainda mais a discussão. A visão integradora do ser humano com a natureza e a perspectiva mais recente. Assim, a Bioética não pode ser abordada de forma restrita ou simplificada. Falar de Bioética na contemporaneidade, é destacar o direito à vida, ou seja, sua utilização contempla o biodireito que trata de temas polêmicos: aborto, eutanásia, pena de morte... A pessoa precisa se “despir” de todos os achismos, haja vista que “*devemos produzir e não simplesmente reproduzir*” Grifo nosso.

Cabe ressaltar, que o conhecimento profundo se origina a partir da busca constante e do interesse de cada um em defender, proteger e guardar a vida. Não há explicação ou justificativa para não a defender.

A Bioética é uma ponte entre o que é permitido do que não é permitido. Nesse novo assunto, perceberá que a Bioética é uma ciência profunda em saberes. Para entendermos a Bioética é necessária uma reflexão e discussão sobre os principais acontecimentos, não existe uma receita pronta, neste sentido é importante discutir os acontecimentos passados para experiências do presente e futuro da humanidade como, por exemplo, eutanásia, aborto, pena de morte, direitos humanos.

Observa-se, que Bioética é comparada a uma ponte com a intenção de unir ciência e filosofia para promover a sobrevivência. A sua evolução tornou global, tendo em vista a necessidade de fusão da ética biomédica com a ecologia, numa escala mais ampla, com a mesma finalidade, promovendo discussão das questões de saúde pública e dos direitos da pessoa






humana a nível mundial. A missão continua sendo o desenvolvimento da ética para a sobrevivência humana sustentável em longo prazo.

São vários questionamentos que se deve fazer para construir com segurança sem potencializar prejuízo para a sociedade ou a pessoa. Esses questionamentos são feitos através do acompanhamento das problemáticas sociais, tal como com os avanços da biotecnologia. A ciência tende a evidenciar todas as possibilidades de descobertas e tornou-se inquestionável o valor da evolução tecnológica, porém, nos dias atuais em meio a pandemia que a população está enfrentando, se pergunta: tudo o que posso fazer eu devo fazer? A tese era de que havia sinais de que a sobrevivência de grande alcance da espécie humana, em uma civilização sustentável, requer o desenvolvimento, compromisso, responsabilidade e manutenção de um sistema ético. Enquanto a ética se dedica ao estudo do comportamento na busca de uma melhor forma de agir. A tomada de decisão deve equacionar questionamentos, como por exemplo, será que devo fazer isso ou aquilo, as escolhas não devem ser baseadas apenas em minhas experiências de vida, evitando consequências de maior gravidade, por que o agir ético vai além de um agir intuitivo ou baseado em experiências próprias da vida pessoal, então é preciso refletir as experiências vividas, costumes e tradições sociais, a ética propõe que nossas ações sejam guiadas por princípios e, principalmente, por uma reflexão contínua (VÁSQUEZ, 2010).

O termo agir corresponde a ação de caráter ético e moral juridicamente correto, para isso deve ser baseado nas condutas. Refletir é repensar nossa própria maneira de ser, bem como nas situações da vida de forma globalizada, tentando entender as causas que as influenciam e suas consequências. Somente a partir de um entendimento mais amplo sobre as situações é que podemos julgar, tomar decisões e agir. Isso é agir criticamente, o que exprime verdadeiramente uma ação consciente (CUNHA, 2012).

É, portanto, desenvolver nossa capacidade de pensar, analisar os fatos da vida, e considerar a pessoa como ser humano e não apenas objeto de uma história construída. Lembre-se todas as escolhas tem consequências, devido a reprodução ou construção de novos valores.

Código Civil vigente, em seu artigo 2º, destaca que a personalidade civil da pessoa humana tem início pelo nascimento com vida; ou seja, pode-se estender a ideia de que legislação entende que a vida, unida ao conceito de personalidade, inicia é concebida após o nascimento. Embora a lei, descreve os direitos do nascituro, ou seja, o que não é considerado dotado de



personalidade civil. Enquanto o art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça. “Asúa distingue a eutanásia médica da prática do homicídio por piedade, esta última exercida por familiares ou amigos desinteressados. Este instituto se enquadra dentro do direito brasileiro como homicídio privilegiado, conforme disposto no art. 121, § 1º do Código Penal.

Ferreira e Cruz (2018, p. 25) destacam que a pessoa.

Deve ter autonomia sobre seu corpo e o direito de escolher o que mais lhe convém, de acordo com as suas necessidades. O paciente deve ser respeitado sempre; a equipe deve acatar suas decisões e seus anseios, pois se trata de um ser humano livre, dotado de sentimentos, que deve ser ouvido como participante ativo de seu tratamento (FERREIRA; CRUZ 2018, p. 25)


Para os autores o ser humano adoecido e fragilizado não tem conhecimento de sua finitude e, no momento em que adocece, perde sua dimensão do real, fantasia, cria resistência, o ego tenta protegê-lo através dos mecanismos de defesa e, conseqüentemente, toda essa carga psíquica que ele demanda se torna insuportável, causando medo, angústias, sofrimento e incertezas acerca de seu futuro.

## REFERENCIAL TEÓRICO

### Aspecto Histórico da Eutanásia

O termo eutanásia, adverso do que se pensa, trata-se uma prática arcaica, tendo sido realizada desde a antiguidade. Não por determinação legal ou transgressão, mas devido aos costumes e crenças. Na Grécia Antiga, filhos tinham permissão para extinguir a vida dos pais idosos, e crianças com anomalias ou má formação eram sacrificadas logo após o nascimento. Em Atenas, o Senado possuía a faculdade de decidir sobre a morte dos idosos e incuráveis por meio do envenenamento, justificando tais atos como sendo pessoas que não contribuíam para a economia e desenvolvimento do Estado, não passando de um estorvo, despesa desnecessária para o governo (MAGALHÃES, 2014).

Acontece que com o decurso do tempo, realiza-se o mesmo ato, mas com a ascensão, este acaba por receber nomenclatura distinta. A eutanásia consiste em evidência fiel, pois, já era executada pelos povos primitivos, porém, conhecida como “sacrifício” que eram praticados em função de crenças religiosas, a exemplo do povo Batak, da Sumatra Setentrional, na



Indonésia, na qual os anciãos permitiam-se cair de uma árvore assim como um fruto maduro, deixando antecipadamente um convite aos filhos e familiares para que juntos o matassem e comessem sua carne (SGRECCIA, 2002).

Repetidamente, o mesmo ato foi agraciado com outra terminologia, sendo agora intitulado como “Morte Utilitária”, fervorosamente defendida por Platão, que sustentava a tese da prática nos recém-nascidos com má-formação ou anomalia, e no caso dos adultos, e os que estivessem gravemente feridos em lamentável estágio de doença terminal. No mesmo sentido, Aristóteles, mantinha seu apoio, limitando a prática somente no caso dos recém-nascidos disforme, reiterando ser de suma importância que o Estado não tivesse seu crescimento e desenvolvimento postergado por ter que carregar o peso de seres inúteis (VIANA, 2018).


Em conformidade com a Bíblia Sagrada, no Antigo Testamento, rigorosamente narrado no Segundo Livro de Samuel, em seu capítulo primeiro, relata-se o desfecho dos últimos dias em vida do Rei Saul, que ferido em batalha, para não cair nas mãos dos Filisteus, lançou-se sobre a própria espada com intuito de pôr fim à sua vida, porém, ainda assim continuou a agonizar, até que suplicou a um amalequita (BÍBLIA, 2011, p 330) que terminasse de tirar-lhe a vida e acabasse com seu sofrimento:

[...] cheguei por acaso à montanha de Gilboa, e eis que Saul estava encostado sobre a sua lança, e eis que os carros e capitães de cavalaria apertavam com ele. E, olhando ele para trás de si viu-me a mim, e chamou me ; e eu disse: Eis-me aqui. E ele me disse: Quem és tu? E eu lhe disse: Sou amalequita. Então ele me disse: Peço-te, arremessa-te sobre mim, e mata-me, porque angústias me tem cercado, pois toda a minha vida está ainda em mim. Arremessei-me, pois, sobre ele, e o matei, porque bem sabia eu que não viveria depois da sua queda [...] (BÍBLIA, 2011, p 330)

Este foi um dos primeiros casos de suicídio assistido seguido da prática da eutanásia.

Outro fato histórico aconteceu na Grécia, o imperador César Augusto, aos 75 anos teve sua morte descrita como uma partida suave. Suetônio, historiador romano, ao descrevê-la foi além ao completar que a morte tranquila e suave do imperador, tinha ocorrido conforme este sempre o desejara, sem dor. Marcando assim, no II século a primeira vez em que a palavra eutanásia foi empregada.

Decorrido alguns séculos, precisamente em 1516, por meio da obra “Utopia”, Thomas More opinou que "Se a doença é incurável e faz-se acompanhar de dores agudas e contínuas angústias, os sacerdotes e magistrados devem ser os primeiros a exortar os infelizes a decidirem a morrer. Então, devem fazer com que vejam que, não tendo mais utilidade neste mundo, não



têm razão para prolongar uma vida que corre por sua conta e os torna insuportáveis para os outros"(LEPARGNEUR). Morte tranquila e indolor é o que desejamos para nós e para os nossos (KEOWN,2018).

Comprovadamente, o termo eutanásia teve alteração em sentido estrito mediante o contexto histórico da época no qual foi abordado e a transformação cultural, até chegar no sentido e significado pelo qual é conhecido na atualidade como sendo um tratamento adequado para doenças incuráveis, uma boa morte.


Em 1605, após ser utilizada pelo filósofo e cientista inglês Francis Bacon, a eutanásia foi agraciada com outra conotação, semelhante a descrição supracitada por Suetônio, no contexto de saúde (VANDERPOOL,2004). Este aprovava a prática da eutanásia e ainda afirmava que era esse o tratamento adequado para doenças incuráveis, que deveriam os debilitados receber o auxílio de médicos, quando vissem esgotado os recursos e tratamentos para alcançar a cura. Assim, a eutanásia, passou a ser conhecida como nada mais do que uma interferência na vida, um ato que provoca a morte motivado por compaixão, a um doente incurável ou em estado terminal, para que assim cesse seu sofrimento, angústia e dor, permitindo-lhe um descanso, uma boa morte, serena e honrada (MAGALHÃES, 2014).

Em 1623, por intermédio da notória obra História da Vida e da Morte (Historia Vitae et Mortis), Francis Bacon, alicerçou a definição do termo Eutanásia, esculpindo-a nos moldes atuais, que posteriormente foi ressaltado por Pessini (2004).

Bacon afirma que o médico deve aplicar sua ciência não somente para curar, mas também para minorar as dores de uma enfermidade mortal. Com ele, o termo eutanásia adquire seu significado atual. Não está claro se ele admite a ação médica que põe fim positivamente à vida do enfermo; antes parece afirmar que o médico tem uma missão muito importante para cumprir nesse “estar junto do paciente quando ele está morrendo”. A partir de Francis Bacon, a palavra “eutanásia” adquire uma tonalidade nova: já não se relaciona somente ao sentido etimológico grego, mas possui também o sentido de “prestar atenção em como o moribundo pode deixar a vida mais fácil e silenciosamente (PESSINI, 2004, p.105): .

No outono de 1939, na Alemanha nazista, Hitler implantava um programa chamado “Aktion T4”, ou, “Morte Por Misericórdia”. Programa este que consistia em morte generalizada, a princípio voltada para recém-nascidos e crianças de até 3 anos de idade, que aos frios olhos de Adolf Hitler tratavam -se de vidas indignas de serem vividas por apresentarem sintomas como retardo mental, deformidade física e outras enfermidades incluídas em um questionário do Ministério da Saúde do Reich. Liderado por Christian Wirth, o programa logo






avançou e alcançou adultos e idosos com deficiências e/ou qualquer outra patologia neurológica, sob o prisma de que os médicos possuíam autoridade para após um cuidadoso diagnóstico, conceder aos incuráveis uma morte por misericórdia. O programa deu-se por encerrado somente após um sermão do Bispo católico Clemens von Galen, realizado em 3 de agosto de 1941, o qual denunciou e tornou público que em menos de dois anos de implantação do Aktion T4 100.000 vidas foram exterminadas. Tal tecnologia voltada para o extermínio e o avanço do programa, desprovido da máscara da misericórdia, posteriormente foi utilizada nos campos de concentração para eliminação em massa, não com a intenção de libertar os doentes agonizantes, mas com o escopo de uma purificação racial (GOLDIM, 1998).

A contar desse tremendo momento histórico, houve um progresso na cultura ocidental, a eutanásia deixa de refletir apenas como uma antecipação voluntária da própria morte, com o intuito de atenuar o sofrimento humano e passa a atuar em um palco onde o ator principal é assegurar a vida, que recebeu o rótulo de benção divina, dádiva de Deus. Consequentemente, a questão religiosa toma vastas proporções apregoando que ao homem não adivinha o poder e o direito de extrair a vida, pois a morte, assim como o nascimento, tratava-se de uma incumbência divina. Nessa vertente, a filosofia cristã e a ciência jurídica puseram-se a aclamar pelo direito à vida e a dignidade da pessoa humana (MARTINS, 2003).

### **Conceito: Morte com Intervenção**

Fruto da junção de dois termos gregos, a expressão eutanásia, tem seu significado exposto da seguinte forma: “eu” (bom, com bondade) e “thanatos” (morte), podendo ser traduzida literalmente por “boa morte”. Há ainda quem a associa como sendo uma “morte honrosa e sem dor” (CRUZ, 2019). No seu sentido etimológico original, representava uma morte natural, serena e sem sofrimento, não envolvendo a intervenção de outra pessoa (GAFO, 2011).

Desse modo, o termo eutanásia foi empregado por uma longa extensão de tempo, de maneira genérica compreendendo condutas comissivas e omissivas em pacientes gravemente doentes e sem perspectiva de cura. Nos dias que correm, o conceito está delimitado a um significado sucinto, como sendo uma maneira ativa aplicada por médicos a doentes em estado terminal cuja morte é imprescindível em curto intervalo de tempo. Na compreensão de Luís



Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel (2010), “compreende-se que a eutanásia é a ação médica intencional de apressar ou provocar a morte – com exclusiva finalidade benevolente – de pessoa que se encontre em situação considerada irreversível e incurável, consoante os padrões médicos vigentes, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos”.

Sob o ângulo da medicina, compreende-se por eutanásia a ação de provocar uma morte desprovida de dor, direcionada somente a pacientes acometidos por enfermidade incurável que resulte em sofrimento e dores torturante. No Dicionário Ilustrado de Saúde (2013, p.318), destaca a definição de eutanásia como “Prática ilegal na qual se busca abreviar, sem dor ou sofrimento, a vida de um cliente reconhecidamente incurável”.


No âmbito jurídico, a conceituação da eutanásia segue curso semelhante, por entender tratar de um direito de promover a morte de terceiro ou morrer por esse propósito.

Consagradamente, a eutanásia, com o decorrer do tempo e por se tratar de matéria complexa foi destrinchada com afincos por diversos doutrinadores sedentos pela compreensão e entendimento do termo, que por conta disso teve diversas definições e classificações. Em 1928, Ricardo Royo-Villanova, propôs como classificação eutanásia: como por exemplo: súbita morte repentina; natural morte natural ou senil ocorre no processo natural do envelhecimento; teológica é a morte em estado de graça; estoica considera-se uma morte obtida com a exaltação das virtudes do estoicismo; terapêutica quando as faculdades mentais são dadas aos médicos para propiciar uma morte suave aos enfermos incuráveis e com dor; eugênica e econômica é a morte por supressão de todos os seres degenerados ou inúteis (sic) e a eutanásia legal são procedimentos regulamentados ou consentidos pela lei (FRANCISCONI; GOLDIM, 2017).

José Roberto Goldim (2017), ensina que “de maneira geral, entende-se por eutanásia quando uma pessoa causa deliberadamente a morte de outra que está mais fraca, debilitada ou em sofrimento”.

## **Metodologia**

O delineamento deste estudo foi de revisão bibliográfica, qualitativo e descritivo. Utilizou as plataformas e sites científicos do senado, Medline, Scielo, pubmed, Código Penal,



Constituição Federal para busca de referências condizentes com os termos relacionado à temática com publicação de 1991 à 2020. Foram utilizados descritores como: Autonomia, Dignidade Humana, Morte, Vida, Eutanásia.

## **RESULTADOS E DISCUSSÃO**

### **Tipos de Eutanásia**


Nos resultados encontrados Barroso Martel, (2010) classifica a eutanásia em tipos, como por exemplo: passiva que é o resultado de omissão, assim como a indireta, que é ocasionada por uma ação desprovida da intenção de provocar a morte, e ativa que se trata do ato deliberado de provocar a morte sem sofrimento do paciente, por fins misericordiosos, as quais não se confundem com o homicídio assistido (piedoso), já que este assente amplamente o conceito da eutanásia. Portanto, mediante o consentimento ou não daquele que padece, a eutanásia pode ser subdividida em voluntária, involuntária e não-voluntária

Tanto uma como a outra, resultam em morte. Portanto, o que as difere é o procedimento. A eutanásia propriamente dita é a promoção do óbito (DODGE, 2009).

Entende-se por eutanásia passiva o feito de abreviar a morte de um paciente enfermo através de uma conduta omissiva. Como por exemplo, o ato de remoção de suporte médico que seja vital para a sobrevivência de tal paciente, remoção esta com o intuito de facilitar a morte de um debilitado em estado terminal / vegetativo. Tão claramente, exemplifica também, retirar certos medicamentos considerados vitais, reter alimentação e desligar respiradores. Uma outra maneira de exercer a eutanásia passiva, é a administração de medicamentos para acalantar a dor do paciente, porém, permitindo que a vida se esvaia tranquilamente, estando este confortável, sem as dores agonizante, uma morte natural, sem apoio (MCKINNON,2019).

Nesse mesmo sentido, Magalhães (2014) exorta que:

Na eutanásia passiva, negativa ou indireta, a morte do enfermo ocorre por falta de meios necessários para a manutenção de suas funções vitais. Consiste na abstenção de tratamentos médicos que poderiam prolongar a vida do paciente. É uma omissão com o propósito de causar ou acelerar a morte. Nesse tipo de eutanásia, há a escolha de não iniciar um tratamento ou de interrompê-lo quando já iniciado. Neste caso, essas medidas incluem suspender alimentos, hidratação, oxigenação e a medicação.



Eutanásia ativa, eticamente é a mais perversa de se efetuar, pois, não se retira os meios que prolongue a vida do paciente, como a alimentação e oxigenação visto anteriormente. Por outro lado, a pedido do paciente administra-se uma medicação em excesso ou uma injeção letal, sempre praticada por um médico. O que causa grandes discussões, pois, há quem entenda que tal fato fere o Código de Ética Médico, quando no juramento de Hipócrates (1771) diz “não darei droga mortífera, nem aconselharei”, uma vez que a morte auxiliada por um médico não tem o intento de cura.

Segundo Cruz (2019):

Praticamente todos os códigos de ética médica, desde essa altura e até aos nossos dias condenam a eutanásia, como sendo contrária à missão e propósito da medicina, que consiste em “curar se possível, cuidar sempre, aliviar o sofrimento e promover a saúde

Em suma, a eutanásia define-se mediante suas formas de classificação. Podendo ser classificada em ativa, por conduta comissiva, quando o agente provoca a morte, e em passiva, que nada mais é do que uma conduta deliberada, quando o agente provoca a morte por não efetuar atos que poderiam evitar o falecimento, claramente denominada como conduta omissiva (CARVALHO, 2001).

Quanto aos três tipos de consentimento daquele que está por expirar, Peter Singer (2009), categoriza em sua obra ‘Ética Prática’ da seguinte forma: eutanásia voluntária é aquela realizada a pedido da pessoa que pretende ser morta, e por ser a pedido do doente trata-se do procedimento com maior aceitabilidade.

Para este, a eutanásia involuntária, ocorre quando a pessoa na sua terminalidade tem condições de consentir com a própria morte, mas não o faz, tanto porque não lhe perguntam se quer morrer, ou até mesmo porque ficam acreditam que ela opta por continuar vivendo (SINGER, 2002, p.189).

Este tipo de consentimento atrai grande insegurança e por conta disso vem a ser casos esporádicos pelo fato de que “Matar alguém que não consentiu em ser morto só pode ser apropriadamente visto como eutanásia quando o motivo da morte é o desejo de impedir um sofrimento intolerável da pessoa morta” e se, esta não possui condições físicas e psíquicas de se expressar, como decifrar se a mesma se encontra em constante sofrimento? (SINGER, 2009, p. 189).





Já a eutanásia não-voluntária, advém da junção dos consentimentos supracitados, apontada por Singer como uma definição que surge a partir do estudo da eutanásia voluntária e involuntária, abrangendo seres humanos que devido ao estado de saúde ou pela faixa etária encontram-se incapazes de exercer a escolha entre vida e morte, sendo que assim não caberia a eutanásia voluntária, e nem a involuntária, restando como opção a eutanásia não-voluntária. Cabe aos recém-nascidos, crianças, adultos e idosos, que acometidos de doença incurável ou que tenham sofrido graves acidentes, perderam totalmente a capacidade de compreender a situação a sua volta, com grande índice de não poderem se expressarem verbalmente ou através de sinais (SINGER, 2009, p.189).

Finaliza-se com o suicídio assistido que é a retirada da própria vida com auxílio ou assistência de terceiro (médico e/ou profissional da saúde, habitualmente). Portanto, há longa distinção entre praticar e auxiliar o ato, pois, quem dá causa a morte é o autor, aquele que dá fim a própria vida, praticante do ato. E o agente que presta auxílio, é aquele que colabora com o ato, seja prestando informações ou disponibilizando meios e condições para a prática. Relevante assegurar que a assistência e o auxílio diferem do induzimento ao suicídio, pois, no primeiro a vontade é manifestada pelo próprio paciente, ao contrário do outro, que o terceiro age mediante a vontade do sujeito passivo, de tal forma que este se vê impossibilitado de usufruir da sua liberdade de ação. Ambas as formas admitem combinação, havendo possibilidade de uma pessoa ser simultaneamente instigada e assistida em seu suicídio (BARROSO e MARTEL, 2010).

Compreendido tais questões, assinala-se que o suicídio assistido é quando o médico fornece medicamentos para que o próprio paciente abrevie sua vida (MCKINNON, 2019).

Deve se partir do ponto de vista que a morte é um acontecimento natural, assim como o nascimento. E que quando se fala em morte assistida, refere-se ao grupo seletivo de pacientes com o qual a morte é iminente, não havendo tratamentos terapêuticos ou intervenção médica que permita que se recuperem e que os agraciem com a cura. Referem-se a pacientes que sabem que vão morrer em decorrência da doença, portanto, não se questiona o fato de morrer ou não, mas sim como irão morrer, se poderão exercer seu direito de escolher partir com dignidade.



## Eutanásia no Brasil


Devido a sua legalidade e eficácia, a eutanásia é um assunto abordado frequentemente pelos doutrinadores brasileiros. O evento morte, quando ocorre de maneira não natural, fere o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o qual assegura que “ 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”. É sabido que o direito à vida, é o bem mais valioso que o homem possui, tendo sua importância assegurada pela Constituição, e o Estado tem o dever de promover meios e segurança para que esse direito se concretize deixando subentendido que o ordenamento jurídico brasileiro vai contra qualquer maneira artificial de abreviação da vida.

Entendendo a genuinidade do direito à vida Cunha Junior (2018) avulta que “ à vida é o direito legítimo de defender a própria existência e de existir com dignidade, salvo de qualquer violação, tortura ou tratamento desumano ou degradante”.

Sob a ótica da legislação penal brasileira, alicerçado pela Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940, a eutanásia equipara-se ao homicídio por conter conduta típica, ilícita e culpável, ao contrário do primeiro código criminal brasileiro de 1830 que era silente quanto a matéria. Para o código vigente, sob o prisma jurídico pouco importa a vontade e o consentimento do incurável, pois, este não descaracteriza a conduta do médico como crime e, por conta disso, não a desqualifica como homicídio; sentencia Raquel Dodge (2009), porque “tal manifestação não é prevista em lei como causa de exclusão da tipicidade da conduta. Tal conduta é culpável sempre que o médico pudesse ter agido de outro modo, evitando a conduta ilícita”.

Porém, embasado nesse posicionamento a legislação e a doutrina trazem um grande dano, pois, equiparam situações diversas, permitindo que ambas recebam o mesmo tratamento jurídico e com isso endossam o médico com um perfil paternalista, que se estabelece na autoridade do profissional de saúde sobre o paciente e descarta a condição de sujeito de direito que o enfermo possui. Mesmo a contragosto quanto a esta forma de se estar vinculado ao paciente, a classe médica se vê obrigada a adotá-la por temer severas sanções.

Desse modo, mesmo após diagnóstico conclusivo que por sua opinião profissional consideram impossível de reverter, iniciam ou mantem tratamento indesejado mesmo estando cientes que não é da vontade do paciente ou de seus representantes legais. Diante do exposto,




Barroso e Martel (2010), sustentam que “a arte de curar e de evitar o sofrimento se transmuda, então, no ofício mais rude de prolongar a vida a qualquer custo e sob quaisquer condições. Não é apenas a autonomia do paciente que é agredida. A liberdade de consciência do profissional da saúde pode também estar em xeque”.

Nesse sentido, Toledo (1991) esclarece que a base fundamental de todo fato-crime é um comportamento humano (ação ou omissão). Mas para que esse comportamento humano possa aperfeiçoar-se como um verdadeiro crime, será necessário submetê-lo a uma tríplice ordem de valoração: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Pode-se afirmar que uma ação humana (a ação, em sentido amplo, compreende a omissão, sendo, pois, por nós empregado o termo como sinônimo de comportamento, ou de conduta) que é típica, ilícita e culpável, tem-se fato-crime caracterizado, ao qual se liga, como consequência, a pena criminal e/ou medidas de segurança (...) Tipicidade é a subsunção, a justaposição, a adequação de uma conduta da vida real a um tipo legal de crime (...) O autor em sequência define a ilicitude assim:

A relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de sorte a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado." (...) deve-se entender o princípio da culpabilidade como a exigência de um juízo de reprovação jurídica que se apoia sobre a crença - fundada na experiência da vida cotidiana - de que ao homem é dada a possibilidade de, em certas circunstâncias, 'agir de outro modo'. A não-utilização dessa faculdade, quando da prática do ilícito penal, autoriza aquela reprovação. A noção de culpabilidade está, pois, estreitamente vinculada à de evitabilidade da conduta ilícita, pois só se pode emitir um juízo de reprovação ao agente que não tenha evitado o fato incriminado quando lhe era possível fazê-lo (...) A doutrina finalista, além disso, transferiu o dolo e a culpa em sentido estrito da culpabilidade para o interior do injusto, considerando-os elementos característicos e inseparáveis do comportamento ilícito ([AJZENTAL](#), 2017, s/p)

Dito isso, compreende-se que no Brasil, a prática da eutanásia tipifica crime. Na Parte Especial do Código Penal, intitulada ‘Dos Crimes Contra à Vida’, em seu artigo 121, o legislador cuidou ao apenar de seis a vinte anos a conduta de matar alguém. Logo adiante, no artigo 122, tratou de tipificar a instigação, o induzimento e o auxílio ao suicídio com pena de reclusão de seis meses a um ano, pois, a vontade do paciente ou de seu representante legal de interromper um tratamento médico mesmo que desproporcional e inútil, não produz alteração no caráter criminoso da conduta o que fomenta no artigo 135 quanto a omissão de socorro.

Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de



metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte conforme o Código Penal, (art. 135).


No Brasil é perceptível que nas entranhas jurídicas não há lugar para o homicídio piedoso, em que o agente dotado de compaixão acelera a morte do enfermo autodenominado incurável, com a finalidade de afastar desde toda dor, angústia e sofrimento (GRECO, 2010). Em razão disso, em território brasileiro, o médico que realiza o ato de ceifar a vida do paciente, mesmo diante do consentimento do mesmo e/ou da família responderá pelo crime disposto no Art. 122 do Código Penal, sendo responsabilizado pelo delito praticado como colaborador do ato em si, já que implicitamente equipara-se a eutanásia ao suicídio assistido e ao homicídio piedoso.

Todavia, a discussão da eutanásia constantemente vem à tona. Em junho de 1996 tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei 125/96 liderado pelo então Senador Gilvan Borges (MDB/AP), o qual atentava para a introdução da prática da eutanásia no Brasil. A real proposta era de que a eutanásia fosse realizada mediante a avaliação de uma junta médica composta por no mínimo 5 integrantes, sendo dois destes especialistas na enfermidade do requerente. Os médicos teriam o dever de avaliar o caso, e atestar a ineficácia de tratamentos e medicações, tendo em vista que o estado do incurável só teria como resultado a própria morte. Ainda assim, para a efetuação do procedimento seria indispensável que o enfermo solicitasse, e na falta de condições de expressar sua autonomia de vontade, esta poderia ser realizada por meio dos familiares que recorreriam à justiça. O projeto nunca chegou à votação sendo arquivado em 2013.

Em 2003, Lima Neto, através de sua obra *“A Legalização da Eutanásia no Brasil”*, deu voz aos argumentos de Gilvan Borges quando reproduziu a seguinte sentença: [...] essa lei não tem nenhuma chance de ser aprovada. Segundo o deputado federal Marcos Rolim, presidente da Comissão de Direitos Humanos da Câmara, ninguém quer discutir a eutanásia porque isso traz prejuízos eleitorais. Rolim, que é do PT gaúcho, diz que, nos dois anos em que presidiu a comissão, jamais viu o assunto ser abordado.

Em vigor a partir do dia 30 de abril de 2019, por meio da Resolução nº 2.217/2018, o novo Código de Ética Médica, atualizou a versão anterior, de 2009, incorporando abordagens pertinentes a mudanças do mundo contemporâneo, porém, o Conselho Federal de Medicina, manteve a fidelidade com a responsabilidade profissional, ao dispor no artigo primeiro do






capítulo III que “ É vedado ao médico causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência e negligência”, recaindo sob o profissional a responsabilidade pessoal e nunca presumida. Mais adiante ao tratar da relação do médico com o paciente e familiares, no artigo 41, o conselho teve por escopo coibir a todo e qualquer médico a conduta de abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido desde ou de seu representante legal. Sustentou ainda em seu parágrafo único que em se tratando de doenças terminais e incuráveis, deverá o médico dispor de cuidados paliativos sem empreender terapias inúteis, levando sempre em conta a vontade expressa do paciente, e na impossibilidade desta, a do seu representante legal.

Portanto não há como negar a existência de uma linha tênue em que de um lado o ordenamento assegura o direito à vida, à dignidade e à autonomia da vontade da pessoa humana, e por outro despreza tal autonomia e o consentimento alegando que não há dignidade se houver a ausência da vida. Elenca no rol dos direitos sociais o direito à saúde e a assistência, porém, isto em um país onde a saúde pública tem o caos como cenário. Entra em choque fatores de suma relevância como ética, autonomia da vontade, dignidade da pessoa humana e o derradeiro e não menos importante, a penalização da conduta.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Bioética inclui os processos de tomada de decisão, as relações interpessoais de todos os segmentos e pessoas envolvidas: o paciente, o seu médico, os demais profissionais, a sua família, a comunidade e as demais estruturas sociais e legais. Os principais temas abordados são aborto, clonagem, transgênicos, eutanásia, que foi um dos princípios utilizados neste estudo que teve como objetivo conhecer algumas particularidades ainda desconhecida pela população leiga, bem como os direitos fundamentais da pessoa humana.

Acredita-se que após a leitura desse material o leitor poderá tomar decisões assertivas, buscando sempre maiores benefícios que malefícios conforme as discussões procedentes da Bioética. Considerando que as ações humanas e violência direta ou indiretamente, afeta a dignidade humana, trazendo no mínimo, a sensação de paralisar ou de retroceder o aprimoramento do valor na vida do ser humano. O que marca esse mal-estar é a tendência para



a humanizar ou desumanizar nas relações intersubjetivas e os direitos fundamentais da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ASÚA, L. J., **De Liberdade de amar e direito a morrer**: ensaios de um criminalista sobre eugenesia, eutanásia, endocrinologia / Luis Jiménez de Asúa ; tradução de Benjamim do Couto. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:livro>; Acesso em 30 de janeiro de 2021.

AJZENTAL R. **As excludentes no Direito Penal Brasileiro, 2017**. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/>. Acesso em 29 de janeiro de 2021.

BARROSO, L. R.; MARTEL, L. C. V. A MORTE COMO ELA É: DIGNIDADE E AUTONOMIA INDIVIDUAL NO FINAL DA VIDA. 2010. Disponível em < <http://www.osconstitucionalistas.com.br/>> . Acesso em : 22.out.2020.

\_\_\_\_\_ Bíblia Sagrada. Edição Revista e Corrigida. Editora: Sociedade Bíblica do Brasil. Barueri – SP.2011.

BRANDÃO, J. L. **Páginas de Suetônio**: a morte de Augusto ou o “Mimo da vida”. Boletim de Estudos Clássicos (Universidade de Coimbra), 59, 61-73. (2014).

BRASIL, Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL, **Código de Processo Penal Brasileiro** (1941). República Federativa do Brasil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado) Acesso em 15 de dezembro.


BRASIL, **Código de Ética Médica**: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019 / Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019.

CARVALHO, G. M. Aspectos jurídico-penais da eutanásia. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CUNHA, J. D. da. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

CUNHA, S. S. da. **Ética**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRUZ, J. **Eutanásia y suicidio asistido**. Revista Iberoamericana de Bioética. Universidad Pontificia Comillas Universidad de Comillas, 3-5 - 28049 Madrid nº 11. 2019. Disponível em: <https://revistas.comillas.edu/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/issue/view/847> Acesso em 15 de dezembro de 2021.



DODGE, R.E.F. Eutanásia – **Aspectos Jurídicos**. Procuradora Regional da República na Procuradoria Regional da República da 1ª Região; membro da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão (Comunidades Indígenas e Minorias) do Ministério Público Federal. Brasília – DF. 2009.

GAFO, J. **Bioética**. Lisboa: Paulus.2011.

FERREIRA, K.; CRUZ, D. T. da. **Perspectivas psicológicas do paciente oncológico nos cuidados paliativos**. Desafios contemporâneos e as questões biopsicossociais / Débora Teixeira da Cruz. (organizadora). -- São Paulo : All Print Editora, 2018.

FRANCISCONI, C. F.; GOLDIM, J. R.. Tipos de eutanásia. Porto Alegre, 1997-2003. Disponível em <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutantip.htm> . Acesso em: 10 agos. 2017.

GOLDIM, J. R. **Eutanásia** - Alemanha Nazista 1939-194.Porto

Alegre. 1998. Disponível em < <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutnazi.htm>> . Acesso em 21.out.2020.

GOLDIM, J. R. **Breve histórica da eutanásia**. Porto Alegre, 2000. Disponível em:< <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutnazi.htm> > . Acesso em 22 out. 2020.

GRECO, R. **Curso de direito penal parte especial**. 7.ed. Niterói. IMPETUS, 2010.

KEOWN, J. **Euthanasia, Ethics and Public Policy: An Argument Against Legalisation** (2nd ed.). Cambridge: Cambridge University Press. 2018. Disponível em:<https://doi.org/10.1017/CBO9780511495335> Acesso em 13 de dezembro de 2021.

LEPARGNEUR, H. **Argumentos Éticos em Torno da Eutanásia**. Teólogo moralista da Ordem Camiliana; pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Bioética do Centro Universitário São Camilo, São Paulo -SP. S/D.

MAGALHÃES, B. M. C. C. Eutanásia: origem, ramificações e outras peculiaridades. **Revista Âmbito Jurídico**. Direito penal. Revista n.121. São Paulo – SP. 2014.

MARTINS, F. J. B. Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003

MCKINNON, B.; MENFIL O.; BARRIOS, MD. **Ethics in Physician-assisted Dying and Eutanásia**. Medical Ethics. 2019.

LIMA NETO, I. L. **A legalização da eutanásia no Brasil**. Disponível em:<<http://jus.com.br/revista/texto/4217/a-legalizacao-da-eutanasia-no-brasil/2>> . Acesso em: 16.out.2020.

PESSINI, L. **Eutanásia: por que abreviar a vida?** . São Paulo: Centro Universitário São Camilo e Loyola, 2004.



SILVA, C. R.L.; SILVA, R.L.; VIANA, D.L. **Dicionário Ilustrado de Saúde**. Editora: Yendis Editora Ltda. 2ª reimpressão da 6ª edição. São Caetano do Sul – SP. 2013.

SGRECCIA, E. Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

TOLEDO FA. **Princípios básicos de direito penal**. 4.ed.amp.atual. São Paulo: Saraiva, 1991: 82, 84-8.

VIANA, D. A. **A Prática da Eutanásia Com Base No Princípio Da Dignidade da Pessoa Humana**. UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Santa Rosa – RS. 2018

VANDERPOOL, H. Y. Life-Sustaining Treatment and Euthanasia: Historical Aspects. In S. G. Post (ed.), **Encyclopedia of Bioethics** (3rd ed.), vol. 3, (pp. 1421-1432). New York: Thomson Gale. 2004.

VÁZQUEZ, A. S., **Ética**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.





# CAPÍTULO 11

## A FORMA COMO DIREITO MATERIALIZADO DE ACESSO À CIDADE NAS INFÂNCIAS URBANAS

**Diego Freire Martins**, Mestrando em Arquitetura e Urbanismo, UFRN

### RESUMO

Num movimento conjunto aos adultos, as crianças tem cada vez mais adotado transporte motorizado individual como modal principal de deslocamento. Pesquisas têm apontado o distanciamento das infâncias dos espaços públicos e a mobilidade tem papel fundamental nessa discussão, pois trata de como elas acessam e vivenciam à cidade. Precisa-se compreender as condicionantes que atuam sobre esses deslocamentos para entender a posteriori as perdas e ganhos da vivência urbana com esses diferentes modais. A forma da cidade pode (des)despotencializar deslocamentos pedonais? Neste estudo optou-se por entender como vem acontecendo essa realidade numa cidade do interior cearense, distante de grandes centros. Assim, objetivou-se analisar como a forma urbana poderia estar atuando sobre a circulação de crianças nos trajetos casa-escola na cidade de Quixadá, Ceará. A metodologia se estruturou em revisão de literatura sobre a mobilidade urbana a partir da relação entre a forma urbana e movimento de pedestres. Em seguida, foi realizado um Estudo de Caso em Quixadá com investigação baseada no uso da Sintaxe Espacial (SE) e da confecção de mapas mentais com as crianças a fim de descobrir a atuação da forma urbana enquanto resposta para as escolhas de caminhos por pedestres na cidade. A partir dos resultados foi possível sugerir a atuação da forma urbana sob os deslocamentos das crianças ao constatar escolhas de percursos mais distantes metricamente, mas que aliavam elementos como diversidade de usos do solo e medidas sintáticas mais acessíveis, sendo a forma urbana um importante elemento facilitador ou dificultador do acesso à cidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Deslocamentos urbanos de crianças. Forma Urbana. Sintaxe Espacial. Direito de acesso à Cidade.

### 1 INTRODUÇÃO

Historicamente os desejos, subjetividades e necessidades dos grupos sociais, via de regra, não foram considerados como norteadores do planejamento e gestão das cidades. A criança como um dos elos mais fracos entre os dominados (LIMA, 1989), são constantemente invisibilizadas ao não serem consideradas como seres sociais de pleno direito, sobretudo à participação, sendo vistas como os cidadãos do futuro e não do hoje. Resulta-se num processo de exclusão das crianças das esferas sociais de influência, como a vida política, comunitária,



etc.; condicionando a infância ao controle dos adultos no espaço privado, afastando-a cada vez mais do espaço público (DIAS; FERREIRA, 2015).


Nos grandes centros urbanos, na perspectiva da circulação na cidade, a criança geralmente é condicionada a deslocamentos em transportes privados individuais, como automóveis, ou transportes coletivos, como ônibus ou vans. Esse é um importante indicativo que marca o distanciamento das infâncias em relação a vivência da cidade contemporânea em que pouco se observa a criança desfrutando do espaço público, como praças e parques; bem como ainda mais raro, a vivência desses espaços sem a supervisão direta de adultos.

Assim, pode-se inferir a problemática relação da criança com a cidade contemporânea que perpassa pela efetivação ou cerceamento de seu direito à plena circulação no espaço urbano. A marca da privação da criança em ambientes privados em detrimento a explorar o espaço público é justificada pelos pais/responsáveis legais como sendo resultado de fatores como aumento da velocidade dos carros, pela violência urbana, por longas distâncias, etc.

Entretanto, há impactos diretos sobre os níveis de atividades físicas, o desenvolvimento mental e social; e competências espaciais das crianças. Por outro lado, quando as crianças desfrutam de uma maior vivência da cidade e isso perpassa diretamente pelos modais ativos (a pé e de bicicleta, por exemplo) tem-se um melhor desenvolvimento físico, cognitivo, emocional, espacial e social, passando a explorar mais o ambiente, criando um sentido de pertencimento (KYTTÄ, 2004).

As investigações sobre mobilidade urbana frequentemente destacam as relações entre a temática com condicionantes como segurança, conforto, tempo e características pessoais. No entanto, a forma urbana não costuma aparecer como item de primeira ordem de análise, o que sugere uma discussão realizada aqui sobre como essa atua sobre os deslocamentos das pessoas -representadas pelas crianças-, e como isso se apresentou em um contexto brasileiro fora dos grandes centros, que, reconhecidamente, possuem dinâmicas urbanas diferentes de grandes cidades.

A forma urbana foi compreendida aqui segundo as bases da Teoria da Lógica Social do Espaço, também conhecida como Sintaxe Espacial (SE), formulada na década de 1970 na *University College London* e consolidada em seus aspectos teórico-metodológicos com o livro *The Social Logic of Space* (HILLIER; HANSON, 1984). Com a teoria, realizou-se uma leitura



da cidade a partir da relação entre aspectos físicos e sociais, com destaque para a natureza quantitativa dessa abordagem a partir de aspectos da configuração espacial da malha viária em que é possível revelar propriedades capazes de potencializar ou dificultar o movimento de pessoas (HILLIER; HANSON, 1984).

Desse modo, o objetivo deste estudo foi analisar como a forma urbana poderia estar atuando sobre a circulação de crianças nos trajetos casa-escola na cidade de Quixadá na região do Sertão Central Cearense. Esse desdobrou-se em outros dois objetivos específicos para auxiliar nesse processo: (i) compreender como a forma urbana atua sobre o movimento de pedestres e de que maneira essa aliança pode ser um contributo para o direito de acesso à cidade; e (ii) registrar as relações entre a forma urbana da cidade de Quixadá e os trajetos registrados por crianças da área.

## **2 RELAÇÕES ENTRE A FORMA DA CIDADE E A CIRCULAÇÃO DE PEDESTRES**

A mobilidade urbana está relacionada aos deslocamentos diários de pessoas no espaço urbano, não só quando efetivamente ocorrem, mas também a facilidade e a possibilidade para que ocorram (ALVES; RAIJA JUNIOR, 2009). Enquanto isso, Vasconcellos (2001) aponta para uma definição elaborada, indissociavelmente, a partir da ideia de acessibilidade, em que seria não só a facilidade de cruzar o espaço, mas a facilidade de se atingir os destinos.

No Brasil, de acordo com a Lei 12.587/12 que institui o Plano Nacional de Mobilidade Urbana, está assegurado que a mobilidade urbana deve permitir o acesso universal à cidade (BRASIL, 2012). Com isso, são evocadas dimensões imprescindíveis do direito de acesso à cidade, dentre elas, assegurar o uso do espaço público de maneira equânime por todas as pessoas, sendo este um caminho para a promoção da inclusão social.

A mobilidade pode ser realizada em dois modos de transporte urbano, motorizados ou não motorizados; tendo como característica do serviço, sendo coletivo ou individual; seja de natureza pública ou privada (BRASIL, 2012). Esta pesquisa adota como foco o modo de transporte não motorizado e individual através das crianças que caminham ou pedalam até a escola, por entender que este modo possibilita uma apreensão e vivência diferentes dos espaços da cidade e de interação com outras pessoas se comparada ao modo motorizado, como por exemplo, de ônibus ou carro (GEHL, 2013).



Entende-se por espaços de circulação como sendo os espaços livres e abertos da cidade que são responsáveis pela fluidez dos deslocamentos, como vias, calçadas, etc. Segundo a literatura, o indivíduo escolhe os espaços livres para seus trajetos a partir de diversos fatores, como aspectos pessoais (sexo, idade); aspectos temporais, como em relação ao tempo que deve utilizar para percorrer até chegar a um destino desejado; bem como das alternativas disponíveis, com relação a segurança, conforto, etc. (HOOGENDOORN, 2004). Entretanto, a forma urbana não aparece, em geral, como um item listado ou ao menos não se apresenta como elemento de primeira ordem quando se pensa sobre estratégias de melhoria da mobilidade urbana para pedestres. Com isso, esta pesquisa optou por investigar este elemento da atuação da forma urbana sobre os deslocamentos humanos, nesse caso, realizando um recorte sobre o público-alvo, com enfoque em crianças ao realizarem seus trajetos de casa até a escola.

É necessário salientar que a forma urbana resulta da maneira como as partes se estruturam, ou seja, em como as características físicas do espaço se materializam na forma da cidade. Essa estrutura urbana pode apresentar elementos que facilitam ou dificultam a mobilidade através do desenho urbano - elemento estruturador da forma da cidade-, afetando, na pequena escala, a qualidade do espaço vinculada ao grau de acessibilidade que a malha viária (elemento da forma) pode oferecer para a promoção de deslocamentos mais eficientes (GENTIL, 2015).

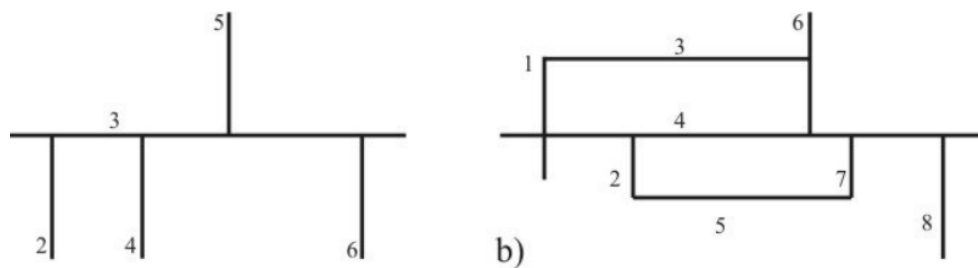
Dessa maneira, a Sintaxe Espacial aparece como uma possibilidade de investigação das possíveis ações da forma urbana sobre os deslocamentos de pedestres. A estrutura espacial das cidades é interpretada como “configuração urbana”, em que se conformam barreiras e permeabilidades do arranjo físico do espaço (PEREIRA, 2011). As disposições desses elementos podem facilitar ou dificultar a circulação de pessoas para desempenhar suas atividades. De acordo com essa abordagem, é possível se chegar ao conhecimento de locais que permitem mais acessibilidade e locais que, pelo contrário, já representam uma segregação espacial, podendo vir junto aos aspectos de segregação social.

A relação entre a forma urbana e o movimento de pedestres, advém do termo movimento natural de pessoas, por se apresentar como os deslocamentos potencializados pela malha urbana (HILLIER, 1993) (Figura 1). Nessa linha, a configuração urbana pode gerar padrões de movimento de pedestres por si só, facilitando ou dificultando os deslocamentos, ou ainda junto



à atratores de movimento, em que a população só se movimentaria para entrar nas edificações (ZAMPIERI, 2006).

**Figura 1** – Representação dos espaços abertos




- a) Restrição de movimentação da malha, induzindo que a viagem obrigatoriamente passe pelo segmento 3.
- b) Apresenta alternativas que podem ser adotadas pelos pedestres

**Fonte:** Hillier *et al.* (1993 *apud* Zampieri, 2006)

Nesta pesquisa a escola seria um atrator de movimento, a partir da compreensão de que as crianças se deslocam para chegar até ela, junto a isso, tem-se a configuração da malha urbana em que ambas atuam sobre a escolha de percursos para deslocamento. Assim, a criança e seus deslocamentos diários de casa até a escola podem ser um objeto de investigação da mobilidade urbana por meio da análise dos níveis de acessibilidade sintático-espacial ao passo que alia aspectos espaciais e sociais. Potencializar o uso do espaço público pelas crianças através do sistema de circulação reforça a ideia do espaço público para além de um ambiente residual da cidade. O espaço urbano público pode ser uma quebra na barreira de exclusão social por falta de convívio e encontro com as diferenças (OLIVEIRA, 2004).

Caso a criança não se desloque na cidade de modo não motorizado (a pé ou caminhar, por exemplo), pode-se perder em autonomia de mobilidade, redução de níveis de realização de atividades físicas, afetar o desenvolvimento mental e social; suas competências espaciais, como estimar distâncias e referências no espaço, por exemplo, aprenderem a se orientar por sua vizinhança (RISSOTTO, TONUCCI, 2002). Por outro lado, quando as crianças desfrutam de uma maior mobilidade urbana não motorizada, tem-se um melhor desenvolvimento físico, cognitivo, emocional e social da criança. Passa-se a explorar mais o ambiente, criando um sentido de responsabilidade e de cuidado, maior interação com outras crianças, aumento de atividades físicas, desenvolvimento de competências psicomotoras e ajuda a construir confiança (KYTTÄ, 2004).



Portanto, analisar de que maneira a forma urbana potencializa ou dificulta o uso do espaço público para o movimento de pedestres é uma oportunidade de conhecer perspectivas de tornar os espaços da cidade mais acessíveis e que promovam, como preconiza a Lei 12.587/12, o uso equânime do espaço público por todos, contribuindo para a viabilização da inclusão social e da efetivação do direito de acesso à cidade.

### 3 PERCURSO METODOLÓGICO DO ESTUDO

A metodologia foi baseada nas seguintes etapas: (i) definição do perímetro de estudo e escola analisada; (ii) espacialização dos trajetos casa-escola das crianças através da produção de mapas mentais; (iii) confecção do mapa axial de todo o perímetro urbano de Quixadá; (iv) desenvolvimento das medidas sintáticas do perímetro; (v) identificação das distâncias métricas dos trajetos por meio do *google maps* e produção do mapa de usos do solo; e (vi) relação entre todos os pontos levantados a fim de compreender a atuação da forma urbana no movimento das crianças.

O município de Quixadá está localizado no Estado do Ceará, distante 150km da capital Fortaleza. O município possui população de cerca de 87 mil habitantes, sendo 71% residentes em zona urbana<sup>98</sup>. Por conseguinte, foi realizado um recorte físico-espacial na cidade nos bairros administrativos do Campo Novo e Putiú, por se apresentarem como periféricos sob aspectos socioeconômicos e espaciais e por possuírem conjuntamente uma população de cerca de 8,5 mil habitantes, distando 2 km do bairro Centro da cidade que concentra a maior parte de comércios e serviços locais (Figura 2).

<sup>98</sup> Dados de estimativa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para o ano de 2019 (IBGE, 2019).

**Figura 2** - Respectivamente, localizações do Estado do Ceará; do município de Quixadá e seu perímetro urbano e a marcação do recorte estudado.



**Fonte:** *Google Maps*, adaptado pelo autor.

A razão de escolha desse município para Estudo de Caso foi relacionada a sua característica como Centro Sub-Regional e ao seu registro de intenso crescimento urbano que tem gerado o surgimento de bairros periféricos (MARTINS; GERSON, 2017). Esse crescimento esteve relacionado à transformação do município em centro de convergência regional de educação superior com a instalação de seis campi (HAIASHIDA, 2014). O resultado tem sido a modificação das dinâmicas urbanas e os desafios que esse cenário tem representado para a mobilidade urbana de maneira geral e, especialmente, sobre a possibilidade de uso dos espaços da cidade pelas crianças, por exemplo, para ir de casa até a escola e, conseqüentemente, sobre seu pleno direito de uso e vivência da cidade.

O recorte selecionado apresentou quatro escolas públicas, dentre elas, optou-se por uma escola municipal de ensino fundamental I, que atende crianças de faixa-etária entre 09 e 12 anos dos dois bairros supracitados. O motivo de escolha dessa faixa de idade foi relacionado ao estágio de alfabetização que facilitou a aplicação do instrumental metodológico e por já terem tendência a possuir maior autonomia, como ir sem a presença de adultos para a escola, essencial para este estudo (OLIVEIRA, 2004). Na figura 3 foi demonstrada a área selecionada e o contexto geral de hierarquias de vias e principais equipamentos estruturantes que conformaram o entorno próximo da escola.

**Figura 3** - Respectivamente, área dos bairros Campo Novo e Putiú, destaque para o entorno próximo da escola, ressaltando as hierarquias de vias e equipamentos estruturantes.



**Fonte:** *Google Maps*, adaptado pelo autor.

Para identificação dos trajetos escolhidos pelas crianças para chegarem até a escola participante, foi utilizado o instrumento denominado como mapa mental, em que o indivíduo projetava através de desenho suas ideias ou imagens sobre um determinado ambiente (LYNCH, 1997). Nesta pesquisa, essa ferramenta foi utilizada para construir uma espacialização de onde se localizavam os trajetos realizados pelas crianças e como estes se configuravam segundo as medidas sintático-espaciais.

Para compreender diretamente as propriedades da forma urbana, foi produzido o mapa axial de todo o perímetro urbano de Quixadá, no software QGIS 2.18 com a adoção da base cartográfica disponibilizada pelo *Google Maps*. A literatura tem apontado que o mapa axial tem maior desempenho para representar a previsão sobre deslocamentos de pedestres em comparação com outros métodos da SE. Destaca-se que para a construção do mapa, foram traçadas linhas axiais sobre o desenho urbano das vias de circulação, atravessando a maior quantidade de espaços convexos sem haver deflexão nelas (CARMO; RAIJA JÚNIOR; NOGUEIRA, 2013) (Figuras 4 e 5).

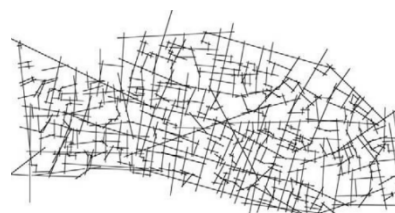


**Figura 4** – Base cartográfica da Região Central de Londres com seus espaços convexos.



**Fonte:** Hillier (2007).

**Figura 5** – Base cartográfica da Região Central de Londres com suas linhas axiais.



**Fonte:** Hillier (2007).

Depois de traçado, o mapa foi processado pelo programa *DepthMapX*, que analisou as relações entre as linhas axiais por meio de algoritmos matemáticos ao calcular as medidas sintáticas do desenho urbano da cidade de Quixadá. É importante salientar, que essas medidas foram calculadas em níveis topológicos, ou seja, não foi levado em conta aspectos físicos de distâncias métricas ou mesmo proporções, mas sim hierarquias entre os elementos e conexões. Desse modo, foi possível conhecer as características relativa à configuração do sistema urbano no todo e como suas partes interagem (CARMO; RAIÁ JÚNIOR; NOGUEIRA, 2013).

Foram atribuídas gradações de cores nas medidas sintáticas para representar as informações contidas em cada linha - as mais fortes (vermelho, laranja e amarelo, por exemplo) possuem valores mais altos e as linhas com cores mais frias, como verde, azul e *cyan*, tem valores mais baixos. Neste estudo, foram geradas as seguintes medidas sintáticas: (i) integração global; (ii) conectividade; e (iii) *choice* (escolha). O critério de escolha residiu na possibilidade de relação comparativa entre elas e por representarem uma ferramenta de entendimento sobre características espaciais que podem potencializar o movimento natural.

Nas medidas de integração global, foram calculados potenciais de se chegar a uma linha a partir de todas as outras; já na medida de conectividade, foi consultada a quantidade de linhas que intercepta outras linhas; na medida de *choice*, conhecida como medida de atravessamento, sintetizou o potencial de uma linha ser mais ou menos escolhida para um percurso, ou seja, indicar o fluxo de circulação.

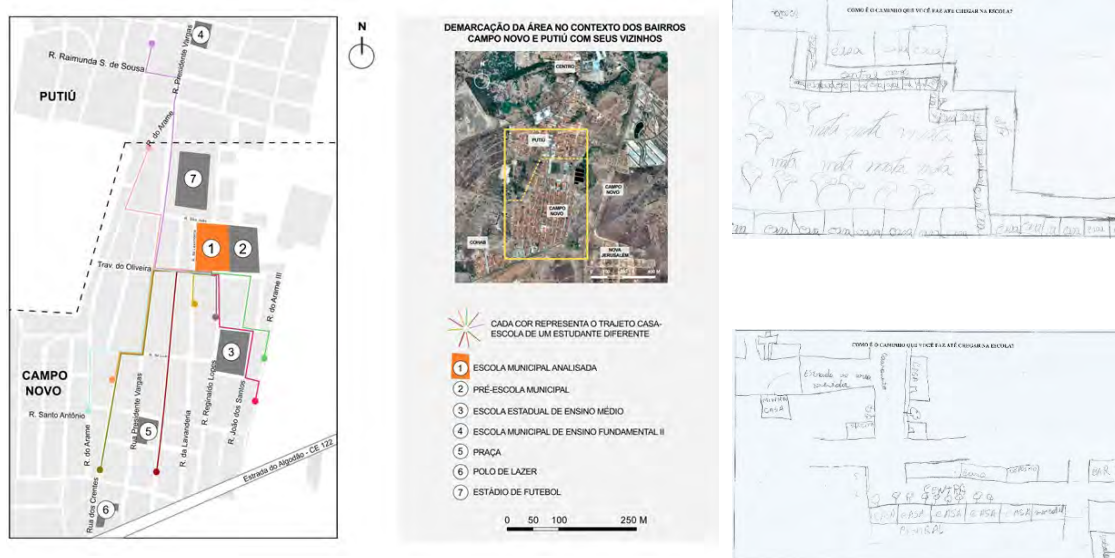
Conhecidos os trajetos das crianças e as medidas sintáticas de toda a cidade de Quixadá, focou-se nos resultados do recorte físico espacial dos bairros Campo Novo e Putiú com intuito de conhecer o comportamento das medidas na área em relação ao todo. Buscou-se considerar, principalmente, as medidas dos trajetos realizados pelas crianças para entender como eles se

configuravam. Em seguida foi mapeado através do *Google Maps* os trajetos indicados pelas crianças com a finalidade de visualizar as sugestões de trajetos métricos mais curtos de casa até a escola. Posteriormente, foi produzido o mapa de usos do solo e, por fim, relacionou-se todas as descobertas do estudo com intuito de atingir o escopo da pesquisa de encontrar possíveis atuações da forma urbana sobre os trajetos casa-escola das crianças.

## 4 RESULTADOS

Primeiramente foi realizada a consulta às crianças na escola analisada. Em seguida, o público-alvo confeccionou mapas mentais para localizar os trajetos casa-escola. Como amostra, obteve-se o desenho de 10 crianças. Cada linha na figura 6 representou um único trajeto deste compreendendo os dois bairros. Percebeu-se pouca dificuldade na elaboração dos mapas pelas crianças, inclusive, apreendeu-se uma riqueza de detalhe quanto aos usos do solo, nomes que faziam referência às ruas ou marcos de orientação individual ao longo dos trajetos, como a menção pontos comerciais da área.

**Figura 6** - Exemplos de desenhos dos mapas mentais das crianças sobre os trajetos casa-escola e localização destes trajetos na base cartográfica.



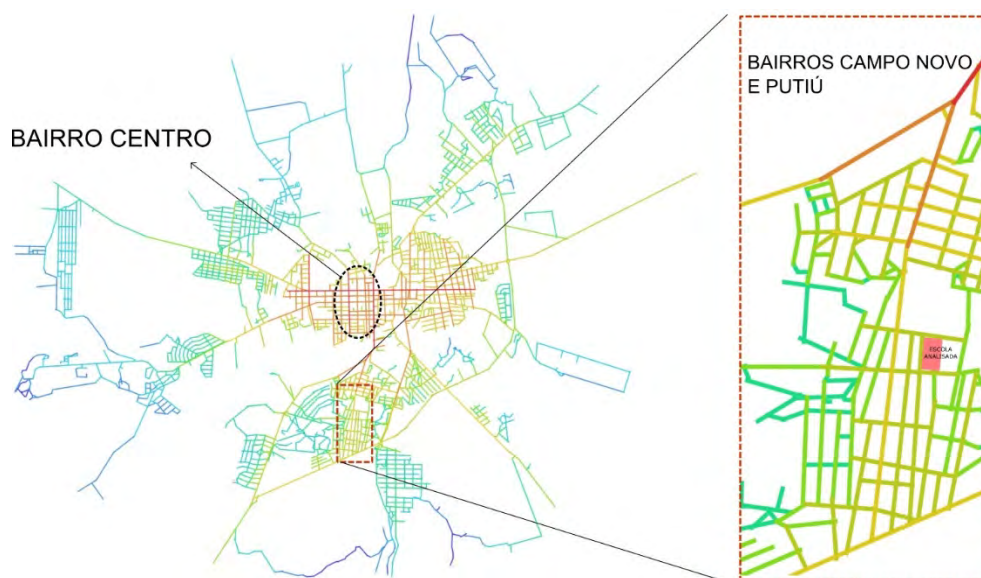
Fonte: *Google Maps*, adaptado e elaborado pelo autor.



Como primeira medida sintática investigada, definiu-se a integração, em que se calculou o potencial de se chegar a um trecho a partir de todos os outros. A literatura aponta que valores menores que 1 possuem baixa integração e valores acima de 1,67 são altamente integrados (HILLIER; HANSON, 1984). No sistema foram identificados valores entre 0,32 a 1,28, ou seja, não tinham níveis elevados de integração global. A integração de uma linha axial é dada pela proximidade desta em relação à todas as outras linhas do sistema, onde as mais integradas são mais “rasas” e as mais “profundas” são mais segregadas e, portanto, mais distantes das outras linhas. A profundidade diz respeito a maior ou menor dificuldade em se acessar cada linha axial (representação simplificada das vias), sendo ela dada em medida topológica, em que quanto mais profundidade possuir a linha, mais há mudanças de angulação - ou direção-, para atingir qualquer outra linha da malha urbana. É necessário ressaltar que a literatura indica que o local de maior integração tende a ter maior potencial de movimento, independente da maneira de deslocamento, como motorizado ou não motorizado.

Em relação ao recorte estudado, notou-se uma tendência às cores mais frias, com pouca variação, o que denotou uma baixa integração relacionada ao sistema como um todo. Entretanto, há presença de cores mais fortes em alguns trechos, como é o caso da parte em vermelho e laranja na via mais central na representação, onde os valores são de até 1,15 em relação ao sistema todo, próximo a escola o valor da via é de 0,95. Como conclusão, é possível dizer que relacionado ao sistema todo, o recorte possui níveis mais baixos de integração, todavia, há trechos específicos que se aproximam ao máximo encontrado no sistema, sendo mais suscetíveis ao movimento natural (Figura 7).

**Figura 7** - Mapa axial com as medidas de integração da malha urbana da cidade de Quixadá e, em destaque, dos bairros Campo Novo e Putiú.

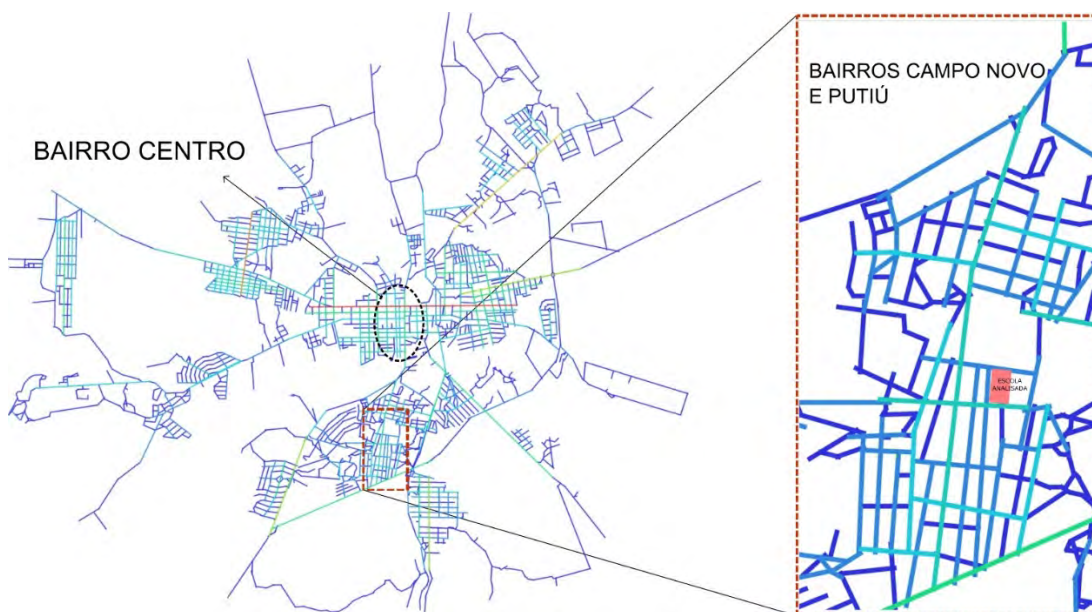


**Fonte:** Elaborado pelo autor.

A figura 8 mostrou o resultado da segunda medida sintática, a conectividade, em que foi representado o número de linhas que interceptaram outras linhas. No sistema geral, a variação foi de 1 a 33 conexões, sendo basicamente a linha (destacada em vermelho) que representa uma avenida central da cidade que conecta diversos bairros, possuindo 33 conexões. No recorte pesquisado, não houveram linhas axiais com níveis altos de conectividade, sendo na média entre 11 e 13 conexões nas vias com valores mais altos, como na escola analisada. Enquanto isso, as demais tiveram 3, 4 ou 5 conexões. Essa constatação implicou na indicação de que a área possuía uma malha com muitas mudanças de direções (vários ângulos diferentes).



**Figura 8** - Mapa axial com as medidas de conectividade da malha urbana da cidade de Quixadá e, em destaque, dos bairros Campo Novo e Putiú.

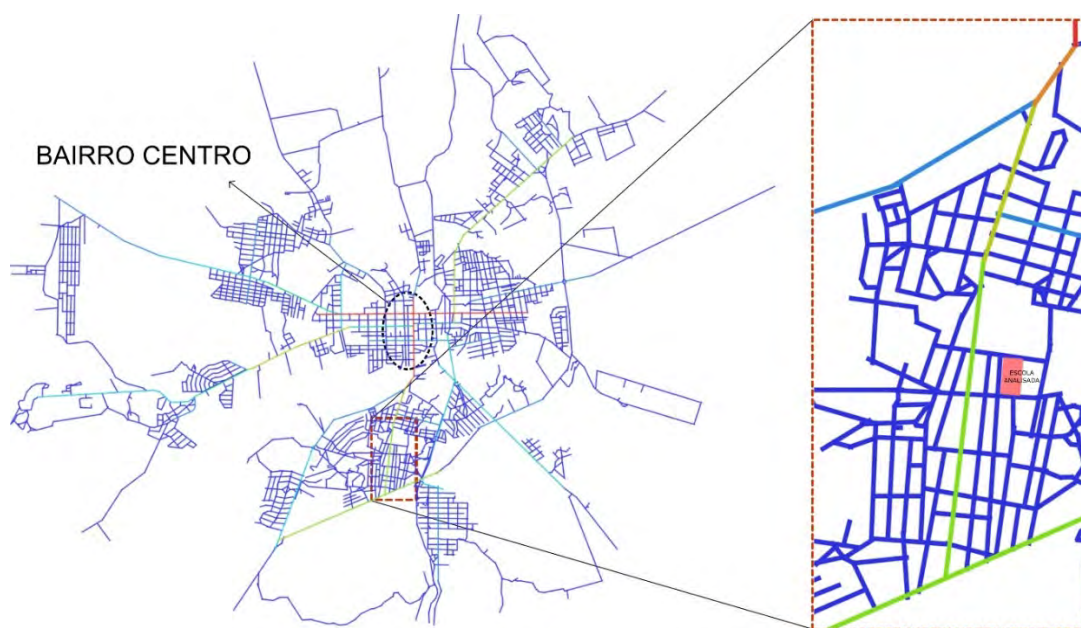


**Fonte:** Elaborado pelo autor.

A terceira medida foi a de *choice* (escolha), que sintetizou o potencial de uma linha ser mais ou menos escolhida para um percurso, ou seja, indicar o fluxo de circulação através do número de vezes que uma linha axial apareceu numa rota qualquer comparada a todas as outras linhas do sistema (HILLIER; HILDA, 2005 *apud* DIAS; SAKR, 2014). Na escala do sistema geral, houveram alguns destaques fundamentais, dentre eles, as linhas que representaram duas avenidas que se cruzavam e são eixos centrais na estrutura urbana de localização de comércios, serviços e de circulação da cidade, possuíram níveis mais elevados de *choice*, sendo de 0,74.

Em relação ao recorte estudado, destacou-se a centralidade das linhas que representam uma mesma rua, denominada de Rua Presidente Vargas (ligação entre as cores laranja, verde musgo e verde neon na figura 9), tiveram em média 0,50 de valor de *choice*. Enquanto isso, todas as outras linhas de ambos os bairros estão em azul, indicando baixo nível de *choice* e, conseqüentemente, menor potencial de escolha de percurso e possibilidade de apresentar alto fluxo de circulação em relação ao sistema todo da cidade.

**Figura 9** - Mapa axial com as medidas de *choice* normalizado (escolha normalizada) da malha urbana da cidade de Quixadá e, em destaque, dos bairros Campo Novo e Putiú.



**Fonte:** Elaborado pelo autor.

Compreendido os resultados do mapeamento axial e dos mapas mentais, percebeu-se a menção das crianças em elementos relacionados aos usos do solo através do desenho de casas e comércios ao longo dos trajetos realizados pelas crianças. Desse modo, decidiu-se investigar como esses estavam organizados na área (Mapa 1). Foi possível indicar com os desenhos dos mapas mentais, que a Rua Presidente Vargas (destaque em vermelho no mapa 1) foi a via que mais vezes apareceu - mesmo que em alguns casos somente um trecho-, nos caminhos de mais crianças na amostra.

Previamente, a Sintaxe Espacial aponta que se determinadas vias concentram maiores valores de integração, conectividade e *choice*, tendem a potencializar maiores fluxos de circulação e concentração de comércio e serviços. Essa indicação apareceu no estudo de caso, em que a via que atravessa os dois bairros analisados – Rua Presidente Vargas-, também concentrou mais comércios, serviços e usos institucionais e ainda apareceu como de maior acessibilidade sintática (relação entre as medidas de integração e conectividade).

**Mapa 1** - Usos do solo dos trajetos casa-escola nos bairros Campo Novo e Putiú em Quixadá-CE com destaque (em vermelho) para a Rua Presidente Vargas.



**Fonte:** Elaborado pelo autor.

Em seguida, investigou-se como os trajetos indicados pelas crianças para ir de casa até a escola estavam relacionados com distâncias métricas. Na figura 10, foi possível perceber a divergência entre os achados nos mapas mentais sobre a escolha dos trajetos realizados, em comparação com o conjunto de trajetos sugeridos pelo site *Google Maps* para se deslocar de casa até a escola a partir dos mesmos pontos, destacando as menores distâncias. Constatou-se a utilização de caminhos de casa até a escola que são, muitas vezes, de maiores distâncias métricas.



Figura 10 – Trajetos com menores distâncias sugeridas pelo *Google Maps* em comparação com os trajetos realizados pelas crianças. Esquerda para direita (1) trajetos metricamente menores e (2) trajetos realizados pelas crianças.




**Fonte:** *Google Maps*, adaptado pelo autor.

Portanto, embora não seja possível fazer uma relação determinística entre forma urbana e movimento de pessoas, nesse caso as crianças, percebeu-se que a escolha dos trajetos coincidiu com as vias de maiores valores sintático-espaciais, mesmo quando houve a possibilidade de realizar trajetos de menores distâncias métricas, mas que possuíam níveis sintático-espaciais menores.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação que se fez entre todas as descobertas realizadas pelo presente estudo é de que a atuação da forma urbana pode participar na explicação quanto aos trajetos escolhidos pelas crianças; em que a maioria escolheu caminhos metricamente mais distantes, mas que em contrapartida foram sintaticamente mais acessíveis (níveis elevados de integração e conectividade), o que segundo a SE, representaria maiores chances de registrar movimento de pedestres.





Essa constatação da SE apareceu muito clara, principalmente, na escolha da Rua Presidente Vargas como trecho para ir de casa até a escola de diversas crianças, coincidência ou não, ela é a via menos segregada entre todas dos dois bairros, sendo assim, mais acessível. Os trajetos escolhidos também coincidiram com os maiores valores de *choice*, o que sintetizou a ideia do potencial que uma linha poderia ter para ser mais ou menos escolhida para um percurso. Além disso, os trajetos escolhidos apresentaram ruas ou trechos de ruas que concentravam maior diversidade de usos do solo, dentre eles, de uso misto, etc.

Como estudo inicial, cabe um apontamento futuro para realização de pesquisas em outros contextos e com maior número de participantes, bem como de passar a analisar correlações com outras características da cidade, como cobertura vegetal, relevo, etc. Em termos de aplicação, a compreensão do papel da forma urbana nos trajetos de crianças na cidade pode representar um incentivo à promoção de diferentes usos do solo; a proposição de rotas mais acessíveis sintaticamente para as escolas ao nível dos bairros; e a diminuição das barreiras de segregação na própria forma de se constituir e planejar os espaços urbanos; possibilitando às crianças um maior o acesso à cidade e, conseqüentemente, favorecimento à efetivação de seu direito à cidade.


## 6 REFERÊNCIAS

ALVES, P.; RAIJA JUNIOR, A. A. Mobilidade e Acessibilidade Urbanas sustentáveis: A gestão da mobilidade no Brasil. In: **VI Congresso de Meio Ambiente da Associação de Universidades Grupo de Montevideu - AUGM ambiente, São Carlos-SP**. Anais de Eventos da UFSCar, 2009. v. 5., 2009.

BRASIL. Lei nº 12.587 de 3 de janeiro de 2012. **Institui as Diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana**. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12587.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12587.htm)>. Acesso em: 25 de outubro 2019.

CARMO, Cássio Leandro do; RAIJA JUNIOR, Archimedes Azevedo; NOGUEIRA, Adriana Dantas. Aplicações da Sintaxe Espacial no planejamento da mobilidade urbana. **Ciência & Engenharia**, v. 22, n. 1, p.29-38, jun. 2013.

DIAS, Carolina Rodriguez; SAKR, Fernanda Lima. Centralidade urbana: configuração espacial e condições socioeconômicas na cidade de São Paulo, Brasil. In: Seminario Internacional De Investigación en Urbanismo, 6., 2014, Barcelona. **VI Seminario Internacional de Investigación en Urbanismo, Barcelona-Bogotá, Junio 2014**. Barcelona: Universitat Politècnica de Catalunya, Barcelonatech, 2014.



DIAS, Marina Simone; ESTEVES JÚNIOR, Milton. O espaço público e o lúdico como estratégias de planejamento urbano humano em: Copenhague, Barcelona, Medellín e Curitiba. **Cadernos MetrÓpole**, [s.l.], v. 19, n. 39, p.635-663, ago. 2017.

GEHL, J. **Cidade para pessoas** / tradução Anita di Marco. 1. ed. - São Paulo: Perspectiva, 2013.

GENTIL, Caroline Duarte Alves. **A contribuição dos elementos da forma urbana na construção da mobilidade sustentável**. 172 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pesquisa e Pós-graduação da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

HAIASHIDA, Keila Andrade. **Quixadá: centro regional de convergência e irradiação da educação superior (1983-2013)**. 2014. 370 f. Tese (Doutorado) - Curso de Geografia, Centro de Ciência e Tecnologia, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2014.

HILLIER, B. **Space is the machine: configurational theory of architecture**. London, United Kingdom: UCL, 2007.

HILLIER, Bill, et al. Natural Movement: or configuration and attraction in urban pedestrian movement. **Environmental and Planning B: Planning and Design**, vol. 20, 1993.

HILLIER, Bill; HANSON, Julienne. **The social logic of space**. [s.l.] Cambridge University Press, 1984.

HOOGENDOORN, S.p.; BOVY, P.h.l.. Pedestrian route-choice and activity scheduling theory and models. **Transportation Research Part B: Methodological**, [s.l.], v. 38, n. 2, p.169-190, fev. 2004.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Panorama Município de Quixadá**. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ce/quixada/panorama>>. Acesso em: 27 de outubro de 2019.

KYTTÄ, M. The extent of children's independent mobility and the number of actualized affordances as criteria for child-friendly environments. **Journal of Environmental Psychology**, 24(2), 179-198, 2004.


LIMA, M. W. S. A Cidade e a Criança. São Paulo: Nobel, 1989.

LYNCH, K. **A imagem da cidade**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1997.

MARTINS, Diego Freire; GERSON, Giselle Cerise. Um olhar sensível sobre o papel dos espaços livres de uma escola pública e seu entorno no município de Quixadá/CE. **Revista Projetar: Projeto e Percepção do Ambiente**, Natal, v. 2, n. 1, p.92-107, jun. 2017.

OLIVEIRA, C. **O ambiente urbano e a formação da criança**. São Paulo: Aleph, 2004.

PEREIRA, Rafael Henrique Moraes; et al. **O uso da Sintaxe Espacial no desempenho do transporte urbano: limites e potencialidades**. Texto para Discussão 1630. IPEA: Brasília, 2011.



PEREIRA, Rafael Henrique Moraes; et al. **O uso da Sintaxe Espacial no desempenho do transporte urbano: limites e potencialidades.** Texto para Discussão 1630. IPEA: Brasília, 2011.

RISSOTTO, A.; TONUCCI, F. Freedom of movement and environmental knowledge in elementary school children. **Journal of Environmental Psychology**, [s.l.], v. 22, n. 1-2, p.65-77, mar. 2002.

VASCONCELLOS, E. A. **Transporte urbano, espaço e equidade** – Análise das políticas públicas. São Paulo. Ed. Annablume, 2001.

ZAMPIERI, Fábio Lúcio Lopes. **Modelo alternativo de movimento de pedestres baseado em Sintaxe Espacial, medidas de desempenho e redes neurais artificiais.** 2006. 274 f. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-graduação em Planejamento Urbano e Regional, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.



# CAPÍTULO 12

## EDUCAÇÃO AMBIENTAL E LEIS DOS CRIMES AMBIENTAIS: INTERFACES E CONSCIENTIZAÇÃO AMBIENTAL

**Edna Eustáquio de Oliveira Bandeira**, Mestre em Educação, PMMH  
**Ana Tavares de França**, Mestre em Ciências da Educação, PMC

### RESUMO

O presente artigo intitulado Educação Ambiental e Leis dos Crimes Ambientais: interfaces e conscientização ambiental surge a partir dos fatos que vem ocorrendo no meio ambiente, crises ambientais que nos deixa absortos com tamanha falta de consciência de pertencimento do homem na Natureza, e da necessidade de debater as interfaces das problemáticas que assolam a humanidade e pode dizimar a vida planetária que é a Crise Ambiental, Educação Ambiental e Leis dos Crimes Ambientais buscando evidenciar a importância da preservação ambiental em todos os espaços que se possa promover educação ambiental em prol a preservação e conservação ambiental. Desta forma, buscamos a partir de um referencial teórico específico como as leis dos crimes ambientais e educação ambiental, tecer uma reflexão e discorrer a cerca da referida temática.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crise Ambiental – Educação Ambiental – Leis dos Crimes Ambientais.


### 1. INTRODUÇÃO

Este artigo se apresenta tendo em vista a necessidade de fomentar diálogo sobre as temáticas ambientais à luz da educação ambiental e do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado debatendo sobre a importância do despertar da consciência crítica e ecológica de sustentabilidade ambiental que priorize a vida. Aqui discorreremos sobre a crise ambiental no mundo e Brasil, a importância de desenvolvimento de educação ambiental e as leis de combate ao crime ambiental.

### 2. CRISE AMBIENTAL E EDUCAÇÃO AMBIENTAL

A crise ambiental no mundo e, conseqüentemente, no Brasil vem a cada dia aumentando com o descuido dos setores governamentais diante da vulnerabilidade que nossas áreas de preservação ambiental têm sofrido ao longo dos tempos, podendo ser citado como exemplo os crimes ambientais causados a floresta Amazônica.





Segundo o site do Greenpeace,

O Brasil tem hoje na Amazônia cerca de 50 milhões de hectares de florestas em terras não destinadas, que estão vulneráveis a todo tipo de crime, como grilagem, extração de madeira ilegal e o garimpo, entre outros. Áreas não destinadas são aquelas pertencentes aos estados ou à União que ainda não tiveram sua finalidade definida, portanto não contam com um status de proteção ou de uso sustentável e ao mesmo tempo também não são propriedade privada. (GREENPEACE, 2020)

Desta feita, invasores denominados de grileiros desmatam a floresta, se apropriam da madeira, se apossam do patrimônio público, que é de interesse do povo brasileiro, para depois tentarem reivindicar a área como propriedade privada, com a intenção de obter a posse definitiva das terras invadidas e assim poder obter seus lucros por meio da violação do direito pertencente a todos os cidadãos brasileiros, aviltando a biodiversidade com marcas de um cenário devastador deixado pelas queimadas e pela perda da fauna silvestre, vindo atingir de forma direta às comunidades indígenas.

Vale ressaltar que o ano de 2020 deixou marcas profundas e irreparáveis na floresta amazônica causada pelas grandes queimadas que se originaram pelo avanço da fronteira agrícola nacional, expandindo o uso das áreas de produção do território brasileiro.


A floresta amazônica foi notícia em todos os veículos de comunicação do Brasil e do mundo, com 6.803 focos de incêndios como foi noticiado em todos os meios de comunicação, afrontando os preceitos constitucionais relevantes aos cuidados com a Natureza diante sua conservação e preservação do meio ambiente e da vida em nosso planeta.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está inserido dentre os direitos fundamentais de 3º dimensão, chamados direitos difusos “que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade” (BULOS, 2012, p. 531).

Desta feita, se faz necessário despertar a consciência ecológica de sustentabilidade ambiental que priorize a vida, o respeito e os cuidados com a biodiversidade existente em todo território brasileiro, transforma homens e mulheres capazes de buscar soluções para a construção de uma sociedade que respeite a Natureza. (UOL, 2020).

O artigo 225 da Constituição Federal, que em seu caput estabelece que:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988)”.



A Natureza pede socorro. É preciso o despertar crítico e consciente do cidadão através da sensibilização da mídia e das Instituições educacionais para que juntos possam reivindicar dentro do nosso ordenamento jurídico a proteção e à preservação da Natureza em nosso País.

Destarte que, observa-se uma inconsciência de preservação e conservação ambiental, no que diz respeito ao modo de agir perante o meio ambiente e em prol da manutenção da vida planetária. Vale mais ao homem a busca pelo desenvolvimento econômico-financeiro, a exploração das riquezas que a Natureza pode proporcionar que a própria vida da fauna e flora, tornando assim nosso planeta vulnerável a vários tipos de degradação ao meio ambiente.

“No Brasil, assim como na América do Sul, a quase totalidade das queimadas é causada pelo Homem, por motivos muito variados: limpeza e renovação de pastagens, queima de restos culturais para preparação de plantios, eliminação de material lenhoso resultante de desmatamentos, queima da palhada para colheita manual de cana-de-açúcar, vandalismo, balões de São João, disputas fundiárias, protestos sociais etc (ICMbio, 2010, p. 23)”.

Faz-se necessário saber que existem dois conceitos de meio ambiente:

O conceito de meio ambiente considerado e defendido por Edis Milaré (2007), o qual afirma que meio ambiente é tudo que faz parte da Natureza, é o ambiente original e ambiente modificado pelo homem através de sua ação, o qual para este autor o meio ambiente natural é a Natureza com toda fauna e flora planetária, já o ambiente artificial é aquele que sofreu alterações no habitat natural através de construções de edificações e fixação de equipamentos variados; e o conceito de meio ambiente disposto na Lei n. 6.938, de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, o qual preceitua em seu art. 3º:

- I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;
- II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;
- III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:
  - a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
  - b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
  - c) afetem desfavoravelmente a biota;
  - d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
  - e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

Dentro desta perspectiva de meio ambiente e a necessidade do cuidado, da preservação e conservação da Natureza, seja ela original ou modificada, é preciso que o homem busque adequar os valores ambientais no seu modo de vida, no seu próprio ato educacional, na sua educação.



Corroborando com este fundamento, a Constituição Federal de 1988, dispensa grandiosa reflexão necessária ao meio ambiente, valorando e consagrando o ambiente equilibrado como direito de todo cidadão.

Neste sentido, o parágrafo 3º do artigo 225 da Constituição Federal dispõe que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (BRASIL, 1988)”.

No Brasil, as principais normas de responsabilidade ambiental são a Lei nº 6.938/1981 – Lei de Política Nacional do Meio Ambiente; a Lei de Crimes Ambientais – Lei 9.605/1998 e Lei nº 12.651/2012 – Código Florestal.

Vislumbra-se a premissa do senso de responsabilidade individual e coletiva diante ao meio ambiente, o respeito ao diverso e ao tradicional, o respeito à vida com todas as suas manifestações orgânicas, físicas, sociais, e psíquicas. A humanidade precisa tomar consciência de que ambiente não é só ecologia, mas a complexidade do mundo e a própria existência com suas formas de interações.

Deste modo a escola tem papel social primordial sobre a questão, pois promover o despertar da consciência crítica é a máxima na formação cidadã. Os temas sobre o meio ambiente pode e devem fazer parte de eixos norteadores de aprendizagens na escola de forma a ajudar o aluno a compreender o mundo, a Natureza, suas transformações e as necessidades *sine qua non* de preservação e conservação da vida planetária, no qual é possível aprender a valorizar e intervir na Natureza de forma sustentável, responsável e consciente, que para a construção desta realidade a Educação Ambiental deve se fazer presente dentro do currículo escolar.

Nesta perspectiva, é preciso buscar vivenciar a Educação Ambiental de modo a suscitar profundas transformações nas práticas pedagógicas as quais desenvolvam potencialidades no currículo escolar uma dimensão socioambiental que considere a biodiversidade existente em nosso país de modo a levar nossas crianças e adolescentes a refletir sobre a importância da busca do saber e da preservação a vida planetária, enfrentar as diversas agressões ambientais sofridas pela Natureza, e assim dar um basta nos descuidos para com nosso planeta.



### 3. LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS

O meio ambiente é um bem do uso de todos fundamental à existência humana, e para tanto deve ser preservada e conservada essa diversidade biológica mundial, no entanto, não nos deparamos com este cuidado e com esta atenção em nosso dia à dia, vivendo uma era de grandes tecnologias a livre degradação está crescendo em larga escala, sendo que 3 em cada 10 áreas degradadas, são áreas de preservação do governo, tornando perceptível a ausência de políticas claras e de gestão para combater tais crimes.

O art. 225 da Constituição da República de 1988, trás as condutas criminosas contra o meio ambiente em leis esparsas e no o que dificultava o reconhecimento dos fatos tipificados como crime e, inclusive, a identificação das penas a estes cominadas.

A Lei Federal nº 9.605, conhecida como “Lei dos Crimes Ambientais”, sistematizou as leis dispersas, que trata das sanções penais e administrativas derivadas por condutas lesivas ao meio ambiente, tratando, ainda, da responsabilidade criminal da pessoa jurídica.


Contudo, esta proteção conta com a ausência de técnica legislativa, para melhor definir os tipos penais, uma vez que se podem verificar na Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98) vários tipos penais em aberto e normas penais em branco, tornando-a imprecisa, principalmente pelo excesso de termos genéricos, vagos e ambíguos, que gera insegurança e incerteza ao cidadão, uma vez que não discrimina de forma clara e taxativa a conduta punível.

As questões referentes à preservação do meio ambiente vêm conquistando cada vez mais espaço e relevância. Assim, conforme salienta Copola (2012):

Com todo efeito, a preocupação excessiva com o meio ambiente que atualmente se denota não é despropositada, porque quanto maior o desenvolvimento científico, tecnológico e industrial experimentado, maior é a degradação e a poluição ambiental provocada, e, via de consequência, maior se torna também a necessidade de preservação do meio ambiente. A questão atinente ao meio ambiente tem sido, também, objeto de discussão, notícia e análise em todos os meios de comunicação, em razão da grande preocupação que o tema tem despertado na população de todo o mundo. (COPOLA, 2012, p. 17).

O Brasil sofre com a degradação ambiental em decorrência da falta de educação ambiental e do cumprimento das leis causada pela ausência de programação das políticas públicas de proteção, a má gestão de recursos e mão de obra, aumentando assim o número de crimes ambientais, tornando inviável a manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. “[...] A constituição trata o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado





como um fator essencial à sadia qualidade de vida, que engloba todas as formas de vida.” (RODRIGUES, 2009).

De acordo com Lucas Britto Tolomei, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado:

O direito a um meio ambiente equilibrado é um bem jurídico essencial à boa qualidade de vida, e, de uso comum do povo. Ainda há, no *caput* do artigo 225, a determinação de que a responsabilidade de defender e preservar o meio ambiente é do Poder Público, e da coletividade, estabelecendo assim a divisão dessa responsabilidade ambiental entre as gerações presentes e as que estão por vir. (TOLOMEI, 2005).


Para que possamos ter uma boa tutela do meio ambiente é preciso ainda tomar como base a qualidade de vida das futuras gerações, iniciando com aos cuidados necessários para a educação da atual geração equilibrando o meio ambiente e a dignidade da pessoa humana, com uma adequada conscientização e a imposição de leis mais rígidas, como forma de combater os crimes ambientais e obter resultados mais positivos e assim podermos viver bem, com um meio ambiente estável e ecologicamente saudável, limitando o uso dos recursos utilizados com racionalidade.

No que se concerne a edição da Lei dos Crimes Ambientais contamos com um vultuoso avanço, no que tange à defesa e preservação ambiental para as gerações presentes e futuras, aspirando o desenvolvimento, o consumo sustentável e a qualidade da vida humana, respeitando, sobretudo, o princípio da taxatividade.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir dos debates suscitados neste artigo poderemos considerar que reflexões sobre as questões ambientais pode e deve ser uma constante em todos os espaços educativos, envolvendo sujeitos tornando-os capazes de transformar-se no e com o meio ambiente em que vive, de forma a defender e garantir a preservação da Natureza e vida planetária para as gerações presentes e futuras.

Neste aspecto, de defesa e preservação ambiental em prol a vida, se faz necessária ações em educação ambiental em todos os espaços que se possa desenvolver práticas educativas que problematize e desperte o pensamento crítico dos cidadãos diante de questões ambientais como crise ambiental, crimes ambientais, importância de preservação e conservação ambiental de



forma a evidenciar a criticidade, a autonomia e a responsabilidade individual e coletiva tão importante para a preservação e conservação do ambiente em prol a manutenção e existência de vida no planeta Terra, de forma a reconhecer-se - como parte - cidadão com sentimento de pertencimento da Natureza.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Edna E. O. & ARAGÃO, Wilson H. **Educação Ambiental na Conservação do Patrimônio Público Escolar**. Monografia de Pós Lato Sensu em educação Ambiental. UFPB: João pessoa, 2002

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

BRASIL, Lei nº 6.938, de 31 de Agosto, de 1981. **Política Nacional do Meio Ambiente**. Brasília, DF: Senado, 1981.

COPOLA, G. **A Lei dos Crimes Ambientais comentada artigo por artigo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FIGUEIREDO. João Batista de Albuquerque. **Educação Ambiental Dialógica: as contribuições de Paulo Freire e a cultura sertaneja nordestina**. Fortaleza: Edições UFC, 2007.

GREENPEACE. **Amazônia e sua Biodiversidade sofrem com a falta de proteção de florestas públicas no Pará**. Disponível In: < <https://www.greenpeace.org/brasil/biodiversidade/amazonia-e-sua-biodiversidade-sofrem-com-a-falta-de-protecao-de-florestas-publicas-no-para/> > Acesso in: Nov. 2020

MILARÉ, Edis. **Doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **O Direito e o ambiente**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **O Direito Constitucional Ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado**. Revista do Advogado (AASP). nº102, Março 2009.

TOLOMEI, Lucas Britto. **A Constitucional Federal e o Meio Ambiente**. Direito net, Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2092/A-Constituicao-Federal-e-o-meio-ambiente>> acesso 05 de Agosto de 2011.

UOL. **Amazônia já tem mais queimadas em 2020 do que em todo o ano passado**. Disponível in: <<https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2020/10/amazonia-ja-tem-mais-queimadas-em-2020-do-que-em-todo-o-ano-passado.shtml>> Acesso in: Nov. 2020



# CAPÍTULO 13

## RESPONSABILIDADE CIVIL NO CASO DE DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO: DO ACESSO À JUSTIÇA EM FACE DA PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES DEVOLVIDOS

**Franciele Barbosa Santos**, Advogada, Pós graduanda em Direito Penal e Processo Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUCPR

**Lillian Zucolote de Oliveira**, Advogada, Aluna especial pelo Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual de Londrina, UEL

### RESUMO


O presente trabalho tem como escopo analisar a possibilidade ou não da responsabilização civil do adotante pelos danos derivados da desistência da adoção durante o estágio de convivência e após a sentença. Para tanto, partiu-se da análise acerca do instituto da adoção, dos aspectos gerais da responsabilidade civil e, por fim, da sua aplicação no Direito de Família. No decorrer do trabalho, constatou-se que inúmeras crianças e adolescentes são devolvidos aos abrigos como se fossem simples bens de consumo com defeito o que viola frontalmente o princípio da dignidade humana e da proteção integral, razão pela qual tal prática deve ser veemente combatida. Assim, concluiu-se pela possibilidade da responsabilização civil do adotante que desistir da adoção no intuito de inibir tal prática e compensar as perdas sofridas pelas crianças e adolescentes devolvidos. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo com pesquisar bibliográficas, estudo da legislação pátria e análise jurisprudencial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desistência da Adoção. Direito de Família. Responsabilidade Civil.

### INTRODUÇÃO

A adoção é instituto antigo que se perpetuou no tempo e nas mais diversas sociedades e tinha como escopo continuar a linhagem e consequente sucessão no patrimônio familiar. Era uma forma de alinhar os interesses daqueles que não podiam e gostariam de ter filhos com aqueles que possuíam filhos, mas que, por algum motivo, não gostariam de tê-los.

No ordenamento brasileiro, até o advento da Constituição Federal de 1988, havia diferenciação na origem da filiação, sendo os direitos sucessórios distintos para filhos tido como legítimos e filhos provenientes de adoção ou de relacionamento fora do instituto do casamento. Porém, a Magna Carta trouxe em seu bojo o reconhecimento das mais diversas formas de constituição de família e a proibição de qualquer discriminação dos filhos, igualando os seus direitos e deveres.



Assim, igualou-se os efeitos da filiação biológica com a filiação adotiva, que se trata de uma relação pautada no amor e na vontade recíproca entre adotante e adotado de amar e ser amado. Contudo, o que tem ocorrido é a devolução do adotando/adotado às instituições de acolhimento, havendo desistência dos adotantes nos mais diversos estágios do processo de adoção, em alguns casos após anos de convívio como pais e filhos.

Nesse ínterim, o presente trabalho tem como objetivo analisar as consequências da desistência da adoção durante o processo, no estágio de convivência, ou até após a sua conclusão, além da possibilidade ou não da responsabilização do adotante e, conseqüente, indenização ao adotando pelos prejuízos materiais e morais sofridos.

Para tanto, utilizou-se do método dedutivo, com fontes de pesquisa primária em jurisprudências pátrias, e fontes secundárias a partir da pesquisa bibliográfica reunindo várias obras de importantes doutrinadores pátrios que tratam acerca do tema, como: Maria Berenice Dias, Rolf Madaleno, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Frávio Tartuce.


Nesse contexto, a fim de atingir o objetivo almejado, o presente trabalho está estruturado em três partes. A primeira abarcará o instituto da adoção, seus requisitos e procedimento. A segunda a responsabilidade civil em seu aspecto geral, e a terceira a responsabilidade civil pela desistência da adoção.

## **ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

O instituto da adoção é um dos mais antigos de que se tem notícia, tendo relatos da sua ocorrência em quase todas as civilizações antigas. Tal instituto está presente e integrado na história de diferentes povos, atravessando os séculos, tendo citação, inclusive, na Bíblia Sagrada quando narra a adoção do profeta Moisés pela filha do Faraó, no Egito (BÍBLIA, 2008, p. 101-102).

Sempre existiram filhos não desejados e pais inférteis, a adoção, então, tem na sua origem o intuito de perpetuar o culto doméstico dos antepassados e evitar, dessa forma, a desgraça que seria a morte do chefe da família sem descendentes. Como instituto sua origem se deu entre os povos orientais, prevendo as leis. Há ainda inscrições no Código de Hamurabi





(1728–1686 a.C.), na Babilônia, acerca do instituto da adoção e seus efeitos, como a indissolubilidade da adoção (MADALENO, 2018, p. 840).


Na Idade Média, contudo, a adoção passou a ser vista como algo maléfico diante da influência da Igreja Católica, que se viu prejudicada nas doações de bens pós óbito deixados por senhores feudais sem descendentes. Foi somente com a Revolução Francesa, e consequente advento do Código de Napoleão, que a adoção ressurgiu (MADALENO, 2018, p. 840).

No Brasil, a adoção veio sistematizada no Código Civil de 1916, que tratava a adoção de maiores de idade e menores como “simples”. O Código, porém, trazia sérias restrições como a idade mínima para adotar, a inexistência de filhos e uma diferença mínima de 18 anos entre o adotante e o adotado. Tais restrições acabavam por engessar e dificultar a ocorrência de adoções (DIAS, 2016, p. 475).

Em 1957, com a promulgação da Lei n. 3.133, houve a mudança da idade mínima para adotar, passando a ser 30 anos ao invés de 50 anos, a diferença de idade passou a ser de 16 anos, bem como afastou a exigência da inexistência de prole conjugal. A lei n. 4.655/65 admitiu a chamada legitimação adotiva e o Código de Menores (Lei n. 6.697/79), substituiu a legitimação adotiva para adoção plena, bem como o vínculo de parentesco foi estendido à família dos adotantes (DIAS, 2016, p. 475-476).

Foi somente com a Constituição Federal de 1988 que o ordenamento pátrio passou a proibir qualquer tipo de discriminação entre filhos, eliminando qualquer tipo de distinção em decorrência da origem da filiação. A Magna Carta trouxe em seu artigo 227, §6º, a igualdade entre os filhos em seus direitos e qualificações, vedando qualquer diferenciação (BRASIL, 1988).

Para regulamentar este comando e dar efetividade aos preceitos constitucionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) passou a regulamentar a adoção dos menores de 18 anos, assegurando-lhes todos os direitos. Porém, no que se refere à adoção de maiores, o Código Civil de 1916 ainda era a base legal. Referido Código fazia diferenciação entre os filhos adotivos e os havidos no casamento, gerando distinção inclusive na sucessão, mas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tais dispositivos foram considerados inconstitucionais (DIAS, 2016, p. 476).



Com o advento do Código Civil de 2002 ainda restavam dúvidas acerca da adoção de maiores de idade, as quais foram sanadas com a Lei Nacional de Adoção (Lei n. 12.010/09) que trouxe expressamente que à adoção de maiores de idade aplicam-se os princípios do ECA, modificando a redação do art. 1.619 do Código Civil (BRASIL, 2009). Ainda, no Brasil estão incorporados dois tratados internacionais que tratam acerca da adoção: a Convenção relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (Convenção de Haia) e a Convenção sobre os Direitos da Criança.


O estado de filiação decorre de um fato (nascimento) ou de um ato jurídico (adoção). A adoção consiste em um vínculo filial decorrente do afeto, manifestado pela vontade que se efetiva com a chancela estatal. Conforme traz Luiz Edson Fachin é um estado de filiação construída no amor (FACHIN, 2012, p. 219, apud, DIAS, 2016, p. 479). Dessa forma, decorre unicamente da vontade de amar e ser amado.

É nesse sentido que a adoção se apropria do conceito de afeto, pois “é no amor paterno-filial entre pessoas mais velhas e mais novas, que imita a vida, que a adoção se baseia. São filhos que resultam de uma opção e não do acaso que são os adotivos” (DIAS, 2016, p. 479). Assim, a filiação e seu conceito é construído socialmente, culturalmente, sendo reforçada pelo convívio e afeto entre os entes, não importando se a origem é biológica ou adotiva.

