

DIREITO: IDEIAS, PRÁTICAS, INSTITUIÇÕES E AGENTES JURÍDICOS

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE
VASCONCELOS

(ORGANIZADOR)



Atena
Editora
Ano 2023

DIREITO: IDEIAS, PRÁTICAS, INSTITUIÇÕES E AGENTES JURÍDICOS

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE
VASCONCELOS

(ORGANIZADOR)



Atena
Editora
Ano 2023

Editora chefe

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Editora executiva

Natalia Oliveira

Assistente editorial

Flávia Roberta Barão

Bibliotecária

Janaina Ramos

Projeto gráfico

Camila Alves de Cremo

Luiza Alves Batista

Fernanda Jasinski

Imagens da capa

iStock

Edição de arte

Luiza Alves Batista

2023 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do texto © 2023 Os autores

Copyright da edição © 2023 Atena

Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.

Open access publication by Atena

Editora



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof. Dr. Alexandre de Freitas Carneiro – Universidade Federal de Rondônia

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Profª Drª Ana Maria Aguiar Frias – Universidade de Évora

Profª Drª Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa

Prof. Dr. Antonio Carlos da Silva – Universidade de Coimbra

Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
 Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais
 Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
 Prof. Dr. Arnaldo Oliveira Souza Júnior – Universidade Federal do Piauí
 Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense
 Profª Drª Caroline Mari de Oliveira Galina – Universidade do Estado de Mato Grosso
 Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense
 Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de LisboaProf. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília
 Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
 Profª Drª Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo
 Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
 Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
 Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
 Profª Drª Geuciane Felipe Guerim Fernandes – Universidade Estadual de Londrina
 Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
 Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná
 Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice
 Prof. Dr. Jadilson Marinho da Silva – Secretaria de Educação de Pernambuco
 Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
 Prof. Dr. Jodeyson Islony de Lima Sobrinho – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
 Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México
 Profª Drª Juliana Abonizio – Universidade Federal de Mato Grosso
 Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
 Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia
 Profª Drª Kátia Farias Antero – Faculdade Maurício de Nassau
 Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal do Paraná
 Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
 Profª Drª Lucicleia Barreto Queiroz – Universidade Federal do Acre
 Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
 Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Universidade do Estado de Minas Gerais
 Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
 Profª Drª Marianne Sousa Barbosa – Universidade Federal de Campina Grande
 Profª Drª Marcela Mary José da Silva – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
 Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
 Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campina
 sProfª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
 Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso
 Prof. Dr. Pedro Henrique Máximo Pereira – Universidade Estadual de Goiás
 Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco
 Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
 aProfª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
 Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
 Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste
 Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí
 Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
 Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
 Profª Drª Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Federal da Bahia / Universidade de Coimbra
 Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
 Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Direito: ideias, práticas, instituições e agentes jurídicos

Diagramação: Camila Alves de Cremo
Correção: Maiara Ferreira
Indexação: Amanda Kelly da Costa Veiga
Revisão: Os autores
Organizador: Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598 Direito: ideias, práticas, instituições e agentes jurídicos /
Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. -
Ponta Grossa - PR: Atena, 2023.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-258-1219-9

DOI: <https://doi.org/10.22533/at.ed.199231603>

1. Direito. 2. Leis. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner
Sousa de (Organizador). II. Título.

CDD 340

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

Fonte 8 franklin espaçamento simples

Atena Editora

Ponta Grossa – Paraná – Brasil

Telefone: +55 (42) 3323-5493

www.atenaeditora.com.br

contato@atenaeditora.com.br

DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código Penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access*, *desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce*, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.







Em **DIREITO: IDEIAS, PRÁTICAS, INSTITUIÇÕES E AGENTES JURÍDICOS**, coletânea de dezessete capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, congregamos discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade.

Temos, no presente volume, reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam direito de ir e vir, saúde, direitos reprodutivos, crime de estupro de vulnerável, homotransfobia, racismo, justiça, vingança privada, violência contra a mulher, drogas ilícitas, consumo pessoal, maioridade penal, segurança pública, piso salarial da enfermagem, usucapião urbana coletiva, função social da propriedade, unidade de conservação, filiação, relações afetivas, relação sugar, democracia, literatura e direito.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

CAPÍTULO 1	1
LIMITAÇÕES AO DIREITO CONSTITUCIONAL DE IR E VIR EM TEMPOS DE PANDEMIA	
Isabel de Sousa Marques Letícia