Em relação aos requisitos da ação, primeiramente é necessário ser civilmente capaz, ou seja, maior de 18 anos, bem como é exigido pelo ECA que o adotante seja pelo menos 16 anos mais velho que o adotado (BRASIL, 1990). Em decorrência da exigência de ser civilmente capaz, estão impedidos de adotar aqueles que estão impedidos de exprimir sua vontade, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, bem como os relativamente incapazes (BRASIL, 2002).

Há a possibilidade da adoção se dar de forma unilateral, ou seja, por apenas uma pessoa, mas quando a adoção for de forma conjunta o casal deverá comprovar estabilidade na relação ou na união estável. A lei ainda prevê o impedimento para adotar, por completa incompatibilidade com o instituto da adoção, os ascendentes e os irmãos do adotando (BRASIL, 1990).

Ainda é necessário a manifestação de vontade do adotante em exercer o efetivo vínculo de filiação, além da necessidade do consentimento dos pais ou representante legal, tal



consentimento deve ser posterior ao nascimento e é revogável, sendo inexigível nos casos em que houve a destituição do poder familiar. No caso do adotando maior de 18 anos, é imprescindível a sua concordância expressa (BRASIL, 1990).


Com a concordância ou após o trânsito em julgado da ação de destituição familiar, o juiz vai incluir a criança ou adolescente no Cadastro Nacional de Adoção (CNA) (BRASIL, 1990). Salienta-se que o processo de adoção é demasiadamente moroso e, assim, vem sendo permitido a cumulação da ação de adoção com a de destituição do poder familiar. Presentes tais requisitos verifica-se a possibilidade de que a adoção seja efetivada.

O processo de adoção tem início antes da ação de adoção, com a habilitação dos pretendentes. Trata-se de uma jurisdição voluntária cuja competência é da Vara da Infância e Juventude. Tal procedimento vai ser instaurado com a apresentação de petição inicial e, em seguida, encaminhado ao Ministério Público que vai apresentar os quesitos para ser elaborado estudo técnico (DIAS, 2016, p. 504).

A inscrição dos candidatos é condicionada a um período de preparação psicossocial e jurídica. Durante o estágio de preparação é permitido que os pretendentes à adoção visitem as instituições de acolhimento e é incentivado a adoção de crianças inter-racial (DIAS, 2016, p. 504). Após o término da fase de preparação, o Ministério Público deve emitir parecer e, a depender do caso, o juiz poderá marcar audiência de instrução e julgamento.

Nada mais a ser feito, o pedido de adoção é deferido e os pretendentes passam a compor o Cadastro Nacional de Adoção. Salienta-se que é possível que a adoção se dê por pessoas não cadastradas em tal sistema, é o que acontece nos casos em que o adotando já possui convivência e vínculo com o adotante (BRASIL, 1990).

Após, espera-se que se as linhas entre o perfil do adotante e do adotando se cruzem. Com tal acontecimento, inicia-se o estágio de convivência exigido pelo ECA, cuja duração não possui um tempo determinado, o qual vai depender do caso específico, mas possui limitação mínima e máxima, sendo na hipótese de adoção nacional o máximo de 90 dias, podendo ser prorrogada por decisão fundamentada e, nos casos de adoção internacional lei estabelece um período mínimo de 30 (trinta) dias e máximo de 45 (quarenta e cinco) dias que também poderá ser prorrogado, mas por uma única vez (BRASIL, 1990).



Findado o período de convivência, a equipe irá apresentar um parecer recomendando ou não o deferimento da adoção pelo juiz responsável. Cumprido todos os requisitos, a adoção é deferida e a sentença possui efeito constitutivo, ou seja, constitui uma relação paterno-filial. Assim, será feito um novo registro de nascimento ao adotado, na qual não poderá constar qualquer anotação sobre a origem da filiação (BRASIL, 1990).

A adoção extingue por completo a relação familiar que pode ter existido com a família biológica antes da adoção, ressalvado, o direito personalíssimo do adotado de conhecer os seus dados biológicos, contudo tal direito não se confunde com o direito de exigir uma relação paterno-filial.

## **ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL**


A responsabilidade civil integra o âmbito do direito das obrigações e decorre de um conceito amplo de que toda ação praticada possui uma consequência, de forma que quando as ações ou omissões resultem em prejuízo para outrem, a consequência pode se dar na reparação do dano ao prejudicado, sendo a exteriorização da responsabilidade civil.

Em aspectos gerais, o instituto da responsabilidade civil se encontra nos artigos 186, 187 e 927, *caput* e parágrafo único do Código Civil que definem abuso de direito como ato ilícito e conseqüente dever de indenizar (BRASIL, 2002). Salienta-se que o código traz duas espécies de responsabilidade, quais sejam: a objetiva e a subjetiva.

Na primeira modalidade o dever de indenizar independe de culpa, ou seja, o prejudicado somente deverá comprovar o ato, dano e o nexos causal entre eles. Tal responsabilidade não é regra no nosso ordenamento pátrio, contudo aplica-se aos casos em que a lei atribui ou quando a atividade exige. No que se refere a responsabilidade subjetiva é imprescindível a comprovação de que o agente atuou com culpa, ou seja, que sua ação ou omissão tenha se dado de forma voluntária (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 34-35).

Nesse interim, é plausível vislumbrar a consagração da responsabilidade subjetiva como regra no ordenamento pátrio, requerendo, para sua configuração quatro elementos, a saber: dano, ação/omissão, nexos causal e culpa/dolo. Importante salientar que quando o Código Civil trata sobre a responsabilidade decorrente de abuso de direito em seu artigo 187, tal





responsabilidade é trazida como objetiva. É nesse sentido que o Enunciado n. 37 da I Jornada de Direito Civil de 2004, traz que tal responsabilidade independe de culpa, fundamentando-se no critério objetivo-finalístico (CNJ, 2004).

Ressalta-se que a responsabilidade civil não é integral, tendo o artigo 188 do Código Civil salientado que não constitui ato ilícito os atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular do direito e a deterioração ou destruição da coisa alheia a fim de remover perigo iminente (BRASIL, 2002). Assim, verificado a ocorrência dos requisitos exigidos pela lei e ausente as excludentes tem-se o dever de indenizar.


Com o advento da Constituição Federal de 1988 e conseqüente alteração do enfoque jurídico do patrimônio para o sujeito, o cerne da responsabilidade também foi modificado para a vítima, assim passou-se a evidenciar dignidade humana da vítima. Dessa forma, o dever de reparar também passou a abarcar o dano moral, além do material.

Quando se fala em dano material, tem-se que esse se refere ao dano do patrimônio da vítima que são aqueles apreciáveis economicamente, podendo o dano afetar o patrimônio presente ou futuro. O dano material pode se dividir em dano emergente e lucros cessantes. A perda de uma chance guarda relação com os lucros cessantes ao passo que “[...] dela se utiliza nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor” (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 108).

Dano moral é todo aquele dano que causa ferimento não patrimonial, que cause dor e sofrimento à vítima. Cavalieri Filho divide o conceito em sentido estrito e em sentido amplo, sendo o primeiro a violação à dignidade humana e o segundo a violação de algum direito ou atributo da personalidade (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 116-119). Assim, um ato ilícito pode acarretar diferentes danos à vítima que tem seu patrimônio ou a si mesmo prejudicado, cabendo ao agente causador do dano o dever de reparação, pois impossível restaurar o *status quo* da parte que sofreu o dano.

## **RESPONSABILIDADE CIVIL POR DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO**

Conforme exposto acima, o Código Civil trata, em seus artigos 186, 187 e 927, as normas básicas acerca da responsabilidade civil estabelecendo que surge o dever de indenizar



sempre que se causar um dano a outrem em decorrência da prática de um ato ilícito que pode ser caracterizado como qualquer ação ou omissão que violar o direito ou, ainda que o titular do direito, exceder manifestamente os limites impostos.

Apesar de ser um instituto previsto dentro do Direito das Obrigações, ele tem plena aplicação nos demais ramos do Direito, inclusive no Direito de Família. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2013, p. 162), “não se pode negar que as regras da responsabilidade civil invadem todos os domínios da ciência jurídica, ramificando-se pelas mais diversas relações jurídicas, inclusive as familiaristas”.


A aplicação da responsabilidade civil ao Direito de Família se fundamenta em princípios norteadores, quais sejam: o princípio da responsabilidade parental, da solidariedade familiar, da afetividade, da proteção integral de crianças e adolescentes, e, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Maria Berenice Dias (DIAS, 2016. p. 49).

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum –, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

No que tange especificamente ao objeto do presente estudo, para que se possa analisar com solidez o cabimento da indenização por dano derivado da desistência da adoção, é preciso que se determine em qual momento ela se deu, isto é, se ocorreu durante o estágio de convivência ou após o trânsito em julgado da sentença constitutiva.

Conforme já tratado alhures, o estágio de convivência está previsto no artigo 45 do ECA e seus parágrafos e tem como objetivo propiciar o início da convivência a fim de verificar a compatibilidade entre adotante e adotando. Durante esse período, os pretendentes à adoção obtêm a guarda provisória da criança ou do adolescente e são acompanhados por uma equipe interprofissional.

Infelizmente, inúmeros são os casos de devolução do adotando quando iniciado o estágio de convivência. Dentre as principais causas da desistência da adoção pode se citar a falta de preparo dos membros da família para lidarem com as adversidades e a difícil adaptação da criança ou adolescente na família substituta decorrente do tempo em que passaram institucionalizadas e do medo de uma nova rejeição (DIAS, 2017).



Com relação a possibilidade ou não da responsabilização civil dos adotantes que desistem do processo de adoção durante o estágio de convivência, constata-se que não existe uma unanimidade de entendimento nos tribunais. Aqueles que entendem não ser possível a responsabilização, defendem que inexistente qualquer vedação legal a desistência dos pretendentes durante o estágio de convivência, conforme se observa a partir dos acórdãos abaixo:


APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDENIZAÇÃO - DANO MATERIAL E MORAL - ADOÇÃO - DESISTÊNCIA PELOS PAIS ADOTIVOS - PRESTAÇÃO DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR - INEXISTÊNCIA - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - RECURSO NÃO PROVIDO. - Inexiste vedação legal para que os futuros pais desistam da adoção quando estiverem com a guarda da criança. - O ato de adoção somente se realiza e produz efeitos a partir da sentença judicial, conforme previsão dos arts. 47 e 199-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Antes da sentença, não há lei que imponha obrigação alimentar aos apelados, que não concluíram o processo de adoção da criança. - A própria lei prevê a possibilidade de desistência, no decorrer do processo de adoção, ao criar a figura do estágio de convivência. - Inexistindo prejuízo à integridade psicológica do indivíduo, que interfira intensamente no seu comportamento psicológico causando aflição e desequilíbrio em seu bem estar, indefere-se o pedido de indenização por danos morais (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, 2014).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. ADOÇÃO. DESISTÊNCIA DO PEDIDO. ALIMENTOS. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. [...] III - No caso, por mais triste e complexo que seja a situação, inexistindo efetivo prejuízo à integridade psicológica do indivíduo, que interfira intensamente no seu comportamento psicológico, causando aflição e desequilíbrio em seu bem estar, indefere-se o pedido de indenização por danos morais. RECURSO DO AUTOR DESPROVIDO, E PROVIDO O DOS DEMANDADOS (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2016).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE ARBITRAMENTO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ABUSO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. Considerando que a função do estágio de convivência é, justamente, buscar a adaptabilidade do (s) menor (es) ao (s) adotante (s) e deste (s) à(s) criança (s), quando esta adaptação não ocorre e há desistência da adoção durante este período, não há configuração de qualquer ato ilícito ensejador de dano moral ou material. Assim, deve ser mantida a sentença de improcedência. APELAÇÃO DESPROVIDA, POR MAIORIA (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2019).

De fato, ao se analisar o artigo 47 do ECA, constata-se que a desistência durante o estágio de convivência é legítima, uma vez que o vínculo de adoção só se constitui por meio de sentença judicial (BRASIL, 1990). Sendo assim, analisando o Estatuto da Criança e do Adolescente em sentido literal não há óbice para a desistência da adoção durante esse período.

Contudo, imperioso ressaltar que o estágio de convivência se pauta no princípio do melhor interesse da criança e adolescente de modo que tem a função primordial de avaliar a



adaptação da criança ou adolescente ao lar e ao convívio junto aos adotantes. Sendo assim, apesar de servir também como uma forma de verificar a compatibilidade entre adotante e adotando, não deve ser usado como um instituto voltado para os interesses subjetivos dos adotantes, não se tratando, portanto, de um experimento de paternidade.


É certo que existem casos em que durante o estágio de convivência se chega à conclusão de que o prosseguimento da adoção se mostra inapropriado. No entanto, tal constatação é feita pela própria equipe interprofissional que acompanha o adotante e adotando nesse período. O que se tem observado na prática, contudo, é a devolução do infante pelo simples fato de os pretendentes à adoção terem suas expectativas frustradas.

Nesses casos, a criança ou o adolescente passam a ser tratados como se fossem um produto com defeito. O próprio termo “devolução” está intimamente ligado com a prática comercial aplicável aos casos em que o produto é devolvido ou trocado por outro diante da apresentação de algum aspecto defeituoso. Tal situação já é observada há anos, conforme se extrai da decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Assinala-se, por oportuno, a tomada de vulto em todo o território nacional da infeliz prática de situações idênticas ou semelhantes a que se examina neste processo, atos irresponsáveis e de puro desamor de pais adotivos que comparecem aos fóruns ou gabinetes de Promotores de Justiça para, com frieza e desumanidade, "devolver" ao Poder Público seus filhos, conferindo-lhes a vil desqualificação de seres humanos para equipará-los a bens de consumo, como se fossem produtos suscetíveis de devolução ao fornecedor, por vício, defeito ou simples rejeição por arrependimento. E, o que é mais grave e reprovável, a desprezível prática da "devolução" de crianças começa a assumir contornos de normalidade, juridicidade, legitimidade e moralidade, em prol do pseudo benefício dos infantes. O Poder Judiciário há de coibir essas práticas ignóbeis e bani-las do nosso contexto sócio-jurídico de uma vez por todas. Para tanto, há de, exemplarmente, punir os infratores das lei civis, destituindo-os do poder familiar e condenando-os pecuniariamente pelo ilícito causador de danos imateriais a crianças e adolescentes, vítimas já marcadas pela própria existência desafortunada que se agrava com os atos irresponsáveis de seus adotantes, sem prejuízo da responsabilidade criminal de seus agentes. Frisa-se, ainda, que a inserção de crianças e adolescentes em famílias substitutivas objetiva atender primordialmente os interesses dos menores (art. 1.625, CC) e não as pretensões dos pais, mesmo que altruísticas, em que pese não raramente egoísticas (SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça, 2011).

Inegável, portanto, que todos os institutos que amparam o processo de adoção se voltam primordialmente aos interesses dos infantes e jamais às pretensões – por vezes egoísticas – dos pretendentes à adoção, cabendo a estes o dever de se esforçar para que a convivência ocorra da melhor maneira possível, sendo que o mero mau comportamento ou desobediência da criança ou do adolescente não configura justificativa plausível para a desistência da adoção.





A partir da análise dos acórdãos que entendem ser lícita a desistência da adoção durante o estágio de convivência, observa-se que tais decisões se fundamentaram não só nessa justificativa isolada, mas também em razão de não se ter constatado a existência de qualquer prejuízo à integridade psicológica do infante. Logo, constata-se que naqueles casos em que ficar provado a ocorrência de dano ao menor caberá a responsabilização civil, ainda que a desistência tenha se dado durante o estágio de convivência.


Ademais, é necessário durante a análise de cada caso em concreto a verificação se a desistência se deu com base em motivos justificáveis e, portanto, dentro do exercício de direito ou se foi fundamentada em motivos vagos e insuficientes o que configuraria o abuso de direito.

Conforme tratado no tópico anterior, o abuso de direito está previsto no artigo 187 do Código Civil o qual determina que comete ato ilícito aquele que excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002). Sendo assim, constata-se que para a configuração do ato ilícito decorrente do abuso de direito não é preciso provar se o agente agiu com intenção ou não de causar o prejuízo, bastando para a sua configuração que tenha ultrapassa os limites do seu direito.

Aplicável, também, o princípio da vedação ao comportamento contraditório o qual determina que as pessoas devem apresentar um comportamento coerente durante as relações jurídicas e sociais. Apesar de ser um princípio presente especialmente no Direito das Obrigações é plenamente possível a sua aplicação no Direito das Famílias tendo ampla relação com o princípio da boa-fé e da vedação de alegação da própria torpeza.

Segundo Silvio de Salvo Venosa (2013. p.398-401), aquele que apresenta comportamento contraditório no meio jurídico comete ato ilícito do qual pode ensejar a obrigação de indenizar. Sendo assim, ao criar-se determinada expectativa na outra parte – no caso em tela, a expectativa de pertencimento a uma família – decorrente de conduta anterior, não poderá simplesmente se escusar das consequências do seu ato em razão da mera manifestação de vontade, tendo em vista a frustração gerada na outra parte que confiou e acreditou no comportamento anterior.

Assim, nos casos em que a desistência se der com base em justificativas vazias haverá o cometimento do abuso de direito do qual nascerá o dever de indenizar. Nesse sentido, foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:




RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. ADOÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESISTÊNCIA NO CURSO DO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE DEVOLUÇÃO DA QUESTÃO RELATIVA À RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO QUE SE LIMITA A IMPUGNAR O VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSINDICABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. [...] O estágio de convivência não pode servir de justificativa legítima para a causação, voluntária ou negligente, de prejuízo emocional ou psicológico a criança ou adolescente entregue para fins de adoção. Após alimentar as esperanças de uma criança com um verdadeiro lar, fazer com que o menor volte ao acolhimento institucional refletindo o motivo pelo qual foi rejeitado novamente, configura inquestionável dano moral, e sem dúvida acarreta o dever de indenizar daqueles que deram causa de forma imotivada a tal situação. [...] Lamentavelmente, o casal não soube administrar os conflitos ocorrentes, razoáveis e previsíveis, haja vista tratar-se de adoção tardia de grupo de irmãs, e, em vez de contornar o problema e proteger as crianças, resolveu devolvê-las, resultando em novo acolhimento e, como consequência, houve a perda da oportunidade de serem adotadas conjuntamente, e, agora, talvez fiquem em três famílias distintas, com a consequente e totalmente indesejável separação do grupo. O sentimento de rejeição, a frustração da expectativa de integrar uma família com todas as irmãs juntas e a falta de confiança nas relações humanas, que é decorrência lógica de situações como a ora julgada, não ficam limitados ao mero aborrecimento do cotidiano. Ao contrário, trata-se de agressão a direitos básicos da personalidade, consubstanciando-se no dano moral indenizável [...] (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2019).

A devolução do adotando durante o estágio de convivência sem qualquer justificativa plausível acarreta sérios danos às crianças e adolescentes, bem como viola o princípio da dignidade humana e da proteção integral à criança e ao adolescente. Sendo assim, “ficando demonstrado que os adotantes agiram com abuso de direito, está caracterizada a prática de ato ilícito, podendo e devendo haver a responsabilização civil destes” (BORDALLO, 2018. p. 282).

O Ministério Público possui legitimidade ativa extraordinária para propositura da ação com o objetivo de responsabilizar aqueles que causaram danos a crianças ou adolescente ao abusar do seu direito. Esse foi o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM OCORRENTE. GUARDA PROVISÓRIA. DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA DOS ADOTANTES CARACTERIZADA. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR PRESENTE. VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O art. 201, IX, da Lei nº 8.069, de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente confere legitimidade ativa extraordinária ao Ministério Público para ingressar em juízo na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente. 2. Assim, o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, cujo objetivo é responsabilizar aqueles que supostamente teriam violado direito indisponível do adolescente. 3. Embora seja possível desistir da adoção durante o estágio de convivência, se ficar evidenciado que o insucesso da adoção está relacionado à negligência e à imprudência dos adotantes e que desta atitude resultou em comprovado dano moral para o adotando, este deve ser indenizado. 4. O arbitramento da indenização pelo dano moral levará em conta as consequências da lesão, a condição socioeconômica do ofendido e a capacidade do devedor. Observados



esses elementos, o arbitramento deve ser mantido. 5. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que acolheu em parte a pretensão inicial, rejeitada uma preliminar (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, 2018).


Sendo assim, embora seja lícita a desistência da adoção durante o estágio de convivência, tal direito não pode ser exercido com base em justificativas vazias e nem pode gerar danos aos infantes, sob pena de cometimento do abuso de direito do qual nasce o dever de indenizar.

No que tange a desistência da adoção após o trânsito em julgado da sentença, constata-se que não existe no ordenamento jurídico brasileiro essa possibilidade, uma vez que a adoção se trata de medida excepcional e irrevogável por força do artigo 39, parágrafo 1º, do ECA (BRASIL, 1990).

Contudo, tal regra não impede a ocorrência de situações excepcionais no qual os pais buscam a devolução da criança mesmo após o trânsito em julgado da sentença. Apesar de não haver no ordenamento a possibilidade da revogação da adoção, constata-se que, na prática, a sua manutenção pode resultar em danos físicos e psicológicos ao menor ao ser obrigado a ficar em um lar no qual não é desejado. Sendo assim, ainda que não seja permitido a revogação da adoção, tal medida se mostra necessária a fim de garantir a proteção integral à criança e ao adolescente.

Inegável, portanto, a configuração do ato ilícito capaz de gerar o amplo dever de indenizar que compreenderá o dano moral, o dano existencial e a perda de uma chance, além de poder ser condenado a obrigação alimentar e impossibilitado de realizar nova habilitação no cadastro de adoção, sem prejuízo da responsabilização penal pela prática do ilícito de abandono de incapaz.

O dano moral configura-se quando ocorre a lesão de um bem que “integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação” (GONÇALVES, 2008, p. 359). Por sua vez, o dano existencial ocorre quando, após a lesão, há uma perda na qualidade de vida do indivíduo. Trata-se da lesão a um conjunto de relações que fazem parte do desenvolvimento da personalidade do indivíduo (SOARES, 2009, p. 44).



É evidente a existência do dano moral e existencial causados pela devolução de crianças e adolescentes ao abrigo, uma vez que não só passam novamente pela sensação de abandono, como também sofrem a ruptura de laços afetivos já constituídos com os seus amigos de escola, o seu bairro, o seu quarto, entre outros vínculos formados. Ademais, tal situação tende a afetar diretamente a autoestima da criança, sendo que muitas chegam a desistir da ideia de fazer parte de uma família devido ao receio de passarem por uma nova rejeição (CARVALHO, 2017).

Nesses casos, observa-se também a necessidade da indenização pela perda de uma chance que ocorre quando “a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal” (TARTUCE, 2018, p. 369). Isso porque a adoção de uma criança, especialmente na idade em que há mais procura (entre 0 e 3 anos de idade) e a sua “devolução” com uma idade mais avançada reduz imensamente as suas chances de ser posteriormente adotada por uma nova família.


Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial:

APELAÇÃO. Ação de reparação por danos morais e Obrigação de Fazer. Adoção. Desistência por parte do casal adotante. Sentença de procedência condenando os pais do adolescente adotado a repararem o dano causado. Reparação por meio do pagamento de valores mensais e responsabilização por tratamento terapêutico e psiquiátrico. Perda de uma chance de ser adotado por família substituta. [...] Fatos adequadamente analisados nos autos a considerar também longo período em que os setores técnicos do juízo atuaram na tentativa de fortalecer os laços afetivos do casal com o filho. Omissão diante da não adesão às propostas oferecidas ao casal, de acompanhamento psicológico. Condenação à indenização. Valor adequado à situação dos autos. Recurso improvido (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, 2019).

Para retratar a situação enfrentada por milhares de crianças, cita-se o acórdão abaixo no qual passados três anos da adoção, a mãe compareceu a Vara da Infância e Juventude da Comarca de Criciúma e expressou a sua vontade de desconstituir os vínculos parentais.

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C ALIMENTOS. DEMANDA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DA MÃE DO MENOR. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO VOLTADO AO RECONHECIMENTO DO DANO MORAL E À MAJORAÇÃO DO VALOR DOS ALIMENTOS. RECURSO DA REQUERIDA BUSCANDO APENAS A MINORAÇÃO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA. DANO MORAL. ILEGITIMIDADE DO ÓRGÃO MINISTERIAL AFASTADA. ADOÇÃO FRACASSADA. ENTREGA DO MENOR PARA ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL QUE CONFIGURA ATO ILÍCITO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. ENTENDIMENTO FIRMADO POR ESTA CÂMARA, EM MAIORIA, POR JULGAMENTO AMPLIADO, PELA TÉCNICA DO ART. 942 DO CPC/2015. QUANTUM





INDENIZATÓRIO FIXADO EM R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS), JÁ COMPUTADOS NESTE VALOR OS CONSECTÁRIOS LEGAIS. ALIMENTOS. DESTITUIÇÃO QUE NÃO SUPRIME OS VÍNCULOS DE PARENTESCO. DEVER DE PRESTAR ALIMENTOS RECONHECIDO. QUANTIA FIXADA EM 60 % (SESSENTA POR CENTO) DO SALÁRIO MÍNIMO. MÃE DESEMPREGADA. POSSIBILIDADE DE MINORAÇÃO PARA 30% (TRINTA POR CENTO) DO SALÁRIO MÍNIMO NACIONAL. RESPEITO À REGRA DO ART. 1.694, § 1º DO CÓDIGO CIVIL (SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça, 2017).


Conforme constatado pela equipe técnica do Lar Azul, o menor apresentou dificuldade de adaptação no âmbito familiar, comunitário e escolar o que levou ao desgaste emocional e abandono afetivo do menor que passou a ser tratado como indiferença e visto como um “problema”. Diante do ato ilícito praticado pela mãe, foi fixado o quantum indenizatório no montante de 50 mil e o dever de prestar alimentos no importe de 30% do salário mínimo.

Evidente, portanto, o cabimento da fixação de verba alimentar, uma vez que a destituição do poder familiar não extingue a obrigação alimentar dos pais. Esse é o entendimento jurisprudencial, conforme se observa do acórdão a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. PAIS ADOTIVOS. FIXAÇÃO DE VERBA ALIMENTAR. CABIMENTO. MANUTENÇÃO DO PERCENTUAL ESTABELECIDO EM SENTENÇA. Considerando que a destituição do poder familiar não implica, por si só, a extinção da obrigação alimentar, já que o rompimento definitivo do vínculo estabelecido por meio da adoção somente acontecerá se o infante for colocado em família substituta por intermédio de nova adoção, a quantia fixada em 30% do salário mínimo está ajustada ao binômio alimentar, representando pouco mais de 10% da renda mensal total auferida pelos recorrentes (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2012).

A despeito de todos os argumentos supracitados, há ainda aqueles que entendem não ser cabível a responsabilização civil dos adotantes sob o argumento de que a disseminação de tal prática poderá criar embaraços à adoção. Contudo, o que se propõe a partir do presente estudo é a reflexão acerca da seriedade do instituto da adoção, uma vez que está intimamente ligado a dignidade de crianças e adolescentes que já passaram pela perda de sua família de origem e, em geral, encontram-se ainda mais fragilizados.

A responsabilização civil dos adotantes não soluciona e nem compensa os danos causados ao infante que após criar toda uma expectativa de pertencimento a uma nova família acaba por sofrer um novo abandono sendo novamente institucionalizado. Contudo, ela tem como objetivo diminuir o dano causado ao viabilizar o acesso a um acompanhamento psicológico, a uma instituição de ensino de qualidade, a um plano de saúde, ou seja, visa



compensar, da forma como for possível, as perdas sofridas pela criança ou adolescente “devolvidos”.

Ademais, a reparação civil também tem como intuito coibir a prática da adoção irresponsável e serve como forma de conscientização por parte dos adotantes a fim de que estejam cientes dos possíveis efeitos dos seus atos e apenas ingressem no processo de adoção quando estiverem psicologicamente preparados para lidar com as dificuldades que surgirem.

A prática da responsabilização civil dos adotantes, portanto, visa reafirmar e consolidar o direito à dignidade, integridade moral e proteção integral de crianças e adolescentes, uma vez que devem ser tratados como sujeitos de direitos merecedores da máxima proteção e não como simples objeto de consumo passível de devolução quando apresentar defeitos.


## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao longo da presente pesquisa foi possível a análise acerca da possibilidade ou não da responsabilização civil dos adotantes pelos danos derivados da desistência da adoção tendo sido constatado a necessidade de se determinar em qual momento ela se deu, isto é, se a desistência ocorreu durante o estágio de convivência ou após o trânsito em julgado da sentença constitutiva, uma vez que tais situações possuem tratamento distinto.

Em relação a desistência da adoção durante o estágio de convivência, concluiu-se que, embora ela seja lícita tendo em vista que a adoção só se constitui definitivamente após a sentença, tal direito não pode ser exercido com base em justificativas vazias e nem pode gerar dano aos infantes, sob pena de cometimento do abuso de direito do qual nasce o dever de indenizar.

No que tange a desistência da adoção após a sentença transitada em julgado, constatou-se que não existe no ordenamento jurídico brasileiro essa possibilidade, uma vez que a adoção se trata de medida excepcional e irrevogável. Contudo, têm sido recorrentes os casos em que os pais buscam a devolução da criança mesmo após a constituição definitiva da sentença de adoção.

Nessas situações, observou-se o claro cometimento de ato ilícito o qual é capaz de gerar o amplo dever de indenizar que compreenderá o dano moral, o dano existencial e a perda de



uma chance, além de poder ser condenado a obrigação alimentar e impossibilitado de realizar nova habilitação no cadastro de adoção.

Conclui-se, assim, que apesar de a responsabilização civil dos adotantes não solucionar o problema em tela, ela servirá como uma forma de compensar, da maneira como for possível, as perdas sofridas pela criança ou adolescente “devolvidos”, além de ser usada também como forma de conscientização dos adotantes a fim de desincentivar a adoção irresponsável.

## REFERÊNCIAS

BÍBLIA, A.T. Exôdo 2:10 in *Bíblia Sagrada*. Português. Versão dos Monges. 181ª ed. Editora: Ave Maria, 2008.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coordenadora). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos*. 11ª.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 1. set. 2020.


BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 1 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 1 set. 2020.

BRASIL. Lei n. 12.010 de 3 de agosto de 2009. *Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências*. Diário Oficial [da] União, Brasília 3 de agosto de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm). Acesso em: 1. set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1709126 RJ 2017/0001606-8*, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de Publicação: DJ 04/09/2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/877699723/recurso-especial-resp-1709126-rj-2017-0001606-8?ref=serp>. Acesso em; 2 set. 2020.

CARVALHO, Larissa Grouiou. A indenização no âmbito da adoção. *Revista Científica Semana Acadêmica*. Fortaleza, n. 000118, 2017. Disponível em:



<https://semanaacademica.org.br/artigo/indenizacao-no-ambito-da-adocao>. Acesso em: 2 set. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12 ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado n. 37*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/698>. Acesso em: 2. set. 2020.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto: questões jurídicas*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. Salvador: Juspodivm, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 8. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 10481120002896002*, da 2ª Câmara de Direito Civil. Relator: Hilda Teixeira da Costa, Data de Julgamento: 12/08/2014, Data de Publicação: 25/08/2014. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/135608610/apelacao-civel-ac-10481120002896002-mg/inteiro-teor-135608819>. Acesso em: 2 set. 2020.


MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 10702140596124001*, Relator: Caetano Levi Lopes, Data de Julgamento: 27/03/2018. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/563950327/apelacao-civel-ac-10702140596124001-mg?ref=serp>. Acesso em: 2 set. 2020.

RIDE, Jane Elisabete Riede; SARTOR, Giana Lisa Zanardo. Adoção e os fatores de risco: do afeto à devolução das crianças e adolescentes. *Revista Perspectiva*, Rio Grande do Sul, v. 37, n. 138, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70048578835 RS*, da 8ª Câmara Cível Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 05/07/2012. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21936460/apelacao-civel-ac-70048578835-rs-tjrs?ref=serp>. Acesso em: 2 set. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70079126850*, da 8ª Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, Data de julgamento: 04/04/2019. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/697303612/apelacao-civel-ac-70079126850-rs?ref=serp>. Acesso em: 2 set. 2020.





RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70070484878*, da 7ª Câmara Cível, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de julgamento: 31/08/2016. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/380864113/apelacao-civel-ac-70070484878-rs?ref=serp>. Acesso em: 2 set. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 208057 SC 2011.020805-7*, da Primeira Câmara de Direito Civil. Relator: Joel Figueira Júnior. Data de julgamento: 20/09/2011. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20441959/apelacao-civel-ac-208057-sc-2011020805-7>. Acesso em: 2 set. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 09004878020168240020*, da 4ª Câmara de Direito Civil. Relator: Rodolfo Cezar Ribeiro Da Silva Tridapalli, Data de Julgamento: 07/12/2017. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/532330646/apelacao-civel-9004878020168240020-criciuma-0900487-8020168240020/inteiro-teor-532330718?ref=serp>. Acesso em: 2 set. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 10011162320188260445*, Câmara Especial Relator: Dora Aparecida Martins, Data de Julgamento: 04/11/2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/916438483/apelacao-civel-ac-10011162320188260445-sp-1001116-2320188260445?ref=serp>. Acesso em: 2 set. 2020.

SOARES, Flaviana Rampazo. *Responsabilidade Civil por Dano Existencial*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito Civil: teoria geral dos contratos e teoria geral das obrigações*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.



# CAPÍTULO 14

## O ASPECTO ECONÔMICO E A SEGREGAÇÃO AOS ANIMAIS PATRIMONIAIS

Gabriel Carvalho dos Santos, Pós-graduando em Direito Digital,  
Faculdade Batista de Minas Gerais

Lhais Silva Baia, Graduanda em Direito, Centro Universitário Integrado de Campo Mourão

### RESUMO

A humanidade evolui constantemente, e nesta relação se encontra a própria evolução dos animais, em que ao longo dos tempos estes adquiriram uma intrínseca relação ao convívio humano e, por consequência, auferiram direitos. Todavia, estipulou-se uma classificação aos próprios animais, dividindo-os em grupos e tal fator é culminante para desencadear uma segregação entre a qualidade vivencial dos animais. Neste ínterim, faz-se por imprescindível analisar como esta segregação está alicerçada na atualidade, quais as suas problemáticas, qual a sua relação com o aspecto econômico e, por fim, refletir sobre alternativas para a desestruturação deste cenário destrutivo.


**PALAVRAS-CHAVE:** Animais, Direitos, Economia, Humanidade, Segregação.

### INTRODUÇÃO

O ser humano busca constantemente uma maneira de reestruturar o seu convívio e, com o avançar do processo evolutivo, os animais auferiram espaço nessa relação. Todavia, em virtude de algumas classificações alicerçadas pela própria sociedade, os animais foram divididos e passaram a serem caracterizados em qualidades vivenciais diversas, em que o próprio direito segrega a sua aplicação.

Em outras palavras, em virtude do tratamento retrógrado do próprio ordenamento jurídico, estruturou-se uma segregação na classificação dos animais, em que um grupo possui maior qualidade de vida em detrimento do outro. Nesta relação, o aspecto econômico se torna um agravante para as condições degradantes dos animais segregados e os benefícios financeiros são utilizados como justificativas para desestruturar a qualidade vivencial dos animais.

Neste ínterim, deve-se ser avaliado como se dá esse processo de segregação, estruturando as suas características e problemáticas para o aspecto protetivo aos animais. Por consequência, faz-se por necessário a análise reflexiva do aspecto econômico como fator de segregação aos animais, propiciando, nesta análise, a propositura de alternativas para a resolução desta realidade degradante.



Por conseguinte, intenta-se, em primeira instância, a elucidação de como ocorre a estruturação da segregação dos animais. Seguidamente, objetiva-se fomentar o debate científico, deslindando a consequência de tal fenómeno para a estruturação da qualidade vivencial dos animais. Por fim, tem-se o objetivo de alicerçar alternativas para a resolução de tal problemática.


Destarte, recorre-se ao uso da pesquisa com cunho bibliográfico quanto ao estudo das problemáticas supramencionadas, ao passo que a metodologia está pautada em uma abordagem qualitativa, com objetivo exploratório. Efetivando, desta forma, a análise crítica, analítica e observacional, permitindo a elucidação do aspecto econômico como forma de segregação aos animais.

## **1 A FALSA EXCLUSÃO DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS DO GRUPO FAMILIAR**

Ao longo da história, os animais adquiriram direitos e passaram a receber maiores tratamentos jurídicos. Todavia, mesmo na contemporaneidade pátria, são classificados juridicamente como objetos ou coisas. Em contrapartida, dentro do grupo familiar os animais são rodeados por fortes vínculos afetivos, dando origem a uma nova perspectiva classificatória, como seres *sencientes*. Nesse sentido, dá-se uma falsa exclusão dos animais domésticos do grupo familiar, em razão do atual tratamento jurídico que recebem.

Destarte, é importante, em primeira instância, a exclusão da coisificação dos animais domésticos, em razão de seus direitos emocionais, tendo por base os princípios constitucionais análogos, da dignidade e proteção ambiental. Seguidamente, é imprescindível buscar a introdução dos animais domésticos no grupo familiar, dismantelando sua falsa exclusão. Por fim, é de suma importância fomentar o debate acadêmico.

Os animais possuem uma relação intrínseca à história da humanidade, inicialmente sendo vislumbrado como um elemento essencial ao processo vivencial, em que serviam para a alimentação do ser humano e também como força de trabalho. Todavia, perpassando a evolução da própria humanidade, os animais adquiriram direitos que atribuíram novas perspectivas para inclusão destes. Especificadamente os animais domésticos, estes conquistaram espaço no rol do convívio humano e na contemporaneidade são considerados como membros imprescindíveis.



Não por acaso, em 1978 foi assinada a Declaração Universal dos Direitos dos Animais (UNESCO, 1978). Nesta oportunidade foram estabelecidos dez princípios, dentre eles, tem-se que todos os animais têm direito à vida, de modo que o animal escolhido como companheiro, pelo homem, nunca deve ser abandonado.

Já em 28 de outubro de 1982, mediante Resolução nº 37/7 (ONU, 1982), reconheceu-se que toda forma de vida é única e merece ser respeitada, qualquer que seja a sua utilidade para o homem, o qual deve guiar-se por um código moral de ação, tendo por finalidade reconhecer esse direito aos demais organismos vivos.


Contudo, o Código Civil brasileiro possui um tratamento retrógrado neste contexto, considerando os animais como meros objetos, determinando a coisificação dos mesmos e reduzindo a afeição humana em um vil utilitarismo (BRASIL, 2002). A título de exemplo, na ocasião do rompimento da sociedade conjugal, a posse ou guarda dos animais é determinada pela propriedade de quem detém o registro da raça do animal, e nos casos de inexistência de registro, é feita a análise judicial do cônjuge que detém melhores condições financeiras.

Nesta perspectiva, e em virtude de serem considerados seres de suma importância para o convívio humano, estrutura-se uma nova abordagem aos animais domésticos, passando a considerá-los como seres *sencientes*. Em outras palavras, estes são dotados de direitos emocionais, estando arraigados por sentimentos e, em complementação, possuem dantesca importância no vínculo afetivo do grupo familiar, evidenciando a inclusão dos animais domésticos no núcleo familiar. Neste diapasão, tem-se a falsa exclusão dos animais domésticos do grupo familiar, sendo a coisificação destes, mero atraso jurídico da legislação brasileira.

Vislumbrando os princípios da dignidade e da proteção ambiental, de forma análoga aos direitos dos animais, o tratamento destes deve ter um olhar mais humanístico. Inaceitável é o fato de atualmente o ordenamento jurídico pátrio tratar os animais como coisas, objetos ou utilizáveis. No cerne familiar, os animais domésticos são detentores de intensos vínculos afetivos constituindo papel essencial à formação do grupo familiar, ilidindo sua falsa exclusão e valorando a seara jurídica destes.

Todavia, mesmo com todo esse processo evolutivo, estruturou-se um processo valorativo à determinados grupos de animais. Portanto, faz-se por imprescindível a analisar a





divisão existente entre os animais domésticos e patrimoniais, verificando a devolução de todo o trâmite de conquistas de direitos.

## 2 A DIVISÃO EMOCIONAL DOS ANIMAIS PATRIMONIAIS


Socialmente os animais podem ser classificados como animais domésticos e patrimoniais. Neste sentido, é necessário refletir sobre os direitos dos animais de forma ampla, independente de divisões. Em um tom crítico, percebe-se a presença da coisificação dos animais patrimoniais, bem como, o estabelecimento de valorações econômicas, alicerçando uma classificação, especificadamente, uma divisão e, por conseguinte, exclusão.

Os animais, atualmente, conquistaram espaços no rol do convívio humano e na contemporaneidade, sendo considerados como membros imprescindíveis. Conforme Declaração Universal dos Direitos dos Animais, acima mencionada, dentre os demais princípios, também importa destacar que, nenhum animal deve ser maltratado, e nem usado em experiências que lhe causem dor. Neste entendimento, se a dor humana merece consideração, em razão do efeito que causa sobre a existência de quem a sente, igual fator merece a dor de qualquer animal.

Contudo, o ordenamento civil pátrio, em seu art. 82, possui um tratamento retrógrado neste contexto, considerando os animais como meros objetos, determinando a coisificação dos mesmos e reduzindo a afeição humana em um vil utilitarismo. Neste contexto, passou-se a ocorrer socialmente à divisão entre os animais domésticos e patrimoniais.

Neste ínterim, os animais patrimoniais são tidos apenas como objetos lucrativos, levando em maior consideração o aspecto financeiro em detrimento do emocional. Em reflexão à tal problemática, por serem *sencientes*, devem deter os mesmos direitos e tratamentos jurídicos, ilidindo a divisão emocional de cuidado aos animais, independentemente de serem patrimoniais ou domésticos.

O tratamento dos tidos, animais patrimoniais, deve ter um olhar mais humanístico e responsável. No cerne social, os animais patrimoniais são detentores de direitos e vínculos afetivos da mesma forma que os domésticos, sendo todos constituídos como *sencientes*. Neste



tocante, é mister analisar como o ordenamento jurídico protege os animais em sentido amplo, refletindo o porquê os animais patrimoniais são negligenciados em seu aspecto protetivo.

### 3 O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

O ordenamento jurídico vem evoluindo constantemente, expandindo o aspecto protetivo à todos os seres, neste sentido, a própria legislação estipula punições aos indivíduos que infringem estes direitos estabelecidos. Nesta relação, faz-se necessário mencionar a Lei dos Crimes Ambientais, estruturada pela Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, em que elencou punições aos violadores dos direitos animais. Neste ínterim, tem-se o seu artigo 32, com a seguinte redação:

Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.  
(BRASIL, 1998)

Neste sentido, vislumbra-se que o aspecto protetivo aos direitos dos animais ultrapassou o liame afetivo e alcançou a própria tutela criminal, estruturando punições aos infratores destes direitos. Em contrapartida, mesmo com o alicerce de uma nova característica protetiva aos animais, parte da legislação pátria ainda permanece com um tratamento desproporcional à este processo evolutivo.

Neste tocante, tem-se que o grande problema do ordenamento jurídico é o seu aspecto retrógrado, considerando os animais como meros objetos, portanto, nesta perspectiva, seus “donos” se presumem no direito de realizarem todas as práticas que julgarem necessárias para conservação de seus “bens”. Desta forma, o próprio Código Civil é o meio de propiciar que degradações ocorram aos animais estabelecidos como patrimoniais, já que são elencados como meros “objetos” propiciadores de lucros aos seus “detentores”.

Destarte, é de suma importância analisar a exclusão aos animais patrimoniais, visualizando, em um aspecto reflexivo, a disparidade de direitos. Neste sentido, e, por sequência, faz-se por inadiável estruturar alternativas à esta problemática que desestrutura todo o processo evolutivo auferido pelo Direito Animal.



#### 4 A SEGREGAÇÃO AOS ANIMAIS PATRIMONIAIS

Os animais, em virtude da própria caracterização legislativa estabelecida de forma errônea, são utilizados em prol do aspecto econômico desde tempos remotos. Em exemplificação, tem-se os animais utilizados nas atividades agrícolas, em específico, os bovinos e equinos responsáveis pela tração dos equipamentos destinados para arar a terra. (LEMES, 2016).


Em um viés contemporâneo, os animais são visados como elementos de grande potencial lucrativo para o meio pecuário brasileiro, neste contexto, tem-se que o país exportou no primeiro trimestre de 2019 aproximadamente 405,7 mil toneladas de carne bovina (REUTERS, 2019). Em complementação, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), estipula que cerca de 44,2 milhões de suínos foram abatidos no Brasil no ano 2018 (ABDALA, 2019).

Sendo assim, é incontestável que os animais possuem uma valoração financeira ao país, gerando uma influência no aspecto empregatício e econômico do território nacional. Contudo, tal importância social é vilipendiada quando os animais são visados especificamente com objetivos lucrativos e a própria vivência é condicionada à esta qualidade.

Em outras palavras, é válido mencionar os frigoríficos que condicionam os bovinos a condições degradantes, almejando uma maior alocação de animais no menor espaço possível, proporcionando, desta forma, a valoração do aspecto financeiro. Neste tocante, à guisa de tranquilização, as fiscalizações são presentes e costumam realizar auditorias nos frigoríficos que não estão em consonância com as normas ambientais (LEMES, 2016).

Todavia, e em gravame, esta fiscalização não é efetiva quando a relação está presente na realidade de criadouros informais, que se constituem na criação de animais nas próprias residências familiares, e tal fator se torna uma drástica condição econômica de maus-tratos (SCHEFFER, 2018). Portanto, verifica-se que os animais classificados como patrimoniais possuem uma sujeição ao tratamento degradante e negligente, em que estão desamparados pela própria fiscalização.

Neste ínterim, faz-se por premente refletir sobre alternativas para esta segregação, por consequência, fazer com que todos os animais alcancem os mesmos direitos tutelados pelo ordenamento jurídico. Inicialmente, faz-se necessário que o próprio Estado implemente



políticas públicas efetivas ao que tange as fiscalizações das residências familiares, para que estes locais também estejam em condições dignas à habitação dos animais.

Seguidamente, é imprescindível que a legislação pátria ilida o pensamento retrógado do animal ser considerado um mero objeto, permitindo que a própria sociedade comece a visualizar todos os animais como detentores de direitos. Por fim, e neste sentido, faz-se necessário aplicar com eficácia o ordenamento jurídico, por exemplo a Lei de Crimes Ambientais, efetivando a punição para indivíduos que cometem, intencionalmente, o crime de maus-tratos aos animais (LIMA, 2019).

Por conseguinte, alcançar-se-á a efetivação do aspecto protetivo, extirpando a segregação presente na suposta classificação entre animais domésticos e patrimoniais. Nesta mesma relação, será possível alicerçar a eficácia vivencial para todos os animais, desestruturando a valoração do aspecto econômico em detrimento da qualidade de vida.


## CONCLUSÃO

No decorrer da história da humanidade, os animais foram de grande auxílio para a evolução do processo vivencial social. Desta forma, os animais adquiriram direitos e passaram a receber maiores tratamentos jurídicos, e na contemporaneidade, são imprescindíveis para a constituição familiar e social, detentores de fortes vínculos afetivos, dando origem a uma nova perspectiva classificatória, como seres *sencientes*.

Nesse sentido, dá-se uma falsa exclusão dos animais domésticos do grupo familiar, em razão do atual tratamento jurídico que recebem, uma vez que, mesmo na contemporaneidade pátria, são classificados juridicamente como objetos ou coisas. Aliado a tudo isso, tem-se a diferenciação classificatória e de tratamento existente entre animais domésticos e patrimoniais, segregando os últimos em razão de seus vieses utilitaristas e unicamente econômicos.

Em complementação, em razão do aspecto protetivo e legislativo para o estabelecimento de direitos aos animais, muito se avançou na vigilância aos crimes contra animais domésticos. Em contrapartida, esta abordagem não se direcionou, pelo menos com tanta efetividade, aos animais patrimoniais, em virtude de se levar em conta exclusivamente o proveito econômico destes, não importando sua “senciência” e nem com os vínculos afetivos que estes podem gerar.





Neste contexto, a valorização econômica não deve se sobrepor a qualidade de vida que estes animais precisam. Deve-se estabelecer mecanismos para que estes não somente sobrevivam, mas que sobretudo, vivam com qualidade, em respeito a manutenção da própria vida e da dignidade, princípios fundamentais ao exercício de um ser vivo.

Neste tocante, tem-se que o grande problema do ordenamento jurídico é o seu aspecto retrógado, considerando os animais como meros objetos, portanto, nesta perspectiva, seus “donos” se presumem no direito de realizarem todas as práticas que julgarem necessárias para conservação de seus “bens”.

Desta forma, o próprio Código Civil é o meio de propiciar que degradações ocorram aos animais estabelecidos como patrimoniais, já que são elencados como meros “objetos” propiciadores de lucros aos seus “detentores”. Assim sendo, vislumbrando os princípios da dignidade e da proteção ambiental, de forma análoga aos direitos dos animais, o tratamento destes deve ter um olhar mais humanístico. Inaceitável é o fato de atualmente o ordenamento jurídico pátrio tratar os animais como coisas, objetos ou utilizáveis.

Portanto, o tratamento dos tidos, animais patrimoniais, deve ter um olhar mais humanístico e responsável. Os animais patrimoniais são merecedores de direitos e vínculos afetivos da mesma forma que os domésticos, sendo todos constituídos como *sencientes*, devendo-se ilidir a diferenciação que existe entre os animais domésticos e patrimoniais.

Neste ínterim, a sociedade deve estar no campo central para esta desestruturação, necessitando conhecer e compreender a realidade social dos animais patrimoniais, de maneira especial, a desfragmentação de seu viés utilitarista e exclusivamente econômico, ilidindo o irrisório pensamento social de segregação e diferenciação de tratamento dos mesmos.

Destarte, é imprescindível que o próprio Estado implemente novos meios de garantir a conscientização social e da desestruturação desta segregação social imposta. Para tanto, faz-se necessário a implementação de políticas públicas nas mais variadas estruturas sociais, em prol de maior proteção e qualidade de vida ao almejando a justificação e a evolução do próprio Estado Democrático de Direito, reestruturando a amplitude e a complexidade dos direitos humanos para todos.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDALA, Vitor. **Abate de suínos fecha 2018 com recorde.** 2019. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-03/abate-de-suinos-fecha-2018-com-recorde>>. Acesso em: 07 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm)>. Acesso em: 06 jan. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 06 jan. 2021.

LEMES, Luis Frederico Siqueira. **Da necessária abolição da tração animal: perspectivas desde o direito brasileiro.** 2016. Trabalho de Conclusão de Curso. 2016. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande - RS, 2016.

LIMA, Daniel. **Maus tratos e resultado morte: como punir o agente que intencionalmente mata um animal?** 2019. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/maus-tratos-e-resultado-morte/>>. Acesso em: 07 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Resolution 37/7: world charter for nature.** 1982. Disponível em: <<https://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r007.htm>>. Acesso em: 06 jan. 2019.

REUTERS. **Exportação de carne bovina do Brasil melhor 1º trimestre em 12 anos, diz Abiec.** 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2019/04/08/exportacao-de-carne-bovina-tem-melhor-1o-tri-em-12-anos-diz-abiec.ghtml>>. Acesso em: 07 jan. 2021.

SCHEFFER, Gisele Kronhardt. **Criadouros ‘fundo de quintal’: uma das principais razões econômicas de maus-tratos.** 2018. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/criadouros-fundo-quintal/>>. Acesso em: 07 jan. 2021.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais proclamada em 1978 pela UNESCO.** Disponível em: <<http://www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/infantil/direitoanimais.htm>>. Acesso em: 06 jan. 2021.



# CAPÍTULO 15

## AS LEIS NAS PENAS DOS LEIGOS: O USO E INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO IMPERIAL NOS PROCESSOS CRIMINAIS EM MORRO DO CHAPÉU, BAHIA, NO SÉCULO XIX

Ícaro Gabriel da Cunha Reis, Acadêmico do Curso Bacharelado em Direito, FACAPE

### RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a criminalidade em Morro do Chapéu, sertão baiano, no século XIX, estabelecendo como foco os crimes particulares, de acordo com o Código Criminal de 1830, em específico, os homicídios e tentativas de homicídios cometidos por escravos. O recorte temporal é o período de 1840 a 1888, e busca-se definir o perfil criminal desses escravos, explicitando dessa maneira, os efeitos do crime e da justiça nessa sociedade, compreendendo a construção do começo de uma centralização do direito nas mãos do Estado, porém, sendo esse ainda muito ligado aos costumes, tradições, questões locais no que se refere as influências políticas nos tribunais, além do direito comum, presente principalmente nos discursos dos rábula sertanejos, personagens centrais para o entendimento da temática, motivo pela qual traçamos breves trajetórias sobre esses sujeitos. Por fim, cria-se também, um banco de dados a partir de processos criminais que ilustram o desenho social da vila de Morro do Chapéu, no período oitocentista.


**PALAVRAS CHAVES:** História do Direito. Legislação Imperial. Sertão. Criminalidade. Justiça.

### 1.0 INTRODUÇÃO

A recorrência do emprego de processos criminais faz com que a sua utilização seja cada vez mais comum como fonte historiográfica, principalmente pela rica possibilidade de detalhes, constituindo assim um importante recuso metodológico, principalmente na (re) construção de trajetórias e experiências, estabelecendo-se como ponto chave para o entendimento desta pesquisa. Dessa maneira, como bem acentua, Pires (2003, p.22):

A leitura dos processos criminais permite verificar os fatores que motivaram os delitos, as pessoas envolvidas, os lugares dos conflitos, as ‘as falas’ das testemunhas e informantes, e isto proporciona, em certo sentido, um descortinamento das experiências escravas ao mesmo tempo em que nuança singularidades da vida social no alto sertão.

Sendo assim, baseado nessas “falas” que muitas vezes foram alteradas, caladas ou até mesmo esquecidas, as quais eu me refiro, como bem descreve Pires (2003) , há um silêncio de experiências sociais escravas, achei importante pesquisar como se dava essa rotina, como esses



sujeitos se relacionavam com seus pares, com os homens livres, com a sociedade branca, com seus senhores e etc., para assim, entender ou tentar traçar um perfil dessa criminalidade escrava morrense tendo como foco os crimes contra a segurança da pessoa e da vida, em específico aqueles que envolviam homicídio e tentativa de homicídio. Antes, é preciso fazer uma reconstrução da sociedade de Morro do Chapéu, localizada no sertão baiano, onde teve um lento processo de estruturação e expansão econômica, principalmente pelo péssimo acesso de suas estradas o que dificultava o escoamento de sua produção que era a recria de gados, sobretudo nos períodos de grande seca e posteriormente com a exploração da mineração que impulsionou de vez o seu crescimento. Segundo-Ferreira (2018, p.61;90):

Morro do Chapéu se transformou em um dos pontos importantes para o abastecimento da província por meio, principalmente, da recria de gado (...) A sociedade morrense era, como todo o Império, marcada por fortes vínculos de dependência pessoal e familiar. Sua população era composta por proprietários de terras (alguns ricos, que denomino nesse trabalho de senhores de terra, gado e gente pois possuía escravos, agregados e arrendatários sob sua órbita de influência, outros, nem tanto), homens livres pobres (em sua grande maioria agregados e prestadores de serviços) e escravos. Havia também arrendatários de terras e homens que se dedicavam aos negócios do gado, de gêneros trazidos de outras áreas do território baiano e mesmo de fora dele, a partir da década de 1840, com a descoberta de diamantes, da mineração.


À vista disso, o recorte metodológico escolhido foi entre os anos de 1840 – 1888, tendo como parâmetro as Caixas Crimes do Fórum Clériston Andrade em Morro do Chapéu, que eram divididas nas seguinte ordem: 1840 – 1869; 1870 – 1871; 1872 – 1873; 1874- 1876; 1877 – 1878; 1879-1886; 1889 – 1890. Em virtude desse detalhe, o início do recorte cronológico corresponde à descoberta de diamantes na região, que causa uma explosão demográfica tanto na população livre quanto escrava, que teve seu pico principalmente em 1856. Quanto a data final, ela condiz o período da assinatura da Lei Áurea que formalmente deu fim à escravidão no Brasil. Referente a população morrense, Ferreira (2018, p. 90) traz:

A paróquia tinha em 1836, na véspera de sua elevação a freguesia, uma população de 1.669 habitantes, sendo 1.465 livres, 23 libertos e 181 escravos (...) Em 1856, a população livre de Morro era de 8.450 e a escrava aumentou para 740.96 Já no Recenseamento de 1872, chegaria à cifra de 11.552 habitantes, distribuídos em 10.892 livres e 660 escravos. As “Descrições” de 1886 informaram que, pelo último recenseamento, a vila teria “8.000 almas, sendo 1.000 e tantos escravos.

## 2.0 MÉTODOS

Depois de ter tido acesso aos processos criminais do Fórum Clériston Andrade, foi feito um levantamento quantitativo no qual tive acesso a um total de 137 processos. Dessa maneira,





busquei identificar os sujeitos que estavam envolvidos no cotidiano da justiça morrense, assim sendo, as fontes me encaminharam para dois personagens que atuaram como rábula na maioria dos processos criminais de Morro do Chapéu, aparecendo 32 vezes, 16 vezes cada, como é o caso do Alferes Antônio José de Almeida do Ó e o Major Ezequiel Rodrigues Costa do Brazil. Para tentar traçar um perfil da criminalidade dos escravos morrenses, usei dos mesmos métodos feitos por Guimarães (2016) ao distinguir os tipos de delito, distribuindo-os em quatro grupos: 1º) Crimes Públicos - aqueles praticados que atentam contra a boa ordem e a administração pública, ou seja, que vão contra o Império e a figura do Imperador. Este tipo de delito são as chamadas insurreições, rebeliões, motins. 2º) Crimes Particulares - aqueles praticados contra à propriedade ou contra o indivíduo, isto é, os homicídios e tentativas de homicídios, roubo entre outros. 3º) Crimes Policiais - aqueles que atentam aos bons costumes, à civilidade, a exemplo dos crimes como prostituição, vadiagem, sociedade secretas, assim por diante e, 4º) Outros documentos - foram todos aqueles que não se encaixaram nessas outras categorias. Importante dizer que estão em consonância com a tipificação estabelecida no Código Criminal de 1830.

Logo após esse registro de tendências criminais, busquei encontrar quais os processos em que tinham escravos na posição de réu, encontrando apenas 5 processos, desses cinco, para o meu recorte que são os crimes de homicídio e tentativa de homicídio, encontrei apenas 3 casos, sobre os quais irei me debruçar mais adiante. Além disso, esta pesquisa também foi complementada a partir de uma revisão bibliográfica, em que realizou-se consultas a livros, dissertações, artigos e teses, sempre de forma crítica e selecionadas através de busca no banco de dados do *Scientific Electronic Library Online* (SCIELO) e Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

### **3.0 RESULTADO PROPOSTOS/ALCANÇADOS**

Como dito anteriormente, depois de feito o banco de dados, percebi uma tendência aos crimes particulares com 110 processos criminais ao todo, dos 137 que foram utilizados para montar o perfil criminal morrense. Posto isso, adentrando nos tipos de delito, percebemos também uma tendência aos crimes de homicídio que lideram com 39 processos criminais, seguidos dos crimes de ferimentos e ofensas físicas que aparecem em 26 casos. Outro dado importante de ser levantado trata-se aos anos de maiores ocorrências no que diz respeito aos

crimes de homicídio e tentativas de homicídios, pois, nas caixas crimes de 1840 – 1869 e 1889 – 1890, são as com os maiores números, podendo-se supor algumas justificativas. A primeira, corresponde ao início da mineração em Morro do Chapéu e ao seu crescimento demográfico, ou seja, com muitas pessoas se relacionando em diversas atividades, acredito eu, que essas experiências contribuíram para um ano mais violento, da mesma forma que os anos de 1889 – 1890, correspondem ao primeiro e ao segundo ano pós abolição da escravidão, período marcado por palco de diversos conflitos em todo império, no qual eu incluo o sertão baiano. Porém, mesmo fazendo esses levantamentos, não passam de suposição, como bem elucida Guimarães (2016, p.5):

Muitos delitos nem chegam a nascer como fato estatístico, ou seja, não são apresentados e/ou aceitos pelo sistema judiciário. É o fenômeno que os juristas denominam de cifra negra ou criminalidade oculta, e excedem, significativamente à criminalidade oficial.

Assim dizendo, era muito comum a falta de um controle social rígido pelo Estado, destarte, os conflitos eram muitas vezes resolvidos entre si, criando nessas comunidades seus próprios códigos de conduta e castigo, contudo, quando esse direito de punir se via enfraquecido por esses personagens, atrelado a uma atividade policial mais efetiva, nos deparávamos como o início de batalhas judiciais.

**TABELA 1 — TABELA GERAL DOS PADRÕES E TENDÊNCIAS DA CRIMINALIDADE EM MORRO DO CHAPÉU 1840/1890**

CRIMES PÚBLICOS								
CAIXA CRIME	1840 - 1869	1870 - 1871	1872 - 1873	1874- 1876	1877 - 1878	1879-1886	1889 - 1890	TOTAL
Contra o direito político	—	—	—	—	—	—	—	4
Contra a segurança Do império	—	—	—	1	—	1	—	
Contra a ordem e a administração	—	1	—	1	—	—	—	
Contra o tesouro e a propriedade	—	—	—	—	—	—	—	
CRIMES PARTICULARES								
I. Contra a Liberdade Individual								
CAIXA CRIME	1840 - 1869	1870 - 1871	1872 - 1873	1874- 1876	1877 - 1878	1879-1886	1889 - 1890	TOTAL
Contra a liberdade	—	—	—	1	—	—	—	1
II. Contra a Segurança individual								
1. Contra a Segurança da Pessoa e da Vida								
CAIXA CRIME	1840 - 1869	1870 - 1871	1872 - 1873	1874- 1876	1877 - 1878	1879-1886	1889 - 1890	TOTAL
Homicídio	6	5	3	4	1	5	15	83
Infanticídio	—	—	—	—	—	1	—	
Tentativa de homicídio	3	4	—	1	1	2	3	
Aborto	—	—	—	—	—	—	—	
Ferimentos e ofensas físicas	3	3	3	1	1	8	7	
Ameaças	—	—	—	—	—	—	—	
Entrada em casa alheia	—	1	—	1	—	—	1	
2. Contra a Segurança da Honra								
CAIXA CRIME	1840 - 1869	1870 - 1871	1872 - 1873	1874- 1876	1877 - 1878	1879-1886	1889 - 1890	TOTAL
Estupro	—	1	1	—	—	—	2	12
Rapto	—	—	—	—	—	—	—	
Calúnia e injúria	1	5	—	1	—	1	—	



3. Contra a Segurança do Estado Civil e Doméstico								
CAIXA CRIME	1840 - 1869	1870 - 1871	1872 - 1873	1874- 1876	1877 - 1878	1879-1886	1889 - 1890	TOTAL
Adultério	—	—	—	—	—	—	—	—
Celebração de matrimônio contra as Leis do Império	—	—	—	—	—	—	—	—
III. Contra a Propriedade								
CAIXA CRIME	1840 - 1869	1870 - 1871	1872 - 1873	1874- 1876	1877 - 1878	1879-1886	1889 - 1890	TOTAL
Furto	—	—	1	—	1	1	2	12
Bancarrotta e Estelionato	—	—	1	—	—	—	—	
Dano	—	1	2	1	1	—	1	
IV. Contra a Pessoa e a Propriedade								
CAIXA CRIME	1840 - 1869	1870 - 1871	1872 - 1873	1874- 1876	1877 - 1878	1879-1886	1889 - 1890	TOTAL
Roubo	—	2	—	—	—	—	—	2
CRIMES POLICIAIS								
CAIXA CRIME	1840 - 1869	1870 - 1871	1872 - 1873	1874- 1876	1877 - 1878	1879-1886	1889 - 1890	TOTAL
Ajuntamentos ilícitos	—	—	—	—	—	—	—	4
Uso de armas proibidas	—	1	—	2	1	—	—	
Uso de nomes supostos	—	—	—	—	—	—	—	
OUTROS DOCUMENTOS								
CAIXA CRIME	1840 - 1869	1870 - 1871	1872 - 1873	1874- 1876	1877 - 1878	1879-1886	1889 - 1890	TOTAL
Contra as Posturas Municipais	1	—	—	—	—	—	—	19
Suicídio	—	—	—	1	—	—	—	
Diversos	3	5	1	3	2	2	1	
TOTAIS CAIXA CRIME								
CAIXA CRIME	1840 - 1869	1870 - 1871	1872 - 1873	1874- 1876	1877 - 1878	1879-1886	1889 - 1890	TOTAL
<b>TOTAL</b>	17	29	12	18	8	21	32	137

**Fonte:** Arquivo do Fórum Clériston Andrade, Morro do Chapéu, Bahia, Brasil

No contexto das batalhas judiciais, percebemos personagens mais atuantes que outros; o Alferes Antônio José de Almeida do Ó, por exemplo, é uma figura muito importante para entender um pouco da justiça em Morro do Chapéu. Traçando a trajetória do sujeito, percebi este figurando em 16 processos crimes, tendo a sua primeira menção no ano de 1870 e a sua última em 1877. No ensejo era visto como defensor de muitos sujeitos da sociedade morrense que figuraram como réus em diversos processos, e a sua atuação conseguiu inocentar a maioria na qual ele entrou para defender, tendo a trajetória marcada por diversos embates em que se colocava como uma figura controversa, representante dos menos favorecidos, na maioria das vezes, e, em outrora, defensor da elite de morro de chapéu, porém foi um crítico da sociedade e da justiça morrense, como é explicitado pelo mesmo, em Bahia (1874, Caixa-Crime 1874-1876, s/p.):

A justiça representada não é cega, tendo em uma mão a balança, e em outra uma espada. A balança para julgar e a espada para punir, mas o Juiz de quem se apela, não tendo em consideração a balança equidade, só teve, e terá a espada, não para punir, e sim para vitimar seus inimigos públicos.

Dito isto, de acordo com o próprio Alferes Almeida do Ó, percebemos que as batalhas judiciais em Morro, por mais que vejamos o início de um direito mais centralizado na mão do Estado, as influências políticas ainda contam com um grande peso. O Major Ezequiel Rodrigues Costa do Brazil assim como o Alferes, é um personagem também de suma importância nessa



sociedade, a sua primeira menção dar-se-á como escrivão ainda em Jacobina – BA (BAHIA, 1874, CAIXA-CRIME 1840-1869). Podemos afirmar que o seu primeiro contato com o saber jurídico, pode ter se dado a partir dessas experiências, pois, durante anos ele rivalizou com Almeida do Ó, nas disputas judiciais, tendo a sua trajetória marcada principalmente como procurador das vítimas. É importante dizer, que este exerceu em 02/10/1873 o cargo de Presidente da Câmara Municipal e Juiz Municipal (BAHIA, 1874, CAIXA CRIME 1870-1871), ou seja, a sua atuação teve diversas facetas, tanto como defensor, quanto como magistrado, que em um dos processos em que esteve como procurador da vítima, reforçou mais uma vez a disparidade e a justiça morrense como fortalecedora das desigualdades em suas decisões.


O direito não dorme a favor de ninguém. O réu pela sua mínima pobreza, é um inseto ou nihil, em comparação ao Coronel Quintino Soares, para propor a este uma ação, mas esperava a ocasião oportuna, como esta, em que sendo incomodado, por comiserção, encontra-se quem lhe defendesse desse poderoso, para que invocar a seu favor o direito irrefragável que lhe dá a Ord do L. 3º T. 39 prencipio, e 1º, 2º e 3º. (BAHIA, 1874, CAIXA-CRIME 1872-1873).

Desse modo, pautado nas falas dos rábulas supracitados, percebemos uma tendência do aparelhamento da justiça em morro do chapéu. Posto isso, como o enfoque da pesquisa foi montado na busca de entender um pouco mais sobre as trajetórias de escravos e, como se dava essa criminalidade, me deparei apenas com 3 processos em que cativos figuram como réus acusados de crimes de homicídio e tentativa de homicídio. Porém, mesmo com esse número reduzido, não podemos dizer que não houve crime por parte dessas figuras nesse período, pois, caímos na mesma fala errônea de alguns historiadores que não reconhecem a presença negra no contexto dos sertões baianos, fato elucidado na dissertação de mestrado de Cristiano Pessatti de Mattos (2013,p.35) endossado por Raphael Rodrigues Vieira Filho(2006, p. 31-32):

A concepção de pequena proporção de negros e da povoação do sertão através da miscigenação de brancos e indígenas foi forjada desde meados do século XIX, com o indianismo na literatura, mas também vai beber em outras fontes do século XX, como democracia racial, lida de forma pragmática por parte da intelectualidade baiana. As bases teóricas deste raciocínio, portanto, são híbridas.

Visto isso, me apego a teoria da *cifra negra*, já apresentada nesse trabalho, pois, não podemos esquecer que esses escravos eram antes de tudo mercadorias de seus senhores, logo, propor esses personagens nas disputas judiciais era antes de tudo causar possíveis prejuízos para os seus donos. Da mesma forma que a escravidão precisa ser entendida como um processo multifacetado, o escravo no sertão baiano deve ser visto também de uma forma específica, pois,






de acordo com essa ótica podemos lograr êxito para entender o contexto da criminalidade escrava morrense. De acordo com Moiseis de Oliveira Sampaio (2009, p.29):

[...] embora a vida não fosse mais fácil, talvez, os escravos do sertão possuíssem maiores possibilidades de ascensão do que os escravos da região açucareira. Isto por que no sertão, os trabalhadores eram menos vigiados e tinham maiores oportunidades de acumular pecúlio.

### 3.1 Processo do escravo Manoel de Miranda Montezuma

No dia 2 de setembro de 1871, sítio Sonhém, pertencente ao tenente Manoel de Miranda Montezuma no distrito do Ventura, Antonio Francisco Pereira, conhecido como Francisco Chapada foi encontrado por Cândida de Tal e sua filha Maria, sangrando bastante depois de ter levado um tiro. Sem muita reação as testemunhas saíram correndo para buscar ajuda do Tenente Montezuma, que por sua vez enviou seu filho Joaquim para socorrê-lo. Ferido com um tiro debaixo do braço, não resistiu aos ferimentos e faleceu, porém, ainda com vida disse que tinha sido alvejado com tiros pelo escravo Manoel. Três dias após o ocorrido, Manoel foi preso por Victorino Dias de Souza, no lugar denominado Brejinho, sendo levado para a delegacia da Villa de Nossa Senhora da Graça do Morro do Chapéu onde foi interrogado. Perguntado sobre o seu nome, idade, estado, filiação, naturalidade e profissão, este respondeu chamar-se Manoel, escravo de Manoel de Miranda Montezuma, e que ignora sua idade, solteiro, filho de Thomazia escrava do mesmo senhor, natural da freguesia do Ventura, e que vive de lavoura. Essa primeira informação nos traz um dado muito importante, sobre a naturalidade dos escravos, pois os cativos morrenses eram, em sua grande maioria, nascidos na região. Questionado onde este estava no dia do assassinato de Francisco Chapada, *o cabra* disse que estava na sua roça junto do seu Senhor moço Joaquim e sua parceira Bárbara escrava de seu Senhor moço José, os três estavam arrancando feijão. Ao longo do depoimento ainda foi abordado se exista alguma desavença entre Manoel e Francisco Chapada, com isso o interrogado afirmou que há tempos tiveram uma dívida por terem ambos levado uma carga de farinha do Ventura para o Sonhém, e Francisco queria que ele, respondente, pagasse pelo frete de seu costal um mil réis, quando pelo contrário o preço comum é setecentos e cinquenta réis de um costal, porque a carga inteira e o frete é um mil e quinhentos réis, e tendo por isso alteração com o mesmo Francisco, indignado o cativo jogou o dinheiro em cima de um barco, e a Francisco lhe respondeu que se ele fosse forro como ele que tinha dado lhe um conhecimento, mas que afinal sempre recebeu



dinheiro. Lê-se a partir da dessa fala que há um conflito de classes, a vítima por ser um liberto, achava-se superior que o réu, mesmo os dois trabalhando na mesma ocupação.

Diante desse conflito, como bem acentua Marx e Engels (1999), porém, tratando-se de conflitos intraclasses, podemos utilizar esse discurso nessa afirmação, pois existe um laço de solidariedade entre esses dois, entretanto “Os indivíduos isolados apenas formam uma classe na medida em que têm que manter uma luta comum contra outra classe; no restante, eles mesmos defrontam-se uns com os outros na concorrência” (MARX; ENGELS 1999, p.84). Percebemos esse espaço de concorrência também entre eles, seja pela luta da sobrevivência ou por disputa de oportunidades, o que podemos supor que essa briga pode ter influenciado no crime por parte de Manoel como forma de vingança pelo litígio com seu desafeto. Mas, um dado importante que foi questionado diz respeito à razão pela qual o respondente saiu de casa para o Maçambão, local em que foi encontrado no dia de sábado, sendo dia de serviço, e se essa viagem foi permitida pelo seu senhor? Assim, o interrogado falou que não comunicou a seu senhor da viagem, pois é costume dele não se importar, porque seus escravos já tinham por costume sair para onde quisessem, do dia de sábado até o domingo e que só sabia desta viagem o seu senhor moço Joaquim, a mesma Bárbara, e seu pai. Perguntado se quando saiu para essa fazenda de Maçambão levou alguma arma de fogo? O cativo disse que levou uma espingarda e uma faca (BAHIA, 1871, CAIXA-CRIME 1870-1871).

Logo, a partir desse depoimento infere-se que as relações escravistas em Morro do Chapéu dão margem a interpretação de negação de fixidez de papéis sociais nesse contexto, nesse caso percebemos a produção de uma microeconomia escrava, com acúmulo de pecúnia, uma possível mobilidade espacial sem a permissão do senhor, a posse de propriedade por escravos, o porte de armas brancas e de fogo por estes sujeitos, ou seja, propor uma vigilância maior esses sujeitos era muito difícil visto essa diferenciação na relação escravista estabelecida. O processo de Manoel se perpetuou por mais de três anos, tendo seu terceiro julgamento em 1874, sendo curador o Alferes Almeida do Ó, nesse contexto o réu foi absolvido. Longe de fazer qualquer juízo de valor sobre o caso, ou apontar aqui se Manoel foi o responsável ou não pelo homicídio, o importante a se destacar é sobre a riqueza de informações que o processo criminal nos traz, destacando o cotidiano, a cultura, os personagens envolvidos entre tantos outros levantamentos.



### 3.2 Processo do escravo João de Pedro Rodrigues da Costa

No dia três de outubro deste corrente ano de 1875, pelas onze horas da noite na rua dos Pinhões do Distrito Riachão da Utinga, aparecendo o denunciado João escravo de Pedro Rodrigues da Costa, e Thomé Gomes de Oliveira, ambos armados em disputa, ou desafio para brigarem e continuando ambos em altercações, Thomé Gomes de Oliveira procurava várias pessoas para bater em seu inimigo, onde andava em companhia de Manoel Francisco Dias, não encontrando ajuda, por volta de 2 horas da manhã aparece o escravo João e começa a dar pancadas em Thomé, nesse exato momento Manoel Francisco pede para ele que pare, o denunciado não acata o pedido e este corre, fugindo assim da disputa. Na manhã seguinte encontraram o cadáver de Thomé com uma pancada no peito e uma facada na goela, estando junto ao cadáver uma pistola armada e descarregada. Visto isso, o inspetor de quartelão Maximiano Andiroba, foi à casa do senhor do escravo acompanhado de outras pessoas e prenderam o cativo em sua moradia. (BAHIA, 1875, CAIXA-CRIME 1874-1876).

Esse caso, é mais um que envolve conflito interclasse tendo como acusado um escravo e como vítima um homem livre. O processo de João durou dois anos, terminando no ano de 1877, passando por dois julgamentos, onde no primeiro, o cativo foi condenado e no segundo, tendo como curador do réu o rábula Alferes Almeida do Ó, processo em que o escravo conseguiu a sua absolvição. Analisando o processo como um todo, percebemos que existe um tom de prestígio e impunidade no caso analisado, diferente do processo do escravo Manoel, em que, antes de morrer, a vítima deu um nome do seu assassino, neste a única testemunha que viu a vítima ante do crime foi o Manoel Francisco Dias. Desse modo, a defesa buscou desqualificar o depoimento da testemunha, tendo esta cometido diversas incongruências no seu discurso. No depoimento de outra testemunhas acrescida no processo, Vitor Benigno dos Anjos, vaqueiro da Fazenda Lagoa, foi questionado se alguém teria motivo para ter matado a vítima, nesse contexto, ele respondeu que não se sabia quem tinha matado aquele homem, porém, este era um homem turbulento cheio de desafetos, tanto que faziam poucos dias que ia fazendo um pai de família deitar-se a perder.

Com isso, vimos que a figura da vítima era um personagem controverso nessa região, dessa maneira, no último julgamento o réu admite que o este era inimigo do seu senhor, o que podemos supor que além da rixa já existente entre o cativo e o homem livre, que o crime também pode ter sido motivado pelo seu senhor, digo isso, pois em outras regiões em que se manifesta



a criminalidade escrava, vemos que a busca de apadrinhamento tem como garantia uma troca de favores, é comum em por exemplo nas grandes *plantation* de Minas Gerais nesse mesmo período, exemplificada por Guimarães (2002), tendo no ensejo o cometimento de crimes por partes de escravo a mando dos seus senhores em troca de possíveis privilégios, promessas de liberdade, além de ampla defesa nos processos, o que no caso do escravo João foi visto. Em processos como estes, não podemos esquecer que antes de tudo o escravo é um híbrido entre coisa e ser humano, juridicamente falando, como observa Lara (1988, p.163):

Não podemos enxergá-lo apenas como “coisa” (como fazem tantos estudiosos da escravidão) e nem apenas como “pessoa”. Não basta simplesmente negar ou substituir a afirmação categórica da “reificação” do escravo pela sua “humanidade”. Ao contrário. Queremos deixar marcado que, assim como esteve presente no discurso oficial metropolitano, a contradição entre “coisa” e “pessoa” se manifesta na prática das relações entre senhores e seus cativos. Mais ainda: tais atributos e os limites desta contradição, deste ser coisa não o sendo, estavam determinados pelas relações (pelos embates, resistências e acomodamentos) entre senhores e escravos, cotidianamente.”


Nessa linha, entre coisa e humanização o rábula Alferes do Ó, argumenta que a violência contra a liberdade individual não era contra o escravo, mas sim contra o senhor que via a liberdade individual do seu escravo ameaçada. Essa é mais uma compreensão para entender que mesmo que busque a sua humanidade nas entrelinhas de batalhas judiciais o escravo por fim era visto como uma coisa, desse modo o defensor reforça:

Pelas inúmeras intrigas e inimigos que tinha o falecido não se pode ao certo conhecer o crime de quem partiu (...) o inspetor não poderia prender o acusado porque não foi em flagrante e nem autorizado pelo juiz competente (...) Pelas disposições analisadas por alto, vê-se que o indiciado escravo, aliás seu senhor Curador nato, sofreu e está sofrendo violência na liberdade individual de seu escravo. (BAHIA, 1875, CAIXA-CRIME 1874-1876).

### 3.3 Processo do escravo José do senhor José Pereira de Souza

O terceiro e último processo a ser analisado, temos pela primeira vez um conflito envolvendo dois escravos, como já abordado nessa pesquisa, era comum o espaço de disputas e conflitos entre os pares, percebemos neste caso que violência parte a partir de rivalidade entre parceiros sexuais. No dia 20 de outubro de 1869, por volta das 5 horas da manhã no comércio de Cachoeirinha no Riachão da Utinga, o lugar foi palco de agressões entre o escravo Albano de Tal da senhora Dona Margarida Maria da Conceição e José escravo do senhor José Pereira de Souza, onde este sacou sua garrucha, dando assim, um tiro em direção a cabeça do cativo Albano que por sorte acabou desviando, recebendo a carga na orelha e no seu chapéu, não deixando barato a vítima reagiu com um porrete na cabeça do agressor, rachando assim o seu





crânio. Visto isso, o inspetor do quartirão José Benedito do Nascimento percebendo a confusão prendeu os dois cativos em flagrante conduzindo os dois para a prisão.


O processo durou dois anos, se encerrando no ano de 1871, tendo o escravo José absolvido em duas oportunidades. Observando o processo, percebemos novamente a mobilidade espacial que estes sujeitos tinham, uma vez que o agressor afirmou vim de Lençóis. Em seu depoimento quando foi interrogado sobre o seu nome, idade, estado, filiação, naturalidade e profissão, o agressor respondeu que ele era solteiro, tinha vinte e cinco anos de idade, disse ser filho de Ana, escravizada já falecida, e ser natural de Santo Antônio das Alagoinhas. Sobre sua profissão durante o julgamento o réu afirmou vivia de roça, tendo como primeira qualificação ser vaqueiro e lavrador, no contexto da ocupação é importante destacar o pensamento de Pires (2003, p.94):

O exercício de uma profissão pelo cativo apontou, num contexto da escravidão, um sistema ambivalente, já que o trabalho fazia-se via remuneração e garantia certa autonomia ao escravo, que a dilatava no cotidiano através do desempenho de suas funções. Além disso, provocava hierarquias internas fundadas no prestígio que os escravos especializados gozavam diante dos seus pares, ou mesmo frente aos seus senhores. É também fundamental analisar o significado do aluguel e do ganho para os escravos e de como esses incorporavam o lidar com os códigos do mundo dos brancos, enquanto instrumentos de afirmação e de conquista de seus interesses particulares.

Com isso, podemos notar que essa autonomia se dar a partir desse *status* devido a profissão desse vaqueiro, da mesma forma que conseguimos enxergar em outros processos esse escravo como polo ativo de um processo social, mostrando uma nova faceta da relação escravista no sertão e mais somente a visão de domínio senhorial rígido, sem as certas flexibilizações vistas no ensejo. Novamente segundo Pires (2003, p.93):

O escravo vaqueiro ostentava entre os seus pares uma posição hierárquica mais elevada, dispondo também de maior confiança por parte do seu senhor. Era também um escravo de valor mais alto, devido a sua qualificação profissional. Considerando todas estas questões, entende-se porque o seu senhor adotou uma postura de proteção ao seu valoroso escravo.

Mais um argumento que pode justificar tanto o uso de arma de fogo, quanto a mobilidade do escravo José. Dentre tantas informações nos depoimentos, posso supor que o que motivou a briga entre os cativos, foi essa disputa pela parceira sexual Bernardina de Tal, que segundo as testemunhas ouvidas no processo, percebe-se que esta de maneira ilícita se envolveu tanto com o cativo José, quanto com Libanio, este último que a espancou segundo a fala do réu no interrogatório, o que dessa maneira teria causado a briga e consequentemente o crime passional, muito comum em crimes entre parceiros de cativo.



Tendo dormido em casa de Bernardina de Tal, como tinha relações ilícitas, e que saindo ao amanhecer do dia, estando pouco distante da casa da dita mulher, ouviu umas toçadas e gritos na mesma, voltando ele a dita casa achou a mulher espancada, tendo encontrado com Libanio, que saía da mesma casa, voltou à procurá-lo, e achando-o quis dar-lhe com um porrete, que levava e como ele o tomasse, ele José afastou-se e atirou-lhe com uma garrucha, que também levava nesse interim Libanio meteu-se de dentro e deu-lhe uma porretada na cabeça. (BAHIA, 1869, CAIXA-CRIME 1840-1869).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cada vez mais torna-se recorrente o uso de processos criminais para a reconstrução da história. Nessa ótica, busquei, nesse ano à frente da iniciação científica, moldar a pesquisa, traçando trajetórias, construindo um perfil criminal dos escravos morrenses, analisando através das fontes o cotidiano, sociedade, costumes, direito e justiça, no recorte temporal de 1840 a 1888. Busquei assim, construir uma ampliação da pesquisa histórica sobre os sertões baiano, estabelecendo um diálogo interdisciplinar entre a História e Direito, que norteou meu trabalho. Desse modo, é através desses estudos que podemos entender o avanço do direito e a sua construção como papel na aplicação do direito de punir, o que faz dos levantamentos de suma importância para uma melhor compreensão dos fatos jurídicos, além de promover a compreensão de como essa sociedade foi influenciada a partir das disputas narradas por meio das fontes históricas.

## FONTES

BAHIA. FCA – Fórum Clériston Andrade:


Processos crimes (caixas): 1840/1869; 1870/1871; 1872/1873; 1874/1876; 1877/1878; 1879/1886; 1889/1890 e 1889/1890-2

## REFERÊNCIAS

**CÓDIGO Criminal do Império do Brasil de 1831.** Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1876.

**CÓDIGO DE POSTURAS MUNICIPAIS.** Fundo Câmara Municipal no Império, série 163/1.

FERREIRA, Jackson. **Gurgalha: um coronel e seus dependentes no sertão baiano (Morro do Chapéu, Século XIX).** Salvador: EDUNEB, 2018.



GUIMARÃES, Elione Silva. **Criminalidade e Escravidão em um Município cafeeiro de Minas Gerais** — Juiz de Fora, Século XIX. 2016. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/site/poder\\_judiciario/historia/memorial\\_do\\_poder\\_judiciario/memorial\\_judiciario\\_gaicho/revista\\_justica\\_e\\_historia/](http://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaicho/revista_justica_e_historia/). Acesso em: 24 jan. 2020.

LARA, Sílvia Hunold. **Campos da violência: escravos e senhores na Capitania do Rio de Janeiro, 1750-1808** — Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988

MATTOS, Cristiano Pessatti de. **Criminalidade e justiça em Morro do Chapéu – BA, 1869-1889**. 2013. 174 f. Dissertação (Mestrado em História Regional) – Departamento de Ciências Humanas, Campus V, Universidade do Estado da Bahia, 2013.

MARX, Karl & ENGELS, Fredrich. **A Ideologia alemã (FEUERBACH)**. 11ª edição. Tradução de José Carlos Bruni e Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Hucitec. 1999.

PIRES, Maria de Fátima Novaes. **O crime na cor: escravos e forros no alto do sertão da Bahia (1830-1888)**. São Paulo: São Paulo: Annablume/Fapesp, 2003. 250p

VIEIRA FILHO, Raphael Rodrigues. **Os Negros em Jacobina (Bahia) no século XIX**. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.



# CAPÍTULO 16

## ATUAÇÃO DO PSICÓLOGO FORENSE EM QUESTÕES DE GUARDA: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS

Isabella L. Silva Santos, Mestranda em Psicologia Social, Universidade Federal da Paraíba  
Gabriella Medeiros Silva, Mestranda em Psicologia Social, Universidade Federal da Paraíba  
Álice Thayane Lira Cardoso Santos, Graduada em Psicologia, Universidade Federal da Paraíba  
Diana Karine Oliveira de Melo, Graduada em Psicologia, Universidade Federal da Paraíba

### RESUMO

Esse trabalho buscou discorrer sobre a guarda parental no Brasil e nos Estados Unidos, fazendo uma revisão integrativa da literatura dos dois países, com foco nos estudos que mostrem a atuação do psicólogo forense nos processos de guarda dos filhos. Com relação às leis, os Estados Unidos dispõem de mais termos para definir modalidades de guardas parentais, enquanto que o Brasil se mostra mais objetivo nesse quesito, embora haja semelhança entre alguns termos. No entanto, em ambos os países o papel do psicólogo é mais secundário, sendo pouco solicitado que compareçam às audiências.


**PALAVRAS-CHAVE:** Psicologia. Direito. Disputa Judicial. Crianças.

### INTRODUÇÃO

O processo de disputa pela guarda de filhos é um evento consequente de um divórcio ou separação, podendo ser vista como uma das responsabilidades que acompanham o poder familiar. Este corresponde justamente aos direitos e deveres dos pais para seus filhos, que é tido em igualdade pelos genitores independente da separação, salvo em decisões judiciais que possam vir a suspender ou destituir alguma das figuras parentais (SERAFIM; SAFFI, 2014).

No ano de 2017, segundo dados publicados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a taxa geral dos divórcios em porcentagem aumentou para 2,48%, uma diferença de 0,10% a mais do que em 2016. Em números, a pesquisa de Estatísticas do Registro Civil contabilizou a concessão oficial de 373.216 divórcios (IBGE, 2017). Dentre estes, no total 82,3% tinham filhos menores ou maiores de idade, sendo que a maior porcentagem, com relação ao número geral de divórcios segundo o arranjo familiar, eram de 45,8% representando os que tinham somente filhos menores de idade (IBGE, 2017).





A mesma pesquisa observou que houve também um aumento na taxa de divórcios que constam na sentença a guarda compartilhada de crianças, subindo para 20,9%, em relação aos 16,9% no ano anterior. E, mesmo tendo diminuído, as mulheres ainda são o genitor que prioritariamente fica com a guarda dos filhos menores de idade, nos divórcios judiciais conferidos em 1ª instância, correspondendo à 69,4% dos casos (IBGE, 2017). Essas decisões são de responsabilidade da Vara da Família, que tem a opção de se voltar ao auxílio profissional de um psicólogo forense. Esse profissional tem atribuições que envolvem avaliar todos os envolvidos, desde os pais até as crianças (SERAFIM; SAFFI, 2014), o que será melhor desenvolvido adiante.

Dessa forma, tendo em vista o que foi disposto acima, de um modo geral, sobre os fatores que antecedem os movimentos para decidir sobre a guarda parental de crianças, e a tarefa que o psicólogo forense pode assumir ao trabalhar em prol do melhor resultado possível nesses casos, esse trabalho buscou discorrer sobre a guarda parental no Brasil e nos Estados Unidos, fazendo uma revisão integrativa da literatura dos dois países, com foco nos estudos que mostrem a atuação do psicólogo forense nos processos de guarda dos filhos.

## **PROCEDIMENTOS LEGAIS VOLTADOS À GUARDA DOS FILHOS NO BRASIL**

De acordo com Ottoni (2018), existem quatro tipos de guarda no Brasil, dentre as quais duas estão dispostas no Código Civil (unilateral e compartilhada) e as outras duas são estabelecidas pelos juristas, apesar de ainda não constarem oficialmente na lei. A Lei nº 11.698/08 alterou os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, do Código Civil de 2002, com o intuito de estabelecer a guarda compartilhada (Brasil, 2008). Preferivelmente, a guarda deveria ser definida entre os pais - tendo como base o Art. 1.584 - e, após o consenso, essa decisão seria levada ao juiz em audiência, o qual deve encorajar a guarda compartilhada, como determinado pelo segundo parágrafo do Art. 1.584. Porém, caso não haja um acordo, a decisão será decretada pelo juiz e serão levadas em consideração as condições dos pais de prover para a criança (BRASIL, 2008; OTTONI, 2018).

À estipulação da guarda compartilhada certas ressalvas devem ser feitas: quando um dos pais afirma não querer a guarda ou quando um deles não está capacitado a exercer o poder familiar, esse tipo de guarda não é a prioritária (OTTONI, 2018). O poder familiar, segundo



Venosa (2005), corresponde aos direitos e deveres incumbidos aos pais para com os filhos que ainda não se encontram em condições de cuidar de si mesmos. Tal poder, de acordo com o Art. 21 do ECA, deve ser exercido de maneira igualitária por ambos os pais e, em parágrafo único, é disposto que esses deveres e responsabilidades devem ser compartilhados pelos responsáveis (BRASIL, 1990).

Segundo o Art. 1.583, a guarda deve ser ou unilateral ou compartilhada, sendo a primeira atribuída a apenas uma pessoa, que se tornará responsável pela criança, podendo ser um dos pais ou outros familiares mais próximos, por exemplo, caso um dos pais não se encontre em condições de cuidar do filho. No segundo parágrafo do mesmo artigo, é prescrito que a guarda unilateral deve ser destinada àquele que tenha maior possibilidade de proporcionar afeto, saúde, segurança e educação à criança. Sendo a guarda exclusiva, aquele que não a obteve deve continuar prezando pelos interesses da criança, mas só tem o direito à visitação, uma vez que todo tipo de decisão que diz respeito ao menor deve ser tomada unilateralmente pelo seu responsável legal (BRASIL, 2008; OTTONI, 2018).

Esse tipo de guarda não é o mais recomendável, pois impossibilita aos pais direitos iguais na participação na vida dos filhos, visto que um dos genitores não tem espaço nem liberdade para envolvimento completo na vida da criança. A atribuição da guarda a apenas um deles faz com que o outro se afaste dos filhos, tanto fisicamente quanto emocionalmente, comprometendo o relacionamento parental e filial. Sendo assim, o uso dessa modalidade deve ser limitado para os casos em que não há consenso entre os pais ou quando há uma determinação judicial (SILVA, 2017).

Diferentemente da anterior, na guarda compartilhada ou conjunta, a responsabilidade pela criança é reservada a ambos os pais, mesmo que o menor resida apenas com um dos dois - isto é, o que está mais preparado e tem melhores condições para atender às necessidades da criança. É previsto pelo terceiro parágrafo do Art. 1.584 que, para definir as atribuições que cabem a ambos os pais, o juiz pode recorrer à orientações técnico profissionais ou de equipe interdisciplinar. A convivência com a criança nesse tipo de guarda deve ser distribuída harmoniosamente entre os pais (BRASIL, 2008; OTTONI, 2018).

A Lei nº 13.058/14 foi estabelecida de modo a alterar os Arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, citada anteriormente. Tal modificação foi feita com o objetivo de aplicar



efetivamente a guarda compartilhada como a mais adequada e benéfica para a criança e para os pais. Um exemplo dessa alteração demonstra a preocupação com a participação de ambos os pais nas decisões que envolvem a criança, como traz o quinto parágrafo do Art. 1.583 ao dispor que, mesmo em casos de guarda unilateral, o genitor que não detém a guarda pode monitorar os interesses da criança e até mesmo solicitar que o guardião legal esclareça e o informe acerca de questões que possam influenciar os filhos, física ou psicologicamente, ou no condizente a sua educação. Dessa forma, em concordância com o Art. 1.634 da mesma lei, compete a ambos os pais o exercício do poder familiar (BRASIL, 2014).

Os outros tipos de guarda que não são reconhecidas pela lei consistem na guarda alternada e no aninhamento. A guarda alternada corresponde ao revezamento da guarda da criança entre os pais, onde o menor passa um período alternado com cada um dos responsáveis. Um problema é que essa situação impossibilita que a criança consiga construir um referencial de lar, uma vez que seu contexto pode se apresentar instável. A guarda alternada é vista como prejudicial para o menor, não sendo prevista pelo artigo 1.583 do Código Civil de 2002, além de não ser aceita no Direito Brasileiro (CÓIS, 2017). O último tipo de guarda, o aninhamento, é mencionado por Ottoni (2018), que a define como a permanência da criança no seu local de residência anterior, cabendo aos pais se revezarem para acompanhá-la. Entretanto, sua falta de praticidade inviabiliza sua efetivação.

Além dos tipos de guarda estabelecidas em casos de separação conjugal, quando há a perda do poder familiar por motivos de falecimento, prisão de um dos pais, abandono, ou simplesmente casos em que o menor não tenha nenhum suporte por parte dos guardiões prévios, entram em vigor algumas soluções. O Art. 28 do ECA dispõe que o menor pode ser alocado para uma família substituta por meio da guarda, da tutela ou da adoção, na qual suas necessidades materiais, morais e educacionais devem ser amparadas. Segundo o Art. 36, a tutela vai ser concedida enquanto o indivíduo não tiver atingido a maioridade de 18 anos. Por fim, a adoção, a partir do primeiro parágrafo do Art. 39, vai ser a última instância a qual se deve recorrer, isto é, é aplicada apenas nos casos em que todas as outras formas de preservação do menor tiverem cessado (BRASIL, 1990).



## PROCEDIMENTOS LEGAIS VOLTADOS À GUARDA DOS FILHOS NOS ESTADOS UNIDOS

Huss (2011) traz que durante um certo tempo as crianças eram vistas, após a separação do casal, como uma propriedade pessoal e estavam sujeitas a divisão de bens, como todas ficavam com o marido, as crianças também iam morar com o pai. Porém, isso começou a mudar no final do século 19, começando a adotar a Doutrina dos anos tenros, na qual a mãe era considerada a melhor escolha para a guarda, especialmente para crianças pequenas.

Após essa época, o padrão legal sofreu uma mudança para o padrão do melhor interesse da criança, sugerindo que a decisão deveria ser tomada levando em consideração o desenvolvimento e a maturação da criança, no entanto esse padrão muitas vezes é criticado por ser muito vago. Foi adotada, em diversas jurisprudências, a lei uniforme do casamento e divórcio, essa considerava muitos fatores: a saúde física e mental de todos os envolvidos, a adaptação da criança, as condições dos pais, a interação da criança com os genitores, desejo dos pais e da criança (HUSS, 2011)

Com relação à guarda dos filhos após o divórcio, existem diferentes tipos de guarda nos Estados Unidos (EUA): guarda única, em que um dos genitores fica com a guarda física e legal; guarda parcial, um dos pais fica com a guarda em diferentes partes do ano; guarda dividida, na qual, com dois ou mais filhos, a guarda é dividida entre os pais (a mãe fica responsável por um e o pai por outro); guarda compartilhada, os dois genitores têm a guarda legal e física sob todos os filhos; guarda alternada, na qual o filho passa um período de tempo com um dos genitores e, em seguida, igual período com o outro genitor, e no período que reside com aquele genitor apenas ele possui autoridade sobre o filho; guarda de terceiro, quando a guarda não fica com um dos genitores, mas com outra pessoa responsável (avó, avô, tia, tio) (HUSS, 2011; CABRAL; CANGUSSU, 2012).

Existe, ainda, a guarda física, na qual a criança mora com um dos pais que é o principal responsável pelos cuidados diários. Pode se subdividir em: guarda física exclusiva, a criança vive exclusivamente com um dos pais; ou guarda física compartilhada, a criança passa um período longo de tempo com um dos pais e depois o mesmo tempo com o outro. A diferença entre essa e a guarda alternada diz respeito à autoridade sobre os filhos, que os dois possuem, enquanto na alternada apenas um possui. Outro tipo de guarda, é a guarda legal, referente ao





poder de tomar decisões legais sob os filhos. Pode ser uma guarda legal exclusiva, na qual apenas um dos pais têm esse poder, ou guarda legal compartilhada, em que ambos têm autoridade para essa decisão. Por fim, há a teoria do ninho de passarinho, a modalidade na qual não é a criança que sai da casa, mas os pais que vão e voltam do lugar que o filho reside (HUSS, 2011; CABRAL; CANGUSSU, 2012).

Além disso, as cortes estadunidenses têm preferido dar a guarda aos parentes biológicos da criança, mostrando uma resistência na concessão de guardas à pessoas que não possuem vínculo biológico, mesmo que tenha alguma relação anterior com a criança, partindo do pressuposto de que parentes biológicos seriam mais qualificados. Também, mais recentemente, as cortes estão ignorando a orientação sexual dos genitores na escolha da guarda, visto que não influencia capacidade de guarda (HUSS, 2011).

## REVISÃO INTEGRATIVA DA LITERATURA BRASILEIRA E AMERICANA


Para compreender o estado da arte da literatura científica acerca do papel do psicólogo no processo de disputa de guarda, foi realizada uma revisão integrativa em dois momentos: Numa primeira análise, focou-se em textos científicos internacionais, em especial aqueles produzidos nos Estados Unidos. Foram encontrados sete artigos, entre empíricos e teóricos, que abordavam os mais diversos temas (**tabela 1**). Dentre esses tópicos, dois dos estudos focavam na importância de um olhar diferenciado para grupos minoritários no processo, dois abordavam questões psicossociais dos pais e de suas relações e como elas afetavam a dinâmica familiar após a separação, e três deles tinham como tema geral a análise da própria atuação do psicólogo nessa área (sendo dois dedicados a uma revisão de diretrizes mais gerais e o restante da eficácia de um instrumento nesse contexto específico).

**Tabela 1.** Revisão Integrativa da Literatura Americana

Autor(es) / Ano	Título	Objetivo	Principais Resultados
Symons; 2010.	A review of the practice and science of child custody and access assessment in the United States and Canada.	Realizar uma revisão das diretrizes e bases científicas para a atuação do psicólogo nas questões relacionadas a custódia.	A literatura científica da Psicologia pode contribuir não só para avaliar e determinar quais as ações mais adequadas para garantir o bem-estar das crianças, mas para buscar uma mediação de conflitos entre os pais para um desenrolar mais pacífico do



			processo.
Archer; Wigant; 2012.	Child Custody Evaluations: Ethical, Scientific, and Practice Considerations.	Examinar as especificidades da avaliação psicológica no contexto de custódia.	A avaliação psicológica para decisão de guarda é bastante abrangente, envolvendo inúmeras técnicas de coleta de dados, além de necessitar de uma postura ética e uma base científica sólida.
Dudak; 2013.	Fathers Claiming Custody of their Children – Clients of Psychological and Legal Counselling	Discutir os problemas enfrentados por pais na disputa pela custódia e após o divórcio.	Na maioria dos casos, a custódia dos filhos é concedida a mãe; Na amostra estudada, as maiores dificuldades enfrentadas foram a falta de contato com os filhos, a solidão e uma relação complicada com a ex-esposa. Além disso, observou-se que esses pais procuram aconselhamento psicológico como uma forma de suporte social para sua situação.
Chiu; 2014.	Psychological Testing in Child Custody Evaluations With Ethnically Diverse Families: Ethical Concerns and Practice Recommendations.	Destacar a importância (especialmente ética) de considerar diferenças culturais no uso de testes psicológicos em avaliações de custódia.	Três questões principais que devem ser consideradas pelo profissional são: a capacidade do sujeito de responder o teste adequadamente, a equidade da aplicação naquele contexto, e o tipo de interpretação daqueles resultados que será realizada.
Haney-Caron e Heilbrun; 2014.	Lesbian and gay parents and determination of child custody: The changing legal landscape and implications for policy and practice.	Observar a mudança na legislação e as pesquisas acerca da guarda de filhos quando um dos responsáveis é heterossexual e um é homossexual.	Considerando que não existem evidências significativas de que responsáveis homossexuais causam impactos diferenciados de heterossexuais, a avaliação psicológica deve ser cuidadosa quando o profissional lidar com esse tipo de questão.
Hardesty, Crossman, Khaw e Raffaelli; 2016.	Marital Violence and Coparenting Quality After Separation.	Observar se a existência de violência durante o casamento é um preditor na qualidade da coparentalidade após o divórcio.	Quanto mais frequente a violência durante o casamento, menor foi a qualidade da coparentalidade relatada. O relacionamento entre os pais após a separação também influenciou essa qualidade.
Fariña, Redondo, Seijo, Novo e Arce; 2017.	A meta-analytic review of the MMPI validity scales and indexes to detect defensiveness in custody evaluations.	Analisar se as escalas de validade do MMPI são eficazes em detectar defensividade nas respostas em uma avaliação psicológica no contexto de disputa de custódia.	Nenhuma das escalas sozinha é capaz de detectar a defensividade por completo; O gênero do entrevistado e o contexto da avaliação (custódia ou avaliação de capacidade para custódia) foram moderadores desses resultados.



Além dos textos previamente mencionados, é importante também abordar as Diretrizes da Associação Americana de Psicologia (APA) para a realização de avaliação Psicológica em casos de disputa de guarda. Dentre os principais pontos abordados no documento estão: O principal objetivo da avaliação é garantir o bem-estar da criança; Os focos da avaliação devem ser a capacidade dos pais, as necessidades da criança e a interação entre esses dois fatores; O psicólogo deve ter as competências necessárias para a realização dessa avaliação, considerando questões técnicas, éticas e científicas (APA, 2009). Assim, é possível observar que apesar dessas diretrizes serem de certa forma bastante gerais, elas dão destaque à importância de uma atuação adequada do profissional da Psicologia nesse contexto.

Se as diretrizes da APA trazem recomendações mais abrangentes, Archer e Wygant (2012), dentre outras informações em um capítulo de livro, listam possíveis componentes de uma avaliação psicológica para processos relacionados à guarda. São eles: entrevistas com pais e filhos, sessões de observação da interação entre os familiares, testagem psicológica, análise do histórico da criança, avaliação de documentos, contato com outros familiares e visitas domiciliares. Dentre essas possibilidades, as entrevistas clínicas são as mais comumente utilizadas (ARCHER; WYGANT, 2012).

No entanto, Huss (2011) traz em seu capítulo sobre guarda dos filhos que o testemunho de psicólogos forenses é menos solicitado nesta área do que em outras questões legais, como inimputabilidade ou casos de violência, por exemplo. De acordo com o estudo de Otto, Buffington-Vollum e Edens (2003) há menor probabilidade de as cortes adotarem as conclusões dos psicólogos forenses em casos de guarda, pois é uma área que acaba envolvendo juízo de valor nas avaliações, podendo ativar crenças de quem está realizando a avaliação, o que poderia ser um viés. Dados de outro estudo, indicam que menos de 30% das decisões judiciais eram idênticas as conclusões da avaliação psicológica (HORVATH; LOGAN; WALKER, 2002).

O segundo momento da revisão foi voltado à busca pelos estudos brasileiros acerca da atuação do Psicólogo Forense em processos de guarda (**Tabela 2**). Foram encontrados oito artigos, entre teóricos e empíricos. No entanto, os termos usados para definir o profissional da psicologia atuando nesses processos variava entre forense e jurídico, a depender do estudo, mesmo que todos tivessem a mesma área como foco. De forma geral, eles mostram a atuação do psicólogo mais no âmbito pericial, através do processo de avaliação psicológica, fornecendo provas para a decisão judicial.

**Tabela 2.** Revisão Integrativa da Literatura Brasileira

<b>Autor(es) / Ano</b>	<b>Título</b>	<b>Objetivo</b>	<b>Principais Resultados</b>
Lago; Bandeira, 2008	As práticas em avaliação psicológica envolvendo disputa de guarda no Brasil	Investigar quais as práticas realizadas por psicólogos em avaliação para determinação de guarda em diferentes regiões do Brasil.	Quase metade dos entrevistados iniciaram sua trajetória profissional atuando em casos de disputa de guarda e avaliação psicológica após a aprovação em concurso. Entre os procedimentos mais utilizados nas avaliações foram citados: Entrevistas, visitas à escola e às residências dos pais. Destacaram-se como testes mais utilizados: HTP, Rorschach, TAT e Desenho da Figura Humana. A maioria dos entrevistados considerou desnecessário um instrumento de avaliação psicológica específico para os casos de determinação de guarda.
Lago; Bandeira, 2009.	A Psicologia e as demandas atuais do Direito de família	Apresentar dados teóricos sobre questões relacionadas a guarda, alienação parental e abuso sexual. Demonstrar o que pensam os psicólogos da área acerca desses e outros assuntos diretamente ligados a sua prática.	Poucos entrevistados cursaram alguma disciplina na área de Psicologia Jurídica (16%). A maioria possuía conhecimento e experiência sobre guarda compartilhada, alienação parental e abuso sexual nas disputas de guarda. A maioria dos entrevistados também considerou importante a formação complementar.
Perucchi, 2010	Nos Trâmites da Lei: Uma Crítica à Perspectiva Tradicional da Noção de Família no Âmbito da Psicologia Jurídica Brasileira	Apresentar questões teóricas acerca da noção de família no âmbito jurídico e analisar o posicionamento da Psicologia em sua interface com o Direito, nesses casos.	Ainda existem muitos avanços a serem realizados na área. A Psicologia deve ter um posicionamento mais crítico, não sendo meramente uma aplicação (perícia e a avaliação Psicológica), como vem ocorrendo. A visão da família também deve ser ampliada, englobando os tantos outros existentes, para além do modelo tradicional ancorado em parâmetros patriarcais, levando em consideração: elementos afetivos, econômicos, relacionais e legais. Deve inovar também na metodologia utilizada nessas situações.





Silva, 2013	Psicologia Jurídica: um Percurso nas Varas de Família do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	Apresentar principais aspectos históricos e atuais da atuação dos psicólogos nas Varas de Família do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.	O início da atuação do psicólogo nas Varas de Família se deu nos anos 70, como perito em disputas de guarda e visita aos filhos. Na análise da situação atual da prática realizada pelos psicólogos nesse contexto sobressai-se a necessidade da constante atualização profissional, visto que a utilização dos laudos psicológicos e das discussões da ciência psicológica ainda não estão em conformidade com o que deveriam.
Ramos; Zelak; Tavares, 2015	A atuação e relevância do psicólogo jurídico nas varas de família do Fórum TJ/AL de Maceió/AL	Analisar a atuação do psicólogo jurídico na 23ª vara da família do fórum TJ/AL	No setor de Psicologia do Fórum analisado, são realizadas avaliações/perícias psicológicas e conciliação familiar das partes envolvidas nos processos. A primeira parte do processo é a Avaliação Psicológica por meio de entrevistas/atendimentos com todos os envolvidos diretamente na dinâmica familiar. A partir disso serão feitos laudos ou pareceres para subsidiar a decisão do juiz.
Fermann et al. 2017	Perícias Psicológicas em Processos Judiciais Envolvendo Suspeita de Alienação Parental	Verificar critérios e indicadores de Alienação Parental considerados pelos psicólogos em perícias de disputas de guarda e quais os procedimentos de avaliação adotados	Ainda não existe um consenso quanto aos critérios e indicadores de Alienação Parental. Os procedimentos mais utilizados foram entrevistas e testes projetivos. Os laudos analisados não estavam em conformidade com a resolução do CFP, sugerindo necessidade de maior capacitação profissional para atuação na área.
Santos; Burd, 2017	Atuação de uma psicóloga jurídica frente a processos judiciais de guarda na Comarca de Sete Lagoas/MG	Analisar a atuação de uma psicóloga jurídica em processos de guarda na Comarca de Sete Lagoas/MG.	A psicóloga possuía ampla experiência na área, com 23 anos de atuação. Nas decisões judiciais em que estava envolvida, os juízes levavam em consideração suas apreciações psicológicas para a tomada de decisões nos casos.




Oliveira; Marques, 2018	Avaliação Psicológica e os Processos de Disputa pela Guarda de Filhos: desafios para uma prática profissional contextualizada	Apresentar dados teóricos sobre as atribuições de psicólogos em processos de guarda diante das mudanças das configurações familiares	Para atuar na área jurídica, especialmente em casos de guarda, é preciso conhecimento apropriado, que diferencie o psicodiagnóstico clínico da avaliação psicológica como ferramenta pericial. Embora as técnicas e instrumentos utilizados venham sendo os mesmos nas duas áreas, os objetivos são distintos, de forma que não devem ser confundidos. A literatura se mostrou bem escassa e ainda reprodutora de um discurso tradicional acerca das configurações familiares, o que também sugere a necessidade de mais pesquisas acadêmicas na área.
-------------------------	---	--	--

Dados que chamam atenção ao analisar os resultados dos estudos, é que a atuação do Psicólogo nas Varas da Família em São Paulo começou consideravelmente pouco tempo depois - década de 1970 - (SILVA, 2013) da regulamentação da profissão psicólogo no Brasil, que ocorreu em 1962 (SOARES, 2010). As práticas iniciais da psicologia envolviam a perícia, quando convocados (SILVA, 2013). Atualmente, o papel da perícia realizada pelo psicólogo parece ter uma relevância maior do que nos primórdios da atuação na área, sendo muitas vezes decisivas para julgamento do processo (RAMOS, ZELAK; TAVARES, 2015).

Mas qual o caráter da perícia realizada pelo psicólogo? Se configura como que tipo de prova? As provas elaboradas pelo psicólogo forense/jurídico focam em indicadores da situação familiar, buscando compreender a dinâmica e a comunicação daqueles que estão em conflito judicial. Essa é a atuação enquanto perito, no entanto, o psicólogo também pode atuar no papel de assistente técnico, como profissional autônomo contratado para complementar o trabalho realizado pelo perito, reforçando a argumentação (RAMOS et al., 2015).

Em relação à demanda dessas perícias, Lago e Bandeira (2008) verificaram em seu estudo que o papel do psicólogo é mais secundário, sendo pouco solicitado que compareçam às audiências. Além disso, o tempo para realizar o processo avaliativo da perícia é muito reduzido, visto que boa parte dos entrevistados disse utilizar em média 2 horas com cada um dos envolvidos (LAGO; BANDEIRA, 2008). No tocante a esse processo, outro dado interessante que se pode extrair dos estudos analisados é que os instrumentos mais comuns numa perícia




psicológica em casos de guarda são a entrevista e os testes projetivos (LAGO; BANDEIRA, 2008; FERMANN et al., 2017).

Outra revisão sobre a mesma temática, publicada em 2017, trouxe que o interesse em realizar estudos acerca da prática realizada pelos psicólogos em casos relacionados a guarda teve considerável aumento a partir de 2008, ano da sanção acerca da guarda compartilhada. O número de publicações com a temática deu um salto nesse ano, ampliando em 100%, em relação aos anos anteriores (QUIRINO; MENEZES, 2017). Esse aspecto também pode ser percebido no presente estudo, uma vez que, embora não analise trabalhos de pós-graduação como o de Quirino e Menezes (2017), artigos com a temática psicologia e processos de guarda só foram encontrados a partir do ano 2008.

Outro ponto em consonância com os dados encontrados por Quirino e Menezes (2017) é que nas pesquisas publicadas, em nenhum momento se considera o olhar da criança sobre a situação. O ponto central da disputa pela guarda deveria ser aquilo que promove as melhores condições para a criança, ou pelo menos deveria ser, contudo, nenhum dos estudos tinham como foco o principal interessado no processo, seu posicionamento quanto ao contexto da disputa pela guarda (QUIRINO; MENEZES, 2017).

Além dos estudos citados, existem outras publicações interessantes sobre o trabalho do psicólogo no âmbito das disputas de guarda, como o livro “A espada de Salomão: A psicologia e a disputa de guarda”, que ao longo de suas páginas traz aspectos relacionados ao objeto da perícia e questões específicas ligadas ao modelo forense de atuação. Apesar de ter uma visão ultrapassada de muitos dos aspectos atuais acerca das disputas de guarda, bem como da própria Psicologia, essa publicação tem sua relevância por se tratar de uma das primeiras obras que visava situar o psicólogo nesse campo de atuação (SHINE, 2003), que ainda permanece carente na atualidade.

Outro livro importante, só que mais atual, é “A Psicologia Jurídica e as suas interfaces: Um panorama atual”, onde um dos capítulos aborda a avaliação em situações de guarda (VASCONCELLOS; LAGO, 2016). Já o “Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito” traz três capítulos a respeito do processo de guarda: um fala acerca dos efeitos do divórcio sobre os filhos, outro sobre a importância dos vínculos afetivos e um mais específico,



sobre guarda e adoção e as repercussões psicojurídicas e o dano moral por abandono afetivo (TRINDADE, 2012).

Além desses, outra publicação importante é a tese de Lago (2012), autora bastante influente na área, visto que dois de seus artigos estão presentes na revisão, além de ser uma das organizadoras do livro de Psicologia Jurídica citado no parágrafo anterior. Em seu trabalho de doutorado, propôs a construção de um Sistema de Avaliação do Relacionamento Parental (SARP) para ser usado no contexto forense de disputa de guarda. Os eixos avaliados pela escala englobam: Competências Parentais (abrangendo as dimensões: Relação Interparental, Características afetivoemocionais, Cuidados Básicos, Proteção frente a riscos reais, sistema de normas e valores e segurança emocional) e Necessidade dos filhos (abrangendo as dimensões: Desenvolvimento da identidade e Educação e Lazer). O SARP se embasa na Teoria Familiar estrutural, segundo a qual o comportamento e as características dos sujeitos são produtos da interação familiar (LAGO, 2012).

Em contraponto a tudo que já foi dito acerca da relação psicologia e processos de guarda, a presença do psicólogo nos processos da Vara de família não implica necessariamente que a atividade da Psicologia está sendo desenvolvida da maneira que deveria. Especialmente no tocante a escrita dos documentos decorrentes de avaliação psicológica, percebe-se que ainda há muito o que melhorar (PERUCCHI, 2010; FERMANN ET AL., 2017). Isso vai ao encontro com o que foi encontrado por Lago e Menezes (2009), acerca das deficiências na formação profissional para a área jurídica durante a graduação.

Em um dos estudos analisados na revisão, percebeu-se, por exemplo, nos trechos trazidos dos laudos psicológicos realizados (outrora ainda como sinônimo de relatório), que a psicóloga escrevia conclusões de forma direta, afirmando qual dos genitores deveria ficar com a guarda dos filhos. Não houve reflexão crítica dos autores do estudo, que não questionaram a postura da psicóloga em sua discussão (SANTOS; BURD, 2017). Para ilustrar, segue um trecho de uma das afirmativas retiradas do relatório psicológico: “avaliou-se que a guarda dos menores deveria ser estabelecida em regime unilateral para a genitora, denotando-se, naquele momento, melhores condições em dispensar cuidados aos filhos” (SANTOS; BURD, 2017, p.12).





## CONSIDERAÇÕES FINAIS


O objetivo do presente estudo foi apresentar a temática da guarda parental no Brasil e EUA, comparando as duas realidades e o papel do psicólogo nesse contexto através de uma revisão integrativa.

Com relação às leis, os Estados Unidos dispõem de mais termos para definir modalidades de guardas parentais, enquanto que o Brasil se mostra mais objetivo nesse quesito, embora haja semelhança entre alguns termos. A lei brasileira é sucinta ao regulamentar a guarda unilateral e a compartilhada, buscando enfatizar a segunda, visto que ambos os pais devem ter o direito de partilhar a mesma porcentagem de presença na vida de seus filhos.

É perceptível a importância que se deve atribuir aos profissionais da psicologia que atuam na área forense, agindo com os instrumentos de avaliação psicológica com o objetivo de auxiliar as decisões judiciais, tanto nos Estados Unidos como no Brasil, fato previsto por lei neste último país, ao indicar que o juiz pode recorrer às orientações técnico profissionais ou mesmo equipe interdisciplinar. O que é interessante, tendo em vista que pessoas especializadas na temática podem trazer grande contribuição para uma decisão bem sucedida.

Apesar de autores perceberem a falta de protagonismo dos psicólogos forenses que atuam em disputas de guarda no Brasil, em 2008, por dificilmente serem chamados para as audiências, 9 anos depois, um artigo de 2017 trouxe que os resultados das avaliações da psicóloga em questão no trabalho eram frequentemente consideradas nas decisões judiciais. Nos EUA, entretanto, existem dados afirmando que é improvável os juízes estadunidenses considerarem as conclusões das avaliações dos psicólogos nessa área, em comparação com outras. Em contrapartida, o bom sinal é que havia indícios de um avanço na contratação destes profissionais.

Em um dos artigos na revisão dos EUA, os principais resultados indicaram que uma sólida base científica é importante para o processo de avaliação psicológica, o que os resultados no Brasil fortalecem, ao reconhecer a importância de uma formação complementar para atuar na área. Apesar disso, outro resultado levanta a questão das deficiências na formação para essa área durante a graduação, e que embora psicólogos trabalhem com disputa de guarda desde os anos 1970, isso não significa que atualmente seja exercido de forma impecável.



Dito isso, no contexto jurídico brasileiro das disputas de guarda, o psicólogo pode aparecer trabalhando como perito, assistente técnico, ou profissional contratado como autônomo para acrescentar no trabalho de um perito já existente. Os instrumentos mais comuns de serem utilizados são a entrevista e os testes projetivos, mas também fazem, por exemplo, visitas à escola e residências dos pais. Nos EUA, podem ser utilizados as entrevistas com todas as partes (pais e filhos), sessões para observar a interação entre familiares e também fazer visitas à domicílio, usar dos instrumentos psicológicos, analisar o histórico da criança e avaliar documentações, assim como contatar outros familiares. Apesar das amplas opções, as entrevistas clínicas são o método mais utilizado, da mesma forma que no Brasil.

Conforme o conteúdo disposto ao longo do presente trabalho, se observa uma evolução no tratamento dos casos de disputa de guarda, nos dois contextos abordados, visando melhor atender às necessidades dos pais, e cada vez mais das crianças, que geralmente são as partes mais afetadas nessas disputas. Quanto aos profissionais da psicologia, há uma atividade sendo exercida nessa área há muitos anos, porém existe a necessidade de especialização e reciclagem profissional, para que tanto os que estão entrando no campo de trabalho jurídico como os que já atuam há anos possam cada vez mais oferecer uma melhor avaliação.

## REFERÊNCIAS


ARCHER, R.; WYGANT, D. Child Custody Evaluations: Ethical, Scientific, and Practice Considerations. **Journal of Psychological Practice**, p. 1–70, 1 jan. 2012.

ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSICOLOGIA. **Guidelines for Child Custody Evaluations in Divorce Proceedings**. Disponível em: <<http://forms.apa.org/practice/gepr/geprdivorceproceedings.pdf>>. Acesso em 22 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. 13 jul. 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 22 dez. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. 13 jun. 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm#art1)>. Acesso em 21 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. 22 dez. 2014. Disponível em:



<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm)>. Acesso em Acesso em 22 dez. 2020.

CABRAL, B. F.; CANGUSSU, D. D. D. **Child custody: concessão de guarda nos EUA.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22197/child-custody-o-estudo-da-concessao-de-guarda-no-direito-de-familia-norte-americano>>. Acesso em: 22 dez. 2020.

CÓIS, J. E. **Os tipos de guarda no Brasil.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55683/os-tipos-de-guarda-no-brasil>>. Acesso em: 22 dez. 2020.

FERMANN, I. L. et al. Perícias Psicológicas em Processos Judiciais Envolvendo Suspeita de Alienação Parental. **Psicol. ciênc. prof.**, v. 37, n. 1, p. 35–47, 2017.

HORVATH, L. S.; LOGAN, T. K.; WALKER, R. Child custody cases: A content analysis of evaluations in practice. **Professional Psychology: Research and Practice**, v. 33, n. 6, p. 557–565, 2002.

HUSS, M. T. **Psicologia Forense: Pesquisa, Prática Clínica e Aplicações.** Porto Alegre: Artmed. 2011.

IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Estatísticas do Registro Civil 2017. **Estat. Reg. civ.**, Rio de Janeiro, 44, 1-8. 2017. Disponível em: <[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc\\_2017\\_v44\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2017_v44_informativo.pdf)> . Acesso em 22 dez. 2020.

LAGO, V. M.; BANDEIRA, D. R. As práticas em avaliação psicológica envolvendo disputa de guarda no Brasil. **Avaliação Psicológica**, v. 7, n. 2, p. 223–234, ago. 2008.


\_\_\_\_\_. A Psicologia e as demandas atuais do direito de família. **Psicologia: ciência e profissão**, v. 29, n. 2, p. 290–305, jun. 2009.

LAGO, V. DE M. **Construção de um sistema de avaliação do relacionamento parental para situações de disputa de guarda.** Tese de Doutorado—Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012.

OLIVEIRA, M. P. et al. Avaliação Psicológica e os Processos de Disputa pela Guarda de Filhos: desafios para uma prática profissional contextualizada. **Revista Interdisciplinar SULEAR**, v. 1, n. 1, p. 9–23, 2018.

OTTO, R. K.; BUFFINGTON-VOLLUM, J. K.; EDENS, J. F. Child custody evaluation. In A. M. Goldstein (Ed.), **Handbook of psychology: Vol. 11. Forensic psychology** (pp. 179–208). New York: John Wiley & Sons, Inc. 2003.

OTTONI, M. R. F. **Separação de casal e a resolução da guarda dos filhos menores.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69761/guarda-de-menores-como-resolver>>. Acesso em: 22 dez. 2020.



PERUCCHI, J. Nos trâmites da lei: Uma crítica à perspectiva tradicional da noção de família no âmbito da psicologia jurídica brasileira. **Psicologia em Pesquisa**, v. 4, n. 1, p. 03–14, 2010.

QUIRINO, D. M. R.; MENEZES, J. DE A. Estado da arte sobre guarda de filhos em teses e dissertações das universidades brasileiras. **Temas em Psicologia**, v. 25, n. 3, p. 1095–1106, set. 2017.

RAMOS, N. F. B.; ZIELAK, M. DE L.; TAVARES, M. G. A atuação e relevância do psicólogo jurídico nas varas de família do Fórum TJ/AL de Maceió/AL. **Caderno de Graduação - Ciências Humanas e Sociais - UNIT - ALAGOAS**, v. 3, n. 1, p. 167–184, 30 nov. 2015.

SANTOS, P. M.; BURD, A. C. S. J. A atuação de uma psicóloga jurídica frente a processos judiciais de guarda na comarca de Sete Lagoas/MG. **Revista Brasileira de Ciências da Vida**, v. 5, n. 3, 17 jul. 2017.

SERAFIM, A. P.; SAFFI, F. **Psicologia e práticas forenses**. Barueri-SP: Manole. 2014.

SHINE, S. **A espada de Salomão: A psicologia e a disputa de guarda de filhos**. São Paulo: Casa do Psicólogo. 2003.

SILVA, M. DA; ZAMBON, E. Psicologia jurídica: um percurso nas varas de família do tribunal de justiça do estado de São Paulo. **Psicol. ciênc. prof**, v. 33, n. 4, p. 902–917, 2013.

SILVA, D. V. F. DA. **Modalidades de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56157/modalidades-de-guarda-existent-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 22 dez. 2020.

SOARES, A. R. A Psicologia no Brasil. **Psicol. ciênc. prof**, v. 30, p. 8-41. 2010.

TRINDADE, J. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito** (6ª ed). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2012.

VASCONCELLOS, S. J. L.; LAGO, V. M. **A Psicologia Jurídica e as suas interfaces: Um panorama atual**. Santa Maria: Editora UFSM. 2016.

VENOSA, S. S. **Direito Civil: Direito de família** (5ª ed.). São Paulo: Atlas. 2005.





# CAPÍTULO 17

## DA PRERROGATIVA DE NÃO SE INCRIMINAR: REFLEXÕES QUANTO A CONSTITUCIONALIDADE DO BANCO DE DADOS DE PERFIL GENÉTICO<sup>99</sup>

Viviane Freitas Perdigão Lima, Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça, PPGDIR-UFMA

Jessé Lindoso Rodrigues, Mestrando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça, PPGDIR-UFMA

### RESUMO

Partindo-se das discussões sobre coleta e armazenamento de DNA de condenados por crimes, objetiva-se analisar a constitucionalidade do Banco de Dados de Perfis Genéticos (BDPG). O referencial teórico pauta-se na impossibilidade de se privilegiar um direito fundamental em detrimento de outro, ao ponto que o direito fundamental desprivilegiado no caso concreto perca ou esvazie o seu núcleo essencial (ALEXY, 2008; DWORKIN, 2002). A metodologia é exploratória e descritiva do tipo documental. Observa-se que embora as discussões constitucionais sobre o tema ainda não tenham sido sedimentadas, o uso de tal tecnologia torna a persecução penal mais racional e inteligente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Banco de dados. Perfil Genético. Constitucionalidade.

### 1 INTRODUÇÃO

Os processos judiciais são como máquinas retrospectivas<sup>100</sup>, instrumentos destinados à averiguar um dado acontecimento e quem o realizou, cabendo às partes formular hipóteses, e ao magistrado recepcionar a mais plausível, com estrita observância de determinadas normas (sobretudo, as Constitucionais), trabalhando com base em um conhecimento empírico. Nesse contexto, as provas possuem um papel importante, porquanto se apresentam como o meio pelo qual se fará a reconstrução do fato passado - naquilo que for tangível.

A evolução da sociedade moderna, marcada por características muito peculiares, como por exemplo o acelerado e constante avanço tecnológico, influenciou, de modo significativo, o nosso ordenamento jurídico. Com o Direito Penal (material e processual) não foi diferente, ao ponto em que aqueles que comandam a política criminal brasileira viram-se obrigados a

<sup>99</sup> Este capítulo já foi publicado de forma parcial nos Anais do II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI: Direito, Pandemia e Transformação Digital: Novos Tempos, Novos Desafios, realizado em os dias 02, 03, 04, 05, 07 e 08 de dezembro de 2020.

<sup>100</sup> Carnelutti (1965) afirma que o processo penal é uma “máquina retrospectiva”.



adaptar-se a tais avanços tecnológicos e modernizar a máquina retrospectiva estatal, visando melhorar a prestação jurisdicional na solução de conflitos e dar uma resposta social, formulando políticas públicas mais eficientes e dirigidas ao combate à criminalidade e violência.

É nesse contexto, de modernização da *persecutio criminis*, que a Lei n.º 12.654 é promulgada em 2012, alterando alguns dispositivos da lei que dispõe sobre a Identificação Criminal do Civilmente Identificado e a Lei de Execução Penal.


Tal lei determinou, ainda, que esses dados coletados seriam armazenados em um banco de dados de perfis genéticos administrado por um órgão oficial de perícia criminal - o Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG).

Não obstante o desejo do legislador de modernizar a *persecutio criminis*, a polêmica e o embate em torno do BNPG foram tamanhos que pouco tempo depois de tais alterações legislativas, precisamente em maio de 2016, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi provocado a discutir sobre a constitucionalidade de algumas destas alterações.

O objeto de problematização deste artigo situação exatamente neste ponto, e visa perquirir: à luz do princípio constitucional do *nemo tenetur se detegere*, seria constitucional a obrigatoriedade da coleta de DNA de condenados por crimes violentos ou hediondos, de forma automática após a condenação, com o objetivo de mantê-los armazenados em um banco de dados estatal com materiais e perfis genéticos, podendo tal material vir a ser utilizado futuramente em uma investigação criminal ou como prova em um processo penal?

A partir desta problemática, o presente trabalho inova e motiva-se ao fomentar a discussão acerca da constitucionalidade da coleta e armazenamento de DNA de condenados por crimes hediondos ou de natureza grave contra a pessoa, e, por conseguinte, a possibilidade de sua utilização em persecuções penais ou instruções processuais em curso.

Como proposta metodológica adota-se a weberiana, retirando-se das categorias sociológicas macroestruturais e manejando-se o recurso do tipo ideal, para o compromisso explícito com a análise empírica do real. Assim, a pesquisa adotou o tipo de pesquisa exploratória e descritiva com abordagem qualitativa e foco na estratégia de pesquisa documental, sobretudo, sobre a prova pericial obtida através do banco de dados de perfil genético e a discussão em torno da sua constitucionalidade.



Como a relevância científica e jurídica da presente reflexão visa discutir sobre a constitucionalidade do BDPG adota-se como referencial teórico as discussões que apontam para a impossibilidade de se privilegiar um direito fundamental em detrimento de outro, ao ponto que o direito fundamental desprivilegiado no caso concreto perca ou veja se esvaziar o seu núcleo essencial (ALEXY, 2008; DWORKIN, 2002).


O texto está dividido em três seções: a primeira traz reflexões sobre a confrontação entre o princípio *nemo tenetur se detegere* e o princípio da liberdade probatória. Na segunda, a atenção se volta sobre a constitucionalidade do BDPG. Ao cabo, focará nos argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade do BDPG. Observa-se que embora as discussões constitucionais ainda não foram sedimentadas, o uso de tal tecnologia torna a persecução penal mais racional e inteligente.

## **2 BREVE LEVANTAMENTO HISTÓRICO DO BANCO DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS: DO PLANO INTERNACIONAL À EXPERIÊNCIA BRASILEIRA**

No tocante à identificação criminal, historicamente, buscou-se ampliar as técnicas que pudessem, de alguma forma, individualizar o criminoso na sociedade (MENDES, 2013). Vale dizer que o primeiro BDPG do mundo foi criado na Inglaterra, em meados de 1995 (SANTANA; ABDALLA-FILHO, 2012).

Em verdade, as primeiras discussões sobre a criação de um banco de dados de perfis genéticos forense surgiram nos Estados Unidos, em 1989. Mas foram os ingleses que em 1995 criaram a primeira base de dados de DNA do mundo: a National DNA Database (NDNAD). Hoje, “a Inglaterra tem um dos bancos de perfis genéticos criminais mais rígidos e abrangentes do mundo, pois inclui uma maior proporção da população”. A NDNAD “foi a primeira base de dados de DNA do mundo, criada em 1995. O banco inglês inclui o perfil de todas as pessoas que cometeram qualquer infração penal” (SANTANA; ABDALLA-FILHO, 2012, p. 38).

Ainda, a lei britânica estabelece que as amostras biológicas e os perfis genéticos sejam detidos por tempo ilimitado. De acordo com o Annual Report, publicado em 2010 pelo banco inglês, existem armazenados em sua base de dados o perfil genético de mais de 4.859.934 pessoas (SANTANA; ABDALLA-FILHO, 2012).



Contudo, pode-se dizer que foram os Estados Unidos que exerceram notória influência para a criação e a implementação do BDPG nos demais países, notadamente no Brasil, embora, por aqui, tal influência tenha se dado tardiamente, tendo em vista que a primeira legislação nesse sentido só veio a ser promulgada em 2012.

Uma das razões do sucesso americano na gestão desse tipo de banco de dados advém de seu eficaz sistema de suporte e execução, criado pelo FBI (*Federal Bureau of Investigation*), o CODIS<sup>101</sup> (*Combined DNA Index System* – Sistema Combinado de Índices de DNA). Nesse cenário, portanto, conhecer brevemente informações do direito norte-americano, que possui larga experiência histórica na utilização do BDPG, é de suma importância para orientar o caminho a ser percorrido no sistema jurídico brasileiro.

Pois bem, do ponto de vista histórico, nos EUA, foi a chamada Lei de Identificação de DNA de 1994 (*DNA Identification Act of 1994*) que deu o pontapé inicial para a criação do banco de dados em nível nacional<sup>102</sup>. Assim, com a federalização do banco, a rede era alimentada com perfis de DNA pelas três esferas governamentais: federal, estaduais e locais (LAIDANE, 2014).

No início, poucos eram os crimes que ensejavam a coleta de DNA, mas a partir de 2004, com a edição da chamada Lei *Justice for All Act of 2004*, o cenário mudou e ocorreu uma significativa expansão dos crimes definidos como federais, aumentando, em consequência, a quantidade do número de material genético coletado de condenados. Neste ponto, importante destacar que a coleta de amostras apenas de condenados era a regra no início da experiência norte-americana. Contudo, o banco de dados expandiu e ganhou força na persecução penal e, assim, passou a ser alimentado também com perfis genéticos de indiciados (LAIDANE, 2014).

Atualmente, dados<sup>103</sup> divulgados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública indicam que o banco dos EUA possui cerca de 13,5 milhões de perfis genéticos de condenados e aproximadamente 895 mil perfis de vestígios de local de crime. Por lá, tais informações auxiliaram mais de 428 mil investigações criminais.

<sup>101</sup> “Um software piloto do atual sistema Codis foi lançado em 1990 e, no ano seguinte, mais ou menos quinze estados já haviam promulgado leis autorizando a implantação de um banco de dados de DNA criminal. Em 1994, foi estabelecido, por meio legal, o sistema em escala nacional – o National DNA Index System (NDIS)” (SANTANA; ABDALLA-FILHO, 2012, p. 38).





Cabe ressaltar que, quantitativamente, o maior BDPG do mundo é o da China, contando com mais de 50 milhões de perfis cadastrados. Por outro lado, o banco de dados da Inglaterra, considerado o mais eficiente dentre todos, armazena o perfil genético de mais de 5 milhões de indivíduos suspeitos de cometerem crimes (BRASIL, 2019b).


No Brasil, a criação de um BDPG, em nível nacional, só foi viabilizada com a promulgação da Lei n.º 12.654 no ano de 2012. Imperioso destacar brevemente o processo que culminou na edição da citada legislação, o que remonta ao ano de 1988, quando da edição da Constituição vigente no Brasil. O inciso LVIII, do artigo 5º, da CRFB/88 preconiza que "o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei" (BRASIL, 1988).

Amparada na disposição constitucional, em 1995 foi editada a Lei n.º 9.034, que, basicamente, tratava sobre os meios de investigação às organizações criminosas. O seu artigo 5º, por exemplo, já tratava da identificação criminal ao dispor que "a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente de identificação civil". Tal lei veio a ser revogada em 2013 pela lei n.º 12.850 - criada para definir o que é organização criminosa e dispor sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, etc. (BRASIL, 1995).

Outra norma que relativizou o direito fundamental de não ser identificado criminalmente, foi a Lei n.º 10.054/00, que excepcionava tal direito em algumas hipóteses específicas. Em 2009, tal lei foi revogada pela Lei n.º 12.037 que preconizava que "o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nos casos previstos nesta Lei".

Mesmo com as revogações promovidas pela Lei n.º 12.037/09, o procedimento da identificação criminal não sofreu alterações substanciais, continuando a ser realizado, na prática, por meio da identificação datiloscópica e fotográfica. Em 2012, foi então promulgada a Lei n.º 12.654, trazendo nova regulamentação ao permitir a identificação criminal através da coleta de material biológico (BRASIL, 2009).

Portanto, a criação do BDPG no Brasil, somente viabilizou-se com a promulgação da Lei n.º 12.654/2012, que alterou dispositivos da Lei n.º 12.037/2009 – que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado -, e da Lei n.º 7.210 – Lei de Execução Penal. Com a inclusão de tal técnica em favor da *persecutio criminis* no sistema jurídico pátrio, a



identificação criminal passou a ser realizada também por meio da coleta de material biológico, um meio mais sofisticado e preciso de identificação criminal<sup>104</sup>.

Dados divulgados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública<sup>105</sup> indicam que o BNPG brasileiro já contém aproximadamente 17.361 perfis genéticos de condenados, 545 perfis genéticos de investigados e 9.111 vestígios de local de crime. Os dados divulgados indicam também que, até o momento, 825 investigações foram auxiliadas por essa ferramenta<sup>106</sup> (BRASIL, 2019b).

Sendo assim, em tópico seguinte se analisará o substrato teórico-normativo do princípio *nemo tenetur se detegere*.

### **3. BASE PRINCIPOLÓGICA EM QUESTÃO: O PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* E O PRINCÍPIO DA LIBERDADE PROBATÓRIA**


O Processo Penal, enquanto instrumento de efetivação das garantias e direitos fundamentais individuais, “deve estar completamente pautado e ter por vetor principal a Constituição Federal”. Nessa linha, o processo deve ser sinônimo de garantia aos imputados contra as arbitrariedades estatais, sem perder de vista a necessidade de efetividade da prestação jurisdicional (TÁVORA, 2016, p. 44).

Portanto, o Processo Penal não pode mais ser visto como mero instrumento de aplicação da legislação penal, mas sim, e principalmente, como instrumento de efetivação das garantias constitucionais. Diante disso, nasce a necessidade de entender e enxergar o Processo Penal sob uma perspectiva constitucional e, conseqüentemente, principiológica.

Na lição de Ferrajoli (1997), todo e qualquer texto normativo só é válido quando estiver de acordo com as normas e princípios constitucionais. Passa-se, então, ao estudo dos princípios constitucionais e processuais penais fundamentais para a devida compreensão do tema. Nesse

<sup>104</sup> Vale dizer que, assim como já vivenciado na experiência norte-americana, por aqui, uma das propostas defendidas é a ampliação das hipóteses de incidência para abranger também os condenados em crimes dolosos. Nesse sentido, insta mencionar que uma das principais medidas do chamado “Pacote Anticrime”, elaborado pelo então ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Fernando Moro, e enviado pelo respectivo Ministério ao Congresso Nacional, visava justamente ampliar o cadastro de registros biológicos no BNPG (BRASIL, 2019d).

<sup>105</sup> O resultado representa um crescimento de 165% se comparado com último relatório, divulgado em novembro de 2018.



cenário, dois princípios ganham relevo: o princípio da não autoincriminação e o princípio da liberdade probatória.

O princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou o princípio da não autoincriminação dispõe que ninguém está obrigado a produzir provas contra si mesmo. Este princípio tem sido considerado um direito fundamental do cidadão e, mais especificamente, do acusado. Objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, “incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração dos delitos, bem como contra os métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações” (QUEIJO, 2012, p. 78).

Em verdade, trata-se de uma modalidade de autodefesa passiva, que é exercida por meio da inatividade do indivíduo sobre quem recai ou pode recair uma imputação. Consiste, assim, na proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimidação ao investigado (ou acusado) em processo de caráter sancionatório para obtenção de uma confissão ou para que colabore em atos que possam ocasionar sua condenação (LIMA, 2016).

Conforme preconiza Nucci é decorrência natural da união dos princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5º, LVII) e da ampla defesa (art. 5º, LV) com o direito humano fundamental que permite ao réu manter-se calado (art. 5º, LXIII). É direito do indivíduo inocente, até que seja provada sua culpa, permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual (NUCCI, 2014).

Nesse contexto, questão relevante consiste em averiguar quem seria o titular do direito de não produzir prova contra si mesmo. Em que pese, tudo indique que o destinatário seja apenas a pessoa que se encontra na condição processual de preso, ou que figura como acusado da prática de determinado delito, Lima (2016) entende que a doutrina mais aceita é a de que o princípio do *nemo tenetur se detegere* se preste a proteger não apenas o indivíduo que se encontra nestas situações, como também aquele que está solto, assim como qualquer pessoa a quem seja imputada a prática de um ilícito criminal.

O art. 5º, LXIII, da Constituição Federal dispõe que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado. E, como já dito anteriormente, o *nemo tenetur se detegere* é uma decorrência natural do direito ao silêncio, previsto no referido artigo (BRASIL, 1988).



Diante disso, com o objetivo de se evitar uma autoincriminação involuntária por força do desconhecimento da lei, deve haver uma prévia e formal advertência quanto ao direito ao silêncio, sob pena de se macular de ilicitude a prova então obtida. O acusado deve, portanto, ser advertido que o direito ao silêncio é uma garantia constitucional, de cujo exercício não lhe poderão advir consequências prejudiciais (LIMA, 2016).

Trata-se, o art. 5º, inciso LXIII, de mandamento constitucional semelhante ao famoso “aviso de Miranda” (*Miranda rights* ou *Miranda warnings*) do direito norte-americano, em que o policial, no momento da prisão, tem de ler para o preso os seus direitos, sob pena de não ter validade o que por ele for dito (LIMA, 2016).


Por outro lado, o princípio da liberdade probatória consagra o direito das partes de provarem fatos relevantes ao processo, utilizando-se de qualquer meio de prova. Os sujeitos processuais gozam, portanto, de liberdade para a obtenção, apresentação e produção de provas.

Nessa esteira de pensamento, conforme preconiza Lima (2016), existem dois interesses. De um lado, o interesse do indivíduo na manutenção de sua liberdade com o pleno gozo de seus direitos fundamentais, do outro, o interesse estatal no exercício do *jus puniendi*. Diante disso, deve-se buscar a tutela dos bens jurídicos protegidos pelas normas penais por meio da mais ampla liberdade probatória, seja quanto ao momento ou tema da prova, seja quanto aos meios de prova que podem ser utilizados.

Quanto aos meios de provas, vigora, no processo penal, ampla liberdade probatória, podendo a parte se valer tanto de meios de prova nominados, quanto de meios de prova inominados (LIMA, 2016). Porém, o princípio da liberdade probatória não é absoluto, visto que há limitações para as partes em sua atividade probatória. Diante disso, os meios de prova devem ter sido obtidos de forma lícita e com respeito à ética e à moral, haja vista o preceito constitucional que veda a admissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos.

Por fim, confrontando brevemente os princípios abordados, do *nemo tenetur se detegere* e da liberdade probatória, tendo em vista o objeto de interesse do presente artigo, indaga-se: obrigar condenados por crimes violentos ou hediondos a coletar o seu DNA com o objetivo de mantê-los armazenados em um BDPG, é instrumento hábil a qualificar, melhorar e modernizar a *persecutio criminis*, tornando-a mais eficiente ou, fazer isso, na verdade é medida





desproporcional, irrazoável, que viola a intimidade física do indivíduo e, sobretudo, o seu direito constitucional de não ser compelido a produzir prova contra si mesmo?

### **3.1 Apontamentos práticos sobre a polêmica constitucional que cerca o BDPG**

Oportuno é analisar a polêmica que gira em torno do BDPG, notadamente a discussão acerca da constitucionalidade do banco, tendo em vista a colisão entre princípios constitucionais que tal questão traz à tona. Para tanto, inicia-se a análise à luz do RE 973.837/MG – que provocou o STF a discutir sobre a constitucionalidade do art. 9-A da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal), que prevê a obrigatoriedade da extração do DNA e armazenamento em BDPG para fins de identificação do perfil genético do apenado -, e da RVCR 70049748627– que ensejou a realização de um novo julgamento no TJ-RS, por ocasião de uma prova pericial obtida através do banco de dados.

De início, em relação ao RE 973.837, o STF vai decidir se é constitucional a coleta de DNA de condenados por crimes violentos ou hediondos, com o objetivo de manter esse material genético armazenado em bancos de dados, gerenciado pelo próprio Estado.

O dispositivo questionado tem sua origem na Lei nº 12.654/2012, que introduziu o artigo 9-A à Lei de Execução Penal e instituiu a criação de BDPG a partir da extração obrigatória de DNA de criminosos condenados por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos. Na origem, o recurso fora interposto contra acórdão do TJ-MG, em que a defesa de um condenado alega que a medida viola o princípio constitucional da não autoincriminação (BRASIL, 2016).

Ocorre que, um ano antes do RE chegar até o Supremo, em 2015, tivemos um caso bem intrigante envolvendo a utilização do BDPG: pela primeira vez no país, a Justiça brasileira decidiu rever uma condenação sobre um caso de estupro, ocorrido em 2008 no Rio Grande do Sul. Para realizar o novo julgamento, o argumento usado pela defesa foi justamente o surgimento de um fato inédito, obtido através do BDPG (G1, Rio Grande do Sul, 2015).

À época em que os fatos ocorreram, ainda durante a fase de reconhecimento, um dos suspeitos do crime apontou um outro acusado como sendo, na verdade, o único autor do delito




que fora cometido. A vítima, por sua vez, confirmou esta versão apresentada por um dos suspeitos do crime e o outro suspeito foi, então, preso.

Deve-se ressaltar que na cena do crime, a única pista encontrada fora uma mancha de sangue em um colchão, exatamente onde a vítima foi violentada. Este material encontrado fora avaliado por peritos, que então, elaboraram o laudo pericial que, para a surpresa de todos, concluiu que a amostra colhida, no entanto, não era compatível nem com o sangue do acusado – aquele apontado pela vítima como único autor do crime - nem com o sangue da vítima (G1, Rio Grande do Sul, 2015).

Contudo, a decisão judicial privilegiou o que disse a vítima – que alegou ter reconhecido o rapaz como o único autor do crime -, e o manteve preso – sendo ele, posteriormente sentenciado pelo crime de roubo e estupro. Anos depois da condenação, porém, os dados do material genético encontrado no local do crime foram colocados no BDPG, e para surpresa do advogado do acusado (agora, já condenado e cumprindo a pena preso), as informações genéticas bateram exatamente com as do mesmo homem (que era um dos suspeitos do cometimento do crime) que à época o acusou do estupro – lá na fase de reconhecimento. Ademais, posteriormente se descobriu que este mesmo homem já havia sido condenado outras vezes, e por crimes da mesma natureza (G1, Rio Grande do Sul, 2015).

Tal fato ensejou o já citado pedido de Revisão Criminal, que foi devidamente pleiteado pela defesa. O pleito foi, então, deferido, ocasião em deu azo a um novo julgamento, agora em sede de Revisão Criminal. Não é objetivo do presente trabalho adentrar o mérito do julgado. No entanto, cabe mencionar brevemente que, mesmo com o uso da tecnologia, curiosamente os desembargadores do TJ-RS mantiveram a decisão do primeiro julgamento, proferido em 2008. Naquele ano, o acusado foi condenado por roubo e estupro a 11 anos e meio de prisão. Por maioria, os desembargadores entenderam que o depoimento e reconhecimento pessoal da vítima era suficiente e, portanto, julgaram improcedente a revisão, mantendo, portanto, a condenação primeva (G1, Rio Grande do Sul, 2015).

Tais casos práticos bem revelam o cenário de cisão que o tema provoca: de um lado, no RE 973.837/MG, um indivíduo pleiteia pelo direito constitucional de não ser compelido a produzir prova contra si mesmo, e conseqüentemente, não ser obrigado a coletar o seu material genético para que este fique armazenado em BDPG.



Por outro lado, na RVCR 70049748627 (TJ/RS), foi somente por ocasião do material genético coletado pela defesa, armazenado no BDPG e posteriormente cruzado com as informações constantes nele, que foi possível se identificar um suspeito de participar do crime - o que ensejou a revisão criminal. Antes disso, nem mesmo se cogitava a participação desse indivíduo no evento criminoso.

#### **4 EMBATE TEÓRICO QUANTO À CONSTITUCIONALIDADE DO BDPG, COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E TÉCNICA DA PONDERAÇÃO.**

Apesar do desejo do legislador de modernizar a sua máquina investigativa, a polêmica em torno do BDPG chegou até o STF, que foi provocado a discutir sobre a constitucionalidade da matéria instituída pela Lei n.º 12.654/12. Na espécie, trata-se do RE n.º 973.837, que teve repercussão geral reconhecida, por unanimidade, pelo Plenário Virtual da Corte. Em razão disso, o Min. Gilmar Mendes, relator do RE, convocou, nos dias 25 e 26 de maio de 2017, audiência pública para ouvir entidades, peritos, juristas, estudiosos do assunto, etc., sobre a aplicação da tecnologia genética em comento à investigação forense (BRASIL, 2017).

A audiência pública foi um marco histórico na justiça brasileira nessa temática e registrou a presença de autoridades nacionais e internacionais debatendo o assunto, como por exemplo, as indicadas pela Academia Brasileira de Ciências Forenses, peritos do Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal. Na qualidade de *amicus curiae*, participaram a Academia Brasileira de Ciências Forenses, a Clínica de Direito Humanos/Biotecjus (UFPR), o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro.

Dada a magnitude de tal audiência pública, bem como a sua contribuição para a temática ora proposta, imperioso fazer aqui o registro da fala de alguns desses especialistas no assunto como forma de contribuir para o debate sobre a constitucionalidade do BDPG.

João Costa Ribeiro Neto, advogado e membro da Academia Brasileira de Ciências Forenses, defendeu que a coleta de material genético de investigados não viola a Constituição Federal e evita injustiças no processo penal. Na sua avaliação, a medida não ofende o direito da pessoa não produzir provas contra si mesmo. Ele apontou que a coleta não é invasiva, como, por exemplo, a retirada do sangue da pessoa, pois basta o uso de um cotonete na boca (BRASIL, 2017a).



Guilherme Jacques<sup>107</sup>, sustentou que “a utilização do perfil genético feito a partir da coleta de DNA serve não só para apontar um criminoso, mas também para inocentar alguém acusado injustamente por um crime” (Notícias STF, 2017c, p. 01). Chamou a atenção para o fato de que 80% dos inquéritos policiais acabam sendo arquivados por falta de provas<sup>108</sup>, e advertiu que o reconhecimento pessoal equivocado ainda é um dos principais responsáveis por condenações injustas.

Mauro Mendonça Magliano, perito criminal, destacou levantamento feito pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), que revelou que o índice de reincidência, considerado o número de ocorrências policiais, é de pelo menos 70%<sup>109</sup>. Por isso, frisou que a perícia criminal é fundamental no papel de identificar criminosos reincidentes, o que pode ser feito mesmo sem prisão, através de vestígios materiais deixados em cenas de crime pelo indivíduo (BRASIL, 2017f).

Para Denise Hammerschmidt, juíza de Direito e pesquisadora, entende que é impossível, tão somente por meio do perfil genético, e nos moldes em que a legislação foi desenhada, acessar à intimidade genética do indivíduo e de seus familiares. A magistrada demonstrou que a Lei n.º 12.654/12 estabelece medidas para salvaguardar a intimidade do indivíduo, como por exemplo, a vedação de que no BDPG sejam revelados traços somáticos ou comportamentais. Lembrou que os dados possuem caráter sigiloso e que qualquer agente ou autoridade que permitir ou promover sua utilização para fins diversos do previsto em lei, responde civil, penal e administrativamente por tais atos (BRASIL, 2017d).


Quanto à compatibilidade da técnica de coleta do DNA com o princípio da dignidade da pessoa humana, Hammerschmidt defendeu que ela não constitui meio indigno ou cruel, não havendo lesão para a saúde do sujeito, sobretudo porque a lei estabelece que o procedimento deve ser indolor e por técnica adequada (BRASIL, 2017d).

<sup>107</sup> Este autor desempenha a função de Perito criminal federal e integrante da Sociedade Brasileira Ciências Forenses e do Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal (INC).

<sup>108</sup> Vale dizer que a taxa de investigação também é baixíssima. Isso porque o sistema de investigação está sucateado, obsoleto e sobrecarregado, pela falta de recursos. Muitas vezes, os inquéritos são abertos apenas quando o perpetrador é preso em flagrante. (BRASIL, 2019d).

<sup>109</sup> Em maio de 2012, o CNJ celebrou um acordo de cooperação técnica com o Ipea para que fosse realizada uma pesquisa sobre reincidência criminal. O resultado desse trabalho foi publicado no ano de 2016. Há duras críticas em relação à conclusão sobre tal percentual. Os críticos afirmam que essa porcentagem de 70% está superestimada pelos presos provisórios, que têm seu movimento influenciado pela atividade policial e que não necessariamente se convertem em condenações. Para mais informações consultar (IPEA, 2015).






Para Renato Brasileiro Lima é inegável que a Lei n.º 12.654/12 tem por escopo servir para fins processuais, afinal, é a possibilidade de utilização desse material genético para fins de prova na persecução penal que está em discussão no STF. Para ele, o preso deve ser advertido dos seus direitos, sendo inadmissível a coleta de um material biológico de maneira clandestina (BRASIL, 2017d).

Na visão de Lima, o indivíduo não pode ser obrigado a praticar qualquer tipo de comportamento ativo, que possa incriminá-lo, podendo inclusive negar-se a realizar a coleta de DNA. Contudo, advertiu que, havendo resistência para a realização da coleta, o material genético pode ser obtido por outras vias, não invasivas, como escova dental, talher, etc. (BRASIL, 2017d).

Sustentou que a identificação pelo perfil genético nada mais é do que uma modernização, uma nova espécie de identificação. Para ele, é necessário ter dados que permitam a identificação mais precisa do indivíduo. Renato Brasileiro finalizou dizendo que “precisamos beber da evolução dos métodos científicos, porque isso é saudável para o processo penal” (BRASIL, 2017f, p. 01).

Em sentido contrário às discussões anteriores, Taysa Schiocchet, Pesquisadora da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná (CDH/UFPR), salientou que a controvérsia em pauta não se limita à colisão de interesses entre segurança pública e o direito à não autoincriminação, mas sim “no que se refere à tutela judicial efetiva, ou seja, punição de delitos, e não prevenção de delitos”. O cerne gira em torno da extração do material genético, sua análise, armazenamento em BDPG e, doravante, utilização do material como instrumento de investigação ou de prova no curso do processo penal (BRASIL, 2017f, p. 01).

Schiochet elencou que a salvaguarda dos dados pessoais está diretamente relacionada aos direitos da personalidade, como o direito à autonomia, autodeterminação corporal e informacional, privacidade e intimidade, que refletem diretamente na dignidade da pessoa humana, no sentido de liberdade individual e na igualdade. Asseverou que “não há direitos, princípios ou prerrogativas absolutas, mas existem critérios para que isso seja feito”, e que, no seu entendimento, a atual legislação que rege o BDPG não atende a tais critérios (BRASIL, 2017h, p. 01).




Carlos Affonso Souza, Diretor do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS-RIO), iniciou sua explanação falando sobre equívocos que podem ocorrer no processamento do DNA e na criação de bancos de perfis genéticos. Para ele, três fatores explicam a expansão dos BDPG: barateamento da tecnologia de identificação genética, interesses econômicos envolvidos no desenvolvimento de laboratórios, e a crença em nova fase de combate à criminalidade de que o DNA vai substituir a subjetividade da investigação criminal por suposta objetividade (BRASIL, 2017b).

Vitor Richter, cientista social e antropólogo, alertou em sua fala que, mesmos nos países onde o BDPG já foi pacificamente adotado e implantado, ainda não foi possível identificar precisamente os efeitos deste instrumento, por exemplo, no comportamento de um reincidente, tampouco quanto a real dissuasão que ele pode gerar quanto ao cometimento de crimes em geral<sup>110</sup>. Para tal, a invisibilização das controvérsias técnico-científicas tem como efeito a minimização dos problemas e desafios que envolvem o uso dessa biotecnologia. Ainda, “[... produz um efeito de maximização de suas promessas, estabelecendo o risco de uma avaliação incompleta quando se vai decidir sobre a balança entre direitos e garantias constitucionais e a segurança pública” (Notícias STF, 2017h, p. 01).

Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, representante da Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep), fez duras críticas à Lei n.º 12.654/12, que considera inconstitucional. Ele afirmou que ela “viola os princípios da suficiência da identificação civil, proporcionalidade, privacidade, do direito à não autoincriminação e o sistema acusatório brasileiro”. Segundo Grandinetti, embora pareça inofensiva, a lei é muito mais agressiva ao sistema processual e constitucional do que pode parecer à primeira vista, e não pode ser considerada constitucional pelo Plenário do STF (BRASIL, 2017g, p. 01).

Além de inconstitucional, a lei é inadequada, desnecessária e desproporcional, na opinião de Grandinetti. Segundo ele, a norma não se apoia em uma necessidade objetiva e concreta, atingindo de forma genérica os condenados sem detalhar a finalidade prática dessa

<sup>110</sup> “Diante da realidade contextualizada, das características da criminalidade brasileira, e da finalidade principal do uso do DNA para fins criminais, não se pode afirmar que o banco de dados genéticos seja a solução para combater a criminalidade. Principalmente, levando-se em consideração que no Brasil a criminalidade possui características específicas, diferente dos países onde esse banco de dados já está implantado há anos. Ademais, em diversos países como o Reino Unido, a eficiência do banco de dados vem sendo questionada diante da relativização de garantias fundamentais, por não atingir a proporção esperada de solução de casos” (SCHIOCCHET, 2012, p. 45).



coleta generalizada. É desproporcional, em sua avaliação, porque o grau de lesividade da intimidade dos cidadãos será muito maior do que eventuais benefícios e proveitos que poderão advir para a investigação criminal. Para ele, a previsão de que a extração coercitiva seja feita por ofício pelo magistrado viola também o sistema acusatório (BRASIL, 2017g).


Vê-se claramente que a opinião dos especialistas sobre o assunto trazem à tona a discussão acerca da colisão entre direitos fundamentais. Uns advogam pela inviolabilidade do direito constitucional que veda a autoincriminação e, por conseguinte, a vedação da obrigatoriedade da coleta e armazenamento do material genético em BDPG. Outros, defendem a modernização do aparato judicial, das perícias, viabilizando maior amplitude na elucidação de crimes; interessa, com maior ânimo, a liberdade de produzir todas as provas.

Eis o impasse entre direitos fundamentais, que assim é definido por Nathalia Masson como os positivados no âmbito estatal interno, são dotados de conteúdos nucleares impregnados de abertura e variação, podendo ser revelados apenas no caso concreto e nas interações entre si ou quando relacionados com outros valores consagrados na Constituição. Assim, podem entrar em colisão entre si, ou podem colidir com outros valores protegidos constitucionalmente (MASSON, 2016).

Neste ponto, a fim de buscar uma saída possível para tal problemática, mister resgatar as lições de Ronald Dworkin e Robert Alexy quanto ao tema da colisão entre direitos fundamentais, suporte teórico basilar.

Nas palavras de Dworkin, é de natureza lógica a diferença entre os princípios jurídicos e as regras jurídicas, eis que as regras são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada. “[... Noutro giro, quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um – a dimensão do peso ou importância, dimensão que as regras não têm (DWORKIN, 2002, p.39-42).

Para Alexy, a distinção entre regras e princípios está naquilo que estes são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. “[.. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização. Quanto às regras, por outro lado, são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos.” (ALEXY, 2008, p. 90-91).



Portanto, havendo conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, aplicando-se cada um deles em extensões variadas, conforme a relevância que apresentarem no caso concreto, não sendo admitida a exclusão de um deles do ordenamento jurídico. A busca por soluções conciliadoras diante das colisões de direitos fundamentais exige o manuseio do postulado da proporcionalidade e da técnica de ponderação (MASSON, 2016, p. 210).

O juízo de ponderação conecta-se ao postulado da proporcionalidade, exigindo que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, isto é, que não exista outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito. Assim, devem ser comprimidos no menor grau possível os direitos em colisão, de maneira a preservar a sua essência, o seu núcleo fundamental (MENDES, 2015, p. 183).

Indubitavelmente, tendo em vista a questão a ser enfrentada pelo Supremo no RE 973.837, uma solução possível para esta colisão entre princípios, seja ela qual for, perpassa por uma leitura constitucional à luz de tais suportes teóricos, basilares. Isso porque, como bem demonstram as lições de Alexy (2008) e Dworkin (2002), não se pode privilegiar um direito fundamental em detrimento de outro, ao ponto que o direito fundamental desprivilegiado no caso concreto perca ou veja se esvaziar o seu núcleo essencial. Em outras palavras, não se pode privilegiar, de forma absoluta, o princípio da liberdade probatória a ponto de se esvaziar o conteúdo principiológico que possui o princípio do *nemo tenetur se detegere*, e vice-versa.

A exemplo do Brasil, os limites dos poderes do estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão em diversos sistemas jurídicos. A Justiça dos EUA, por exemplo, já enfrentou a questão e considerou constitucional o banco de dados. Por lá, o entendimento é de que o DNA é uma evidência física e que não se trata de autoincriminação (CONJUR, 2017).

Nos anos 80, o exame de DNA se tornou muito popular nos EUA e vários estados aprovaram leis para permitir a coleta de amostras do material genético de suspeitos de crimes. O FBI, então, reconheceu a importância do assunto e iniciou um projeto para que houvesse a troca dessas informações pelos Estados.

Em 1994 foi editada uma lei federal que permitiu estabelecer um banco nacional de dados. Ao longo do tempo, foram sendo criadas medidas para garantir a privacidade das





pessoas, como por exemplo, a obrigatoriedade de que apenas os investigadores possam compartilhar as informações (BRASIL, 2017f).

Diante do exposto os debates e reflexões sobre o tema não cessam, mas o uso de tal tecnologia torna a persecução penal mais racional e inteligente. Visto que contribui para o aumento na taxa de elucidação e resolução dos crimes ocorridos.


## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise das repercussões jurídicas engendradas pela Lei n.º 12.654/2012 ao introduzir a sistemática do BDPG no ordenamento jurídico pátrio. Elencou-se uma reflexão acerca dos benefícios e dificuldades que tal instrumento enfrenta, notadamente no que diz respeito à sua constitucionalidade e conformidade com as regras, princípios e direitos fundamentais que regem o processo penal brasileiro.

De um modo geral, e a partir da exposição da opinião de peritos, juristas, estudiosos do assunto, demonstrou-se que é possível realizar a coleta de DNA de condenados por crimes hediondos ou de natureza grave contra a pessoa sem, contudo, ferir o direito à privacidade do indivíduo nem o princípio da não autoincriminação. Para tanto, tal medida deve obedecer estritamente aos ditames legais aplicáveis na espécie, notadamente as Resoluções do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos que dispõem sobre a padronização de procedimentos relativos à coleta obrigatória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a RIBPG.

Quanto à conformidade do procedimento com o princípio da não autoincriminação, demonstrou-se que toda coleta só pode ser feita em indivíduos condenados por crimes hediondos ou de natureza grave contra a pessoa. Além de que haja decisão judicial nesse sentido, bem como que, no ato da coleta o indivíduo deve ser informado, na presença de uma testemunha e do profissional que fará o procedimento.

Ademais, no caso de recusa, a coleta não é feita e um termo de comunicação é lavrado para entrega ao juiz sobre a não realização do procedimento, ocasião em que este pode



determinar a busca e apreensão de bens pessoais, como escova de dente e roupa de cama, para coletar material genético. Em relação à conformação do procedimento com o direito à privacidade, apontou-se que a coleta não é invasiva na pois basta o uso de um cotonete na boca.

Demonstrou-se que na curta história do BDPG no Brasil, em que pese a discussão sobre sua constitucionalidade ainda estar em aberto, já se vê resultados positivos, como por exemplo no caso do assalto a transportadora de valores em Ciudad del Este, no Paraguai, em que foram encontrados mais de 300 vestígios biológicos no local do crime e a técnica escolhida para identificar os envolvidos foi o exame de DNA.


Além do efeito inibidor, evidenciou-se que a utilização do perfil genético feito a partir da coleta de DNA serve não só para apontar um criminoso, mas também para inocentar aquele que pode ser acusado injustamente por um crime ou a exclusão de um suspeito. Tanto é verdade que a história revela que uma das primeiras vezes do uso forense do exame de DNA foi exatamente para comprovar a inocência de um réu confesso.

Ademais, nos moldes em que a legislação aplicável na espécie foi desenhada, acessar à intimidade genética do indivíduo e de seus familiares não é tarefa fácil. Isso porque, os dados possuem caráter sigiloso e, qualquer agente ou autoridade que permitir ou promover sua utilização para fins diversos daquele previsto na Lei de Regência, responde civil, penal e administrativamente por tais atos.

Dada a importância do tema proposto, e tendo em vista que o BDPG trabalha com dados pessoais sensíveis, torna-se necessário o investimento contínuo do Poder Público em geral, bem como a vigilância da sociedade civil organizada. Para mais, deve-se pautar as legislações como mecanismo de regulação de matéria sempre de forma pormenorizada, com o fito de fornecer ampla salvaguarda aos dados armazenados, mitigando os riscos no que tange ao acesso às informações presente no banco, bem como reduzindo as possibilidade de erros periciais.

Até por que há exemplos de situações, ocorridas em outros países, que levaram ao questionamento sobre como ocorre a aplicação do exame genético para a solução de crimes, tendo em vista que a ocorrência de erros, contaminações de cenas de crimes demonstraram que o sistema não é infalível.

Por fim, a utilização do BDPG possui um incrível potencial para solucionar e até mesmo prevenir crimes, por isso foi tal tecnologia foi aceita em todos os países europeus. O método



permite a investigação de crimes que, sem o uso do DNA, não poderiam ser investigados e resolvidos. Outrossim, o uso de tal tecnologia torna a persecução penal mais racional e inteligente, contribuindo significativamente para o aumento na taxa de elucidação e resolução dos crimes ocorridos.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, **CEDAM**, v. XX, p. 4-9, 1965.

BRASIL. **Atlas da violência**. Organizadores: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019d.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988.


BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 13/7/1984, Página 10227. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-norma-pl.html>. Acesso em: 28 set 2020.

BRASIL. Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-norma-pl.html>. Acesso em: 28 set 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.054, de 07 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a identificação criminal e dá outras providências. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - Eletrônico - 8/12/2000, Página 1. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2000/lei-10054-7-dezembro-2000-354512-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 28 set 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.037, de 01 de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 2/10/2009, Página 1. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12037-1-outubro-2009-591435-publicacaooriginal-116516-pl.html>. Acesso em: 28 set 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 29/5/2012, Página 1. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2012/lei-12654-28-maio-2012-613096-norma-pl.html>. Acesso em: 28 set 2020.



\_\_\_\_\_. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - Edição Extra - 5/8/2013, Página 3. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12850-2-agosto-2013-776714-norma-pl.html>. Acesso em: 28 set 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça e Segurança Pública Governo Federal. **Banco Nacional de Perfis Genéticos: mais de 17 mil condenados cadastrados**. 2019b. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1560344233.12>. Acesso em: 24 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça e Segurança Pública Governo Federal. **Banco Nacional de Perfis Genéticos: uma ferramenta eficiente para elucidação de crimes**. 2019c. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1556212211.45>. Acesso em: 24 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça e Segurança Pública Governo Federal. **Projeto de Lei Anticrime pretende ampliar coleta de DNA, digitais e registros balísticos**. 2019d. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1551202134.86>. Acesso em: 24 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Reincidência Criminal no Brasil. Relatório de Pesquisa**. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2015.

\_\_\_\_\_. **X Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG) Dados estatísticos e resultados - Dez/2018 a Mai/2019**. Brasília, 2019a.


\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF vai analisar constitucionalidade de banco de dados com material genético de condenados**, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319797>>. Acesso em: Acesso em: 28 set 2020.

\_\_\_\_\_. **Advogado diz que Estado tem o dever de usar tecnologia para proteger a sociedade**, 2017a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344426&tip=UN>>. Acesso em: Acesso em: 28 set 2020.

\_\_\_\_\_. **Diretor do Instituto de Tecnologia e Sociedade do RJ alerta sobre riscos no uso de material genético**, 2017b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344714&tip=UN>>. Acesso em: Acesso em: 28 set 2020.

\_\_\_\_\_. **DNA também é usado para evitar condenação de inocentes, diz perito do INC**, 2017c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344426&tip=UN>>. Acesso em: Acesso em: 28 set 2020.





\_\_\_\_\_. **Juíza afirma que intimidade genética do indivíduo se mantém preservada com banco de dados de DNA,** 2017d. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344667&tip=UN>>. Acesso em: 22 de maio, 2020.

\_\_\_\_\_. **Para promotor, indivíduo precisa ter ciência de que seu DNA pode ser utilizado como prova,** 2017e. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344667&tip=UN>>. Acesso em: 22 de maio, 2020.

\_\_\_\_\_. **Perita aponta importância do DNA para Plano Nacional de Segurança Pública,** 2017f. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344667&tip=UN>>. Acesso em: Acesso em: 28 set 2020.

\_\_\_\_\_. **Representante da Anadep faz críticas à lei que permite coleta de DNA de condenados,** 2017g. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344716&tip=UN>>. Acesso em: Acesso em: 28 set 2020.

\_\_\_\_\_. **Expositores da Clínica de Direitos Humanos da UFPR questionam coleta de material genético,** 2017h. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344667&tip=UN>>. Acesso em: Acesso em: 28 set 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

JACQUES, Guilherme Silveira; MINERVINO, Aline Costa. **Aspectos éticos e legais dos bancos de dados de perfis genéticos.** Perícia Federal, Brasília, ano 9, n. 26, p. 17-20, jun. 2007/mar. 2008. Disponível em:<<http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistaAPCF/26.pdf>> Acesso em: 13 jul. 2017.


LAIDANE, Carolina Franco Rodrigues. Banco de dados de criminosos: a lição norte-americana. **Revista Doutrina TRF4**, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado.** Salvador: Juspodivm, 2016.

FERRAJOLI, L. 1997. **Giurisdizione e democrazia.** Democrazia e diritto, 1:284-304.

G1- Rio Grande do Sul. **Pela 1ª vez, Justiça refaz julgamento de preso com base em banco de DNA, 2015.** Disponível em: < <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/09/pela-1-vez-justica-refaz-julgamento-de-presos-com-base-em-banco-de-dna.html> >. Acesso em: 28 set 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal:** fundamentos da instrumentalidade criminal – 5. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.



\_\_\_\_\_. **Lei 12654/2012: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo (*Nemo tenetur se detegere*)?** Boletim IBCCRIM, ano 20, n. 236, Julho/2012.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional** – 4. Ed. rev. ampl. atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016.

MENDES, Fabiana Machado. **A caixa de pandora: perfil genético no âmbito da investigação criminal à luz do princípio do nemo tenetur se detegere.** Portal Múltipla, 2013. Disponível em: <<http://portalmultipla.com.br/wp-content/uploads/2013/10/1-lugar-perfil-genetico-no-ambito-da-investigacao-criminal.pdf>>. Acesso em: 28 set 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal.** 11. Ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências ao processo penal** – 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTANA, Célia Maria Marques de; ABDALLA-FILHO, Elias. Banco Nacional de Perfis Genéticos Criminal: uma discussão bioética. **Editorial. Revista Brasileira de Bioética**, v. 8, n. 1-4, 2012, p. 31-46.

SCHIOCCHET, Taysa et al. Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal. **Série Pensando o Direito**, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012, p. 45.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 8. Ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2013.



# CAPÍTULO 18

## REFORMA TRIBUTÁRIA: SERIA AFINAL UMA SOLUÇÃO ECONÔMICA DIANTE DA PANDEMIA QUE O PAÍS ENFRENTA?

**Gabriela Eduarda Marques Silva**, Pós-Graduanda em Direito de Família e Sucessões, UEL

**Júlia Gaioso Nascimento**, Pós-Graduanda em Direito Civil e Processo Civil, UEL

**Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador**, Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina

**Thiago Eduardo Marques Silva**, Especialista em Processo Civil pela Escola Paulista da Magistratura e pós-graduando em Processo Penal pela Escola Paulista da Magistratura

### RESUMO


O presente trabalho é realizado por elementos de convicção provenientes da doutrina, legislação e matérias de notícias atuais a respeito do COVID-19. O método a ser utilizado será o dedutivo, o qual corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a situações concretas. Assim como o método histórico através da análise do instituto do sistema tributário brasileiro, buscando as suas raízes na antiguidade até chegar à contemporaneidade. É importante uma breve análise da formação do sistema tributário brasileiro dos tempos do Brasil Colônia, percorrendo o período imperial e constituições republicanas, para discorrer a respeito de entraves que sofre o modelo atual do sistema tributário nacional. A finalidade é promover um estudo sobre a necessidade da reforma tributária no Brasil, bem como seus benefícios e desafios diante do cenário atual que a economia brasileira enfrenta. Seria afinal uma solução impreterível neste momento ou deveria ser adiada, como vem sendo até hoje, devido ao momento de calamidade que o país enfrenta? Assim, a discussão será acerca da Reforma Tributária e se essa seria uma solução econômica diante da pandemia que o país enfrenta.

**PALAVRAS-CHAVE:** Reforma tributária, COVID-19, Sistema tributário brasileiro.

### INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o debate sobre a Reforma Tributária tem adquirido crescente importância na definição das políticas públicas em vários países do mundo. De um modo geral, todas as sociedades democráticas têm questionado o modelo tributário, independentemente do seu grau de desenvolvimento econômico, do nível de carga tributária por ela suportada e da quantidade ou qualidade dos serviços públicos colocados à sua disposição. Neste sentido, Reforma Tributária é tema de alta recorrência.

O trabalho tem início com uma abordagem histórica, dado que a última reforma tributária ocorreu em 1965, o sistema tributário brasileiro é obsoleto e não acompanhou o



avanço da economia, diante da globalização e tecnologia. O Brasil tem um sistema tributário complexo que abrange a coexistência de inúmeras legislações, repletas de exceções e alíquotas, o que gera insegurança jurídica e guerra fiscal entre os Estados e Municípios.

Será apresentada a complexidade do sistema tributário e seus reflexos, como o tempo excessivo que custa para as empresas para cumprirem as obrigações fiscais principais e acessórias. E diante do cenário atual, considerando a pandemia, isso se torna ainda mais visível a necessidade de uma reforma tributária a nível nacional.

A metodologia utilizada para alcançar o objetivo do trabalho é o método dedutivo, uma vez que, o estudo partiu de uma formulação geral, um estudo da reforma tributária desde a colonização do Brasil, para abordá-la no cenário atual, delimitado pela pandemia que o Brasil e o mundo enfrentam. A técnica de pesquisa utilizada foi a revisão bibliográfica, sendo que foram consultados livros, legislação, artigos publicados e documentos eletrônicos pertinentes ao tema.


Para analisar a necessidade da Reforma Tributária deve-se partir de um estudo de sua história, os princípios envolvidos e no que consiste tal reforma. Naturalmente, a Reforma Tributária já encontra obstáculos no Brasil, como sonegação, concorrência desleal e interferência política, o que é ainda mais visível se comparado a outros países. É evidente que, diante do cenário atual, o entrave entre COVID-19 e o impacto fiscal no país, a reforma tributária enfrenta um desafio ainda maior.

Neste contexto, é preciso analisar o sistema tributário nacional ao longo da história até a Constituição Federal de 1988, para identificar de um modo geral suas maiores incongruências e quais seriam as soluções previstas na maioria das propostas de Emenda à Constituição. Deve-se aproveitar este cenário de crise para avaliar o desenho do sistema tributário.

## **1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO**

Sempre foi uma constante na história a relação de causalidade entre tributação e bem comum, numa perspectiva aristotélica. Hoje, através dos tributos, os Estados modernos exigem do seu povo os recursos necessários para aplicá-los em serviços públicos e buscar as melhorias





sociais em nome da coletividade. Portanto, os tributos sempre foram e continuam a ser uma expressão de poder.

No período colonial prevalecia a legislação da Coroa Portuguesa; o tributo passou a ser exigido nas primeiras décadas do século XVI, chamado quinto ou vintena, incidia sobre os produtos extraídos, principalmente o pau-brasil. Dessa forma, já havia um direito tributário, porém como ressalta Ubaldo Cesar Balthazar (2005, p. 32) “... não existia ainda, por outro lado, um ‘sistema tributário’, assim compreendido como um conjunto harmônico de princípios, regras e institutos disciplinadores da atividade tributária, cujo elemento nuclear é o tributo”. Assim, as raízes mais profundas do direito tributário brasileiro se encontram no conjunto das normas portuguesas vigentes na época do descobrimento, que exerceu uma inegável influência na formação cultural do ordenamento jurídico brasileiro.


Não obstante, a evolução histórica da tributação se confunde com a própria história dos Estados, como sociedades organizadas. A constituição do sistema tributário brasileiro desde o período colonial, percorrendo o período imperial e republicano, é objeto de atenção e de entraves que sofre o modelo atual do sistema tributário nacional brasileiro.

A Constituição do Império, de 1804, disponibilizou apenas um artigo sobre tributos que previa a competência da câmara dos deputados para a iniciativa das leis. Já em 1889, com a Proclamação da República, inaugurou-se enfim, uma nova era de fiscalidade no país. Dado que:

A República brasileira herdou do Império boa parte da estrutura tributária que esteve em vigor até a década de 30. Sendo a economia eminentemente agrícola e extremamente aberta, a principal fonte de receitas públicas durante o Império era o comércio exterior, particularmente o imposto de importação que, em alguns exercícios, chegou a corresponder a cerca de 2/3 da receita pública. Às vésperas da proclamação da República este imposto era responsável por aproximadamente metade da receita total do governo. (VARSANO, R, 1997, p.2)

São desse período os primeiros estudos financeiros do modelo rígido de tributação brasileiro, que ainda permitia a superposição dos tributos, a bitributação. A Constituição Republicana de 1891 trouxe de forma mais nítida os impostos que poderiam ser cobrados pela União e pelos Estados.

A Constituição de 1934 passou a atribuir também esta competência aos Municípios. As Constituições de 1937 e 1946 foram delimitando este rol, como ressalta Ataliba (1968, p.27), a Constituição de 1946 é “completo, fechado e harmônico, que limita e ordena estritamente, não só cada poder tributante como — consequência lógica — toda atividade tributária, globalmente



considerada”. Com isso, a Constituição de 1988 manteve o rol dos tributos exaustivo, não há competência tributária além do rol fechado explicitado na Constituição, mas sim limitações ao poder de tributar.

Posto isto, somente após a Segunda Grande Guerra Mundial, em 1945, e com o desenvolvimento e crescente participação dos Estados na economia, o Direito Tributário se consolidou como disciplina autônoma, com *status* de matéria jurídica, com princípios, regras e institutos próprios. Isso porque o termo “sistema” é conceituado como:


[...] a reunião ordenada de várias partes que formam um todo, de tal sorte que elas se sustentam mutuamente e as últimas explicam-se pelas primeiras. As que dão razão às outras chamam-se princípios e o sistema é tanto mais perfeito, quanto em menor número existam. (CARRAZZA, 2001, p. 32)

Assim, no Brasil, foi com a Constituição de 1946 que se iniciou a criação de um sistema tributário propriamente dito. A lei n. 4.729, publicada em 1965, transformou, formalmente, em crime a sonegação fiscal no Brasil. Também em 1965, época do Governo Militar, com a Emenda Constitucional nº 18, houve uma profunda reforma tributária no Brasil, sob a responsabilidade da Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda. Foi a mais ampla reforma tributária já efetivada na história do constitucionalismo brasileiro, desvendando um sistema tributário enxuto e eficiente, moderno para a época. Balthazarelucida:

A EC 18/65 efetivou profundas mudanças, alterando as discriminações de competência e classificando os impostos sob uma visão econômica e não jurídica, facilitando e tornando prática a discriminação de rendas tributárias. Procurou um maior entrosamento entre sistemas tributário federal, estadual e municipal, com a finalidade de instituir um sistema tributário nacional integrado.( BALTHAZAR, 2005, p.137)

A despeito das inúmeras mudanças na economia, a matriz tributária permaneceu a mesma. Mantém-se o sistema tributário, no entanto a economia mudou completamente. Na época da Emenda Constitucional nº 18, a economia brasileira era focada na indústria e, gradualmente, o setor de serviços ganhou importância dentro do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro.

A Constituição de 1967 ratificou a Reforma Tributária de 1965, conferindo status de legislação constitucional, “A Constituição de 1967 confirmou a Reforma Tributária de 1965, consolidando um modelo sistêmico de disciplina da tributação, erigido com status de legislação constitucional” (MACHADO; BALTHAZAR, 2017,p. 221).Ainda, esta Constituição de 1967 trouxe um capítulo próprio para tratar do sistema tributário.



A União criou novas contribuições sociais após a Constituição de 1988, sendo a maior parte incidente sobre o consumo, com o objetivo de aumentar a arrecadação. Esse aumento para que o Estado pudesse cumprir com as obrigações propostas elevou a carga tributária nas últimas décadas de 23% para aproximadamente 33% do Produto Interno Bruto (PIB).

No caso do Brasil, a controvérsia é alimentada pelo fato de a Carga Tributária Bruta (CTB) ter aumentado sensivelmente após a Constituição Federal de 1988, saltando de 23,4% do Produto Interno Bruto (PIB) em 1988 para 33,6% em 2005. [...] . Desde então, a CTB interrompeu sua marcha ascendente e vem oscilando ao redor de 32% ou 33% do PIB há mais de uma década, sendo que as estimativas mais recentes indicam uma carga de 32,3% do PIB no ano de 2017 (segundo dados atualizados de Orair *et al.*, 2013). Mesmo nesse período de estabilidade, manteve-se o processo de deterioração da qualidade da tributação brasileira, diante da proliferação de benefícios tributários e regimes especiais mal calibrados e avanços pouco expressivos e erráticos na agenda de reforma.(ORAIR; GOBETTI, 2018,p. 214)


A Constituição de 1988 trouxe o primeiro capítulo do título VI, a partir do artigo 145, matéria que trata da tributação e orçamento. No entanto, atualmente, o sistema tributário nacional é considerado obsoleto devido sua complexidade e ineficiência, observada claramente nos custos e cargas elevados, resultando em grande insegurança.

## 2 ENTRAVES DO ATUAL SISTEMA TRIBUTÁRIO

O Brasil tem quatro principais tributos indiretos que incidem sobre o consumo de bens e serviços: os federais são Programa de Integração Social (PIS) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins); Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sendo este estadual; e municipal: Imposto Sobre Serviços (ISS).

Esta gama de tributos consome tempo excessivo das empresas e aumenta o risco de erro, de autuação e de insegurança. Além disso, essa multiplicidade de tributos gera distorções na economia, como a guerra fiscal provocada pelo ICMS. A problemática da guerra fiscal diz respeito à coesão, pois interfere negativamente na consolidação e ampliação do mercado interno. Tanto que a:

[...] política regional de concessão de benefícios fiscais do ICMS, que culminou em uma guerra fiscal predatória entre os governos estaduais. Por isso, uma eventual revisão desse tipo de benefício tributário não significa que os objetivos das políticas de desenvolvimento devam ser abandonados, e inclusive abre espaço para o reforço dessas políticas via instrumentos mais apropriados para a consecução dos seus objetivos. (ORAIR; GOBETTI, 2018, p.217)



Com a fragmentação das bases tributárias, a produção, a venda e o consumo são tributados simultaneamente pela União, Estados e Municípios. Assim, os serviços e mercadorias seguem regras distintas, causando uma difícil distinção entre eles.

Em decorrência dessa realidade, uma empresa tem que informar várias vezes as mesmas coisas a diferentes entes, pois há um grande volume e sobreposição de obrigações acessórias quanto a União, Estados e municípios, há incidência de mais um tributo sobre uma base.

Como exemplo, o CIDE-Combustíveis e parte da arrecadação da Cofins e da Contribuição do PIS são cobrados várias vezes sobre um mesmo produto, ou seja, em todas as etapas de produção e circulação da mercadoria. O ICMS estadual tem legislações diversas em certos estados e o PIS e o Cofins acentuaram ainda mais a complexidade do sistema tributário ao mudarem o regime para não cumulativo. Não obstante, conforme informações do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT) de 2017, as empresas brasileiras de médio porte gastam 1.958 horas por ano apenas para calcular e pagar impostos.

### **3 A REFORMA TRIBUTÁRIA**


A Reforma Tributária não é um fenômeno inovador. Durante a evolução do sistema tributário, houve alterações nos critérios e procedimentos de arrecadação tributária, com avanços nos aspectos de proteção dos direitos individuais e efetivação da justiça social.

A única reforma tributária profunda ocorreu na Emenda Constitucional nº 18, posteriormente houve negligência dos legisladores a respeito desta questão. Diante da inconsistência do sistema tributário atual é importante considerar aspectos mais relevantes para uma reforma tributária efetiva no país.

É necessária uma adaptação à evolução estrutural da economia brasileira e de uma recuperação dos princípios constitucionais fundamentais da justiça fiscal, de equidade, progressividade e capacidade contributiva. Por isso, é frequente a alusão à reforma tributária como solução de muitos problemas que o Brasil enfrenta.

A simplificação do recolhimento tributário resulta no aumento da eficiência econômica e da produtividade; deve haver a convergência entre esses princípios e objetivos.





De acordo com as propostas de emenda à Constituição (PECs), a PEC 110/2019, do Senado, e a PEC 45/2019, da Câmara, oito impostos deverão ser extintos, entre eles: ISS, ICMS, IPI (Imposto sobre produtos industrializados), PIS e Cofins. O novo sistema tributário, de acordo com o projeto, terá três categorias: IVA (Imposto de Valor Agregado) e Imposto Seletivo Monofásico, na base do consumo; e impostos na base de renda (IR e impostos patrimoniais). O objetivo é simplificar, eliminar tributos e cessar a “guerra fiscal” entre os estados.

Os tributos na base de consumo eliminados serão substituídos pelo IVA nacional e sua criação irá reduzir a cumulatividade do sistema tributário. Proposta já prevista na reforma tributária, nº 175, em discussão no Congresso Nacional desde 1995, que frente as dificuldades do IVA em um modelo federativo buscam preservar a harmonização e o a Federação:

Para lidar com as questões até aqui mencionadas e as dificuldades em implementar os modelos tradicionais de tributação das vendas no Brasil, a saída aprovada pela Comissão Especial de Reforma Tributária da Câmara dos Deputados foi a proposição de um IVA dual, isto é, um IVA estadual e um IVA federal, que, por meio da instituição de regras gerais de política e gestão, possuem suas normatizações e seus procedimentos administrativos amplamente harmonizados. (AFONSO; ARAUJO; REZENDE; VARSANO, 2000, p. 159)

Há um grande enfoque da reforma tributária quanto aos bens e serviços, através de propostas mais amplas de fusão dos vários tributos em um imposto sobre o valor adicionado. Assim, o IVA, por ter poucas alíquotas e isenções, se torna mais eficiente. Isso se deve à extinção de cinco tributos federais, Cofins; PIS; CIDE; Contribuição Social do salário-educação.

Além disso, outro aspecto abordado na proposta de reforma tributária, o imposto monofásico, sistema pelo qual se atribui a um contribuinte a responsabilidade pelo tributo devido em toda a cadeia, terá cobrança nacional de forma eletrônica.

Nos modelos monofásico/bifásico na produção e/ou distribuição, a arrecadação do tributo se dá uma única vez sobre o produtor/indústria (ou também na distribuição, se bifásico). A vantagem é a grande facilidade de arrecadação e fiscalização, principalmente em cadeias concentradas. (DE CARVALHO; LUKIC; SACHSIDA; OLIVEIRA; LOZARDO, 2018, p.11-12)

Essa arrecadação seria igualitária entre União, Estados e Municípios, o que também contribui para uma maior eficiência da arrecadação tributária. Já que a complexidade tributária gera desperdícios de recursos, uma vez que acentua o ônus da tributação sobre os contribuintes sem, no entanto, elevar a arrecadação dos governos.



### 3.1 A REFORMA TRIBUTÁRIA E A PANDEMIA COVID-19


Preliminarmente, é de suma importância conceituar o que se entende por pandemia, antes de adentrar no problema atual que o Brasil e o mundo vêm enfrentando. O termo “pandemia” é utilizado “para referir-se a uma doença que se espalhou por várias partes do mundo de maneira simultânea, havendo uma transmissão sustentada dela” (SANTOS, 2020); essa realidade tem sido vivenciada pelo mundo atualmente, diante da pandemia do COVID-19, causada pelo novo corona vírus, o SARS-CoV-2.

O COVID-19 surgiu na China, na cidade Wuhan, no final de dezembro de 2020; contudo, pouco conhecimento se tinha acerca da doença e de suas implicações. Foi somente no dia 11 de março de 2020 que a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou o novo coronavírus como uma pandemia, após 114 países terem sido acometidos pela doença; a partir disso, as recomendações da OMS eram para que os países realizassem teste em massa e tomassem medidas de isolamento para evitar a disseminação do vírus (PAIVA, 2020).

No Brasil, no final de fevereiro de 2020, começaram a surgir os primeiros casos do COVID-19; as medidas de quarentena passaram a ser adotadas no mês de março. No país, cada estado tem decidido acerca das medidas a serem tomadas. Em São Paulo, através do Decreto 64.881, de 22 de março, assinado pelo governador João Dória, foram definidas restrições de atividades para evitar a propagação do novo vírus, como suspensão do comércio, shoppings, eventos, atividades culturais e boates, mantendo-se, assim, apenas o funcionamento de estabelecimentos essenciais (mercados, farmácias, postos, etc.) (VALENTE, 2020).

O isolamento social no Brasil atingiu pico de 70% no Brasil, em março, conforme índice fornecido por uma base de dados de dispositivos móveis. Contudo, os índices diminuíram, especialmente após o pronunciamento do presidente Jair Bolsonaro, ao se referir a pandemia como uma “gripezinha” e se mostrar contra o isolamento social (FOLHAPRESS, 2020).

No panorama mundial, a medida adotada para conter a propagação do vírus é o distanciamento social; pouco se sabe sobre a doença e ainda não foi descoberta vacina. Os sintomas do COVID-19 podem variar, existem pessoas assintomáticas, e pessoas que manifestam, desde um resfriado, com tosse seca e febre, até pneumonia severa, podendo levar ao óbito, conforme informações do Ministério da Saúde (G1, 2020).




O Brasil, ao final de maio, encontrou-se em uma situação alarmante, foram registradas 27.878 mortes provocadas pelo COVID-19 e 465.166 casos confirmados, conforme dados atualizados pelo Ministério da Saúde, dia 29 de maio de 2020 (NOGUEIRA, 2020). Em vista desse grave cenário, o país figura no quinto lugar dentre os países com o maior número de mortos pela doença, atrás dos Estados Unidos, Reino Unido, Itália e França; e figura como o segundo país do mundo com o maior número de casos confirmados pela doença, sendo superado apenas pelos Estados Unidos, conforme balanço feito pelo Ministério da Saúde (G1, 2020).

Devido à instabilidade política que o Brasil vem enfrentando, especialmente em relação às divergências do Presidente da República referente às medidas de combate da pandemia, o país enfrenta um caos, com flexibilização em algumas regiões e grande número de morte em outras. Assim, diante desta nova realidade, a sociedade tem enfrentado uma série de desafios, e muitas demandas têm sido levadas ao judiciário.

O país, assim como o mundo, atravessa uma crise sanitária e econômica causada pela pandemia do coronavírus, já reconhecida como configuradora do estado de calamidade pública pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020 c/c art. 65 da Lei Complementar n. 101/2000.

No atual cenário brasileiro há uma grande insatisfação acerca da distribuição, pois o cidadão suporta uma pesada carga tributária, direta ou indiretamente, e o Estado que almeja arrecadar cada vez mais. E toda a crise da pandemia agrava ainda mais o cenário caótico que o Brasil vivencia, certamente houve inúmeros reflexos em toda a sociedade e a economia não teria como não sofrer os impactos decorrentes disso; o Brasil parou em diversos setores e isso contribuiu para agravar a crise econômica que o país já vinha enfrentando.

A instrução principal dos órgãos de saúde é o isolamento, que deve ser rigorosamente respeitado, visando minimizar os impactos para os sistemas de saúde públicos e privado a fim de preservar a vida da população. Com isso, estabelecimentos de comércio e serviços têm sido fechados, assim como parques, museus e outros estabelecimentos de lazer que normalmente geram aglomerações. É evidente que esse cenário impactou todos os aspectos da vida em sociedade, as relações familiares, econômicas, sociais, políticas e sobretudo as relações de trabalho. Sendo que,



A epidemia de COVID-19 encontra a população brasileira em situação de extrema vulnerabilidade, com altas taxas de desemprego e cortes profundos nas políticas sociais. Ao longo dos últimos anos, especialmente após a aprovação da Emenda Constitucional no 95, que impõe radical teto de gastos públicos e com as políticas econômicas implantadas pelo atual governo, há um crescente e intenso estrangulamento dos investimentos em saúde e pesquisa no Brasil. É justamente nesses momentos de crise que a sociedade percebe a importância para um país de um sistema de ciência e tecnologia forte e de um sistema único de saúde que garanta o direito universal à saúde. (WERNECK; CARVALHO, 2020, p.3).

Na atual conjuntura econômica mundial, de crise assolada decorrente da disseminação do vírus COVID-19 pelo mundo, bem como estado de calamidade pública decretado em nosso país, as projeções para a economia são desastrosas.


Segundo estudo elaborado pela Secretária de Política Econômica (SPE) estima-se aumento substancial no número de pedidos de recuperação judicial no Brasil nos próximos meses (VALOR, 2020); ainda que se refira apenas ao cenário mais pessimista, o alerta deve ser ligado, como já se manifestou o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a criação de comissão de enfrentamento dos impactos da epidemia da Covid-19 no funcionamento das Varas de Falência e Recuperação Judicial, a se justificar, sobretudo, pelo risco de colapso (VIAPIANA, 2020).

O sistema tributário brasileiro é complexo e a carga tributária é alta. A atual tributação brasileira não é o instrumento adequado para se fazer justiça social, o foco deve ser no gasto e não na arrecadação, ainda mais no contexto de crise. Durante a pandemia, é ainda mais evidente que o sistema tributário deixou de atender o país de forma eficiente e se perdeu em sua extensa complexidade, tanto que

O levantamento divulgado pela Serasa Experian mostra ainda que em abril houve o registro de 53 pedidos de recuperação judicial por parte de micro e pequenas empresas, o que representa 44% do total solicitado no mês. [...] O advogado especialista no assunto, Antônio Frange Júnior, afirma que a expectativa é que o número de pedidos de recuperação chegue a 5 mil em 2020, mais que o triplo da média anual de 1,4 mil. (Olhar Jurídico, 2020).

E a expectativa dos especialistas é que estes números cresçam ainda mais, já que a grande parte das empresas ainda estão buscando alternativas antes de solicitar a recuperação judicial. No entanto, a recuperação judicial será a única alternativa para grande parte dessas empresas que estão fechadas, principalmente as do setor de turismo e eventos, sendo que serão as últimas a retomarem as atividades.





Em meio a esse caótico panorama, os setores da economia clamam por medidas no campo tributário, porquanto uma coisa está relacionada à outra; fato é que, por ora, apenas houve deliberação acerca da prorrogação para pagamentos de tributos federais, de acordo com a Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional nº 154, de 03 de abril de 2020.

No entanto, a dificuldade enfrentada pelas empresas no panorama atual reacendeu a necessidade para algo mais amplo - uma reforma tributária; como visto, tramitam algumas modificações, mas duas vem ganhando amplitude, a PEC 110/2019, do Senado, e a PEC 45/2019, que, em verdade, não refletem uma diminuição da carga tributária, mas simplificação, com unificação e extinção de alguns impostos, na tentativa de dar um alento às empresas, pois um sistema tributário complexo exige especialização, que tendem a gerar gastos.

Os custos de conformidade à tributação (compliancecostsoftaxation) correspondem ao custo de tempo e recursos necessários ao cumprimento das determinações legais tributárias aos contribuintes. Estes custos envolvem atividades como cálculo e retenção de impostos e contribuições, preenchimento de declarações, atendimento a fiscalizações, gastos em planejamento tributário, pesquisas e treinamentos, entre outros. (BERTOLUCCI; NASCIMENTO, 2002, p. 20-21)

Para que o Brasil consiga se recuperar dessa crise uma solução seria a reforma tributária. Antes da pandemia o debate de reforma era voltado às mudanças na composição de impostos sobre o consumo, atualmente as propostas visam mais a questão da tributação sobre a renda.


É notória regressividade do sistema tributário nacional, com base nos dados dos estudos tributários e aduaneiros da Receita Federal, no qual a tributação direta sobre a renda representa apenas 7,19% do PIB, e a sobre o patrimônio somente 1,54%, e a tributação indireta sobre os bens e serviços mais que a 14,32% (BRASIL, 2018).

A tributação geral sobre o consumo no Brasil acaba ficando muito regressiva e os excessos de gastos tributários (desonerações tributárias) têm impedido ou dificultado os sucessivos esforços de reformas tributárias, frustradas ainda que parcialmente, sucumbido a alterações pontuais e insatisfatórias. (BOMTEMPO, 2020, p.20120)

É imprescindível que haja uma reforma tributária, ainda que seja uma medida de difícil aceitação por parte daqueles que detêm grandes patrimônios; a economia brasileira beira o colapso e o sistema precisa ser reformado para poder superar a crise.

Duas propostas de Reforma Tributária estão sendo avaliadas no cenário atual, a PEC 45/19 e a PEC 110/19, já citadas anteriormente neste trabalho.

Apesar das diferenças entre as duas propostas, os textos têm como objetivo central a simplificação na cobrança de impostos sobre consumo e propõe a unificação de vários tributos – no entanto, a carga tributária seria mantida, mudando apenas a forma de



cobrança, que passaria a ser no consumo em si, ao invés de ser na produção de cada item. (CAMPOS, 2020).

Nesse contexto, a otimização dos aspectos tributários pode contribuir para alavancar de forma menos onerosa a recuperação do país logo após a pandemia da Covid-19, pois, além dos efeitos imediatos gerado pelo caos ora vivido, as consequências se perpetuarão por um longo período.


Mas não é só. Além da dificuldade gerada às empresas, constatam-se sonegações, em ascensão, sendo que resultados de 2019 revelam que o crédito tributário constituído pela Fiscalização da Receita Federal atingiu o montante de 201,66 bilhões, representando valor 7,9 superiores ao crédito constituído no ano de 2018, de acordo com Relatório Anual da Fiscalização da Receita Federal do Brasil – 2019/2020 (BRASIL, 2020). E para piorar, apuraram-se fraudes também ligadas à pandemia.

Um dos caracteres mais assinalados quanto à realidade decorrente do sistema tributário contemporâneo, é o do elevado nível e objecto dos movimentos de evasão e da fraude tributária, praticado, tanto nos campos dos impostos ou tributos internos como no dos direitos aduaneiros e das relações econômicas de projeção internacional; (FAVEIRO, 2002, p.62)

O estímulo à fraude é prejudicial à economia do país, induz a uma concorrência desleal na comercialização dos produtos. A estrutura tributária brasileira, por comportar diversas formas de tributação, como os impostos sobre a renda, sobre valor adicionado, sobre o patrimônio, taxas de serviços e outros, torna excessivamente complexa a fiscalização da cobrança desses tributos. Além disso, aumenta os custos das empresas com planejamento tributário e, até mesmo, para o próprio poder público, o que não soluciona, mas sim acentua a desigualdade do ônus entre os contribuintes.

A complexidade do funcionamento surge por conta da não unificação das leis tributárias. Há, por exemplo, um tributo denominado ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) de competência estadual. Porém, cada estado tem sua própria legislação sobre o ICMS. Isso acaba criando 27 legislações, cada uma tratando especificamente de um dos mais complexos impostos no país! (EDUCAÇÃO, 2020)

Há uma elevada tributação sobre o consumo, impostos sobre bens e serviços, principalmente na esfera estadual, visto que o ICMS possui 27 legislações diferentes, e o excesso de tributação na pessoa jurídica em comparação com a pessoa física. No Brasil, se tributa muito pouco a pessoa física, excessivamente o consumo, prejudicando a camada mais



pobre da população e muito a pessoa jurídica, como consequência a indústria e os investimentos são prejudicados.

Vários países perceberam o efeito perverso dos impostos sobre o consumo. Os Estados Unidos, por exemplo, realizaram uma mega reforma tributária na década de 80, e reduziram os tributos pagos sobre o consumo para 20%. Outros países também seguem a mesma linha. Japão – 18%; França – 30%; Alemanha – 25%, Espanha – 25%. (TERRAÇO ECONÔMICO, 2020).

Não se olvida aqui, em absoluto, a política de sonegar adotada por alguns, no entanto, a expectativa dos especialistas é que a simplificação tributária assegure uma maior higidez do sistema em si, porquanto a complexidade atual fortalece mecanismos de sonegação e da própria fiscalização.

Além de todos esses pontos, a interferência política também barra a reforma tributária. Houve muitos recuos nas propostas e amplas negociações com diferentes atores políticos, sob o argumento de que o modelo de reforma gradual é o mais compatível com democracias de tipo consensual, como o sistema presidencialista brasileiro.

Foi Max Weber o primeiro a mostrar que o desafio das democracias contemporâneas encontra-se na integração da lógica da eficiência com a lógica democrática, e não na sua separação. Decerto que a tensão sempre existirá na relação entre política e técnica, mas a via mais adequada, no entanto, é procurar estabelecer ganhos mútuos entre democracia e eficiência. É o que tentamos comprovar neste artigo, tanto do ponto de vista normativo como, principalmente, pela análise da experiência brasileira recente. (LOUREIRO; ABRUCIO, 2004, p.70)

Diante desse conjunto de fatores, a questão de reforma tributária representa uma via de mão dupla: atende os anseios da classe econômica e do próprio Poder Público.

O sistema tributário brasileiro é oneroso, complexo e envolve uma burocracia excessiva, o que gera altos custos para se pagar impostos e insegurança jurídica. Isso reduz a competitividade das empresas e desestimula investimentos no país, prejudicando a integração internacional da economia brasileira (MAPA ESTRATÉGICO, 2020).

A reforma tributária não uma solução milagrosa, porém já era necessária, agora então, seria imprescindível para pelo menos amenizar os danos econômicos do país, visto que se encontra em estado de calamidade decretado. Estado este que irá provar que a reforma tributária é imprescindível.



## CONCLUSÃO

Observando a história do sistema tributário nacional, este aparenta ser um elemento de reforço da histórica desigualdade no Brasil. Os impostos indiretos que necessitam ser reestruturados, pois, a subterfúgio de interpretação à informalidade e combate à evasão, trancam a circulação de bens e serviços e oneram excessivamente os consumidores menos favorecidos, cidadãos vulneráveis em sua dignidade humana por serviços públicos ineficientes.

A última e, na verdade única grande reforma tributária ocorreu em 1965, ou seja, o sistema tributário nacional é obsoleto e não acompanhou o avanço e a interação da economia com as tecnologias, frente à globalização e uma concorrência cerrada. O sistema tributário vigente no Brasil possui conhecidas incongruências, é excessivamente complexo, facilita a sonegação e se mostra inadequado à harmonização com os sistemas tributários dos parceiros comerciais do país.


A multiplicidade de impostos no país gera distorções na economia como a guerra fiscal provocada pelo ICMS e o consumo de tempo das empresas, visto que o grande volume de sobreposição de obrigações acessórias exige um detalhamento das empresas, tudo isso leva uma segurança tributária. Não é viável o gasto excessivo de tempo dessas empresas, é preciso simplificar, unificar tributos e racionalizar as obrigações tributárias. O sistema tributário nacional deve ser simples, seguro e eficiente.

As soluções mais óbvias para o problema seriam um aumento de carga tributária, porém ela já se encontra em patamar elevado. É necessária uma reformulação dos gastos do país para ser possível modular a elevada carga tributária.

A reforma deve abordar as características dos sistemas tributários modernos, propor mudanças nos tributos que representam a principal fonte de arrecadação nacional, tratar das distorções sobre a competitividade da economia. Como por exemplo, o modelo de IVA dual, além de lidar positivamente com a questão da harmonização externa e interna, permite trabalhar com as difíceis questões envolvidas na alteração nas regras de tributação dos fluxos interestaduais.

Todos esses fatores ainda mais visíveis diante da pandemia mundial tornam a reforma do sistema tributário brasileiro um processo inadiável. A tributação coloca em desvantagem competitiva a produção nacional, prejudica a eficiência econômica e desestimula o





investimento, isso agrava ainda mais a crise que naturalmente a pandemia causa no sistema nacional.

O sistema tributário é excessivamente complexo, tanto que, dificulta a harmonização com sistemas tributários dos parceiros comerciais do Brasil e facilitam a evasão fiscal. Portanto, o próprio sistema tributário do país é um obstáculo ao seu desenvolvimento econômico. Obstáculos é o que não faltam no cenário atual de calamidade pública, o sistema tributário nacional não deve ser um deles e sim um instrumento para superá-los.

## REFERÊNCIAS

AFONSO, J. R., ARAUJO, E. A., REZENDE, F., VARSANO, R. **A Tributação Brasileira e o Novo Ambiente Econômico: A Reforma Tributária Inevitável e Urgente**. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p. 159, jun. 2000.

ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 27.

BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **História do Tributo no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

BERTOLUCCI, A. V.; NASCIMENTO, D. T. Quanto custa pagar tributos? **Revista de Contabilidade e Finanças**, São Paulo, v. 13, n. 29, p. 20-21, maio/agosto 2002.


BOMTEMPO, Eugênio Pacceli de Moraes. Análise e Avaliação do Julgamento do Recurso Extraordinário número 405.579 – PR pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Argumentação Jurídica de Robert Alexy. **BrazilianJournalofDevelopment**, Curitiba, v. 6, n. 4, p.20117-20136, apr. 2020. ISSN 2525-8761.

BRASIL. Constituição (1966). **Emenda Constitucional nº 5172, de 25 de outubro de 1966**. Emenda constitucional nº 18 de 1º de dezembro de 1965. Código Tributário Nacional.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, estados e municípios. Diário Oficial da União, Brasília, v. 7, 27 out. 1966. Seção 1.

\_\_\_\_\_. **PEC 45/2019**. Proposta de Emenda à Constituição. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196833>>. Acesso em 20 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. **PEC 110/2019**. Proposta de Emenda à Constituição. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137699>>. Acesso em 20 jul. 2020.



\_\_\_\_\_. **Relatório Anual da Fiscalização.** Receita Federal, 2020. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/resultados/fiscalizacao/arquivos-e-imagens/plano-anual-de-fiscalizacao-resultados-de-2019-e-plano-para-2020.pdf> Acesso em: 24 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Numa carga tributária bruta de 33,26% do PIB, cf. Receita Federal, 2018. Disponível em: <http://www.receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-no-brasil-capa>, tabela 1, p. 1; e tabela 5, p. 4.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de emenda à Constituição nº 175-A, de 1995.** Substitutivo da Comissão Especial. Brasília: Câmara dos Deputados, mar. 2000.

CAMPOS, Ana. **Reforma Tributária e possíveis rumos para a retomada econômica brasileira pós-COVID-19, atraindo investimentos.** Âmbito Jurídico, 19 jun. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/noticias/reforma-tributaria-e-possiveis-rumos-para-a-retomada-economica-brasileira-pos-covid-19-atraindo-investimentos/> Acesso em: 23 jul. 2020.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário.** 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 32.

DE CARVALHO, Alexandre Ywata; LUKIC, Melina Rocha; SACHSIDA, Adolfo; OLIVEIRA, Carlos Wagner de Albuquerque; LOZARDO, Ernesto (2018): **Uma reforma dual e modular da tributação sobre o consumo no Brasil**, Texto para Discussão, No. 2418, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília. p.11-12.


Educação. **Sistema Tributário Nacional Brasileiro:** entenda como funciona. Educação, 6 fev. 2019. Disponível em: <https://educacao.ibpt.com.br/blog/sistema-tributario-nacional-brasileiro/> Acesso em: 15 jul. 2020.

FAVEIRO, Vitor. **O Estatuto do Contribuinte.** Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p.62.

FOLHAPRESS. **Isolamento social atingiu pico de quase 70% no Brasil em março:** Mapeamento é feito a partir de dispositivos móveis. Folha press, 03 abr. 2020. Disponível em: <https://www.folhapse.com.br/noticias/isolamento-social-atingiu-pico-de-quase-70-no-brasil-em-marco/136000/> Acesso em: 25 jul. 2020.

G1. **Da descoberta de uma nova doença até a pandemia:** a evolução da Covid-19 registrada nos tuítes da OMS.G1, 3 mar. de 2020. Bem-estar. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/04/03/da-descoberta-de-uma-nova-doenca-ate-a-pandemia-a-evolucao-da-covid-19-registrada-nos-tuites-da-oms.ghtml> Acesso em: 30 maio. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO (IBPT). **Empresas gastam 1.958 horas e R\$ 60 bilhões por ano para vencer burocracia tributária.** 2017. Disponível em: < conforme informações do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT) de 2017>. Acesso em: 20 jul.2020.



LOUREIRO, M. R. & ABRUCIO, F. L. 2004. **Política e reformas fiscais no Brasil recente.** Revista de Economia Política, São Paulo, v. 24, n. 1, p. 70, jan.-mar.

MACHADO, Carlos Henrique; BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **A Reforma Tributária como Instrumento de Efetivação da Justiça Distributiva: Uma Abordagem Histórica.** UFSC Sequência (Florianópolis), nº 77, p. 221-252, nov. 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/seq/n77/2177-7055-seq-77-221.pdf> Acesso em: 04 jul. 2020.

Mapa estratégico. **Tributação.** Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/mapa-estrategico-da-industria/fatores-chave/tributacao/> Acesso em: 24 jul. 2020.

NOGUEIRA, Luiz. **Covid-19: Brasil tem mais de 514 mil casos confirmados.** Disponível em: <https://olhardigital.com.br/coronavirus/noticia/covid-19-brasil-supera-23-mil-mortes-casos-chegam-a-376-669/98089> Acesso em: 30 maio. 2020.

Olhar Jurídico. **Para sobreviver à pandemia, micro e pequenas empresas recorrem à Recuperação Judicial.** Olhar Jurídico, 21 mai. 2020. Empresarial. Disponível em: <https://www.olharjuridico.com.br/noticias/exibir.asp?id=43357&noticia=para-sobreviver-a-pandemia-micro-e-pequenas-empresas-recorrem-a-recuperacao-judicial> Acesso em: 25 jul. 2020.


ORAIR, Rodrigo; GOBETTI, Sérgio. REFORMA TRIBUTÁRIA NO BRASIL: Princípios norteadores e propostas em debate. **Novos estud. CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 2, p. 213-244, Aug. 2018. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010133002018000200213&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010133002018000200213&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 jul. 2020. <https://doi.org/10.25091/s01013300201800020003>.

PAIVA, Deslange. **Da descoberta de uma nova doença até a pandemia:** a evolução da Covid-19 registrada nos tuítes da OMS.G1, 3 mar. de 2020. Bem-estar. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/04/03/da-descoberta-de-uma-nova-doenca-ate-a-pandemia-a-evolucao-da-covid-19-registrada-nos-tuites-da-oms.ghtml> Acesso em: 30 maio. 2020.

SANTOS, Vanessa Sardinha dos. **Pandemia.** Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/doencas/pandemia.htm>. Acesso em: 29 de mai. 2020.

Terraço Econômico. **Impostos sobre consumo: a forma mais injusta de tirar recursos de quem menos tem.** Terraço Econômico, 27 out. 2016. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/colunistas/terraço-economico/impostos-sobre-consumo-a-forma-mais-injusta-de-tirar-recursos-de-quem-menos-tem/> Acesso em: 22 jul. 2020.

VALOR. **Pandemia pode triplicar pedidos de recuperação judicial, mostra estudo.** Valor, 17 jul. 2020. Brasília. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/07/17/pandemia-pode-triplicar-pedidos-de-recuperacao-judicial-mostra-estudo-da-spe.ghtml> Acesso em: 25 jul. 2020.



VARSAÑO, R. **A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas.** Pesquisa e Planejamento Econômico, v. 27, n. 1, abr. 1997, p.2.

[VIAPIANA, Tábata. \*\*TJ-SP cria comissão de enfrentamento dos impactos da epidemia nas varas de falência.\*\* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-08/tj-sp-cria-comissao-impactos-epidemia-varas-falencia>. Acesso em: 24 jul. 2020.](https://www.conjur.com.br/2020-jul-08/tj-sp-cria-comissao-impactos-epidemia-varas-falencia)

WERNECK, Guilherme Loureiro; CARVALHO, Marília Sá. **A pandemia de COVID-19 no Brasil: crônica de uma crise sanitária anunciada.** Cadernos de Saúde Pública [online]. v. 36, n. 5, p.3 [Acessado 26 jul. 2020], e00068820. Disponível em:<<https://doi.org/10.1590/0102-311X00068820>>. ISSN 1678-4464.<https://doi.org/10.1590/0102-311X00068820>.





# CAPÍTULO 19

## JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS: ANÁLISE ECONÔMICA DE UM PROCESSO PENAL “EFICIENTE”

Reinaldo Denis Viana Barbosa, Mestre em Direito, UFSC, Especialista em Direito Penal e Processual Penal, Escola do Ministério Público de Santa Catarina  
Lisandro Fin Nishi, Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito, UFSC  
Ronaldo David Viana Barbosa, Mestrando em Direito, UFSC

### RESUMO

Após remissão aos conceitos de eficiência característicos da Análise Econômica do Direito, o artigo sugere o deslocamento do momento de oferecimento da transação penal, nos crimes processados pela Lei nº 9.099/95, para após a decisão de recebimento da denúncia. Destaca que os benefícios introduzidos por referida Lei carregam consigo custos, tal como a violação do devido processo penal. Trata-se de pesquisa bibliográfica e documental para a exposição da teoria e dos dados levantados, utilizando o método qualitativo e a análise explicativa.


**PALAVRAS-CHAVE:** Análise Econômica do Direito. Eficiência. Direito Penal. Juizados Especiais Criminais. Transação Penal.

### 1 INTRODUÇÃO

É difícil falar em evolução do Direito Penal quando a história mostra barbáries cometidas e a atualidade apresenta uma crise incentivada pelo excesso de espírito punitivista, por dificuldade de gestão do sistema penal, e tantos outros motivos que podem ser apresentados para justificar o atual cenário punitivo brasileiro. Isto faz com que a gestão desta crise seja desafio constante de todos os Governos.

A Análise Econômica do Direito tem se mostrado instrumento absolutamente pertinente para discussão de possíveis soluções, na medida em que, incentivada pelo pragmatismo, procura identificar as consequências das decisões tomadas e os custos e benefícios envolvidos em cada mudança operacional ou legislativa.

Contudo, parece predominar a importação para o Direito Penal de um critério de eficiência que privilegia resultados rápidos de um processo penal em detrimento de garantias de um devido processo legal. A Lei nº 9.099/95 pode ser lida como um destes instrumentos dotados de boa intenção, mas que trazem consigo diversos custos aos acusados e, em última medida, a toda sociedade.



Os conceitos de eficiência definidos pela Análise Econômica do Direito são úteis à compreensão da proposta formulada neste trabalho, e especificamente o Princípio da Eficiência Econômico-Social, por possibilitar a consideração das externalidades sociais a serem suportadas pelas decisões tomadas no caminho de um processo penal mais célere, econômico, simples e *eficiente*. Em última medida, pretende-se evidenciar que para o gozo dos benefícios trazidos pela Lei nº 9.099/95, correspondem custos que precisam ser internalizados.


Pela atual dinâmica processual dos Juizados Especiais Criminais, a transação penal deve ocorrer antes de qualquer manifestação judicial sobre a viabilidade de verificação do fato imputado. Somente no caso de não ser aceita a aplicação imediata de pena ou pagamento de multa é que será oferecida denúncia, a partir de quando haverá manifestação judicial sobre o seu recebimento.

Sustenta-se neste trabalho seja a transação penal deslocada para momento posterior ao recebimento da denúncia, uma vez que somente neste momento há reflexão judicial sobre a inexistência de quaisquer das causas de absolvição sumária, por exemplo. Além disso, tal medida colocaria as partes em locais mais adequados à negociação, substituindo a posição comumente ocupada pelo Ministério Público de representante do Estado, e não de parte negociante.

Quanto ao método de abordagem, dada a necessidade de sistematização da pesquisa e o caminho a ser percorrido, foi utilizado o método dedutivo por considerar análises gerais sobre os elementos conceituais para, então, possibilitar conclusões pontuais. O método de procedimento é o monográfico pela individualização do objeto da pesquisa. Finalmente, quanto à técnica de pesquisa, foi escolhida a bibliográfica e documental.

## **2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: CRITÉRIOS DE EFICIÊNCIA**

A Análise Econômica do Direito (AED) é importante recurso para a tomada de decisão devido à finitude dos recursos dos quais depende a satisfação dos interesses das pessoas, ou, no dizer dos economistas, devido à sua escassez. Por tal razão, a importância da interdisciplinaridade destas duas ciências (Direito e Economia) tem sido cada vez mais



reconhecida. De acordo com Salama,<sup>111</sup> muitos consideram a escola do “Direito e Economia” como o movimento de maior impacto na literatura jurídica da segunda metade do século passado.

A Ciência Econômica<sup>112</sup> é definida como a “ciência da eleição racional em um mundo onde os recursos são limitados em relação às necessidades humanas.”<sup>113</sup> Ou, na leitura de Lafayette Josué Petter,<sup>114</sup> referida ciência estuda a melhor alocação possível dos recursos escassos entre usos alternativos e fins competitivos. De forma objetiva, Nusdeo<sup>115</sup> a define como a administração da escassez.

Para Adam Smith,<sup>116</sup> a Economia Política propõe dois objetivos: “primeiro, prover uma renda ou manutenção farta para a população ou, mais adequadamente, dar-lhe a possibilidade de conseguir ela mesma tal renda ou manutenção; segundo, prover o Estado ou a comunidade de uma renda suficiente para os serviços públicos. Portanto, a Economia Política visa enriquecer tanto o povo quanto o soberano.”<sup>117</sup>

Outros pensadores também formularam conceitos para esta Ciência Social. Conforme Marshall,<sup>118</sup> “Economia Política, ou Economia, é um estudo da humanidade nas atividades

<sup>111</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia?”. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 50.

<sup>112</sup> Aqui se faz uma advertência que, embora conceitual, é importante para o posicionamento do tema no correto campo do conhecimento. Adverte-se para o fato de que, para fins didáticos, a Ciência Econômica costuma ser dividida em Microeconomia e Macroeconomia. A Microeconomia é a parte da Ciência Econômica destinada a investigar a tomada de decisão entre os indivíduos, firmas e setores específicos, sendo seu método o de interesse no estudo da Análise Econômica do Crime. A Macroeconomia, por sua vez, diz respeito ao estudo dos fatores que acarretam crescimento econômico, geração de emprego e estabilidade de preços. Ademais, comumente tem-se na expressão Economia a (errônea) vinculação exclusiva ao dinheiro. Os postulados da Economia são aplicáveis a diversos tipos de recursos, dentre os quais o dinheiro é apenas um exemplo. A decisão de casar, ter um filho, tratar bem as pessoas, não ultrapassar o sinal vermelho, enfim, são, em alguma medida, econômicas, uma vez que envolvem escolhas racionais, a partir da escassez dos recursos envolvidos. Essa advertência é mais bem formulada por Ivo Gico Júnior (2011, p. 12).

<sup>113</sup> POSNER, Richard Allen. **El análisis económico del derecho**. Eduardo L. Suárez (trad.). 2ª ed. México: FCE, 2007, p. 25.


<sup>114</sup> PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 30.

<sup>115</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 28.

<sup>116</sup> O escocês Adam Smith é por muitos considerado o “pai” da Ciência Econômica, tendo escrito a célebre obra “A Riqueza das Nações”, publicada em 1776.

<sup>117</sup> SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 413.

<sup>118</sup> MARSHALL, Alfred. **Princípios de Economia**. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 77. Nascido em 26 de julho de 1842, em Clapham, Londres. Estudou Matemática no *St. John's College*, da Universidade de Cambridge, formando-se com distinção em 1865. Lecionou Matemática em Cambridge, e após Economia Política e Lógica. Embora tenha escrito poucos livros entre os 81 itens de sua bibliografia, sua obra “*Principles of Economics*”, de 1890, por sua importância o insere entre os ícones da “Escola Neoclássica”.



correntes da vida; examina a ação individual e social em seus aspectos mais estreitamente ligados à obtenção e ao uso dos elementos materiais do bem estar”. Segundo o pensamento econômico de Jevons,<sup>119</sup> “maximizar o prazer é o problema da economia”.

O discurso de aproximação do Direito e da Ciência Econômica foi propiciado, em grande medida, pelo contexto intelectual do Século XX, que proporcionou uma nova visão do Direito denominada Realismo Jurídico. Sobre o tema, Ivo Gico<sup>120</sup> esclarece que o Realismo Jurídico tinha por principais funções demonstrar que: i) o direito é de caráter indeterminado, ou seja, não é possível oferecer a mesma resposta para casos análogos; ii) as decisões judiciais não resultam da aplicação mecânica da lei, sobretudo quando consideradas as externalidades que influenciam os juízes; iii) a partir deste reconhecimento, o juiz deveria ser mais pragmático na aplicação do direito, a fim de alcançar a plena eficácia social da norma jurídica.

Nos Estados Unidos, com ambiente propício ao neoliberalismo, em meados de 1960, o discurso ganhou força a partir de estudos realizados, principalmente, nas escolas de Chicago e Yale. Neste período, o economista Ronald H. Coase (1960), partindo da análise de *The Economics of Welfare*, escrito por Arthur Cecil Pigou, em 1920, apresentou o que ficou conhecido como “Teorema de Coase” no artigo denominado *The problem of social cost*, concluindo que quando não há custos de transação,<sup>121</sup> tanto faz para quem o Direito vai ser adjudicado, uma vez que as decisões judiciais não terão efeito na alocação dos recursos. Contudo, quando os custos das transações forem altos, é importante que os direitos das partes estejam bem definidos, tornando as decisões judiciais essenciais.<sup>122</sup>


<sup>119</sup> JEVONS, William Stanley. **A Teoria da Economia Política**. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 69. William Stanley Jevons nasceu em Liverpool, Inglaterra, em 1835. Inicialmente estudou Física e Matemática, e posteriormente Filosofia e Moral. Foi professor na *London University College*, de 1876 a 1881. Por sua contribuição à teoria da utilidade marginal, é um dos precursores da “Escola Marginalista”.

<sup>120</sup> GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, p. 1-33, 2011, p. 7.

<sup>121</sup> Para North (2006, p. 10), custos de transação podem ser definidos como aqueles a que estão sujeitas todas as operações de um sistema econômico. Tais custos podem assumir três categorias. Inicialmente, há custos para localizar um parceiro para a negociação, ou seja, um comprador ou vendedor. A segunda categoria diz respeito ao processo de negociação, e o terceiro refere-se ao *enforcement*, ou seja, ao monitoramento das partes e punições em relação a violações do acordo. (COOTER E ULEN, 2008, p. 91-92).

<sup>122</sup> COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **Law & Econ**, v. 3, p. 1-44, oct. 1960. Disponível em: <http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2019, p. 15.





Pelo Teorema proposto, a absorção das externalidades<sup>123</sup> deve também considerar quem possui melhores condições de arcar com os ônus, ao invés de imputá-las simplesmente a quem deu causa. A análise do Direito a partir da Ciência Econômica, como proposta por Coase, considera a necessidade de se tomar decisões analisando os custos envolvidos por considerar que aquelas terão consequências. Conforme pode-se ver em Polinsky,<sup>124</sup> quando há custos de transação, a solução eficiente pode não ocorrer para todas as regras legais; nesta condição a melhor regra legal será a que minimizar os custos de transação.

Considerando a existência de externalidades negativas, estas podem ser resolvidas a partir da ponderação dos critérios acima definidos, desde que os custos da transação sejam inexistentes ou irrisórios. Busca-se com isso atingir o ponto de *equilíbrio*, que é o padrão inicial que se mantém estável até a interferência de fatores externos à relação. É dizer que as interações se mantem equilibradas até que sejam influenciadas por externalidades<sup>125</sup>. Esse conceito é fundamental por permitir a introdução de um dos princípios mais caros à Análise Econômica do Direito e, especificamente, à proposta deste texto: a eficiência.

A eficiência para a Análise Econômica do Direito deve ser lida a partir de autores como Vilfredo Pareto (1909), Nicholas Kaldor (1939) e John Hicks (1939). O primeiro autor, criticando a Teoria da Utilidade tradicional, que ao possibilitar a comparação entre sentimentos e sensações diferentes ignora a existência de conflitos na sociedade e permite comparações de cunho moral duvidoso, propõe o conceito ordinal de bem-estar social, segundo o qual somente seriam possíveis comparações entre situações cuja mudança de uma para outra não resultasse em transferência de utilidade.

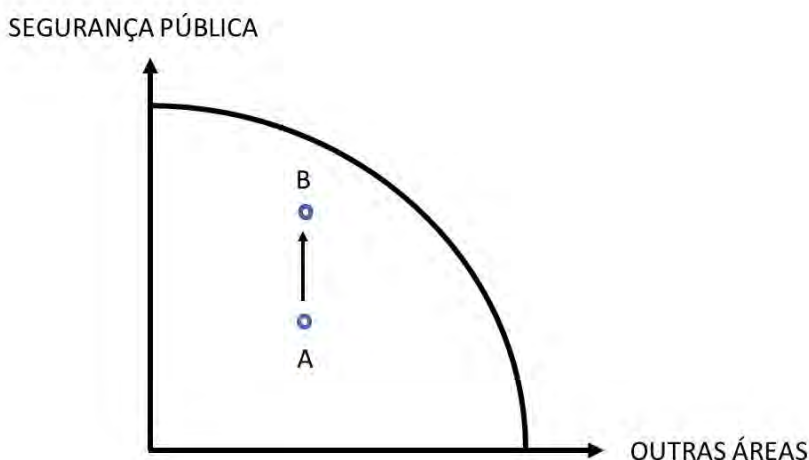
<sup>123</sup> Externalidades representam os custos ou benefícios acidentais direcionados a terceiros em função de uma decisão individual. Elas serão positivas quando impuserem um benefício e negativas quando impuserem um custo. O exemplo clássico da externalidade negativa é a poluição, que, por uma ação, pode afetar toda a população de uma região; já quanto à externalidade positiva, pode-se citar como exemplo a geração de empregos indiretos pela instalação de um polo industrial em determinada região. Nas palavras de Carvalho e Jobim (2008, p. 241), “As externalidades são perdas ou ganhos não internalizados pelos produtores e consumidores e que, portanto, não integram o cálculo dos custos e preços das mercadorias”. Por tal razão, as quantidades produzidas serão maiores do que a economicamente eficiente, quando a externalidade for negativa, como nos casos de geração de poluição, ou inferior à quantidade eficiente, quando a externalidade for positiva.

<sup>124</sup> POLINSKY, A. Mitchell. **An Introduction to Law and Economics**. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 15.

<sup>125</sup> RODRIGUES, Fellipe Azevedo. **Análise econômica da expansão do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 63.

Destes conceitos decorrem os conceitos de Superioridade e Ótimo de Pareto, bastante difundidos na Análise Econômica do Direito. Objetivamente, uma situação é superior em relação a outra quando é possível melhorar o bem-estar de um indivíduo sem que tal alteração resulte na diminuição do bem-estar de outro. No gráfico que segue, baseado neste conceito, há a exposição de um exemplo em que o bem estar gerado pelo investimento em segurança pública é confrontado com o bem estar em outras áreas (educação, saúde, entre outras).

**Gráfico 1** – Superioridade de Pareto

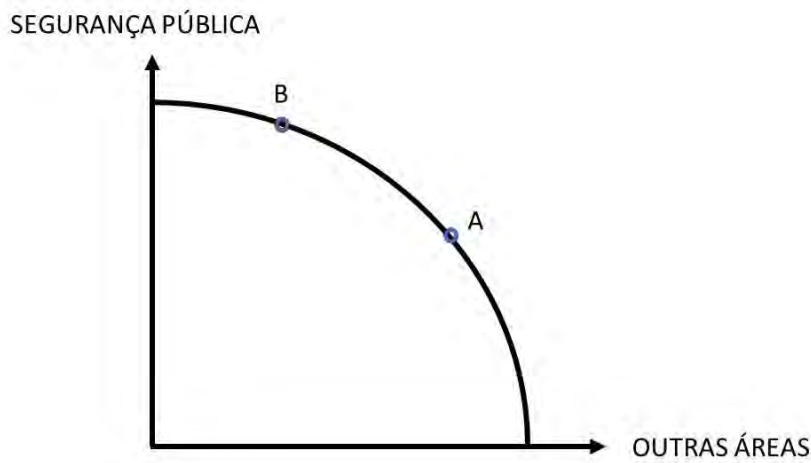


**Fonte:** Elaboração dos autores

No gráfico 1 há duas variáveis: no eixo Y o bem estar gerado pelo investimento em segurança pública; no eixo X o bem estar gerado pelo investimento em outras áreas. O ponto B é superior ao ponto A sob a ótica de Pareto, pois melhora a segurança pública sem reduzir o bem estar das demais áreas. Isso é possível quando da existência de ineficiências econômicas em A.

Todavia, há um momento em que não é mais possível elevar o bem estar de um indivíduo sem diminuição de bem-estar de outro: trata-se do Ótimo de Pareto. Neste ponto, a situação é Pareto eficiente. O gráfico seguinte mostra esta situação, usando-se as mesmas variáveis do gráfico 1.

Gráfico 2 – Eficiência de Pareto




Fonte: Elaboração dos autores

Percebe-se que uma mudança do ponto A para o ponto B, ou seja, melhorar o bem-estar via investimento em segurança pública, atingido o ótimo de Pareto, só é possível reduzindo-se o bem-estar nas demais áreas.<sup>126</sup> Nesta situação, todos os recursos estão sendo usados em sua plenitude, sem ineficiências. Assim, melhorar a segurança pública só seria possível deslocando-se recursos das demais áreas, reduzindo então o bem-estar nestas. Disso resulta o Ótimo de Pareto: situação na qual o bem-estar será máximo quando não for mais possível aumentar o bem-estar de um indivíduo sem diminuir o de pelo menos um outro.

Entretanto, Nicholas Kaldor e John Hicks desenvolveram, separadamente, o que depois ficou conhecido como o critério Kaldor-Hicks. Para eles, atingido o ótimo de Pareto, ainda é possível elevar o bem-estar, desde que a parte cujo bem-estar sofreu redução possa ser compensada (pelo menos potencialmente). Assim, pelo critério Kaldor-Hicks, um estado de coisas é eficiente em relação a outro se no final das transações a valorização da nova posição de um for maior do que o prejuízo da outra.

<sup>126</sup> Os pontos A e B encontram-se sobre a chamada Fronteira de Possibilidades de Produção, uma curva que denota o máximo possível de ser produzido com os fatores de produção existentes. A produção além de curva só é possível deslocando-a, o que se consegue, por exemplo, com inovações tecnológicas, maior quantidade de mão de obra, de máquinas e equipamentos, enfim, de fatores de produção.



Tem-se neste ponto uma das diferenças entre os dois critérios de eficiência: enquanto para Pareto a compensação deveria ser efetiva, pelo critério Kaldor-Hicks exige-se a potencialidade de compensação.<sup>127</sup>

Finalmente, o Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES), cunhado por Everton Gonçalves,<sup>128</sup> propõe igualmente a interação entre Direito e Ciência Econômica em busca da eficiência, contudo, sem desconsiderar as externalidades sociais. No dizer do autor:

Trata-se da elaboração e aplicação da norma de forma economicamente eficiente, maximizando-se resultados esperados quando da adjudicação de direitos ou da determinação de obrigações, conforme caráter recíproco das ações e interesses, porém, considerando o reflexo social e o custo externo imposto à sociedade presente; ou mesmo, futura, de forma a serem compensadas, na totalidade, os prejuízos impostos pelo ganho presente das partes envolvidas.<sup>129</sup>

Assim, pelo PEES, a distributividade, a justiça social, a defesa do meio ambiente, a erradicação do desemprego, dentre outros fatores com reflexos sociais devem ser internalizados e equacionados na análise econômica a ser feita pelo legislador e pelo operador do Direito.

Assim como os indivíduos que, tomados racionalmente, atuam de forma a atingir os seus objetivos da maneira menos custosa, deve se pautar o Estado. Quando se fala em eficiência na administração pública são muito mais frequentes os conceitos utilizados por autores do Direito Administrativo, embora se trate de um conceito originariamente da Ciência Econômica.

Santos,<sup>130</sup> ao referir-se ao princípio da eficiência, com viés administrativo, ressalta que está “implicitamente incluído entre os deveres do administrador público, significando que este deveria atuar com presteza, perfeição e rendimento funcional.”

Fellipe Azevedo Rodrigues,<sup>131</sup> ao resgatar o princípio da eficiência nos termos da Ciência Econômica, propõe uma diferença entre os conceitos de eficiência e boa administração. Para tanto, esclarece que “este não se desenvolveu além do campo prescritivo do dever-ser,

<sup>127</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa (trads.). 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 65.


<sup>128</sup> GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O viés econômico do direito justo e eficiente: O princípio da eficiência econômico-social. In OPUSZKA, Paulo Ricardo e SÉLLOS-KNOERR Viviane Coêlho (Orgs.), **Revista Jurídica da Unicuritiba**, v. 3, n. 32, 2013. p. 128-162. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/682>. Acesso em: 22 fev. 2019.

<sup>129</sup> Ibidem, p. 141.

<sup>130</sup> SANTOS, Alvacir Correa dos. **Princípio da eficiência na administração pública**. São Paulo: LTr, 2003, p. 183.

<sup>131</sup> RODRIGUES, Fellipe Azevedo. **Análise econômica da expansão do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 181.





muitas vezes ancorado apenas em construções retóricas; ao passo que aquele se prestou a estudos interdisciplinares, em vieses teóricos e empíricos comparados exaustivamente”.

Ainda no campo das diferenciações, a eficiência não deve ser confundida com os conceitos de eficácia e efetividade, embora sejam bastante próximos. De maneira direta, a eficiência estará sempre ligada à melhor relação custo-benefício para o atingimento do resultado programado; a eficácia refere-se ao atingimento, ou não, do fim pretendido (por isso, aqui, é possível falar em maior ou menor eficácia, o que não parece viável com relação à eficiência); por fim, a efetividade refere-se à repercussão da decisão tomada. Alvacir Correa dos Santos<sup>132</sup> resume as diferenças nos seguintes termos: “avaliar eficiência é saber como aconteceu; a eficácia, o que aconteceu; a efetividade, que diferença fez”.

O conceito de eficiência que se pretende utilizar neste texto considera as externalidades sociais geradas pelas decisões. Assim, para atingimento do critério econômico-social da eficiência, conforme proposto por Everton Gonçalves, deverão ser consideradas no cálculo econômico as externalidades impostas à sociedade.


### 3 JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS: CUSTO DA “EFICIÊNCIA”

O Conselho de Conciliação e Arbitragem, iniciativa dos juízes do Rio Grande do Sul, na década de 1980, embora não tivesse função adjudicante, mostrou resultados suficientes a motivar a edição da Lei Federal nº 7.244/84, que dispunha sobre a criação e funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas, destinado ao processamento e julgamento de causas de reduzido valor econômico (até 20 salários mínimos), com processo orientado pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

O processo buscava a conciliação entre as partes. Desta forma, a proposta legislativa lançava-se a resolver o crescente amontoamento de processos nas varas cíveis e, conseqüentemente, garantir aos litigantes resposta jurisdicional mais célere.

Pelo artigo 98, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o legislador constituinte determinou a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, destinados ao

<sup>132</sup> SANTOS, Alvacir Correa dos. **Princípio da eficiência na administração pública**. São Paulo: LTr, 2003, p. 189.



juízo de causas cíveis de menor complexidade (maior amplitude em relação à disposição da Lei nº 7.244/84) e infrações de menor potencial ofensivo.

A regulamentação do dispositivo constitucional veio quase sete anos depois, quando o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, sancionou a Lei nº 9.099, em 26 de setembro de 1995. A competência definida para os Juizados Especiais Criminais, tema de interesse deste trabalho, relacionava-se às infrações penais de menor potencial ofensivo, definidas originariamente como aquelas cuja pena abstrata máxima não superasse 1 ano e alterada para 2 anos, cumulada ou não com multa, com a redação da Lei nº 1.313/06.


Embora alguns autores vejam o Juizado Especial Criminal como uma revolução no sistema processual-penal brasileiro,<sup>133</sup> a sua criação parece atender muito mais a uma intenção de *desafogamento* do Judiciário do que mudança de concepção sobre a necessidade da pena de prisão para crimes de menor potencial ofensivo.

O resultado foi, inevitavelmente, um agigantamento do poder punitivo estatal, colocando sob a atuação repressiva condutas que até então não eram perseguidas por limitação estrutural do Estado. Situação semelhante ocorreu com a criação dos institutos de sursis e livramento condicional no governo Getúlio Vargas, conforme documentado por Rafael Mafei.<sup>134</sup> Igualmente, o que pareceu ser medida desencarceradora foi, na verdade, ferramenta para lançar mais pessoas sob a observação do Estado. É de fato isso que acontece quando se substitui um ano de prisão por quatro anos de restrição de direitos, por exemplo.

No Brasil, não muito depois da criação dos juizados especiais criminais, já se percebia esta “economia” funcional ao agigantamento do sistema penal. Em matéria publicada na imprensa em 1997, registrava-se que a criação dos juizados especiais criminais havia aumentado significativamente a imposição de penas alternativas no país, mas não implicara redução da população carcerária. Um dos entrevistados, embora entusiasta do suposto caráter liberalizante do Lei 9.099/95, reconhecia que as punições haviam aumentado sobre uma população de infratores, que antes não recebia punição efetiva. Era a constatação, no Brasil, no pouco tempo de aplicação da então nova lei, do que Pavarini menciona como “ampliação da rede de controle penal, para inclusão

<sup>133</sup> Nesse sentido, GRINOVER (2002, p. 37): “Em sua aparente simplicidade, a Lei 9.099/95 significa uma verdadeira revolução no sistema processual-penal brasileiro. Abrindo-se às tendências apontadas no início desta introdução, a lei não se contentou em importar soluções de outros ordenamentos, mas – conquanto por eles inspirado – cunhou um sistema próprio de Justiça penal consensual que não encontra paralelo no direito comparado.”

<sup>134</sup> QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **A modernização do direito penal brasileiro: sursis, Livramento Condicional e outras reformas do sistema de penas clássico do Brasil, 1924-1940.** São Paulo : Quartier Latin, 2007.



na área da criminalização secundária do que, de fato, antes lhe escapava”.<sup>135</sup> (KARAM, 2004, p. 38-39).

Por meio de pesquisa exploratória, Fabiana de Assis Pinheiro<sup>136</sup> analisou a distribuição de inquéritos policiais e termos circunstanciados aos Juizados Especiais Criminais de Brasília entre 1996 e 2006, a fim de verificar o impacto da criação do Juizado Especial Criminal na quantidade de feitos remetidos às varas criminais.

A pesquisa constatou que após a criação dos Juizados Especiais Criminais na região, não houve diminuição na distribuição de inquéritos às varas criminais, o que contraria o discurso oficial de desafogamento do Poder Judiciário. Mesmo com o alargamento da competência dos Juizados para infrações penais de até dois anos, não houve recrudescimento no número de processos distribuídos às varas criminais, o que deveria ser a consequência natural, já que parte dos crimes seria processada agora pelos Juizados Especiais Criminais.<sup>137</sup>

A pesquisa comprovou assim, para aquele recorte, a falsidade do discurso de que com a criação dos Juizados Especiais Criminais haveria uma redução da intervenção penal tradicional, demonstrando que, diferentemente, a consequência foi o alcance de pessoas que até então estavam fora do sistema formal de persecução. É dizer que não mudou o local de tratamento dos crimes, mas as pessoas alcançadas.

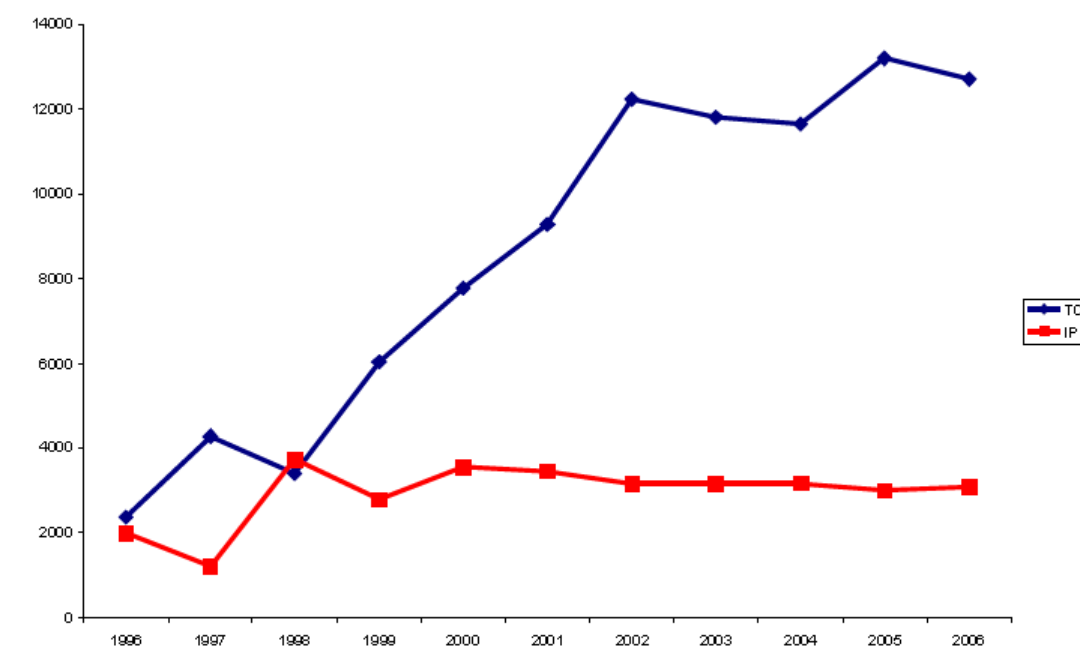
No gráfico abaixo é possível verificar a disparidade de crescimento do número de Termos Circunstanciados em relação aos Inquéritos Policiais no período investigado. Enquanto o número de Inquéritos cresceu 54,2%, o número de Termos Circunstanciados aumentou 436,7%.

<sup>135</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: RT, 2004, p. 38-39.

<sup>136</sup> PINHEIRO, Fabiana de Assis. **Juizado Especial Criminal**: do modelo consensual à radicalização da função simbólica do sistema penal. 2007. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 101.

Gráfico 3 – Comparativo



Fonte – Sistema SISTJ – Em 30/04/2007

Fonte: Fabiana de Assis Pinheiro<sup>138</sup>

Não se quer dizer com isso que houve uma conspiração para seletividade das pessoas alcançadas pelos crimes processados pela Lei nº 9.099/95, até porque os crimes tratados são bastante diversificados. A colocação é muito menos pretenciosa: o discurso não se sustentou.

Não se desconsidera as inovações introduzidas pela Lei dos Juizados Especiais Criminais que resultam em *desencarceramento*: i) extinção da punibilidade resultante da composição civil dos danos (art. 74, p. único); ii) proposta de aplicação de pena alternativa quando não houver composição civil dos danos ou trata-se de ação pública incondicionada (art. 76); iii) necessidade de representação para os crimes de lesão corporal culposa ou leve (art. 88); iv) suspensão condicional do processo para os crimes com pena igual ou inferior a um ano (art. 89). Contudo, deve-se estar ciente do preço pago para a existência de tais institutos penais e processuais.

<sup>138</sup> Ibidem, p. 104.





#### 4 PROPOSTA DE DESLOCAMENTO DO MOMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL

O processo do Juizado Especial Criminal é dividido em duas fases: uma preliminar e um procedimento sumaríssimo. A primeira tem início com o registro do Termo Circunstanciado (TC). Depois de elaborado o TC e o suposto autor dos fatos comprometer-se a comparecer perante o Juízo em dia e hora marcada, não será submetido a prisão em flagrante nem lhe será exigida fiança.


Na audiência preliminar será proposta a composição civil dos danos e a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. Aqui, mais uma vez, o que parte da doutrina comemorou como avanço parece, na verdade, retrocesso. Trata-se da institucionalização da imposição de pena sem o devido processo penal (*nulla accusatio sine probatione*).

Embora se diga não tratar de imposição, mas negociação, não se pode descurar de que as partes se encontram em situações absolutamente distintas. O membro do Ministério Público ocupa posição de Estado imponente, não de parte negociante. O acusado, representado por advogado com limitada possibilidade de atuação nesse momento processual.

Para justificar esse procedimento utilizam-se diversos argumentos, sendo dos principais o de que não se está diante de um processo, mas de uma negociação preliminar. Além disso, ao advogado compete a orientação do seu cliente sobre as consequências da aceitação ou não aceitação da proposta oferecida na audiência, não havendo espaço para efetiva negociação.

Não sendo aceita a proposta, a Lei prevê o oferecimento pelo Ministério Público de imediata aplicação de pena restritiva de direitos ou multa. Até este momento processual a atuação judicial dá-se apenas na homologação de eventual acordo firmado entre as partes. Somente depois de superada essa fase preliminar será inaugurado o procedimento sumaríssimo com o oferecimento da denúncia ou queixa.

A consequência prática da aceitação da transação penal, além do cumprimento a pena restritiva de direitos ou pagamento de multa, é a impossibilidade de novo oferecimento dentro do período de cinco anos. Desta forma, para aqueles que não se imaginam novamente em situação semelhante, ainda que estejam convencidos da sua inocência, pode haver incentivo a desistir de ver-se absolvido em troca de não sofrer as penas do curso do processo.



Assim, em busca de eficiência, de simplicidade, de dar resposta mais rápida à sociedade, e tantos outros motivos “justos”, paga-se o preço de ver inocentes submetendo-se a penas injustas. Utiliza-se o termo *pena* sem desconsiderar as sempre lúcidas lições de Francisco Bissoli Filho.

Segundo o autor, as medidas *impostas* na transação penal ou na suspensão condicional do processo não são penas, mas “medidas penais consensuais”. Isso porque para uma consequência jurídica ser definida como pena precisa ser descrita abstratamente numa lei estrita, prévia, certa, e ser imposta pelo juiz ao final de um devido processo penal, que compreende acusação, provas e defesa.<sup>139</sup>

Concebido desta forma, o resultado da transação penal estaria blindado das críticas mais comuns atribuídas pela ausência de refutação e verificação probatória. Contudo, ao que parece, sustenta-se tecnicamente a inadequação de chamar o resultado da transação de *pena*, mas no fim a consequência é a mesma.

O caminho percorrido até a imposição da medida pode não ser o tecnicamente definido para a classificação como pena. Inobstante, para a proposta deste texto, parece muito mais importante a consequência da medida ao suposto autor de fatos delituosos do que a classificação daquilo que sofrerá. Assim, seja pena ou *medida penal consensual*, o acusado será submetido àquilo que o legislador previu como desincentivo ao comportamento indesejado, o que embora tenha chamado *pena*, poderia atribuir qualquer outro nome.


A partir de Ihering,<sup>140</sup> embora não tenha tratado especificamente do processo penal, é possível concluir que em tais situações o indivíduo deverá escolher entre a paz e o direito.

Quando um indivíduo é lesado em seu direito, faz-se irremissivelmente esta consideração, nascida da questão que em sua consciência se apresenta, e que pode resolver como bem lhe aprouver: - se deve resistir ao adversário ou se deve ceder. Qualquer que seja a solução, deverá fazer sempre um sacrifício; - ou sacrificará o direito à paz ou a paz ao direito.

Mais ainda, o fato de o Inquérito Policial ser dispensado, servindo o Termo Circunstanciado de fundamento à peça acusatória, evidencia outro problema. É que os Termos Circunstanciados na verdade de circunstanciado têm muito pouco. A prática revela a

<sup>139</sup> BISSOLI FILHO, Francisco. **Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais**. Florianópolis: Habitus, 2016, p. 105.

<sup>140</sup> IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Forense, 2006, p. 65.



superficialidade com a qual referido documento é elaborado e, ao fim, o que opera na verdade é uma espécie de *in dubio pro transação*.

É assim porque a autoridade policial limita-se a enviar o TC ao Judiciário e até que este exerça um juízo de admissibilidade da denúncia ou queixa, o acusado já foi submetido a momentos de negociação, podendo transacionar sobre os fatos imputados, por mais absurdos que possam ser.

A decisão pela aplicação destes institutos da Lei n° 9.099/95 seria eficiente pelo critério Kaldor-Hicks, conforme exposto acima. Isso porque o benefício gerado pelas medidas *desencarceradoras* e pela *rápida* resposta dada pelo Estado à sociedade compensaria, *potencialmente*, os custos impostos aos acusados, os quais se veem desamparados das garantias do devido processo penal.


Contudo, a proposta parece se apresentar com uma série de ressalvas quando se consideram as externalidades sociais, conforme proposto pelo Princípio da Eficiência Econômico-Social. Desta forma, a fim de que a busca por processos mais rápidos não represente o ideal de eficiência pretendido, deve-se identificar as externalidades impostas à sociedade, a fim de que a *evolução*<sup>141</sup> introduzida pela lei n° 9.099/95 não seja utilizada para justificar a institucionalização de injustiças.

Um dos possíveis passos dados nessa direção é o de deslocamento da transação penal para momento posterior ao recebimento da denúncia. Sendo desta forma, o juiz poderia exercer um juízo de admissibilidade da denúncia, podendo, inclusive, absolver sumariamente caso verifique qualquer das causas do artigo 397 do Código de Processo Penal.

O fato de a transação penal posicionar-se em momento anterior ao recebimento da denúncia permite que o instituto seja aceito em um caso com manifesta causa excludente de ilicitude ou culpabilidade, cujo fato narrado evidentemente não constitua crime ou cuja punibilidade do agente já esteja extinta.

O deslocamento proposto certamente evitaria que inocentes negociassem os seus direitos simplesmente para não se verem processados. Além disso, Ministério Público e acusado

<sup>141</sup> Reproduz-se aqui a ressalva feita por Alessandro Baratta (2011, p. 207) de que a melhor reforma do direito penal seria a de substituí-lo, não por um direito penal melhor, mas por qualquer coisa melhor que o direito penal.



estariam em posições de negociação mais próximas, uma vez que agora ambos teriam a incerteza do processo como variável para a tomada de decisão.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta deste texto foi verificar se os instrumentos introduzidos pela Lei nº 9.099/95, especialmente a transação penal, são eficientes a partir do Princípio da Eficiência Econômico-Social. Com a simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade objetiva-se maior atuação estatal em menor tempo. Esse resultado aproxima-se do conceito de eficiência administrativo.


Contudo, tal eficiência é buscada muitas vezes ao desprezo de garantias processuais. De qualquer forma, a partir do critério Kaldor-Hicks, os benefícios gerados à sociedade por um processo mais célere, simples e econômico, além do viés desencarcerador dos institutos criados, compensam, potencialmente, os custos impostos aos acusados quando são induzidos à aceitação de pena sem o devido processo penal.

Quando o critério de eficiência considera os custos sociais envolvidos, como propõe o Princípio da Eficiência Econômico-Social, não parece possível chegar à mesma conclusão, uma vez que não será eficiente uma decisão que importe tamanho custo aos envolvidos em processos criminais. Não se trata, portanto, da utilização do critério de eficiência como formulado por Kaldor - Hicks, segundo o qual para ser eficiente a decisão pela utilização dos institutos, deveria-se compensar os prejudicados.

De toda sorte, como proposta, caminha-se na direção de um processo constitucional (e ainda eficiente), se for deslocado o momento de proposta da transação penal. Isso porque da maneira como está prevista corre-se o risco de submeter o acusado à situação de ter que decidir entre ser processado criminalmente (com a pena que é a própria existência do processo impõe) ou aceitar a imposição de uma pena para ver-se livre de todo peso e estigmatização.

Os Termos Circunstanciados trazem poucas circunstâncias e são indiscriminadamente encaminhados ao Judiciário. A partir de então, sem que haja apreciação judicial sobre justa causa, indícios de autoria, prova da materialidade, já entra em cena o Ministério Público com propostas de aplicação imediata de penas não privativas de liberdade.





O risco seria minimizado se a proposta de transação penal ocorresse após o recebimento da denúncia. Somente neste momento acusador e acusado estariam em igualdade de condições para negociar. De um lado o Ministério Público abriria mão da persecução penal em troca de uma pena *menor*; de outro, o acusado, diante da incerteza do resultado do processo, abriria mão da sua defesa em troca de livrar-se do estigma do processo criminal.

Ainda que se perdesse um pouco de celeridade e economia processual, características dos juizados, acredita-se que o benefício gerado por tal medida compensaria os custos a serem suportados.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do desvio penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais**. Florianópolis: Habitus, 2016.

CARVALHO, Cristiano; JOBIM, Eduardo. O Direito Tributário e a interpretação econômica do Direito: deveres instrumentais, custos de conformidade e custos de transação. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.


COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **Law & Econ**, v. 3, p. 1-44, oct. 1960. Disponível em: <http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2020.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa (trads.). 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2011.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O viés econômico do direito justo e eficiente: O princípio da eficiência econômico-social. In OPUSZKA, Paulo Ricardo e SÉLLOS-KNOERR Viviane Coêlho (Orgs.), **Revista Jurídica da Unicuritiba**, v. 3, n. 32, p. 128-162, 2013. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/682>. Acesso em: 22 nov. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Juizados Especiais criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.95. São Paulo: RT, 2002.



HICKS, John. The foundations of welfare economics. **Economic Journal**. London: Royal Economic Society, v. 49, n. 196, p. 696-712, 1939. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2225023>. Acesso em: 22 nov. 2020.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Forense, 2006.

JEVONS, William Stanley. **A Teoria da Economia Política**. São Paulo: Nova Cultural, 1996

KALDOR, Nicholas. Welfare propositions in economics and interpersonal comparisons of utility. **Economic Journal**, London: Royal Economic Society, v. 49, n. 195, p. 549-552, 1939. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2224835>. Acesso em: 22 nov. 2020.

KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir**. São Paulo: RT, 2004.

MARSHALL, Alfred. **Princípios de Economia**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

NORTH, Douglass C. **Custos de Transação, Instituições e Desempenho Econômico**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal e Instituto Millenium, 2006.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PARETO, Vilfredo. **Manuale di economia politica com una introduzione alla scienza sociale**. Milão: Società Editrice Libreria, 1906.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PINHEIRO, Fabiana de Assis. **Juizado Especial Criminal: do modelo consensual à radicalização da função simbólica do sistema penal**. 2007. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007.

POLINSKY, A. Mitchell. **An Introduction to Law and Economics**. New York: Aspen Publishers, 2003. 3.ed.

POSNER, Richard Allen. **El análisis económico del derecho**. Eduardo L. Suárez (trad.). 2. ed. México: FCE, 2007.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **A modernização do direito penal brasileiro: sursis, Livramento Condicional e outras reformas do sistema de penas clássico do Brasil, 1924-1940**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

RODRIGUES, Fellipe Azevedo. **Análise econômica da expansão do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia?”. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.



SANTOS, Alvacir Correa dos. **Princípio da eficiência na administração pública**. São Paulo: LTr, 2003.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.



# CAPÍTULO 20

## POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: UMA ANÁLISE DA CASA DA MULHER BRASILEIRA DE FORTALEZA/CE

Livia Rocha Rodrigues, Graduada em Gestão de Políticas Públicas, UFC

### RESUMO

O presente trabalho é resultado de um Trabalho de Conclusão de Curso e trata da temática de Políticas Públicas para o Enfrentamento à Violência contra Mulher. Tem como foco principal o estudo da Casa da Mulher Brasileira de Fortaleza. Seu objetivo é analisar os serviços prestados na Casa da Mulher Brasileira sob a ótica das funcionárias, e, especificamente, discutir políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher; dissertar sobre os serviços e atendimento da Casa da Mulher Brasileira; e verificar a concepção das funcionárias sobre o atendimento oferecido às mulheres pela Casa. O referencial teórico contou com autores que tratam da temática da violência contra a mulher, como é o caso de Faria (2014), Krug (2001), Malua (2015) e Pinafi (2007), perpassa ainda pela questão dos Direitos Humanos com Benevides (2008), Comparato (2010) e Rabenhorst (2008) e por documentos que amparam as políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher, a Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher (2011), a Lei Maria da Penha (2006) e o Programa Mulher: Viver sem Violência (2013). A pesquisa se classificou como qualitativa, sendo um estudo de caso. Constituíram como sujeitos, cinco funcionárias da Casa da Mulher Brasileira que foram entrevistadas *in lócus*. Percebeu-se que a Casa é um equipamento essencial para o enfrentamento da violência contra as mulheres, por conter uma série de serviços no mesmo local, atuando de forma humanizada ao reduzir o processo de revitimização das mulheres.

**PALAVRAS-CHAVE:** Violência contra mulher. Políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher. Casa da Mulher Brasileira.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho é resultado de um Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de graduação em Gestão de Políticas Públicas pertencente à Universidade Federal do Ceará. Trata da temática de Políticas Públicas para o Enfrentamento à Violência contra Mulher e tem como foco principal o estudo da Casa da Mulher Brasileira –CMB. A violência cometida contra as mulheres é uma das principais formas da violação de direitos humanos por ir contra direitos que respeitam uma vida digna, integridade física, moral e emocional.

Como um meio de inovar no atendimento da mulher em situação de violência, surge a Casa da Mulher Brasileira, que integra serviços especializados dos mais diversos tipos, como é





o caso dos serviços de apoio psicossocial, Juizado da Mulher, Defensoria Pública, Ministério Público, Políticas de Autonomia Econômica, Brinquedoteca, Casa de Passagem e Central de Transporte. Diante dessa afirmação infere-se que esse equipamento torna o atendimento mais humanizado e necessário para as vítimas, já que há notícias em que diariamente as mulheres sofrem algum tipo de violência dentro dos seus lares, na maioria das vezes por seus companheiros e/ou outros familiares.

A indagação que deu sentido a este trabalho foi: Como funcionam os serviços prestados na Casa da Mulher Brasileira da cidade de Fortaleza? Como as funcionárias da Casa percebem esse serviço?


Ao levantar esses questionamentos, o interesse central direcionou para entender de que forma os serviços oferecidos pela Casa da Mulher Brasileira atuam na vida das mulheres violentadas e se os mesmos conseguem quebrar as dificuldades da rota crítica, o caminho fragmentado que a mulher em situação de violência percorre buscando o atendimento do Estado, na tentativa de buscar soluções para a violência sofrida.

Desta maneira, este trabalho é de extrema relevância social ao investigar as consequências do desenho das políticas públicas no combate à violência, a partir da escuta da percepção das funcionárias da CMB. Ao olhar o lado social, percebe-se o quanto essa temática é recorrente pelo fato de que se vê todos os dias notícias apresentando algum caso de violência contra a mulher. Muitas são violentadas das mais variadas formas, aumentando o índice de casos de mortes e sem nenhuma maneira efetiva aparente de minimizar o problema.

Tratar da questão então, se torna relevante, pois se pode mapear políticas ou ações e instituições de enfrentamento a violência e apontar caminhos a serem percorridos e assim ter a chance de trilhar novos caminhos ou novas estratégias para que seja possível minimizar a violência.

Com a inauguração oficial da Casa da Mulher Brasileira no ano de 2018, decidiu-se estudá-la para perceber de que forma ela colabora com a redução da violência contra a mulher ou a sua atuação pelas causas das mulheres violentadas.

Vale ressaltar que os estudos na área do combate à violência contra mulher são relevantes porque constituem uma articulação entre as variadas dimensões da vida no meio social para tentar obter o entendimento de como a subordinação da mulher e a dominação



masculina foram historicamente construídas. Diante do exposto, o objetivo geral desta pesquisa é analisar os serviços prestados na Casa da Mulher Brasileira sob a ótica das funcionárias. Especificamente também se pretendeu apresentar a gestão, serviços e atendimento prestados pela Casa da Mulher Brasileira; verificar a concepção das funcionárias sobre o atendimento oferecido pela Casa da Mulher Brasileira; e discutir o papel da Casa da Mulher Brasileira como política pública de enfrentamento à violência contra a mulher.

## REFERENCIAL TEÓRICO

Segundo Krug et al. (2002) a Organização Mundial da Saúde –OMS traz o conceito de violência como

o uso intencional da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação. (KRUG et al., p.5, 2002)

Essa definição de violência inclui vários tipos de violência, considera-se como o mais interessante o fato de que o autor também aponta como resultado da violência o dano psicológico, que é uma consequência muito grave nas vítimas que sofrem alguma situação de violência, principalmente nas mulheres, foco desse trabalho. A OMS (Krug et al., p.6, 2001) também define a natureza dos atos violentos e revela que eles podem ser de quatro tipos: física, sexual, psicológica e envolvendo privação ou negligência.

A violência contra a mulher é uma questão de violência de gênero, de uma construção social, que remonta de muito tempo atrás. Sempre se ouviu falar em “coisa de mulher e coisa de homem”. É produto de uma construção histórica, de uma sociedade machista e patriarcal que perpassa por relações de poder, tratando a mulher como uma posse do parceiro. Pinafi (2007, n.p) conceitua violência contra mulher como toda e qualquer conduta baseada no gênero, que cause ou passível de causar morte, dano ou sofrimento nos âmbitos: físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na privada.

Segundo os estudos de Faria (2014) e Malua (2015) o histórico de violência sofrida pelas mulheres foi construído dentro de uma cultura patriarcal com as relações desiguais de gênero, cujo papel da mulher sempre esteve atrelado aos diversos tipos de opressões e



submissões. Segundo Krug et al. (2001, p.91) uma das formas mais comuns de violência contra as mulheres é a praticada por um marido ou um parceiro íntimo.


Pode-se observar que o homem sempre esteve à frente no exercício do poder político, do poder de escolha e decisão sobre sua vida afetivo-sexual e da visibilidade social no exercício das atividades profissionais. Este processo resulta em diferentes formas opressivas, submetendo as mulheres às relações de dominação, violência e violação dos seus direitos. As situações em que as mulheres dependem economicamente do homem têm um grande peso para o acontecimento do abuso (KRUG et al., p.91, 2001).

Esta construção social do que é ser mulher e do que é ser homem, se relaciona com o sistema imposto pelo patriarcado, de dominação masculina, com constituição e fundamentação histórica. Nesse contexto, o homem organiza e dirige a vida social, dando a entender que ele, somente por ser homem, pode tudo e a mulher tem que aceitar tudo que vem dele. Vê-se essa construção perpassando dos tempos antigos até os dias de hoje, em que as mulheres viviam e vivem em relações abusivas tanto com sua família e parceiros, e com pessoas de fora.

Para que se possa adentrar nas considerações sobre políticas públicas, que dão embasamento a este trabalho, é necessário que se tenha em mente o que são Direitos Humanos. Comparato (2010, p.23-24) diz que é a partir do período axial (600 e 480 a.C.) que pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, apesar das diferenças de sexo, religião ou costumes.

As prerrogativas relacionadas aos direitos humanos vêm desde a criação das Nações Unidas, em 26 de junho de 1945, logo em seguida das terríveis consequências deixadas pelas duas guerras mundiais, com as mortes de vários inocentes, do regime totalitário que se teve, do extermínio dos judeus e da bomba lançada em Hiroshima e Nagasaki. Rabenhorst (2008, p. 16) conceitua direitos humanos como os direitos que correspondem a dignidade do ser humano, direitos que se possui pelo simples fato de se ser humano, e não porque o Estado decidiu por lei, conceituando o ser humano como um sujeito de direitos.

Para Benevides (2008, p.3) os direitos humanos são naturais e universais, que não se referem a um único membro de uma nação ou Estado, mas sim à pessoa humana, na sua unidade e universalidade.



Em 10 de dezembro de 1948 foi criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) e aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas. A DUDH (1948) revela que na Carta das Nações Unidas foi proclamada

a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar as melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla. (Assembleia Geral da ONU, 1948, p.3)

Os direitos humanos compõem a noção de direito à vida, à liberdade, à liberdade de expressão e opinião, à educação, à segurança pessoal, ao trabalho, à proteção contra qualquer discriminação, à opinião política, entre outros. Todas as pessoas são livres e iguais em dignidade e direitos.

Partindo dos preceitos dos direitos humanos e da DUDH foi realizada a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher: Convenção de Belém do Pará, em 1979, onde se constituiu que a violência contra a mulher é “a violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e se limita a todas ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades”. A Convenção de Belém do Pará (1979) apresenta em seus artigos 3 e 4 que toda mulher tem direito a uma vida livre de violência tanto na esfera pública, como na privada e que toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades em todos os instrumentos regionais e internacionais

Já o artigo 8º da referida Convenção afirma que é conveniente aos Estados, que fazem parte da convenção, que adotem medidas e/ou programas específicos ao combate da violência que preveem a promoção do conhecimento do direito das mulheres a uma vida livre de violência, modificando os padrões sociais e culturais das relações entre homens e mulheres. Prevê também a educação e treinamento de todo pessoal que trata com as mulheres violentadas, além da prestação de serviços apropriados para a mesma e programas, pesquisas e acordos.

Sendo assim, para garantir a promoção dos direitos humanos para as mulheres e sua proteção contra a violência de forma efetiva é que aparecem as finalidades das políticas públicas.





Segundo Secci (2015) uma política pública é uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público, a intenção do Estado em dar uma resposta a este problema coletivo. Howlett et al (2013, p.6) conceituam políticas públicas como *policy making* que a mesma trata fundamentalmente de atores cercados por restrições que tentam compatibilizar objetivos políticos (*policy goal*) com meios políticos (*policy means*), num processo que pode ser caracterizado como “resolução aplicada de problemas”. Trazem também que *policy making* é um processo técnico-político que visa definir e compatibilizar objetivos e meios entre atores sociais sujeitos a restrições.

Pode-se entender então políticas públicas como ações postuladas pelo governo e sendo assim, as políticas de enfrentamento à violência contra mulher são exemplos das resoluções que o Estado traz. Tentando solucionar este problema é que se insere a Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres e a Lei Maria da Penha, como uma das formas de tentar minimizar as questões relativas à violência contra mulher.

A Secretaria de Políticas para as Mulheres foi criada em 2003 e até então haviam sido realizadas apenas ações isoladas no que tange as propostas para o enfrentamento à violência contra as mulheres, como foram os casos da capacitação dos profissionais que atendem mulheres e da criação das Casas Abrigo e das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher. A partir da criação da Secretaria há uma ampliação das políticas públicas referentes à temática. Segundo a Secretaria

A Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres tem por finalidade estabelecer conceitos, princípios, diretrizes e ações de prevenção e combate à violência contra as mulheres, assim como de assistência e garantia de direitos às mulheres em situação de violência, conforme normas e instrumentos internacionais de direitos humanos e legislação nacional. (SPM, 2011, p.9)

Esta política foi criada a partir do Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (PNPM), que tem como um de seus capítulos o enfrentamento à violência contra a mulher, e mantida no II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (II PNPM). Atua de acordo com a Lei nº 11.340/2006 e com as convenções e tratados internacionais das quais o Brasil faz parte. Com o PNPM as medidas de enfrentamento à violência contra as mulheres saíram de apenas a área da segurança e assistência social para englobar diferentes setores do Estado para que se pudesse garantir os direitos das mulheres.



A Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres adota o conceito de “enfrentamento” para falar sobre as medidas utilizadas para combater a violência. Para a Política o enfrentamento diz respeito à implementação de políticas amplas e articuladas, que procurem dar conta da complexidade da violência contra as mulheres em todas as suas expressões. (SPM, 2011, p.25)


Para que o enfrentamento à violência ocorra é necessário que haja uma união entre os setores do Estado que trabalham com a questão da violência contra mulher para que se possa combater as desigualdades, discriminações e a violência cometida para com a mulher. A Política afirma que a questão do enfrentamento não se restringe apenas ao combate, mas também as dimensões da prevenção, da assistência e da garantia de direitos das mulheres que compõem os Eixos Estruturantes da mesma. (SPM, 2011, p.25)

Uma das leis mais conhecidas no assunto da violência contra a mulher, é a Lei Maria da Penha. Essa lei recebeu esse nome devido ao fato de uma mulher, denominada Maria da Penha ter sido vítima de duas tentativas de homicídio pelo marido e ficado paraplégica.

Em 1983, Maria da Penha recebeu três tiros enquanto dormia, ficando assim paraplégica. Mesmo com esta deficiência, foi mantida presa em casa, sofrendo novas formas de violência, como tortura e choque elétrico. Foram mais de 20 anos de luta, com apoio de grupos de mulheres de todo o país, para que fosse feita a justiça pelo seu caso de violência. O caso foi muito repercutido e por isso deram seu nome para a Lei nº 11.340, criada em 07 de agosto de 2006 para prevenir e punir a violência doméstica contra as mulheres, sancionada no governo do ex-presidente Lula.

A Lei Maria da Penha incentiva à criação de serviços especializados de atendimento às mulheres, que integram a Rede de Atendimento à Mulher. Ainda que a referida Lei tenha tornado obrigatório o atendimento integral às mulheres em situação de violência, há muitos desafios a serem conquistados, o principal deles é a rota crítica. Segundo a campanha “Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha” que foi lançada nacionalmente em 2012 pela parceria entre a Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República e o Ministério da Justiça, a rota crítica é

O caminho fragmentado que a mulher percorre buscando o atendimento do Estado, arcando com as dificuldades estruturais colocadas, como de transporte, repetindo o relato da violência sofrida reiteradas vezes e, ainda, enfrentando muitas vezes a



violência institucional por parte de profissionais que, pouco sensibilizados, reproduzem discriminações contra as mulheres nos serviços de atendimento. (SPM, 2012, n.p)


A rota crítica é o contrário do que está recomendado pelas leis que protegem os direitos das mulheres, pois compete ao Estado acolher e apoiar a mulher no complexo processo de rompimento com o ciclo de violência, frequentemente marcado por obstáculos como a dependência financeira do agressor e as dificuldades afetivas peculiares nos casos em que a agressão acontece em relações íntimas e familiares. (SPM, 2012). Visando findar a prática da rota crítica, surge a Casa da Mulher Brasileira, contemplando em sua estrutura, todos os equipamentos necessários para que a mulher vítima de violência possa receber os amparos necessários em um único lugar.

## **METODOLOGIA**

Este trabalho se caracterizou como uma pesquisa qualitativa por se preocupar com o aprofundamento da compreensão dos mecanismos existentes para o enfrentamento da violência contra as mulheres. Conforme Gerhardt e Silveira (2009) os pesquisadores que utilizam os métodos qualitativos buscam explicar o porquê das coisas, exprimindo o que convém ser feito, mas não quantificam os valores e as trocas simbólicas nem se submetem à prova de fatos. A análise qualitativa preocupa-se com aspectos da realidade que não podem ser quantificados, centrando-se na compreensão e explicação da dinâmica das relações sociais.

Quanto ao objetivo, se caracteriza como uma pesquisa explicativa. É uma pesquisa explicativa por preocupar-se em identificar e determinar os fatores que contribuem para a ocorrência da percepção das funcionárias sobre o aspecto da humanização. Severino (2007, p.123) fala que a pesquisa explicativa é aquela que além de analisar e registrar os fenômenos estudados busca identificar suas causas.

Quanto aos procedimentos técnicos esta pesquisa se configurou como bibliográfica e documental. Segundo Gerhardt e Silveira (2009) a pesquisa bibliográfica é realizada a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites; e a pesquisa documental recorre a fontes mais diversificadas e dispersas, sem tratamento analítico, tais como: tabelas estatísticas, jornais,



revistas, relatórios, documentos oficiais, cartas, filmes, fotografias, pinturas, tapeçarias, relatórios de empresas, vídeos de programas de televisão, etc.


Essa pesquisa se enquadra também em um estudo de caso, já que foi estudado o caso específico, do atendimento e serviços da Casa da Mulher Brasileira de Fortaleza, por meio da percepção das funcionárias deste equipamento. Gil (2008) revela que o estudo de caso é caracterizado pelo estudo profundo e exaustivo de um ou de poucos objetos, de maneira a permitir o seu conhecimento amplo e detalhado.

Quanto aos meios técnicos de investigação foi utilizado a observação não participante, visto que apenas foi observado por meio de visitas a estrutura física e o funcionamento geral da Casa. Lakatos e Marconi (2003, p.193) falam que na observação não participante o pesquisador toma contato com a comunidade, grupo ou realidade estudada, mas sem integrar-se a ela, permanece de fora, fazendo o papel de espectador. Foram realizadas também entrevistas por meio de questões semiestruturadas com 05 funcionárias que trabalham na CMB, com o intuito de conhecer mais profundamente a forma que é realizada a prestação dos serviços e do atendimento para as mulheres em situação de violência e se causam um atendimento mais humanizado, sem o acontecimento do processo de revitimização.

Quanto aos aspectos éticos, a pesquisa observou a Resolução 466/12 do Conselho Nacional de Saúde, em que se estabelece algumas considerações sobre o respeito pela dignidade humana e pela especial proteção devida aos participantes das pesquisas científicas envolvendo seres humanos. (BRASIL, 2012) Desta forma, foram respeitados os aspectos exigidos de acordo com a Resolução que prevê o consentimento livre e esclarecido da participante da pesquisa e proteção aos grupos vulneráveis para a garantia da autonomia das participantes por meio da assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, que contém dados referentes a temática, objetivos e os princípios éticos do trabalho. Foi garantido o anonimato dos sujeitos e explicado que em qualquer momento poderão retirar seu consentimento de participação da pesquisa. Também foi garantido o acesso aos resultados da pesquisa.

A análise dos dados do trabalho foi pautada pela técnica de triangulação, através da apresentação da fala das entrevistadas, do diálogo com os autores e da visão da pesquisadora, que girou em torno de perguntas sobre temas centrais previamente estabelecidos: a violência contra a mulher e políticas públicas de enfrentamento a violência contra mulher. No que se refere





à triangulação, Marcondes e Brisola (2014, p.203) trazem que a Triangulação está presente na articulação de três aspectos para proceder à análise de fatos, sendo o primeiro às informações concretas; o segundo, o diálogo com os autores; e o terceiro, à análise da conjuntura.

## RESULTADOS E DISCUSSÃO

A Casa da Mulher Brasileira – CMB, está inserida dentro do Programa “Mulher: Viver Sem Violência” (PMVSV), lançado no ano de 2013, pela presidenta Dilma Rousseff e é a principal ação estratégica do mesmo. Foi elaborada pela Secretaria de Políticas para as Mulheres com a parceria dos representantes do Executivo Federal, do Conselho Nacional do Ministério Público, do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional de Defensores Públicos Gerais, da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul e do Executivo Municipal de Campo Grande.

A CMB é um local de acolhimento e atendimento humanizado que tem como objetivo realizar um atendimento de assistência integral e humanizado às mulheres vítimas de situação de violência, visando facilitar o acesso das mesmas aos serviços especializados com vias de enfrentar a violência e oferecer meios para elas conseguirem autonomia econômica. Constitui um espaço que integra serviços especializados de proteção e enfrentamento aos mais diversos tipos de violência contra as mulheres: acolhimento e triagem; apoio psicossocial; Delegacia de Defesa da Mulher; Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher; Ministério Público; Defensoria Pública; Célula de Promoção de Autonomia Econômica; Brinquedoteca; Alojamento de passagem e central de transporte.

A Casa da Mulher Brasileira, objeto de estudo deste trabalho, está localizada em Fortaleza e funcionando desde junho de 2018, mas sua inauguração oficial foi apenas no dia 14 de dezembro de 2018, e é a quinta Casa do Brasil. Está situada na Rua Teles de Souza, s/n, Couto Fernandes, Fortaleza –CE. A proposta da Casa da Mulher Brasileira é que em um único prédio haja o máximo de serviços para as mulheres vítimas de violência.

A CMB é um modelo de enfrentamento a violência contra a mulher por integrar e ampliar em um único espaço, os equipamentos públicos que são voltados às mulheres em situação de violência, evitando assim que a mulher tenha que percorrer uma longa trajetória em sua busca por assistência, fazendo com que elas não sejam revitimizadas. Todos esses



equipamentos agem na busca de um atendimento desde a percepção da mulher por seu contexto de vida e singularidades.

O Estado apresenta a Casa como um reconhecimento à violência de gênero como uma violência estrutural e histórica, que necessita ser combatida a partir dos equipamentos de segurança, justiça, saúde pública e educação. A CMB tem obrigação de atender todos os tipos de violência cometida contra as mulheres e deve atender todas as vítimas que necessitem de assistência de acordo com sua especificidade.

No dia 26 de março de 2019 foram entrevistadas cinco funcionárias da Casa da Mulher Brasileira, por meio da aplicação de um questionário. Inicialmente a entrevista foi planejada para ser aplicada individualmente, no entanto, ao chegar na CMB foi disponibilizada uma sala, onde as participantes se reuniram como numa roda de conversa para responder as questões coletivamente. Cabe então salientar o fato da imprevisibilidade da pesquisa qualitativa, já que seus aspectos não podem ser quantificados nem previstos, conforme afirma Silva (2008).

A rotina de um atendimento na CMB começa na recepção, desde esse primeiro contato que é iniciado o atendimento humanizado. A recepção é aquele local da escuta, as mulheres chegam lá e dizem que sofreram a violência doméstica, elas não precisam dizer como foi ou quem foi.

Segundo o Observatório da Mulher contra a Violência, na pesquisa intitulada “Violência doméstica e familiar contra a mulher –2015” realizada pelo Instituto DataSenado, os casos de violência de agressões físicas e psicológicas foram os que mais aconteceram entre as mulheres que declararam ter sido vítima de violência, em que sete em cada dez mulheres sofreram agressão física e 48% das mulheres sofreram agressão psicológica, já a violência sexual atingia uma em cada dez mulheres.

A funcionária responsável pela brinquedoteca relatou um pouco sobre o que vê quando as crianças ficam no espaço, depois de terem presenciado a relação de violência, explicando que os filhos das vítimas já sofreram e já presenciaram muito. A criança em si, ela se sente muito perdida porque ela vê o pai e mãe como quem protege e quando ele vê essa agressão ele se perde, de uma certa forma fica até um pouco agressivo, pois não sabe como reagir. Segundo Kitzmann (2007) quando as crianças são expostas a situações de violência doméstica, elas estão em situação de risco por conta dos problemas psicossociais, mesmo que não seja o alvo da



agressão física, prejudicando assim o desenvolvimento da criança. Elas podem responder as situações de violência de diversas maneiras, seja tornando-se agressiva ou tornando-se isolada ou até mesmo tendo que intervir no meio do ato da agressão.

Uma das funcionárias relatou que a situação de violência dura anos antes que a mulher procure por algum atendimento. O maior causador da violência contra a mulher é a cultura machista que vem se perpetuando na nossa sociedade. Além disso, também citou o uso de drogas, como o álcool, o que acaba potencializando a situação da agressão. Segundo a mesma, é raro o caso de mulheres que já buscam ajuda logo no primeiro acontecimento da agressão. Sempre são relacionamentos abusivos de muito tempo. As vítimas acreditam na mudança do agressor após o pedido de desculpas e de dizer que vai melhorar, mas o tempo vai passando e a violência vai piorando. Nenhum crime passional, como o feminicídio acontece de um dia para noite, é um relacionamento desgastado há anos e a vítima sempre acredita que o agressor irá mudar.

De acordo com as entrevistadas, as mulheres resolvem denunciar por estarem no limite, não aguentarem mais a situação de violência. Também relataram que as informações sobre como proceder em um caso de violência e a importância da denúncia, hoje são muito mais fáceis, seja pela mídia, por familiares e/ou amigos, e ao obtê-las as mulheres sentem-se mais seguras de denunciar o agressor. O agressor só é preso se ele for pego em flagrante. Caso não seja, é instaurado um inquérito. Na maioria dos casos, a mulher só pede medida protetiva contra o agressor quando acham que correm risco de vida. Algumas mulheres as vezes não querem prosseguir com o procedimento da denúncia, só querem que a polícia dê “um susto” no seu agressor.

Após o atendimento na CMB, algumas mulheres sentem-se seguras de voltar para sua residência, mas em sua maioria não. Algumas voltam para a residência do agressor devido a alguns fatores, como, a falta de autonomia financeira, pois dependem de seu companheiro ou não têm uma residência para ficar. Muitas saem de casa e procuram auxílio em abrigos temporários, outras pedem a medida protetiva para que o companheiro seja afastado da residência. As mulheres em sua maioria só possuem a CMB como rede de apoio, mas algumas têm também a família. De acordo com as entrevistadas, em algumas situações, as mulheres acabam sofrendo novas situações de violência.



Todas as entrevistadas consideram a CMB com uma localização de fácil acesso, pois é perto de dois terminais de ônibus: Lagoa e Parangaba, e por ser situada perto de uma avenida principal, como é o caso da Avenida José Bastos, e com órgãos como INCRA E HEMOCE, como pontos de referência. Elas não consideram que a CMB seja nem perto nem longe das casas das mulheres atendidas, pois, “cada caso é um caso”. Normalmente, o meio de locomoção que as mulheres usam para chegar na CMB é ônibus ou metrô. As entrevistadas avaliam a estrutura física da CMB como em bom estado, limpo e amplo, justamente por conta de a Casa ser um equipamento novo ainda.

O primeiro atendimento de mulheres realizado na CMB foi no dia 21 de junho de 2018. Como se pode constatar é um equipamento recém-inaugurado, porém funcionando perfeitamente ao ponto de as entrevistadas considerarem o atendimento da CMB satisfatório. No entanto, a avaliação geral relatada por essas profissionais não há consenso, pois três das entrevistadas classificaram o atendimento como excelente e duas como bom. A indicação do “bom” refere-se ao fato de que há pendências, por conta de que o alojamento de passagem ainda não está aberto devido à falta de psicólogas e assistentes sociais.

Todas as entrevistadas demonstraram acreditar que a CMB é uma forma rápida e segura de resolver os problemas das mulheres atendidas. Elas consideram que a CMB proporciona às mulheres apoio, segurança, uma nova oportunidade, um recomeço.

Quanto ao aspecto de humanização, todas consideram o serviço da CMB como humanizado, por cumprir as premissas das diretrizes da Casa; por ter uma equipe multidisciplinar e profissional; por oferecer um atendimento com discrição, apoio, por não permitir fotos e/ou ligações dentro do ambiente da Casa para melhorar a segurança das mesmas.

De junho a dezembro de 2018, a CMB fez 14.372 atendimentos. Esses atendimentos dividem-se em quatro pontos: atendimento da vítima, retorno da vítima, atendimento das crianças na brinquedoteca e o atendimento do público em geral. Já em 2019, a planilha só foi atualizada com os meses de janeiro e fevereiro, totalizando 5668 atendimentos. recebimento das crianças na brinquedoteca. O órgão que recebeu mais atendimento também foi o da Delegacia da Mulher.





## CONSIDERAÇÕES FINAIS


Este trabalho que teve como objetivo analisar os serviços prestados na Casa da Mulher Brasileira a partir da visão das funcionárias, discutiu as políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher, por meio de pesquisas bibliográficas e da aplicação de uma entrevista semiestruturada com cinco funcionárias da CMB. O tema da violência contra as mulheres é recorrente dia após dia, fato que torna as pesquisas que se voltam para essa temática muito relevante, pois são meios de apontar os diversos aspectos relativos à violência sofrida pelas mulheres, contribuir para ampliar a discussão sobre como tornar as políticas de enfrentamento mais eficazes e como uma forma de proporcionar às mulheres o conhecimento para identificar se estão vivendo uma situação de violência e as formas que elas podem enfrentar essa situação.

O trabalho demonstra que a luta por direitos e ações políticas são fundamentais para explicitar as formas de opressão vivenciadas secularmente pelas mulheres. Assim, tornar público as ações de um equipamento que ampara as mulheres vítimas de violência pode ser um caminho estratégico para favorecer a visibilidade de políticas e ações que combatem a violência. Considera-se, pois, que a realidade da desigualdade social é complexa e neste contexto a violação dos direitos das mulheres se particulariza. É necessário, portanto, um maior envolvimento do Estado para com as ações relativas à formulação e implementação das políticas públicas para as mulheres, não só no âmbito da questão das políticas de enfrentamento a violência, mas com as políticas em geral, prestando atendimento e assistência a todas mulheres.

Não se pode esquecer também que a situação da violência contra a mulher fere os Direitos Humanos consagrados como direitos fundamentais tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, como na Constituição Federal de 1988.

Nessa perspectiva, dissertar sobre um novo equipamento: a Casa da Mulher Brasileira foi fundamental por a tornar visível para muitas mulheres que desconhecem sua existência. A CMB surge como um espaço em que se contém diversos serviços para o atendimento da mulher em situação de violência, em um único local, com o intuito de zelar pela não revitimização das mesmas.

Após as visitas que aconteceram na Casa da Mulher Brasileira, constatou-se que os serviços estão funcionando normalmente, realizando atendimentos para todas as mulheres da



cidade, porém não está funcionando na íntegra, devido à casa de passagem não estar aberta e a falta de profissionais em assistência social e psicologia. Constatou-se também que quanto às entrevistas, a concepção das funcionárias sobre o atendimento da casa se revelou positivo, uma vez que destacaram a qualidade dos serviços como bons, ficando apenas a desejar a falta de funcionários, o não funcionamento do alojamento de passagem e a falta de um núcleo do IML.

No que tange a questão das políticas de enfrentamento à violência contra a mulher, pode-se citar como as mais importantes e citadas como base deste trabalho: a Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher, a Lei nº11.340/2006 –Lei Maria da Penha, a Lei nº13.104/2015 –Lei do Feminicídio e o Programa Mulher Viver sem Violência, onde está inserida a Casa da Mulher Brasileira. Pode-se perceber também que apesar da quantidade de decretos, leis, convenções e políticas, ainda há uma grande carência de mais políticas que tenham como foco a proteção das mulheres, visto que dia após dia, mulheres em toda parte do mundo são brutalmente violentadas e até assassinadas, como se pode confirmar ao ler e/ou assistir jornais e/ou mídias sociais.


Analisar a Casa da Mulher Brasileira foi de suma importância, visto que a ausência de políticas eficazes viola os direitos da maioria dos seres humanos e encontrar um equipamento funcionando nos dias de hoje é de fato esperançoso, pois podemos vislumbrar um meio eficaz no enfrentamento da violência contra a mulher. Por fim, faz-se ainda necessário uma pesquisa para que se tenha a visão das usuárias deste serviço, para que se possa entender se a Casa da Mulher Brasileira realmente é um equipamento eficaz no que tange ao seu aspecto humanizado e se seus serviços realmente são eficientes para as mulheres vítimas de violência.

## REFERÊNCIAS

Assembleia Geral da ONU. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. (217 [III] A). Paris. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 13 mar 2019.

BENEVIDES, Maria Victoria M. **Democracia e Direitos Humanos** –reflexões para os jovens. 2008. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/04/4\\_7\\_maria\\_victoria\\_democracia\\_dh.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/04/4_7_maria_victoria_democracia_dh.pdf). Acesso em: 18 mar 2019.

BRASIL. **Decreto N° 1.973**, de 1° de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em



9 de junho de 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm). Acesso em: 18 mar 2019.

BRASIL. Lei N.º 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 03 dez 2018.

BRASIL. **Resolução 466/12 do Conselho Nacional de Saúde**. Brasília, 2012. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466\\_12\\_12\\_2012.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html). Acesso em: 03 dez 2018.

BRASIL. **Resolução 510/16 do Conselho Nacional de Saúde**. Brasília, 2016. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2016/reso510.pdf>. Acesso em: 03 dez 2018.

BRASIL. Secretaria de Políticas Para as Mulheres da Presidência da República. **Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres**. Brasília, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 12 fev 2019.

BRASIL. Secretaria Especial de Políticas Para as Mulheres. Programa Mulher Viver Sem Violência Casa da Mulher Brasileira. **Diretrizes Gerais e Protocolos de Atendimento**. 2013. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/publicacoes/2015/diretrizes-gerais-e-protocolo-de-atendimento-cmb.pdf>. Acesso em: 23 set 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Observatório da Mulher contra a Violência**. A violência contra a mulher. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/a-violencia-contra-a-mulher>. Acesso em: 11 abr 2019.


BRASIL. Senado Federal. **Observatório da Mulher contra a Violência**. O tipo de violência sofrida. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/o-tipo-de-violencia-sofrida>. Acesso em: 11 abr 2019.

Comparato, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIA, M. Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). **A luta contra a opressão de gênero traz o novo que está por acontecer**. 2014. Disponível em: <http://www.cut.org.br/artigos/a-luta-contra-a-opressao-de-genero-traz-o-novo-que-esta-por-1e7d/>. Acesso em: 05 out 2018.

GERHARDT, T. E.; SILVEIRA, D. T (Orgs). **Métodos de pesquisa**. Coordenado pela Universidade Aberta do Brasil –UAB/UFRGS e pelo Curso de Graduação Tecnológica – Planejamento e Gestão para o Desenvolvimento Rural da SEAD/UFRGS. (Série Educação a Distância). –Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009. 120 p.

GIL, A.C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. –6. ed. –São Paulo: Atlas, 2008.



HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. **Políticas públicas: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integradora**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

KITZMANN, Katherine M. **Violência doméstica e seu impacto sobre o desenvolvimento social e emocional de crianças pequenas**. University Memphis, EUA, 2007. Disponível em: <http://www.encyclopedia-crianca.com/maus-tratos-na-infancia/segundo-especialistas/violencia-domestica-e-seu-impacto-sobre-o>. Acesso em: 11 abr 2019.

KRUG, E.G. et al., eds. **World report on violence and health**. Geneva, World Health Organization, 2002. Disponível em: <https://cevs.rs.gov.br/upload/arquivos/201706/14142032-relatorio-mundial-sobre-violencia-e-saude.pdf>. Acesso em: 05 abr 2019.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MALUA, R. **Teorias de opressão de gênero (psicanalítica, socialista, feminista radical, cultural, gay e lésbica)**. 2015. Disponível em: <http://malua7rcbm.blogs.sapo.mz/teorias-de-opressao-de-genero-3212>. Acesso em: 05 out 2018.

MARCONDES, Nilsen A. V.; BRISOLA, Elisa M. A. Análise por triangulação de métodos: um referencial para pesquisas qualitativas. **Revista UNIVAP**. v. 20. n. 35. 2014. Disponível em: <https://revista.univap.br/index.php/revistaunivap/article/view/228>. Acesso em: 02 jul. 2019.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **O que são direitos humanos?** 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>. Acesso em: 18 mar 2019.

PINAFI, Tania. Violência contra mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade. **Revista Histórica**. Ed. N°. 21. São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao21/materia03/>. Acesso em: 06 nov 2018.

RABENHORST, Eduardo R. O que são direitos humanos? *in* ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares *et al.* **Direitos Humanos: capacitação de educadores**. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB. 2008. 148p. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=2186-dirhumanos-volume1-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=2186-dirhumanos-volume1-pdf&Itemid=30192). Acesso em: 18 mar 2019.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2.ed. São Paulo: Cengage Learning, 2015.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23.ed. rev. e atual. –São Paulo: Cortez, 2007. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3480016/mod\\_label/intro/SEVERINO\\_Metodologia\\_do\\_Trabalho\\_Cientifico\\_2007.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3480016/mod_label/intro/SEVERINO_Metodologia_do_Trabalho_Cientifico_2007.pdf). Acesso em: 19 mar 2019.





# CAPÍTULO 21

## DIREITO PENAL NA PANDEMIA: MUDANÇAS, IMPACTOS E APLICABILIDADE

**Maria Victoria Barlatti Firmiano dos Santos**, Graduada em Direito,  
Universidade Estadual de Londrina

**Raphael Andrei Tomeleri Cogo**, Graduando em Direito, Pontifícia Universidade  
Católica de Londrina

**Douglas Bonaldi Maranhão**, Doutor em Direito Penal, Medicina Forense  
e Criminologia, USP

### RESUMO


O presente artigo tem como finalidade abordar questões de extrema relevância no cenário pandêmico atual. Objetiva também ressaltar os problemas e as dificuldades que foram intensificados pela pandemia a partir da ótica do Direito Penal. A fim de abranger o entendimento da temática, será elucidado os crimes relativos ao coronavírus, o sistema prisional brasileiro, os regimes restritivos de liberdade mais brandos e a banalização da prisão cautelar. Através da exposição de conceitos e da análise do sistema carcerário brasileiro em meio a Pandemia, se presume o possível aumento de casos da Covid19 no Brasil, caso o Estado opte pela manutenção das medidas coercitivas e restritivas de liberdade adotadas atualmente, somado ao precário e falido sistema prisional. Através do método dedutivo, parte de proposições gerais até um resultado argumentativo enquanto utiliza como fundamentação obras do Código Penal, o Código Processual Penal, a Constituição Federal entre outros. Nesse contexto, acolhe medidas alternativas ao cárcere e sustenta a tese de liberação dos presos dos regimes aberto e semi-aberto, mas também, a revisão das ordens de prisão de caráter cautelar, vez que, do ponto de vista dos autores e de ampla doutrina, perdeu-se no Brasil o caráter excepcional dessas prisões, refletindo números desproporcionais de presos sem pena definitiva e ferindo princípios consagrados na Constituição Federal.

**PALAVRAS-CHAVE:** aplicabilidade, direito penal, medidas alternativas, pandemia, sistema prisional.

### INTRODUÇÃO

Difícilmente um dia se pensou nas consequências e proporções que um simples vírus poderia causar no mundo e na vida das pessoas. Quais seriam os impactos e os meios para superá-lo. Eis que esse dia chegou, tornando necessária a reflexão e o empenho da sociedade e do Estado para combater as adversidades e lidar com esse momento.

A nova pandemia da Covid-19 vem repercutindo e impactando em diversas áreas da vida humana. Desde, é claro, aspectos biológicos até políticos, econômicos e legais. Diante deste cenário, existem diversas questões e pontos a serem analisados quanto a aplicabilidade do



Direito Penal, a fim de conter a transmissão do vírus, e, por conseguinte, a possibilidade de liberação dos presos do regime semiaberto e aberto.

Com este novo cenário, crimes que possuíam pouca visibilidade e ocorrência no cotidiano, acabaram por ser mais vistos. Assim, o Código Penal (BRASIL, 1940) tipifica diversos delitos que englobam a transmissão de agentes patológicos contagiosos, tais como: crime de epidemia; infração de medida sanitária preventiva; crime de perigo de contágio de moléstia grave; perigo para a vida ou saúde de outrem, entre outros.


Nesta vertente, surgem questionamentos acerca da proteção da população carcerária durante a pandemia e do gerenciamento das solturas. Há diversas opiniões a respeito, porém, acredita-se que o melhor e mais adequado a se fazer nesse momento, seria diminuir o fluxo carcerário. Isto é, a imposição de medidas alternativas à prisão e a liberação de presos de regimes privativos de liberdade mais brandos (semiaberto e aberto).

Diante do exposto, o presente artigo tem como objetivo analisar a aplicabilidade do Direito Penal na contenção desta pandemia e na garantia do direito individual fundamental mais valioso, qual seja, o direito à vida, previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Garantia essa, tanto dos cidadãos que não possuem pendências legais, como dos que cumprem penas privativas de liberdade.

O problema da pesquisa consiste na dúvida da aplicabilidade do Direito Penal como força coercitiva, em tempos de pandemia. A hipótese dos autores e de diversos estudiosos é de que, neste cenário, as sanções penais não são a melhor resposta. Nessa mesma linha, surgem questionamentos acerca da necessidade de soltar os detentos que, em razão do regime em que cumprem pena, saem e retornam periodicamente do presídio.

Conta como objetivo geral a análise do sistema prisional brasileiro em face da pandemia e a imprescindibilidade da redução da população carcerária na busca pela contenção do vírus. A partir dessa análise, é possível apurar respostas mais precisas e assim explorar possíveis soluções para o problema.

O presente artigo embasa-se em duas justificativas: a social e a jurídica. Social, porque engloba problemáticas dentro e fora das prisões (desigualdade, morosidade e insalubridade). Além disso, envolve o enfrentamento de uma crise de saúde pública, que se transfigura e evidencia uma crise política e social. Jurídica, pois compreende assuntos relativos à tutela



jurisdicional do Estado, sanções penais e a inviolabilidade do direito à vida, ligados e acentuados na presença da Pandemia.

Para alcançar possíveis respostas e soluções para a problematização apresentada e contribuir, mutuamente, com a reflexão crítica da atuação penal no País hoje, foi utilizada a pesquisa teórica e documental. O método empregado foi o dedutivo, uma vez que partiu de premissas até a conclusão. Em relação à coleta de dados, esta se deu pela documentação indireta, através de levantamento e estudo bibliográfico, para assim construir o embasamento teórico e desenvolver o posicionamento referido.

A delimitação teórica empregada para apoiar as hipóteses e interpretações, foi a fundamentação baseada em autores e pesquisadores da área, concomitantemente às informações coletadas relativas a nova pandemia.

## **1. CRIMES RELACIONADOS À PANDEMIA DO NOVO CORONA-VÍRUS**


Em tese, são quatro os crimes principais relacionados à Pandemia tipificados no Código Penal, que atentam contra a saúde pública, porém, pode se elencar outras condutas relacionadas aos tipos penais concernentes, a saber:

### **1.1 Crime de epidemia**

Tipificado no artigo 267 do Código Penal (BRASIL, 1940), o crime se configura quando determinado indivíduo, ciente de seu contágio, promove deliberadamente a transmissão da doença a terceiros. É importante destacar que esse só se esculpe em locais onde o vírus ainda não tenha sido propagado e que só se consuma quando várias pessoas forem contaminadas; caso contrário restará apenas o crime na sua forma tentada.

Art. 267 - Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos:  
Pena - reclusão, de dez a quinze anos.  
§ 1º - Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro.  
§ 2º - No caso de culpa, a pena é de detenção, de um a dois anos, ou, se resulta morte, de dois a quatro anos (BRASIL, 1940).

Conforme artigo 1º, inciso VII da Lei 8.072/90 (BRASIL, 1990), a epidemia com resultado morte é rotulada como crime hediondo, respondendo o agente a todas as consequências previstas.



A ação penal é pública incondicionada e segundo Guilherme de Souza Nucci(Código Penal Comentado, 8ª edição, página 960) refere-se a crime de perigo comum concreto.

## **1.2 Crime de perigo de contágio de moléstia grave**

Consiste no ato ciente e capaz de produzir contágio praticado por agente contaminado com moléstia grave. Incorre nas penas previstas no artigo 131 do Código Penal:

Art. 131 - Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa (BRASIL, 1940).

O crime é doloso e exige para sua prática a presença do dolo específico, não sendo possível sua punição em caso de dolo eventual, já que é preciso a motivação específica prevista no tipo: “com o fim de transmitir a outrem moléstia grave”.

Cabe ressaltar ainda, que o crime se apresenta como delito formal, isto é, não é imprescindível para sua consumação a incidência de resultado naturalístico – que no caso seria o efetivo contágio das vítimas.

Refere-se, também, a crime de ação penal pública incondicionada.

## **1.3 Crime de perigo para a vida ou saúde de outrem**

Compreende tipicamente um delito de perigo. Comete-se quando a vida ou saúde de alguém é exposta a perigo direto e iminente.

Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais (Incluído pela Lei nº 9.777, de 1998).

É de perigo concreto e doloso e limita-se a perigo individual, ou seja, limitado a alguém. A exposição tem que afetar a vida ou a saúde, restringida pelo legislador no próprio artigo. Possui natureza subsidiária, isto é, mesmo extinto o dano de dolo à vida ou saúde da vítima, ainda persiste supletivamente o crime do art. 132, caso estejam preenchidos os demais requisitos.

Pertence também ao grupo de crimes de ação penal pública incondicionada.





## 1.4 Crime de desobediência

Neste caso, o artigo é particularmente relacionado à administração pública. Expressa-se na desobediência de ordem legal de funcionário público no exercício da função. No caso de Pandemia, incide no tipo penal o indivíduo que se recusa a cumprir ordem legal para evitar a disseminação do vírus, como previsto no art. 330 do Código Penal, abaixo colacionado:

Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena – detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

Para configuração do crime, é fundamental que a ordem esteja em conformidade com a lei e que seja emanada de funcionário público competente.

Não é um crime contra a saúde pública, mas sim contra a administração pública. Todavia, é de extrema relevância no atual cenário, em razão das medidas estabelecidas em busca da contenção o surto de Covid-19 no país.

Ademais, o crime de desobediência é de caráter subsidiário, pois somente será empregado caso não exista outra norma civil, penal ou administrativa cabível (BRASIL,1940).

## 1.5 Crime de infração de medida sanitária preventiva

O tipo penal destina-se a tutela da saúde pública, com a finalidade de diminuir e impedir a difusão de uma doença contagiosa causada por infração à determinação de poder público.

Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro (BRASIL, 1940).

Tal crime, remete-se a figura da norma penal em branco, de modo que necessita de outro comando legal para que possa ter eficácia, assim dizendo uma complementação nos atos normativos (portarias, decretos, regulamentos, lei, etc.)

Outrossim, pode ser cometido por qualquer pessoa, seja na forma comissiva, fazendo algo proibido, ou omissiva, deixando de fazer algo. De acordo com a doutrina dominante, é titulado como um crime de perigo abstrato, em outras palavras, basta o descumprimento de determinação pública, sendo irrelevante para sua configuração a efetiva introdução ou propagação de doença contagiosa. Destarte, só há a sua incidência na hipótese de transgressão de imposição legal obrigatória (fechamento de lojas, interdições de parques, praias, etc.)

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada.

## 1.6 Subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento

Entende-se como subtrair, ocultar ou inutilizar aparelho ou material de salvamento, sendo ocasionado obrigatoriamente por incêndio, inundação, naufrágio ou outro desastre ou calamidade.

Art. 257- Subtrair, ocultar ou inutilizar, por ocasião de incêndio, inundação, naufrágio, ou outro desastre ou calamidade, aparelho, material ou qualquer meio destinado a serviço de combate ao perigo, de socorro ou salvamento; ou impedir ou dificultar serviço de tal natureza:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa (BRASIL,1940).

Classifica-se como um crime atentatório a incolumidade pública e de ação múltipla. Portanto, qualquer das condutas elencadas acima, implicam em incursão no tipo penal e, caso o infrator pratique mais de uma, é penalizado por um único crime.

## 1.7 Crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais

O crime em análise tem como condutas típicas falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, voltados à minoração da dor, potencialização da cura, ou ainda à prevenção e supressão.

Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

§ 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:


- I - Sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;
- II - Em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;
- III - Sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;
- IV - Com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;
- V - De procedência ignorada;
- VI - Adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

Modalidade culposa

§ 2º - Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa (BRASIL,1940).

É considerado crime de perigo abstrato, pois dispensa a efetiva manifestação do perigo à saúde pública. Para fins de comprovação, é primordial o laudo pericial ou outro meio de prova



capaz de confirmar a adulteração ou falsificação do produto. Na circunstância do §1º-B, III e V, dispensa-se a realização de perícia, haja vista se tratar de delito formal, que se desenvolve com a simples importação, exposição à venda, depósito, distribuição, etc.

O ilícito detém como atributo ser “misto alternativo”, em outros termos, incidir em mais de um núcleo típico e configurar crime único, consumando-se com as condutas previstas.

### **1.8 Crime contra a economia popular**

Este crime se configura na conduta de se aproveitar, no caso da fase atual de pandemia, para aumentar o preço do álcool em gel, por exemplo, objetivando angariar lucros em detrimento da coletividade. São vários os crimes que se encontram tipificados na Lei 1.521/51 que prevê os crimes contra a economia popular, porém pode se destacar, nesse ponto, o artigo 3º.

Art. 3 - São também crimes desta natureza:  
(...) VI - provocar a alta ou baixa de preços de mercadorias, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício;(BRASIL, 1951).


### **1.9 Crimes contra as relações de consumo**

No tocante a crimes praticados contra os consumidores, traz-se como exemplo o de fazer afirmação falsa ou enganosa sobre natureza, preço, etc., de produtos ou serviços, previsto no Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90.

Art. 66 - Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:  
Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.  
§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.  
§ 2º Se o crime é culposos;  
Pena Detenção de um a seis meses ou multa (BRASIL, 1990).

Sendo assim, aquele que fizer afirmação falsa sobre dados cruciais do álcool em gel, exemplo visto acima, responderá pelo aludido delito.

Diante do exposto, observa-se a difícil aplicação dos tipos penais ao cenário atual, vez que ao analisar o crime considerado mais grave (delito de epidemia) conclui-se por sua inaplicabilidade, pois para sua configuração seria exigível que o agente atuasse dolosamente para ele próprio levar a doença a número indeterminado de pessoas e atingisse o resultado



desejado, conduta praticamente impossível considerando que todas as regiões do Brasil já possuem casos confirmados da Covid-19.

Assim, de todos os delitos mencionados, o que possui maior aplicabilidade prática é o tipo descrito no artigo 268, “infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”, mais simples de apurar e punir, cuja pena é apenas de detenção, de 1 mês a 1 ano, e multa, demonstrando a pouca aplicabilidade do Direito Penal em tempos de Pandemia.

## **2. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO NO CONTEXTO DO COVID-19**

Primeiramente, antes de abordar sobre o impacto do Covid-19, será evidenciada a presente situação em que se encontram os encarcerados no país. O Brasil é o terceiro maior em população carcerária, o que representa 773.151 mil presos segundo dados do INFOPEN 2019 (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias).

Nesse sentido, pontua-se que a tais dados se somam a precariedade- que nutre a criminalidade- superlotação, violência e carência de condições básicas de saúde, alimentação e higiene. É incontestável a violação sistemática de direitos humanos. Tal situação de descaso corresponde ao chamado “estado de coisas inconstitucional”, declarado pelo Judiciário na ADPF 347/DF, na tentativa de minimizar tais violações.

Nesse sentido nas palavras do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, no voto da ADPF n. 347:

No sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se ‘lixo digno do pior tratamento possível’, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as ‘masmorras medievais (ADPF 347, rel. Min. Marco Aurélio. J. 09/09/2015).

O momento é mais delicado que o habitual, dado que o sistema prisional brasileiro já é precário. A crise (antiga) deste sistema, foi agravada em consequência do novo vírus, transparecendo falhas que se mostram cada dia mais difíceis de serem reparadas. O número de





presos de acordo com o INFOPEN 2019 excede em 42% o total de vagas desocupadas e em contrapartida o Brasil é o terceiro país que mais encarcera no mundo. E isto é um espelho da cultura punitivista que persiste no Brasil durante décadas.


Dados do Conselho Nacional de Justiça, indicam o aumento da população carcerária brasileira que, conforme diagnóstico do Depen, cresce à uma proporção de 8,3% ao ano. Nesse ritmo, o número de presos pode chegar a quase 1,5 milhão em 2025, o que equivale à população de cidades como Belém e Goiânia (CNJ, 2019).

Ao convergir o contexto acima apresentado com a nova pandemia, revela-se uma realidade agravada: a falência do sistema prisional brasileiro e a dificuldade do Estado em conter o vírus, dentro e fora das cadeias. Por conseguinte, fomenta-se um colapso tanto de ordem social quanto de ordem sanitária, isto é, há um sistema falido que não detém recursos para controlar a contaminação, potencializada pelas condições insalubres dos presídios.

Os principais mecanismos indicados pela OMS (Organização Mundial da Saúde) para minimizar a proliferação do coronavírus são evitar aglomerações e contato pessoal, higienização, entre outras medidas sanitárias. Questiona-se então, como efetivá-las em um ambiente que favorece exatamente condições opostas? A pandemia coloca em evidência a vulnerabilidade de um sistema e de um País que não possui preparo nem estrutura alguma para enfrentar esse momento, e principalmente, a necessidade de mudanças sociais, políticas e jurídicas.

Isto posto, fica claro que o encarceramento não é meio de combater a criminalidade, mas sim uma forma de ocultar o problema, sem resolvê-lo na sua essência. É ainda, um agravante nbusca por redução e prevenção da contaminação do vírus pandêmico. Há certa discrepância lógica ao aumentar o encarceramento- em cadeias já superlotadas- quando, ao mesmo tempo, busca-se evitar o número de infectados, já que a população carcerária é uma das mais vulneráveis.

“O Direito Penal não é, porém, nem de longe, a melhor solução para a crise que vivenciamos. O próprio encarceramento, aliás, ameaça a efetividade do combate sistêmico à pandemia, dado o deplorável estado do sistema prisional brasileiro” (GALVÃO; MARANHÃO, 2020).



São mínimas as perspectivas de aplicação do Direito Penal àqueles que desrespeitam as normas e viabilizam o contágio, pois o enquadramento criminal seria um retrocesso no esforço em reduzir os números alarmantes de infectados e, lamentavelmente, de mortos. Outrossim, a violação genérica não é o bastante para o enquadramento penal da conduta, sendo imperativo especificar se houve dolo ou não, conforme abordado no tópico anterior.

Assim, há que se questionar a respeito de outras medidas a serem tomadas diante do impacto que o coronavírus vem causando na sociedade. Isto significa aplicar medidas alternativas-previstas no artigo 43 do Código Penal (BRASIL, 1940), como multas administrativas, prestação pecuniária e de serviços comunitários, que se enquadram à crimes de menor potencial ofensivo e substituem as penas privativas de liberdade.

### **3. DA BANALIZAÇÃO DA PRISÃO DE CARÁTER CAUTELAR**

Como dito anteriormente, o Brasil ocupa a terceira posição no ranking de países com maior população carcerária, e, aproximadamente 40% dessa massa ainda não cumpre pena definitiva. (INFOPEN 2019).


Diante disso, fomenta-se o questionamento: estaria o sistema processual penal brasileiro banalizando a medida cautelar prisional desprezando totalmente o caráter excepcional deste instituto? Para responder, convém expor as características desse instrumento processual penal.

Prisão é “a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere” (NUCCI, 2005). Nesse contexto, há dois tipos de prisão, penal e processual. A primeira, é aquela que decorre de sentença condenatória transitada em julgado, já a segunda, é decretada antes do trânsito em julgado, exclusivamente nas hipóteses permitidas em lei, também conhecida como prisão cautelar.

Dentre as principais prisões cautelares estão:

#### **3.1 Prisão em flagrante**

Modalidade de caráter pré-cautelar, vez que coloca o infrator à disposição do juiz, que depois de comunicado o flagrante, tem o prazo de 24 horas para decidir se relaxará a prisão



ilegal, converterá em prisão preventiva ou concederá liberdade provisória, com ou sem fiança. Pode ocorrer no momento em que o crime é praticado ou logo após.

Assim, a prisão em flagrante tem como objetivo evitar a consumação ou exaurimento do crime, além de garantir a colheita de provas e evitar possível fuga do autor.

### **3.2 Prisão temporária**

É a que tem como objetivo auxiliar a investigação criminal, podendo ser decretada apenas na fase de inquérito policial, ou seja, após ser recebida a denúncia não mais é possível a prisão temporária, somente a preventiva.

É decretada pelo magistrado, a partir da provocação do ministério público ou da autoridade policial. É cabível em duas hipóteses taxativas: quando imprescindível para as investigações do inquérito policial e quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade.

Nos crimes comuns, pode ser decretada pelo prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável, uma única vez, por igual período. Se hediondo ou equiparado o delito, o prazo é de 30 (trinta) dias, também prorrogável por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade. Para prorrogação desse prazo, deve-se demonstrar a imprescindibilidade de tal medida.

Essa modalidade sofre críticas por parte de autores, que acreditam que a prisão temporária vai contra o princípio da presunção de inocência, nesse sentido:

Isolados ou em conjunto, os critérios para a temporária ou justificam a prisão preventiva - ou outras cautelares penais - ou não se sustentam pela presunção de inocência, razão pela qual o instituto parece carecer de legitimidade frente ao sistema jurídico pátrio (BOTTINI,2011).

Cabe frisar, que esta modalidade de prisão foi implantada pela Medida Provisória n.º 11, de 1989, indo contra o art. 22, I da Constituição Federal, que diz ser competência exclusiva da União legislar sobre matéria penal e processual penal (BRASIL, 1988). Posteriormente, a medida provisória foi convertida em lei, o que não sana o vício originário.



### 3.3 Prisão domiciliar

Considerando o caos do sistema prisional brasileiro, onde a falta de condições dignas se faz presente, é certo que algum mal será sofrido pelo preso. Destarte, em situações excepcionais, pode o juiz autorizar o encarceramento domiciliar.

Assim, a pessoa estará presa, mas dentro de sua casa, só podendo dela sair mediante autorização judicial.

Conforme se extrai do artigo 318 do CPP (rol taxativo) a prisão preventiva poderá ser substituída pela domiciliar quando o agente for maior de 80 (oitenta) anos; extremamente debilitado por motivo de doença grave; for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; gestante; mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade completos; homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos (BRASIL, 1941).

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:

A prisão domiciliar constitui faculdade do juiz – e não direito subjetivo do acusado. Por óbvio, não significa dizer que a sua concessão se submete ao capricho do magistrado, algo afrontoso à legalidade. Se o sujeito, cuja preventiva é decretada, preenche alguma das hipóteses do art. 318 do CPP, havendo oportunidade, merecimento e conveniência, o juiz pode inseri-lo em prisão domiciliar. Não haveria sentido, por exemplo, em ser o magistrado obrigado a colocar em domicílio o perigoso chefe de uma organização criminosa somente porque completou 80 anos. (NUCCI, p.465, ed.15)


Por fim, trata-se a prisão domiciliar de medida cautelar substitutiva a prisão preventiva, estando sua decretação limitada ao rol taxativo anteriormente exposto.

### 3.4 Prisão preventiva

Diferente das citadas anteriormente, pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, podendo inclusive, ser imposta de ofício, durante a fase processual, desde que presentes as hipóteses do artigo 312 do CPP, ou seja, como garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (BRASIL, 1941).

O estatuto processual penal é cristalino ao dispor o caráter excepcional da prisão preventiva, que deve ser utilizada apenas em último caso, senão vejamos:





Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada (BRASIL,1941).

Para sua decretação, deve existir prova da existência do crime e de indício suficiente de autoria. A prisão preventiva não tem prazo, e pode ser mantida enquanto houver motivo para a sua manutenção.

Entretanto, conforme parágrafo único do artigo 316 do CPP, o órgão emissor da decisão deverá rever a necessidade da manutenção da prisão a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal (BRASIL, 1941).


Consoante a todo o exposto, extrai-se a principal e comum característica das prisões cautelares, seu caráter excepcional, a *última ratio*. Nesta linha, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

A prisão cautelar, que tem função exclusivamente instrumental, não pode converter-se em forma antecipada de punição penal. A privação cautelar da liberdade constitui providência qualificada pela nota da excepcionalidade somente se justifica em hipóteses restritas, não podendo efetivar-se, legitimamente, quando ausente qualquer dos fundamentos à sua decretação pelo Poder Judiciário (STF – 2ª T. HC 80.379-2 – Rel. Celso de Mello, 2001).

Ademais, em face do princípio constitucional da presunção de inocência, presente no artigo 5, inc. LVII da Constituição Federal (BRASIL, 1988) a prisão cautelar não pode e não deve ter um caráter satisfatório, ou seja, não pode se transformar em antecipação da tutela penal ou execução provisória (antecipada) da pena, devendo prevalecer seu caráter instrumental, com o fim de garantir o devido processo legal.

Premissa essa, amplamente defendida pela doutrina:

Prisão é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, por meio do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. A prisão-pena advém da imposição de sentença condenatória, com trânsito em julgado. A prisão cautelar é fruto da necessidade de se obter uma investigação ou instrução criminal produtiva, eficiente e livre de interferências. Embora ambas provoquem a segregação do indiciado ou acusado, a primeira constitui efetiva sanção penal; a segunda não passa de uma medida de cautela, com o fim de assegurar algo. Não é um fim, mas um meio. (NUCCI, 2012, p. 28 e 29)



Diante de todo exposto, conclui-se pela necessidade de diligência dos magistrados ao concederem as prisões cautelares, o que se presume, respondendo a indagação inicial, não ocorrer no Brasil, frente ao desproporcional número de presos preventivos (40% do total de encarcerados – INFOPEN 2019).

Pelo contrário, banaliza-se a decretação das prisões cautelares, pretere-se seu caráter excepcional, e rasga-se a Constituição Federal (BRASIL, 1988), especialmente ao ignorar o princípio da presunção de inocência, agravando de fato o caos presente no sistema prisional brasileiro, encarcerando cada vez mais pessoas de forma negligente.

#### **4. RETRATOS DO REGIME SEMIABERTO E ABERTO NO BRASIL**

Ao regular as penas impostas e suas modalidades de execução, o Código Penal (BRASIL, 1940) elenca os regimes penitenciários a que o condenado será submetido, sendo eles: fechado, semiaberto e aberto. Para fins de síntese de conteúdo, somente serão tratados os regimes semiaberto e aberto, uma vez que esses se emoldam aos argumentos anteriores expostos a respeito da liberação dos detentos.

Imposta a pena privativa de liberdade - reclusão e detenção – o juiz fixará o regime inicial de cumprimento, utilizando como critério primordial a pena aplicada, vide artigo 33 do referido código:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)


§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso;

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código (BRASIL, 1940).



A reclusão se dá pelo cumprimento de pena em regime fechado, semiaberto ou aberto. A detenção em regime semiaberto ou aberto, salvo exceções para casos de transferência para regime fechado (artigo 33, do Código Penal). A primeira se aplica a condenações mais severas e normalmente é cumprida em estabelecimentos de segurança prisional máxima ou média. Já a detenção é empregada em condenações mais leves (BRASIL, 1940).

Devem ser observados pelo juiz os critérios de fixação da pena definidos no artigo 59 do CPP, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima (BRASIL, 1941).


Aos condenados à reclusão, reincidentes ou cuja pena seja superior a oito anos (art. 33, §2º, a, do Código Penal) é aplicado o regime inicial fechado (BRASIL, 1940). Somente será cumprida integralmente em regime fechado quando se tratar de prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes fixados como hediondos consumados ou tentados, mesmo que aplicada pena inferior a oito anos (art. 2, §1º, Lei 8.072/90).

É pertinente frisar o instituto da progressão de regime previsto no artigo 33, §2º, cujo texto prevê que as penas devem ser prestadas progressivamente, isto é, de um regime mais severo para um mais brando, de forma gradativa, observados os critérios de cumprimento de 1/6 da pena no regime anterior e bom comportamento carcerário (art. 112, *caput*, Lei de Execuções Penais). Logo, é vedado, no ordenamento jurídico brasileiro, a progressão *per saltum*- “saltar regimes de pena” (BRASIL, 1984).

Vale salientar, que a pena no Brasil sempre será temporária, não podendo ultrapassar 40 anos, conforme prevê o artigo 75 do Código Penal:

Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)  
§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)  
§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Após breve resumo com relação aos regimes impostos, cabe especificá-los e explicá-los, para posterior encaixe argumentativo concernente a opinião defendida: saída temporária de



presos em regime aberto e semiaberto e reavaliação de prisões provisórias, especialmente para os que se enquadram no grupo de risco.

#### **4.1 Regime semiaberto**

Destina-se ao condenado não reincidente, primário, cuja pena seja superior a quatro anos e inferior a oito. Neste enquadramento, o cumprimento da pena se dará em colônia agrícola, industrial ou similares, consoante disposto no art.33, §1º, b do Código Penal (BRASIL, 1940). São oferecidas ao preso, vagas de emprego da iniciativa privada, de modo que sai durante o dia para trabalhar e retorna à penitenciária à noite, além de cursos técnicos.

#### **4.2 Regime aberto**

É voltado ao condenado a pena inferior a quatro anos, não reincidente. Consoante §2º,c, do artigo 33 do Código Penal (BRASIL,1940), o cumprimento ocorrerá em casa de albergado ou estabelecimento adequado, devendo o mesmo, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer qualquer outra atividade autorizada, sendo obrigado a se recolher à Casa de Albergado no período noturno e nos dias de folga (artigo 36,§1º, Código Penal) o regime aberto depende da aquiescência de condições legais (artigo 115, LEP) e judiciais (artigo 116,LEP). No mais, requer que o condenado esteja trabalhando (ou comprove a possibilidade de fazê-lo imediatamente) e apresentação em Juízo- em razão de seus antecedentes ou resultados dos exames- fundados indícios de que estará de acordo com a autodisciplina e senso de responsabilidade.

Frente ao exposto, o desencarceramento em meio à Pandemia se mostra válido e eficaz, na medida em que se procura evitar um colapso total de um sistema já fragilizado. É fundamental o investimento e proveito de políticas alternativas em detrimento da pena de prisão, ou seja, reduzir o fluxo de entrada no sistema prisional e expandir o de saída.

Um dos mais explícitos sinais da falência do sistema carcerário brasileiro é o cômputo alarmante de prisões provisórias em face de uma superlotação dos estabelecimentos penais. Este cenário é agravado pelo cenário atual de pandemia e dificulta ainda mais a intenção de combate e enfrentamento.





Por conseguinte, acredita-se que a liberação de detentos de menor risco à sociedade concomitantemente a aplicação de medidas alternativas possam ocasionar mudanças positivas no sistema prisional e, à vista disso, no contexto de mitigação de disseminação do vírus. Compatibiliza-se a indispensabilidade de enfrentamento emergencial da crise de saúde pública e prisional.

Importa destacar que tais ações visam proteger não só aqueles que se encontram presos, mas também os trabalhadores do sistema prisional, os profissionais da saúde, e a população em geral.


Não se trata de abrir as portas das cadeias aos presos, mas sim de conferir dignidade, proteção e integridade, como princípios absolutos do Direito Penal, em detrimento à função punitiva do Estado. A dignidade da pessoa humana, deve ser o princípio norteador do sistema jurídico, ainda mais especificamente em um sistema jurídico inquisitório, falho, moroso e tendencioso.

A questão relativa ao Covid-19 retrata o revés da saúde e assistência aos detentos e a fragilidade da instituição frente ao despreparo do Estado e da população. Todo esforço deve ser centralizado em reduzir a superlotação e aplicar sanções alternativas, pelo qual prosperará para um sistema mais humano e escudado. Porém, a tal esforço deve ser somado a adoção de medidas preventivas de higiene, fornecimento de remédios e alimentação, além de fornecimento de equipes médicas específicas.

O CNJ editou a Recomendação número 62, de 17 de março de 2020, em que cita a situação de Pandemia e dispõe sobre medidas de prevenção à propagação da infecção pelo novo coronavírus. Traz orientações quanto a redução do fluxo de ingressos no sistema prisional e socioeducativo; eventual substituição por medida em meio aberto, suspensão ou remição; reavaliação das prisões provisórias; máxima excepcionalidade da prisão preventiva; implementação de medidas de higiene, triagem e circulação, etc.

A Organização das Nações Unidas (ONU) apoiou o desencarceramento e considerou positiva a recomendação do Conselho Nacional de Justiça, senão vejamos:

Ainda na manifestação de hoje, a ONU considerou como “notícia positiva” em relação ao Brasil a recomendação do Conselho Nacional de Justiça de dar *habeas corpus* temporário a detentos que fazem parte de grupos de risco da Covid-19, como idosos e pessoas com HIV, por exemplo(CALVI, Pedro/CDHM, 2020).



Convém abordar penas restritivas de direitos (alternativas), previstas no artigo 43 do Código Penal, conforme consta:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)  
I - prestação pecuniária; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)  
II - perda de bens e valores; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)  
III - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)  
IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)  
V - interdição temporária de direitos; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)  
VI - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

Deste modo, porque não optar pela imposição de penas restritivas de direito em caráter excepcional, substituindo, ao menos temporariamente, as penas privativas de liberdade a aqueles detentos que se encontram em regime aberto e semiaberto, vez que esses indivíduos já saem e voltam periodicamente ao presídio e estão passando pelo processo de ressocialização, não oferecendo, em tese, mais riscos a população.

As penas restritivas de direitos são aplicadas a crimes de menor gravidade, quando não se faz necessária a constrição de liberdade, seja porque o delito praticado não causa tanta ofensa ao convívio social, seja porque o próprio infrator tem condições suficientes de cumprir pena em liberdade, vislumbrada a necessidade e suficiência para reprovação e prevenção dos crimes. (DOTTI, 2012)

À vista dos pontos aduzidos e informações apresentadas, pode-se dizer por notória a conveniência de alternativas distintas à prisão, como a responsabilização civil e multa pecuniária-, com vistas a minimizar a crise penal e revertê-la para último artifício frente a Pandemia. Penas alternativas ao cárcere para crimes de médio e menor potencial ofensivo representam um avanço efetivo no sistema punitivo e, principalmente na redução da população carcerária, já que o próprio encarceramento apresenta uma ameaça a efetividade do combate à pandemia.

## **Conclusão**

Através do presente estudo, pode-se observar a difícil aplicação dos tipos penais ao cenário atual, vez que, ao analisar o crime considerado mais grave (delito de epidemia), infere-se por sua inaplicabilidade, já que, para sua configuração seria exigível que o agente atuasse dolosamente, levando a doença a um número indeterminado de pessoas e atingindo assim o resultado desejado.




Assim, de todos os delitos mencionados, o que possui maior aplicabilidade prática é o tipo descrito no artigo 268, “infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa” (BRASIL, 1940) já que é mais simples a apuração e confere medidas alternativas à prisão, cuja pena é apenas de detenção, de 1 mês a 1 ano, e multa. Percebe-se assim, a limitada aplicabilidade e a ampla insuficiência do direito penal frente a Pandemia da Covid-19.

Além disso, o encarceramento não é o meio mais adequado de combater a criminalidade, mas sim uma forma de mascarar ou ocultar o problema, sem, contudo, resolvê-lo. É ainda, um agravante na busca por redução e prevenção da contaminação do vírus pandêmico. O crescimento do encarceramento e a busca por refrear o número de infectados, se mostram impraticáveis quando verificados conjuntamente. Assim, a adoção de medidas alternativas que se enquadrem à crimes de menor potencial ofensivo e substituem as privativas de liberdade – previstas no artigo 43 do Código Penal- como multas administrativas, prestação pecuniária e prestação de serviços comunitários, seria, certamente, a melhor saída para o problema (BRASIL, 1940).

Por esse ângulo, inevitável constatar que as prisões cautelares, detém caráter excepcional, além de serem consideradas a medida cautelar mais agressiva prevista na legislação processual penal, podendo gerar, indiscutivelmente, danos aos direitos fundamentais daqueles que sofrem tal restrição, uma vez que terão sua liberdade restringida, sem uma sentença transitada em julgado, podendo - não raramente - serem considerados inocentes ao final do processo.

Entretanto, há no País uma banalização da decretação das prisões cautelares, preterindo seu caráter excepcional e rasgando-se a Constituição Federal (BRASIL,1988), especialmente ao ignorar o princípio de presunção de inocência. Sendo assim, de fato, o caos presente no sistema carcerário brasileiro se agrava, e cada vez mais se encarcera de forma negligente.

Por fim, cabe reiterar que no real Estado Democrático de Direito, fundado em bases democráticas - democracia material-deve se imperar o princípio da liberdade e do respeito à dignidade da pessoa humana, contraditório face a punições sem o devido processo legal e conflitante diante de condenações sem o exercício da ampla defesa. A regra, é sem dúvidas, o



*status libertatis*, a presunção é de inocência e o esperado é que todos possam ser julgados sem que lhe sejam retirados os princípios básicos da democracia.

Conclui-se, assim, diante dos quatro temas refletidos, pela conveniência da aplicação de alternativas distintas à prisão - revertendo-a para *ultimaratio* e minorando a crise penal e social instaurada e agravada no País- além da soltura de presos de médio e menor potencial ofensivo. Dessa maneira, espera-se um progresso concreto e eficiente no sistema punitivo brasileiro, na redução da população carcerária e, essencialmente na prevenção e combate à pandemia, dentro e fora das cadeias.

## REFERÊNCIAS

ADPF 347/DF. **Voto Ministro Marco Aurélio.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BORGES, Juliana. **O que a pandemia do coronavírus expõe sobre as prisões?** Disponível em: <<https://www.fes-brasil.org/detalhe/o-que-a-pandemia-do-coronavirus-expoe-sobre-as-prisoies/>> Acesso em: 19 jul. 2020.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Revista Consultor Jurídico. **A prisão temporária merece críticas considerações.** Artigo publicado em 23/08/2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-ago-23/direito-defesa-prisao-temporaria-merece-criticas-consideracoes>> Acesso em: 18 jul. 2020.


BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da União, Brasília, D.F., 5 out. 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: 16 jul. 2020.

BRASIL COTIDIANO. **Dados CNJ Brasil- Brasil tem 812 mil presos; 41,5% não foram condenados.** Disponível em: <[https://www.viacomercial.com.br/2019/07/18/dados-cnj-brasil-brasil-tem-812-mil-presos-415-nao-foram-condenados/#:~:text=Superpopula%C3%A7%C3%A3o%20carcer%C3%A1ria,cidades%20como%20Bel%C3%A9m%20e%20Goi%C2%A2nia](https://www.viacomercial.com.br/2019/07/18/dados-cnj-brasil-brasil-tem-812-mil-presos-415-nao-foram-condenados/#:~:text=Superpopula%C3%A7%C3%A3o%20carcer%C3%A1ria,cidades%20como%20Bel%C3%A9m%20e%20Goi%C2%A2nia.)> Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)> Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 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: 16 jul. 2020.

BRASIL. Lei 8078, de 11 de setembro de 1990. **Código do Consumidor**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm)> Acesso em: 19 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)> Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8072 de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm)> Acesso em: 19 jul. 2020.

CALVI, Pedro/CDHM. **ONU faz alerta sobre presídios no Brasil e apoia desencarceramento por causa da pandemia; presidente da CDHM endossou iniciativa em março**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/onu-faz-alerta-sobre-presidios-no-brasil-e-apoia-desencarceramento-por-causa-da-pandemia-presidente-da-cdhm-endossou-iniciativa-em-marco>> Acesso em: 20 jul. 2020.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>> Acesso em: 20 jul. 2020.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – Parte Geral. 4. ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CORTEZ, Ana. et. al. **O colapso pela morte: o sistema prisional na pandemia**. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/gestao-politica-e-sociedade/o-colapso-pela-morte-o-sistema-prisional-na-pandemia/#:~:text=Mais%20de%2089%25%20dos%20presos,de%20vagas%20dispon%C3%ADveis%20no%20sistema.>> Acesso em: 16 jul. 2020.

GALVÃO, André; MARANHÃO, Felipe. Revista Consultor Jurídico. **A aplicação do Direito Penal contra delitos que favoreçam a epidemia**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-10/opiniao-aplicacao-direito-penal-delitos-favorecam-epidemia#author>> Acesso em: 17 jul. 2020.

GOV.BR. **Dados sobre população carcerária são atualizados**. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>> Acesso em: 16 jul. 2020.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN). Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>> Acesso em: 17 jul. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A pandemia do coronavírus e a aplicação da lei penal**. Disponível em: <<https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/823696891/a-pandemia-do-coronavirus-e-a-aplicacao-da-lei-penal>> Acesso em: 19 jul. 2020.



NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 8ª edição, Revistas dos tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. – 15. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais**. 2.ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal** – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

STF – Segunda Turma – **HC n.º 80.379/SP – Rel. Min. Celso de Mello** – DJ de 25.05.2001.  
Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78375>> Acesso em:  
20 jul. 2020.



# CAPÍTULO 22

## O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS COMO INSTITUTO JURÍDICO IMPORTANTE NO PROCESSO DO TRABALHO: UM EXAME DA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO NA APLICAÇÃO DESTE EM SEUS CASOS

Vinícius Ricardo Pereira de Matos, Graduando de Bacharelado em Direito, CESUPA  
Felipe Prata Mendes, Doutorando em Direito do Trabalho, Pontifícia

Universidade Católica de São Paulo

Andréa Cristina Marques de Araújo, Doutora em Ciência da Informação, Universidade  
Fernando Pessoa


### RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar a aplicação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) na alçada do Processo do Trabalho, defendendo sua relevância como instituto jurídico de proteção às violações seriadas e massificadas de direitos, em muito observadas no âmbito das relações jurídicas laborais. Nesse visio, inicia-se com uma explanação teórica necessária de tal instrumento, circunscrita as suas delineações normativas trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, que o alçou a patamar de relevo quanto às inovações instrumentais do processo comum. Em sentido complementar, colacionam-se instrumentos normativos fundamentais ao reconhecimento da recepção do IRDR pelo processo do trabalho, por meio de uma ótica pautada no compartilhamento de instrumentos processuais em sede de um microssistema de resolução de demandas repetitivas. Por fim, realiza-se uma análise da aplicação pragmática de tal instituto pelo Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, em um recorte analítico de duas importantes teses uniformizadoras firmadas pelo tribunal, que servem a identificação da relevância das questões jurídicas trabalhistas resolvidas por tal instituto. Para a formulação deste trabalho foi utilizado o método hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa exploratória e bibliográfica, analisando a legislação, doutrina e jurisprudência concernentes ao tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** IRDR. Instituto jurídico de proteção. Relações jurídicas laborais. Processo do Trabalho. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região.

### 1 INTRODUÇÃO

O contexto hodierno, sintetizado pela globalização e aglomeração urbana, promove uma ambiência atinente à própria estrutura econômico-social engendrada pelos participantes conformadores deste conjunto relacional existente, que entabulam cada vez mais relações padronizadas, que, em muito, são objeto de conflituosidades que reclamam resposta jurisdicional adequada.



Dentro desse contexto de padronização das relações, observa-se que os direitos delas carreados possuem notória similitude, residindo em um quadro de ameaças e violações advindas de condutas pariformes, projetando no judiciário um assoberbamento de demandas com o mesmo esquadramento jurídico, principalmente no que tange às identidades de questões de direito invocadas nas demandas.


No recorte das relações laborais este entendimento não é diferente, observando-se um enfoque macro quanto à homogeneização e massificação das relações, alcançando as relações de trabalho, por mesmo, de forma que as afetações decorrentes de condutas irregulares seriadas perpetradas no âmbito das relações laborais dão azo a uma multiplicidade de reclamações trabalhistas pulverizadas e distanciadas processualmente entre si, mesmo que logicamente congruentes e similares, por não dizer idênticas, quanto às questões jurídicas.

Para adequar à prestação jurisdicional a este quadro de massificação das relações jurídicas, dos conflitos e dos próprios vínculos sociais (TEMER, 2020), necessária se faz a criação de instrumentos processuais capazes de organizar e racionalizar a atuação jurisdicional diante desta novel conjuntura, otimizando a resposta jurídica concernente e, conseqüentemente, protegendo em maior amplitude e qualidade os jurisdicionados.

Nesse tom, exsurge como instrumento jurídico de tutela dos direitos afetados de forma massificada e repetitiva o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), cuja hipótese de incidência dá-se na multiplicidade de demandas individuais com idênticas questões de direito, de forma a concretizar exigências axiológicas de proteção jurídica aos jurisdicionados, sendo estas identificadas na isonomia de tratamento jurídico, no prestígio à razoável duração do processo pela celeridade dos atos processuais e na previsibilidade razoável do direito segundo a atuação adjudicante.

Esta preocupação advém da necessidade de correção da concepção tradicional de processo, que projeta a alçada procedimental em um quadro de individualização das demandas, tornando-as esparsas e desvinculadas umas das outras, necessitando, dessa forma, de uma atuação judicial que profira decisões individuais, ocasionando, como consectário natural, morosidade da resposta judicante, dissonância intelectual das decisões judiciais e insegurança no conhecimento do direito, dado o caráter cambiável das decisões.





Outrossim, a tentativa contemporânea de alçar visão de tratamento molecularizado de casos idênticos por meio do litisconsórcio, conexão e, principalmente, das ações coletivas, especialmente como forma de tutela dos direitos individuais homogêneos, não foram capazes de resolver, de forma plena e suficiente, as demandas repetitivas que abarrotam cada vez mais o judiciário, dadas as particularidades e limites de alcance de cada instrumento processual, exigindo, de tal forma, a introdução de novos institutos capazes de suprir e suplementar o poderio protetivo aos direitos dos jurisdicionados, como o IRDR, atuando complementarmente no âmbito processual, aplicados nas demandas em que melhor se inserirem.

Dessa forma, o processo do trabalho, identificado na vasta quantidade de demandas seriadas, bem como na aplicação de ações coletivas como mecanismo resolutivo de todas as vicissitudes processuais que se apresentam, mesmo diante de suas insuficiências, levam a palmilhar pelo caminho já concebido da aplicação do IRDR como instrumento hábil e idôneo para ofertar soluções para demandas e questões jurídicas as quais as demandas individuais não respondem e em que as ações coletivas não alcançam.

Entretanto, a aplicação de tal instituto jurídico nas demandas trabalhistas ainda encontra dificuldades para consolidar-se, podendo explicar-se na recenticidade de sua inclusão normativa no ordenamento jurídico e pelo desconhecimento de grande parte dos operadores jurídicos quanto a sua relevância normativa para tutelar direitos trabalhistas. Nesse sentido, a ausência de um caminho pavimentado e consolidado em relação à aplicação de tal instituto mostra uma ineficiência da tutela instrumental dos direitos laborais.

Nesse contexto, insere-se o seguinte problema de pesquisa: Em que medida a aplicação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, à luz do emprego deste pelo Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, contribui para o estabelecimento de uma tutela jurisdicional relevante aos direitos dos trabalhadores?

À luz desta problemática, buscar-se-á neste trabalho desenvolver uma defesa pela aplicação em maior escala do IRDR como instrumento processual escorreito para o tratamento dessas litigâncias de massa, especialmente em matéria de direito do trabalho, posto suas qualidades ínsitas de adequação protetiva à conjuntura das conflituosidades modernas, observadas na repetitividade e homogeneidade das demandas jurídicas.




Para oferecer uma posição favorável a maior aplicação deste instrumento, buscar-se-á, inicialmente, a conceituação do IRDR, delineando seus principais pontos de relevância e particularidades diante de outros mecanismos de tutela de direitos. Prosseguindo, serão colacionadas disposições normativas e organizacionais do sistema jurídico que autorizam a aplicação do IRDR na alçada laboral, reconhecendo sua importância institucional. Em seguida, partir-se-á para uma análise empírica da aplicação deste instrumento processual pelo Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, voltando a visão para seu aspecto pragmático de operação jurídica. Por fim, será firmado um entendimento conclusivo sobre a função e atuação jurídica desse instrumento no processo do trabalho, dimensionando sua importância nesta alçada.

O presente estudo deu-se segundo a aplicação do método hipotético-dedutivo (ARAÚJO; GOUVEIA, 2019), examinando-se, sob o prisma teórico, a legislação pátria e o arcabouço doutrinário concernentes ao tema, bem como pela análise pragmática dos dados do Judiciário brasileiro em sede de IRDR e à jurisprudência pátria. Nesse visio, tomou-se por base guias elucidativos de várias frentes para auxiliar a pesquisa bibliográfica e exploratória, sustentáculos para a formulação das concepções conclusivas quanto a problemática apresentada.

## **2 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS**

Neste tópico, buscar-se-á proceder em uma delimitação conceitual do IRDR, colacionando seus pontos principais e arquétipo estrutural, de forma a apresentar sua operacionalização dentro do sistema processual do empreendimento jurídico pátrio, reforçando suas singularidades de condução processual que o afastam dos meios individuais de resolução de conflitos e das tutelas coletivas fundadas exclusivamente em repetição de direitos individuais homogêneos. Logicamente, dentro das próprias limitações da obra jurídica, terá de se trabalhar com as definições nucleares deste instituto, não tendo-se a pretensão de esgotar os seus pormenores específicos.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, compreendido nos artigos 976 a 987 do Diploma Instrumental Civil, é um incidente processual destinado à uniformização do trato decisório em demandas repetitivas, revestido de eficácia vinculante para replicação em casos presentes e futuros, ordenando o exercício cognitivo das práticas adjudicativas, de forma



a conferir estabilidade e coerência à estrutura decisória do corpo judiciário, prestigiando, ao mesmo tempo, a celeridade e a economia da prestação jurisdicional.

Conforme defluiu-se da precisa lição de Júlio César Beber (2020, p. 420), o IRDR possui natureza jurídica de incidente autônomo de julgamento abstrato, cuja natureza incidental reside no fato de constituir-se “num verdadeiro desvio acidental do processo principal, situando-se à margem de sua caminhada linear em direção ao provimento final”, tendo seu caráter autônomo quando adquire vida própria ao tomar por escopo a fixação de uma tese formulada diante da observância de certas “premissas” contidas no julgamento do caso concreto de que se erigiu e de todas as demandas com idênticas premissas, que serviram de substrato para a formulação da tese, bem como ao subsistir mesmo no abandono ou desistência da ação pela parte na demanda originária (art. 976, §1º, CPC). Por fim, sua natureza de julgamento abstrato compreende a noção de que este não objetiva a resolução do caso concreto, mas a fixação de uma tese objetiva e abrangente capaz de ser aplicada aos casos com iguais premissas.

Coaduna com essa linha intelectual a acepção de Temer (2020) que trata o IRDR como meio processual objetivo, argumentando que a preocupação preponderante deste reside na tutela do direito objetivo, buscando consagrar a coerência do ordenamento jurídico, deixando para um segundo momento a tutela dos direitos subjetivos, concernentes às demandas individuais, cujo processo decisório consiste na aplicação da tese objetiva.

Nesse sentido, é curial identificar na natureza jurídica do IRDR a qualidade de incidência abrangente ínsita a tal instrumento, sendo capaz de exibir um recorte fático abstrato que comporte maior quantidade de situações jurídicas repetitivas passíveis de solução concentrada.

O multicitado incidente atua, sob este visio, num verdadeiro regime de precedente judicial, balizado pelas exigências deontológicas de estabilidade, integridade e coerência das jurisprudências dos tribunais, insculpidas no artigo 926 do Código de Processo Civil. Outrossim, tem eficácia vinculante conferida pelo artigo 927, inciso III do Diploma Adjetivo Civil, consistindo a replicação da tese em um *stare decisis* de incidência vertical e horizontal, reclamando sua observância tanto pelo corpo jurisdicional de menor alçada sob jurisdição do tribunal, quanto pelas turmas do próprio tribunal.



Em um primeiro momento da análise do incidente, se discute a sua instauração e a admissibilidade perante o tribunal de alçada responsável pela sua apreciação. O artigo 976 do CPC é patente ao apresentar três requisitos necessários de admissibilidade do IRDR, sendo estes: a) efetiva repetição de processos que compartilhem controvérsia sobre mesma questão unicamente de direito; b) havendo risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica e; c) inexistência de afetação de recurso para definição de tese sobre questão de direito processual ou material repetitivo por tribunal superior.

Em primeiro, é essencial que haja uma efetiva repetição de processos, ou seja, uma concretude no reconhecimento de uma repetição efetiva, de forma que a dimensão coletiva prevista no incidente advém justamente do contexto repetitivo e seriado das pretensões subjetivas concentradas para a fixação de solução coletivizante, podendo tais processos estarem sob a forma de recurso, remessa necessária ou causa de competência originária de tribunal.

Outrossim, é necessário que tais demandas múltiplas versem sobre mesma questão unicamente de direito, procedendo a atuação judicante do tribunal na abstração dos fatos padronizados entre elas para o dimensionamento da tese em um fato projetado, de forma que este seja abrangente e não excludente.

Reclama-se a existência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, colimados diante da concretude de divergências decisório-intelectivas quanto ao objeto jurídico comum das demandas, gerando resultados diversos quanto à entrega da solução jurisdicional para os litigantes, promovendo, nesse sentido, uma verdadeira inconsistência na produção judicial das tutelas jurídicas.

Apresenta-se, por fim, a identificação de um requisito negativo de cabimento, constituído na inexistência de recurso afetado por tribunal superior com escopo de definir mesma questão de direito apresentada na proposição de instauração do IRDR. A possibilidade de discussão sobre questão de direito repetitiva em tribunal deve proceder em observância à alçada superior das cortes de vértice, de forma que tal discussão resta obstaculizada, por incompatibilidade lógica, quando uma corte superior já estiver discutindo idêntica questão.

Conforme dispõe o artigo 977 do CPC, os legitimados para propor a instauração do incidente são: a) juiz de 1ª instância ou o relator de um processo repetitivo no tribunal, por ofício; b) as partes de processo repetitivo, por petição e; c) Ministério Público ou Defensoria





Pública, por petição, tendo todos o dever de instruir os respectivos instrumentos suscitadores do incidente com os documentos necessários à demonstração do preenchimento de seus requisitos.


O pedido de instauração será dirigido ao Presidente do Tribunal, que, posteriormente, o remeterá ao órgão competente indicado pelo regimento interno, dentre os responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal, que o admitirá por decisão colegiada. Tal órgão procederá no exame de admissibilidade do incidente, conforme dispõe o artigo 981 do CPC.

Nesse momento processual, haverá a delimitação do objeto do incidente, a suspensão dos processos que contenham a mesma questão de direito repetitiva na alçada do respectivo tribunal e a intimação para manifestação do Ministério Público, efeitos processuais que decorrerão deste primeiro exame, conforme deflui-se do artigo 982 do CPC.

A suspensão dos processos que contenham controvérsia sobre mesma questão de direito repetitiva é medida que se impõe necessária. Entende-se tal necessidade na consecução dos fins pretendidos pela replicação da tese firmada as demandas isomórficas, que são as garantias de isonomia e segurança jurídica aos jurisdicionados. O sobrestamento dos processos com questão idêntica é meio de garantir a replicação desta tese aos casos que tramitam concomitantemente, de forma que a estes serão aplicados os mesmos fundamentos jurídicos sustentados na *ratio decidendi* da tese firmada, em igualdade de tratamento.

Ademais, concorda-se com Miessa (2020), que em caso de cumulação de pedidos independentes, extremamente comum na alçada trabalhista, possibilita-se o sobrestamento parcial do processo, afetando somente as questões atinentes a questão de direito debatida em IRDR, permitindo a apreciação quanto aos demais pedidos e a tutelas de urgência, podendo-se julgar antecipadamente parcialidade do mérito, em consonância com o artigo 8º, parágrafo 1º da Instrução Normativa 39/2016 do TST, diploma normativo curial na informação de dispositivos normativos de origem procedimental civil, recepcionados pelo processo do trabalho.

Em fase procedural posterior do incidente, haverá a instrução sobre a questão repetitiva de direito objeto de apreciação do tribunal, realizando-se a oitiva das partes dos processos escolhidos como representativos da controvérsia e dos demais interessados, figurados nas partes dos processos sobrestados, nos órgãos e nas entidades com interesse na controvérsia, atuando



como *amici curiae*, além da necessária intervenção do Ministério Público, que, munidos de informações necessárias sobre a questão objeto, apresentarão argumentações racionais e pertinentes com o fito de convencer o tribunal de suas propugnações, no sentido do artigo 983 da CLT.

Na fase derradeira do incidente tem-se o julgamento e a posterior fixação da tese concernente a questão de direito repetitiva examinada. Conforme prescreve o artigo 978 do CPC, o julgamento caberá ao mesmo órgão que admitiu o incidente.


O incidente terá prazo de um ano para julgamento, tendo preferência sobre outros processos, exceto relativos a réu preso ou pedidos de *habeas corpus*, conforme depreende-se do caput do artigo 980 do CPC. Este prazo pode ser renovado por mais um ano caso não haja o julgamento dentro do interstício temporal devido.

O entendimento firmado no julgamento da questão de direito repetitiva terá eficácia de precedente vinculante a todos os processos individuais ou coletivos de tramitação contemporâneos à demanda, restando sobrestados pelo julgamento do incidente, bem como aos casos futuros, ambos versando sobre idêntica questão de direito e que tramitem no território de competência do tribunal.

Entende-se que o elemento vinculante do IRDR é a fundamentação da decisão proferida em exame de mérito do incidente, firmando a tese jurídica concernente ao objeto de direito examinado, sendo que esta serve como um padrão decisório a ser replicado em outras demandas repetitivas. Nesse tom, é o substrato cognitivo empreendido, ou seja, a empreitada intelectual conclusiva do tribunal diante de premissas de julgamento, compreendidas no esquadro fático projetado, que vinculará os demais juízes a replicação da tese firmada.

A decisão que julga o mérito do incidente é recorrível por meio de recurso de revista repetitivo (na alçada laboral), recurso especial e recurso extraordinário repetitivos, provocados por quaisquer legitimados do artigo 977, possuindo efeito suspensivo e presumindo-se a repercussão geral em alçada constitucional, bem como a tese firmada em corte de vértice alcança todo o território nacional a todos os processos que versem sobre idêntica questão de direito repetitiva (artigo 987, §§ 1º e 2º).

Por fim, o entendimento firmado pelo tribunal é passível de superação, caso entenda-se que a conjuntura social, econômica e cultural alterou-se de forma a não comportar-se mais como



razoável a produção intelectual do tribunal. Observa-se a dicção de Marinoni (2016, p. 251) *apud* Brandão (2017), ao aduzir que um precedente pode ser revogado ao deixar de consagrar os valores sustentadores da estabilidade, firmados na isonomia e na segurança jurídica, bem como ao atuar em dissonância aos padrões sociais e sistêmicos.

A seguir, tratar-se-á da aplicação do IRDR dentro da alçada trabalhista, ratificando seus instrumentos normativos autorizadores e tomando uma análise de confluência entre as características procedimentais deste e as idiossincrasias do processo laboral, em busca de um escopo comum, de tutela adequada aos direitos dos sujeitos conformadores da relação laboral.

### **3 APLICAÇÃO DO IRDR NA JUSTIÇA DO TRABALHO**


A realidade laboral apresenta-se em consonância com as relações hodiernamente caracterizadas pelo signo da repetitividade, de forma que as relações laborais firmadas mantêm um caráter de homogeneização de seu esquadro jurídico, mesmo diante de diversidades fáticas. A esse respeito, Tupinambá (2018, p. 166) adverte que:

As relações acabam padronizadas, com trabalhadores fragilizados perante litigantes experientes ostentando direitos muito similares, os quais são ameaçados ou lesionados por condutas seriadas, reproduzindo no judiciário trabalhista conflitos com desenhos próximos, e dizer, com causas de pedir e pedido bastante similares.

Nesse sentido, necessária se faz a aplicação de instrumentos processuais resolutivos de controvérsias jurídicas de caráter homogêneo e massificado, assim ensejando a aplicação do microssistema de resolução de casos repetitivos, especialmente na figura do IRDR, dentro do processo do trabalho.

Dessa forma, refere-se à alçada trabalhista como terreno prático para a utilização desse instrumento, pois, a despeito de possuir um robustecido corpo jurisprudencial, ainda é perceptível aos olhos a ocorrência de divergências decisórias por parte dos magistrados em demandas que possuem causas materiais comuns, acarretando em prejuízos à isonomia e segurança jurídica, bem como a celeridade processual e a previsibilidade do direito, prestigiadas no procedimento de fixação de tese jurídica do IRDR.

Nesse visio, o artigo 15 do CPC preceitua que serão aplicadas suas disposições, de forma supletiva e subsidiária, em caso de ausência de normas que regulem o processo trabalhista. Em igual sentido, o artigo 769 da CLT aduz a subsidiariedade do processo comum como fonte



normativa na omissão das disposições processuais laborais, excetuando-se no que for incompatível com as normas procedimentais insculpidas na CLT.

Nessa dicção encontra-se o enunciado 347 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), ao pontuar que “Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de resolução de demandas repetitivas, devendo ser instaurado quando houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito”. (FPPC, 2017, p. 47).

Outrossim, os artigos 896-B e 896-C da CLT, configurados pela Lei 13. 015/14, apregoam o manejo de recursos de revista repetitivos como forma de resolução de questões idênticas de direito, utilizando-se das mesmas regras procedimentais relativas aos recursos excepcionais repetitivos, firmando entendimento de que “o processo do trabalho é regido por normas que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos” (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 593).


Sob este olhar, observa-se um permissivo legal latente para a utilização de instrumentos processuais originários do processo comum dentro da alçada laboral, subvencionando os meios de resolução coletivos já existentes, por meio de aplicação suplementar e subsidiária, aportando em casos nos quais haja omissões normativas procedimentais, atuando em conformidade com o microssistema resolutório repetitivo.

Demais disso, em seu artigo 8º, a IN 39/2016 reconhece a aplicação das disposições normativas concernentes ao IRDR no processo do trabalho, recepcionando-o como instrumento processual de operação conforme com os desígnios procedimentais trabalhistas, de forma a auxiliar na consecução de seus escopos protecionistas de direitos.

Com efeito, necessário que a aplicação do incidente proceda em observância às idiosincrasias próprias do processo trabalhista, bem advertidas em Tupinambá (2017, p. 271) *apud* Góes *et al* (2020, p. 495), quanto a necessidade do incidente em “respeitar as vicissitudes trabalhistas, podendo operar em respeito aos fluxos próprios do processo do trabalho [...]”, congruando com as suas características originariamente civis.

Ademais, quanto à competência para apreciação do IRDR, o FPPC, em seu enunciado 343, admitiu que o IRDR é de competência de tribunal estadual ou regional. Dessa forma, depreende-se que os tribunais regionais do trabalho têm competência para julgar o incidente, uniformizando suas jurisprudências.





Entretanto, a despeito de sua importância estrutural conferida normativamente pelo CPC/15, ainda há uma dificuldade em aplicar tal instituto, devido a uma falta de prática e habitualidade jurídica para com este. Nesse visio, importante se faz uma análise da recepção jurisdicional de tal instituto, de forma a cristalizar um diagnóstico de valorização do IRDR como instrumento jurídico de proteção dos direitos laborais, diante de entendimentos jurídicos benfazejos fixados em sede deste.


Nesse diapasão, no próximo tópico será empreendida uma análise acerca da aplicação desse instrumento processual pelo Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, congruando a delineação teórica supra com a atuação pragmática da Corte em sua aplicação, visando correlacionar as características e importância do IRDR com o tratamento processual conferido pelo incidente nas soluções jurídicas firmadas.

#### **4 UMA ANÁLISE EMPÍRICA DA APLICAÇÃO DO IRDR PELO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO À LUZ DOS IRDR'S Nº 000018-81.2017.5.08.0000 E 0000384-86.2018.5.08.0000**

O IRDR, figurando como um instrumento processual de apresentação ainda recente ao ordenamento jurídico, carreado como inovação jurídica processual pelo CPC de 2015, ainda carece de aplicação considerável no âmbito dos instrumentos resolutivos de questões massificadas, atuando como instrumento processual direcionado a proporcionar uma tutela jurisdicional objetiva e transcendente, capaz de resolver um conjunto de demandas repetitivas por meio da replicação dos fundamentos da tese jurídica formulada.

Em real plano, a atuação jurídica dos operadores do direito em relação à aplicação do IRDR, principalmente no âmbito laboral, ainda é tímida, dado o caráter de recenticidade e inovação jurídica do instituto, o que o torna ainda conhecido em menor grau pelo corpo jurídico de operadores do direito quando comparado a instrumentos tradicionais de resolução de controvérsias massificadas, como as ações coletivas.

Sob este visio, necessário se faz uma análise empírica da aplicação deste instituto processual pelo judiciário, aqui delimitado a atuação do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região — dados os próprios limites científicos deste trabalho acadêmico —, observando pelo prisma do pragmatismo jurídico como tal incidente está dimensionado na esteira dos



instrumentos de resolução de conflitos multifários, ensejando uma tutela jurisdicional consentânea aos objetivos propugnados no diploma instituidor.

Nessa senda, observa-se no Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios, do Conselho Nacional de Justiça, que a Justiça do Trabalho ocupa o segundo lugar no direcionamento de IRDR's, com 83 incidentes, estando atrás somente da Justiça Estadual, que possui 346 incidentes deste jaez. Ademais, o TRT da 8ª Região, tribunal aqui analisado, ocupa o 3º lugar do ranking de IRDR's por tribunal, com 8 incidentes instaurados, decorrendo no sobrestamento de 476 casos somando os IRDR's no tribunal.

Entretanto, apesar de posição proeminente no reconhecimento da aplicação do IRDR como instrumento processual capaz de encetar tutela adequada aos direitos laborais, a quantidade destes incidentes direcionados ao tribunal regional ainda é diminuta, de forma que ainda deixa-se de aproveitar a capacidade ampla de tutela e resolução ofertada por este instrumento processual, bem como de seu molde procedimental diferenciado — formado sob balizas de concretude, integridade e coerência do sistema jurídico.

Volvendo a visão para o exame das matérias jurídicas suscitadas como representativas de controvérsias de questões de direito repetitivas, insta recortar ao apreço analítico deste trabalho os IRDR's de nº 000018-81.2017.5.08.0000 e 0000384-86.2018.5.08.0000, ambos de competência do TRT da 8ª Região, de forma a expressar, mesmo que em parte, a relevância jurídica do incidente na atuação jurisdicional do Tribunal no concerne às demandas repetitivas, de dimensão coletiva, pois reveladora de processos variados.

Em primeiro, trata-se do IRDR nº 000018-81.2017.5.08.0000, versando sobre questão de direito observada na extinção de processos sem resolução do mérito, por inépcia da petição inicial, sem oportunizar ao autor a possibilidade de emendar a exordial, no prazo e sob as penas do art. 321 do CPC/2015.

Na data de 13 de Janeiro de 2017, o referido Tribunal Laboral admitiu o IRDR, instaurado a pedido do Desembargador Gabriel Napoleão Velloso Filho, sendo o segundo IRDR admitido pela Corte. O desembargador observou uma multiplicidade de processos que continham a mesma questão de direito processual figurada no indeferimento da petição inicial e a extinção do feito sem resolução de mérito pelas varas do trabalho de Abaetetuba, sem



oportunizar a emenda da petição inicial, invocando os artigos 330 e 485 do CPC. Outrossim, vislumbrou a existência de divergências jurisprudenciais entre as turmas da corte sobre o assunto, referenciando cinco decisões de turmas recursais do Tribunal, aduzindo que as dissonâncias decisórias observadas acabam causando divergências de tratamento processual e insegurança jurídica, reclamando resposta judicial de uniformização do entendimento normativo.


A repetição das condutas das varas mencionadas em um efetivo número de processos ensejou denúncia perante a Corregedoria Regional para tomadas de providências e correções necessárias as decisões de indeferimento da inicial prolatadas. Chegou-se a conclusão de que a 1ª Vara do Trabalho de Abaetetuba procedia na antecipação de audiências para publicar a decisão de extinção do processo sem resolução de mérito, deixando de oportunizar a parte reclamante a possibilidade de emenda da petição inicial, atuando em descompasso com as condutas de varas trabalhistas de outros municípios.

Dessa feita, o caráter seriado dessas decisões denegatórias de apreciação judicial pelo indeferimento da exordial e a consequente extinção do processo sem resolução de mérito em repetidas demandas reclamou a instauração de IRDR para sanar a assimetria de tratamento e a insegurança jurídica que dela decorriam, fixando tese uniformizadora e vinculativa sobre o entendimento do Tribunal Regional quanto à questão de direito processual repetitiva.

Em 05 de Junho de 2017 foi julgado o IRDR, proferindo acórdão, por maioria, fixando-se a seguinte tese jurídica:

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETIVA. PETIÇÃO INICIAL. INÉPCIA. Entendendo o Magistrado que a exordial não atende aos requisitos do art. 840, § 1º, da CLT e arts. 319 e 320 do CPC, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de indeferimento, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado; acaso o órgão de segunda instância, nas ações em grau de recurso, envolvendo o tema em questão, conclua pela não configuração da hipótese de inépcia da petição inicial, poderá afastar a objeção, ordenando o retorno dos autos ao primeiro grau para regular prosseguimento do feito, como entender de direito (PARÁ/AMAPÁ, 2017, p. 1).

A presente tese jurídica foi sustentada, conforme deflui-se do voto do Desembargador Relator, pela inaplicabilidade da disposição do artigo 330, I do CPC como fator obstativo sumário de apreciação judicial das demandas laborais direcionadas ao juízo. Em tempo, a inépcia da petição inicial como motivo de indeferimento desta com a extinção do processo sem



resolução de mérito não confunde-se com incorreções presentes na petição, podendo estas serem sanadas sem maiores complicações, ao passo que a inépcia da petição figura-se mais gravosa, sendo incapaz de produzir efeitos jurídicos de continuidade processual.

O que se revelara nas demandas repetitivas era a ausência ou incorreções de requisitos das petições iniciais, tratados nos artigos 840, § 1º da CLT e 319 do CPC, aplicando-se supletivamente o artigo 321 como dispositivo resolutivo de controvérsias deste jaez, impondo ao juiz que determine ao autor a emenda da petição inicial no prazo de 15 dias, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado, sendo que é a partir do não cumprimento pelo autor que se permite o indeferimento da inicial.

Nesse sentir, entendeu-se também que a possibilidade de emenda da inicial não é uma concessão facultativa ao juiz, mas firmada como uma imposição legal decorrente da interpretação sistemática do artigo 321 do CPC, perfazendo uma exigência deontológica da prática adjudicativa, posto sua vinculação ao primado da cooperação entre as partes processuais. Ademais, a possibilidade de emenda diante de incorreções na petição inicial denota, na visão jurídica empreendida, um meio de correção otimizado em relação ao mero indeferimento sumário da peça vestibular, posto que não exigiria do autor o desforço de entrar novamente com a ação, bem como o revolvimento do juízo com a análise da peça, em que poderia remanescer as mesmas incorreções.

Demais disso, a tese firmada também envolveu, em sua parte final, a possibilidade de revisão e afastamento da decisão que indeferiu petição inicial e extinguiu o feito sem resolução de mérito, por parte do órgão de segunda instância, caso entenda não configurada a hipótese de inépcia da exordial, ordenando o retorno dos autos ao primeiro grau para prosseguimento do feito.

Nesse fim, impende pontuar que a questão está pendente de Recurso de Revista interposto ao TST, de forma que a questão tomará dimensão de aplicação nacional, podendo-se manter a tese firmada no Regional, ou afastá-la, firmando tese em contrário – o que, neste último caso, não acredita-se acontecer.

À luz deste visto, acredita-se que a tese firmada apresenta-se como o melhor entendimento jurídico ao caso, haja vista o prestígio conferido à recepção de instrumentos normativos do processo comum dentro da alçada laboral, como forma de suprir lacunas






existentes no procedimento específico. Entende-se manifesta a existência de lacuna axiológica na exegese do parágrafo 3º do artigo 840 da CLT, reclamando, assim, uma interpretação sistêmica do processo como meio de resolução material de conflitos, devendo-se prestigiar o princípio da primazia da resolução de mérito, fornecendo meios de saneamento de questões formais que não figurem como óbices ou embargos ao acesso à justiça.

De mais a mais, deve-se prestigiar a celeridade e economia processual, observadas, em melhor dimensionamento, na oportunidade de emenda da inicial em caso de vícios e incorreções, de forma a reduzir o tempo de resposta jurisdicional às demandas, questão premente ao direito moderno. Conjuntamente, a emenda da exordial com a necessária indicação dos vícios a serem sanados é corolária do princípio da cooperação entre as partes, instituição axiológica que deve ser primada em um sistema processual mais simplificado e facilitado aos jurisdicionados, como é o processo laboral.

Nesse visio, deve haver uma interação normativa entre as normas do processo comum e as normas procedimentais laborais, de forma que aquelas possam subvencionar, no que for possível, a otimização do processo trabalhista, suprimindo lacunas que nele vierem a existir, aplicando-se em suas dimensões normativas diferenciadas, sejam artigos de leis, sejam princípios jurídicos, ambos programas normativos essenciais ao compartilhamento jurídico.

Examinando a linha intelectual firmada pelo Tribunal Regional, é imperioso citar a importância do IRDR na uniformização do entendimento veiculado na *stare decisis* de aplicação vinculativa vertical e horizontal, posto sua utilização como instrumento de concretude e integridade da prestação jurisdicional regional, que deverão observar os fundamentos jurídicos sustentadores da concepção jurídica centralizada do Tribunal, que será replicada nas demandas que contenham a mesma questão de direito processual objeto de análise, findando com a dissonância cognitiva anteriormente existente.

Outro IRDR a ser analisado é o de nº 0000384-86.2018.5.08.0000, admitido em 10 de Setembro de 2018, de instauração suscitada pela Associação Cultural e Educacional do Pará – ACEPA, versando sobre a controvérsia residente no seguinte questionamento: “A execução das sentenças genéricas proferidas em ação de caráter coletivo deve ser coletiva ou individual? Existe prevenção do juízo prolator da decisão na ação coletiva?”.



Em síntese fática do cenário evidenciador da controvérsia, tratou-se de discussão quanto à possibilidade de execução individual da Ação Civil Pública nº 0000880.87.2011.5.08.0121, proposta pelo Sindicato dos Profissionais de Enfermagem, Técnicos, Duchistas, Massagistas e Empregados em Hospitais e Casas de Saúde do Estado do Pará – SINTHOSP contra a ACEPA e o Estado do Pará, cujo trâmite processual resultou na prestação jurisdicional favorável ao referido sindicato, com a consequente instituição de retribuição indenizatória por parte dos condenados, perfazendo provimento jurisdicional declaratório de direito, necessitando de consequente execução do título executivo judicial.


O processo de conhecimento originário foi julgado de pelo Juízo da 3ª Vara do Trabalho de Ananindeua, que proferiu decisão jurídica de aproveitamento geral, no sentido do reconhecimento do direito reclamado, resultando na propositura de diversos processos executórios após o seu trânsito em julgado, sendo distribuídos entre as varas do trabalho de Ananindeua.

Entretanto, o juízo prolator da decisão do processo de conhecimento proferiu decisão ulterior em contrariedade à coisa julgada, condicionando as execuções aos autos do processo principal, desarquivando-o e extinguindo os processos de execução de sua competência, bem como comunicando as varas trabalhistas de Ananindeua a procederem da mesma forma com os processos de execução a elas distribuídos.

O cenário jurídico da controvérsia residiu na dissonância decisória entre as Turmas do TRT da 8ª Região quanto às pretensões formuladas nos recursos apresentados, de forma que havia decisões prestigiando a possibilidade de execuções individuais apartadas do processo principal e outras que manifestavam pela necessidade atávica da execução se dar nos autos do processo principal, performando verdadeiro dissenso relevante sobre mesma questão de direito processual, reclamando, dessa forma, a instituição de IRDR para sanar a controvérsia existente.

No prosseguir, o Desembargador Georgenor de Sousa Franco Filho conduziu o procedimento de decisão meritória da tese fixada, julgada em 12/08/19, sintetizada nos seguintes termos:

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA (IRDR): AÇÃO DE CARÁTER GENÉRICO COLETIVO. JUÍZO COMPETENTE PARA APRECIAR AS EXECUÇÕES INDIVIDUAIS. Não há prevenção, nem vinculação ao juízo que apreciou e julgou a Ação de caráter genérico, podendo as ações de execução individuais, ser apreciadas por quaisquer das Varas do Trabalho do Tribunal Regional



do Trabalho da 8ª Região, consoante a Súmula n. 35, que dispõe: "A execução das sentenças genéricas proferidas em ação de caráter coletivo é realizada por meio de ação executiva individual, sem vinculação àquela e sem prevenção do juízo prolator da decisão" (PARÁ/AMAPÁ, 2019, p. 1).

Em sede de análise meritória, o Desembargador Relator pontuou, de início, a existência de dissensos jurisprudenciais entre Turmas da Corte, de forma que a 2ª Turma tinha posicionamento de acolher a tese de que a execução individual de sentença genérica pode ser processada em qualquer Vara do Trabalho, ao passo que a 3ª Turma posicionava-se refratária a tal entendimento, defendendo que a competência para processar execução é da Vara do Trabalho que proferiu a sentença, aduzindo pela necessidade de processamento nos autos da sentença do processo de conhecimento. Lado outro, a 4ª Turma entendia pela desnecessidade de desarquivamento do processo de conhecimento e prevenção do juízo da decisão genérica para processar a execução, defendendo a possibilidade de execução individual.

Nesse esquadro de dissenso, o Tribunal palmilhou pelo caminho do conserto jurisprudencial, entendendo pela fixação de tese jurídica que prestigiasse a celeridade processual, evidenciada na abertura de canais executórios desligados dos autos do processo principal, bem como do juízo prolator da decisão de caráter genérico, revestindo, dessa forma, outros juízos de competência para processamento dos atos de execução, retirando um monopólio das práticas executórias do juízo do processo originário, congraçando com os desígnios de celeridade, economia processual e amplo acesso à justiça.

Demais disso, faz valer a súmula 35 da Corte Regional, que já tratava, de forma patente, da possibilidade de execução individual de sentença genérica, desvinculada desta e sem prevenção do juízo prolator da decisão. Dessa forma, produz tese vinculante consentânea aos desígnios axiológicos de ordenação e uniformização da prática jurisprudencial, conferindo aos casos repetitivos entendimento consolidado em diversos instrumentos normativos.

Impende mencionar que a tutela jurisdicional advinda da fixação de tese central e uniformizadora do IRDR possui um maior peso quando em comparação com o entendimento sumulado regional, posto que a primeira possui uma característica de fundamentos jurídicos vinculantes de sua decisão, enquanto a segunda possui um efeito persuasivo às decisões posteriores, que podem ser valorizadas conforme o crivo subjetivo do magistrado, produzindo uma proteção com menor peso jurídico.



A tutela jurisdicional promovida pela fixação da tese objetiva vem, nesse caso, prestigiar a facilitação e simplificação do acesso à justiça pelos jurisdicionados, ofertando a possibilidade de provocação judicial de tutela executória em jurisdição diversa ao do juízo prolator da sentença genérica, de forma que o executante pode ingressar com ação executória lastreada no título executivo judicial em juízo que melhor lhe aprouver geograficamente, podendo dar-se no juízo do domicílio do substituído processual, individualmente, ou no juízo da ação genérica condenatória, coletivamente.

Sob este visio, a aplicação dos IRDR's supracitados aos casos repetitivos concernentes, foi fundamental para a uniformização do entendimento jurisprudencial da Corte, construindo uma adequada forma de tratamento jurisdicional às demandas multifárias com idêntica questão de direito repetitiva, solidificando a forma correta de solução jurisdicional a ser entregue, atuando no fortalecimento do empreendimento jurídico, entendido como um conjunto interligado de pronunciamentos normativos e judiciais capazes de garantir coerência, integridade e estabilidade do sistema jurídico.

Dessa forma, a utilização do IRDR nestes casos promoveu o saneamento de divergências judiciais antes manifestadas, revestindo o entendimento jurídico firmado com eficácia vinculante, diferentemente do efeito persuasivo que antes possuía, reverberando, dessa forma, como norte cognitivo vinculante nas decisões dos processos repetitivos. Outrossim, a resposta jurisdicional aos casos ocorreu de forma célere, com alguns meses de diferença entre a admissão do incidente e sua decisão material, consagrando as exigências de celeridade e razoável duração do processo, perfazendo instrumento processual de rápida solução jurídica, conforme os casos expostos.

Nos dois casos, tal incidente foi capaz de tutelar de forma relevante os direitos e pretensões laborais dirigidas ao apreço judiciário, tanto na entrega de uma solução jurisdicional escoreita e consentânea às normas do direito laboral, primando pela formulação de tese abrangente e resolutiva do problema jurídico enfrentado, quanto pela celeridade, instrumentalidade e economicidade no trato processual, traços procedimentais distintivos deste instrumento, organizando os processos repetitivos para uma decisão rápida e eficaz das questões direcionadas ao apreço judicial.






O IRDR deve ser encarado, sob este olhar, como um instrumento processual apto a ofertar uma tese jurídica geral de aplicação vinculante, possuindo uma dimensão coletiva capaz de resolver uma multiplicidade de demandas que contenham mesmo ponto de direito, podendo ser utilizado como meio procedural adequado à resolução de mesmas matérias de direito que tenham tratamento decisório diferente por parte dos órgãos judicantes, o que em muito se observa na alçada laboral.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em primeiro, palmilhou-se por um necessário caminho conceitual e teórico do IRDR, objetivando informar a relevância dada pelo CPC de 2015 ao instituto, por meio de uma construção teórico-normativa circunscrita de seus elementos conformadores, sua hipótese de cabimento, procedimento específico, julgamento, entre outras questões, que, a despeito de eventuais lacunas teóricas que se observam, é suficiente para demonstrar a posição de relevo instrumental concedida normativamente.

Demais disso, buscou-se colacionar um conjunto normativo de natureza permissiva a aplicação de tal instituto jurídico à alçada laboral, por meio de uma ótica de aplicação subsidiária de instrumentos originários do processo comum ao processo do trabalho, em razão da existência de um ponto de contato conjunto ao microsistema de resolução de demandas repetitivas, reconhecido em um contexto de massificação dos conflitos trabalhistas e da necessidade de resposta jurídica consentânea a tal realidade, com a consequente aplicação do IRDR como instrumento gerenciador e resolutivo, respeitadas as particularidades e idiossincrasias do processo do trabalho.

Por fim, analisou-se a atuação importante do TRT da 8ª Região no reconhecimento prático de tal instituto, sob o recorte intelectual de dois IRDR's de sua competência jurisdicional, defluindo-se de tais exames propriedades e características proeminentes deste instituto, como a capacidade de albergar questões de direito semelhantes com eficácia instrumental relevante, capacidade de reunião, gerenciamento e resolução jurídica de demandas com efetiva tutela de direitos laborais relevantes, prestígio ao contraditório, fixação de tese uniformizadora do entendimento jurídico e celeridade e economicidade da prestação jurisdicional, demonstrando uma capacidade de resolução de conflitos que, em muito, importa



a consecução dos fins protetivos aos trabalhadores dimensionados na legislação trabalhista, consentâneos aos ditames da tábua axiológica constitucional, creditando a tal instituto posição de relevo no plano jurídico de proteção aos direitos laborais, a partir de uma ótica pragmática de atuação.

A tudo isso, necessário se faz reconhecer um dimensionamento protetivo relevante do IRDR as demandas trabalhistas, firmadas sob direitos e interesses lícitos dos sujeitos conformadores da relação de trabalho em buscar uma prestação jurisdicional uniforme, segura, coerente e em consonância a uma integridade sistêmica do empreendimento jurídico, de forma a tutelar os direitos laborais a partir de um caminho intelectual jurisdicional pavimentado, capaz de atribuir segurança jurídica ao jurisdicionado e seus direitos ínsitos, bem como a singrar pelos mares da justeza da prestação jurisdicional, necessidade atávica ao direito.

Nesse sentido, conclui-se que a consecução dos objetivos normativamente estabelecidos ao IRDR, firmados na proteção à isonomia e à segurança jurídica dos jurisdicionados, perpassam, inexoravelmente, por uma maior atuação dos advogados e operadores jurídicos na propugnação de tal instituto para resolver questões de direito repetitivas no âmbito laboral, bem como por uma maior recepção do judiciário em aceita-lo como instrumento jurídico de proteção aos direitos massificados dos trabalhadores, sendo exigências procedurais necessárias ao salutar aproveitamento do IRDR no direito laboral.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Andréa Cristina Marques de; GOUVEIA, Luis Borges. **Pressupostos sobre a pesquisa científica e teste piloto**. Administradores.com, 2019. Disponível em: <https://administradores.com.br/artigos/pressupostos-sobre-a-pesquisa-cientifica-e-teste-piloto>. Acesso em: 27 de Novembro de 2020.

BEBBER, Júlio César. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o Incidente de Assunção de Competência no Processo do Trabalho. In: PRITSCH, Cesar Zucatti; JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; HIGA, Flávio da Costa; MARANHÃO, Ney. **Precedentes no Processo do Trabalho: teoria geral e aspectos controvertidos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil: Revista dos Tribunais, 2020.

BRANDÃO, Cláudio. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Processo do Trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 63, p. 121-139, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/bd->



[trt3/bitstream/handle/11103/35580/Revista-95-121-139.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://trt3/bitstream/handle/11103/35580/Revista-95-121-139.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

Acesso em: 18 de Setembro de 2020.

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

BRASIL. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis**. Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 15 de Outubro de 2020.

BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de Março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: Seção 1, página 1, Brasília, DF, 17 de Março 2015. PL 8046/2010.

BRASIL. **Lei 5.452, de 1º de Maio de 1943**. Institui a Consolidação das Leis Trabalhistas. Seção 1, página 1, Rio de Janeiro, 1º de Maio de 1943.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Tribunal Pleno. **Instrução Normativa 39, de 15 de Março de 2016**. Dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva. Brasília: Tribunal Pleno, 2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>. Acesso em: 23 de Outubro de 2020.


DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil Vol. 3**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

MIESSA, Élisson. **Manual dos Recursos Trabalhistas**: teoria e prática. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.

PAINÉIS CNJ. **Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios**, c2020. Página de Gráficos. Disponível em: [https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw\\_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGráficos](https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGráficos). Acesso em 04 de Novembro de 2020.

PARÁ/AMAPÁ. Tribunal Regional do Trabalho (8ª Região). **Súmula nº 35**. A execução das sentenças genéricas proferidas em ação de caráter coletivo é realizada por meio de ação executiva individual, sem vinculação àquela e sem prevenção do juízo prolator da decisão. Belém, PA: Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, [2015]. Disponível em: <https://www.trt8.jus.br/sites/portal/files/roles/institucional/iuj-10157-2015.pdf>. Acesso em 14 de Novembro de 2020.

PARÁ/AMAPÁ. Tribunal Regional do Trabalho (8ª Região). **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 000018-81.2017.5.08.0000**. Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva. Petição Inicial. Inépcia. Tribunal Pleno. Relator: Des. Julianes Moraes das Chagas, 05 de Junho de 2017. Disponível em: [https://www.trt8.jus.br/sites/portal/files/pdfs/precedente/precedente\\_irdr\\_2.pdf](https://www.trt8.jus.br/sites/portal/files/pdfs/precedente/precedente_irdr_2.pdf). Acesso em: 14 de Novembro de 2020.



PARÁ/AMAPÁ. Tribunal Regional do Trabalho (8ª Região). Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0000384-86.2018.5.08.0000. Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva (IRDR). Ação de Caráter Genérico Coletivo. Juízo Competente para apreciar as Execuções Individuais. Tribunal Pleno. Relator: Des. Georgenor de Sousa Franco Filho, 12 de Agosto de 2018. Disponível em: [https://www.trt8.jus.br/sites/portal/files/pdfs/precedente/precedente\\_irdr\\_8\\_id18133.pdf](https://www.trt8.jus.br/sites/portal/files/pdfs/precedente/precedente_irdr_8_id18133.pdf). Acesso em: 14 de Novembro de 2020

SANTOS, Clarice; GÓES, Gisele Santos Fernandes; MARANHÃO, Ney; COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e sua aplicação no processo do trabalho: a experiência do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região no julgamento do IRDR Nº 12-74.2017. In: PRITSCH, Cesar Zucatti; JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; HIGA, Flávio da Costa; MARANHÃO, Ney. **Precedentes no Processo do Trabalho**: teoria geral e aspectos controvertidos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil: Revista dos Tribunais, 2020.

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

TUPINAMBÁ, Carolina. **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas na Justiça do Trabalho**. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 7, n. 70, p. 151-170, jul. 2018. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/146877>. Acesso em: 12 de Setembro de 2020.





# CAPÍTULO 23

## “AGUAS ARREBENTARÃO NO DESERTO E RIBEIROS NO ERMO<sup>142</sup>”: O PARADIGMA DA INCLUSÃO SOCIAL DA MULHER PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Cintia Letícia Bittar de Araújo Eufrásio, Mestranda em Educação, UFCG

### RESUMO

O presente artigo pretende abordar à inclusão social do portador de deficiência no Brasil, de modo especial, a mulher portadora de deficiência, analisando os desafios e impasses quanto às políticas de inclusão na esfera social e jurídica. Para tanto, a contextualização será no sentido de refletir sobre a inclusão da mulher portadora de deficiência à sociedade por intermédio das garantias fundamentais, e quais benefícios essa inclusão traz para a sociedade como um todo. Ademais, a pesquisa de cunho bibliográfico e documental, discorre sobre o princípio da igualdade, o princípio da reserva do possível e o princípio da especificidade, sendo esses, elementos norteadores para o processo de inclusão, mediante determinação constitucional. Abordamos as relações de gênero e as diferentes identidades assumidas por cada sujeito histórico mediante as mudanças que vêm transformando o mundo moderno, a fim de perceber que as características de gênero são construções socioculturais que variam através da história, e se referem aos diferentes papéis atribuídos pela sociedade a cada sujeito, a identidade não é definida biologicamente, mas sim historicamente, para tanto, as diferentes identidades assumidas pelos sujeitos estão associadas às necessidades e exigências do tempo e do espaço nos quais estão inseridos. Desse modo, se evidencia a importância no tocante às formas de atuação do Estado e a influência do espaço social, no sentido, de promover a inclusão social das mulheres portadoras de deficiência de maneira satisfatória.

**Palavras-chave:** Inclusão Social. Relações de gênero. Identidades.

### INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem por objetivo construir um estudo acerca do paradigma da inclusão social dos portadores de deficiência física, em especial da mulher portadora de deficiência, frente aos direitos fundamentais, mas precisamente analisando as políticas de inclusão na esfera social e jurídica, tendo nesta última alguns princípios como elementos norteadores para o processo de inclusão, mediante determinação constitucional. Nesse sentido, se faz necessário

<sup>142</sup> A Bíblia diz em Isaías 35, 5-6 “Então os olhos dos cegos serão abertos, e os ouvidos dos surdos se desimpedirão. Então o coxo saltará como o cervo, e a língua do mundo cantará de alegria; porque águas arrebentarão no deserto e riberros no ermo.”



compreender a situação atual da mulher portadora de deficiência, as dificuldades cotidianas enfrentadas; a violação de seus direitos, e verificar se existe, efetivamente, e de maneira satisfatória a inclusão social desses sujeitos no tocante ao espaço cidadão através das políticas públicas.

Ao propor uma abordagem sócio jurídica para a construção da idéia de inclusão social, tem-se em vista, inicialmente, as garantias dos direitos fundamentais de 2º dimensão, que se referem aos direitos sociais. Como também os princípios, sendo estes normas que consagram valores e servem de fundamento para todo o ordenamento jurídico.

Com isso, se faz necessário a aplicação destes para a efetiva prática e proteção das garantias legais. Assim, abordou-se o princípio da igualdade, o qual impede o estabelecimento de distinções arbitrárias entre os indivíduos, no tocante ao preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme rege a Constituição da República, art. 3º, IV. O princípio da reserva do possível que representa a efetivação dos direitos fundamentais, e depende da efetiva e razoável disponibilidade por parte do Estado. E o princípio da especificação que reconhece as diferenças específicas entre as pessoas, se mulher, homem; e que consagra o reconhecimento das diferentes fases da vida, se criança, adulto, idoso; e reconhece às diferenças de aptidão, se portador de deficiência ou não.

Ao optar em fazer à pesquisa esta teve como problemática norteadora a seguinte questão, quais aspectos considerar numa perspectiva sócio jurídica o paradigma da inclusão social da mulher portadora de deficiência frente aos direitos fundamentais? No tocante as questões concernentes à inclusão social dos portadores de deficiência, em especial da mulher portadora de deficiência, o principal objetivo foi de focar as questões relativas à dinâmica da sociedade com a finalidade de analisar a forma de integração e interação desses sujeitos, e também oferecer alguma contribuição para tentar minorar algumas práticas de inobservância por parte do Estado no tocante a alguns elementos fundamentais para a afirmação dos direitos fundamentais.

Desse modo, faz-se necessário desenvolver ações e políticas públicas eficazes, objetivando a inclusão e interação social desses sujeitos de maneira satisfatória. Desta forma, a efetivação das garantias fundamentais que objetive minimizar as dificuldades de inclusão social no espaço brasileiro e local, trará em seu bojo a equiparação de oportunidades, a mútua



interação e o pleno acesso aos recursos da sociedade. Importa ressaltar, que uma sociedade inclusiva tem o compromisso com as minorias e não apenas com os portadores de deficiência. A inclusão social sobre o aspecto educacional se tornará uma medida de ordem econômica, mediante o portador de deficiência e outras minorias tornarem-se cidadãos produtivos, conscientes de seus direitos e deveres, diminuindo assim, os custos sociais.

No tocante a abordagem de gênero, foi realizada uma análise sobre as diferentes esferas sociais que desempenham um importante papel social nessas relações. Logo, a palavra deficiência, influencia o imaginário social, e faz-se importante discuti-la, mediante estas produzirem reflexos na maneira como a sociedade pensa, age e, conseqüentemente, vê a mulher portadora de deficiência.


O artigo está organizado em três partes. No primeiro momento, a pesquisa abrange de modo peculiar, a questão do portador de deficiência e sua inclusão na sociedade, tendo em vista, a garantia dos direitos fundamentais que muitas vezes são esquecidos ou simplesmente não compreendidos pela sociedade. Com isso, fez-se necessário um estudo aprofundado, sobre o portador de deficiência com ênfase na violação de seus direitos, sua inclusão na sociedade e os benefícios trazidos.

No segundo momento, fizemos uma abordagem histórica e jurídica, discorrendo sobre o conceito de gênero a partir de alguns autores, a fim de perceber o papel da mulher na história diante de sua ocupação no espaço público e quais formas de resistência e discriminação ainda são enfrentadas por elas diante de uma sociedade arraigada de valores patriarcais.

E, por último, foi realizada uma abordagem histórica e social acerca de alguns autores para pensar como as transformações estruturais repercutem na constituição de diferentes identidades, e como essas podem ser constituídas, frente ao paradigma da inclusão social no tocante à mulher portadora de deficiência.

Foi realizada uma revisão bibliográfica, de tipo exploratório, baseado em pesquisa bibliográfica e documental. A análise utilizou-se dos métodos de abordagem analítico-descritivo, além de um estudo hermenêutico sobre alguns princípios que norteiam os direitos fundamentais.

A abordagem da pesquisa é qualitativa, uma vez que o objetivo da pesquisa é a análise da proteção constitucional, no tocante ao princípio da igualdade, o princípio da reserva do



possível e, o princípio da especificidade acerca dos direitos e garantias das pessoas deficientes, em especial da mulher portadora de deficiência, assim também fazer uma análise sociológica frente às políticas de inclusão social.

## **A EVOLUÇÃO JURÍDICA DO DIREITO DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA E SUA INCLUSÃO SOCIAL**

Ao longo da história da humanidade as pessoas portadoras de deficiência têm recebido diferentes tipos de tratamento. Antigos registros relatam que o tratamento dispensado aos portadores de deficiência, nos primórdios da humanidade, baseava-se em dois extremos, a exterminação ou a proteção (JAQUES, 2012).

Do período da pré-história até a idade moderna, o tratamento dado aos portadores de deficiência em nada modificou, pois estes se tornaram vítimas de segregação, exclusão e ridicularização pela sociedade e por sua própria família. Com o advento da Revolução Francesa e seus ideais humanistas de liberdade, igualdade e fraternidade, houve um avanço lento e gradativo no tocante ao reconhecimento dos direitos dessas pessoas (JAQUES, 2012).

Nesse sentido, a partir do reconhecimento dessas garantias o homem passou a pleitear a efetividade desses direitos, e nesse contexto, os portadores de deficiência, que antes vistos como criaturas incapazes ou dignas de caridade, agora teriam direito à conquista de um importante espaço, até mesmo no sentido de se repensar sobre o próprio conceito de deficiência. Contudo, a sociedade motivada frente às mudanças políticas, sociais, ideológicas e culturais, se viu obrigada a pensar na inclusão daqueles que até então haviam sido destituídos de seus direitos e deveres, dentre os quais se encontravam os portadores de deficiência (JAQUES, 2012).

No século XIX, os portadores de deficiência tiveram maior visibilidade mediante o crescimento urbano e industrial, inclusive, algumas deficiências foram resultantes de mutilações por acidentes de trabalho. Segundo Fonseca (2000), “as anomalias genéticas, as epidemias e as guerras deixaram de serem as causas únicas das deficiências”. Com isso, foram criados alguns abrigos para receber e tratar pessoas portadoras de deficiência. Todavia, no século XX, houve uma mudança de mentalidade, onde se conjecturou que o portador de deficiência precisava participar efetivamente e ativamente do cotidiano da sociedade, pois ainda havia uma carência no tocante a integração desses sujeitos.





Dois eventos importantes ocorridos no século XX proporcionaram melhoria na qualidade de vida dos portadores de deficiência, inicialmente, os avanços tecnológicos, sobretudo em relação às ajudas técnicas, como as cadeiras de rodas, bengalas, sistema de ensino para surdos e cegos, e dentre outros que foram se aperfeiçoando. Por conseguinte, a criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho) que teve, dentre outras funções, a atribuição de planejar melhorias nas condições de trabalho daquelas pessoas portadoras de deficiência (JAQUES, 2012).

Entretanto, o século XX foi palco da primeira e segunda guerra mundial, o que gerou uma preocupação em reabilitar aquelas pessoas que ficaram com seqüelas da guerra. No caso da Segunda Guerra mundial, há relatos históricos de extermínio de portadores de deficiências, nos campos de concentração alemã (COUTINHO, 2012). E os bombardeios em Hiroshima e Nagasaki que provocaram inúmeras seqüelas na população, o que mobilizou ainda mais a sociedade mundial no sentido de tratamento e reabilitação dessas pessoas. Com isso, o tema ganhou relevância política no interior dos países e no cenário internacional, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), o vasto número de pessoas com deficiência passou a ser objeto de debate público e ações políticas.

Com efeito, esse agravamento do número de pessoas com deficiência fez com que esse drama ficasse exposto de forma mais incisiva, exigindo do Estado uma posição de agente protetor. Entretanto, cada ordenamento jurídico trata o tema de forma peculiar. Há países em que a proteção é mais efetiva, apesar de inexistir qualquer comando em nível constitucional que venha garantir essa proteção, a exemplo de alguns países do velho continente. De outro lado, podemos encontrar países que, apesar da garantia constitucional, o tema é tratado de forma insuficiente pelo legislador infraconstitucional e pelas autoridades em geral, no caso o Brasil.

. A norma constitucional brasileira revela que a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, traz a primeira notícia de proteção específica à pessoa com deficiência, mas o dispositivo específico acerca dos direitos das pessoas com deficiências apenas pode ser observado a partir de 1978, com a edição da Emenda Constitucional nº 12 de 1978, que representou um marco na defesa dessas pessoas. Seu conteúdo pode ser considerado abrangente, uma vez que compreendia os principais direitos das pessoas com deficiência, em especial no tocante a educação, assistência e reabilitação, proibição de discriminação e acessibilidade. Entretanto, a




eficácia dessa norma ficou comprometida pelo regime ditatorial, que limitou significativamente os direitos e garantias individuais.

A Constituição de 1988, marco de transição para o regime democrático, manteve os direitos que já eram previstos na Emenda Constitucional 12 de 1978, e ainda ampliou o rol assegurando à pessoa portadora de deficiência proteção no mercado de trabalho; reserva de vagas em concursos públicos; normas infraconstitucionais foram elaboradas no sentido de buscar a efetividade dos direitos fundamentais de acessibilidade da pessoa portadora de deficiência. Vale social; educação; dignidade humana e cidadania. E a partir do texto constitucional brasileiro, várias normas infraconstitucionais ressaltar que o período histórico de 1988, favoreceu a participação democrática das associações “de/para “deficientes<sup>143</sup> no processo de elaboração da Carta Magna, o que permitiu a ampla incorporação dos direitos então reivindicados por este grupo (COUTINHO, 2012).

Sendo assim, a Constituição da República, ao revelar uma postura eminentemente social, impõe ao poder público o dever de executar políticas que minimizem as desigualdades sociais, e neste contexto se perfaz os artigos constitucionais atinentes às pessoas portadoras de deficiência. Contudo, tais dispositivos devem ser aplicados de modo a consagrar diferentes princípios, tais como, os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da cidadania e da democracia. É de suma importância, a elaboração legislativa, a interpretação jurídica e o desenvolvimento das atividades administrativas serem norteadas por tais princípios, com a finalidade de obter uma sociedade mais justa, democrática e igualitária.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais reclama ao Estado uma ação que possa proporcionar condições mínimas de vida com dignidade. Ligados ao valor de igualdade, os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais. São direitos de titularidade coletiva e com caráter positivo, pois estes exigem atuações do Estado.

<sup>143</sup> Em outubro de 1986, uma reunião nacional preparou um documento encaminhando 14 propostas para servir de subsídio à nova carta. O documento foi ratificado em 1987 em Brasília e encaminhado sob a forma de emenda popular, apoiada por 33 mil assinaturas e entregue em 13 de agosto de 1987 ao Congresso Nacional Constituinte. AKASHI, Lucy Tomoko. O cidadão e a lei: o caso específico da pessoa portadora de deficiência, tese apresentada para obtenção do título de mestrado em Psicologia Social na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em 1992.




Consoante à importância dos princípios constitucionais como normas que consagram valores que servem de fundamento para todo o ordenamento jurídico, destacamos, o princípio da igualdade, sendo este considerado um dos princípios basilares do direito constitucional brasileiro, o qual tem por fundamento promover o tratamento igualitário entre as pessoas, levando em consideração as diferenças existentes entre elas. Conforme aduz Araújo (2003):

Toda e qualquer interpretação constitucional que se faça, deve passar, obrigatoriamente, pelo princípio da igualdade. Só é possível entendermos o tema de proteção excepcional das pessoas portadoras de deficiência se entendermos corretamente o princípio da igualdade (ARAÚJO, 2003, p. 46).

Assim, se faz necessário à aplicação do princípio da igualdade para toda e qualquer interpretação constitucional, pois este funciona como um ponto de equilíbrio entre os direitos das pessoas não portadoras de deficiência e daquelas portadoras de deficiência. Ressalta-se que a constituição federal de 1988 consagrou tanto o princípio da igualdade formal, quanto o princípio da igualdade material. Por sua vez, a igualdade formal impede que pessoas estando numa mesma situação fática tenham tratamento desigual, em contrapartida, o princípio da igualdade material, impõe à adoção de medidas reparadoras objetivando a redução das desigualdades de fato, através de um tratamento diferenciado as pessoas que se encontrem em situações de desigualdade.

Nesse sentido, intui-se que o princípio da igualdade não deve ser compreendido no sentido da igualdade formal, mas, no sentido da igualdade material através da lei. Conforme argumenta Canotilho (2000, p. 418), devendo tratar-se por “igual o que é igual e desigualmente o que é desigual”. Assim, mediante a compreensão do sentido de igualdade, é que se tem vista não impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções.

Quanto ao Princípio da Reserva do Possível, este discorre sobre a efetivação dos direitos fundamentais, sendo estes dependentes da efetiva e razoável disponibilidade por parte do Estado. Em sua origem, não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal vem se manifestando no sentido de garantir a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, impondo o princípio do não retrocesso social e argumentando que a alegação do princípio da reserva do possível não



pode ser obstáculo para garantir a efetividade dos direitos fundamentais das pessoas portadoras de deficiência.

O Princípio da Especificação, ora implícito, reconhece as diferenças específicas entre as pessoas, se mulher, homem; reconhece as diferentes fases da vida, se criança, adulto, idoso; reconhece às diferenças de aptidão, se portador de deficiência ou não. Desse modo, as necessidades de cada indivíduo deverão ser vistas em sua especificidade e concretude. Nesse ínterim, se faz mister reconhecer que tais princípios funcionam como elementos norteadores para o processo de inclusão dos portadores de deficiência, mediante determinação constitucional.

No plano internacional, vislumbra-se de forma imediata uma ética universal, visando o respeito, à integração e à proteção das pessoas com deficiência, ponto que marca os instrumentos gerais e especiais de proteção. Assim, a proteção das pessoas com deficiência se remete ao processo denominado especificação dos sujeitos de direitos. Como comenta Piovesan (2009 *apud* BOBBIO, 1992, p. 69),

O próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc.” São dessa forma, considerados critérios de diferenciação como sexo, idade, condição física, dentre outros, que passaram a demandar um tratamento especializado.


Assim, a pessoa portadora de deficiência, não deve ser objeto de tratamento diferenciado, mas, lhes devem ser assegurado um tratamento especial concernente aos seus direitos e garantias no âmbito social como todo.

Os direitos humanos tem como pressuposto fundamental a valorização da pessoa humana, o homem como um ser essencialmente dotado de valores próprios. E sobre o conceito de pessoa portadora de deficiência, discorre (JAQUES, 2012):

Inicialmente, a concepção do termo “pessoa portadora de deficiência” e o seu conceito tiveram origem na Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes (Resoluções ONU 2542/75 e 3447/75), na qual se estabeleceu ser portador de deficiência “qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência congênita ou não, em suas capacidades físicas, sensoriais ou mentais”.

O ano de 1981 foi proclamado pela ONU como o ano internacional das pessoas deficientes, cujo lema foi “participação plena e igualdade”. Esse foi considerado um marco na





luta dos portadores de deficiência em defesa de seus direitos, favorecendo a aproximação da população em geral com a questão.

A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, adotada pela ONU em 2006, bem como a Convenção Interamericana sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra pessoas com deficiência, adotada pela Organização dos Estados Americanos – OEA em 1999 apresenta uma definição inovadora de deficiência, compreendida como toda e qualquer restrição física, mental ou sensorial, permanente ou temporária, que limita o exercício de direitos e que pode ser causada ou agravada pelo ambiente econômico e social. A inovação está no reconhecimento explícito de que o meio ambiente econômico e social pode ser causa ou fator agravante da deficiência.

Ainda remete a Convenção da ONU, que as pessoas com deficiência devem ter a oportunidade de participar ativamente dos processos decisórios relacionados a políticas e programas que as afetem, os Estados estão obrigados a consultar as pessoas com deficiência, por meio de seus representantes e organizações, quando da elaboração e implementação de leis e medidas para efetivar a Convenção e outras políticas que causem impacto em sua vida.

Assim, no âmbito internacional, consecutivamente, são elaborados parâmetros protetivos mínimos para a defesa dos direitos das pessoas com deficiência. Contudo, esses parâmetros devem ser somados aos parâmetros constitucionais, visando maior efetivação e proteção à pessoa com deficiência.

Sobre a perspectiva dos direitos humanos, vale ressaltar que a Constituição Federal Brasileira de 1988, segue os princípios da Declaração dos Direitos Humanos, estando em absoluta consonância com os parâmetros protetivos mínimos do campo internacional, no entanto, cabe aos operadores do direito potencializar e aperfeiçoar o uso estratégico destes instrumentos para a plena observância dos direitos das pessoas com deficiência.

É importante mencionar que o Brasil é signatário de várias convenções, dentre elas, a Convenção da Guatemala, documento aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 198/2001, que deu origem ao Decreto nº 3.956/2001. Assim, pela primeira vez, uma lei explicitou o conceito de “discriminar” com base na deficiência. Para a maioria dos membros do Ministério Público, este decreto tem valor equivalente a uma norma constitucional, visto que se refere a direitos e garantias da pessoa humana.



No tocante a legislação, a Lei nº 7.853, 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, estabeleceu normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência, e sua efetiva integração social. Essa lei representa um marco legal inovador e referencial para os instrumentos jurídicos sobre a inclusão de pessoas com deficiência na sociedade brasileira.


A Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiências ou com mobilidade reduzida, mediante a supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação.

O Decreto nº 5.296, regulamentando as Leis nº 10.098, e 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas portadoras de deficiência, aos idosos, às gestantes, às lactantes e às pessoas acompanhadas por crianças de colo. É importante mencionar, o Decreto 914/93, que instituiu a Política Nacional para a integração da Pessoa com Deficiência, no qual destina 5% das vagas em empresas com mais de 100 empregados para os portadores de necessidades especiais, entre outros (RULLI NETO, 2002).

A Emenda n.º 12 à Constituição de 1967, promulgada em 17 de outubro de 1978 surgiu mediante a materialização do direito constitucional de igualdade, assegurava aos portadores de necessidades especiais a melhoria de sua condição social e econômica especialmente no tocante a educação especial e gratuita, assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país, proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço e salários, possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.

Assim, muitas são as leis, decretos, portarias e resoluções que a partir da Constituição Federal de 1988 pretendem promover eficazmente a inclusão de pessoas portadoras de deficiência, porém, falta a efetivação por parte dos órgãos responsáveis do poder público, quanto a sua aplicação.

Como aduz Fávero (2006, p. 165), bastariam os dispositivos constitucionais relacionados ao tema para que as pessoas com deficiência fossem efetivamente incluídas na sociedade. Como sabemos as garantias não são totalmente concretizadas, haja vista que todas



as pessoas possuem direitos, entretanto, as condições de exercê-los são diferentes. Dignas de menção, as palavras de Miranda (1998):

Os direitos são os mesmos para todos; mas, como nem todos se acham em igualdade de condições para os exercer, é preciso que essas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem (MIRANDA, 1998, p. 202).

Nesse sentido, verificam-se, então, relevantes avanços no tocante ao plano normativo, reconhecidos, inclusive, pelos próprios interessados. Entretanto, passados anos de vigência da Constituição Federal, mesmo com a previsão especificada dos direitos das pessoas com deficiência, bem como dos instrumentos garantidores desses direitos, a violação subsiste e, quanto à concretização dos dispositivos constitucionais, estes ainda constituem meta a ser alcançada. Segundo Piovesan (2009 *apud* SANTIAGO, 2000, p. 4), o problema reside na falta de efetividade das referidas normas, pois nem o poder público nem a sociedade em geral possuem sensibilidade suficiente para lidar com a realização dos direitos das pessoas com deficiência<sup>144</sup>.

Desta forma, percebe-se que a eficácia de uma constituição depende do modo de como ela é cumprida, pois ela por si própria, é apenas um instrumento, não tendo condições de conformar a realidade social a seu modelo. Por isso, é de fundamental importância à efetiva implementação da sua força normativa pelos diversos atores sociais por meio de uma cidadania popular ativa e combativa, bem como da atuação dos poderes, sendo estes, um dos principais responsáveis pelo cumprimento da Lei Maior. Pois, na maioria das vezes a falta da efetiva implementação da legislação, deve-se ao abismo existente entre as propostas de governo e sua execução, seja por motivos políticos, seja pela ausência de capacitação ou mesmo pela falta de sensibilidade dos agentes estatais incumbidos de executá-las. Assim adverte Piovesan (1998, p. 23), “A luta das pessoas com deficiência não se restringe apenas às esferas de Poder, é preciso muito mais: combater o preconceito e motivar a conscientização não apenas do Poder Público, mas de toda população”.

<sup>144</sup> A título ilustrativo, note-se que as calçadas estão completamente ocupadas por degraus, bancas de jornal, postes e buracos, o que evidencia a falta de planejamento racional do espaço urbano, a fim de permitir o acesso e a circulação da pessoa com deficiência pela cidade, não obstante a Constituição prever a adaptação de logradouros. Ademais, a imprensa noticia que cegos são impedidos de administrar sua própria conta bancária, surdos não podem andar de ônibus gratuitamente, nem ir à faculdade por falta de intérprete (SANTIAGO, Carlos Henrique. País ainda ignora direitos de deficientes (*Folha de São Paulo*, 28-3-2000, Caderno São Paulo, p.4).



Nesse sentido, a maior dificuldade está na falta de conscientização da sociedade, bem como no progresso de uma cultura inclusiva, sendo esses os mais eficazes meios de garantir o respeito a essas pessoas. É necessário compreendermos que as necessidades especiais que as pessoas com deficiência têm fazem parte de seu direito à igualdade, e essa igualdade só se tornará possível mediante políticas públicas voltadas a sua efetivação.

Em trabalho de autoria de Tereza Costa D`Amaral (2014), superintendente do Instituto Brasileiro dos Direitos da Pessoa com Deficiência, esta relatou que foi realizada uma pesquisa internacional no ano de 2004, e está concluiu que nossa legislação é a mais inclusiva das américas, e uma pesquisa realizada no Senado Federal, de 2010, revelou que a grande maioria das pessoas portadoras de deficiência tem a percepção de não ter seus direitos de cidadania respeitados, sentindo-se totalmente excluídas na sociedade brasileira.


Com isso, ratifica-se uma constrangedora separação entre a legislação e a realidade, entre a vontade da lei e a realidade das políticas públicas. Nesse sentido, há uma extrema necessidade de se desenvolver ações e políticas públicas eficazes, objetivando a inclusão e interação social de maneira satisfatória.

Ainda comenta Carvalho (2001, *apud* GARCIA, 2012, p.51), uma sociedade inclusiva, pressupõe ressignificação da sociedade, em que todos, com ou sem deficiência, seriam beneficiados, pois esta desenvolve sentimentos sadios frente à diferença, como a cooperação e a solidariedade.

Nesse contexto, cabe ao Estado e a sociedade coletivamente, a tarefa de buscar novos caminhos para a superação dos obstáculos presentes no seio social em que a pessoa com deficiência esteja inserida e, no caso mais específico promoverem políticas públicas eficazes e efetivas objetivando a satisfação e a inclusão desses cidadãos no espaço cidadão.

Pois, a inclusão social tem por base a vigência dos direitos específicos das pessoas com necessidades especiais e está diretamente ligada à eficácia dos direitos humanos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é preponderantemente um valor jurídico, enquanto que a inclusão social é uma obrigação dos poderes públicos para que se tenha uma sociedade mais justa e democrática, valorizando, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana. Conforme apresenta Cocorutto (2008, p. 44-45):





A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Brasileira, imprescindível para o Estado Democrático Social de Direito, enquanto a inclusão social é um dos objetivos fundamentais do Brasil, imprescindível para a concretização da dignidade do homem.

Contudo, a inclusão de pessoas portadoras de deficiência é um tema complexo e que merece todos os esforços das ações governamentais e não governamentais. Faz-se mister uma sociedade mais justa e igualitária, para atender aos anseios dessa classe que na maioria das vezes torna-se esquecida, incapaz e posta de lado, diante da falta de efetivação dos direitos e garantias a eles assegurados.

Por todo o exposto, temos aqui lançado à base para nossa pesquisa, destacando os direitos fundamentais como elementos norteadores para o processo de inclusão social, a análise de alguns princípios, leis, emendas, decretos, e o enfoque nas políticas públicas vislumbrando garantir os direitos das pessoas portadoras de deficiência, o que nos permite prosseguir com o estudo de gênero, em especial da mulher portadora de deficiência.


### **A QUESTÃO DE GÊNERO E A PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA: UM PARADIGMA DE DIREITOS HUMANOS DA MULHER**

O conceito de gênero foi elaborado como uma categoria analítica e histórica referente às imagens que a sociedade construiu a partir das diferenças sexuais presentes nos corpos, chegando a representações de gênero em torno do que é masculino e do que é feminino. Nesse sentido, o conceito de gênero é uma construção social e cultural, que está relacionada aos costumes, as criações oriundas das experiências sociais, tais como as leis; as religiões; a vida política; as relações de dominação entre os sexos, e a divisão social e sexual do trabalho.

Conforme expressa Boff; Muraro (2010, p. 20),

Tal singularidade humana torna complexa a interação entre fatores biológicos e socioculturais na construção concreta do gênero. Portanto, precisamos ver como se elaboraram socialmente os dados biológicos referentes à mulher em relação ao homem, em vez de mantê-los como causas paralelas, sem dialetizá-los (BOFF; MURARO, 2010, p. 20).

Com isso, faz-se necessário perceber como foram construídos sócio-culturalmente os dados biológicos concernente à mulher em relação ao homem, no intuito de tornar claro essas relações causais. Nas sociedades denominadas capitalistas burguesas o *status quo* é o patriarcado e juntamente a ele predomina a tradição sexista, onde configura o pensamento de que mulheres não podem exercer os mesmos trabalhos que os homens e que seu trabalho,



porém, é hierarquicamente inferior. Para Durkheim (1893, p. 128), “a divisão do trabalho (...) é e se torna cada vez mais, uma das bases fundamentais da ordem social”. E foi nesse viés que se desenvolveu o preconceito no espaço público, condicionando as mulheres ao espaço privado, no tocante aos trabalhos domésticos e aos cuidados com a prole, atividades não valorizadas pela sociedade capitalista.

Contudo, se percebe que as características de gênero são construções sócio-culturais que variam através da história, e se referem aos diferentes papéis que a sociedade atribui a cada um, com base nos estereótipos do que considera como “masculino” ou “feminino”. Como comenta Izumino (1988 *apud* EUFRASIO, 2008), as diferenças sexuais, mas do que biologicamente determinadas, são socialmente definidas, estando sujeitas às variações culturais na determinação dos papéis sociais de homem e da mulher.

Nesse sentido, “o que somos” vai se construindo através das relações com os outros, com o mundo dado, objetivo. Cada indivíduo se configura através das relações sociais, construindo uma identidade pessoal, uma história de vida e um projeto de vida. Na esteira desse processo, o fato de se pertencer a um gênero ou outro, ser menina ou menino, também resulta das referências iniciais com o mundo.

Segundo Boff; Muraro (2010, p. 20), as diferenças sexuais são dadas e, simultaneamente, construídas. Por isso, importa sempre considerá-las em conjunto para fazermos justiça a essa realidade dialética. Em linhas gerais, podemos refletir que as distinções entre homens e mulheres, não são derivadas apenas do fator biológico, mas, de uma construção social. Assim, as relações de gênero se iniciam no nascimento, perdurando ao longo de toda vida, reforçando a desigualdade existente entre homens e mulheres no tocante a sexualidade, a reprodução, a divisão sexual do trabalho e no âmbito público/cidadania.

Para tanto, a desigualdade de gênero, assim como outras formas de diferenciação social, trata-se de um fenômeno estrutural com raízes complexas e instituído sócio-culturalmente de tal maneira, que se processa cotidianamente de forma natural, passando a ser disseminada deliberadamente por diferentes instituições sociais. Todavia, a constituição do debate a respeito de gênero, além de concentrar-se, inicialmente, numa leitura centrada no pólo feminino, teve como contribuição central à ênfase na elaboração cultural das diferenças sexuais. Assim, ao



pensarmos em gênero vamos encontrar um sistema disciplinador e normativo que define as bases do papel da mulher e que tem determinado sua posição na sociedade ao longo da história.


Durante as sociedades que antecederam às técnicas da escrita, a forma social predominante era uma comunidade baseada na coletividade, assim, homens e mulheres viviam de forma integrada, e as relações eram igualitárias. A mulher, ainda era divinizada por ser reprodutora da espécie e estar mais próxima dos deuses. No entanto, com o primeiro processo civilizatório dessas sociedades, iniciaram-se as relações de força e o gênero masculino, passa a ser predominante vindo a se tornar hegemônico no período histórico, quando a ele é destinado à esfera pública e à mulher, a esfera privada. Contudo, a relação homem/mulher passa a ser de dominação, e a violência, portanto, é à base das relações entre os grupos e entre a espécie com a natureza.

Com a revolução industrial, no final do século XX, o sistema competitivo fez com que as mulheres entrassem para o espaço público em busca de ascensão profissional e mercantil. De modo que, no início do século XXI, após longa trajetória de lutas, elas conseguem ocupar posições bastante significativas da força de trabalho mundial. Entretanto, sua ocupação no mercado de trabalho, se dar em setores desfavoráveis e em condições de subordinação, desempenhando na maioria das vezes as mesmas funções dos homens, porém, ganhando menos que eles. Além disso, sua jornada laboral por vezes é dupla ou até tripla, em se tratando de trabalhar fora de casa, ser gestora do lar e ocupar-se da vida familiar, desempenhando trabalhos domésticos, trabalho não valorizado e não remunerado, atividades que trouxeram mais responsabilidades e desgastes a rotina cotidiana.

Os homens não viam as mulheres como aliadas nas questões trabalhistas, a sociedade machista ainda tinha a concepção que o lugar das mulheres era em casa, cuidando do lar e da família. Assim, a maioria das mulheres assalariadas se abstinha de qualquer reivindicação no tocante a seus direitos por medo de perder seu trabalho.

Na segunda metade do século XX, precisamente após o movimento cultural de maio de 1968<sup>145</sup>, como movimento feminista, que alimentou a bandeira de luta pelos direitos feministas,

<sup>145</sup> O movimento cultural de maio de 1968 na França nasceu de uma greve geral contra medidas governamentais do presidente Charles De Galle, principalmente em função das reivindicações estudantis e das minorias sociais, como negros, estrangeiros e mulheres à época (VALLADARES; BERBEL, 1994, p. 92).



ganha expressividade e dinamismo, a partir da expansão do feminino para diferentes lugares e espaços sociais.

Assim discorre sobre o movimento feminista (LOURO, 2013, p. 19-20),


Já se tornou lugar comum referir-se ao ano de 1968 como um marco de rebeldia e da contestação. A referência é útil para assinalar, de uma forma muito concreta, a manifestação coletiva da insatisfação e do protesto que já vinham sendo gestados há algum tempo. França, Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha são locais especialmente notáveis para observarmos intelectuais, estudantes, negros, mulheres, jovens, enfim, diferentes grupos que, de muitos modos, expressam sua inconformidade e desencanto em relação aos tradicionais arranjos sociais e políticos, às grandes teorias universais, ao vazio formalismo acadêmico, à discriminação, à segregação e ao silenciamento. 1968 deve ser compreendido, no entanto, como uma referência a um processo maior, que vinha se constituindo e que continuara se desdobrando em movimentos específicos e em eventuais solidariedades (LOURO, 2013, p. 19-20).

O movimento feminista surge num período de efervescência social e política, e de grande descontentamento de diferentes grupos sociais. No século XX, com o surgimento da revista dos *Annales* de História Social e Econômica originário do Movimento dos *Annales* no ano de 1929, novas vertentes construíram diferentes perspectivas de abordagem, substituindo a história político-diplomática pela vertente econômico-social e essa nova abordagem historiográfica leva em consideração estudos sobre vários aspectos e gêneros na sociedade. Assim, a mulher passou a ocupar um papel de destaque na historiografia e, conseqüentemente, tornou-se objeto de estudos de outras áreas do conhecimento. Vale ressaltar, que algumas militantes feministas, motivadas por esse movimento trazem no bojo de suas produções intelectuais, aspectos concernentes a mulher.

Em especial, a historiadora Mary Del Priore, que em sua obra *A História das Mulheres no Brasil* (1997), trabalhou sobre a ocupação dos papéis femininos como resultados de uma construção social e histórica, que através de uma profunda pesquisa em documentos históricos, pode traçar a trajetória das mulheres no processo histórico do Brasil colonial aos nossos dias.

Contudo, os estudos feministas buscavam sempre focar as relações de poder, dando maior visibilidade às questões relacionadas às diferentes formas de silenciamento, submetimento e opressão das mulheres, com isso, a mulher passa a se tornar visível, pois a segregação social e política do feminino foram historicamente conduzidas e tiveram como conseqüência a sua ampla invisibilidade como sujeito.





Sobre a importância dos estudos feministas, aduz ( LOURO, 2013, p. 23),

[...] fizeram mais, ainda: levantaram informações, construíram estatísticas, apontaram lacunas em registros oficiais, vieses nos livros escolares, deram voz àquelas que eram silenciosas e silenciadas, focalizaram áreas, temas e problemas que não habitavam o espaço acadêmico, falaram do cotidiano, da família, da sexualidade, do doméstico, dos sentimentos. Fizeram tudo isso, geralmente, com paixão, e esse foi mais um importante argumento para que tais estudos fossem vistos com reservas (LOURO, 2013, p. 23).

São imprescindíveis os estudos feministas referentes aos aspectos concernentes à historicidade do feminino, o seu lugar social, as relações de poder, as desigualdades de gênero, e as transformações que o gênero feminino vem passando no decorrer dos tempos. Representa um movimento social e intelectual que consagrou o caminho para a emancipação das mulheres.


Quanto à situação legal, ainda que de forma gradativa, a emancipação jurídica do gênero feminino impulsionou o declínio da sociedade conjugal moldada no protótipo patriarcal. Assim aduz Dias (2013 *apud* FACHIN, 2003, p. 138), hoje a mulher, na plenitude de sua condição feminina é parte fundante da estrutura social e passou a exercer funções relevantes para a sua emancipação pessoal e profissional, para a sociedade e para a sua família. Nesse sentido, é notório o papel e importância social do movimento feminista, que mesmo sendo alvo de críticas, tem conseguido a tão ansiada liberdade e igualdade, pretendida pelas mulheres.

A esse propósito, relata Joan Scott (1988 *apud* LOURO, 2013),

Aponta o equívoco de se conceber o par “diferença-igualdade” como um “dilema”, ao qual as feministas teriam necessariamente de se entregar. Lembra que a luta primeira centrava na reivindicação da igualdade entre as mulheres e os homens (igualdade social, política, econômica). Avançando em suas teorizações, o feminismo vai responder à “acusação” da diferença transformando-a numa afirmação, ou seja, não apenas reconhecendo, mas procurando valorizar, positivamente, a diferença entre mulheres e homens. Joan Scott (1988 *apud* LOURO, 2013).

Em que pese o estudo de gênero referente às outras categorias sociais, como classe, raça, orientação sexual, geração, região e religião, entre outros. Cada vez mais tem se articulado essa problemática no terreno dos estudos feministas, e na esteira dessas novas demandas, o desafio de considerar a diversidade de seus sujeitos políticos conduz a avaliar e refletir as diferenças e a pluralidade do contexto político. Assim, as políticas de inclusão social às pessoas com deficiência, corroborada pelos movimentos sociais, deram maior visibilidade a esse grupo social, proporcionando a esta diferença social, maior reflexão e análise.

Sobre os portadores de deficiência física, sejam homens ou mulheres, estes obtiveram o alcance de seus direitos no tocante as políticas de acessibilidade, inclusão escolar, ocupação no



mercado de trabalho mediante um percentual de vagas destinado aos portadores de deficiência nas empresas privadas e no serviço público através de concursos públicos<sup>146</sup>.

Entretanto, em especial as mulheres portadoras de deficiência, que constituem porcentagem expressiva no total da população brasileira, ainda percebe-se a falta de efetivação dos seus direitos assegurados e garantidos por lei, fundamentados pelo princípio da igualdade, assim como, a ineficácia de algumas políticas públicas de inclusão. A mulher portadora de deficiência sofre uma complexa discriminação, baseada em gênero e deficiência e, conseqüentemente, enfrenta uma situação peculiar de vulnerabilidade. Essa complexidade pode ser evidenciada sagazmente através da incorporação de outras formas de discriminação, tais como, raça/etnia, classe, orientação sexual, entre outros.

Assim, para Mello, Nuernberg (2013 *apud* FINE; ASCH 1988), conjuntamente com as categorias de raça/etnia, classe e orientação sexual, o feminismo deveria examinar como a deficiência interage com o gênero e as formas heterogêneas de opressão que podem emergir desse duplo enfoque.

Nesse sentido, as mulheres portadoras de deficiência vivenciam com maior amplitude situações de exclusão social em relação aos homens com deficiência e as mulheres sem deficiência, em parte proveniente de uma sociedade patriarcalista e capitalista. Para tanto, o imaginário social que as envolve, sobretudo quando portadora de deficiência, contribui para uma visão estigmatizante em relação aos valores, crenças e expectativas sociais, que tem alimentado na sociedade uma concepção equivocada e preconceituosa em relação à portadora de deficiência, como sendo um ser assexuado e não reprodutor.


A construção do corpo, do gênero e da sexualidade, são pontos marcantes que põem suas historicidades diante da situação de vulnerabilidade.

Conforme discorre Mello; Nuernberg (2012, p. 644),

O culto ao corpo perfeito, belo e saudável inibe as pessoas com deficiência e constringe os “normais”. Assim, “devido à promoção da beleza harmônica que

<sup>146</sup> Cf. Lei nº 8.213/1991, lei de contratação de Deficientes nas Empresas.

Lei que destina até 20% das vagas nos concursos públicos aos portadores de necessidades especiais (art. 37, VIII de Constituição Federal e art. 5º parágrafo 2º da lei 8.112/90). Lei 10.098/2000, estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de necessidades especiais ou com mobilidade reduzida. Artigo 208, III da Constituição Federal, garante o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.



herdamos dos gregos até nossos dias, a manifestação da deficiência lesiona o conceito e a idealização de corporeidade grega que eugenicamente temos tão enraizados dentro de nós” (MELLO; NUERNBERG, 2012, p. 644).

No bojo dessa discussão, as mulheres com deficiência não se adéquam aos padrões corporais impostos socialmente, e essa diferença causa impacto na sexualidade. Essa visão, referente aos pensamentos conservadores que associam sexualidade e reprodução, usurpa das mulheres o seu reconhecimento enquanto sujeito de desejos afetivo-sexuais, potencializando a desigualdade de determinados corpos como inferiores ou incompletos, quando comparados aos padrões de corpos socialmente impostos.


Conforme, aduz Bastos; Deslandes (2007),

Uma das maiores barreiras para a discussão da sexualidade de pessoas com deficiência deve-se à escassez de relatos de experiência sobre o assunto, que alimentada pelo preconceito e discriminação existentes colabora para uma perspectiva de que o portador de deficiência não tem direito a exercer a sua sexualidade (BASTOS; DESLANDES, 2007, p. 278).

A mentalidade social, arraigada de mitos e preconceitos no que se refere às possibilidades de vinculação afetiva e sexual das mulheres portadoras de deficiência, preconiza uma postura de negação ao desenvolvimento sexual dessas mulheres. Nesse sentido, há uma necessidade de se incluir as “questões de gênero” nas políticas públicas para pessoas com deficiência, assim como, contemplar a inclusão desse tema nas políticas públicas para mulheres.

É importante lembrar que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Legislativo 186/2008 (BRASIL, 2008), introduziu o recorte de gênero ao incluir no documento o artigo 6, sob o título de “Mulheres com Deficiência”, com dois itens: o item I diz que “os Estados Partes reconhecem que as mulheres e meninas com deficiência estão sujeitas à discriminação múltipla e, portanto, deverão assegurar a elas o pleno e igual desfrute de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”; e o item II menciona que “os Estados Parte deverão tomar todas as medidas apropriadas para assegurar o pleno desenvolvimento, avanço e empoderamento das mulheres, a fim de garantir-lhes o exercício e desfrute dos direitos humanos e liberdades fundamentais estabelecidos na presente Convenção”.

Com essa importante conquista, os governos foram obrigados em reconhecer a importância da situação das meninas e mulheres com deficiência, no tocante as perspectivas de



gênero e a igualdade entre as mulheres e homens com deficiência, assim como, entre as mulheres e homens sem deficiência.

Todavia, no Brasil, a problemática da deficiência ainda é considerada emergente nos movimentos e estudos feministas. O enfoque dado às mulheres portadoras de deficiência deve ser pensado num sentido macro, levando em consideração conjuntamente os aspectos físicos e subjetivos, no tocante aos valores, crenças e expectativas da sociedade na qual elas estão inseridas, uma vez que a estigmatização enquanto aos corpos femininos “portadoras de deficiência” deve-se a falta de medidas protetivas e de respeito à dignidade humana no tocante ao cumprimento dos direitos e garantias legitimadas a essas pessoas.

Em outras palavras, a sociedade ainda não está preparada estrutural e socialmente para promover uma inclusão e interação social de maneira satisfatória, particularmente quando se trata da dignidade das mulheres portadoras de deficiência, no que pese a construção do corpo, do gênero, da sexualidade ou na garantia de acesso às condições de promoção social, aspectos marcantes que requerem atenção e reivindicações em razão da situação de vulnerabilidade em que ainda se encontram.


## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O objetivo desse estudo consistiu em abordar o paradigma da inclusão social da mulher portadora de deficiência no Brasil, analisando os desafios e impasses quanto às políticas de inclusão na esfera social e jurídica.

Para tanto, o tema foi examinado a luz da Constituição Federal e da legislação pertinente, notadamente, verificou-se que muitas são as leis que pretendem promover a inclusão das pessoas portadoras de deficiência na sociedade. Porém, bastariam à aplicabilidade dos dispositivos constitucionais de modo eficaz relacionados ao tema, para que esses sujeitos fossem efetivamente incluídos na sociedade.

Também registramos, a importância dos princípios constitucionais como juízos universais basilares da deontologia jurídica, que consagram valores e que servem de fundamento para todo o ordenamento jurídico, assim, se destaca a importância do Princípio da Igualdade para toda e qualquer interpretação constitucional, o Princípio da Reserva do Possível que discorre sobre a efetivação dos direitos fundamentais e o Princípio da Especificação, que ora implícito, reconhece as diferenças específicas entre diversas categorias.





Concernente à questão de gênero acerca da mulher portadora de deficiência, a abordagem didática permitiu apresentar reflexões sobre a trajetória das mulheres portadoras de deficiência no âmbito social, sob o paradigma dos Direitos Humanos. Para tanto, evidenciou-se que assim como outras formas de diferenciação social, a desigualdade de gênero trata-se de um fenômeno estrutural com matrizes complexas instituídos sócio-culturalmente, passando a ser disseminada deliberadamente por diferentes instituições sociais.

O estudo identificou que gênero e deficiência são categorias que estão imbricadas nas dimensões da corporeidade e da sexualidade, sendo esses, pontos marcantes que põem as mulheres portadoras de deficiência diante uma situação de vulnerabilidade.

Ademais, constata-se a necessidade de conceber as “questões de gênero” nas políticas públicas para pessoas com deficiência, bem como, fazer avançar a concepção crítica da deficiência, proporcionando visibilidade à mulher portadora de deficiência no tocante ao cumprimento dos seus direitos e garantias.

Prosseguindo, conclui-se que é primordial fazer uma análise sobre a inclusão social e a qualidade de vida da mulher portadora de deficiência, vislumbrando obter satisfatoriamente uma sociedade mais justa, igualitária e inclusiva. Pois, ainda que a deficiência tenha uma associação direta com a diferença, cabe ao Estado e a sociedade, a tarefa de promover políticas públicas eficazes, a fim de promover o reconhecimento dessas diferenças na tentativa de minorar os obstáculos presentes no seio social, e promover a inclusão.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2001 - 122 p.

BASTOS, OM, DESLANDES, SF. **Sexualidade e o adolescente com doença mental: uma revisão bibliográfica**. Rev C S Col, 2005.

BOFF, Leonardo. MURARO, Rose Marie. **Feminino e Masculino: uma nova consciência para o encontro das diferenças**. Rio de Janeiro: Record, 2010.

CAIXETA, Juliana Eugenia; BARBATO, Silviane. Identidade feminina – um conceito complexo. **Um feminismo**. Disponível em: <<http://www.umarfeminismos.org/feminismos/docs/simonebeauvoir.htm>>. Acesso em: nov. 2015.



CANESQUI, A. M. **Estudos socioantropológicos sobre os adoecidos crônicos**. São Paulo: Hucitec, 2007.

CANOTILHO, J.J.G. **Direito constitucional**. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993.

COCURUTTO, Ailton. **Os princípios da dignidade da pessoa humana e da inclusão social**. São Paulo: Malheiros, 2008.

COUTINHO, Eugênio Côrte Real. **Acessibilidade: direito dos portadores de necessidades especiais**. João Pessoa, 2012 (trabalho de conclusão de curso, FESP, Orientadora: Orientadora: Sheyla Barreto Braga de Queiroz. D'AMARAL, Teresa Costa. Direitos das pessoas com deficiência: atualidade da legislação e ausência de políticas públicas. *In. Revista Jurídica Consulex*. São Paulo: Ano XVIII, nº 408, p. 28-35, 15 de janeiro de 2014.

DEL PRIORE, Mary. **História das Mulheres no Brasil**. 3 Ed., São Paulo: Contexto, 1997.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DURKHEIM, Émile **Da divisão social do trabalho**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

EUFRASIO, Cintia Letícia Bittar de Araujo; EUFRASIO, Marcelo Alves Pereira. **Tessituras da modernidade: entre o público e o privado**. Curitiba: Protexoto, 2011.

FÁVERO, Eugênicia Augusta Gonzaga. **O direito das pessoas com deficiência e o acesso à educação**, p.152-174. *In. ARAUJO, Luiz Alberto David (Coord). Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FONSECA, Ricardo Tadeu. **O trabalho protegido do Portador de Deficiência**. Disponível em: <[http://www.ibap.org/ppd/artppd/artppd\\_ricardofonseca01.htm](http://www.ibap.org/ppd/artppd/artppd_ricardofonseca01.htm)>. Acesso em: out. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 71.


\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9º Ed. Campinas, São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCIA, Carla Cristina. **Sociologia da acessibilidade**. Curitiba: Editora IESDE, 2012.

JAQUES, Karina. **Direito Fundamental à acessibilidade**. <<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaTvJustica/portaTvJusticaNot>> Acesso em: 15/05/ 2015.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do Trabalho Científico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1987.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista**. 15 Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.



MARTINS, **Flora Tzanno Branco**. Maio de 68. Disponível em: [ofelia.com.br/\\_arquivos/files/.../Flora%20Tzanno%20B.%20Martins.pdf](http://ofelia.com.br/_arquivos/files/.../Flora%20Tzanno%20B.%20Martins.pdf). Acesso em: out. 2015.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Coimbra, janeiro de 2000.

RULLI NETO, Antônio. **Direitos do portador de necessidades especiais**. São Paulo: Fiuza Editores, 2002.

NUERNBERG, Adriano Henrique; MELLO, Anahi Guedes de. **Corpo, gênero e sexualidade na experiência da deficiência**. Disponível em: [http://www.sedese.mg.gov.br/conped/images/.../corpo\\_genero\\_sexualidade.pdf](http://www.sedese.mg.gov.br/conped/images/.../corpo_genero_sexualidade.pdf). Acesso em: out. 2015.



# CAPÍTULO 24

## A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO EM HANNAH ARENDT E JÜRGEN HABERMAS: UM OLHAR ACERCA DA DEMOCRACIA E O ESPAÇO PÚBLICO

**Marcelo Alves Pereira Eufrásio**, Pós-doutor em História. Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Campina Grande - UFCG. Professor dos cursos de bacharelado em Direito e Engenharia Civil do Centro Universitário UNIFACISA. Pesquisador vinculado ao GESPI/CNPq. Ex-pesquisador bolsista CAPES

### RESUMO


O trabalho sob uma perspectiva da Teoria Crítica do Direito, tem por objetivo abordar uma leitura jusfilosófica acerca das categorias políticas do espaço público e da democracia tendo como pressupostos teóricos os filósofos da tradição contemporânea Hannah Arendt e Jürgen Habermas. Objetiva de maneira geral, analisar de forma filosófica e crítica, o fenômeno em comento, a fim de mostrar como uma leitura da filosofia e sociológica jurídicas pode contribuir na compreensão das vicissitudes advindas do contexto em análise acerca da importância da afirmação da democracia no contexto atual. Para se atingir tal desiderato, tem-se como objetivos específicos, apresentar uma abordagem filosófica dos teóricos que sustentação como categorias de análise o espaço público e a participação política, bem como a implicação desse contexto frente à “crise de representatividade política”, assim como realizar uma reflexão jurídico-filosófica ante o cenário brasileiro com a efervescência de modelos políticos de extrema-direita, destacando-se o aspecto conceitual elencado pelos jusfilósofos em estudo. A metodologia utilizada foi amparada, de forma qualitativa, no método dedutivo. Como resultado, observou-se que a efetiva crise ético-moral na pós-modernidade, demonstra que o referido contexto, diante das intensas transformações, necessita de legitimação das categorias analisadas, de forma a gerar a segurança jurídica em um cenário desafiador muito embora tenham se apontado em pesquisa que a população ainda acredita no regime democrático. Conclui-se, portanto, pela necessidade de afirmação da democracia que se desenvolve a partir da construção do espaço público e da sólida participação política, constitui a melhor forma de salvaguarda dos direitos, bem como oferece devida importância para a sociedade civil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria do Direito. Paradigma ético-moral. Democracia. Espaço público.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar a teoria política de Hannah Arendt (1906-1975), judia e cientista política alemã que idealizou a condição humana que nasce do labor, trabalho e ação como categorias essenciais para entender a ação política e a intervenção do sujeito social nos destinos da vida comunitária, e a teoria filosófica de Jürgen Habermas





(1924), filósofo alemão, representante do Instituto de Pesquisa Social, denominada de Escola de Frankfurt, que propõe a teoria da ação comunicativa como elemento que proporciona a relação dialógica, intersubjetivista e racionalista para enfrentar o problema do esvaziamento da participação do cidadão na esfera pública em razão da interferência e do impasse do setor privado nas questões de ordem pública.

Em função desta abordagem de véis em Filosofia e Sociologia do Direito se procurou evidenciar a dimensão da esfera pública e da participação política no contexto brasileiro a partir das teorias de Arendt e Habermas, no sentido de que é preciso considerar a emergência da ação política do cidadão e a efervescência do agir comunicativo como categorias imprescindíveis para composição do sujeito democrático, que exercita da práxis comunicativa, racionalista e portadora de opinião pública no cenário democrático.

O estudo amparado por uma revisão bibliográfica e o método dedutivo, é concluído com uma análise sobre o cenário da política brasileira a partir da importância da democracia para afirmação dos direitos e das políticas governamentais.

## **A TEORIA SOCIAL EM HANNAH ARENDT**

A filósofa e cientista política Hannah Arendt (1906-1975), ganhou papel de destaque no cenário mundial com sua teoria social voltada às questões relacionadas aos conflitos políticos e militares de meados do séc. XX a partir dos regimes totalitários. Sua abordagem política permite entender a lógica dos regimes totalitários e em contrapartida propõe uma solução dialógica ao problema do poder individual e do expediente da violência a partir da dimensão de funcionamento da esfera pública como matriz da ação política.

Tendo convivido diretamente com a truculência advinda da 1ª e 2ª guerras mundiais, principalmente com a ascensão do imperialismo alemão e das perseguições nazistas anti-semitas, sua trajetória acabou sendo extremamente influenciada por estes elementos que, segundo ela, acabavam diluindo a política contemporânea e sua possibilidade de mobilização em torno da cidadania. Sua reflexão teórica nasce como uma manifestação corajosa contra os mecanismos de violência e de desumanidade que surgiam contra a possibilidade de garantia de liberdade dos indivíduos em coletividade.

Enquanto intelectual judia, Hannah Arendt esteve associada diretamente aos grandes pensadores de seu tempo, influenciada pelo filósofo Karl Jaspers, tendo-o como orientador no




seu doutoramento concluído em 1928, sua trajetória foi profundamente marcada por sua influência filosófica kantiana, em que inspirado pelo imperativo categórico defendia que: “[...] politicamente, não existimos no singular, mas coexistimos no plural. A pluralidade da intersubjetividade requer a comunicação, e está pressupõe o que Kant chama de mentalidade alargada, isto é, um pensar sempre ligado ao pensamento do que o outro pensa” (LAFER, 1979, p. 186). Neste esteio é constituída a influência teórica de Hannah no sentido de aprender que a pluralidade de intersubjetividades da ação política coletiva é que molda a sua vontade em relação ao outro, que não permite a imposição de opiniões ou posições, mas a possibilidade do nascimento da liberdade a partir do diálogo e da ação.

Frente à posição de Jaspers também se direcionou profundamente ao filósofo alemão Martin Heidegger, com quem esteve ligada por muitos anos, mesmo quando este esteve associado ao partido nazista. Dele verificou-se que a relação dos filósofos com a política é uma relação carregada de dilemas, cuja tentação de servir à tirania é uma constante (LAFER, 1979).

Nesse sentido, a apreensão dos discursos filosóficos de seus mestres e a percepção dos elementos totalitários nas estruturas de poder que insurgiam no século XX irão se constituir como elementos influenciadores de sua teoria política. Para aquela filósofa a gênese do totalitarismo provém, preliminarmente, do anti-semitismo moderno e do imperialismo conforme apresentou em sua obra *As origens do totalitarismo* (1951). Daí que o anti-semitismo moderno aparece caracterizado pela intolerância e pela exclusão, fruto das tensões entre Estado e sociedade civil, que surgiram na Europa após a Revolução Francesa. Nesse contexto, a tradição judaica esteve vinculada ao fortalecimento do Estado, inclusive absolvendo as tensões da sociedade. O que torna propício o surgimento do anti-semitismo como instrumento de manipulação do poder no interior do sistema político, principalmente como medida contra os arranjos políticos construídos no cenário político moderno.

Salienta em sua obra no tocante as estratégias do totalitarismo para fortalecer a emergência do fenômeno na sociedade contemporânea que:

O estabelecimento de um regime totalitário requer a apresentação do terror como instrumento necessário para a realização de uma ideologia específica, e essa ideologia deve obter a adesão de muitos, até mesmo da maioria, antes que o terror possa ser estabelecido. O que interessa ao historiador é que os judeus, antes de se tornarem as principais vítimas do terror moderno, constituíram o centro de interesse da ideologia nazista (ARENDDT, 1989, p. 26).




A violência se faz contra o povo judeu, independentemente da atitude ou ação destes personagens, a principal estratégia dos modelos totalitários é constituída a partir do uso da mentira que desfigura os fatos para ajustá-los às necessidades do poder.

Por sua vez, lembra Hannah que o imperialismo se constituiu como resultado da emancipação política burguesa e surge quando esta deixa de se dedicar aos seus negócios privados e assume a gestão do Estado na Europa. Administrando a Europa através da dominação imperial, as conseqüências políticas deste modelo governamental prefiguram o paradigma totalitário a partir de falsos valores e ações reacionárias como o racismo, por exemplo, que acabou sendo o esvaziamento do senso de realidade dos europeus no convívio com outras culturas e nações propiciando o advento do genocídio de judeus e soviéticos. Desse modo, o expansionismo territorial teve o objetivo de criar uma dominação global por parte da Alemanha nazista e Itália fascista, principalmente. Além da burocratização que se instaurou como estratégia fortemente arbitrária em vias de fortalecer os regimes totalitários, os modelos nazi-fascistas constituíram experiências políticas mal sucedidas de estigmatização dos valores políticos que se alimentavam pelo poder advindo da violência contra os povos de tradição semita.

A emergência do totalitarismo e de suas diversas manifestações mediante as condições sociais, econômicas e culturais desde o final do século XIX, sobretudo em face do desafio do imperialismo capitalista representou um desafio para os teóricos contemporâneos, Hannah Arendt irá se inscrever como teórica defensora da filosofia política que proporcionou a solução democrática diante dos problemas advindos com os regimes totalitários.

### **A condição humana entre o privado e público**

Se em sua obra *As origens do totalitarismo* (1951), Hannah Arendt denuncia a conjuntura truculenta do poder despótico e desumano dos modelos governamentais que insurgiam no séc. XX, em sua obra *A condição humana* (1958), a filósofa oferece a oportunidade de entender a lógica de funcionamento do espaço privado e do espaço público a partir da contextualização histórica que tem por bases o surgimento da cidadania. Sendo assim, sua preocupação teórica se dá na tentativa de mostrar como o pensamento político foi se desvirtuando em função dos interesses individuais e privados pelo uso da violência através dos regimes totalitários, o que torna sua reflexão uma revalorização do espaço público e da ação



política como elementos importantes diante da efervescência da ação política e da mobilização dos indivíduos organizados coletivamente.

A contribuição de Hannah Arendt é voltada para constituição da ação política como categoria imprescindível para entender a questão da liberdade e da participação dos homens nos destinos da humanidade. A teoria social e política arendiana são expressas, neste caso, a partir do contexto histórico da antiguidade clássica, com a Grécia e Roma, sendo que as categorias do espaço público e privado estão intimamente ligadas à funcionalidade do lugar de mobilização do sujeito social.


Chega à concretização do espaço privado e público tendo como pressuposto a contextualização da experiência da *polis* grega com a finalidade de entender o melhor espaço de convívio entre os indivíduos. Neste sentido, a experiência de vida nas cidades-estados da antiguidade lhe confere perceber o sentido da vida privada, que se constitui nas relações domésticas, nas atividades do trabalho e da produção (fabricação); enquanto a vida pública se forma na dimensão política que se realizava na *ágora*, ou seja, a praça pública onde os cidadãos gregos deveriam se reunir para discutir os assuntos de interesse da população da *polis*.

A cidade-estado acaba sendo o espaço institucional e territorial que se caracteriza pela distinção entre a dimensão pública e privada, de interesse comum e de interesse individual. Assim, no espaço privado não há necessidade de diálogo e de deliberações coletivas, pois não é de interesse de ninguém que não seja do possuidor da propriedade privada que as atividades sejam desenvolvidas, assim o foi na sociedade romana denominada de *pater familiae*, ou seja, chefe de família, gestor do lar, dos bens patrimoniais da família, matriz do patriarcalismo e do patrimonialismo.

Segundo Arendt (1993, p. 68) a esfera privada acabou construindo um melhor entendimento daquilo que se configura como sendo a esfera pública, logo:

É em relação a esta múltipla importância da esfera pública que o termo “privado” em sua acepção original de “privação”, tem significado. Para o indivíduo, viver uma vida inteiramente privada significa, acima de tudo, ser destituído de coisas essenciais à vida verdadeiramente humana: ser privado da realidade que advém do fato de ser visto e ouvido por outros, privado de uma relação “objetiva” com eles decorrente do fato de ligar-se e separar-se deles mediante um mundo comum de coisas, e privado da possibilidade de realizar algo mais permanente que a própria vida. A privação da privacidade reside na ausência de outros; para estes, o homem privado não se dá a conhecer, e, portanto é como se não existisse. O que quer que ele faça permanece sem importância ou consequência para os outros, e o que tem importância para ele é






desprovido de interesse para os outros. [...] O motivo pelo qual esse fenômeno é tão extremo é que a sociedade de massa não apenas destrói a esfera pública e a esfera privada: priva ainda os homens não só do seu lugar no mundo, mas também do seu lar privado, no qual antes eles se sentiam resguardados contra o mundo e onde, de qualquer forma, até mesmo os que eram excluídos do mundo podiam encontrar-lhe o substituto no calor do lar e na limitada realidade da vida em família.

Nesta instituição social, sua principal característica é a economia, a administração do patrimônio individual que se faz na família. Arendt (1993) lembra que a distinção entre uma esfera de vida privada e uma esfera de vida pública corresponde à existência das esferas da família e da política como entidades diferentes e separadas, desde o surgimento da cidade-estado, isto, de certa forma, teria segundo ela, correspondido ao aparecimento e fortalecimento, mais tarde, da esfera social, que, no entanto, não é privada e nem é pública, acaba sendo um fenômeno relativamente novo, cuja origem coincide com o surgimento da época moderna e que encontrou sua forma política na formação do Estado Nacional.

Com essa separação histórica entre a esfera da polis e a esfera da família, as atividades da vida privada impediam o exercício da liberdade. Logo, a possibilidade de inscrever a ação política dos indivíduos como sujeitos sociais e participantes das atividades coletivas além de representar a dimensão da cidadania, também foi o momento de incrementar a ação humana como valor supremo a partir da idéia de ação política.

Afirma o pensamento arendiano que as experiências humanas se fundaram na ação política que se faz fundamentalmente em três dimensões da atividade humana: labor, trabalho e ação. A primeira *animal laborans*, significa a necessidade do processo biológico, *labor*, significa trabalho, o processo em que o agente do trabalho diante de suas necessidades biológicas, procura trabalhar em prol de sua subsistência, em que forçosamente suas necessidades devem ser realizadas como valor natural. A segunda característica, denominada por Arendt (1993) de *homo faber*, é agente da fabricação, que cria coisas extraídas da natureza, convertendo o mundo num espaço de objetos partilhados pelos homens. Este ofício proporciona a fabricação de artifícios, obras artísticas, objetos dos mais variados que irá proporcionar longevidade há permanência do homem no mundo. Com o processo de industrialização advindo do sistema capitalista, os artesãos que detinham a dimensão do *homo faber*, converteram-se em *homo laborans*, suprimindo seu espaço de necessidade de subsistência e assumindo seu espaço de fabricação e de consumo individual, o que acabou dificultando a criação do espaço político,



em função de que não há liberdade para criação da dimensão da participação coletiva, mas apenas da sobrevivência e do isolamento frente às exigências do modelo de sociedade industrial.


Para tanto, a terceira dimensão é representada pela *vita activa*, que propõe a libertação das duas esferas isoladas em nome da ação política. Nesta realidade, lembra Lafer (1979, p. 190) que se instaura a política como processo decisório e do agir, cuja “origem provém de *agere* (pôr em movimento) e *gerere* (criar, trazer) que exprime uma atividade no seu exercício contínuo” e cuja relevância produz gestos e atitudes concretas. A ação política da *vita activa* necessita da concordância dos demais, surge da estrutura do diálogo e das vivências comuns, mesmo que apareçam como conflituosas, pois a realidade dialógica possibilita a ação coletiva.

O que significa dizer que a essência da vida humana se faz na expressão do coletivo, assim denominado de *vita activa*<sup>147</sup>, ou seja, vida ativa. Não é possível entender a lógica de funcionalidade dos governos, das ações políticas sem a dinamicidade da articulação de indivíduos pensados coletivamente enquanto sujeitos sociais que vivenciam a experiência política concretamente, conforme entende a filosofia arendiana:

*A vita activa*, ou seja, a vida humana na medida em que se empenha ativamente em fazer algo, tem raízes permanentes num mundo de homens ou de coisas feitas pelos homens, um mundo que ela jamais abandona ou chega a transcender completamente. As coisas e os homens constituem o ambiente de cada uma das atividades humanas, que não teriam sentido sem tal localização; e, no entanto, este ambiente, o mundo ao qual viemos, não existiria sem a atividade humana que o produziu, como no caso de coisas fabricadas; que dele cuida, como no caso das terras de cultivo, ou que o estabeleceu através da organização, como no caso do corpo político. Nenhuma vida humana, nem mesmo a vida do eremita em meio à natureza selvagem, é possível sem um mundo que, direta ou indiretamente, testemunhe a presença de outros seres humanos. Todas as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos; mas a ação é a única que não pode sequer ser imaginada fora da sociedade dos homens. (ARENDR, 1993, p. 31, grifo nosso).

Nesse sentido, a capacidade humana de organização política teve seu maior apogeu na experiência grega, naquele contexto histórico, o centro das atenções não está formado na casa e na família, mas no surgimento da cidade-estado, que representa um espaço de deliberação e de ação, não significando que o espaço privado foi suprimido, mas valorizado pelo sentido de pertença em que cada sujeito deve ter em sociedade. Neste caso, o espaço privado se articula

<sup>147</sup> Neste caso, a *vita activa* serve de terminologia para representar as responsabilidades da esfera pública, de modo especial às ações política, mas sem deixar de lado o conjunto das atividades ligadas a preservação da vida e das atividades humanas.



com as atividades públicas para que cada sujeito social se torne importante e respeitado na sua condição humana, que se constitui como sendo sua ação política.

### **O espaço público arendiano**

A propor o espaço público como lugar de constituição da liberdade humana, Arendt (1993), defende a revelação do sujeito político, ou seja, contextualizando o espaço público da *polis* como lugar societário de nascimento do sujeito novo em que se articula a coexistência de indivíduos e a deliberação dos interesses em comum, sua filosofia instaura a ação como vetor de mobilização dos homens e de revelação de suas identidades. Coexistir com os outros é o espaço de revelação, o indivíduo mostra quem ele é, e não o que é. Entende essa perspectiva teórica, que a revelação do sujeito político a partir do convívio comum é um tipo de ação que se distingue de todos os demais, nesse sentido, a teoria arendiana se aproxima da teoria política contratual de Jean-Jacques Rousseau (1991), que defende a vontade geral, nascida do contratualismo social, como sendo a escolha política saudável para o surgimento de uma experiência político-governamental de natureza democrática e participativa, cujo momento determinante seria a ação de alienação da vontade geral em detrimento da vontade individual.

Logicamente Hannah Arendt se insere no contexto do séc. XX, em que a ação política está sofrendo um processo de esvaziamento em função dos modelos totalitários e da conjuntura industrial, mas sua proposta é no sentido de entender que sem a revelação do sujeito a partir da ação, a política acaba se confundindo com a mera fabricação (*homo faber*), ou seja, sendo apenas um meio para atingir um fim.

A propósito, o profissionalismo político a partir dos partidos políticos, das eleições para representantes estaduais, distritais e municipais é uma forma de esvaziamento político, segundo Arendt, justamente porque nesta modalidade de atividade política, os sujeitos apenas operam no terreno da mera fabricação de idéias, planos e projetos, não havendo articulação entre as massas. O cidadão não é sujeito da ação política, nem ator da cena política, sendo a atividade de deliberação no espaço público restrito aos políticos profissionais. No contexto brasileiro, esse cenário fica ainda mais evidente quando a atividade política é confundida com elementos objetivos, com leis, regulamentos, plebiscitos, partidos etc., de modo que funcionem apenas como peças na fabricação dos objetos políticos.



Na verdade, o processo histórico que se desenvolve pela ação não resume a fabricação de utensílios manipulados conforme as necessidades humanas, mas representam as relações sociais e políticas que configuram relações humanas construídas a partir de teias de relações humanas em que todos os indivíduos estão envolvidos. Ao teorizar politicamente a *vita activa*, Arendt defende que não há superioridade entre modos de vida, assim sendo, as atividades humanas não são hierarquizadas, elas representam diferentes situações do homem se inserir no processo histórico, que compõe a condição humana.

A esfera pública é o lugar das necessidades humanas, significa que os indivíduos se afirmam enquanto pessoas humanas uns em relação aos outros. Segundo Hannah Arendt (1993) a pluralidade humana se constitui como condição básica da ação e do discurso, mesmo que neles residam os aspectos da igualdade e da diferença. É por meio do discurso e da ação que o homem pode distinguir-se dos demais, pois são atividades cuja existência precisa da iniciativa de cada sujeito individualmente.


Nesse sentido, a ação faz parte da identidade do indivíduo, sua atividade marcante é caracterizada pela ação, sem ela não há existência humana, conforme o pensamento arendiano (*Op. cit.*, p. 31): “Só a ação é prerrogativa exclusiva do homem; nem um animal nem um deus é capaz de ação, e só a ação depende inteiramente da constante presença de outros”.

A pluralidade humana acaba sendo uma categoria essencial para entender a teoria da ação política, visto que os indivíduos como iguais em condições humanas podem compreender-se entre si, inclusive possuindo a capacidade de concretizar seus planos conforme suas necessidades. A diferença entre os indivíduos reside na necessidade do discurso, do uso da palavra, quando ao comunicar-se com o mundo expressam suas necessidades, as quais, tornam os homens diferentes uns aos outros.

Lembra Arendt (1993) que o exercício de ação política é um aparecimento para o mundo público, um comparecimento com os outros a partir da atividade política. Nestes termos, se entende que entre os homens a coisa comum é a possibilidade de ver e ser visto, usar da palavra e ceder a palavra, ouvir e ser ouvidos. A iniciativa da ação é um nascimento para vida, daí reside à distinção entre vida e morte<sup>148</sup>, enquanto exercício político da ação e do aparecimento para o

<sup>148</sup> Cf. Os gregos já expressavam esse entendimento quando experimentavam a vivência na *polis* composta de cidadão a partir do séc. V a.C. Morrer é viver no isolamento, na condição de privação “viver uma vida inteiramente privada significa, acima de tudo, ser destituído de coisas essenciais à vida verdadeiramente humana” (*Op. Cit.*, p.





mundo com os outros o indivíduo nasce por meio da ação. A ação discursiva representa um segundo nascimento, uma novidade que se constitui no mundo, o que torna a iniciativa um elemento que estrutura o conceito de ação.

A participação de cada cidadão nas ações e deliberações da dimensão política é essencial para entender a existência humana enquanto exercício da pluralidade, desse modo, a ação dos indivíduos no espaço público acaba sendo uma atividade fundamental para legitimar a atividade política.

## **A TEORIA SOCIAL EM JÜRGEN HABERMAS**

A teoria social desenvolvida a partir do Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt (1924), também conhecido como Escola de Frankfurt se constitui como sendo uma estrutura acadêmica de pensamento filosófico-sociológica organizada sob uma matriz de Conhecimento voltada às questões atinentes a modernidade, principalmente dentro do contexto do mundo capitalista que surge no séc. XX no período entre guerras e no cenário burguês industrial. Para tanto, seu surgimento em meados da década de 1920 inaugura uma concepção teórica bastante pertinente para o contexto da época, a denominada teoria crítica da sociedade, pretendeu estabelecer certas categorias analíticas imprescindíveis para uma leitura crítica da sociedade, como, por exemplo, as idéias de indústria cultura e cultura de massa.

A teoria crítica da sociedade foi idealizada por Max Horkheimer em 1937, quando publicou um ensaio intitulado Teoria Tradicional e Teoria Crítica, nele o teórico social desenvolveu uma crítica ao sistema tradicional, que pudesse possibilitar uma leitura apurada das questões sociais, inclusive desconstruindo a teoria tradicional que é sistematizada a partir do método cartesiano de Descartes. Em oposição ao tradicionalismo “A teoria crítica da sociedade, ao contrário, tem como objeto os homens como produtores de todas as suas formas históricas de vida. [...] O que é dado não depende apenas da natureza, mas também do poder do homem sobre ele” (HORKHEIMER, 1975, p. 163).

Aquela teoria crítica resultou do contexto do período entre guerras, principalmente quando o regime nazista se instaurou na Alemanha, proporcionando a afirmação da luta antidemocrática contra as instituições políticas e acadêmicas que exercitavam a crítica racional.

68).




Desse fato, resultou a transferência para Genebra do Instituto de Pesquisa Social em 1933, onde neste mesmo ano sua sede foi fechada em Frankfurt, o que ocasionou a migração de muitos de seus membros para os Estados Unidos. Segundo Horkheimer (1975), a crítica exercida pelos regimes totalitários se constitui a partir de uma razão instrumental, baseada numa lógica individualista, que não propõe o diálogo e nem a liberdade do sujeito político, mas toma suas decisões por meio da imposição em que seus acontecimentos são puramente mecânicos e decididos por métodos dedutivos ou indutivos.

Nesse sentido, estabelecendo uma leitura crítica da realidade social com base na prática da atividade humana, Horkheimer e os teóricos frankfurtianos propõe que os comportamentos humanos dentro do espaço social sejam reforçados por atitudes críticas, sendo que, aquela estrutura metafísica proposta pela Teoria Tradicional perde espaço devido às suas formulações conceituais universais, que não admitiam a contradição, nem o exercício da crítica. Na esteira da teoria frankfurtiana a lógica que perdurou como principal objetivo foi refletir sobre a organização e consciência dos trabalhadores industriais, discussão que se estende, por exemplo, para a categoria de cultura de massa haja vista a influência de sociedades como a norte-americana que incrementava com as novas tecnologias elementos de comunicação em massa como o rádio, por exemplo.

Pensadores alemães como: Walter Benjamin (1892-1940), Theodor Adorno (1893-1969); Max Horkheimer (1895-1973); Herbert Marcuse (1898-1979) e Jürgen Habermas (1929) serão os grandes representantes da Escola de Frankfurt como idealizadores de uma entidade redefinidora de posições teóricas, mesmo que suas estruturas e perspectivas se verifiquem muitas vezes distintas entre si, desse modo, o que torna seus representantes como figuras institucionalizadas na entidade será a perspectiva de rever as estruturas e categorias trabalhadas até então, o norte da crítica racional será um elemento extremamente importante para seus membros.

Jürgen Habermas como representante da segunda geração da Escola de Frankfurt e herdeiro da teoria crítica da sociedade insurge como aquele teórico que se preocupa com as questões da democracia e da política, sendo comprometido de modo particular com uma teoria social orientada por uma *práxis* emancipatória, não significando que seu posicionamento teórico tenha se afastado da ceara de discussões dos seus antecessores, principalmente por ter



sido influenciado pelo legado recebido de pensadores como Max Horkheimer, Theodor Adorno, Herbert Marcuse dentre outros.

A teoria crítica habersiana se encontra na defesa de que uma determinada práxis não pode ser encontrada previamente numa determinada teoria, mas deve ser determinada pelas lutas político-democráticas encontradas nas lutas historicamente vivenciadas (BITTAR, 2005).


Habermas ao se constituir dentro da proposta teórica dos frankfurtianos inaugura sua abordagem a partir da matriz da comunicação com base na racionalidade, segundo ele, toda mediação e toda relação social estão relacionados com base em teias discursivas e canais de comunicação de onde demandam inúmeras formas de entender o mundo, principalmente temas como a política, a responsabilidade social, a cidadania e a democracia.

Daí sua importância na teoria social contemporânea, principalmente ao destacar elementos como a questão da esfera pública e da participação política pela via democrática. Em uma de suas principais obras, intitulada: *Mudança estrutural da esfera pública*, publicado em 1962, se instaura uma reflexão crítica sobre a contextualização histórico-social dos pressupostos da sociedade burguesa que não permite a constituição do espaço público a partir da práxis do sujeito social. Nesta concepção teórica, o que se evidencia é uma reflexão acerca do cenário europeu da época, em que os elementos democráticos e societários estavam se redefinindo em torno do percurso desenvolvido pelos regimes totalitários e os governos conservadores.

Para Habermas a mudança estrutural da esfera pública segue dois pressupostos metodológicos, ou seja, como entender as categorias de esfera pública e espaço público a partir de uma concepção filosófica constituída na contextualização histórica do nascimento da política em suas origens greco-romanas. Além disso, propõe a validação desta ordem social nos dias atuais numa concepção histórica e sociológica que reflita sobre os problemas que se encontram diante do paradigma da sociedade burguesa frente à necessidade de salvaguardar o pressuposto da esfera pública.

### **A categoria de “esfera pública burguesa”**

A concepção teórica da esfera pública habersiana que ora foi abordada em sua obra: *“Mudança estrutural da esfera pública”* carrega em si à proposta de entendê-la a partir da dimensão burguesa que a idéia de “público” e “esfera pública” propõe, no entanto,




historicamente não é possível desvencilhar a idéia fundamentalmente proposta de que “o sujeito dessa esfera pública é o público enquanto portador da opinião pública; à sua função crítica é que se refere a ‘publicidade’ (*Publizität*) como, por exemplo, o caráter público dos debates judiciais” (HABERMAS, 2003, p. 14).

Neste sentido, Habermas tem por objetivo desenvolver um debate acerca do espaço de constituição da esfera pública a partir da liberdade da pessoa humana e de sua responsabilidade social pela via democrática, sendo imprescindível neste percurso o exercício do diálogo que promove a intersubjetividade como promotor da cidadania, no entanto, sua preocupação com as mudanças ocorridas no cenário capitalista burguês, principalmente no âmbito das mídias como uma nova configuração para a publicidade, fizeram com que a esfera pública tenha se tornando uma oposição à opinião pública, causando a decomposição entre a dimensão pública em relação à dimensão privada. Essa constatação se apresenta no sentido de que a sociedade moldada a partir dos valores modernos propõe o isolamento e a individualização do sujeito, não ocorrendo uma valorização do ambiente dialógico e nem comunicativo, o que macula o espaço democrático e participativo.

Em sua análise Habermas (*Op. cit.*, p. 15), já dimensiona o sentido histórico e sociológico da esfera pública como sendo de origem clássica, em que os gregos e mais tarde os romanos teria desenvolvido com a idéia de democracia e práxis comunicativa a proposta de uma ação política libertária:

Já a primeira referência etimológica relativa à esfera pública é instrutiva. Em alemão, só no século XVIII é que, por analogia a *publicité* e *publicity*, o substantivo é formado a partir do antigo adjetivo “*öffentlich*” (público) /2/; ainda ao final do século a palavra é tão analisada que pôde ser contestada por Heynatz /3/. Se *üeffentlichkeit* (esfera pública) somente neste período exige o seu nome, devemos admitir que esta esfera, ao menos na Alemanha, apenas então é que se constituiu, assumindo a sua função; ela pertence especificamente à ‘sociedade burguesa’ que, na mesma época, estabelece-se como setor da troca de mercadorias e de um trabalho social conforme leis próprias. Não obstante, muito antes já se falava de ‘público’ e daquilo que não é público, daquilo que é ‘privado’. Tratam-se de categorias de origem grega que nos foram transmitidas em sua versão romana. Na cidade-estado grega desenvolvida, a esfera da *polis* que é comum aos cidadãos livres (*koiné*) é rigorosamente separada da esfera do *oikós*, que é particular a cada indivíduo (*idia*). A vida pública, *bio politikos*, não é, no entanto, restrita a um local: o caráter político constitui-se na conversação (*lexis*), que também pode assumir a forma de conselho e de tribunal, bem como de práxis comunitária (práxis), seja de guerra, seja nos jogos de guerreiros. [...] A ordenação política baseia-se, como se sabe, na economia escravagista em forma patrimonial. Os cidadãos estão efetivamente em forma patrimonial. Os cidadãos estão efetivamente dispensados do trabalho produtivo; a participação na vida pública depende, porém de sua autonomia privada como senhores da casa. A esfera privada está ligada à casa não só pelo nome (grego); possuir bens móveis e dispor de força de trabalho tampouco






constituem substitutivos para poder sobre a economia doméstica e a família, assim como, às avessas, pobreza é não possuir escravos já seriam por si empecilhos no sentido de poder participar na polis: exílio, desapropriação e destruição da casa são uma só coisa.

No surgimento da esfera privada encontra-se o cerne da composição da esfera pública, na origem das relações familiares monogâmicas, principalmente no contexto da sociedade romana, o espaço dos cidadãos teria surgido em função de algumas mudanças históricas fundamentais, ou seja, o valor das relações privadas era atribuído ao cuidado da casa (*oikosnomia* – em grego, a arte de cuidar da casa), bem como a função de administração das relações que transcorrem do nascimento até a morte, em função dos homens constituírem este espaço como o lugar de perpetuação de sua dominação, reprodução da vida, o trabalho dos escravos, as atividades serviçais femininas, bem como a própria manutenção dos bens, fazendo entender que a posição na *polis* baseia-se fundamentalmente na posição de “déspota doméstico” (*Op. cit.*, p. 16), do *pater familiae*. Deste dinamismo entre público e privado na antiguidade clássica se observa o fortalecimento de um modelo de sociedade patriarcal e estratificada, que seria o embrião para formação do modelo de Estado despótico ou teocrático da antiguidade.

As duas culturas clássicas da Antiguidade que se apropriaram dos costumes domésticos de manutenção do *status quo* e em razão deste processo selavam seu poder a partir da *res publica* lograram êxito, exatamente a Grécia e Roma. Nestas civilizações, principalmente romana, o direito de família foi tutelado pelo *pater familiae*, que possuía, dentro do universo privado da família, o poder sobre sua esposa, seus filhos, seus serviçais e seus escravos como suas propriedades, garantias patrimoniais que lhe reservaram a liberdade e o exercício da cidadania em âmbito público.

Nesta relação entre público e privado que se inicia no mundo antigo, a teoria habersiana propõe que a experiência no mundo clássico tenha servido para a modernidade refletir sobre a representação histórica e sociológica de categorias como a esfera pública, racionalidade e comunicação. Para tanto, Habermas entende que a sociedade ocidental se define a partir de uma realidade histórica concreta, que se formou no ideário burguês, um modelo de sociedade em que os setores privados utilizam-se do espaço público em seu benefício, reclamando seu direito de usufruir deste espaço público que é regulado como se estivesse acima das próprias autoridades públicas, favorecendo a circulação de relações de troca de bens privados e de trabalho social, mas que tem uma importância fundamental no espaço público.



Assim, a questão da representatividade pública anunciada na obra: *Mudança estrutural da esfera pública* (1962) sofreu desde a idade média uma relação de complementaridade, segundo ele “Esse recente conceito de representação continuou se mantendo até a mais recente doutrina constitucional. De acordo com ela, a representação ‘não pode ocorrer senão na esfera pública’ (*Op. cit.*, p. 20). A evolução da noção de representatividade pública está associada à condição pessoal, a própria formação dos Estados Nacionais atribuirá elementos simbólicos públicos como prerrogativa do poder dos príncipes e reis.

No entanto, lembra o debate habersiano acerca da representação pública que até o final do séc. XVIII as tendências que lhe davam sustentabilidade eram os poderes feudais, Igreja, realeza e nobreza, mas que a partir da Reforma Protestante a posição da Igreja acaba se modificando, havendo a decomposição do processo de polarização de poderes entre elementos públicos e privados, para tanto, “a assim chamada liberdade de crença assegura historicamente a primeira esfera da autonomia privada; a própria Igreja continua a existir como uma corporação de Direito Público entre outras” (HABERMAS, 2003, p. 24).

A esfera pública burguesa se instaura com o capitalismo financeiro e mercantil que, a partir do séc. XVIII também expande seus domínios pela força dos Estados Nacionais burgueses, graças ao crescimento desenfreado das cidades mercantes, que além de expandirem o comércio, favorecem o surgimento dos sistemas de troca de mercadorias e de informações.

Os elementos do sistema de trocas capitalistas e o intercâmbio de mercadorias e informações inauguram uma nova fase na história, conforme acentua o Habermas: “A redução da representatividade pública que ocorre com a mediação das autoridades estamentais através dos senhores feudais cede espaço a uma outra esfera, que é ligada à expressão da esfera pública no sentido moderno: a esfera do poder público (*Op. cit.* p. 31)<sup>149</sup>.

Vale lembrar que esta camada da esfera pública burguesa é um grupo que lê e se utiliza da imprensa para articular os canais de comunicação, no entanto, é preciso ressaltar do ponto de vista teórico, que a posição de Habermas quanto à categoria burguesa não comungará da

<sup>149</sup> Cf. Segundo Habermas (2003), essa nova configuração advinda do contexto histórico do séc. XVIII proporcionou uma mudança significativa na redefinição de papéis, pois agora a sociedade moderna não é mais regida pelas tarefas do *oiko-despota*, do *pater familias*, do senhor da casa, agora só adquire o seu significado na práxis da empresa capitalista, que calcula conforme os ditames básicos da rentabilidade, as tarefas dos senhores da casa se limitam à economia doméstica, enquanto isso, a economia moderna não se orienta pelo *oikos*, visto que no lugar da casa colocou-se o mercado.




posição marxista. Ao apontar a influência do capitalismo como influenciador da redefinição da ação política e do espaço da esfera pública a teoria habersiana entende que existe um espaço público da população que ora se condiciona ao movimento burguês, por outro lado Karl Marx entende que haveria a possibilidade de superação desta categoria burguesa, no sentido de que esta se associa intimamente ao aparelho econômico, ou seja, a crítica marxista se detém a economia política, que se expressa no sistema econômico capitalista e no processo de valorização do capital que condiciona à esfera pública e a sociedade civil, bem como o aparelho superestrutural, político-jurídico, a subordinação da vontade individualista e materialista do capital. Nesse sentido, o direito burguês assim como a esfera pública estaria bitolado aos artifícios ideológicos não podendo subsistir enquanto não houvesse a emancipação da sociedade civil e do Estado.

Habermas propõe a idéia de esfera social segundo um procedimento jurídico-democrático em que não se representa apenas pela distribuição de liberdades políticas e a criação de estruturas institucionais que permitam a circulação de opiniões, questionamentos ou posições, mas que os sujeitos sociais possam ter condições de igualdade nos processos formais de geração da vontade coletiva, inclusive proporcionando a distribuição igualitária de liberdades individuais de ação e de condições materiais necessárias entre todos os indivíduos.

Segundo aquele teórico frankfurtiano (2003) na sociedade industrial que ora se organizou a partir do estado-social multiplicaram-se as relações e relacionamentos que não podem ser organizados suficientemente em institutos jurídicos de Direito Público ou de Direito Privado, mas que foram se constituindo em bases normativas de Direito Social, principalmente porque esse novo contexto industrial proporcionou que a esfera privada da sociedade civil se voltasse a constituir uma esfera social, em que as instituições estatais e sociais se sintetizassem em um único complexo de funções que não é mais separado como antes. Assim procedia a crítica feita pelo socialismo ao direito burguês que realizava em função da autonomia do Direito Privado os benefícios àqueles que realizavam com êxito os serviços econômicos institucionalmente tutelados pela lei.

Para Habermas, uma teoria social que se volta ao contexto histórico-sociológico da esfera pública e da participação política deve pautar-se em uma reflexão e crítica das relações cotidianas que se desenvolvem pela coerção e pelas relações antidemocráticas. É neste sentido, que existe uma crítica ao processo de colonização do mundo pelo sistema, como afirma



Habermas (*apud* SILVA, 2009), ou seja, uma tendência observada nas sociedades capitalistas tardias de terem suas esferas de reprodução simbólica invadidas pela lógica instrumental da economia do poder administrativo. Essa ameaça proporciona uma crescente monetarização e burocratização da vida social, o que de fato, atrapalha o desenvolvimento das relações interpessoais e intersubjetivas em função do empobrecimento dos canais de comunicação e de emancipação que a sociedade civil precisa.

Quando a teoria social habersiana inaugura a teoria da ação comunicativa<sup>150</sup>, ele pretende que as ações comunicativas sejam expressas principalmente a partir de movimentos sociais emancipados, como os movimentos feministas, estudantis, ecológicos, minorias étnicas etc., pois segundo essa teoria crítica não se pretende criar uma perspectiva emancipatória inspirada em padrões de sociedade justa e virtuosa, mas oferecer a investigação das condições comunitárias necessárias para que os próprios indivíduos decidam sobre seus destinos sem a imposição de sistemas coercitivos.


Desse modo, Habermas não propõe as soluções historicamente revolucionárias de emancipação que poderiam nascer de uma revolução, ele pretende confiar nas deliberações que nasçam de uma práxis comunicativa constante dos sujeitos históricos e socialmente mobilizados, que se desenvolvem inspirados no livre convencimento e na articulação, possibilidade que proporciona a ação política participativa na esfera democrática e pública.

## **A SOCIEDADE BRASILEIRA FRENTE À PROPOSTA ARENDIANA E HABERSIANA**

A sociedade brasileira em que se inserem as dimensões da atividade política e da multiplicidade de características sociais, econômicas e culturais perpassadas pelos destinos da população é carente da iniciativa popular e da participação da sociedade civil nas questões atinentes à vida pública, principalmente no sentido de que essa sociedade civil se constitui historicamente e socialmente a partir da presença do Estado e das demais instituições sociais que fazem parte do conjunto de categorias sociais que formam a sociedade.

<sup>150</sup> Cf. Para Bittar (2005) a teoria da ação comunicativa ou teoria do agir comunicativo se volta para compreender a dimensão da verdade não como a formulação de idéias em conformidade, mas como fruto das experiências intersubjetivas e do diálogo no espaço social, para isto, Habermas propõe que o consenso seja uma idéia comunitária que nasce na relação dialógica do grupo, que problematiza seus problemas e propõe, comunicativamente suas soluções.





Nesse sentido, a esfera pública esteve intimamente associada ao elemento privado, uma característica que marca o processo de formação das relações sociais entre os indivíduos desde o surgimento dos elementos institucionais das relações entre sociedade e Estado na antiguidade clássica com os gregos e romanos. Neste contexto, Hannah Arendt e Jürgen Habermas estão em comum acordo de posições ao sugerir a retomada do legado greco-romano e a emergência de novos paradigmas sociais para recuperar os destinos do sujeito social a partir da vida pública e da participação política.

Hannah Arendt, cientista política, judia e defensora dos direitos humanos propõe a *vita activa* como possibilidade de retorno aos valores essenciais a condição humana, como viver a experiência de sociabilidade, do diálogo e da democracia pelo viés da ação política coletiva. Enquanto, Jürgen Habermas inserido no contexto do pós-guerra, filósofo e sociólogo da tradição da Escola de Frankfurt propõe o renascimento da esfera pública como elemento essencial a democracia, que não se encontra nos procedimentos democráticos que envolvem parlamentos ou partidos, nisto ele comunga do pensamento arendiano, mas na renovação da esfera pública por meio da reforma de procedimentos democráticos e do envolvimento mais consistente dos organismos comunitários e dos grupos locais.

Ao procurar entender a dimensão filosófica de Hannah Arendt e Jürgen Habermas no contexto brasileiro se pretende debruçar sobre como entender a participação da sociedade civil e do Estado nas ações que promovem a articulação entre público e privado sem alimentar a exclusão e nem a hierarquização de posições e ações dos diferentes grupos sociais e setores que compõe o organismo da sociedade. É perceptível que a tendência das instituições sociais e políticas no Brasil foram se moldando anacronicamente ao longo do processo de formação histórica da nação sob forte influência Ibérica, principalmente de Portugal, na estrutura dos valores e das instituições sob as bases: positivista, liberal e hierarquicamente excludente, não proporcionando a dimensão libertária do sujeito social, mas sim, a montagem dos institutos de Direito Público sob o controle do Direito Privado, situação que, conforme denunciam os teóricos ora estudados, condicionou a relação entre esfera pública e privada.

Lembra Habermas (1995 *apud* GARCIA, 2006) que o cidadão que nasce como ator político responsável numa comunidade de pessoas livres e iguais, não deve ser orientado por interesses privados, mas deve ser identificado e comprometido com o modelo de deliberação, que se apóia no consenso baseado no fato de que os cidadãos partilham de uma mesma cultura.



Em pesquisa recente pesquisa do Datafolha, publicada no jornal Folha de S. Paulo (2020), mostra o expressivo apoio da população brasileira à democracia. A pesquisa do Datafolha mostra que 75% dos brasileiros apoiam a democracia e apenas 10% aceitariam o retorno de um regime ditatorial. A Folha de S. Paulo ressalta que este é o maior índice de apoio à democracia desde 1989. Embora a atual esteja do governo central e seus aliados venham construindo discursos de apologia aos regimes totalitários e as experiências militaristas, a sociedade civil ainda guarda profundas marcas históricas de um passado repleto de violências políticas e repressões.

O Brasil encontra-se mergulhado no contexto de crise de representatividade que se encontra no que é essencialmente a democracia e a participação política, pelo contrário as rejeições e oposições estão dentro do processo de formação da sociedade e da política, isto é, o equívoco nas análises e na trajetória histórica da política brasileira tem sido equivocadamente em afirma que a crise é da democracia, quando, na verdade, a crise é na democracia. A população brasileira não se coloca contra o regime democrático, mas é contra as experiências de governos corruptos ou de gestões mal planejadas, sobretudo quando desagua pela via das mobilizações populares contra os partidos políticos tradicionais ou populistas, que perderam a conexão com a sociedade e o debate democrático.

Desse modo, a remota ao valor do processo político voltado a ação democrática deliberativa pode ser o melhor alternativa para as atividades sociais que o sujeito político participa. Tal proposta no cenário conjuntural brasileiro pode ser encontrada atualmente em experiências como do orçamento participativo em alguns municípios do país, bem como em movimentos sociais emancipatórios, que se articulam em torno de reivindicações como a moradia, terra campesina, acesso à educação etc.

Salienta ainda, Arendt e Habermas que a liberdade humana se constitui por meio da ação política, sendo essa a expressão do exercício da intersubjetividade e da articulação entre esfera pública e privada, sem que haja sobreposição de poderes. No Brasil, esses valores precisam ser mais bem assimilados pela sociedade civil e os representantes dos poderes públicos, pois sem que funcione uma realidade política da sociedade civil e do Estado fora da perspectiva de promoção da participação dos indivíduos não há que se denominar a sociedade brasileira de espaço democrático.




## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A noção de espaço público e participação política ora apresentada nas teorias sociais dos filósofos alemães Hannah Arendt e Jürgen Habermas propõem de antemão que a convivência no *habitat* público permite incorporar a esfera privada, em função de uma dimensão social da categoria política. Assim, os indivíduos em estado de necessidade de convivência comum precisam aprender a se articular uns com os outros a partir de suas próprias necessidades vitais, como a necessidade de raciocinar, dialogar, comunicar e vivenciar experiências em comum.

Ao conjunto destes elementos vitais para o meio social Arendt e Habermas estão decididos a apostar na liberdade dos indivíduos como pressuposto para garantia da felicidade humana, sendo que, a liberdade só é possível a partir do estabelecimento da emancipação do pensamento, da deliberação e das ações. Quando a teoria social alemã recebeu a contribuição destes dois pensadores ora estudados, estes se encontravam no contexto dos regimes totalitários na Europa, principalmente com o regime nazista. As imposições de valores, de institutos políticos e jurídicos de decisão, logo alteram a natureza pública e privada, sem mencionar a efervescência do capitalismo industrial inspirador da formação do cidadão liberal, fechado no sentido de promoção humana e expressiva na individualidade e na exclusão da intervenção sobre os assuntos políticos, o que macula a governabilidade democrática.

Nesse sentido, influenciados por uma época conturbada e carregada de incompreensões políticas e jurídicas, a leitura e intervenção teórica dos pensadores estudados se constituem no sentido de mobilização em torno da ação política no contexto da sociabilidade, Arendt sugere uma identificação do indivíduo com as questões de ordem política, que se expressa na possibilidade de uma prática essencialmente dialógica e ativa, pois sem ação política, não há como mencionar a idéia de liberdade.

Habermas em sua mudança da esfera pública sugere uma luta entre a validade das normas e a faticidade da realidade social, fatos e normas estão sobrepostos às idéias que movimentam as ações humanas, é preciso entender que a dimensão da esfera pública se articula a partir dos elementos da comunicação, enquanto a realidade dialógica estiver suprimida por interesses opostos e individualistas o espaço social da deliberação e da vontade democrática



estará ameaçado, para tanto, o pensamento teórico alemão em Arendt e Habermas pretende incitar o debate e a mobilização em torno da promoção da ação política.

## REFERÊNCIAS

- ARENDR, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- ARENDR, Hannah. **A Condição Humana**. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- BITTAR, Eduardo C. B. Hannah Arendt: o poder, a opressão e o espaço da política. In. **Curso de Filosofia Política**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2005. p. 250-262.
- EUFRASIO, Marcelo Alves Pereira. **A cidadania como representação do Contrato Social em Jean-Jacques Rousseau**. 2003. 41p. Monografia. (Especialização em História da Filosofia) – Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em História da Filosofia, Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal da Paraíba, Campina Grande.
- GIELOW, Igor. Apoio à democracia chega a 75% e bate recorde em meio a ameaças de Bolsonaro. **Folha de São Paulo**. Caderno poder. 29 jun.2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/06/apoio-a-democracia-chega-a-75-e-bate-recorde-em-meio-a-ameacas-de-bolsonaro.shtml>. Acesso em: jan. 2021.
- GRACIA, Vileni. Visões contemporâneas da democracia. In. LYRA, Rubens Pinto (Org.). **Estado e Cidadania: de Maquiavel à democracia participativa**. João Pessoa: Editora Universitária da Universidade Federal da Paraíba, 2006. p.153-168.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Vol. I e II.
- HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HORKHEIMER, Max. Filosofia e Teoria Crítica (1968). In. HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor; HABERMAS, Jürgen. **Textos Escolhidos**. Coleção "Os Pensadores". São Paulo: Abril Cultural, 1975. p. 163-169.
- LAFER, Celso. Hannah Arendt. In. CARDIN, Carlos Henrique. **Teoria Política**. Brasília: UNB, 1979. p.185-185.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social** Introdução e Notas de Paul Arbousse Bastide e Lourival Gomes Machado. 5. Ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- SILVA, Felipe Gonçalves. Emancipação, esfera pública e direito. In. **Revista Mente, Cérebro e Filosofia**. Edição Especial: Habermas e Honneth: Formação do indivíduo e socialização. n. 8. São Paulo: Duetto, 2009. p. 7-15.





# CAPÍTULO 25

## FRONTEIRAS E TRAVESSIAS: A MIGRAÇÃO VENEZUELANA PARA O BRASIL

**Thiago Augusto Lima Alves**, Mestrando em Relações Internacionais pelo Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais da Universidade Federal da Integração Latino-Americana (PPGRI/UNILA).

### RESUMO


A crise humanitária vivenciada na Venezuela tem causado o aumento do número de solicitações de refúgio no Brasil, oriundas de venezuelanos. De acordo com os efeitos que essa situação evidencia no País, o objetivo geral do trabalho é analisar a concepção histórica do Direito Internacional dos Refugiados e as atuais legislações nacionais sobre direitos referentes a esse grupo de pessoas. A partir da análise, propõe-se uma reflexão a respeito de alguns desafios impostos à aplicação das normativas no contexto atual dos refugiados venezuelanos que chegam ao Brasil. A incursão metodológica que possibilita a realização desta investigação é direcionada por abordagens de pesquisa qualitativa e por método indutivo. O procedimento metodológico é bibliográfico e documental. Como considerações finais, verifica-se que, apesar de haver uma política migratória de defesa dos direitos humanos dos refugiados, algumas adversidades ainda estão presentes, como a efetivação das legislações, fator que impacta diretamente a vida dessas pessoas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos; Migração; Refugiados venezuelanos; Fronteiras.

### INTRODUÇÃO

A proposta deste estudo inicia-se a partir do preocupante quadro relacionado aos refugiados venezuelanos que chegam ao Brasil. A análise desse quadro pressupõe a exposição de um breve percurso sobre o desenvolvimento recente do tema. No decorrer do século XX, o número de refugiados gerado pela Segunda Guerra Mundial, a internacionalização dos direitos inerentes aos seres humanos e a reflexão/revisão acerca do tema dos refugiados originaram acordos internacionais direcionados para esse grupo de pessoas.

O Brasil foi o primeiro país da América do Sul a ratificar, no ano de 1960, a Convenção Internacional de 1951, relativa ao Estatuto do Refugiado. Em razão das limitações, temporais e




geográficas, evidenciadas na referida Convenção, foi estabelecido, em 1967, o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, que propositava maior alcance para a definição do termo “refugiado”. Tal documento foi assinado pelo Brasil no ano de 1972. Posteriormente, o País assinou a Declaração de Cartagena, de 1984, um documento regional que influenciou a associação entre o conceito de refúgio e o de direitos humanos, especificamente em relação à dignidade das pessoas na condição de refúgio. Em 2016, o Brasil foi favorável à Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes, o que implicou continuidade à tradição de participante na solução dessas questões.

O percurso histórico ainda revela outros marcos: em agosto de 1980, foi criada a Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro). Na década seguinte, foi estabelecida uma legislação para os refugiados, a Lei nº 9.474/97 (Estatuto dos Refugiados), de julho de 1997, alinhada à Convenção de Genebra de 1951, ao Protocolo Facultativo de 1967 e à Declaração de Cartagena de 1984. Em maio de 2017, foi sancionada a Lei nº 13.445/17 (Lei de Migração), que revogou a Lei nº 6.815/80. A nova normativa concebe a migração como um direito do ser humano e apresenta o desafio de superar a abordagem que considerava o estrangeiro uma ameaça à segurança nacional.

O relatório *World Migration Report 2020*, publicado pela Organização Internacional para as Migrações (OIM), estimou a existência de 272 milhões de migrantes internacionais no mundo em 2019, o que corresponde a 3,5% da população mundial. De acordo com o documento, 41 milhões de pessoas estão internamente deslocadas e quase 26 milhões de pessoas são refugiadas. Já o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), em 2020, divulgou que existem 41,3 milhões de deslocados internos, 25,9 milhões de refugiados e 3,5 milhões de solicitantes de refúgio. O ACNUR concluiu ainda que o número de refugiados cresceu mais de 50% nos últimos 10 anos e que 52% dessas pessoas são crianças. O documento da Agência da ONU revelou que 57% dos refugiados do mundo são da Síria, do Afeganistão e do Sudão do Sul; os três países que mais acolhem são Turquia, Paquistão e Uganda.

Atualmente, a Venezuela passa por uma crise humanitária que tem causado efeitos no Brasil. De acordo com o ACNUR (2020), desde 2014, mais de 4,5 milhões de venezuelanos já saíram do país, o que torna essa uma das mais recentes e maiores crises de deslocamento forçado na Venezuela e no mundo. Existem, conforme dados do ACNUR (2020), mais de 650 mil solicitantes de refúgio e cerca de 2 milhões vivendo sob outras formas legais de estadias nas Américas.



Nesse contexto, o objetivo geral do trabalho é analisar o desenvolvimento histórico do Direito Internacional dos Refugiados e as atuais legislações nacionais sobre direitos concernentes a estes, a fim de propor uma reflexão sobre alguns desafios enfrentados para a aplicação dessas legislações no cenário atual dos refugiados venezuelanos que chegam ao Brasil. A incursão metodológica que possibilita a realização desta investigação é direcionada por abordagens de pesquisa qualitativa, que permitem aprofundar os entendimentos referentes à construção da legislação nacional sobre refugiados e compreender o processo internacional do fluxo de refugiados venezuelanos que chegam ao Brasil.


O método indutivo também é usado, pois uma hipótese é considerada e avaliada, para que seja confirmada ou refutada e para que, por meio da indução, chegue-se a prováveis conclusões. O procedimento metodológico é bibliográfico e documental, uma vez que é realizado a partir do levantamento de referências teóricas e de documentos oficiais já analisados e publicados. A pesquisa é de natureza básica, pois objetiva gerar novos conhecimentos que serão úteis para o avanço das discussões sobre o tema.

## **1 DIREITO INTERNACIONAL DA PESSOA HUMANA E DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS**

A proteção internacional dos Direitos da Pessoa Humana é formada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados. Apesar das características compartilhadas, as três realidades protetivas, no âmbito internacional, não apresentam coexistência pacífica. Segundo Trindade (2003), no entanto, o objetivo desses três Direitos, em essência, é o mesmo: a proteção do ser humano em seus aspectos mais fundamentais e vulneráveis, a qual deve ser realizada do modo mais efetivo possível.

O Direito Internacional dos Refugiados é uma especificidade dos Direitos Humanos que pretende ganhar forças e alcançar essas pessoas que são, talvez, entre os vulneráveis, as mais desprotegidas. Assim, considera-se a existência de um sistema único de proteção da pessoa humana dividido em três grandes vertentes.

Após a Segunda Guerra Mundial, diante da atrocidade vivenciada naquele período, a comunidade internacional considerou que seria importante viabilizar meios capazes de garantir a segurança e a sobrevivência humanas. Dessa forma, depreende-se que direitos humanos são garantias individuais que objetivam a proteção dos direitos mais essenciais do ser humano em



face ou de outros seres humanos – uma vez que, por serem todos essencialmente iguais, um não pode influenciar a esfera individual alheia –, ou em face do Estado (JUBILUT, 2007).

A construção dos Direitos Humanos almejou a proteção do ser humano no que diz respeito à violação de direitos feita por parte do Estado, já que é no Estado que estes são exercidos, é nele que o indivíduo exerce sua personalidade jurídica, como preceitua o artigo 6º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948): “[...] todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento, em todos os lugares, da sua personalidade jurídica”. Somente no Estado podem ser realizadas essas garantias.


Houve, portanto, o reconhecimento desses direitos e, em seguida, sua positivação no ordenamento jurídico interno dos países. Posteriormente, eles foram levados ao âmbito universal. Para Flávia Piovesan (2017, p. 351),

A internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do pós-guerra, como respostas às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça – a raça pura ariana.

No período de pós-Segunda Guerra Mundial, surgiu a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, que substituiu a Liga das Nações e apresentou os propósitos de atuar na manutenção da segurança e da paz mundial e de desenvolver uma política internacional de aspecto universal e representativo entre os Estados, com caráter totalmente apolítico, humanitário e social. Jennifer Hyndman (2000, p. 3) esclarece, todavia, “que não há soluções humanitárias apolíticas capazes de lidar com deslocamentos humanos, tendo em vista que estes são eventos políticos”. Em razão disso, para a autora, o humanitarismo é um processo politizado que balanceia as necessidades dos refugiados e de outras pessoas deslocadas com os interesses dos Estados – isso fica mais evidente quando se percebe que, entre os países sul-americanos, o Brasil recebe poucos refugiados.

A ONU inaugura uma nova ordem internacional, fundada em princípios que modelam e dão novo significado ao conceito de soberania e que inclusive exercem funções constitucionais – como a limitação da discricionariedade dos Estados, obrigando-os a proteger os direitos humanos (DELGADO; GUEDES, 2017). É um organismo internacional que reafirma o movimento de





internacionalização dos direitos humanos, pois, se a Segunda Guerra significou a ruptura com esses direitos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução (PIOVESAN, 2017, p. 352).

No ano de 1948, foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, um marco para a internacionalização do assunto. O documento enfatiza que o direito de migrar é um direito humano, conforme expresso no artigo 13º: “toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado”, como também tem “o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país”.


A partir desse documento, direitos básicos dos seres humanos puderam fazer parte da ordem jurídica internacional, não restritos apenas aos ordenamentos jurídicos internos dos Estados. A comunidade internacional reconheceu a pessoa humana como parte direta da sociedade humana, naturalmente atuante como cidadã do seu país e igualmente cidadã do mundo, devido à proteção internacional que lhe é reconhecida.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos tem como características o universalismo, que garante os direitos a todas as pessoas, e a indivisibilidade, que protege todos os direitos. Flávia Piovesan (2010, p. 142) sintetiza o significado do documento:

A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana).

Esses mecanismos funcionavam e apresentavam um núcleo jurídico internacional atento ao indivíduo em tempos de paz. Para os problemas que envolvem pessoas na condição de refúgio, por outro lado, considera-se o Direito Internacional dos Refugiados. Este apresenta seu fundamento no conceito de humanitarismo e nos princípios básicos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tem como objetivo um ponto específico da proteção do indivíduo contra perseguição sofrida em função da raça, da religião e da nacionalidade, para elencar alguns exemplos. Os refugiados recebem proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos e também do Direito Internacional dos Refugiados, instrumentos que trazem mais garantias e proteção para essas pessoas. Como esclarece Jubilut (2007, p. 61),

Tal fato é extremamente positivo, pois fortalece a proteção ao refugiado, uma vez que, ao mesmo tempo em que se assegura o refúgio, livrando-o de violações de direitos



relativos ao seu status civil, ele traz em si a necessidade de resguardar também os demais direitos humanos, para, com isso, aumentar o nível de proteção dado à pessoa humana.


A partir da Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, a tutela dos refugiados se fortaleceu, já que o artigo 1º definiu o conceito de refugiado e apresentou o princípio da não devolução – *non-refoulement* –, que impedia os países de expulsarem pessoas nessa condição de volta aos seus países de origem, onde havia perseguição e violência. Desde aquele momento, a Convenção é considerada o eixo fundador do Direito Internacional dos Refugiados (BARICHELLO; ARAUJO, 2014).

No que se refere ao conceito de refugiado, contudo, ainda havia limitações temporais e geográficas que foram tornando o Estatuto ineficaz. Devido a essas limitações, foi estabelecido, no ano de 1967, o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, que ampliou o alcance da definição desse termo. De acordo com Barichello e Araujo (2014, p. 73),

O Protocolo buscou eliminar as limitações geográficas e temporais contidas na Convenção de 51, a qual estabelecia que somente seriam reconhecidos como refugiados aqueles que tivessem receio de serem perseguidos em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951.

Outro valoroso documento, de âmbito regional, que corrobora os direitos dos refugiados é a Declaração de Cartagena sobre Refugiados, de 1984, a qual estabelece conexão entre as três correntes da proteção internacional – Direitos Humanos, Direito dos Refugiados e Direito Humanitário – e influencia a política migratória adotada pelo Brasil. Essa legislação nasceu dos encontros realizados entre representantes e especialistas de dez países latino-americanos na cidade de Cartagena das Índias, na Colômbia. O objetivo era debater a situação concernente ao assunto na América Latina. O Colóquio ampliou a definição do termo refugiado ao concluir, na terceira parte do documento elaborado, que havia, para esses indivíduos, “violação maciça dos direitos humanos”.

Também no âmbito regional, é importante destacar a Declaração de San José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas, de 1994, que reconheceu a violação de direitos humanos como o motivo mais frequente para os deslocamentos e para os pedidos de refúgio, concluindo que a proteção desses direitos é a melhor solução para prevenção das crises. O Brasil, desde os anos 1990, ratificou, ou está em processo de ratificação, da maioria dos tratados internacionais de direitos humanos, uma vez que estes são norteadores dos princípios da Constituição de 1988 e responsáveis pela existência de uma efetivação jurídica da matéria. O País também coopera com a ONU e com a Organização de Estados Americanos (OEA) para a defesa dos direitos humanos.



Um dos documentos mais recentes a respeito do tema, a Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes, de 2016, adotou vários compromissos para melhorar a proteção desses grupos. Levando em consideração que existem cada vez mais pessoas saindo dos seus lugares de origem, seja de forma voluntária ou forçada, a Declaração surge como mais um instrumento para a defesa dos direitos dos refugiados e migrantes, mas não substitui a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967.


Os Estados que adotam o documento se comprometem com a proteção de refugiados e reconhecem que a assistência às comunidades de acolhimento são uma responsabilidade internacional compartilhada. Os Estados, ao aderirem a Declaração de Nova York, prometem, também, apoiar respostas abrangentes, por meio do engajamento de todas as partes interessadas, para fluxos em grande escala de refugiados e para situações prolongadas dessas condições.

Ficou a cargo do ACNUR desenvolver um Marco Integral de Resposta aos Refugiados, que seria um “pacto global” sobre o assunto. De acordo com o ACNUR (2018), “o pacto global sobre refugiados é uma oportunidade única para fortalecer a resposta internacional a grandes movimentos de refugiados e a situações prolongadas de refugiados”. Os objetivos desse marco são: diminuir a pressão em países de acolhimento; aumentar a autossuficiência dos refugiados; expandir o acesso a soluções de países terceiros; e apoiar condições nos países de origem para retorno com segurança e dignidade. Em dezembro de 2018, a ONU aprovou o referido acordo, o qual obteve a aprovação de 181 países. Os Estados Unidos e a Hungria votaram contrariamente ao estabelecimento do pacto. A República Dominicana, a Eritreia e a Líbia se abstiveram (EBC, 2020).

## **2 REFUGIADOS VENEZUELANOS NO BRASIL**

A Venezuela é um país da América do Sul que faz fronteira com o Brasil, com a Colômbia e com a Guiana. A capital é Caracas e a população ultrapassa 32 milhões de habitantes. Segundo relatórios do ACNUR (2020), a partir de 2014, mais de 4,5 milhões de venezuelanos já saíram do país, fato que significou uma das mais recentes e maiores crises de deslocamento forçado no mundo. A crise que acontece na Venezuela é complexa, pois envolve outros países, petróleo e luta pela liderança da região, que se encontra atualmente sob o comando de Nicolás Maduro.

A mudança de presidente ocorrida no Brasil em 2018 e, conseqüentemente, a nova política externa adotada alteraram as relações diplomáticas estabelecidas entre o Brasil e o país andino, o



que dificulta o processo migratório e faz o País não receber muitos refugiados, quando comparado com a Colômbia, o Equador, o Peru, o Chile e a Argentina (ACNUR, 2020).

Ainda há, contudo, a chegada de muitos desses indivíduos ao Brasil. A principal rota de entrada dos refugiados venezuelanos é pelo município de Pacaraima, no estado de Roraima. A escolha pelo País pode ser associada à posição geográfica, haja vista que a emigração fronteiriça é uma possibilidade real de ascensão social para o grande número de migrantes que vivem na região. Também devem ser consideradas as condições de proximidade e a facilidade de acesso via terrestre (RODRIGUES, 2006). Outro movimento migratório, no entanto, despertou a atenção no Brasil e precisa ser considerado: a chegada dos haitianos em 2010, situação que desafiou o governo brasileiro a olhar para sua fronteira e entender essa nova migração:


Em 2009, haviam 12 postos de fronteira terrestre da Polícia Federal, sendo que, em 2014, passaram para 29 postos de controle de entrada de estrangeiros, ampliando ao longo da faixa de fronteira a presença do controle de entrada de estrangeiros de norte a sul do Brasil (BAENINGER, 2018, p. 465).

A lógica da segurança nacional em relação aos direitos dos migrantes pode ser constatada também em 2019, quando o Brasil se desvinculou do pacto de migração da ONU, que, por ser um acordo não vinculativo, não prevê punições para os signatários que não o cumprirem. O acordo versa sobre como proteger melhor os migrantes e sobre como integrá-los à sociedade; além disso, estabelece regras para enviá-los de volta a seus países de origem. Assinado ao final do governo Temer, o pacto, sob o governo Bolsonaro, passou a ser indesejado. Como justificativa, o chefe do Poder Executivo afirmou que “o Brasil é soberano para decidir se aceita ou não migrantes”, conforme reportagem da *Deutsche Welle* (DW), publicada em 09 de janeiro de 2019.

Ao estabelecer uma condicionante para aceitar migrantes (nessa lógica, por conseguinte, também refugiados), o governo brasileiro viola o artigo 13º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), que indicou a migração como um direito humano, a Convenção de Refugiados de 1951 e outros instrumentos legais internacionais sobre refugiados, direitos humanos e direito humanitário. Essa postura evidencia o caráter pouco inclusivo que ainda se observa nas leis brasileiras sobre o tema e revela a adoção de uma política desfavorável e hostil pelo País no plano externo, a partir da contrariedade a decisões políticas de mais de 160 países assinantes do Pacto de Migração. Esses fatores destoam da tradicional postura diplomática brasileira.

Sobre as razões motivadoras de migração para a população venezuelana, Abdelmalek Sayad (1979, p. 54) entende que o “imigrante é essencialmente uma força de trabalho, e uma força





de trabalho provisória, temporária, em trânsito”. No caso dos refugiados venezuelanos, no entanto, não é apenas o trabalho que os faz saírem de seu país de origem. Emma Haddad explica a diferença entre esse imigrante que busca emprego – sendo esta a principal e única razão para sair de seu país (Sayad, 1979) – e os refugiados:

Outros estrangeiros, como migrantes e imigrantes, podem, é claro, representar um desafio à identidade ou composição étnica de uma comunidade. No entanto, seu movimento transnacional tem sido uma das opções e eles permanecem enraizados na relação estado-cidadão "normal". A refugiada, por outro lado, não teve escolha em deixar seu país de origem. Ela foi forçada a sair da comunidade política doméstica de seu estado de origem e chega às fronteiras de um estado anfitrião solicitando entrada (HADDAD, 2008, p. 7, tradução nossa<sup>151</sup>).

Nesse caso, a partir do momento em que fogem da violência sofrida no país de origem – necessitando, assim, que o Estado revise suas situações e os receba permanentemente –, tornam-se solicitantes do refúgio e, em seguida, refugiados. Essa categoria é enquadrada em determinada legislação e em específica política pública, cujo objetivo principal é proporcionar proteção.

### 3 LEGISLAÇÃO MIGRATÓRIA NO BRASIL


A legislação migratória brasileira se baseia, essencialmente, na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), na Lei nº 9.474, de 1997, e na Lei nº 13.445, de 2017. Esse conjunto de normativas foi considerado importante pelo ACNUR por tratar da proteção aos refugiados e por ser referência para os demais países da América do Sul. Sobre o assunto, Antônio de Aguiar Patriota (2017, p. 173, tradução nossa<sup>152</sup>) explica:

O Brasil atribui grande prioridade à proteção de migrantes, refugiados e pessoas impedidas de receber dinheiro. É parte da Convenção sobre Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1967, da Convenção de Apátridas de 1954 e da Convenção de 1961 sobre a Redução da Apatridia, e submeteu a adesão à Convenção sobre os Direitos dos Trabalhadores Migrantes para Aprovação do Congresso.

O procedimento para a solicitação e a concessão do refúgio no Brasil, resumidamente, acontece da seguinte forma: primeiro, solicita-se a condição de refugiado à Polícia Federal nas fronteiras; a análise do pedido é realizada pela Cáritas Arquidiocesanas; em seguida, a decisão é

151 Texto original: “Other foreigners such as migrants and immigrants may of course present a challenge to the identity or ethnic make-up of a community. Yet their transnational movement has been one of choice and they remain rooted in the ‘normal’ state–citizen relationship. The refugee, in contrast, has had no choice in leaving her country of origin. She has been forced outside the domestic political community of her state of origin and arrives at the borders of a host state requesting entry”.

152 Texto original: “Brazil attaches great priority to the protection of migrants, refugees and stateless persons. It is party to the 1951 Refugee Convention and its 1967 Protocol, to the 1954 Convention on Stateless Persons and to the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness, and has submitted the accession to the Convention on the Rights of Migrant Workers for Congressional approval”.



proferida, em primeira instância, pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE); dessa decisão, caso seja negado o reconhecimento do *status* de refugiado, abre-se outra fase, o recurso cabível da decisão negativa do CONARE, direcionado para o Ministro da Justiça, que decidirá em último grau de recurso.


A CRFB/88, em seu artigo 1º, aborda os fundamentos que constituem o Estado Democrático de Direito, como a dignidade da pessoa humana. Já o artigo 3º revela que, entre os objetivos fundamentais do Brasil, estão os de “[...] construir uma sociedade livre, justa e solidária” e de “[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O artigo 4º idealiza a existência de um país integrado com a comunidade internacional, o qual colabore para o desenvolvimento das outras nações e para o fortalecimento dos direitos humanos:

No esforço de reconstrução dos direitos humanos do Pós-Guerra, há, de um lado, a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, de outro, a emergência da nova feição do Direito Constitucional ocidental, aberto a princípios e a valores, com ênfase no valor da dignidade humana. Por sua vez, no âmbito do Direito Constitucional ocidental, testemunha-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana (PIOVESAN, 2017, p. 353 e 354).

O texto da CRFB/88 não discorre expressamente sobre os refugiados, mas estes estão inseridos no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CRFB/88) e na prevalência dos direitos humanos e da concessão de asilo político (art. 4º, incisos II e X, CRFB/88). Além desses dispositivos, existe o artigo 5º, o qual assegura que “[...] 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”. Segundo Jubilut (2007, p. 181),

Com base nesses princípios, pode-se afirmar que os alicerces da concessão do refúgio, vertente dos direitos humanos e espécie do direito de asilo, são expressamente assegurados pela Constituição Federal de 1988, sendo ainda elevados à categoria de princípios de nossa ordem jurídica. Sendo assim, a Constituição Federal de 1988 estabelece, ainda que indiretamente, os fundamentos legais para a aplicação do instituto do refúgio pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, além de obrigar o Brasil a zelar pelos direitos humanos e a respeitá-los, a concessão do refúgio seria uma forma de efetivação dos dispositivos constitucionais, de modo que os princípios estariam sendo cumpridos e a igualdade estaria assegurada, o que gera segurança jurídica sobre o tema. É importante salientar que o refugiado, uma vez reconhecido pelo País, goza de igualdade perante os brasileiros natos e naturalizados, pois é detentor dos direitos sociais



preceituados pelo artigo 6º da CRFB/88, mas não tem direito de votar nem de ser votado, o que incita uma complexa e necessária discussão sobre sua cidadania.


O Brasil, em 1997, estabeleceu uma lei específica para os refugiados: a Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, que indicou os critérios para se atribuir o *status* de refugiado e que também determinou o procedimento para o devido reconhecimento dessa condição. A lei é responsável pela criação do CONARE, órgão administrativo que contempla o tema no País.

A Lei nº 9.474/97 foi produzida a partir do Programa Nacional de Direitos Humanos, de 1996, e elaborada pelo governo brasileiro em conjunto com o ACNUR (PNDH, 1996). A referida legislação é conhecida como umas das mais avançadas do mundo e é pioneira na América Latina, “[...] sendo usada como parâmetro para inúmeros outros países, pois traz uma ampla abordagem de situações que caracterizam o *status* de refugiado” (PEREIRA, 2004, p. 36). Apesar de ser considerada uma legislação importante em âmbito internacional, ainda não é tão avançada quanto normativas como as do México e as da Argentina, pois nesses países a legislação específica para os refugiados abrange a questão de gênero como fundamento de perseguição e de concessão do refúgio.

No ano de 2017, foi aprovada no Brasil a Lei nº 13.445, que revogou o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80). A nova legislação, responsável por regulamentar as questões de migração, deveria representar um pleno avanço para a ordem constitucional, tanto devido ao processo de mobilização social – uma vez que sua inicialização contou com a participação da sociedade –, quanto devido à expectativa de superar a herança autoritária que detinha a antiga lei.

No entanto, a forma como se consolidou o processo legislativo e, acima de tudo, a fundamentação dos vetos da Presidência da República, também presentes no decreto de regulamentação da nova lei, demonstraram que o instituto do refúgio era abordado a partir da lógica de segurança nacional, já bem conhecida na época da Ditadura Militar.

Os elementos trazidos pelo novo marco legal são importantes e foram celebrados por muitos pesquisadores, movimentos e representantes da sociedade civil afeitos ao tema das migrações. Dentre os avanços, destacaram-se a desburocratização do processo de regulação migratória, a institucionalização da política de vistos humanitários e a não criminalização dos indivíduos por razões migratórias. A lei nova prevê, ainda, a inclusão social, laboral e produtiva do migrante, por meio de políticas públicas, e o acesso igualitário e livre a serviços, programas e



benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social (SARTARETTO; BAGGIO, 2019).

Tais medidas, contudo, devem, hoje, ser avaliadas com cautela e criticidade, considerando-se o momento histórico atual e as inúmeras dificuldades que a legislação teve de superar em relação ao antigo processo político imposto ao País. Durante os 21 anos de ditadura militar no Brasil (1964 – 1985), o estrangeiro era visto predominantemente como um inimigo: havia a crença de que era nocivo à nação, quer seja porque ele representaria um risco para a segurança nacional, quer seja porque “roubaria” empregos dos brasileiros.

A transição do período ditatorial para a reabertura democrática no País foi “lenta, gradual e segura”, conforme slogan elaborado pelo comando do regime militar, responsável por essa transição. Esse caráter prejudicou a viabilização de debates mais amplos sobre o significado da reabertura. O processo também contribuiu para que as violações aos direitos humanos ocorridas nos anos de chumbo não fossem efetivamente enfrentadas (SARTARETTO; BAGGIO, 2019).

Essas características fizeram com que a CRFB/88, apesar dos seus inegáveis avanços na defesa dos direitos humanos e fundamentais, continuasse a reproduzir, sutilmente, a lógica autoritária contra os estrangeiros, porque a Lei nº 6.815/80 permanecia produzindo efeitos no ordenamento jurídico do País. No início do século XXI,


Em razão da migração de retorno, de novos fluxos migratórios que foram se organizando em direção ao país e da falta de harmonização entre o Estatuto do Estrangeiro e a CF/88, foi necessária uma intensa produção de normas relativas às questões de migrações, sobretudo por meio de instrumentos infralegais – como as resoluções de órgãos colegiados – o que não significou uma necessária articulação do tema em termos de elaboração de uma nova política nacional sobre migrações, ao contrário, foi tornando a aplicação dessas normativas cada vez mais complexa (CLARO, 2015, p. 121).

A nova realidade migratória que o Brasil experienciava e as inúmeras legislações infralegais que não conseguiam suprir a demanda dessa nova realidade foram os combustíveis para que a sociedade exigisse uma legislação mais adequada ao novo momento do País. Em 2017 foi promulgada a nova lei de migração.

#### **4 O CONARE E A OPERAÇÃO ACOLHIDA**

O Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) foi criado por meio da lei nº 9.474/97 e é encarregado de revisar e decidir todas as solicitações de refúgio no Brasil. Ele também é a autoridade responsável por definir a política brasileira de refúgio. Está ligado ao Ministério da





Justiça e é constituído por representantes dos Ministérios da Justiça, das Relações Exteriores, do Trabalho e Emprego, da Saúde e da Educação, assim como por representantes da Polícia Federal e de organizações da sociedade civil dedicadas à assistência, integração local e proteção dos refugiados no País. O ACNUR e a Defensoria Pública da União têm um assento no CONARE com direito de voz, mas não de voto.


A atuação do Comitê não se limita ao registro dos refugiados, pois ele atua também na formulação de políticas que promovem a integração dessas pessoas ao País, garantindo a documentação básica de identificação e trabalho e possibilitando, além da livre circulação pelo território nacional, o acesso a outros direitos civis, como saúde e educação. Vale destacar que o registro facilitado pelo órgão tem uma função importante para a promoção de políticas públicas, pois por meio dele são gerados gráficos estatísticos.

Desde o início de sua existência, no ano de 1998, o CONARE já realizou mais de 70 reuniões plenárias e mais de 13 reuniões extraordinárias. Esses encontros dedicam-se a analisar as solicitações de refúgio, para o reconhecimento ou não da condição de refugiados por parte dos solicitantes. Também se decide a cessação ou a perda da condição de refugiado.

De acordo com a 4ª edição do relatório Refúgio em Números, publicado em 2019 pelo CONARE, o Brasil reconheceu, entre 2011 e 2018, 11.231 pessoas refugiadas. O Comitê decidiu, em 2018, 13.083 processos; destes, reconheceu elegibilidade a 777, arquivou 2.165 e extinguiu 3.949.

A atuação do Comitê é necessária, mas, conforme Moreira (2012, p. 210), “[...] o CONARE se voltou, desde o início de seu funcionamento, para a função de elegibilidade, deixando em segundo plano a atribuição de prover medidas relativas à proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados [...]”. Outro problema que dificulta o cumprimento da Lei nº 9.474/97 é não haver uma delimitação das políticas públicas de integração local dos refugiados, o que revela uma generalização do assunto, pois não se incentiva o desenvolvimento de estratégias para o estabelecimento dessa integração.

Uma questão crítica, como cita Jubilut (2006, p. 40), é “[...] o fato de o CONARE estar ligado ao Executivo, o que pode levar a decisões políticas [...]”. Para a autora, além disso, há “[...] falta de políticas públicas para os refugiados [...]”, algo que impacta a efetivação dos acordos internacionais firmados, os quais garantem dignidade à pessoa do refugiado. Esse fato ficou




evidente no ano de 2017, quando o Governo Federal demorou a agir por meio de um plano eficaz para receber a numerosa quantidade de refugiados venezuelanos que chegavam pela fronteira da Venezuela com o Estado de Roraima.

Esse estado brasileiro teve que urgentemente acolher as pessoas que ingressavam pelo município de Pacaraima e que depois iam em direção a Boa Vista, capital do Estado. Sem muitos recursos e planejamento, Roraima rapidamente apresentou um aumento significativo da violência e o colapso do sistema de saúde. Depois de alguns meses, o Governo Federal lançou a Operação Acolhida, que através do programa de interiorização, consistia em distribuir grupos de refugiados em outras cidades do País, como Rio de Janeiro, São Paulo e cidades do interior do estado do Paraná.

A Operação Acolhida, criada pelo Governo Federal, estrutura-se no ordenamento da fronteira (preparação da fronteira para receber os refugiados), no abrigo (para acomodação em abrigos e disponibilização de alimentação, educação, cuidados em saúde e proteção) e na interiorização (transporte dos refugiados para diferentes regiões do País). Assim como o CONARE, a Operação Acolhida sofre influência direta do chefe do Poder Executivo. Sua organização é feita por militares do Exército, da Aeronáutica e da Marinha sob intensa propaganda, por parte da administração pública federal, dos trabalhos realizados com esse grupo de pessoas.

Ao cruzarem a fronteira brasileira, os refugiados venezuelanos que entram pela cidade de Pacaraima são direcionados a um Posto de Recepção e Identificação (PRI). O local é responsável por controlar e organizar o fluxo migratório, realizando a expedição de documentos e oferecendo auxílio médico. O atendimento ao fluxo de refugiados e migrantes na fronteira do Brasil com a Venezuela começa nas estruturas montadas para assegurar recepção, identificação, fiscalização sanitária, imunização, regularização migratória e triagem dos refugiados e migrantes venezuelanos (GOVERNO FEDERAL, 2020).

A Operação Acolhida conseguiu regulamentar 264.865 venezuelanos, realizar 216.738 atendimentos sociais e emitir 251.670 Cadastros de Pessoa Física e 89.173 carteiras de trabalho. Outra forma de atuação, já citada nesta pesquisa é através da estratégia da interiorização, que desloca refugiados e migrantes venezuelanos de Roraima para outros estados brasileiros com apoio do Governo Federal. É a principal tática do governo brasileiro para promover a inclusão



socioeconômica dos refugiados e migrantes venezuelanos. Entre os anos de 2018, 2019 e até junho de 2020, já foram interiorizadas mais de 35.567 pessoas para mais de 376 cidades brasileiras em 24 Unidades da Federação (GOVERNO FEDERAL, 2020).

Ao chegarem às cidades, no entanto, os refugiados venezuelanos continuam enfrentando constantes problemas para serem incluídos na sociedade. Conforme Simões et al. (2017, p. 21-48), o Relatório sobre o Perfil Sociodemográfico e Laboral da Imigração no Brasil evidenciou que somente 38,9% dos venezuelanos tiveram acesso aos serviços de saúde, 10,4% aos serviços educacionais e 2,2% aos serviços de assistência social. Sobre os que têm certificado de ensino superior, a pesquisa evidencia que 90,48% não conseguem a revalidação dos diplomas, fato que impacta negativamente no sucesso de conseguirem emprego em suas áreas de formação.

O percentual que frequentou ou frequenta curso de português no Brasil é de 53,66%, um índice baixo, porque mais de 48% dos entrevistados falam outro idioma além daqueles perguntados (português, francês, inglês, espanhol e árabe). Além disso, salienta-se que 7,1% deles estão sem documentação no Brasil, 22,8% possuem carteira de trabalho e 29% obtiveram Cadastro de Pessoa Física. Patriota (2017, p. 174, tradução nossa<sup>153</sup>) defende:

O exercício da responsabilidade para com migrantes, refugiados e pessoas apátridas não deve se limitar a oferecer reassentamento. Deveria também envolver esforços visando garantir sua total integração nas sociedades anfitriãs. Isso inclui proporcionar condições de vida decentes, proteger os migrantes e refugiados da discriminação e deportação arbitrária e combater o desânimo xenofóbico.

Para haver uma plenitude da dignidade humana e uma possível integração dessas pessoas no Brasil, é necessário mais do que oferecer abrigos, alimentação e operações de acolhidas. Os refugiados que chegam ao País querem recomeçar suas vidas e construir um futuro com perspectivas reais, tanto para eles, quanto para os filhos, e para isso é fundamental que haja documentos de identificação para todos, que seja permitida a sua entrada formal no mercado de trabalho, que eles consigam estudar e dominar o idioma e que estejam participando da sociedade de forma segura, sem preconceitos e violências. Não deve ser permitido, portanto, visualizar a humanidade como sujeito de Direito a partir da ótica do Estado; impõe-se reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade. (TRINDADE; ROBLES, 2003).

153 Texto original: “*The exercise of responsibility towards migrants, refugees and stateless persons should not be limited to offering resettlement. It should also entail efforts aimed at ensuring their full integration into host societies. This includes providing decent living conditions, protecting migrants and refugees from discrimination and arbitrary deportation, and combating xenophobic discourse*”.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os fluxos migratórios sempre existiram na história da humanidade, mas somente a partir do século XX começou a ser discutida a proteção daqueles que foram forçados a fugir em busca de refúgio. Apesar da internacionalização dos direitos humanos e da ampliação do conceito de refugiado, a efetivação desses direitos é sensível à vontade política dos países.

No Brasil, a política migratória revelou, sem dúvidas, muitos avanços. Apesar dos erros e da inoperância administrativa, o País mostrou-se assertivo ao assinar os acordos internacionais para proteção dos refugiados. Internamente, no período democrático, houve a criação de um sistema jurídico migratório audacioso, porque garantiu a pluralidade de direitos aos refugiados, mas ainda com resquícios da ideologia da segurança nacional, timidamente mascarada por políticas públicas pouco eficientes. O País conta com um aparato legislativo muito importante, porém falta vontade política para que a lei seja efetivada de forma correta.

A Operação Acolhida, enquanto tentativa de “resolução do problema”, não é suficiente para, de fato, ajudar os refugiados. Depois que são levados às cidades pelo programa de interiorização, esses indivíduos contam com a ajuda da sociedade e de ONGs; a participação estatal, portanto, é ínfima. Esse *modus operandi* aumenta a desigualdade entre as pessoas refugiadas e dificulta a integração.


Enquanto as questões concernentes aos refugiados venezuelanos forem tratadas sob o viés securitário ou sob a perspectiva de serem um “problema” a ser administrado e resolvido a partir da lógica soberana estatal, não haverá uma melhor alternativa adotada pelo Brasil para o assunto. Se direitos humanos continuarem a ser relativizados, o fosso social ficará maior e os países se tornarão mais isolados. Em um mundo movido pelo multilateralismo, o isolamento em questões de direitos humanos parece ser o mais difícil caminho a ser percorrido.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACNUR, Agência da ONU para Refugiados. **Protegendo Refugiados no Brasil e no Mundo**. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2018/Cartilha\\_Protegendo\\_Refugiados\\_No\\_Brasil\\_2018.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2018/Cartilha\\_Protegendo\\_Refugiados\\_No\\_Brasil\\_2018](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2018/Cartilha_Protegendo_Refugiados_No_Brasil_2018.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2018/Cartilha_Protegendo_Refugiados_No_Brasil_2018). Acesso em: 19 jun. 2020.

BARICHELLO, Stefania Eugenia; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. **Aspectos históricos da evolução e do reconhecimento internacional do status de refugiado**. Universitas Relações





Internacionais, Brasília, v. 12, n. 2, p. 63-76, jul. 2014. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/272019669\\_Aspectos\\_historicos\\_da\\_evolucao\\_e\\_do\\_reconhecimento\\_internacional\\_do\\_status\\_de\\_refugiado](https://www.researchgate.net/publication/272019669_Aspectos_historicos_da_evolucao_e_do_reconhecimento_internacional_do_status_de_refugiado)>. Acesso em: 09 maio 2020.

CLARO, Carolina de Abreu Batista. **As migrações internacionais no Brasil sob uma perspectiva jurídica**: análise da legislação brasileira sobre estrangeiros entre os séculos XIX e XXI. Cadernos OBMIGRA. Brasília, v. 1, n. 1, p. 119-210, 2015.

DELGADO, Tiago Medeiros; GUEDES, Henrique Lenon Farias. **Constitucionalismo Internacional e proteção de Direitos Humanos na implementação de resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas**. In Menezes, W. (Org.). XV Congresso Brasileiro de Direito Internacional. 2017, Florianópolis. Direito Internacional em Expansão - Volume XII. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 10-31. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/15sI9dS2SD1mbxZ4BCRNUdOz96FWmqb-D/view>>. Acesso em: 07 maio 2020.

DW, **Deutsche Welle**. **Brasil deixa pacto de migração da ONU**. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/brasil-deixa-pacto-de-migra%C3%A7%C3%A3o-da-onu/a-47005898>. Acesso em 07 set. 2020.

GOVERNO FEDERAL. **Operação Acolhida**. Disponível em: <<https://www.gov.br/acolhida/historico/>>. Acesso em: 11 ago 2020.

HADDAD, Emma. **The Refugee in International Society**: between sovereigns. Oxford: Cambridge University Press, 2008.

HYNDMAN, Jennifer. **Managing displacement**: refugees and the politics of humanitarianism. Minnesota: University of Minnesota Press, 2000.

IOM, International Organization for Migration –. **World Migration Report 2020**. Geneva: 2020. Disponível em: <[https://publications.iom.int/es/system/files/pdf/wmr\\_2020.pdf](https://publications.iom.int/es/system/files/pdf/wmr_2020.pdf)>. Acesso em: 07 maio 2020.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007. 240 p.

\_\_\_\_\_. **Refugee Law and Protection in Brazil**: a model in South America? Journal of Refugee Studies. Oxford, v. 19, n. 1, p. 22-44, 2006.

JUSTIÇA, Secretaria Nacional de. **Refúgio em Números**. 4. ed. Brasília: SNJ, 2019.

MOREIRA, Julia Bertino. **Política em relação aos refugiados no Brasil (1947-2010)**. 2012. 377 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciência Política, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2012.

PATRIOTA, Antônio de Aguiar. **State Responsibility in the protection of migrants, refugees and stateless persons**. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional: Boletim 100 anos. Belo Horizonte, v. 103. p. 165-175, 2017. Disponível em:



<[https://drive.google.com/file/d/1U8Jym4r61ghZelJj\\_HgNoJM-0kPJtMd/view](https://drive.google.com/file/d/1U8Jym4r61ghZelJj_HgNoJM-0kPJtMd/view)>. Acesso em: 08 maio 2020.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. **Direitos Humanos e hospitalidade: a proteção internacional para apátridas e refugiados.** Atlas, 08/2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional.** São Paulo: Saraiva, 2010

\_\_\_\_\_. **Temas de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 7. ed., 2017.

PNDH. **Programa Nacional de Direitos Humanos.** Brasília, 1996. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-no-Brasil/i-programa-nacional-de-direitos-humanos-pndh-1996.html>>. Acesso em: 27 jun 2020.

RODRIGUES, Francilene. **Migração transfronteiriça na Venezuela.** Dossiê Migração, São Paulo, v. 20, n. 57, ago. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142006000200015&script=sci\\_arttext&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142006000200015&script=sci_arttext&tlng=pt)>. Acesso em: 23 mar. 2020.

SARTARETTO, Laura Madrid; BAGGIO, Roberta Camineiro. **O processo de construção do novo marco legal migratório no Brasil: entre a ideologia da segurança nacional e o direito humano a migrar.** Revista Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 24, n. 3, p. 27-59, 12 dez. 2019. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1299>>. Acesso em: 01 maio 2020.

SAYAD, Abdelmalek. **O que é um imigrante?** Peuples Méditerranéens, Lyon, v. 7, p. 3-23, abr. 1979. Disponível em: <[https://www.academia.edu/23966139/Abdelmalek\\_Sayad\\_-\\_A\\_imigrac\\_a\\_o\\_ou\\_os\\_paradoxos\\_da\\_alteridade](https://www.academia.edu/23966139/Abdelmalek_Sayad_-_A_imigrac_a_o_ou_os_paradoxos_da_alteridade)>. Acesso em: 12 maio 2020.

SIMÕES, Gustavo da Frota et al (Org.). **Perfil Sociodemográfico e Laboral da imigração venezuelana no Brasil.** Curitiba: Editora CRV, 2017. Disponível em: <<https://editoracriv.com.br/produtos/detalhes/32684-detalhes>>. Acesso em: 14 set. 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

\_\_\_\_\_; ROBLES, Manuel E. Ventura. **El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003. 321 p. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/futuro-corteidh.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2020.



# CAPÍTULO 26

## O DIREITO NO ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: PERCURSO HISTÓRICO DAS LEGISLAÇÕES PROTETIVAS

Thiago Augusto Lima Alves, Mestrando em Relações Internacionais pelo Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais da Universidade Federal da Integração Latino-Americana (PPGRI/UNILA).

Ana Beatriz Gadelha Guimarães Pinheiro, Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

### RESUMO


A violência contra a mulher tem sido um assunto cada vez mais em pauta nas discussões e preocupações da sociedade brasileira. Nesse sentido, o objetivo deste artigo é apresentar uma contextualização histórica do modo pelo qual este tema tornou-se parte da agenda política internacional e nacional, transformada e viabilizada por meios de tratados e convenções generalistas - de caráter universal - e por meio de políticas e normatizações específicas - de caráter local -, no caso, o brasileiro. Para tanto, o artigo utiliza-se a metodologia de abordagem qualitativa e a natureza descritiva, apoiando-se em fontes primárias e secundárias sobre a temática. Na primeira seção do trabalho será abordado o conceito de violência e suas especificidades. Em seguida, o desenvolvimento dos direitos das mulheres no âmbito internacional e, na última seção, será analisada a perspectiva brasileira de defesa aos direitos das mulheres.

**PALAVRAS-CHAVE:** Políticas Públicas; Marcos Legais; Mulheres; Direitos Humanos.

### INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher tem sido um assunto cada vez mais em pauta nas discussões e preocupações da sociedade brasileira. Em outubro de 2020, fez 40 anos que um grupo de mulheres se reuniu nas escadarias do Teatro Municipal de São Paulo para se manifestar contra o aumento dos casos de violência no Brasil. Desde então, a data é lembrada como o Dia Nacional de Luta contra a Violência à Mulher<sup>154</sup> (DPE-PR, 2020). Em 2020, com a pandemia que se iniciou, o regime de isolamento trouxe uma série de consequências, não apenas para os sistemas de saúde, mas também para a vida de milhares de mulheres que já viviam em situações de violência. Sem

<sup>154</sup> Neste sentido, vide 10 de outubro: Dia Nacional de Luta contra a Violência à Mulher. 2020. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.pr.def.br/2020/10/2042/10-de-Outubro-Dia-Nacional-de-Luta-contra-a-Violencia-a-Mulher.html>. Acesso em 19 jan. 2021.



lugar seguro, elas estão sendo obrigadas a permanecer mais tempo no próprio lar junto a seu agressor, muitas vezes em habitações precárias, com os filhos e vendo sua renda diminuída.

A violência contra a mulher, como assunto, ganhou destaque no Brasil com o movimento feminista, especialmente, a partir da década de 1980. Porém, no âmbito internacional, este foi um tema bastante difundido nos anos 1970, quando pesquisadoras feministas criaram esta terminologia, para abranger, não apenas a violência sofrida dentro da família, mas em outras situações: como estupro, assédios, tráfico de mulheres, prostituição forçada etc.


Foi a partir desses estudos que se buscou “apontar para a violência como um problema de violação dos direitos das pessoas, fazendo que ganhe visibilidade e seja estudada no campo do direito” (SCHRAIBER et al., 2005, p. 30). Assim, a violência contra a mulher deixou de ser algo particular, tornando-se um assunto que envolve a coletividade. Em todos os períodos históricos sempre houve mulheres (e homens) que se posicionaram contra as injustiças e desigualdades; o que se alterou ao longo do tempo foram os termos, as estratégias adotadas e, principalmente, a visibilidade dessas reivindicações (DE TILIO, 2012).

Os números do Brasil acerca de tal violência continuam crescendo, de acordo com dados do Mapa da Violência (2015) da Organização Mundial da Saúde (OMS), o Brasil tem a quinta maior taxa de feminicídios no mundo: 4,8 para 100 mil mulheres. O Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), em 2020, divulgou que no ano de 2018, 1.206 mulheres foram assassinadas por causa do seu gênero<sup>155</sup> (UOL, 2020). No ano de 2020, durante a pandemia, o FBSP chama atenção para a redução do número de denúncias, que pode esconder a realidade sofrida por essa população.

De acordo com dados oficiais divulgados pelo comitê parlamentar de violência contra mulheres, os relatórios da polícia sobre abuso doméstico caíram para 652 nos primeiros 22 dias de março, comparado a 1.157 no mesmo período de 2019. Também a maior linha de apoio à violência doméstica do país, o Telefone Rosa, afirmou que as ligações caíram 55% desde o princípio do isolamento: foram apenas 496 chamadas nas duas primeiras semanas de março, onde antes eram 1.104 no mesmo período do ano passado. Apesar da aparente redução, os números não

<sup>155</sup> Feminicídio é o assassinato de uma mulher pelo simples fato de ser mulher. Os motivos mais comuns são o ódio, o desprezo ou o sentimento de perda do controle e da propriedade sobre as mulheres, comuns em sociedades marcadas pela associação de papéis discriminatórios ao feminino, como é o caso brasileiro.






parecem refletir a realidade, mas sim a dificuldade de realizar a denúncia durante o isolamento (FBSP, 2020).

O Brasil é signatário de tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, direito das mulheres e sua proteção. Em 1975, foi realizado no México, a Primeira Conferência Mundial sobre a Mulher que resultou na criação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres. O País é signatário também da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994, conhecida como Convenção de Belém do Pará. Os dois tratados são importantes para auxiliar na construção de políticas públicas de defesa aos direitos das mulheres.

O objetivo da pesquisa é realizar uma breve contextualização histórica do modo de como esse tema se tornou parte da agenda política internacional e nacional, transformada e viabilizada através de tratados e convenções generalistas (de caráter universal) e por meio de políticas e normatizações específicas (de caráter local), no caso, o brasileiro. Dessa forma, o estudo servirá de base para conscientizar as pessoas sobre esse respeitável tema.

O procedimento metodológico é bibliográfico e documental, já que será feito a partir do levantamento de referências teóricas e documentos oficiais já analisados e publicados. A pesquisa será de natureza básica, pois objetiva gerar novos conhecimentos que serão úteis para o avanço das discussões sobre o assunto. A busca por esses dados e informações foi estabelecida a partir, principalmente, dos repositórios institucionais e das bases/plataformas de conteúdo científico – Portal de Periódicos da CAPES, SCOPUS e SCIELO, como também por meio de órgãos governamentais.

Antes de começarmos, devemos alertar aos leitores e leitoras que este texto optou por uma breve análise histórica da construção dos direitos das mulheres em âmbito internacional e nacional. Estamos cientes de que este é um relato parcial e bastante limitado de um processo muito mais amplo e complexo do que será aqui exposto. Por motivos práticos e limitações de espaço, decidimos nos deter apenas aos desenvolvimentos recentes no campo dos Direitos Humanos, onde a promulgação da Carta e da Declaração Universal dos Direitos Humanos foi assumida como ponto de partida. Contudo, muitas outras versões dessa história poderiam ser contadas, especialmente se abrangêssemos um período maior.



Sabendo disso, o texto será dividido em três seções. Na primeira seção do trabalho será abordado o conceito de violência e suas especificidades; em seguida, o desenvolvimento dos direitos das mulheres internacionalmente e, na última seção, será analisada a perspectiva brasileira de defesa aos direitos das mulheres.

## 1 O QUE É VIOLÊNCIA?

A violência é um conceito polissêmico, complexo e multicausal (MINAYO; SOUZA, 1997). Isso significa que a violência não possui um sentido específico, como também não determina uma causa singular pelo qual acontece, tornando-se uma problemática complexa e difícil de enfrentar em todo o mundo. Para a OMS, a violência pode ser definida como

O uso intencional da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação (World report on violence and health, 2002, p. 5).

O seu impacto implica na qualidade e nas condições de vida de uma população, não somente pela interferência de tantas vidas (com o agravante de se concentrar em grupos de idades jovens), mas também pelas consequências de custo social e econômico, que sobrecarregam serviços de saúde muitas vezes já deficientes, transformando a violência em um dos mais graves problemas de saúde pública de um país (OPAS, 1990).

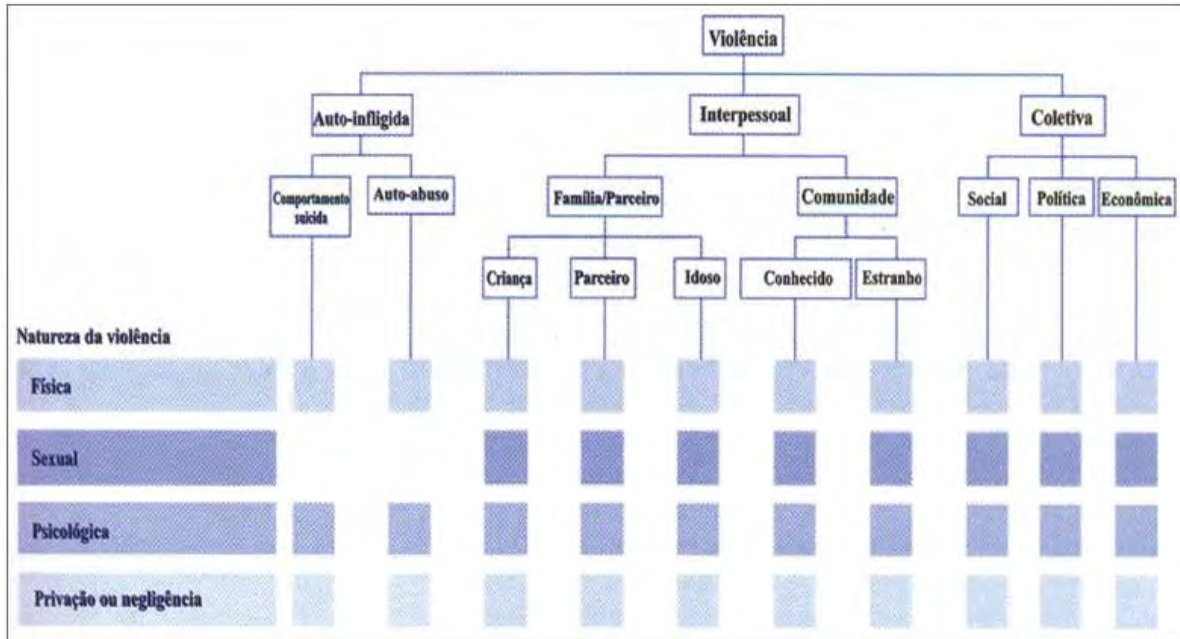
O Brasil é um dos países que mais sofre as consequências dessa problemática, devido ao alto índice de violência em sua população. Em 2017, de acordo com um relatório divulgado pela Organização das Nações Unidas - ONU, o País ocupava a posição de segundo lugar na lista de países mais violentos da América do Sul. Nessa perspectiva, em 2018, tornou-se também o nono país mais violento do mundo, segundo o relatório anual da OMS sobre as estatísticas da saúde global.

Conforme o relatório mundial sobre Saúde e Violência da ONU (2002), a tipologia da violência é dividida em três grandes categorias, conforme as características de quem comete o ato de violência: violência dirigida a si mesmo (auto infligida); violência interpessoal e violência coletiva. Cada uma dessas três grandes categorias é posteriormente dividida para refletir tipos mais específicos de violência.

A violência auto infligida é subdividida em comportamento suicida e auto abuso. A violência interpessoal é dividida em duas subcategorias: violência da família e de parceiro(a) íntimo(a), bem como violência comunitária, que geralmente ocorre entre pessoas sem laços de parentesco, fora da residência. No que concerne à tipologia

interpessoal, a primeira subcategoria compreende as manifestações de violência como abuso infantil, violência praticada por parceiro íntimo e abuso contra os idosos. Enquanto a segunda subcategoria compreende a violência juvenil, atos aleatórios de violência, estupro ou ataque sexual por estranhos, bem como a violência em grupos institucionais, tais como escolas, locais de trabalho, prisões e asilos. A violência coletiva é subdividida em violência social, política e econômica. Diferentemente das outras duas categorias, as subcategorias de violência coletiva sugerem a existência de motivos possíveis para a violência cometida pelos grandes grupos de pessoas ou pelos Estados. Como exemplo, crimes de ódio cometidos por grupos organizados, atos terroristas e violência de multidões (Relatório Mundial Sobre Saúde e Violência, 2002, p. 6).


Uma tipologia da violência



Fonte: Relatório Mundial Sobre Saúde e Violência, 2002, p. 7.

Se tratando da violência, em específico, contra a mulher, essa temática se torna ainda mais complexa, considerando a quantidade de elementos necessários para se compreender, enfrentar e prevenir. Inicialmente vista, em grande parte, como uma questão de direitos humanos, atualmente a violência de gênero é cada vez mais encarada como um importante problema de saúde pública (Relatório Mundial Sobre Saúde e Violência, 2002, p. 91).

Como agravante, algumas manifestações desse tipo de violência sequer são reconhecidas assim, de modo que se tornam corriqueiras e naturais, dificultando a denúncia e o processo de combate. De modo principal, as violências que costumam acontecer no âmbito íntimo e privado do lar, são as mais difíceis de serem denunciadas. Por isso inúmeros casos de violência doméstica e patrimonial, por exemplo, são silenciados e invisibilizados até mesmo pelas próprias vítimas.




A violência doméstica, realizada pelo parceiro íntimo, pode atribuir diversas outras violências simultâneas, como abusos psicológicos, sexuais e físicos, causando efeitos deletérios até mesmo irreversíveis. Qualquer lar, independentemente da classe econômica, social, religiosa ou cultural, pode vivenciar esse tipo de violência e ter todo seu núcleo familiar estremecido ou destruído.

Também no contexto privado, a violência patrimonial é extremamente comum, sendo entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades, de acordo com o art. 7 da Lei n.º 13.340, de 07 de agosto de 2006 (Brasil, 2006). Mulheres que vivem em relacionamentos com comunhão de bens e são impedidas de terem acesso ao dinheiro, não podem acompanhar os processos de depósitos e transações financeiras de suas próprias contas ou possuem seus bens danificados, por exemplo, estão sofrendo esse tipo de violência.

Nesse contexto, são as reivindicações das mulheres e, especialmente, as lutas do movimento feminista, que tornam possível o reconhecimento, cada vez mais, das diversas formas de violência contra a mulher. Entre os marcos legais conquistados, houve a criação da Lei n.º 10.714/03, em 2003, que instaura o Disque 180, autorizando o Poder Executivo a “disponibilizar, em âmbito nacional, número telefônico destinado a atender denúncias de violência contra a mulher”. No mesmo ano, foi criada a Lei n.º 10.778/ de 2003, estabelecendo a “notificação compulsória, no território nacional, dos casos de violência contra a mulher atendidos nos serviços de saúde públicos ou privados”, mas o principal destaque relativo ao tema da violência doméstica contra mulher consiste na Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006, a Lei Maria da Penha, que será analisada mais adiante.

Entretanto, não basta a existência de dispositivos legais em prol da mulher, é imprescindível também o investimento em políticas públicas integradas. Isso significa a integração de diversas instituições, que incluem o sistema de justiça, a assistência social, a segurança pública e as instituições de ensino e hospitalares. Os principais serviços voltados para o atendimento de mulheres em situação de violência, atualmente, são: Centros de Referência de Atendimento à Mulher (CRAM), Centro de Referência Especializado de Assistência Social (Creas), Casas Abrigo, Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (Deams), Casa da Mulher Brasileira, Central de Atendimento à Mulher - Ligue 180, Ouvidorias, Orientações





Técnicas Centro de Referência de Assistência Social (CRAS), Casas de Acolhimento Provisório, Juizados Especializados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

## 2 A AGENDA GLOBAL: MULHERES E A CONQUISTA DE DIREITOS


Reivindicações coletivas ou individuais, públicas ou privadas promovidas pelas mulheres e por outros grupos minoritários sempre foram uma constante na história (DE TILIO, 2012). A introdução dessa discussão no contexto internacional como objeto de proteção por parte dos Estados nacionais causou impacto nas Constituições de diversos países, fazendo com que o direito interno desses países e o direito internacional passassem a constituir um sistema de proteção jurídica dos direitos humanos, expresso nos tratados internacionais e nas Constituições dos Estados (AZAMBUJA; NOGUEIRA, 2008).

Dentre os primeiros estão o texto de 1791 de Olympe de Gouges *Declaração dos direitos da mulher e da cidadã*, (escrito no contexto da Revolução Francesa e sob o mote tripartite liberdade, igualdade e fraternidade entre todos os cidadãos e que exigia, para a construção de uma sociedade menos desigual e a observância dos mesmos direitos para homens e mulheres) e o texto de 1792 de Mary Wollstonecraft *Uma defesa dos direitos da mulher*, que também exigia a igualdade de direitos para as mulheres visto que elas eram compulsoriamente oprimidas pelos homens (DE TILIO, 2012, p. 72).

Esses dois textos não conseguiram os avanços práticos objetivados, ficando apenas no plano simbólico. Foi apenas na década de 1940 que a Organização das Nações Unidas - ONU, propuseram documentos que serviriam de orientações políticas e, posteriormente, combate às diversas formas de opressão das mulheres. A Carta das Nações Unidas escrita em 1945 e a Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948 não fazem referência específica ao sexo ou ao gênero (DE TILIO, 2012). Explicam Azambuja e Nogueira (2008)

A Declaração Universal dos Direitos dos Homens (DUDH), juntamente com mais três documentos, compõem a Carta Internacional dos Direitos do Homem. Isso decorre do fato de a Declaração não obrigar formalmente os Estados a cumpri-la, sendo, portanto, insuficiente. Assim, foram produzidos outros dois documentos: o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, nos quais os Estados se obrigaram a assegurar o pleno exercício dos direitos neles reconhecidos, sem qualquer discriminação em função do sexo. Ambos os Pactos foram assinados em 1966, mas entraram em vigor apenas em 1976, pois foi preciso aguardar dez anos para que 36 Estados os ratificassem (AZAMBUJA; NOGUEIRA, 2008, p. 102).

Rafael De Tilio (2012, p. 73) afirma que a diferença entre um tratado (tal como a Declaração Universal dos Direitos Humanos) e um pacto é que enquanto o primeiro estabelece princípios de orientação e valores generalizáveis, o último estabelece metas e objetivos e detalha as ações necessárias para cumprir com o estabelecido nos tratados internacionais – em outras




palavras, o pacto regulamenta e operacionaliza o tratado. É importante destacar que, quando a Carta das Nações Unidas foi elaborada, em 1945, as mulheres tinham direito a voto em apenas 31 países e eram tratadas como pessoas de “segunda classe” em quase todo o mundo. Além disso, a própria Declaração Universal dos Direitos dos Homens está escrita no masculino, reforçando a posição inferior das mulheres e sua falta de poder, bem como a conotação evidente de que existiam direitos para os homens, mas não para a totalidade da humanidade (AZAMBUJA; NOGUEIRA, 2008, p. 103).

Há que se destacar que este conjunto de documentos internacionais produzidos entre as décadas de 1940 e meados da de 1960 foi escrito no masculino (segundo uma regra arbitrária da gramática), reforçando a posição inferior das mulheres e sua falta de poder, bem como destacando a conotação de que existiriam direitos para os homens, mas não para a totalidade da humanidade (DE TILIO, 2012, p. 73). Aliás, a própria tradução da expressão *human rights* para o português é polêmica, pois foi traduzida por direito dos homens quando deveriam ser direitos humanos (LOPES, 2005). Todavia, a utilização da expressão “direitos dos homens” é polêmica e tem suscitado discussões acirradas (AZAMBUJA; NOGUEIRA, 2008, p. 103),

Essa questão apenas é colocada em determinadas línguas, como o Português. A crítica à linguagem sexista afirma que esta constitui um entrave ao processo de instauração da igualdade e da verdadeira apropriação dos direitos do homem pelas mulheres, lembrando o papel da língua na formação da identidade social das pessoas e a interação que existe entre a língua e as atitudes sociais. Portanto, defender a mudança de nome (para Declaração Universal dos Direitos dos Homens e das Mulheres ou Declaração Universal dos Direitos Humanos) significa reconhecer a importância desses aspectos para a igualdade entre mulheres e homens (BARRETO, 2005).

Contudo, Lopes (2005) refuta a expressão “Direitos Humanos das Mulheres”, pois considera que os direitos humanos são universais, aplicando-se a todo o ser humano, mulher ou homem. A autora lembra também que o texto da referida Declaração Universal dos Direitos dos Homens fala em indivíduo e pessoa, sendo que, apenas ao se referir à idade para o casamento e ao direito de contrair o matrimônio em liberdade, prefere a expressão homem e mulher.

Portanto, diante dessa constatação, foi no final da década de 1960 e no início da década de 1970 que começou um processo de conscientização sobre a criação de mecanismos institucionais e específicos para a proteção e a melhora da condição de vida das mulheres ao redor do mundo (DE TILIO, 2012, p. 74). Neste mesmo processo, Azambuja e Nogueira (2008, p. 104) afirmam que “o ano de 1975 foi proclamado pela Organização das Nações Unidas (ONU) como Ano Internacional da Mulher e realizou-se a I Conferência sobre as Mulheres, na Cidade do México”.




Datam deste período os significativos marcos legislativos e documentos internacionais, todos da ONU: em 1967 a Declaração para a Eliminação da Discriminação Contra as Mulheres; 1975 é decretado o Ano Internacional da Mulher, mesmo ano em que ocorreu na Cidade do México a 1ª Conferência Sobre as Mulheres; e entre 1975 e 1985 é decretada Década das Mulheres; todos esses são prenúncios da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW) em 1979. Foi nesta convenção que a violência contra as mulheres passou a ser reconhecida oficialmente como um crime contra a humanidade, além de, a partir de então, influenciar quase todas as políticas e iniciativas internacionais sob uma perspectiva gender mainstreaming (DE TILIO, 2012, p. 74).

A ONU realizou, ainda, três conferências internacionais sobre mulheres. Uma em 1980, na cidade de Copenhague, outra em 1985 na cidade de Nairóbi e, a última, em 1995, na cidade de Pequim. Azambuja e Nogueira (2008, p. 104) pontificam que no ano de 1993, “como resultado da Conferência sobre os Direitos Humanos, realizada em Viena (Áustria), surgiu a Declaração de Viena para a Eliminação da Violência Contra as Mulheres”. Entre as proteções trazidas pelo documento, destaca-se

18. Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação, com base no sexo, são objetivos prioritários da comunidade internacional. A violência e todas as formas de abuso e exploração sexual, incluindo o preconceito cultural e o tráfico internacional de pessoas, são incompatíveis com a dignidade e valor da pessoa humana e devem ser eliminadas. Pode-se conseguir isso por meio de medidas legislativas, ações nacionais e cooperação internacional nas áreas do desenvolvimento econômico e social, da educação, da maternidade segura e assistência à saúde e apoio social. Os direitos humanos das mulheres devem ser parte integrante das atividades das Nações Unidas na área dos direitos humanos, que devem incluir a promoção de todos os instrumentos de direitos humanos relacionados à mulher. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos insta todos os Governos, instituições governamentais e não – governamentais a intensificarem seus esforços em prol da proteção e promoção dos direitos humanos da mulher e da menina (Declaração e Programa de Ação de Viena, 1993).

A influência desta convenção foi tão grande que a promoção dos direitos humanos numa perspectiva de gênero foi incluída em outras conferências da ONU que não tinha como escopo principal a questão da violência contra a violência e a favor dos direitos das mulheres, como, por exemplo, a Conferência Mundial Sobre População e Desenvolvimento de 1994 no Cairo, a Conferência Internacional com Ministros de Saúde das Américas da Organização Pan Americana de Saúde (OPAS) também em 1994 e, posteriormente, a Conferência Mundial Sobre Desenvolvimento Social de 1996 em Copenhague (DE TILIO, 2012, p. 75).

Em 1997 a Organização Mundial da Saúde (OMS) organizou a Conferência Internacional Sobre Saúde com ministros dos países integrantes da ONU que redimensionou o fenômeno da violência contra as mulheres como um problema de saúde



social e coletiva e, em 1998, o Tribunal Penal Internacional por meio do Estatuto de Roma reconheceu como sendo crime contra a humanidade a violação, a gravidez forçada (inclusive a que visava o etnocídio, prática comum na guerra da Bósnia), a escravidão sexual, a esterilização à força ou qualquer outro tipo de violência no campo sexual de gravidade comparável independentemente de estar em tempo de guerra ou de paz; além disso, esse tribunal instituiu a criação das unidades de apoio às vítimas e testemunhas com funções não somente de proteção, mas também de aconselhamento e acompanhamento psicológico daqueles que foram vitimados sexualmente (DE TILIO, 2012, p. 76).


Os estudos atualmente realizados por todo o mundo mostram que a situação das mulheres, apesar das diversas iniciativas realizadas, continua marcada por graves violações dos direitos humanos. Dessa forma, em 1999, foi aprovado e assinado o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (conhecido pela sigla em inglês como Convenção CEDAW) e, no ano 2000, a ONU organizou uma Sessão Especial para Avaliação da Plataforma de Pequim, processo que culminou com a aprovação de uma declaração política de reafirmação dos compromissos contidos no documento de 1995 e de compromisso com a superação dos obstáculos encontrados para a sua implantação, documento também conhecido como Iniciativas e Ações Futuras para a Implementação da Declaração e Plataforma de Ação de Pequim ou Pequim+5 (AZAMBUJA; NOGUEIRA, 2008, p. 106).

Apesar de todo o arcabouço jurídico criado de proteção às mulheres, em 2002, a OMS divulgou o Relatório Mundial Sobre Saúde e Violência cujos resultados apontam que a proteção integral e prevenção total das diversas formas de violência contra as mulheres estão longe de ser uma realidade factível, necessitando, pois, de novas estratégias (DE TILIO, 2012, p. 76). O Relatório da OMS exprime que

Talvez a violência sempre tenha participado da experiência humana. Seu impacto pode ser visto de várias formas, em diversas partes do mundo. Todo ano, mais de um milhão de pessoas perdem suas vidas e muitas outras sofrem lesões não fatais, resultantes da violência auto infligida, interpessoal ou coletiva. De forma geral, no mundo todo, a violência está entre as principais causas de morte de pessoas na faixa etária de 15 a 44 anos. Apesar da dificuldade em se obter estimativas precisas, o custo da violência se traduz em bilhões de dólares americanos em gastos anuais com assistência à saúde no mundo todo e, no caso das economias nacionais, mais alguns bilhões em termos de dias de trabalho perdidos, aplicação das leis e perdas em investimentos (World report on violence and health, 2002, p. 3).

Para De Tilio (2012, p. 77) “o enfrentamento de todas as formas de violência contra as mulheres pode ter sua eficácia aumentada quando as políticas e planos de ações com caráter universalista são debatidos e desenvolvidos numa perspectiva culturalista ou local”. O Brasil é signatário dos principais tratados internacionais e o *lobby* do batom, como ficou conhecida a significativa atuação do movimento feminista quando da revisão do texto constitucional em 1988,





foi de extrema importância para validar os direitos conquistados nas décadas anteriores (DETILIO, 2012).

### 3 BRASIL E O DIREITO DAS MULHERES

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88 trouxe em seu texto diversos princípios, reconhecendo a universalidade dos direitos humanos e inovando em relação às constituições anteriores. Para Bobbio (1992, p. 139), a partir de então se inicia “a passagem para uma nova fase do direito internacional, o que torna esse direito não apenas o direito de todas as gentes, mas o direito de todos os indivíduos”. Portanto, a CRFB/88 tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, como objetivos a constituição de uma sociedade justa e sem preconceitos, além de princípios fundamentados nos direitos humanos.


Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; **III - a dignidade da pessoa humana**; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: **I - construir uma sociedade livre, justa e solidária**; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; **IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação**.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; **II - prevalência dos direitos humanos**; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político.

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: **I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição** (CRFB, 1988, grifo nosso).

Em 1994 o Brasil sediou um importante evento da ONU, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, denominada Convenção Belém do Pará, ratificada em 1995, e que serviu de parâmetro para muitas das políticas locais de enfrentamento e erradicação da violência contra a mulher – apresentadas adiante. Essa convenção representou um importante marco contextual e conceitual para a violência de gênero, uma vez que define em seu artigo 1º o conceito de violência contra a mulher:



Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher independentemente de seu estado civil com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos: político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, 1994).

Flávia Piovesan (2012, n.p.) afirma que “dentre suas previsões, a Convenção consagra a urgência em se erradicar todas as formas de discriminação contra as mulheres, a fim de que se garanta o pleno exercício de seus direitos civis e políticos, como também de seus direitos sociais, econômicos e culturais”. Acolhe-se, assim, a tônica da Declaração Universal, com relação à indivisibilidade dos direitos humanos. Sobre a legislação brasileira, De Tilio (2012) explica que

Em 2003 houve nova redação do Código Civil Brasileiro que, em seu texto, eliminou todas as discriminações legais contra as mulheres que ainda vigoravam (tais como dependência legal da mulher diante do homem); em 2005 uma revisão do Código Penal Brasileiro eliminou a possibilidade de impunidade do agressor sexual que casasse com sua vítima, descriminalizou o adultério (que, na prática, punia apenas o adultério feminino) e eliminou a expressão mulher honesta presente na definição de vítima de alguns crimes sexuais; em 2009 também foi dada nova redação ao capítulo dos crimes contra a dignidade e liberdade sexual do Código Penal, cujas principais alterações foram o aumento dos tempos de penação (principalmente quando da violência sexual contra vulneráveis, os menores de 14 anos), a nova redação do crime de estupro (não mais restrito às mulheres, passando a englobar qualquer indivíduo independente do seu gênero), além de legislar sobre o crime de tráfico de pessoas e exploração sexual de qualquer ordem e tipologia (DE TILIO, 2012, p. 78).

O governo federal, no ano de 2003, por meio da medida provisória n.º 103, de 1º de janeiro de 2003, convertida na lei n.º 10.683/2003, criou a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres - SPM, que assumia dentre suas principais competências: assessoramento na formulação, coordenação e articulação de políticas para as mulheres, a elaboração e implementação de campanhas educativas e não-discriminatórias sobre gênero de abrangência nacional, a promoção da igualdade de gênero de maneira intersetorial e interministerial no âmbito nacional e em cooperação com entidades internacionais, públicos e privados, a promoção, acompanhamento e implementação de legislação de ação afirmativa e de ações públicas que visem ao cumprimento dos acordos, convenções e planos de ação assinados pelo Brasil relativos à igualdade entre mulheres e homens e de combate à discriminação (DE TILIO, 2012).

Assim, a partir de 2003, as políticas públicas para o enfrentamento à violência contra as mulheres foram ampliadas e ultrapassaram as estratégias até então usuais (capacitação de profissionais da rede de atendimento às mulheres em situação de violência e criação de serviços especializados), criando normas e padrões de atendimento, aperfeiçoando a legislação, incentivando a constituição de redes de serviços, apoiando projetos educativos e culturais de prevenção à violência e ampliando o acesso das mulheres à justiça e aos serviços de segurança pública (DE TILIO, 2012, p.79).




Em 2006 foi promulgada a lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006, designada Lei Maria da Penha. Dentre as conquistas da Lei Maria da Penha, estão: a tipificação da violência doméstica, que pode ser física, sexual, patrimonial, psicológica e moral; a proibição da aplicação de penas pecuniárias aos agressores e a pena imputada ao agressor que era de até um ano passou a ser de até três anos; e a determinação de encaminhamentos das mulheres em situação de violência e dos seus dependentes a programas e serviços de proteção e de assistência social (DE TILIO, 2012, p. 80).

A Lei Maria da Penha, batizada com este nome pelo então presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva (PT), em homenagem a uma vítima da violência e ícone da luta contra a violência doméstica no Brasil, a biofarmacêutica Maria da Penha Maia. Essa lei foi embasada no parágrafo 8º do artigo 226 da CRFB, na Convenção sobre a eliminação de todas as formas de violência contra a mulher, na Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e em outros tratados internacionais ratificados pelo Brasil, com o objetivo de criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme refere o art. 1º da citada lei (CARNEIRO; FRAGA, 2012).

A Lei Maria da Penha também determina a criação do Sistema Nacional de Dados e Estatísticas sobre a violência doméstica. Tais dados são de fundamental importância para a reflexão da temática, avaliação da funcionalidade e aplicabilidade dessa lei. Essa é uma medida fundamental que poderá funcionar como um termômetro da latência da violência doméstica, uma vez que, revelando os dados, poderá ser diagnosticada a eficácia da lei nas diferentes realidades locais e regionais (CARNEIRO; FRAGA, 2012, p. 378).

Um grande avanço dado com essa lei, porque a violência que ocorre nas relações familiares e de afeto deixou de ser tratada como um problema privado, onde reinava a impunidade sobre os agressores. Outro benefício da Lei Maria da Penha é a agilidade com que os casos envolvendo crimes contra as mulheres podem ser analisados e as providências cabíveis tomadas conforme a situação.

No governo da presidenta Dilma Rousseff (PT) foi instituído o Decreto n.º 8.086 de 30 de agosto de 2013, que criou o Programa Mulher: Viver sem Violência. O Programa criou as Casas da Mulher Brasileira que tinha o objetivo de expandir a rede de serviços voltados para as mulheres vítimas de violência. A execução do programa, na época, ficou sob a responsabilidade da Secretaria de Políticas para as Mulheres, que no governo de Dilma tinha *status* de Ministério.



Já no governo de Michel Temer (MDB), foi extinto de uma só vez o Ministério da Cultura e as Secretarias de Direitos Humanos, de Políticas de Promoção da Igualdade Racial e de Políticas para as Mulheres. Trata-se do primeiro ministério sem mulheres desde 1979, quando findava a gestão ditatorial de Ernesto Geisel (GONÇALVES; ABREU, 2019, p. 754).

O governo Temer acenava a ruptura com um processo em curso que, embora lento e por vezes invisíveis, buscava implementar políticas de combate à desigualdade de gênero em estreita relação com os movimentos sociais, em especial o feminista e o de mulheres, que possibilitou a criação, em 2003, da Secretaria Especial de Políticas para Mulheres - SPM (GONÇALVES; ABREU, 2019, p. 754).


No governo de Jair Bolsonaro (sem partido), foi marcado pela aprovação de diversos projetos de lei em âmbito federal visando a questão das mulheres. No entanto, uma grande aprovação de leis não é, necessariamente, sinônimo de avanços, pois, se estas novas formas jurídicas não dialogam com o cotidiano enfrentado pela população feminina, é criada mais burocracia sem ganhos verdadeiros.

Além disso, a partir de 2019, as políticas públicas para as mulheres foram enfraquecidas, com desinvestimentos em atendimento, acolhimento, campanhas e educação para autonomia econômica dessa parcela da população. No atual governo não foi gasto os valores destinados ao Programa Mulher Segura e Protegida (instituído pelo Decreto n.º 10.112/2019 que alterou o Decreto n.º 8.086/2013), interferindo nos atendimentos e atrofiando os direitos das mulheres.

Atualmente, é muito simbólico o discurso de tolerância às violências, entre elas contra as mulheres. A flexibilização do uso de armas de fogo, agenda do atual governo, elevou o risco de violência contra as mulheres. Em 2018, de acordo com o Atlas da Violência (2020), 4.519 mulheres foram assassinadas no Brasil, o que representa uma taxa de 4,3 homicídios para cada 100 mil habitantes do sexo feminino. Seguindo a tendência de redução da taxa geral de homicídios no país, a taxa de homicídios contra mulheres apresentou uma queda de 9,3% entre 2017 e 2018.

Embora 2018 tenha apresentado uma tendência de redução da violência letal contra as mulheres na comparação com os anos mais recentes, ao se observar um período mais longo no tempo, é possível verificar um incremento nas taxas de homicídios de mulheres no Brasil e em diversas UFs. Entre 2008 e 2018, o Brasil teve um aumento de 4,2% nos assassinatos de mulheres. Em alguns estados, a taxa de homicídios em 2018 mais do que dobrou em relação a 2008: é o caso do Ceará, cujos homicídios de mulheres aumentaram 278,6%; de Roraima, que teve um crescimento de 186,8%; e do Acre, onde o aumento foi de 126,6%. Por seu turno, as maiores





reduções no decênio ocorreram no Espírito Santo (52,2%), em São Paulo (36,3%) e no Paraná (35,1%) (ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2020).

## CONCLUSÃO

A construção do arcabouço jurídico internacional e, posteriormente, a formulação da legislação interna, foram fundamentais para consolidar os ganhos das lutas travadas pelas mulheres. Apesar das conquistas legislativas e da formulação de políticas públicas internacionais, ainda são constatados em muitos países o aumento da violência de gênero.


Com a formulação de políticas públicas de enfrentamento à violência de gênero no Brasil, foi constatado um aumento das denúncias e, conseqüentemente, um aumento da violência. É fundamental explicarmos que esse aumento, em parte, ocorreu por um maior acesso aos canais de denúncias criados no país. Vale salientar que, desde aquela época, muitos pesquisadores têm se debruçado em entender, explicar e conscientizar a sociedade sobre os problemas que passam muitas mulheres vítimas de violência.

Ao tratarmos dos governos da Dilma, Temer e Bolsonaro, decidimos abordar os fatos principais por uma questão de espaço, mas é importante sabermos que muito mais aconteceu, tanto de avanços, como de retrocessos. Portanto, podemos entender que as políticas de combate à violência contra as mulheres, no Brasil, funcionam como uma política de governo e não de Estado, pois, como se pode perceber, em governos de esquerda e mais progressistas essa pauta avança (apesar das críticas), mas em governos de extrema direita e conservadores a pauta é duramente atacada e enfraquecida, prejudicando diretamente todas as mulheres, independente se sofrem ou não violências.

Finalmente, é imprescindível que os direitos conquistados pelas mulheres sejam protegidos independente de governo. Esses direitos estão resguardados em leis e tratados internacionais e é obrigação do Estado brasileiro colaborar para que os índices de violência diminuam, tornando assim um país mais igualitário e justo, preceitos da CRFB/88.

## REFERÊNCIAS

Agudelo, S. F. La violencia: un problema de salud pública que se agrava en la región. **Boletín Epidemiológico de la OPS**, v. 11, n. 2, p. 1-7, 1990. Disponível em: <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/32605/8387.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21 jan. 2021.



ATLAS DA VIOLÊNCIA. 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>. Acesso em: 27 jan. 2021.

AZAMBUJA, Mariana Porto Ruwer de; NOGUEIRA, Conceição. **Introdução à violência contra as mulheres como um problema de direitos humanos e de saúde pública**. Saúde e Sociedade, [S.L.], v. 17, n. 3, p. 101-112, set. 2008. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-12902008000300011>. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-12902008000300011](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902008000300011). Acesso em: 27 jan. 2021.

BARRETO, I. C. **A mulher à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. In: RODRIGUES, A. M. et al. (Org.). *Direitos humanos das mulheres*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 127-155.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Brasil. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988.

\_\_\_\_\_. **Decreto n.º 10.112**, de 12 de novembro de 2019. Brasília, 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto n.º 8.086**, de 30 de agosto de 2013. Brasília, 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.714**, de 13 de agosto de 2003. Brasília, 2003.


\_\_\_\_\_. **Lei 10.778**, de 24 de novembro de 2003. Brasília, 2003.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.340** de 7 de agosto de 2006. Brasília, 2006.

CARNEIRO, Alessandra Acosta; FRAGA, Cristina Kologeski. **A Lei Maria da Penha e a proteção legal à mulher vítima em São Borja no Rio Grande do Sul: da violência denunciada à violência silenciada**. Serviço Social & Sociedade, [S.L.], n. 110, p. 369-397, jun. 2012. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0101-66282012000200008>. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-66282012000200008](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282012000200008). Acesso em: 27 jan. 2021.

Convenção de Belém do Pará. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher**. 1994. Disponível em: [http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao\\_belem\\_do\\_para.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao_belem_do_para.pdf). Acesso em 19 jan. 2021.

DALBOSCO, Susanna Vieira. **Mecanismos de Proteção previstos na Lei Maria da Penha para coibir a Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**. 2019. 70 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/197755/TCC%20Susanna%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 jan. 2021.



DE TILIO, R. **Marcos legais internacionais e nacionais para o enfrentamento à violência contra as mulheres**: Um percurso histórico. *Revista Gestão & Políticas Públicas*, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 68-93, 2012. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rgpp/article/view/97851>. Acesso em: 27 jan. 2021.

**Declaração e Programa de Ação de Viena**. 1993. Disponível em: [https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao\\_viena.pdf](https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf). Acesso em: 27 jan. 2021.

DPE-PR, Defensoria Pública do Estado do Paraná. **10 de outubro**: Dia Nacional de Luta contra a Violência à Mulher. 2020. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.pr.def.br/2020/10/2042/10-de-Outubro-Dia-Nacional-de-Luta-contra-a-Violencia-a-Mulher.html>. Acesso em 19 jan. 2021.

FBSP, Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19**. 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>. Acesso em 19 jan. 2020.

GONÇALVES, Renata; ABREU, Suellen. **DO PLANO NACIONAL DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES AO "MACHISTÉRIO" DE TEMER**. *Revista de Políticas Públicas*, [S.L.], v. 22, n. 2, p. 753-771, 7 jan. 2019. Universidade Federal do Maranhão. <http://dx.doi.org/10.18764/2178-2865.v22n2p753-771>. Disponível em: <http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/10564>. Acesso em: 27 jan. 2021.

KRUG, Etienne G., et al., (ed.). **World report on violence and health**. Geneva: World Health Organization, 2002. Disponível em: <https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/wp-content/uploads/2019/04/14142032-relatorio-mundial-sobre-violencia-e-saude.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2021.

Lopes CB. **Direitos Humanos das Mulheres**: Dois passos à frente, um passo atrás. In: Rodrigues AM (Org.). *Direitos humanos das mulheres*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MINAYO, M. C. de S.; SOUZA, E. R. de. Violência e saúde como um campo interdisciplinar e de ação coletiva. **História, Ciências, Saúde, Manguinhos**, v. 4, n. 3, p. 513-531, 1998. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/hcsm/v4n3/v4n3a06.pdf>. Acesso em 27 jan. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/ppgd/files/2019/08/FI%C3%A1via-Piovesan-Temas-de-direitos-humanos-cap.-12-a-16.pdf>. Acesso em 19 jan. 2021.

PRESSE, France. **Brasil é o segundo país mais violento da América do Sul, aponta a ONU**. **G1**, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/07/08/brasil-e-o-segundo-pais-mais-violento-da-america-do-sul-aponta-onu.ghtml>. Acesso em: 21 jan. 2021.

SCHRAIBER, Lilia Blima et al. **Violência dói e não é direito**: a violência contra a mulher, a saúde e os direitos humanos. São Paulo: Editora UNESP, 2005.



UOL. **Dia Contra a Violência à Mulher: 10 dados mostram por que falar sobre isso.**2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/10/10/dia-contra-a-violencia-a-mulher-10-dados-explicam-por-que-falar-sobre-isso.htm>. Acesso em 19 jan. 2021.





# CAPÍTULO 27

## O DIREITO COMO CONDICIONANTE DA REALIDADE SOCIAL: UMA ANÁLISE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS DO SÉCULO XX

Cícera Amanda Guilherme Fernandes, Mestre em Direitos Sociais e políticas pela Universidade de Santa Cruz do Sul, coordenadora do curso de pós-graduação *lato sensu* especialização em Direito Constitucional da Universidade Regional do Cariri

João Francisco Silva da Costa, Graduando em Direito, Universidade Regional do Cariri

Juliana Barbosa de Oliveira, Bacharelanda em Direito, Universidade Regional do Cariri

Melissa Dalanna Gonçalves Feitosa, Acadêmica de Direito, Universidade Regional do Cariri

Sabryne Albuquerque de Macêdo, Estudante de Direito, Universidade Regional do Cariri


### RESUMO

O Direito, como instrumento de controle social tem a capacidade de adaptar o pensamento do indivíduo aos interesses do poder político vigente e, conseqüentemente, modificar as relações sociais. Desse modo, o estudo em questão tem como objetivo principal exemplificar o poder condicionante da norma vide a contextualização da teoria sociológica de Miranda Rosa com a conjuntura jurídico-política do Brasil, no século XX. Para tal, visando uma compreensão mais efetiva dos papéis sociais do Direito, a pesquisa em questão foi dividida em três arcabouços históricos que, por sua vez, foram analisados individualmente sob a ótica de uma função social específica. A priori, evidenciou-se a presença da função educativa em normas vigentes durante as primeiras experiências democráticas brasileiras. Em seguida, foi acentuado o papel conservador do Direito durante o regime militar de 1964. Por fim, foi discorrido a respeito da função transformadora da norma jurídica no contexto de redemocratização consolidado pela Constituição de 1988. Ademais, servirão de base as obras de José Francisco de Carvalho, Sérgio Cavalieri Filho, além de artigos publicados sobre o tema, ambicionando uma maior compreensão por parte do leitor acerca não só das funções sociais do Direito, mas também de sua capacidade de metamorfosear o pensamento grupal – e, conseqüentemente, fomentar uma mudança social - através das mesmas, vide inferências a partir do método de raciocínio dedutivo e uma abordagem do tipo qualitativa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituições. Democracia. Função Social. Miranda Rosa. Século XX.

### 1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que o Direito exerce um duplo papel dentro da sociedade. Isto é, ele é influenciado pela realidade social ao mesmo tempo em que atua como um fator determinante da mesma. No primeiro caso, ocorre uma adaptação da legislação à nova realidade resultante de uma mudança



social, que pode ter sido fomentada por metamorfoses políticas, tecnológicas ou demográficas, configurando-se como papel passivo do Direito. Já o papel ativo do Direito se dá através do seu uso como instrumento de controle social, cuja prescrição ocorre objetivando proteger determinados interesses, impor padrões de comportamento e, conseqüentemente, modificar o pensamento e as relações sociais. Entre as teorias de diversos estudiosos da Sociologia Jurídica que dissertaram acerca do papel ativo da norma, destaca-se a obra de Felipe Augusto de Miranda Rosa quando esclareceu sobre as três principais funções sociais do Direito: a educativa, a conservadora e a transformadora.

O Brasil, desde que aderiu à constitucionalização dos direitos e garantias fundamentais no século XIX, já esteve sob o jugo de sete constituições, sendo que quatro delas foram promulgadas e revogadas durante o Século XX. Cada uma dessas constituições teve em seu âmago as particularidades econômicas e políticas dos períodos históricos nos quais foram legisladas. Logo, pode-se afirmar que o século passado foi marcado por sucessivas mudanças sociais que, para suas efetivações, fizeram o uso do Direito em seu papel ativo, ou seja, de sua capacidade de condicionar a realidade social.


Desse modo, o presente artigo tem como objetivo principal acentuar o papel do Direito como condicionante da realidade social brasileira no decorrer do Século XX, baseando-se em diversas teorias sociológicas e com ênfase na divisão das funções sociais propostas por Felipe Augusto de Miranda Rosa. Para tal, partindo do pressuposto de que o Direito também é um objeto sociocultural, cada função social será trabalhada em um contexto histórico específico vivenciado pelo povo brasileiro em meio às constantes transformações do século passado.

Justifica-se o artigo dado a importância de se entender mais profundamente o papel ativo do Direito. Isto é, a capacidade que as normas jurídicas possuem de modificar ou conservar as relações sociais, sendo fator decisivo para que ocorra ou não uma mudança social.

## **2 REFERENCIAL TEÓRICO**

A pesquisa será dividida em quatro importantes eixos de análise:

No primeiro momento, será discorrido acerca do papel social do Direito, com ênfase nas funções sociais propostas pelo sociólogo Felipe Augusto de Miranda Rosa. Para isso, também serão explanadas as teorias de Francisco José de Carvalho e de Sergio Cavalieri Filho, além de artigos publicados sobre o tema.



No segundo momento, será explicitada a função educativa do Direito nas primeiras experiências democráticas brasileiras. Visando isso, serão comentadas as Constituições de 1891 – uma vez que esta esteve em vigor durante as primeiras décadas do século passado e também configura-se como a primeira Constituição democrática do país -, as de 1934 e 1946. Além disso, será feita uma contextualização histórica com o uso de livros e artigos que dissertam sobre o período em questão.

No terceiro momento, será discorrido acerca da função conservadora do Direito durante a Ditadura Militar de 1964. Para tal, serão feitas análises históricas individuais do mandato de cada presidente que o país teve durante o regime autoritário vide livros que relatam o período em questão, realçando o uso da função conservadora do Direito em cada um deles.

E por último, será evidenciada a função transformadora da norma no contexto de redemocratização consolidado pela Constituição de 1988. Para mais, também será feita uma análise das novas relações entre indivíduo e Direito e seu reflexo nos movimentos sociais que ocorrem desde então com base em livros e artigos publicados sobre o tema.


### **3 METODOLOGIA**

A pesquisa em questão foi desenvolvida vide inferências a partir do método de raciocínio dedutivo, uma vez que partiu de premissas para descobrir a realidade. Sua premissa base é: o Direito pode condicionar a realidade social. A partir dela, foram investigadas as mudanças sociais que ocorreram no Brasil durante o século XX, objetivando compreender como o Direito, na forma da norma constitucional, contribuiu para que elas fossem efetivadas vide uma abordagem qualitativa e uma pesquisa do tipo bibliográfica e documental.

### **4 DISCUSSÃO**

#### **4.1 O Direito e suas funções sociais**

Sabe-se que o homem é um ser social, isto é, busca de maneira involuntária fazer parte de um grupo. O Direito, por sua vez, nasce da necessidade de organizar as relações que acontecem dentro dessa coletividade, configurando-se como um objeto sociocultural. Desse modo, neste tópico será discorrido acerca das funções sociais que as normas jurídicas, pautadas nos costumes da coletividade em questão, exercem.



Como já foi supradito, o Direito é fruto das relações entre indivíduos de uma determinada comunidade. Porém, é válido acentuar que ele também fundamenta os valores da sociedade. Tal tese foi defendida pelo jurista e sociólogo Miranda Rosa (2004), que afirmou em sua obra “Sociologia Jurídica: o fenômeno jurídico como Fato Social”, que o Direito exerce um duplo papel: condicionado e condicionante. Infere-se, portanto, que as normas jurídicas não são apenas reflexos do cenário social, mas também se caracterizam como fatores determinantes dessa realidade.

O Direito, enquanto conjunto de códigos jurídicos, existe desde os primórdios da humanidade. A título de exemplo, o Código de Hamurabi<sup>1</sup> - oriundo da Mesopotâmia - e os Códigos sumérios de Ur-Nammu<sup>2</sup>. Porém, o papel social da norma foi se modificando em virtude das transformações sociais. O jurista Francisco José Carvalho (2008), por sua vez, afirma que a função social do Direito, como a conhecemos hodiernamente, é fruto de lutas e conquistas coletivas que ocorreram ao longo da história, sobretudo dos movimentos sociais dos séculos XVIII e XIX, cujas reivindicações foram enraizadas nas sociedades após a Segunda Guerra Mundial. A título de exemplo, as falhas da ideologia liberal se encontraram refletidas nas Constituições promulgadas após o século XIX, uma vez que essas trouxeram em seus âmagos uma maior preocupação com o bem-estar social.

Pode-se afirmar que a vida em grupo é repleta de adversidades e que coube ao Direito tentar resolvê-las. De acordo com o sociólogo Émile Durkheim (1999), uma sociedade pode ser comparada a um corpo biológico, visto que possui partes distintas que interagem entre si. Por esse motivo, a norma jurídica tem como principal objetivo garantir que esse organismo seja igualitário e coeso e o realiza ao exercer suas funções sociais. Tais funções, como já supracitado, mudam - enquanto conceito - de acordo com os costumes do local em que estão inseridas. Sendo assim, a função social do Direito é o elemento que norteia a forma de agir dos indivíduos pertencentes a determinado grupo social.

---

<sup>1</sup> Um compilado de 282 leis da antiga Babilônia -território hoje pertencente ao Iraque- composto por volta de 1772 a.C, durante o governo do imperador Hamurabi.

<sup>2</sup> O mais antigo código de leis que se tem conhecimento, composto por volta de 2040.a.C., durante a terceira Dinastia de Ur (cidade-estado da Mesopotâmia).






Objetivando preservar o bem-estar coletivo, o Direito não apenas regula as relações sociais, mas também faz uso do poder coativo para garantir que os indivíduos se submetam ao pacto social legitimado pelas normas, que por seu lado, devem ser produzidas a partir da realidade do local em que serão aplicadas. Neste sentido, Sergio Cavalieri Filho (2007) afirmou em seu livro “Programa de Sociologia Jurídica” que o Direito tem duas funções sociais: a função preventiva e a função compositiva. A função preventiva, como o próprio nome diz, consiste em prevenir conflitos, evitando a colisão de interesses. No entanto é inevitável que, por vezes, tais conflitos ocorram. Logo, a função compositiva ganha protagonismo, uma vez que para solucionar um conflito de pendores faz-se necessária composição entre os interesses que estão em colisão. Em suma, devem-se colocar os interesses em uma balança e determinar qual é o que deve prevalecer.

As relações sociais que mais geram conflitos são as relações econômicas. Dessa forma, o Direito, uma vez configurando-se como responsável por solucionar e prevenir antagonismos, está sempre no meio das discussões econômicas. Seguindo essa linha de pensamento, José Carvalho (2008) afirma que a ideia de função social esteve sempre ligada ao direito à propriedade privada, em razão de a mesma ser o principal elemento da produção, ou seja, é um importante componente para a geração de riqueza.

O artigo em questão se baseia na definição de função social descrita pelo sociólogo Felipe Augusto de Miranda Rosa (2004). Para elaborar sua teoria, o autor em questão fragmentou o papel social do Direito em três principais funções atribuídas à norma jurídica: a função educativa, a função conservadora e a função transformadora. Uma norma pode cumprir mais de uma função simultaneamente, sendo que cada uma delas se relaciona com a sociedade de maneira diferente, buscando garantir o pleno desenvolvimento e paz social.

O Direito, ao condicionar a maneira de pensar dos indivíduos, e conseqüentemente, de um determinado grupo social, usando normas com caráter educativo como meio para tal, está colocando em prática a função social educativa. Desse modo, o Direito cria opiniões acerca do que é justo ou injusto e qual a melhor maneira de agir em determinada circunstância, sem necessariamente impor sanções. As experiências democráticas das Constituições brasileiras dos anos 1891, 1934 e 1946 são exemplos de normas onde se pode constatar com clareza a função educativa.



A função conservadora é a garantia da importância e permanência do Direito, portanto são as normas jurídicas de autodefesa do ordenamento que regula a sociedade. As normas de caráter conservador enfatizam as relações de poder entre as classes sociais e, conseqüentemente, são a expressão de poder da classe detentora das riquezas de uma determinada sociedade. Em uma revolução, essas são – normalmente - as primeiras normas a serem modificadas. De maneira análoga a todas as demais ditaduras que foram consolidadas à nível mundial, a Ditadura Militar que aconteceu no Brasil durante os anos de 1964 a 1985 trouxe normas que demonstravam a função conservadora do Direito em diversos matizes. Ao longo desse artigo, a relação entre a Ditadura Militar brasileira e a função conservadora do Direito será tratada com mais detalhes.


Quando os órgãos jurídicos editam normas que regularizam necessidades que ainda não foram sentidas pelos cidadãos, se antecipando ao processo histórico, o Direito está se valendo da sua função transformadora. Portanto, a função transformadora do Direito tem um importante papel nas mudanças sociais, uma vez que colabora para que haja uma efetivação do novo. Por ter esse caráter inovador, muitas normas têm dificuldades para serem aceitas pelos indivíduos. A Constituição do México de 1917 e a Constituição alemã de Weimar de 1919 possuem diversas normas de caráter transformador, do mesmo modo que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assunto que também será tratado ao longo deste artigo.

O Direito é uma ciência de caráter social, logo, é a sua função ajustar e humanizar as relações que acontecem em torno dele. O jurista José de Carvalho (2008) afirma que essas relações podem ter caráter individual, por regularem os interesses de cada indivíduo, ou ter um caráter coletivo, ao regular as relações dentro de um grupo. Infere-se, portanto, que não é possível desvincular as normas jurídicas dos indivíduos.

A função social do direito, independente da faceta com a qual se apresente, é um importante elemento a ser estudado quando as mudanças sociais estão em pauta, visto que, como afirmou Miranda Rosa (2004) condicionam e são condicionadas pela sociedade. Tendo em vista sua relevância, ao estudar o Direito não se pode deixar de lado a análise da sua função social.

#### **4.2 A função educativa do Direito nas primeiras experiências democráticas brasileiras**

Sabe-se que as mudanças sociais estão intimamente relacionadas com as mudanças do Direito, visto que esse é produto de um contexto sociocultural (SABADELL, 2002). As




normas jurídicas, por sua vez, podem exercer mais de uma função num contexto de construtivismo jurídico, podendo educar, conservar e transformar a sociedade. Contudo, neste tópico, será feita uma análise jurídica e social das primeiras experiências democráticas brasileiras com ênfase na função educativa (ROSA, 2004) da norma jurídica, objetivando uma maior compreensão da capacidade do direito de condicionar opiniões e modificar comportamentos individuais e grupais.

A Primeira República brasileira – que teve início no fim do século XIX - foi um período marcado por constantes rupturas institucionais e fraudes eleitorais que acentuavam a ordem jurídica dissociada da realidade social (ANANIAS, SANTOS, 2017). A Constituição liberal, promulgada pelo Governo Republicano, teve como inspiração a Carta Magna dos Estados Unidos, mas não levou em consideração a realidade econômica e social do povo brasileiro, o que propiciou a ascensão das oligarquias e do coronelismo.

Todavia, houve, a princípio, um esforço por parte do primeiro Governo Republicano brasileiro de reinventar a identidade social do país vide decretos que, quando analisados, deixam explícito o papel educativo do Direito, nesse período de transição da Constituição monárquica de 1824 para a Constituição de 1891. Entre eles, destaca-se o Decreto 155B de 1890, que determinou uma nova relação dos feriados nacionais que excluiu todas as datas religiosas –com exceção do dia de finados - e incluiu uma série de datas comemorativas nacionalistas e republicanas (VILLA, 2011). Logo, pode-se afirmar que houve, vide essa norma, uma tentativa de “educar” o indivíduo – e conseqüentemente, todo o grupo- através de uma condicionante da opinião pessoal, a se portar como membro de um novo regime laico e positivista.

Além disso, destaca-se na Constituição de 1891, o segundo parágrafo do artigo 72 (BRASIL, 1891), visto que o mesmo afirmava o fim dos privilégios de nascimento. De acordo com ele, a República desconheceria foros de nobreza, títulos nobiliárquicos e de conselho (VILLA, 2011). A princípio, tal passagem pode ser encarada como exemplo da função transformadora do Direito, uma vez que a mesma foi crucial para o estabelecimento da “igualdade republicana” que, de fato, ocasionou uma mudança social. Por outro prisma, uma vez estabelecido o fim dos privilégios de nascimento nos Estados Unidos do Brasil, tal passagem passou a ter caráter educativo. Em outros termos, ela passou a ditar o que era justo ou injusto e a condicionar opiniões vide um processo de convencimento do que é socialmente correto (ROSA, 2004).




Como já fora supracitado, a primeira República Federativa dos Estados Unidos do Brasil foi um período marcado pelas diversas rupturas institucionais. Porém, quando Getúlio Vargas assumiu a presidência do Brasil, em 1930, após o exílio do Presidente eleito, Washington Luís, houve um rompimento institucional mais significativo, que fez com que o povo brasileiro deixasse para trás uma era carcomida (ANANIAS, SANTOS, 2017). Logo de imediato, o decreto 19.398, de 11 de novembro de 1930, suspendeu a Constituição de 1891, assim como o Poder Legislativo (VILLA, 2011), estabelecendo um Governo provisório com aspirações arbitrárias que durou até a promulgação da Constituição de 1934.

Num contexto internacional, o mundo pós Revolução Russa e Primeira Guerra Mundial começava a se configurar num paradigma patológico da imunização (HAN, 2015). Em outras palavras, o outro – o estrangeiro, por exemplo - passava a ser visto como ameaça em virtude de sua alteridade, que supostamente poderia tentar interferir nas estruturas sociais já estabelecidas. Desse modo, a Carta Magna de 1934 trouxe em seu âmago a dialética da negatividade (HAN, 2015) e se preocupou em condicionar a opinião pública ao nacionalismo xenofóbico, característico do Governo Vargas e inspirado no totalitarismo europeu.

Uma das características mais marcantes da Constituição de 1934 foi a imposição da censura no capítulo dos direitos e das garantias individuais. O artigo 174, parágrafo quinto, declarava que quaisquer publicações deveriam ser submetidas à censura antes de circularem (BRASIL, 1934). Tal norma expressava o autoritarismo de um governo que buscava romper com o “liberalismo ultrapassado” e proporcionar mudanças sociais eficazes fazendo uso do papel ativo do Direito (SABADELL, 2002). Isto é, da capacidade do Direito de atuar como fator determinante da realidade social. Consequentemente, essa norma adquiria um papel educativo na medida em que era responsável por modificar a opinião do povo brasileiro acerca da necessidade da censura, condicionando-o a acreditar que a mesma era boa e indeclinável.

Outrossim, pode-se afirmar que a Constituição de 1934 desviou das questões que lhe cabiam para dissertar acerca da legislação ordinária ou, até mesmo, sobre o óbvio. Um claro exemplo desse fato foi o inciso 34 do artigo 113, que discorria acerca do direito à subsistência, ou seja, do direito de prover à própria subsistência pelo trabalho honesto (BRASIL, 1934). Contudo, quando escrutinada tal passagem, fica clara a função educativa da norma em questão, que apesar de não vir acompanhada de sanções explícitas teve como um de seus objetivos






incentivar o estilo de vida laboral, tornando-o um direito – algo desejável, do qual se é merecedor - e não uma obrigação à qual o indivíduo se sente coagido.

O cenário político da República varguista era protagonizado por dois extremos ideológicos: a Aliança Nacional Libertadora e a Ação Integralista Nacional. Tais partidos antagônicos conseguiam mobilizar as massas, fomentando grandes manifestações populares que demonstravam um rompimento com a defasada política elitista da “República Velha” (SARMENTO, 2010). Porém, Getúlio Vargas configurava-se como um adversário dos valores democráticos e necessitava que, de certo modo, emergisse uma ameaça que justificasse a imposição de um regime ditatorial, com o qual a Carta Magna vigente já flertava de forma sutil. Logo, aproveitando-se da existência ameaçadora da militância comunista, Vargas decretou um estado de sítio que perdurou até o aparecimento de um documento forjado (CASTRO, 2007) que descrevia, entre outras coisas, como se dariam os assassinatos de personalidades a fim de tomar o poder: o Plano Cohen. Conseqüentemente, no dia 10 de novembro de 1937, sob o argumento de que era necessário pôr fim à efervescência política que assombrava a ordem social, Getúlio anunciou uma nova Constituição de caráter totalitário. A “Polaca”, como ficou conhecida, propiciou uma ditadura constitucional (VILLA, 2011) que suprimiu os valores democráticos por oito anos.

Após a vitória dos Aliados na Segunda Guerra Mundial, o Brasil se comprometeu em fazer uma abertura democrática e conseqüentemente, promulgar uma nova Constituição. Numa perspectiva mundial, a Guerra Fria ainda não havia iniciado formalmente, mas a nível nacional já existia uma tensão entre os apoiadores da União Soviética e os apoiadores dos Estados Unidos (VILLA, 2011). Nesse contexto, em 18 de setembro de 1946, foi promulgada a mais extensa Constituição republicana e democrática da história do país.

Apesar de ter sido a primeira vez na história brasileira que o Partido Comunista participou oficialmente de uma Assembleia constituinte, este não custou a ser posto na ilegalidade pela própria Carta Magna, visto que o artigo 141, parágrafo 13, findou por vedar o registro de qualquer partido político cuja organização ameaçasse o regime democrático, que por sua vez, é baseado na pluralidade partidária e nos direitos fundamentais (VILLA, 2011). Logo, em maio de 1947, o Partido Comunista teve seu registro cassado, o que ocasionou a perda de mandato de todos os que se elegeram pelo mesmo. Deve-se acentuar que a norma em questão possuía uma função social educativa, pois tinha como finalidade condicionar o pensamento



social à crença de que os ideais antidemocráticos eram danosos e deveriam ser sufocados. Contudo, a associação dos ideais antidemocráticos ao comunismo se deu, principalmente, em virtude do alinhamento do Brasil com o bloco capitalista durante a Guerra Fria e ao caráter sociocultural do Direito.


Outro claro exemplo do papel educativo da norma na Constituição de 1946 foi o artigo 48, parágrafo segundo que possibilitava a perda de mandato do deputado ou senador que demonstrasse um comportamento dissociado do decoro parlamentar (BRASIL, 1946). Esse caso demonstra de forma frontal o emprego da função educativa do Direito - ou seja, a imposição de um padrão comportamental - acompanhado de uma sanção, que comina penas contra os que a violam.

A República populista (1946-1964) foi um período marcado por tensões ideológicas. No cenário mundial, a Guerra Fria dividiu os países em dois grupos distintos que disputavam a hegemonia política, militar e econômica através de conflitos indiretos. Nesse contexto, o paradigma patológico da imunização (HAN, 2015) fez com que o Brasil - alinhado ao bloco econômico capitalista - iniciasse um processo de pichação do comunismo que findou, em 1964, em um golpe civil-militar.

#### **4.3 A função conservadora do Direito e seu papel para a consolidação da Ditadura Militar de 1964**

O Direito é um objeto sociocultural. A sociologia jurídica, por sua vez, busca compreender quais as dimensões dessa relação - sociedade versus Direito - objetivando depreender de que forma o corpo social é condicionado pelas normas jurídicas e, ao mesmo tempo, condicionante na legislação das mesmas (ROSA, 2004). Destarte, neste tópico será discorrido acerca da função social conservadora do Direito e seu papel durante a Ditadura Militar brasileira (1964-1985) que, no que lhe concerne, foi essencial para a manutenção do regime autocrático.

Primeiramente, faz-se necessário compreender que no decorrer da Ditadura Militar de 1964, os chefes do executivo não formavam um grupo ideologicamente uniforme. De fato, eles encontravam-se divididos em dois conglomerados principais: os mais rigorosos, conhecidos pelo radicalismo e pelas perseguições aos opositores; e os mais brandos, que pretendiam devolver o poder aos civis logo após removerem da vida política possíveis ameaças ao Estado




(SARMENTO, 2010). Compreender essa dicotomia é fundamental para entendimento da função social conservadora do Direito e suas oscilações durante o período em questão.

Desde o início das sociedades dispostas, denota-se o fenômeno jurídico como conjunto de normas e condutas. Esse ordenamento jurídico tem como finalidade abranger a vida coletiva, de maneira que nela sejam estabelecidas condutas individuais que contribuam para o desenvolvimento e de um corpo social sadio. No que se refere ao papel social conservador do Direito, em sua essência, é entendido como expressão de uma determinada ordem social na qual se estabelece o controle e proteção da ordem vigente (ROSA,2004). Desse modo, temos no próprio conceito da função social em questão dois termos imprescindíveis para a manutenção de um regime autoritário- o controle social e a proteção- que serviram como base para a elaboração da política de segurança nacional.

A Lei de Segurança Nacional foi uma norma vigente durante a Ditadura Militar de 1964, utilizada para perseguir opositores e tratar divergências políticas como crime. Nesse período, o princípio de segurança nacional iria ganhar importância com a formulação, pela Escola Superior de Guerra, da Doutrina de Segurança Nacional (SANTOS, 2019). Entidades democráticas da sociedade brasileira, como a Ordem dos Advogados do Brasil, sempre se opuseram à sua vigência, denunciando-a como um instrumento limitador das garantias individuais e do regime democrático. Esse artifício utilizado pelo governo para promover a tal segurança nacional e a defesa da nação, se consolida como a atuação forte e crua da função conservadora nesse período.

Em 1983, quando o regime militar já marchava para o seu fim, essa lei recebeu uma nova versão, mas continuou tratando condutas amplas como crime, que poderiam ser usadas contra adversários do governo (FICO,2001). Entende-se então que seria essa a essência, em suma, maioria do governo militar, justificando, pois, qualquer atitude do Estado, se posta em prática em prol da segurança nacional. Deveria se evitar a guerra, mas caso necessário não se poderia hesitar em empreendê-la.

Um ponto bastante tocado quando se fala da ditadura é que as eleições para Presidente, nessa época, ocorreram de forma indireta. Eram processos antidemocráticos, pois o partido que estava no governo, a ARENA, possuía o controle tanto da Câmara dos Deputados, quanto do Senado Federal. O Congresso Nacional declarou a indicação da gestão militar e, no dia 11 de



abril de 1964, elegeu Presidente da República o marechal Castelo Branco, então Chefe do Estado-Maior do Exército (NAPOLITANO,2016).


No Governo de Castelo Branco foi apresentado o primeiro Ato institucional da Ditadura Militar no Brasil, ainda sob a vigência da Constituição Federal de 1946. Editados pelos Comandantes do Exército, da Marinha e da Aeronáutica e pelo Presidente da República, o AI foi o principal mecanismo normativo da Ditadura, por meio desse instrumento legítimo, era elaborada uma legalidade sobre as ações governamentais subordinadas aos interesses do poder estabelecido (BRASIL, 2017). Assim, era controlado o poder e evitada a ascensão de quem fosse contra a política de defesa nacional, e em 9 de abril de 1964 a junta militar, composta pelos ministros militares, Augusto Rademaker Grunewald, da Marinha, o Brigadeiro, Francisco de Assis Correia de Melo, da Aeronáutica e o General Artur da Costa e Silva, Ministro da Guerra , assinam o ato institucional de número um.

Dentre as principais providências garantidas pelo AI - 1 estava o fim das eleições diretas, isto é, a partir desse momento, as eleições para Presidente não teriam a participação da população, mas sim o voto do Congresso Nacional. O Ato Institucional de número dois foi decretado pelo regime militar, em 27 de outubro de 1965, no qual o pluripartidarismo deixou de existir, acabando praticamente com todos os partidos políticos, ficando apenas o partido do governo, a ARENA, e o que tinha uma parcela dos que eram contra o governo, o MDB. O AI-2 mudou também os dispositivos constitucionais, trazendo modificações na forma que o Poder Judiciário funcionava e concentrando cada vez mais poder nas mãos do Executivo (SKIDMORE, 2000).

Nesse mesmo governo, as eleições diretas estaduais foram suspensas. No ano de 1967, uma nova Constituição entrou em vigor. A sua elaboração representou o grupo brando dos militares, supracitado, hegemônico durante o governo de Castelo Branco que era um de seus fundamentais representantes. Tratava-se de um reconstitucionalização muito restrito, pois a Constituição compreendia atributos autoritários e seria abraçada por uma constituinte tutelada pelos próprios militares (SARMENTO, 2010).

O militar Costa e Silva foi o segundo Presidente do Brasil durante o período da Ditadura Militar, governando o país de 1967 a 1969. A sua vitória se deu graças a uma campanha no interior do próprio Exército para que o aparato de repressão da Ditadura






umentasse, já que o candidato era do lado mais rigoroso dos militares. Durante o seu mandato, foi consolidado o período mais repressivo da ditadura (ARAUJO et al.,2013). É válido frisar que toda essa intensificação repressiva se deve essencialmente ao fato de os movimentos contra a Ditadura estarem cada vez mais intensos e fortes e a insatisfação de parcela da população com as medidas antidemocráticas fizeram crescer o número de manifestações pelo país. A restrição dos direitos era uma forma de blindar a nação e protegê-la dos opositores.

Ao longo da Ditadura foram 17 atos, regulamentados por 104 atos complementares, e, dentre eles, a norma mais violenta de nossa história: o AI-5, de 13 de dezembro de 1968. É considerado o mais duro golpe na democracia, em virtude da concessão de poderes quase absolutos ao poder executivo. A partir dessa norma foi conferido ao Presidente da República autoridade para: intervenção nos estados e municípios, suspensão dos direitos políticos e de habeas corpus, cassação de mandatos de deputados federais, estaduais e vereadores, proibição de manifestações populares de caráter político, e imposição da censura (BARBOSA, 2018). Todo esse poder que os militares detinham, era o exemplo da maneira que a função social conservadora do direito se estabelecia na época. No governo Médici (1969-74) foi instaurada uma intensa e sistemática estrutura de repressão em prol da defesa nacional, por meio da acentuação da censura dos meios de comunicação, assim como da tortura para com os prisioneiros daquele período (ARAUJO et al.,2013), uma vez que, os movimentos opositores firmaram-se em uma posição retraída frente ao regime militar.

Em contrapartida, foi estabelecida uma imagem de ascensão industrial com a prosperidade da economia brasileira em cerca de 11,1% durante o período do “milagre econômico”, tendo em vista que o crescimento do PIB nacional – que estava em 9,8% ao ano –, chegou a 14% em 1973 (SCHWARCZ e STARLING, 2015). Tal conquista do regime militar influenciou indiretamente ao velar a guerra econômica interna, transformando-se na propaganda do regime e em mais uma ferramenta para legitimar o governo de forma direta, com os atos institucionais, ou de forma indireta, com toda repressão e a censura, a função conservadora do direito era aplicada no cenário brasileiro.

Levando-se em consideração esses aspectos, fica claro, portanto, o papel da função conservadora ante a normatização jurídica na Ditadura Militar com a finalidade de regular, controlar e proteger a sociedade (ROSA, 2004). O comunismo, por sua vez, ganhava espaço no cenário mundial e o Brasil –alinhado ao bloco econômico capitalista- elaborou um mecanismo



de defesa no qual esteve nítida a função social conservadora da norma jurídica para manter longe de sua história os seus inimigos.

#### **4.4 O processo de redemocratização do Brasil analisado sob a ótica da função transformadora do Direito**

Como foi aludido anteriormente, é de notória importância entender o Direito não só como fato social, mas também como condicionante da realidade. Porém, neste ponto, será feito um juízo acerca da função transformadora do Direito durante os anos em que transcorreu a redemocratização do Brasil em razão das diversas alterações que ocorreram no ordenamento jurídico e que findaram por alterar o sistema de controle social e, diretamente, as relações entre os diversos elementos condicionantes da vida grupal (ROSA, 2004). Ademais, será salientada a emancipação social ante a conjuntura jurídico-política da época, partindo de uma análise da Constituição de 1988 e seus precedentes.

Precipuamente, é válido destacar que a trajetória para a retomada da democracia no Brasil após os “anos de chumbo” foi cercada de diversos feitos, tendo como principal finalidade restituir a soberania popular, visto que o Estado existe para assegurar os ideais de liberdade e igualdade em prol do bem comum (ROUSSEAU, 2019). O início do processo que findaria no retorno do poder aos civis deu-se no governo do Presidente Ernesto Geisel, representante da “linha moderada”, por meio de alterações legislativas que adiantaram o contexto histórico e viabilizaram a abertura “lenta, gradual e segura” da política. Para tal, em 31 de dezembro de 1978, Geisel aderiu à revogação do Ato Institucional nº 5, reestabelecendo assim o direito ao habeas corpus, atenuando a censura e, conseqüentemente, proporcionando uma transformação social. Além disso, seu sucessor João Baptista Figueiredo, deu continuidade ao processo de transição do regime autoritário à democracia com a reforma partidária que extinguiu o bipartidarismo - modificando de forma explícita a conjuntura política nacional - e sancionando a lei que outorga a anistia (SARMENTO, 2010).

Com a mitigação da censura, a parcela da imprensa opositora ao regime autoritário obteve maior êxito em expor o verdadeiro cenário vigente. Logo, pode-se afirmar que, uma vez restabelecido o direito à liberdade de expressão tal norma passou a ter caráter transformador, visto que ela teve a função de metamorfosear uma sociedade oprimida e manipulada em um corpo social liberto das arbitrariedades antes legitimadas pelos Atos institucionais. Exemplo de



tal feito são os movimentos reivindicatórios que se fortaleceram em todo o país liderados por entidades de grande prestígio na conjuntura do país apoiados pela mídia, tendo como um dos principais a OAB, que em 1980 promoveu a VIII Conferência dos Advogados do Brasil objetivando um amplo debate sobre o tema da liberdade ao alegar que o grande problema da nação brasileira é a legitimidade, uma vez que em uma cultura jurídica pluralista e democrática, a legitimidade não se baseia na positividade, mas no estabelecimento de consenso na prática social, na convenção houve um consenso geral dos advogados brasileiros que aprovaram a “Declaração de Manaus” reivindicando o poder constituinte do povo ao criticar a não alternância no Poder. No mesmo ano ocorreu outra reunião dos advogados brasileiros em Porto Alegre em que a pauta principal foi a sugestão do parlamentarismo no Brasil (JORNAL DO BRASIL, 1980). As cobranças para a convocação da Assembleia Nacional Constituinte não partiram somente de juristas, a CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), na XV Assembleia da CNBB em 1977 emitiu o documento “Exigências Cristãs de uma Ordem Política” visando uma análise das relações entre Igreja e Governo e propondo a constituinte (O FLUMINENSE, 1977).

Além disso, a abertura do sistema partidário - que pode ser encarada como um exemplo de norma com função social transformadora uma vez que levou à reorganização do país com base no pluralismo - ecoou diretamente na campanha das “Diretas Já”, movimento reivindicatório em prol da aprovação da Emenda Constitucional Dante de Oliveira que pretendia eleições diretas para a Presidência da República. Tais movimentações aconteceram, primeiramente, em forma de pequenos comícios em 1983 e aos poucos foram adquirindo cada vez mais adeptos, especialmente por conta do apoio organizacional dos principais partidos políticos opositores da época. O reflexo da repercussão das campanhas pôde ser analisado nitidamente, quando no ano seguinte foi realizado um dos maiores movimentos civis da história da República Brasileira, contando com mais de um milhão de pessoas em seu último comício na cidade de São Paulo (NERY, 2010).

Apesar da grande mobilização social acarretada pelos protestos, as eleições de 1985 para Presidente ocorreram de forma indireta. Contudo, é válido destacar a conquista que foi a eleição de dois civis, pelo Colégio Eleitoral: Tancredo Neves, para a Presidência e José Sarney, para Vice-presidente. A Aliança Democrática, chapa representada pelos eleitos, mostrou-se apoiadora da convocação da Assembleia Constituinte, e assim foi concretizado pelo então




Presidente Sarney – após o falecimento de Tancredo – por meio da Emenda Constitucional nº 43. A Assembleia Constituinte, dirigida por Ulysses Guimarães, por ser o instrumento ao qual a cidadania recorre quando determinado regime político entrou em colapso e deve ser substituído, teve sua trajetória marcada pela combinação entre a luta social e a luta parlamentar, uma vez a massa popular pressionava a Constituinte para a aquisição de direitos sociais, assim como os representantes estabeleceram avanços que seriam impensáveis se dependessem apenas do voto popular, salientando a relação dialética e de cooperação existente entre o Direito e a opinião pública (SARMENTO, 2010).

A Constituição Federal que foi promulgada em 1988 trouxe em seu âmago a função transformadora do Direito, visto que proporcionou modificações no sistema de controle social ao atribuir finalidades para a alteração da sociedade e do Estado, buscando a máxima conciliação entre a liberdade individual e a emancipação geral. A medida tomada para a concretização desse pensamento foi a adoção de uma forma híbrida de democratismo – democracia mista ou semidireta – que consiste na aplicação de instrumentos de participação popular no exercício das decisões políticas em situações particulares sobre seus direitos e deveres, como o plebiscito, referendo ou iniciativa popular. Para Habermas (2012), a democracia deve ter por objetivo a emancipação dos indivíduos coletivamente por meio da integração social através da linguagem e do discurso baseado na racionalidade da prática cotidiana para o debate entre os indivíduos. A teoria habermasiana pode ser analisada no cenário brasileiro com a aplicação da justiça restaurativa para a resolução de conflitos, na qual a vítima da violação deve ter uma voz ativa na participação da construção de uma solução viável ao promover a devida reparação e reconciliação.

Para que houvesse uma apropriada legitimidade democrática foram estabelecidas liberdades públicas invioláveis, voltadas para a soberania popular, classificadas como direitos e garantias fundamentais, pois implicam na possibilidade de escolha entre os indivíduos para fazer ou não alguma coisa. Ao deliberar essa garantia, o Poder Legislativo brasileiro evidencia a função transformadora da norma com a Constituição como instrumento de rupturas com o regime anterior – alicerçando a ideia de que a ligação entre direito e mudança social está relacionada com a questão política – ao restituir as liberdades retiradas durante o período da ditadura militar, como a liberdade de expressão e o direito à liberdade, protegidos por remédios





constitucionais para garantir a efetivação desses direitos modificando a realidade social opondo-se à função conservadora do direito (SABADELL, 2002).

O papel do Direito na mudança social pôde ser analisado também na questão jurisprudencial a partir da constitucionalização do direito. Tais consequências tornam-se ainda mais aparentes diante da incorporação da nova interpretação constitucional, posto que ao admitir a força normativa da Constituição novos métodos foram deliberados para a resolução dos problemas do ordenamento jurídico e a aplicação das regras e princípios ante a um caso concreto, admitindo assim ao intérprete a capacidade de complementar o trabalho do legislados com a criação do Direito (BARROSO, 2005). Partindo desse pensamento também é preciso salientar as teorias sobre o “direito alternativo” que consiste na execução do direito como instrumento emancipador da sociedade, aplicando a solidariedade social para mitigar as desigualdades objetivando proporcionar mudanças na comunidade com a utilização de novos métodos de interpretação (SABADELL, 2002).

Ademais, para proteger os direitos fundamentais contra possíveis rupturas foram adotadas as cláusulas pétreas – dispositivos constitucionais que não podem ser modificados por Proposta de Emenda Constitucional –, entre elas é válido citar o artigo 5º, inciso XXXV, que consiste no direito fundamental de acesso à justiça (BRASIL, 1988), posto que deve ser reconhecido como requisito para o Estado moderno, visto que determina aos indivíduos a possibilidade de pleitear o sistema de Justiça para a representação de seus direitos e dos interesses difusos por meio do Ministério Público e a Defensoria Pública. Essa norma constitucional é um exemplo significativo de produto da função transformadora, dado que sua vigência corrobora em alterações na estrutura social ao possibilitar aos cidadãos pleitearem seus direitos (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

Logo, é possível visualizar as consequências sociais estabelecidas por tais normas constitucionais posto que qualquer alteração no ordenamento jurídico corresponde a transformação de uma nação. Ademais, as reivindicações presentes no contexto histórico que a Carta Magna se faz vigente apontam a concretização dos objetivos postos em seu conteúdo, da mesma forma que demonstram sua legitimação ao afirmar a soberania popular.



## 5 RESULTADOS

Da análise que se propôs, foi possível destacar-se a obra de Felipe Augusto de Miranda Rosa que, por sua vez, determinou quais eram as três principais funções sociais do Direito. Logo após, foram feitas análises históricas dos regimes políticos vivenciados pelo Brasil no Século XX. Em outro momento, foi explicitada a função educativa do Direito nas primeiras experiências democráticas brasileiras. Posteriormente, discorreu-se acerca da função conservadora do Direito durante a Ditadura Militar de 1964. E por último, foi evidenciada a função transformadora da norma no contexto de redemocratização consolidado pela Constituição de 1988.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse estudo afirma a existência de fatores reais do poder engendrados no âmago social, os quais, considerando-se que o Direito se presta à regulação social, em certo momento histórico e em um território, dadas suas características de temporalidade, conforme as normas constitucionais.

Porém, há de se asseverar que sua teoria é radical em separar as questões de fato e as de direito, chegando à conclusão de que a constituição nada mais é do que um pedaço de papel, tendo em vista que a elaboração da constituição formal (ou jurídica) se dá no momento em que esses fatores do poder reduzem a termo suas tensões, e, passado o momento histórico, a sua validade (legitimidade) já não se encontra presente, pois essa folha de papel será dissonante da constituição real.

Contudo é inegável a sua contribuição para o estudo do Direito Constitucional, apesar de tê-lo feito apenas em caráter descritivo, tal qual ocorre nas outras Ciências Sociais, como Ciência Política e Sociologia Jurídica, uma vez que, ao identificar, especificar e isolar os fatores reais do poder (contextualizados à sua época), dá subsídio aos estudiosos para compor outras teorias, utilizando-os como elemento significante.

## 7 REFERÊNCIAS

ANANIAS, Patrus; SANTOS, João Paulo de Faria. Rompimentos e Continuidades: a história do Brasil como uma história rotineira de rupturas. In: GONTIJO, Lucas de Alvarenga; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; MORAIS, Ricardo Manoel de Oliveira (org.). **Rompimento Democrático no Brasil: teoria política e crise das instituições públicas.**



2. ed. Belo Horizonte: D`plácido, 2017. Cap. 6. p. 139-156.

ARAÚJO, M. P; SILVA, I. P; SANTOS, D. **Ditadura militar e democracia no Brasil: história, imagem e testemunho**. 1. ed. – Rio de Janeiro: Ponteio, 2013

BARBOSA, L.M. **Os conceitos de desenvolvimento e nacionalismo na crítica ao regime militar**. Cadernos do Desenvolvimento. v.6, n.9, p.173–197,2018

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismoconstitucionalizacaododireito>. Acesso em: 03 ago. 2020.

BRASIL. **Atos Institucionais**. Portal da Legislação, Brasília, 2017. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-historica/atos-institucionais>

.Acesso em: 20 set. 2020

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm) .Acesso em 15 ago. 2020.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 16 de junho de 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em 01 set. 2020


BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm) . Acesso em 01 set. 2020

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 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 17 set. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.

CARVALHO, Francisco José. **A Teoria da Função social do direito**. São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.funcaosocialdodireito.com.br/pdf/TEORIA%20DA%20FUN%C3%87%C3%83O%20SOCIAL%20DO%20DIREITO.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2020

CARVALHO, Francisco José. **Compreendendo a função social do direito**. São Paulo, 2009. Disponível



[em:https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://funcaosocialdodireito.com.br/atualidades/COMPREENDENDO%20A%20FUN%20C3%2587%25C3%2583O%20SOCIAL%20DO%20DIREITO.pdf&ved=2ahUKEwjx4eaF59zrAhVSIbkGHWz5CUYQFjABegQICRAH&usg=AOvVaw29b3L6NhFACdnpuYWXvt\\_t](https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://funcaosocialdodireito.com.br/atualidades/COMPREENDENDO%20A%20FUN%20C3%2587%25C3%2583O%20SOCIAL%20DO%20DIREITO.pdf&ved=2ahUKEwjx4eaF59zrAhVSIbkGHWz5CUYQFjABegQICRAH&usg=AOvVaw29b3L6NhFACdnpuYWXvt_t). Acesso em: 15 ago. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Sociologia Jurídica**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DURKHEIM, Emile. **Da Divisão do Trabalho Social**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

FICO, Carlos. **Como eles agiam**: os subterrâneos da ditadura militar: espionagem e polícia política. Ed. Record, books.google.com. p. 37 -42,2001

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**. São Paulo: Wmf Martins Fontes,2012.  
HAN, Byung-Chul. **Sociedade do Cansaço**. Petrópoles: Vozes, 2015. 128 p.

**JORNAL DO BRASIL**. Rio de Janeiro, 23 maio 1980. Disponível em:[http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=030015\\_10&Pesq=%22Declara%203%a7%20c3%a3o%20de%20Manaus%22&pagfis=7149](http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=030015_10&Pesq=%22Declara%203%a7%20c3%a3o%20de%20Manaus%22&pagfis=7149). Acesso em: 25 ago. 2020.

NAPOLITANO, Marcos. **1964**: História do Regime Militar Brasileiro. Ed. Contexto, p. 70-71,2016.

NERY, Vanderlei Elias. **Diretas Já**: a busca pela democracia e seus limites. a busca pela democracia e seus limites. 2010. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/ls/article/view/18836/0>. Acesso em: 27 ago. 2020.

MIGUEIS, Ana Gláucia Lobato Campos. A SILVA, Luiz Henrique Migueis da.- **A Função Social do Direito**. Juiz de Fora, 2017. Disponível em: <https://anaglc.jusbrasil.com.br/artigos/450535880/a-funcao-social-do-direito>. Acesso em: 15 ago. 2020

**O FLUMINENSE**. Rio de Janeiro, 25 fev. 1977. Disponível em: [http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=100439\\_11&pesq=%22Exig%20C3%A4ncias%20Crist%20A3s%20de%20uma%20Ordem%20Pol%20C3%ADtica%22&pasta=ano%20197&pagfis=42748](http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=100439_11&pesq=%22Exig%20C3%A4ncias%20Crist%20A3s%20de%20uma%20Ordem%20Pol%20C3%ADtica%22&pasta=ano%20197&pagfis=42748). Acesso em: 25 ago. 2020.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. **Sociologia do Direito**: o fenômeno jurídico como fato social. 17. ed. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2019. SANTOS, F.F.F. **Lei de Segurança Nacional**. Ed. Lumen Juris, 2019





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

SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo Inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SKIDMORE, Thomas. **Brasil**: De Castelo a Tancredo. 7ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

VILLA, Marco Antônio. **A história das Constituições brasileiras**. São Paulo: Leya, 2011.



# CAPÍTULO 28

## OS DESAFIOS COM O DIREITO MIGRATÓRIO EM TEMPOS DE PANDEMIA SOB A PERSPECTIVA DO NÚCLEO DE ENSINO CLÍNICO EM DIREITOS HUMANOS DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-CAMPINAS

Enrique Pace Lima Flores, graduando em direito pela PUC-Campinas

Giulia Esposito Barthem, graduada em direito pela PUC-Campinas

Nathália Auad de Andrade, graduada em direito pela PUC-Campinas e graduanda em administração pública pela Universidade Federal de São João del Rei (UFSJ)

Pedro Augusto de Castro Simbera, graduando em direito pela PUC-Campinas

Thomaz Roberto Bassetti, advogado-orientador do Núcleo de Ensino Clínico em Direitos Humanos da PUC-Campinas e mestrando da linha de pesquisa Cooperação Internacional e Direitos Humanos do Plano de Pós Graduação em Direito da PUC-Campinas

### RESUMO

A pandemia de Covid-19 trouxe diversos desafios e agravou problemas sociais que afetam de forma significativa as populações migrantes do Brasil. Neste contexto, muitos destes grupos se encontram em situações de grave vulnerabilidade, considerando também a falta de auxílio adequado, principalmente no âmbito jurídico. Com o objetivo de prestar o apoio necessário, o Núcleo de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da PUC-Campinas (NEC-DH) possui atuação junto à população migrante, em uma perspectiva de ensino clínico, colocando a estrutura universitária em contato com as demandas sociais destes grupos, considerando as necessidades das populações migrantes que atualmente residem na cidade de Campinas/SP e região. Neste sentido, buscamos compreender as necessidades e violações sofridas a partir dos problemas sociais apresentados e que foram agravados pela pandemia, a respeito das dificuldades enfrentadas pelos migrantes durante esta crise global, que afetou desde os fluxos migratórios até a manutenção e sobrevivência destas populações. O propósito do presente estudo é demonstrar como as atividades da clínica em direitos humanos se relacionam com a realidade das políticas migratórias no Brasil, na ótica da nova Lei de Migração. Considerando que as atividades do NEC-DH são desenvolvidas na cidade de Campinas, buscamos também demonstrar a realidade das populações migrantes que chegaram na região nos últimos anos e como a atuação por meio do ensino clínico pode contribuir para proporcionar o apoio necessário para estes grupos.

**PALAVRAS-CHAVE:** fluxos migratórios; ensino clínico; mobilidade internacional; vulnerabilidade; lei de migração.

### INTRODUÇÃO

A pandemia global de COVID-19 causou impactos devastadores em todos os setores da sociedade, devido a situações socioeconômicas já muito precárias, grupos sociais




historicamente marcados por um modelo societal de exploração e gerador de vulnerabilidades veem intensificadas as opressões vivenciadas. Este é o caso dos imigrantes internacionais, que têm experimentado os impactos da pandemia de forma considerável, em razão das diversas situações que reiteradamente estão submetidos. Em resposta ao cenário de violações de direitos humanos, que impõem a grupos sociais vulneráveis condições adversas, consolidam-se espaços voltados à compreensão e ao enfrentamento de tais situações cujo objetivo é prestar o auxílio jurídico necessário para estes grupos, também no âmbito universitário.

Partindo da análise da situação de migrantes no Brasil, o presente estudo busca abordar o assunto de modo a demonstrar a atuação do Núcleo de Ensino Clínico em Direitos Humanos (NEC-DH) da Faculdade de Direito da PUC-Campinas com a população migrante da cidade de Campinas-SP e região como forma de fornecer auxílio muito necessário para estes grupos e, ao mesmo tempo, aprofundar análises sobre vulnerabilidade e direitos humanos junto à comunidade acadêmica do direito, no sentido de contribuir com análises críticas e práticas sobre o assunto.

Até o presente momento, o auxílio a comunidade migrante foi realizado por meio de reuniões com os representantes das comunidades migrantes, para entender suas dificuldades, como também pela produção de cartilhas, inicialmente sobre os direitos dos trabalhadores migrantes, visando fornecer informações e buscar sanar dúvidas mais frequentes sobre o tema. Posteriormente, ainda com o intuito de realizar atividades de formação, bem como fomentar a produção de materiais simplificados a serem disponibilizados à comunidade migrante de Campinas-SP, em 2020 houve a produção (na forma de cartilha) de material voltado à temática da regularização dos vistos humanitários, que se encontra em finalização.

O NEC-DH é um espaço de aprendizagem pelo chamado método clínico, surgiu no final de 2016, frente ao crescente interesse dos docentes e discentes da faculdade de Direito em desenvolver aprendizagem e aprimoramento no exercício prático de atuação em litígios relacionados aos Direitos Humanos. Por meio do ensino clínico é possível a aproximação entre demandas práticas e atividade acadêmica.

O objetivo do NEC-DH é de preparar o aluno para o exercício prático da advocacia e do mundo jurídico, a partir do contato com casos reais, garantindo a vivência de todos os aspectos que envolvem a prática jurídica, tais como, o contato com a população, a avaliação dos fatos, a



tomada de decisões relativas à estratégia material e processual respeitantes ao caso e a relação com todas as demais partes envolvidas.

A formação do NEC-DH ocorreu a partir do interesse da comunidade acadêmica e de contatos com a Rede de Apoio ao Refugiado e Imigrante de Campinas (RAIR) e da Prefeitura Municipal da mesma cidade, o NEC-DH iniciou suas atividades em um primeiro momento voltado aos estudos migratórios. Atualmente, as atividades do NEC-DH compreendem atuação na Frente de Moradia e Frente de Migração.

Sobre o ensino clínico, as clínicas jurídicas nasceram nos Estados Unidos, com a visão de proporcionar um espaço de quebra dos moldes tradicionais de ensino, como a memorização de códigos e precedentes jurisprudenciais. Este método pretende desenvolver habilidades que serão usadas na sua vida profissional, habilidades práticas, como estratégia de litígios e destreza argumentativa. Este sistema pretende que o estudante aprenda a partir da prática, pois a aprendizagem clínica é baseada na experiência (FRANK, 1933).

O ensino clínico no Brasil começou a ser disseminado a partir do século XXI, a maioria desses espaços iniciou seus trabalhos com o estudo dos Sistemas Internacionais dos Direitos Humanos. Destarte, que os Direitos Humanos são o principal tema da maior parte dos núcleos de ensino clínico do Brasil, devido ao início de sua disseminação no período da redemocratização, que foi caracterizado pela promoção de ações de educação em Direitos Humanos (LAPA, 2014).

O presente capítulo busca explicar as formas de atuação do NEC-DH, sua experiência prática e demonstrar, a partir de uma análise crítica: i) a situação precariedade referente aos migrantes; ii) a formação discente por meio de atividades de pesquisa e imersão teórica, ambos com vistas a proporcionar um atendimento voltada à realidade social em que a problemática da questão migratória assume em Campinas. Neste sentido, o objetivo deste estudo é relacionar as atividades da clínica de direitos humanos com a realidade da política migratória brasileira. Para tanto, abordamos a nova Lei de Migração, bem como visamos entender o modo como o Governo Federal vêm atuando na questão migratória durante a pandemia, levando em consideração contextos de mobilidade internacional.






## EFEITOS DA PANDEMIA NA SITUAÇÃO DE IMIGRANTES NO BRASIL

Preservar possibilidades mínimas de reconhecimento e garantia aos direitos humanos tem sido uma tarefa historicamente desafiadora às pessoas que têm seus direitos violados, como também às pessoas que se voltam à compreensão e ao enfrentamento de situações marcadas por desproteção social. Manter o mínimo padrão de proteção social passou a significar algo ainda mais distante em tempos de pandemia, porém muito mais relacionado a uma forma de organização social que estamos inseridos. Considerar a compreensão da vulnerabilidade de grupos minoritários e marginalizados que sofrem com a desigualdade social é um fator diretamente relacionado à intensificação das violações no contexto da pandemia.

Neste texto a ideia é trabalhar a partir das relações havidas com os migrantes internacionais no âmbito da pandemia, situação compreendida a partir de uma ideia abstrata apartada do olhar Estatal, com *locus* no indivíduo que se desloca, ou seja, não se trata de emigrante ou imigrante (aquele que sai e aquele que entra no país, respectivamente) e sim do migrante internacional, a partir da perspectiva da pessoa que necessita se deslocar, portanto, migrar. Dessa forma, a noção trazida nesse estudo parte do ponto que o migrante é aquela mulher, homem, criança, idoso, que por razões financeiras, por perseguições (política, religiosa, de identidade), questões ambientais, ou seja, violações de direitos humanos que implicam a necessidade de alguém estar se deslocando.

As concepções e visões humanitárias surgem de incansáveis lutas de movimentos sociais e daqueles que pensam por meio dos direitos humanos, uma concepção uma do ser humano, sem barreiras. Houve um movimento críticos à condição normativa do migrante que influenciou a nova Lei de Migração 13.445 de 2017, buscava-se por meio das discussões sobre uma forma diferente de se encarar o tratamento do migrante em como se afastar do fato de que a migração esteve vinculada à questão de Segurança Nacional, a qual tinha o Estatuto dos Refugiados como alicerce, em que restringia os direitos migratórios com base em argumentos de segurança. Neste sentido, trata-se de argumentos que podem ser voláteis, a depender do governo e das políticas migratórias internacionais.

Com base na lei migratória, o migrante ainda é, segundo o artigo 1º, discriminado em imigrante e emigrante (BRASIL, 2017). Ou seja, aquele que está entrando e saindo do país,



uma visão Estatal. Embora tenha essa distinção legal, o direito o direito internacional dos direitos humanos reconhece apenas como migrante internacional, visando se desvincular de terminologias como “imigrante e emigrante”, portanto, uma visão do indivíduo.

Ainda a partir do olhar referente ao indivíduo em detrimento de questões estatais, Boaventura de Souza Santos assevera que a precisão da fronteira tem no mapa sua principal formulação, em que a realidade dessa linha é, no entanto, bem mais dinâmica e ambígua. “A fronteira pode ser estanque ou porosa, e ser uma coisa para uns e outra para outros, pode ser muro e travessia, barreira e ponte, pode ser reconhecida ou ignorada, pode ser fixa ou mover-se” (SANTOS, 2018, on-line). As fronteiras, territoriais ou outras, nunca são somente naturais,

Há que perguntar sobre quem tem poder para construir e demolir fronteiras e determinar para quem elas são muros intransponíveis ou travessias, ou para quem a travessia pode acarretar risco de vida ou ser uma prática trivial. A geografia desigual do acesso à fronteira é o produto do poder que a sustenta. (SANTOS, 2018, on-line)

O migrante enfrenta diversos desafios até sua chegada ao novo país, desafios como o preconceito e estigma que a população muitas vezes nutre por seu país de origem, como também os desafios nas fronteiras e travessias. Muitos desses desafios podem ainda ser agravados por causas não naturais, conforme Boaventura (2018) disserta em seu texto, a depender de cada governo e habitantes locais. Atualmente, em que se pese o mundo estar em pandemia, os desafios migratórios se agravam ainda mais. Tendo em vista ausência de assegurar à população (seja ela migrante ou nacional) políticas sociais voltadas às condições básicas de vida.

No contexto de pandemia mundial ocasionada pelo novo *coronavírus* somando-se ao cenário de desproteção foi editada a Portaria nº 47 de 26 de março de 2020 (BRASIL, 2020a), promulgada pela Casa Civil da Presidência da República, da Justiça e Segurança Pública, da Infraestrutura e da Saúde, cuja disposição trata sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País. Posteriormente revogada por outras portarias com seu teor atualizado, ainda mantendo as restrições, e dentre essas portarias a que mais se destacou a época pelas discussões em seu entorno foi a Portaria interministerial nº 255 de 22 de maio de 2020.

A Portaria interministerial nº 255 de 22 de maio de 2020 dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros, de qualquer nacionalidade, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Assim, seguindo o teor seu teor, havia impossibilidade da livre entrada no território por qualquer estrangeiro, exceto

Art. 4º A restrição de que trata esta Portaria não se aplica ao:




- I - brasileiro, nato ou naturalizado;
- II - imigrante com residência de caráter definitivo, por prazo determinado ou indeterminado, no território brasileiro;
- III - profissional estrangeiro em missão a serviço de organismo internacional, desde que devidamente identificado;
- IV - passageiro em trânsito internacional, desde que não saia da área internacional do aeroporto e que o país de destino admita o seu ingresso;
- V - funcionário estrangeiro acreditado junto ao Governo brasileiro; e
- VI - estrangeiro:
  - a) cônjuge, companheiro, filho, pai ou curador de brasileiro;
  - b) cujo ingresso seja autorizado especificamente pelo Governo brasileiro em vista do interesse público ou por questões humanitárias; e
  - c) portador de Registro Nacional Migratório.
- VII - transporte de cargas.

Atualmente o teor das Portarias já mencionadas estão vigentes sob a Portaria nº 651, de 8 de janeiro de 2021, com a participação dos Chefe da Casa Civil da Presidência da República, Estado da Justiça e Segurança Pública, Estado da Infraestrutura e de Estado da Saúde que altera um pouco o teor das portarias anteriores, no sentido de ampliar os detalhes de ingresso no território, mas ainda restringindo excepcionalmente a entrada. Em suma, a Portaria está desconstruindo toda a luta pelo direito de ingresso, Vedovato (2020), disserta sobre esse direito ser fruto das normas de proteção aos direitos humanos internacionalmente. Além disso, as sucessivas Portarias violam o artigo 45 da Nova Lei de Migração (NLM) que exige entrevista individual e ato fundamentado para impedir o ingresso do migrante no país.

Posto que os migrantes internacionais passam por inúmeras situações e desafios em sua jornada migratória, é evidente que são agravadas em tempos de pandemia, ainda mais pensando no contexto político mundial que visa criar empecilhos aos migrantes. Nota-se como é preocupante esses desafios enfrentados, até mesmo para aqueles que já estão residindo no território brasileiro, quando buscam acesso aos direitos sociais, esses que precisam ser efetivados por meio de políticas públicas e ações estatais.

Notamos, ademais, que os desafios estão mais presentes na realidade dos migrantes não documentados (comumente conhecido como irregular ou clandestino, contudo na concepção humanitária o indivíduo não é irregular, apenas não tem sua documentação conforme o país exige). Como exemplo de impossibilidade de acesso, tem-se o auxílio econômico (como Auxílio Emergencial), uma vez que se exige documentações que muitas vezes o migrante não possui, como o CPF. Ademais, na medida em que a Polícia Federal estava com seus serviços restritos ou até mesmo fechados, os migrantes não conseguiram acesso a solicitação de tal documentação.



Em relação ao Auxílio Emergencial, a Defensoria Pública da União em 6 de maio de 2020 distribuiu ação civil pública (ACP) (BRASIL, 2020b) contra a Caixa Econômica Federal e o Banco Central do Brasil, solicitando que os migrantes, independentemente da situação migratória, recebessem o pagamento do auxílio emergencial, sendo possível apresentar qualquer documento de identidade (VEDOVATO, 2020).


Com base nos fatos narrados acima, a não obtenção do auxílio emergencial por parte dos migrantes internacionais residentes no Brasil viola preceitos da NLM, por estar previsto no artigo quarto a garantia de que todos os migrantes residentes no país possam acessar serviços públicos como saúde e assistência social, independentemente de sua situação migratória regular (BRASIL, 2017).

### **DIFICULDADES DE MOBILIDADES DE IMIGRANTES NO BRASIL**

O Brasil é um país historicamente considerado aberto para a entrada de estrangeiros em diferentes condições, porém crises humanitárias recentes colocaram em xeque a capacidade do país em receber uma grande quantidade de imigrantes e proporcionar o apoio necessário, considerando as já existentes dificuldades quanto ao direito de ingresso de migrantes. Os principais exemplos destas crises ligadas com grandes fluxos migratórios são os desastres naturais ocorridos no Haiti em 2010, a crise econômica e política na Venezuela, que, do ponto de vista humanitário, gerou a busca de parte da população por refúgio e melhores condições de vida e trabalho, agravando este fluxo migratório em 2017, além das migrações de sírios em 2013, em decorrência da guerra civil na Síria. Entretanto, um dos principais problemas enfrentados pelos migrantes é a dificuldade de se conseguir a autorização de ingresso, que atinge, na maioria das vezes, populações originárias de países em desenvolvimento. Portanto, nota-se uma contradição entre a perspectiva de um país “aberto” a imigrantes com a realidade de exclusão sofrida por pessoas em situações de vulnerabilidade.

Um dos principais assuntos estudados é a criação da Nova Lei de Migração (Lei 13.445/2017), que visou impor um viés humanitário para a legislação referente à situação dos migrantes, em decorrência dos referidos fluxos migratórios. Em um sentido de impulsionar a inclusão social, trabalhista e produtiva do migrante, ou seja, em uma perspectiva de acolhida humanitária, a referida lei passou a prever a concessão do visto humanitário, além de garantir






uma “uma proteção especial para a consolidação do processo simplificado de naturalização e de facilitar a livre circulação do residente fronteiriço”. (SALLES, et al., 2019, p. 140)

Neste sentido, são inegáveis as dificuldades vivenciadas pelos migrantes, principalmente nestes contextos de fluxos migratórios forçados decorrentes de crises humanitárias em seus países de origem. Em decorrência de condições extremamente precárias, milhares de pessoas decidem por migrar por absoluta necessidade, de modo são forçadas a enfrentar graves dificuldades, como jornadas perigosas, exploração por redes criminosas de contrabando, intolerância racial e falta de acesso a serviços sociais básicos, inclusive assistência médica” (ROIG, 2018, p. 28). Muitos migrantes enfrentam difíceis condições de trabalho e de vida ao tentarem se estabelecer no Brasil, de modo que estas situações são agravadas em decorrência de sua condição de migrantes, o que caracteriza uma vulnerabilidade acentuada nestes casos específicos. Existe grande demanda social para a criação e preservação de políticas migratórias bem estruturadas que busquem apoiar diretamente os migrantes que enfrentam estas condições de vulnerabilidade, uma vez que não basta o ingresso no país, mas também é extremamente necessário o apoio adequado para que a manutenção destes grupos no Brasil em condições dignas de trabalho e acesso a serviços básicos de assistência em geral.

Um exemplo marcante das graves dificuldades na mobilidade internacional é o caso de migrantes venezuelanos de origem indígena, principalmente o caso do povo Warao, que compõe a maior parte desta parcela de migrantes, que apresentam uma grande tendência a buscarem áreas no norte do Brasil, como os estados de Roraima e Amazonas, estabelecendo redes familiares nestas localidades, além da intenção de visitar e manter contato com familiares na Venezuela. Uma série de acontecimentos levaram os Warao a migrar para o Brasil buscando recursos necessários para sua sobrevivência, devido à impossibilidade de garantir o próprio sustento e de suas famílias em seu país de origem. Além das dificuldades enfrentadas pelos migrantes indígenas para conseguir condições suficientes de sustento e moradia no Brasil, o povo Warao enfrenta tentativas de deportação em massa por parte do Estado de Roraima, entre os anos de 2014 e 2016, o que configuram violações nítidas de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o país é signatário (DA SILVEIRA; CARNEIRO, 2018).

No tocante à gestão na acolhida de imigrantes, vale citar situação ocorrida antes da pandemia, na qual durante grande fluxo migratório de venezuelanos, o Supremo Tribunal




Federal decidiu pelo indeferimento do fechamento das fronteiras com o país vizinhos, no julgamento da Ação Civil Originária 3132, proposta pelo Governo do Estado de Roraima, visando o fechamento das fronteiras como forma de controle da situação. Baseando-se em normas de proteção aos direitos humanos, com respaldo inclusive em tratados internacionais assinados pelo Brasil, o fechamento de fronteiras corresponde à uma violação de direitos, uma vez que o direito à migração deve ser garantido pautados pelos direitos humanos (VEDOVATO, 2018, p. 51).

Além disso, a pandemia de COVID-19 agravou e explicitou problemas ainda maiores para as populações migrantes, que se encontram em situações de elevada vulnerabilidade socioeconômica. As restrições de viagem devido às políticas necessárias de isolamento social aumentaram as dificuldades de mobilidade internacional das populações migrantes em toda a América Latina. Além de dificultar ainda mais as políticas de acolhimento de migrantes, as restrições também dificultaram a mobilidade de grupos de migrantes retornando para seus países de origem, os quais apresentaram um número crescente principalmente em países como Venezuela e Nicarágua (KHOUDOUR; ACUÑA-ALFARO, 2020).

Também a respeito de gestão de fronteiras, vale a pena discorrer sobre dificuldades que já existiam e foram agravadas seriamente surgiram durante a pandemia, por exemplo o fechamento de fronteiras imediato que ocorreram com o primeiro surto de COVID no mundo, em especial na América do Sul, prejudicou nitidamente o acolhimento ao migrante estabelecido no Brasil. Entretanto, problemas maiores de mobilidade internacional ainda ocorreram devido à forma como estas restrições foram conduzidas pelo Governo Federal, uma vez que a portaria Interministerial n. 255, já citada neste capítulo, estabeleceu como sanções para o desrespeito das limitações a repatriação ou deportação imediata e a inabilitação do pedido de refúgio, de modo que esta última viola diretamente tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo Brasil para a proteção dos direitos dos migrantes. Ou seja, estas verdadeiras sanções à mobilidade internacional representa uma atuação direta do Governo Federal no sentido de dificultar a mobilidade de migrantes e garantias de acolhimento humanitário (RAMOS, 2020, p. 117).

Deste modo, é possível afirmar que, apesar das previsões legislativas de acolhida humanitária, os migrantes enfrentam verdadeiras dificuldades de mobilidade internacional, devido a políticas de restrição das migrações. Atuações mal estruturadas do Governo Federal



no recebimento de migrantes, principalmente durante a pandemia, acabam por causar crises em regiões fronteiriças, uma vez que estas restrições dificultam diretamente a mobilidade destes migrantes, colocando estas pessoas em situação de grave vulnerabilidade social, devido às suas urgências de se estabelecer em ambientes dignos.

Partindo das considerações realizadas a respeito dos impactos da pandemia na mobilidade internacional dos migrantes, parte-se para uma análise mais específica acerca da região de Campinas-SP, onde o NEC-DH está localizado. A região apresentou um aumento exponencial da população migrante nos últimos anos e serve como exemplo direto da necessidade de auxílio jurídico especializado, bem como de estudos sobre a situação destas pessoas.


### **SITUAÇÃO DOS IMIGRANTES NA REGIÃO DE CAMPINHAS-SP E A ATUAÇÃO DO NEC-DH ATRAVÉS DO ENSINO CLÍNICO**

Segundo dados do Relatório Anual do Observatório das Migrações Internacionais (OBMigra 2019), foram registrados no Brasil 774,2 mil imigrantes entre 2011 e 2018, tendo o Estado de São Paulo atraído cerca de 41,2% dessas pessoas.

Outrossim, segundo a cientista social Rosana Baeninger, organizadora do Atlas Temático do Observatório das Migrações em São Paulo, dos 391.282 migrantes vindos para o Estado de São Paulo entre 2000 e 2015, cerca de 15,77% faz parte da Região Metropolitana de Campinas, dando à região o título de segundo município com o maior número de migrantes do Estado.

Segundo dados do Relatório Anual de Imigração e Refúgio no Brasil de 2019, dentre os migrantes, destaca-se o grande número de haitianos, venezuelanos, senegaleses, bolivianos, colombianos e bengalis. Além disso, os grupos que mais tiveram carteiras de trabalho emitidas são os haitianos e venezuelanos, e os primeiros tendo figurado como principal nacionalidade no mercado de trabalho formal em 2018 (OBMigra, 2019).

Desta forma, como um grande polo de atração de mão de obra formal, principalmente na construção civil, a cidade abriga e emprega, em sua maioria, migrantes haitianos e venezuelanos, os quais enfrentam uma série de barreiras em se tratando do idioma, do racismo, da xenofobia e da invisibilidade, de acordo com reportagem realizada pelo Sindicato dos Professores de Campinas e Região (SINPRO), em 2019.



Nessa esteira, não é raro ver médicos, professores e advogados haitianos trabalhando como serventes de obra, recebendo até três vezes menos do que os brasileiros recebem para a mesma função (SINPRO, 2019).

Em razão das dificuldades apresentadas, como a desigualdade de salários e direitos, faz-se necessário ampliar o atendimento ao migrante na Região Metropolitana de Campinas, de modo a garantir os direitos básicos à população, como regularização de documentos e acesso à educação e à saúde. É neste sentido de necessidade de um maior apoio ao migrante que o NEC-DH atua, com o objetivo de conectar a comunidade acadêmica às demandas sociais.

O trabalho desenvolvido no NEC-DH é especialmente importante para sociedade, pois engloba o preparo teórico de seus integrantes para manejo das atividades práticas em litígios envolvendo os Direitos Humanos. Ademais, reforça a discussão sobre a matéria no âmbito da Universidade, local de formação dos futuros profissionais do direito. Portanto, mantém ativa a discussão em prol dos Direitos Humanos no âmbito universitário.


No tocante ao novo contexto enfrentado em razão da COVID-19, o NEC-DH está realizando projetos de formação em temas com: Ouvidoria, Refúgio no Brasil, a questão migratória relacionada ao Covid-19, o Direito à Moradia no contexto Internacional, a história da reivindicação do direito à moradia no Brasil e os Marcos legais sobre a Cidade e Moradia, os eventos ocorreram por meio da plataforma Teams. Igualmente, mantém contato com a população Haitiana em Campinas.

## **CONCLUSÃO**

Os fluxos migratórios decorrentes de graves crises humanitárias demandam políticas migratórias focadas no acolhimento humanitário e no sentido de assegurar condições dignas de vida e trabalho para as pessoas que ingressar no Brasil. A nova Lei de Migração cumpre, formalmente, um importante papel de estabelecer condições para o direito de ingresso no país, em uma perspectiva de garantia de direitos humanos, considerando as condições de grave vulnerabilidade social e econômica enfrentadas por muitos destes grupos de migrantes, apesar das contradições nítidas pelo conteúdo de portarias.

Entretanto, estas situações foram seriamente acentuadas durante a pandemia, uma vez que os impactos desta crise sanitária global afetaram com maior intensidade grupos minoritários com dificuldade de acesso a recursos básicos. Além disso, atuações muito restritivas por parte





do Governo Federal, através de portarias na regulação de fronteiras, causaram dificuldades ainda maiores na mobilidade internacional de migrantes, o que configura violações diretas à tratados internacionais de direitos humanos sobre o direito de ingresso e contradiz a própria legislação nacional, pautada no acolhimento humanitário.

Considerando estas dificuldades enfrentadas pelos migrantes, que foram agravadas e explicitadas durante a pandemia, buscamos demonstrar a importância de atuações como a do NEC-DH, que visa proporcionar um apoio crucial para estas populações, através de uma perspectiva de ensino clínico. A atuação em ambiente universitário, com participação direta de alunos de graduação do curso do direito, tem o objetivo de trabalhar com as demandas sociais de Campinas e região, que recebeu fluxo migratório considerável nos últimos anos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL (2020.a). DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Ação Civil Pública**. 2020. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/ACP%20auxilio%20em%20rgencial%20imigrantes.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2020.


BRASIL. Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm). Acesso em: 16 jan 2021.

BRASIL (2020.b). Portaria nº 47, de 26 de março de 2020. Dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros por transporte aquaviário, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa. Brasília, DF, Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-47-de-26-de-marco-de-2020-249861855>. Acesso em: 27 jan. 2021.

BRASIL. Portaria nº 255, de 22 de maio de 2020. Dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros, de qualquer nacionalidade, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Portaria/PRT/Portaria-255-20-ccvimpresao.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/PRT/Portaria-255-20-ccvimpresao.htm). Acesso em: 17 jan. 2021.

BRASIL. Portaria nº 651, de 08 de janeiro de 2021. Dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros, de qualquer nacionalidade, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Portaria/PRT/Portaria-651-21-ccv.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/PRT/Portaria-651-21-ccv.htm). Acesso em: 17 jan. 2021.

Cavalcanti, L; Oliveira, T.; Macedo, M., **Imigração e Refúgio no Brasil**. Relatório Anual 2019. Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e



Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: **OBMigra**, 2019.

DA SILVEIRA, Marina de Campos Pinheiro; CARNEIRO, Cynthia Soares. A declaração das nações unidas sobre os direitos dos povos indígenas e os impactos da nova lei de migração brasileira sobre o direito de livre circulação do povo Warao. **Périplos: Revista De Estudos Sobre Migrações**. v. 2, n. 2, 2018. p. 69-95. Disponível em: [https://periodicos.unb.br/index.php/obmigra\\_periplos/article/view/25459](https://periodicos.unb.br/index.php/obmigra_periplos/article/view/25459). Acesso em: 19 jan. 2021.

FRANK, Jerome N. "Why Not a Clinical Lawyer-School?". "**Faculty Scholarship Series**", New Haven USA, v. 1, n. 1, p.1-18, jun. 1933. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/4109/](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4109/). Acesso em: 02 mar. 2020.

KHOUDOUR, David; ACUÑA-ALFARO, Jairo. **Addressing the human mobility consequences of COVID-19 in Latin America and the Caribbean**. 2020. Disponível em: <https://blogs.worldbank.org/peoplemove/addressing-human-mobility-consequences-covid-19-latin-america-and-caribbean>. Acesso em: 19 jan. 2021.

LAPA, Fernanda Brandão. Os Direitos Humanos nos Cursos Jurídicos. In: LAPA, Fernanda Brandão. **Clínica de direitos humanos: uma proposta metodológica para a educação jurídica no Brasil**. São Paulo: Lumen Juris, 2014. Cap. 2. p. 57-113.


LIMA NETO, Francisco. **Prefeitura atende perto de 3,5 mil imigrantes**. 2019. Disponível em: [https://correio.rac.com.br/\\_conteudo/2019/09/campinas\\_e\\_rmc/863588-prefeitura-atende-perto-de-3-5-mil-imigrantes.html](https://correio.rac.com.br/_conteudo/2019/09/campinas_e_rmc/863588-prefeitura-atende-perto-de-3-5-mil-imigrantes.html). Acesso em: 19 jan. 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Brasil registra mais de 700 mil migrantes entre 2010 e 2018**. 2018. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1566502830.29#:~:text=Bras%C3%ADlia%2C%2022%2F08%2F19,de%20carteiras%20de%20trabalho%20emitidas..> Acesso em: 19 jan. 2021.

PEREIRA, Rodrigo. **RMC ganha 21,1 mil novos imigrantes internacionais em 15 anos; Campinas é o 2ª maior domicílio do estado**. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/rmc-ganha-211-mil-novos-imigrantes-internacionais-em-15-anos-campinas-e-o-2-maior-domicilio-do-estado.ghtml>. Acesso em: 19 jan. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. Construindo Muralhas: o fechamento de fronteiras na pandemia do COVID-19. In: **Migrações Internacionais e a pandemia de Covid 19**. BAENINGER, Rosana; VEDOVATO, Luís Renato; NANDY, Shailen (coordenadores). Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquá” – Nepo/Unicamp, 2020. P. 109-118.

ROIG, Jaime Nadal. Migrações internacionais e garantias de direitos - um desafio no século XXI. In: BAENINGER, Rosana; SILVA, João Carlos Jarochinski (coords.). **Migrações Venezuelanas**. Campinas, Sp: Nepo/unicamp, 2018. p. 27-30.



SALLES, Denise Mercedes Nuñez Nascimento Lopes; Riggo, Renata Freitas Quintella; Santos, Lara de Freitas. A acolhida humanitária com a lei 13,445/2017: rumo a um tratamento digno ao migrante forçado no Brasil. **Conhecimento & Diversidade**, [S.I]. v. 11, n. 23, p. 131-144, jul. 2019. ISSN 2237-8049. Disponível em: [https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/conhecimento\\_diversidade/article/view/5859](https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/conhecimento_diversidade/article/view/5859). Acesso em: 19 jan. 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.18316/rcd.v11i23.5859>

SANTOS, Boaventura de Sousa. As Fronteiras entre muros e travessias. *Jornal de Letras*, 21 fev. 2018. Disponível em: <https://alice.ces.uc.pt/en/index.php/alice-info/boaventura-de-sousa-santasas-fronteiras-entre-muros-e-travessias-jornal-de-letras-february-21-2018/?lang=pt>. Acesso em: 16 jan 2021.

SINDICATO DOS PROFESSORES DE CAMPINAS E REGIÃO. **‘Alguns brasileiros tratam os haitianos como escravos’, diz organização de defesa dos imigrantes**. 2016. Disponível em: <http://www.sinprocampinas.org.br/noticias/noticias/alguns-brasileiros-tratam-os-haitianos-como-escravos-diz-organizacao-de-defesa-dos-imigrantes/>. Acesso em: 19 jan. 2021.

VEDOVATO, Luis Renato. Ação Civil Originária entre Venezuela e Brasil: A construção do direito de ingresso. In: BAENINGER, Rosana; SILVA, João Carlos Jarochinski (coords.). **Migrações Venezuelanas**. Campinas, Sp: Nepo/unicamp, 2018. p. 46-52.

VEDOVATO, Luís Renato. OS TRIBUNAIS E A PROTEÇÃO DOS MIGRANTES DIANTE DA PANDEMIA. In: Migrações Internacionais e a pandemia de Covid 19. BAENINGER, Rosana; VEDOVATO, Luís Renato; NANDY, Shailen (coordenadores). Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquá” – Nepo/Unicamp, 2020. 636p.



# CAPÍTULO 29

## A “MASSIFICAÇÃO” DA DEMOCRACIA E AS INSUFICIÊNCIAS DE “ANTIGAS FORMAS JURÍDICAS” JUSNATURALISTAS

Ederson Rabelo da Cruz, Mestrando em Direito, Estado e Constituição, UnB

Guilherme Ramos de Moraes, Mestrando em Direito, Estado e Constituição, UnB

Luan Christ Rodrigues, Professor da Universidade do Estado de Mato Grosso, UNEMAT  
Doutorando em Direito, Estado e Constituição, UnB

Matheus Vinícius Aguiar Rodrigues, Mestrando em Direito, Estado e Constituição, UnB

### RESUMO

Esta pesquisa tem por objeto estudar como o sufrágio paulatinamente mais universal colocou em crise os pressupostos da corrente jusnaturalista. Utilizando-se o método de abordagem hipotético dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, analisa-se os aspectos problemáticos da limitação do sufrágio a partir de duas correntes críticas ao jusnaturalismo: as críticas a partir da Filosofia do Direito em Hegel; e do positivismo reformista do utilitarismo inglês, sobretudo em Jeremy Bentham. Conclui-se que o sufrágio (ora pela ampliação e universalização, ora pela limitação) se torna um importante instituto jurídico propulsor de mudanças na cultura política da sociedade, bem como influencia no declínio do sistema de um Direito burguês jusnaturalista.


**PALAVRAS-CHAVE:** Neoconstitucionalismo; liberdade negativa; limitação do sufrágio; e utilitarismo.

### INTRODUÇÃO

Liberdade, igualdade e participação fundamentam a expressão da política democrática como “governo do povo, pelo povo e para o povo” (CHAUÍ, 2010, p. 406). É sob essa perspectiva que se deve analisar a massificação do sufrágio, dado que a construção das formas que antes permanecia na esfera de negociação privada dos contratos, passou a depender do processo legislativo, fundamentado na representação eleitoral (CASTRO, 2012, p. 63). Ocorre, porém, que os indivíduos de uma sociedade democrática estão divididos em classes sociais.

Nesse contexto, segundo Aristóteles, em “A Política”, onde a nobreza, a riqueza e a cultura dos ricos superam o número absoluto dos pobres, uma oligarquia é desejável; e onde o número dos pobres supera as armadilhas dos ricos, uma democracia é desejável. Além disso, para o filósofo grego do século IV a.C., em uma cidade que consiste apenas de ricos e pobres, os ricos sentirão desprezo pelos pobres e os pobres sentirão ódio e inveja dos ricos.






Evidentemente, Aristóteles criticava o modelo eleitoral, dado que “alguns governos o concedem às classes inferiores, que exercem de um modo soberano na assembleia pública” (ARISTÓTELES, 2007, p. 94).

Por outro lado, as classes sociais antagônicas de Karl Marx, em “O Capital”, evidenciaram a estrutura da sociedade como constituída por classes, sendo a luta entre elas o motor de sua mudança estrutural. Daí que o voto expressado nas urnas representa também os conflitos sociais. No entanto, a Comuna ensinou a Marx que a classe trabalhadora não poderia “apoderar-se da máquina de Estado pronta e manejá-la para seus próprios fins” (MARX e ENGELS, 1994, p. 7). Ou seja, um Estado projetado para impor o governo da classe economicamente mais poderosa não pode ser simplesmente assumido e usado pelos trabalhadores para criar uma sociedade socialista (MARX, p. 70).

Nessa conjuntura, as eleições significam muito mais que mera rotatividade de governos ou alternância no poder (CHAUÍ, 2010, p. 404); o voto, por excelência, simboliza também a essência da democracia; e, precisamente por isso, a limitação do sufrágio exige a revogação de um mandato que não cumpre o que lhe foi delegado. O poder não se identifica com os ocupantes do governo, mas é um lugar que, periodicamente, é preenchido com representantes eleitos (2010, p. 404).

Feitas essas considerações, a partir de meados do século XIX, ao tempo que representava a derrocada da democracia censitária — outrora instituída nas primeiras constituições modernas —, a emergência de uma democracia representativa (processo de “massificação” de interesses) era o elemento propulsor que ameaçava o “Direito” clássico burguês (CASTRO, 2012, pp. 169-172). Não é por outra razão que, nesse período, a expansão do sufrágio e a extensiva produção legislativa demonstrava a insuficiência das “formas” jurídicas da ordem burguesa no Direito romano germânico (Direito europeu continental), o que evidenciava paulatinamente a inutilidade das “formas” clássicas da *jurisprudencia* aos governos (CASTRO, 2012, pp. 172).

Esse declínio da ordem e do Direito burguês está diretamente relacionado com a massificação de interesses (ampliação do sufrágio): a construção das formas (*jurisprudencia*) passava a ser determinada pelo processo representativo eleitoral (CASTRO, 2012, pp. 172). Essa perda do sistema da *jurisprudencia* clássica representava, em síntese, uma dissociação



entre a doutrina — que nutria a crença de um sistema íntegro e uno formado por um conjunto de novas válidas — e o Direito fenomênico (KENNEDY, 2004, pp. 1067-1069).

Assim, o seguinte problema foi proposto para investigação: como o sufrágio paulatinamente mais universal colocou em crise os pressupostos da corrente jusnaturalista?


O presente artigo busca analisar como esse sufrágio cada vez mais universal colocou em declínio os pressupostos do Direito burguês jusnaturalista. Ao cumprir esse objetivo principal, o artigo analisa duas correntes críticas ao jusnaturalismo, quais sejam, a crítica formulada por Hegel à metafísica kantiana, e o utilitarismo inglês.

### **As nuances da limitação e da ampliação do sufrágio no bojo das críticas ao jusnaturalismo**

A partir do final do século XVIII, doutrinas filosóficas adquirem “formas” que visavam ao abandono de fundamentos metafísicos para o Direito, pavimentando o caminho para o positivismo jurídico reformista pela rejeição à especulação moral (CASTRO, 2012, p. 163). Dentre essas doutrinas, destacam-se sobremaneira a crítica formulada por Hegel à metafísica kantiana, e o utilitarismo de Jeremy Bentham.

Kant, na introdução da *Crítica da Razão Pura*, na metáfora da pomba (KANT, 1787, p. 6), criticou a metafísica platônica no sentido de que a pomba (figura do filósofo) voava no vazio, dado que inexistiam critérios apriorísticos (figura do ponto de apoio) para sustentar-lhe o voo (figura do pensamento). A filosofia kantiana buscou preencher esse vácuo a partir de critérios seguros que se distanciavam do mundo sensível. Por sua vez, Hegel, especialmente em sua obra *Filosofia do Espírito*, dedicou-se à crítica à concepção de liberdade kantiana, derivada do formalismo (as concepções kantianas, especialmente a do imperativo categórico, são formais por serem destituídas de conteúdo) dos critérios apriorísticos, referindo-se a ela como liberdade negativa ou do vazio, na qual a ação dos indivíduos se restringe à dimensão subjetiva ou privada, livre de intervenção externa. Essa concepção também pode ser entendida como liberdade absoluta alheia à realidade social concreta, ou seja, esvaziada de constatação empírica, uma vez que as circunstâncias da vida cotidiana refletem-se de modo efetivo na liberdade individual. Assim, a liberdade kantiana, para Hegel (1997, p. 14), seria irracional e destrutiva.

A experiência do terror pode ser considerada como um momento histórico característico da liberdade negativa ao representar a espontaneidade imediata das emoções permeada pela




violência na revolução francesa. Com efeito, o terror foi um movimento autofágico de aniquilação da sociedade e que também refletiu na corrosão do próprio Estado, especialmente quando líderes jacobinos foram levados à guilhotina (HEGEL, 2011, p. 406; SAFATLE, 2012, p. 151).

Por considerar a liberdade negativa abstrata e eminentemente teórica, Hegel, ao mesmo tempo em que se afasta dessa concepção, formula alternativas a partir da ideia de liberdade substantiva por meio de instituições jurídicas, desenvolvendo, para tanto, as ideias de família, de sociedade civil e de constituição do Estado. A liberdade ocorre na integração dessas ideias associadas à vontade individual junto com a vontade universal colmatada pelo Estado (HEGEL, 1997, pp. 225-226) – é nessa perspectiva que também se desenvolve a representação política em Hegel.

É nesse contexto que Hegel visualiza a necessidade de um processo de mediação entre o egoísmo universal institucionalizado pela sociedade civil e a constituição do Estado, valendo-se de todas as relações sociais sem considerar a ação partidária. Isso porque o poder poderia ficar nas mãos de poucos, ou seja, “dos partidos, portanto de um interesse particular contingente que é, precisamente, o que devia ser neutralizado ” (HEGEL, 1997, p. 287).

Por sua vez, Jeremy Bentham criticou o jusnaturalismo ao preconizar a utilidade como critério de validade das normas (CASTRO, 2012, pp. 143-144). Segundo o autor, dor e prazer orientam as ações dos homens, sendo uma ação conforme o princípio da utilidade quando a tendência de aumentar a felicidade da comunidade for maior do que a tendência a diminuí-la (BENTHAM, 1984). A felicidade dos indivíduos componentes da comunidade seriam resumidas aos seus prazeres e segurança. Entretanto, apesar de ser o legislador o responsável por promover a felicidade da comunidade pela punição e recompensa, quem faz o *calculus felicificus* seriam os economistas. Isso pode ser constatado contemporaneamente, por exemplo, na análise de impacto regulatório, segundo a qual a agência reguladora deve descrever os potenciais benefícios; em seguida os custos; e, por fim, os benefícios líquidos. Se os benefícios líquidos forem maiores que os fatos desabonadores, então a norma é válida e deve ser aplicada, pois aplica efetivamente o princípio da utilidade.

Cumprir destacar que a partir do utilitarismo de Bentham, desenvolveram-se o positivismo reformista e a jurisprudência analítica de Austin (CASTRO, 2012, p. 144). Além



disso, a concepção utilitarista de Bentham proporcionou a mudança das formas da *jurisprudencia* inglesa, o que demonstra sua intenção de retirar a credibilidade das concepções jusnaturalistas, tal como se extrai de seu texto *Anarchical Fallacies* (CASTRO, 2012, p. 143). Veja-se que, nesse texto, por exemplo, Bentham critica os critérios para a elaboração de leis de fundamento jusnaturalista: os indivíduos criam e impõem leis sob o pretexto de declará-las, com a finalidade escusa de submeter os demais indivíduos à vontade daquele que as "declara" (BENTHAM, 1843). Ou seja, o ato supostamente declaratório é, na verdade, constitutivo e atende ao interesse daqueles que estão no poder.

Essa doutrina utilitarista proporcionou o fundamento jurídico para o sufrágio universal e a morte da democracia censitária, que teve larga aceitação pelos liberais em meados do século XIX, e cujo poder de voto estava atrelado ao poder econômico do votante, excluindo-se a maioria da população do corpo político. Isso porque, sob a ótica utilitarista, cada indivíduo deve ter sua manifestação política respeitada, sendo a manifestação de cada um portadora do mesmo peso. Tal pode ser extraído pelo brocardo que Mill atribui a Bentham, qual seja, de que cada pessoa conta como um, e ninguém por mais de um (trecho do Capítulo V do livro *Utilitarianism* de Mill [1863]). Essa concepção concretiza o princípio da utilidade, vez que a felicidade social deve corresponder ao que a maioria (em termos aritméticos) considera capaz de incrementar a felicidade social, a despeito de qualquer diferença a nível socioeconômico dos participantes do processo democrático.

Por outro lado, Hegel parte da ideia de que o sufrágio censitário não permitiria uma relação fecunda com a dimensão ampla do Estado com vistas à consolidação da eticidade. Porém, a perspectiva hegeliana não enfatizou esse problema a partir da limitação do sufrágio, no sentido do indivíduo estar ou não habilitado ao voto, mas de como a individualidade burguesa da metade do século XIX interagiria com a individualidade política fundamental à vida pública, uma vez que, nessa época, havia o acoplamento entre o poder econômico e o político (GOMES, 2016, pp. 184-186).

Cabe ressaltar, ainda, que essa crise de um Direito burguês (perda do sistema; declínio do Direito) provocada, entre outros fatores, pela ampliação do sufrágio, também gerou alternativas que buscaram reconstruir a crença anterior da existência de um sistema jurídico íntegro e uno formado por um conjunto de normas válidas. Ronald Dworkin, por exemplo, buscava reconstruir a unidade do sistema jurídico a partir da distinção não-positivista entre






princípios e regras. Essa contrarrevolução de recuperação de um sistema uno é amparada, na obra de Dworkin (1985, pp. 145-167), por algumas metáforas, como a do “juiz Hércules” ou a do “romance em cadeia” (*the chain of law*), que retomam e reafirmam a crença de que formas abstratas típicas desse Direito burguês (CASTRO, 2012, p. 212), criticadas pela alternativas utilitaristas e hegelianistas acima expostas, poderiam resolver logicamente os problemas cotidianos. Essas concepções não positivistas, em síntese, ao tempo que se afastaram da falácia jusnaturalista já apontada por David Hume (erro de derivar juízos de valor a partir de juízes de fato), voltaram a defender a vinculação entre Direito e moral. O Direito, com a positivação de princípios, sobretudo, no Direito constitucional, funcionaria como “se vigorasse um Direito natural” (ZAGREBELKY, 2003, p. 119), tornando-se uma ciência orientada por “razões práticas” fundadas em preceitos morais.

Essa tentativa de resgate de formas abstratas jusnaturalistas, a partir da positivação de princípios (retorno da vinculação entre Direito e moral), dará ensejo posteriormente ao pós-positivismo, inaugurado pelo neoconstitucionalismo. Apesar de ser complexa a atividade de delimitar o conteúdo dessa doutrina, Susanna Pozzolo (1998, p. 339-353), jurista que cunhou inicialmente o termo em 1998, afirma que haveria um consenso entre os doutrinadores que compartilhavam dessa corrente: os princípios passaram a possibilitar uma leitura moral da Constituição pelos juízes, e uma possibilidade de o Poder Judiciário efetivamente transformar as relações sociais e, por consequência, modificar a sociedade.

Desse modo, percebe-se que essa alternativa que responde à “perda do sistema” no Direito burguês acaba por conceder instrumental teórico que dará ensejo à ressignificação do papel do Poder Judiciário no neconstitucionalismo. Esse movimento de expansão do Poder Judiciário é defendido também sob o fundamento da vontade popular, que credita aos juízes um papel de elo entre a sociedade (anseios sociais) e o ordenamento jurídico (Direito). Fato é, portanto, que o neoconstitucionalismo se funda contemporaneamente em supostos vícios da democracia representativa: o sufrágio universal e a legitimidade democrática do processo legislativo, outrora propulsor do declínio do “Direito burguês”, passam a ser encarados como filtros insuficientes para responder uma realidade social em constante transformação. O Poder Judiciário, que seria, em tese, um Poder fiel ao povo e às preferências dos cidadãos, conseguiria conter representantes egoístas que ignoram a vontade popular de cidadãos impotentes (BARAK, 2006, p. 3; p. 11).




Esse apelo neoconstitucionalista ao Poder Judiciário, para alguns, revelará contemporaneamente um “desconforto com a democracia” (UNGER, 2004, pp. 95-96) e um desprestígio do “*locus* decisório privilegiado em uma democracia” representativa, que seria o Poder Legislativo (GALVÃO, 2012, p. 198). Não obstante, essa tentativa de reconstruir a perda do sistema, a partir da alternativa de Ronald Dworkin, também se valerá do sufrágio universal e da democracia representativa. Dessa vez, porém, para criticar os vícios desses institutos jurídicos e para redefinir o papel e alcance do Poder Judiciário.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, verifica-se que os pressupostos da filosofia jusnaturalista, quais sejam, o fundamento da teoria do Direito sob critérios metafísicos e universais, e a concepção moral do Direito, foram superados a partir da expansão do sufrágio universal. Isso porque a democracia censitária era um fundamento de um Direito jusnaturalista burguês. Assim, Hegel e Bentham, por suas críticas incisivas ao Direito jusnaturalista, pavimentaram a posterior instituição do sufrágio universal e a derrocada da filosofia jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII (início).

Ao fim, contemporaneamente, o ensaio também demonstrou que as tentativas de reconstrução desse “Direito burguês” em declínio, como a alternativa proposta por Ronald Dworkin, fundado na crença da existência de formas abstratas e soluções universais aos casos concretos. A partir dos pressupostos dessa alternativa e da criação do instituto jurídico dos “princípios”, o neoconstitucionalismo se fundará justamente na crítica aos vícios da democracia representativa inaugurada pelo sufrágio que se tornou paulatinamente mais universal nas democracias ocidentais. O neoconstitucionalismo se baseia, entre outros argumentos, na “vontade popular” para expor os vícios dessa democracia representativa e do processo legislativo desta advindo: a leitura moral do Direito (o retorno à vinculação jusnaturalista entre Direito e moral) permitiria a expansão do Poder Judiciário e a garantia da observância das preferências dos cidadãos e da vontade popular (algo que, segundo os autores dessa corrente, a democracia representativa e políticos egoístas não conseguiriam cumprir).

Portanto, o sufrágio se torna um importante instituto jurídico propulsor de mudanças na cultura política da sociedade. Antes, pela contínua universalização, tornou-se um elemento que



pavimentou o declínio e a perda do sistema de um Direito burguês jusnaturalista. Contemporaneamente, tornou-se elemento de crítica e objeto de estudo do neoconstitucionalismo, fundamentando, pelas insuficiências e vícios do atual sufrágio na democracia representativa, o superdimensionamento e o enfoque na importância institucional do Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo, SP: Escala, 2007.

BARAK, A. **The Judge in Democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

BENTHAM, J. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

\_\_\_\_\_. **Anarchical Fallacies**. v. 2. [S. l.]: Bowring, 1843.

CASTRO, M. F. de. **Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHAUÍ, M. **Convite à filosofia**. São Paulo: Editora Ática, 2010.

DWORKIN, R. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

GALVÃO, J. O. L. **O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. 2012. 217 p. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito) - Universidade de São Paulo.

GOMES, F. H. C. **O voto na filosofia do Direito de Hegel: o conceito de liberdade entre os interesses individuais e coletivos**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 206 p. 2016.

HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do espírito**. Trad. Paulo Meneses com colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

\_\_\_\_\_. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KANT, I. **Crítica da Razão Pura**. 1787. Disponível em: [http://www.dca.fee.unicamp.br/~gudwin/ftp/ia005/critica\\_da\\_razao\\_pura.pdf](http://www.dca.fee.unicamp.br/~gudwin/ftp/ia005/critica_da_razao_pura.pdf). Acesso em 5 de dezembro de 2020.

MARX, K. ENGELS, F. **The Communist Manifesto**. New York: International Publishers, 1994.

MARX, K. **O Capital**. Vol. 2. 3ª edição, São Paulo, Nova Cultural, 1988.



\_\_\_\_\_. “Lettre de Marx - 12 avril 1871”, em MARX, Karl et. al. **Lettres à Kugelmann**. Paris: Éditions Sociales.

POZZOLO, S. Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional. **Doxa**, n. 21, vol. II, p. 339-353, 1998.

SAFATLE, V. A forma institucional da negação: Hegel, liberdade e os fundamentos do Estado moderno. **Kriterion [online]**. 2012, vol. 53, n. 125, pp. 149-178.

UNGER, R. M. **O Direito e o Futuro da Democracia**. Trad. Caio Farah e Marcio Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

ZAGREBELKY, G. **El derecho dútil: ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. 5 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.





# CAPÍTULO 30

## A LÓGICA DE REDUÇÃO DE DANOS COMO UM DIREITO HUMANO BÁSICO DE SAÚDE E ALTERNATIVA AO PUNITIVISMO ESTATAL

**Felipe A. Chersoni**, Advogado militante, membro das comissões de Direitos Humanos, Advocacia Criminalista e Prerrogativas da OAB/Maringá. Pós-graduando em Direitos Humanos pela Faculdade Cidade Verde (UniFCV).

**Fábio José Orsini Lopes**, Doutorado em Psicologia (UNESP/Assis). Professor Adjunto do Departamento de Psicologia da UEM.

### RESUMO

As drogas, e seus desdobramentos exercem reflexos não só na saúde pública, mas também ao Estado e suas formas de lidar com tais problemáticas, alcançando também as políticas de segurança. O ano de 2019 foi marcante para quem atua neste campo. O Governo Federal instituiu decreto acerca da política de drogas (PNAD) e junto adveio o fim da redução de danos (RD), possibilitando a abstinência como única alternativa possível ao cuidado dos indivíduos. A RD trata-se de um conjunto de políticas e práticas, pautadas na atenção e vinculação de sujeitos, cujo objetivo é reduzir danos associados ao uso de drogas psicoativas em pessoas que não querem ou não podem parar de usar drogas. Neste viés, foca na prevenção aos danos, ao invés de somente prevenção. A RD ganhou força ao enfrentamento do HIV a partir de pessoas que faziam o uso de drogas e entre as mesmas. Para tanto, profissionais e voluntários passaram a agir em cenas de uso, com orientação, e também na distribuição de seringas, focados em preservar a saúde desses indivíduos e frear a disseminação do HIV, promovendo cidadania e vinculação de pessoas a um futuro tratamento. A partir da vontade dos mesmos, começam-se os trabalhos acerca de promover saúde e cidadania, podendo inclusive, optarem pela abstinência, tendo sua vontade e dignidade respeitadas, sendo assim, a RD não se opõe a outras metodologias. No paradigma da abstinência, existe uma ratificação única ao modo de cuidado, de que o indivíduo é doente e assim, somente parando totalmente com o uso se pode ter perspectivas. Como consequência, existe um estado de vigília intensa e esquivada permanente, no qual, em hipótese alguma pode fazer o uso de drogas. Para, além disso, a taxação desconhece a subjetividade. Quando se trata de cuidar de vidas humanas, é necessário lidar com as singularidades e respeitar as escolhas. Em resgate aos escritos de Foucault a abstinência age no controle dos corpos, criando um elo entre moral, religião e justiça.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado. Drogas. Direitos Humanos.




## INTRODUÇÃO

A Logica de Redução de danos abreviada como RD no decorrer do texto, vem sendo alvo de diversos ataques por parte de membros do poder judiciário, bem como, de pessoas que não compreendem com exatidão os ideais e as formas nas quais os profissionais aplicam tal lógica. A problemática das drogas vem sendo alvo de discussão em diversos campos das ciências sociais e de saúde, neste trabalho, buscou-se uma simbiose entre Direito, Psicologia e Saúde, pois tratar de drogas engloba todo esse contexto. Neste sentido, o direito a saúde, é uma questão basilar e fazendo parte do rol do Art. 5º da constituição federativa do Brasil, vem na mão dos ideais pós Ditadura Militar, qual seja defesa dos direitos humanos e dos direitos fundamentais acima de tudo. Porém, quando se trata da temática “drogas” muitos aspectos acabam sendo trazidos e fazendo com que o debate tome uma amplitude desnecessária, passando pelos campos da religião e da moralidade. Sendo assim, tratar a questão com os dizeres basilares dos Direitos Fundamentais e Humanos é primordial para que não se afaste o caráter científico da temática, visto que as interpretações da nossa legislação muitas vezes se fazem de maneira errônea, visto que, a visão de quem a interpreta está eivada de moralidade. Neste sentido, a RD está totalmente na mão dos Direitos Humanos e o que se defende é que a mesma seja tratada como um Direito Fundamental, vez que, o acolhimento institucional de pessoas que fazem o uso e abuso de álcool e outras drogas requer uma visão humana holística de acolhimento e acompanhamento. Na contramão disso, trava-se uma discussão a respeito do proibicionismo usando do direito penal e da mão punitiva estatal para segregar tais pessoas, e esse tema vem acarretando em diversas outras questões, como o por ex: o super encarceramento, o aprisionamento em massa de negros e pessoas de classes sociais vulneráveis.

## DROGAS, DIREITOS HUMANOS E SAÚDE

De maneira a fazer um entendimento prévio a cerca do que são os direitos humanos a Anistia Internacional (2017) nos ensina que os direitos humanos nada mais são do que a proteção bem como as liberdades básicas que cada individuo possuiu como direito. E estes se fundamentam na dignidade e o respeito mútuo entre os cidadãos independentes de suas



condições sociais e vulnerabilidades. Desta forma “direitos humanos não são um “luxo” a serem garantidos somente quando as condições favorecem”.

Seguindo este viés Comparato (1997) Demonstra que o século XX, é considerado a era dos extremos, e por consequência a isto, o tema dos direitos humanos se afirmou pelo o mundo todo, porém com diversas contradições. De um lado se concretizou a ideia de que todo ser humano é sujeito de direito, esta vertente surgiu juntamente com um dos princípios basilares trazidos pelos franceses revolucionários por volta de 1789 e deu origem ao princípio da universalidade dos direitos humanos.

Em contrapartida a isto, a humanidade sofreu com o surgimento de estados totalitários, de ideações leigas ou religiosas, e para o autor em tela, este foi um dos principais impulsionadores de supressões a direitos humanos do mundo. Desta forma, de um lado observa-se o Estado do Bem-Estar social concreto e incentivado de maneira definitiva. De outro lado, constata-se que a vaga neoliberal demonstrou a precariedade ao princípio da solidariedade social, este que é a base dos chamados direitos humanos.

Oliveira et al. (2018) denuncia que as violações referentes aos direitos humanos, geram um cenário de risco que envolvem pessoas de diferentes contextos coma as, “pessoas com deficiências, populações indígenas, profissionais do sexo, pessoas que usam drogas, crianças e adolescentes, transgêneros e outros”. Esse contexto associado a níveis exorbitante de violência exclusão social e pobreza contribui para resultados desfavoráveis sobre a saúde mental e física dos indivíduos.

Assim sendo, compreender saúde como um direito fundamental, exige que os Estados garantam políticas que promova saúde de qualidade, que se adequem a níveis aceitáveis e acessíveis para toda a população. Neste sentido, é adequado ao estado, promover ações que facilitem o acesso populacional a saneamento básico, informação e educação. Bem como, estes direitos devem ser garantidos sem discriminação buscando a equidade sempre com medidas para corrigir e adequar práticas e políticas de cunho discriminatório.

Neste contexto, Asbah (2004) delibera que o direito à saúde é um emaranhado de deveres estatais que visa não apenas afastar as enfermidades bem como garantir o desenvolvimento saudável da população. Desta forma, o direito a saúde faz parte do rol do artigo 5º da Constituição da Republica pioneiramente como um direito social e dever



fundamental da pessoa humana, estando como umas das principais garantias de direitos humanos.

O autor supracitado adverte que o direito a saúde não é apenas um direito humano no rol dos direitos fundamentais, mas sim um dever do estado, onde de maneira obrigatória deve-se garantir a todos os cidadãos políticas públicas adequadas a sua demanda.

De maneira a confirmar estas questões a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) em seu artigo 25 (vinte e cinco) traz estampado que “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde”. Fazendo uma breve análise em seu preâmbulo, a declaração ainda afirma que todos os indivíduos, bem como todas as organizações da sociedade, se esforcem para afirmarem esses direitos e façam com que os mesmos sejam alcançados para todos os cidadãos.


Seguindo este viés, Vecchia et. al. (2017) constata que para existir um fortalecimento em prol dos direitos humanos, concretizando então as lutas e conquistas historicamente estampadas, pode ser um caminho um tanto que produtivo para que se possam pensar as políticas sobre drogas. O uso prejudicial de psicotrópicos pode ser um fenômeno que mobilize práticas em prol da saúde destes indivíduos bem como de toda a população.

Em entrevista para o “pense SUS”, programa de fomento e informação do SUS em parceria com a Fiocruz, Bahia (2013), afirma que em diversos países mais desenvolvidos e melhores em condições financeiras o direito a saúde não vem estampado na constituição, desta forma não é uma garantia estatal. Ainda citou que o Brasil tem um programa de AIDS considerado ideal, graças a este direito constitucional e universal.

Neste mesmo sentido, o portal ainda aponta que este direito não fica restringido apenas às pessoas serem atendidas em hospitais ou unidades básicas de saúde. Este direito também implica em garantir qualidade de vida em comunhão a outros direitos básicos.

Desta forma, Calil (2018) afirma que a construção de vínculos que vão se desenvolvendo com o passar dos anos bem como a possibilidade de aplicar estratégias visando o cuidado e disponibilizando insumos de prevenção para dirimir riscos e danos, recuperando então o vínculo de usuários. É uma perspectiva de cuidado que vai consoante aos dizeres da redução de danos e conseqüentemente ao postulado em nossa carta magna. Experiência esta





desenvolvida a partir do trabalho realizado com usuários de crack na região da Luz, centro de São Paulo. Garantindo-lhes então acesso à saúde pública e acolhimento estatal.


## **CONCEITO DE REDUÇÃO DE DANOS SUA ORIGEM E OBJETIVOS**

Como anteriormente introduzido, o International Harm Reduction Association (2010) aponta que Redução de Danos é uma conjuntura de práticas e políticas, que tem como objetivo reduzir os danos que se associam ao uso de drogas psicoativas em pessoas que não podem ou de certa forma não quer cessar o uso de drogas. Seguindo este viés, a Redução de Danos tem como enfoque prevenir os danos, ao invés de simplesmente prevenir o uso de drogas.

Esta prática veio à tona em maior dimensão depois de reconhecida a ameaça da disseminação do HIV em meio às pessoas que consumiam drogas injetáveis e também a partir delas. Porém, estas medidas já vinham sendo utilizadas há mais tempo, em outros contextos e também para uma série de outras drogas. Sendo assim, Redução de Danos refere-se a práticas que primeiramente visam o indivíduo e sua saúde, se atentando portando a subjetividade humana, levando em consideração as interações sociais e econômicas dos indivíduos que estão neste meio.

Cruz (2019) ensina que a Redução de Danos é um emaranhado de princípios e também ações para que se possa abordar de forma mais humana os problemas relacionados ao uso de drogas. Esta prática é apoiada internacionalmente por diversas instituições formuladoras das políticas sobre drogas. Nos âmbitos sociais bem como individuais seu enfoque incide na formulação de práticas direcionadas aos usuários de drogas e aos grupos sociais com as quais eles convivem. Sendo assim, a RD objetiva a diminuição dos danos causados pelo uso de drogas, mesmo em uma cultura onde se relaciona o uso dessas substâncias à periculosidade e criminalidade. Desta forma, a Redução de Danos age em diversos contextos como, por exemplo, drogas que são legais. Estas podem ter um grande potencial de dano como, por exemplo, álcool, nicotina, opioides, essas que são drogas lícitas, que podem provocar diversos gravames bem como levarem à morte.

Pereira Lopes e Moreira Gonçalves (2018) apontam que a origem de tais práticas pode ser verificada na Inglaterra no ano de 1926, quando um grupo de médicos elaborou diversas estratégias, como prescrever morfina e heroína de forma controlada, objetivando reduzir danos



à saúde de usuários. Esta prática é considerada um marco na história da Redução de Danos. Outro marco de suma relevância foi à elaboração dos primeiros programas para reduzir a epidemia de doenças infectocontagiosas por usuários de drogas injetáveis, este ocorrido se deu na Holanda no ano de 1972.

Neste contexto a autora demonstra que ainda em territórios holandeses, mais precisamente em Amsterdã, em meados de 1890 usuários de drogas deram início a um movimento social denominado de Junkiebond (associação de usuários de drogas injetáveis). Este movimento buscava o fomento de políticas voltadas à melhoria nas condições de tratamentos de usuários injetáveis bem como a redução do nível de contaminação pelo vírus da AIDS e da Hepatite B por compartilhamentos de seringas.

Para entender como no Brasil se deram os estudos sobre Redução de Danos, deve-se fazer uma contextualização. A Coordenação Nacional de DST/Aids (2003) aponta que a região Metropolitana de São Paulo, mais precisamente o litoral de Santos, desempenhava papel de liderança nos casos de Aids. Na década de 90, metade dos casos da cidade era em decorrência do uso de drogas injetáveis. No ano de 2000, 5 das cidades do litoral paulista Santos, São Vicente, Praia Grande, Cubatão e Guarujá, encontravam-se dentre as 20 cidades que lideravam o *ranking* brasileiro de casos de Aids levando em consideração as proporções populacionais.

De maneira conclusiva, Santos que através de seu porto é uma das principais portas de entrada e saída de produtos de nosso país, acaba que por ser uma das principais rotas para levar as drogas para a Europa e outros países, ficando uma fração dela na cidade, isso ocasionou em um elevado número de usuários de tais substâncias nesta região.

Seguindo este contexto, Lima et. al. (2019) aponta que a região da baixada santista foi uma das pioneiras neste modelo de tratamento, justamente por este histórico anteriormente mencionado. Nas décadas de 1980 e 1990 David Capistrano Filho, desenvolveu a primeira tentativa de substituir os sistemas que eram comuns na época. Desta forma, o primeiro programa público de redução de danos tomou como estratégia as trocas de seringas para usuários de drogas injetáveis, tudo com a intenção de se amenizar a epidemia de HIV/AIDS.

De maneira a enfatizar a importância da redução de danos, ainda hoje ela vem sendo utilizada em todo Brasil, mesmo encontrando resistência governamental, bem como em diversos países do mundo, como já anteriormente citado. A prefeitura de Santos (2018) aponta



em seu portal “web” que “cerca de 1,5 mil adultos são acompanhados pelo Centro de Atenção Psicossocial Álcool e Drogas (CAPS AD), da Secretaria de Saúde (SMS)”. Em comum a todas estas pessoas atendidas pelo programa, temos que em linhas gerais, eles apresentavam problemas físicos, psíquicos e sociais relacionados ao uso de drogas e que estas os levaram a figurarem às margens da sociedade com a quebra de vínculos com a família e amigos. “Trata-se de uma metodologia que tem o olhar voltado ao indivíduo de forma integral e não apenas como um dependente químico”. O portal ainda enfatiza que neste caso a abstinência não é tomada com um ponto de partida, porém pode ser uma linha de chegada após o indivíduo ter seus laços sociais e familiares recuperados e conseqüentemente terem seus vínculos retomados com a sociedade.

## **REDUÇÃO DE DANOS E SAÚDE PÚBLICA**

Neste ponto a Rede Multicêntrica Descriminalização do Cuidado (2017), aponta que a proposta de Redução de Danos, com suas características de acolhimento, faz com que se afirmem os direitos das pessoas que fazem o uso de álcool e outras drogas, com a possibilidade de reconstruir suas vidas, buscando a autonomia, a capacidade de fazerem escolhas e de certo modo abrindo possibilidades de estabelecerem laços com o mundo. Deste modo, o conhecimento das leis bem como das normas relacionadas às unidades de saúde, os direitos dos sujeitos que usam drogas, a normatização da Redução de Danos são instrumentos que se tornam essenciais a um projeto de autonomia destes sujeitos.

Conte et al. (2004), acredita que todos os meios utilizados na RD, como priorizar os vínculos, trabalhar para minimizar os efeitos danosos do uso de drogas, ao invés de simplesmente ignorá-los, vai em consonância com as ideias que existe por trás do SUS, que visa um estado de bem-estar social. Porém, a mesma denuncia que critérios de “tudo ou nada”, bem como os objetivos e alternativas da RD serem impostos de “cima para baixo”, ou seja, pelo Estado por intermédio de leis ou decretos, ignorando a participação da população que vem a ser beneficiada com este programa, isto, vai contra o que propõe os princípios do SUS, desta forma, a autora demonstra que os resultados, bem como as formas de tratamento, deveriam vir daqueles que estão na ponta. E não visar somente números, como muitas vezes o Estado exige.



Sendo assim a Open Society Foundations (2017) em uma pesquisa que constatou os benefícios da RD em diversos territórios, em um de seus trabalhos de campo em um local de cena de uso, no Rio de Janeiro, mais precisamente na Rua: Flávia Farnese, na favela da Maré, constatou que quando se dispõe a ouvir estes usuários, ficam claras que suas ideações e desejos não são tão ou nada diferentes, do que as de qualquer cidadão, porém, aplicados de forma a levar em consideração sua singularidade. Estes indivíduos objetivam serem respeitados e chamados por seu nome, espera-se que o estado forneça segurança, saúde bem como outras exigências comuns para qualquer pessoa.


Quem se dispõe a ouvi-los nota que muitos dos seus desejos são semelhantes aos da maior parte dos brasileiros: oportunidades, respeito, moradia, emprego, saúde, melhor relação com a família... À pergunta sobre ‘as três principais coisas que você sente necessidade para viver’, as respostas mais frequentes foram vínculos familiares e sociais (...). (OPEN SOCIETY FOUNDATIONS, 2017 p.15).

Assim sendo, é importante a compreensão de que mesmo com semelhanças a forma de aplicação é diferente em determinados territórios. O uso muda e as pessoas ali apresentam diversas histórias bem como relações diferentes com a droga. Neste sentido, Santos et. al. (2011) em artigo de livro organizado pelo conselho regional de psicologia 6º região, aponta que o acolhimento das pessoas em suas singularidades, é uma aliada de extrema importância para a vinculação das pessoas inseridas neste contexto, e isso deve ser levado em consideração. Nas palavras da autora, “No caminho, a vida se repete, gira e revira, até que algo de inédito se revela reinventando as histórias”.

Garcia et. al. (2017) reforça que, tratar socialmente a questão do uso e do abuso de álcool e outras drogas, independente se são lícitas ou ilícitas, significa compreender que o ser humano é complexo, bem como suas relações sociais, que estão inseridas neste contexto, desta forma, é primordial levar em consideração a história de vida do indivíduo, sua subjetividade singularidade bem como entender sua visão de mundo.

Neste sentido de singularidade, deve-se ser levada em consideração a questão territorial, tanto dos indivíduos, quanto, das cenas de uso. Kleiman et. al. (2011) aponta que as problemáticas envolvendo drogas, são diferentes nos mais variados territórios, a níveis globais, bem como a níveis regionais. No Afeganistão o governo acaba tratando de forma diferente o






assunto comparando com a Colômbia que como um todo é um país mais próspero, porém tem uma relação diferente com a questão das drogas. Desta forma, os problemas com as drogas podem ser tratados de igual em suas respectivas fontes? Para o autor supracitado a resposta é não, na Colômbia, por exemplo, existe um narcotráfico forte, com grandes territórios, e povoados armados, diferentes de outros lugares, tanto dentro do país, como comparado com outros. Sendo assim, não se pode exportar uma política e aplicar igual em outro território.

Dentro de todo este contexto apresentado, cabe salientar a importância do SUS, (sistema único de saúde), como fruto de um Estado de bem-estar social. Seguindo este viés, aconteceram no ano de 2002 o Seminário Internacional Tendências e Desafios dos Sistemas de Saúde nas Américas. Este veio com a tendência em debater os desafios nos quais a saúde enfrentava, e de certa forma tentar avançar-nos mais variados aspectos. Este seminário deu origem a um documento no qual apontam que antes da criação deste sistema que conhecemos atualmente, o ministério da saúde (MS), juntamente com o apoio de estados e municípios, promoviam de maneira quase que exclusiva a promoção da saúde em suas regiões de abrangência, o que de certa forma, patrocinavam diversas supressões a direitos básicos por falta de um sistema unificado. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2002).

De forma sintetizada, após enfrentar alguns processos de mudança em 1990, foi dado início ao que conhecemos por Sistema Único de Saúde (SUS), e um dos principais avanços é justamente sua universalização, este se deu por um processo de descentralização de responsabilidades. Desta forma, a obtenção de responsabilidade e recursos advindos de esfera federal patrocinou um grande avanço no que diz respeito à saúde em nosso país, universalizando verbas, mas levando em consideração as demandas de cada região, sendo inclusive usado como modelo para vários outros países ao redor do mundo. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2002).

## **CONCEITO DE “DROGAS” E SUAS TERMINOLOGIAS**

Fiore (2012) Aponta como forma de conceituar o que são drogas, diversas linhas de pensamento que vieram à tona, porém um dos conceitos mais comuns a serem ouvidos quando o tema vem a ser abordado, é o conceito chamado de farmacológico. Este conceito trás que drogas são substâncias que, quando consumida por um ser vivo, trás modificações em suas funções. Porém, para este conceito, existe uma exceção, que se compreende nas substâncias



que são necessárias para a manutenção da saúde considerada normal das pessoas, como por exemplo, medicamentos.

Para Silva (2012) existe uma grande incerteza quando se trata do conceito de drogas. O mesmo aponta que “entorpecentes”, “narcóticos”, “abuso” e “substância psicotrópicas” são usadas muitas vezes de forma errônea, inclusive para as literaturas especializadas. Desta forma, o autor supracitado destaca que não existe uma definição consensual do que são drogas. As que se são classificadas como “álcool e outras drogas” englobam, por exemplo, caféina, tabaco e propriamente o álcool bem como outras substâncias de uso habitual como drogas.

Seguindo este viés o autor supracitado elenca que, para a Medicina, o termo “droga” faz referência a toda e qualquer substância que potencialmente pode prevenir bem como curar, doenças. O conceito também engloba que estas substâncias, quando possuem estímulos que causem bem estar físico ou mental, também são consideradas drogas, ou seja, qualquer dessas substâncias, exceto alimentos, que por sua natureza química causem efeitos estruturais nas funções normais do organismo, são drogas.

No mesmo sentido, Tafarello. (2009) aponta que existem diversas definições para a problemática “drogas”. Ainda tece algumas críticas à (OMS) Organização Mundial da Saúde, por ter se manifestado pela inadequação de algumas terminologias como “toxicomania”, “hábito” e “entorpecente”. A organização veio a sugerir que utilizassem os termos “drogas” e “drogas que produzem dependência”. A farmacologia, desde meados do século XX, recomenda o uso da terminologia “psicoativo” que para o autor é a mais recomendada.

## **PUNITIVISMO ESTATAL: A FALÊNCIA DA LUTA PROIBICIONISTA E SUAS CONSEQUÊNCIAS**

De maneira introdutória, Silveira (2013) destaca que o consumo de plantas psicoativas remonta à própria ancestralidade do homem. Tratada pela modernidade como uma polêmica, as drogas em verdade fazem parte da própria história da humanidade. É certo que provavelmente não houve nenhuma criatura humana ao longo dos tempos que não tivesse ao menos ouvido falar da existência de psicotrópicos, ou na utilização de terminologia informal, plantas alucinógenas, a qual se denomina “drogas”. Desta forma o uso de drogas não se trata de um fenômeno atual.




Seguindo este viés o autor supracitado aponta que, os indícios históricos de se tentar imprimir estudos relacionados ao tema vêm desde a antiguidade na Grécia e na Roma antiga, onde já havia tentativas de se aplicar políticas neste sentido. Na idade média e na Europa cristã, surge a primeira demanda repressiva neste campo através da religião. Na contemporaneidade que abarcam os séculos XIX e XX, instala-se o que se é conhecido por primeiro ciclo de intolerância. Logo em seguida nos Estados Unidos, tentou-se banir e reprimir o álcool.

Boiteux (2015) que é professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro denuncia que as estatísticas atuais de drogas revelam um grande número de pessoas que consomem substâncias narcóticas e psicotrópicas, o uso e abuso de álcool, e outras drogas apontam para uma problemática ainda maior no futuro. E esse uso e abuso acarretam em uma amplitude ainda mais exuberante no que diz respeito ao século XX, quando o Estado ainda não exercia um controle acerca das políticas de drogas, em questões de proibicionismo e repressão penal.

Em contrapartida foram criados diversos mecanismos proibicionistas por meio de convenções globais acerca da problemática, e tal intervenção normalmente vem amparada por um rígido controle estatal de punição, visando geralmente os meios para encarcerarem estas pessoas que sempre se configura como intervenção repressiva do estado, que buscam normalmente a erradicação do consumo e venda de drogas como algo possível de ser alcançado se justificando com o argumento de proteção da saúde pública.

Com o intuito de constatar quando surgiu a chamada “guerra as drogas” recorreremos a Lyrio (2010) este aponta que em meados de 1839 a 1842, a Grã-Bretanha, com apoio dos franceses, entraram em guerra com a China, os esforços chineses em acabar com o comércio ilícito de ópio ocasionou a chama primeira guerra do ópio, onde foram geradas diversas consequências negativas para os chineses. Isso ocasionou em um longo período de instabilidade política no país.

Neste mesmo sentido, Redford e Powell (2016) Apontam que em 1914, uma lei federal americana propôs uma dinâmica de intervenção na guerra as drogas, o denominado “Harrison Narcotics Tax Act” este que para muitos foi o início da caçada as drogas americanas, uma dinâmica pautada em tributação de produtos importados que envolvessem em sua composição coca e opioides.



Continuando o tema Hari (2018), constata que em meados de 1930 o tema já havia ganhado bagagem, como já demonstrado anteriormente, muito antes de 1970 com Nixon ou em 1980, com a campanha antidrogas. O tema foi proposto, por um homem chamado Harry Anslinger, visto que documentos foram encontrados na universidade de “Penn State University”, onde se observou uma caçada plural e hostil ao uso de narcóticos, e uma linguagem totalmente voltada ao proibicionismo e a criminalização do uso e comercialização de certas substâncias.

Com o intuito de verificar como o proibicionismo do álcool se deu nos Estados Unidos, assim como suas consequências, recorreremos a uma matéria, de Delorenzo (2013), onde a mesma problematiza a chamada Lei Seca americana, que perdurou entre 1920 a 1933, sendo que, juntamente com outras substâncias, o álcool entrou para o rol de produtos proibidos de serem comercializados. Os impactos foram imediatos e neste período ocorreu um dos maiores crescimentos do crime organizado em todo mundo, onde a máfia tomou conta de guetos, e com o contrabando da substância estas organizações criminosas construiu uma fortuna imensurável. (BURGIERMAN apud DELORENZO, 2013).

Além do crescimento da máfia, observa-se que o Estado teve um enorme gasto com o aparato policial e investimentos para garantir a segurança pública, já que o proibicionismo desta substância causou evidente desestabilização em termos de aparato estatal na época. Destaca-se então que foram gastos cerca de 51 bilhões de dólares por ano com a guerra as drogas, e seus impactos sociais se extrapolam para os liames da economia, causando uma gigantesca conta pública para os estados. (BURGIERMAN apud DELORENZO, 2013).

Outra consequência negativa constatada é que a qualidade do produto consumido pela população era inferior do que as produzidas sob a fiscalização do estado, ou seja, tais consumidores passaram a recorrer ao mercado ilegal, onde não havia quaisquer fiscalizações acerca de sua produção, ocasionando então, diversos problemas de saúde nos indivíduos, e como consequência a isto, o número de pessoas que morreram de overdose foi significativamente maior nestes anos, ocorrendo um caos na saúde pública. O que levou ao Estado adotar diversas medidas de tratamento destes indivíduos. (BURGIERMAN apud DELORENZO, 2013).





## **O DIREITO CONSTITUCIONAL A SAÚDE E OS IDEAIS DE IGUALDADE E DEMOCRACIA**


No final dos anos de 70, o triste período de Ditadura Militar Brasileira já demonstrava desgaste, crises no viés econômico e uma forte participação social, com intervenções que paravam as ruas, já mostravam a insatisfação da população. Sendo assim, ao final deste período, a as pessoas foram agraciadas com a Constituição da Republica de 1988, a chamada Constituição Cidadã. Nela, foram contemplados diversos direitos de caráter social, dentre eles a saúde. (LARA; SILVA, 2015). A Constituição Federal, vestida com essa roupagem social, vem como resposta para todas as incertezas geradas pelo “estrangulamento” político ocorrido nos tempos ditatoriais. (IBANHES, 2010).

Neste sentido, o acesso e a promoção à saúde devem ser feitos de maneira que todas as pessoas sejam beneficiárias, portanto, tratar a questão das drogas como campo da repressão policial estatal, não está em consonância, com os dizeres da nossa Constituição (BRASIL, 2015). Sendo assim, a lei 8080/90 estabelece que a saúde seja um direito basilar do ser humano, e o Estado deve promover as indispensáveis condições para o bem estar de toda a população, através de incentivo e também políticas publicas. (BRASIL, 1990).

Por conseguinte, Fleury (1997) enfatiza que todas as legislações anteriores citadas, bem como toda a legislação infraconstitucional acerca de saúde pública, demonstra uma grande diferença entre os princípios constitucional de democracia que abrangem a saúde, e a prática, que nesta última, muitas vezes enfrentam diversos dilemas com para manter o status garantidor. Porém, cabe ressaltar o caráter igualitário e democrático, que a saúde possui, e adotar o conceito ampliado de saúde, em que abrange todos os cidadãos.

## **CONCLUSÃO**

Em palavras conclusivas constata-se que a RD vem sendo pouco disseminada no Brasil e, além disso, sofrendo retaliações nos últimos anos, apesar da mesma ser uma alternativa ao punivismo observa-se que o Estado age na contramão de disseminá-la como um direito humano básico, eis que, diversos outros objetivos intrínsecos aos que são amplamente divulgados



pairam as políticas públicas sobre drogas. Outro liame que foi constatado ao longo do texto e das pesquisas, é que as políticas higienistas ainda estão fortemente presente nos campos de debates e de políticas, o sistema de saúde quando não acolhe o individuo e aqui se faz necessária a aplicação da RD, fazem com que o individuo muitas vezes passa a ingressar o sistema de justiça penal. O Estado portando não age de maneira inclusiva com tais pessoas, optando então por tratar de forma excludente aqueles que estão em vulnerabilidade social pelo uso e abuso de drogas. Desta forma, um colapso se instaurou no sistema de justiça penal, muito porque a questão das drogas ainda é vista como uma questão de segurança pública e não de saúde, gerando diversas afrontas aos Direitos Humanos, assim como ao individuo que passa a fazer parte das mais de 800 mil pessoas privadas de liberdade.

## REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL. APRENDENDO SOBRE NOSSOS DIREITOS HUMANOS: Escreva por Diretos Humanos. **Anistia Internacional**, Brasil, p. 1-11, 2017. (p. 4-5).

ASBAH, Pericles. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO HUMANO À SAÚDE. **Revista de Direito Sanitário**, Santos, ano 2003, v. 5, n. 3, p. 1-20, 2004. (p. 11).

Assembleia Geral da ONU. (1948). "**Declaração Universal dos Direitos Humanos**".

BOITEUX, Luciana. **BRASIL: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE UMA POLÍTICA DE DROGAS REPRESSIVA**. ed. 21. SUR Revista Internacional de Direitos Humanos, 2015. (p.2,3 e 4).


Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **A Gestão do SUS / Conselho Nacional de Secretários de Saúde**. – Brasília: CONASS, 2015. 133 p. ISBN 978-85-8071-027-4 (p.31).

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Lei Orgânica da Saúde**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, set. 1990.

CALIL, Thiago Godoi. **DROGAS E DIREITOS HUMANOS: Protagonismo, Educação entre Pares e Redução de Danos**/ Luciana Togni de Lima e Silva Surjus; Julia Landgraf Pupo; André Vinicius Pires Guerrero; June Corrêa Borges Scafuto (Orgs.)/ 2018. (p. 25).

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. **Instituto de Estudos Avançados da USP IEA**, São Paulo, p. 1-22, 1997. (p1-5).

CONTE, Marta *et al.* REDUÇÃO DE DANOS E SAÚDE MENTAL NA PERSPECTIVA DA ATENÇÃO BÁSICA. **Boletim da Saúde**, Porto Alegre, v. 18, ed. 1, 2004.(p. 62-64).



COORDENAÇÃO NACIONAL DE DST/AIDS. A contribuição dos estudos multicêntricos frente à epidemia de HIV/AIDS entre UDI no Brasil: 10 anos de pesquisa e redução de danos. **Série Avaliação**, Brasília, ano 2003, ed. 8, p. 1-62, 2003.

CRUZ, Santos Marcelo. A REDUÇÃO DE DANOS NO CUIDADO AO USUÁRIO DE DROGAS: Eixo práticas. **Portal de formação à distância: Sujeitos, Contextos e Drogas**, p. 1-14. 2019. (p.3-7)

DELORENZO, Adriana. **História de proibições**. **Revista Fórum**, 2013. Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/historia-de-proibicoes/>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

Drogas e direitos humanos: **caminhos e cuidados** / organizadores: Marcos Roberto Vieira Garcia, Simone Peixoto Conejo e Teresa Mary Pires de Castro Melo; fotografias: Alessandra Rodrigues. -- Holambra, SP: Editora Setembro, 2017. 258 p. (p. 123).

Drogas e direitos humanos: **reflexões em tempos de guerra às drogas**/ Marcelo Dalla Vecchia... [et al.] organizadores. – 1. Ed. – Porto Alegre: Rede UNIDA, 2017. 396 p.: il. – (Série Interloquções práticas experiências e pesquisas em saúde). (p.26-27).

IORE, Maurício. O lugar do Estado na questão das drogas: O paradigma proibicionista e as alternativas. **NOVOS ESTUDOS: CEBRAP**, São Paulo, ed. 92, p. 1-23, 2012. (p. 3).

IBANHES, Lauro Cesar. A constitucionalização dos direitos sociais no Brasil: difusos e coletivos ou confusos e seletivos? *In*: SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DE SÃO PAULO. **Boletim do Instituto de Saúde – BIS**. 3. Ed. rev. São Paulo, 2010. V. 12, ISBN 1518-1812. (p. 2016).


**IHRA: PROMOTING HARM REDUCTION ON A GLOBAL BASIS: ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE REDUÇÃO DE DANOS**; O que é Redução de Danos? Uma posição oficial da Associação Internacional de Redução de Danos. Londres, Grã Bretanha: IHRA Briefing, 2010. 5 p. (p1-5).

KLEIMAN, MARK A. R. *et al.* **DRUGS AND DRUG POLICY: WHAT EVERYONE NEEDS TO KNOW**. NEW YORK: OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2011. ISBN 978-0-19-976450-1. (p.169-170)

LARA, Ricardo; SILVA, Mauri Antônio Da. A ditadura civil-militar de 1964: os impactos de longa duração nos direitos trabalhistas e sociais no Brasil. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, ano 122, p. 275-295, 2015. (p.238).

Lyrio, Mauricio Carvalho. **A ascensão da China como potência**: fundamentos políticos internos / Mauricio Carvalho Lyrio. – Brasília: FUNAG, 2010. 252p. P.(168-169).

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **O Sistema Público de Saúde Brasileiro**: Seminário Internacional Tendências e Desafios dos Sistemas de Saúde nas Américas. Brasília - DF: EDITORA MS, 2002. 1-45 p. (p. 12-35).



OLIVEIRA, Maria Helena Barros de; VIANNA, Marcos Besserman; TELES, Nair; MACHADO, Felipe Rangel de Souza; FERREIRA, Aldo Pacheco; TELLES, Fernando Salgueiro Passos; SOUTO, Lucia Regina Florentino. Direitos humanos e saúde: 70 anos após a Declaração Universal dos Direitos Humanos. **Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Departamento de Direitos Humanos e Saúde**, Rio de Janeiro, p. 1-374, 2018. (p. 371-374).

OPEN SOCIETY FOUNDATIONS. **LIÇÕES BRASILEIRAS DE SAÚDE, SEGURANÇA E CIDADANIA**: Crack: Reduzir Danos. Rio de Janeiro: 2017. (p.15).

PENSE SUS **Direito à saúde**. Direção: Sergio Brito. Produção: Eliane Pontes. Intérprete: Lígia Bahia. Roteiro: Ict/Fiocruz. Gravação de Paulo Lara. São Paulo: Fiocruz, 2013. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?time\\_continue=203&v=tqWLEkt4G-k](https://www.youtube.com/watch?time_continue=203&v=tqWLEkt4G-k). Acesso em: 8 set. 2019>.

PEREIRA LOPES, Helenice; MOREIRA GONÇALVES, Aline. A política nacional de redução de danos:: do paradigma da abstinência às ações de liberdade. **Pesquisas e Práticas Psicossociais** , São João del Rei, ed. 13, p. 1-15, 2018. (p. 4-5).

PREFEITURA DE SANTOS. **Redução de Danos resgata dignidade de dependentes químicos. Assista ao vídeo**. Santos - SP: [s. n.], 2018. Disponível em: <https://www.santos.sp.gov.br/?q=noticia/reducao-de-danos-resgata-dignidade-de-dependentes-quimicos-assista-ao-video>. Acesso em: 8 set. 2019.

Rede Multicêntrica Descriminalização do Cuidado: **Políticas, Cenários e Experiências em Redução de Danos**. Porto Alegre, RS: Rede Multicêntrica, 2017. 380p. ISBN: 978-85-9489-035-1(p. 14.15.16.17).

REDFORD, AUDREY; POWELL, BENJAMIN. Dynamics of Intervention in the War on Drugs The Buildup to the Harrison Act of 1914. **THE INDEPENDENT REVIEW**, New York, ano 20, v. 4, p. 509-529, 2016. (p.509-511).

REDUÇÃO DE DANOS: **Ampliação da vida e materialização de direitos**/ Luciana Togni de Lima e Silva Surjus; Patricia Carvalho Silva (Orgs.)/ 2019 ISBN: 978-85-62377-32-7. (p. 10).

SANTOS, Ariane Cristine Custodio dos et.al: Conselho Regional de Psicologia da 6ª Região (org). **Álcool e Outras Drogas**./ Conselho Regional de Psicologia da 6ª Região. – São Paulo: CRPSP, 2011. 142f.; 23cm. (p.139).

Silva, Luiza Lopes da. **A questão das drogas nas relações internacionais**: uma perspectiva brasileira / Luiza Lopes da Silva - Brasília: FUNAG, 2013.407 p. (p. 51).

SILVEIRA, Dartiu Xavier da. DROGAS,DIREITOS HUMANOS E LAÇO SOCIAL. *In*: CFP. **Conselho Federal de Psicologia**: Drogas, Direitos Humanos e Laço Social. Brasília: CFP, 2013. p. 1-193. ISBN 978-85-89208-52-9. (p.73).

Taffarello Rogério Fernando Drogas: **falência do proibicionismo e alternativas de política criminal**/ Rogério Fernando Taffarello. – São Paulo: R. F. Taffarello. 2009 153 p. (p. 8).





[www.editorapublicar.com.br](http://www.editorapublicar.com.br)  
[contato@editorapublicar.com.br](mailto:contato@editorapublicar.com.br)  
[@epublicar](https://www.facebook.com/epublicar)  
[facebook.com.br/epublicar](https://www.facebook.com/epublicar)

---

# Complexidades e atuação do Direito

---

na sociedade contemporânea

Roger Goulart Mello  
(Organizador)



2021



[www.editorapublicar.com.br](http://www.editorapublicar.com.br)  
[contato@editorapublicar.com.br](mailto:contato@editorapublicar.com.br)  
[@epublicar](https://www.facebook.com/epublicar)  
[facebook.com.br/epublicar](https://www.facebook.com/epublicar)

---

# Complexidades e atuação do Direito

---

na sociedade contemporânea



Roger Goulart Mello  
(Organizador)



2021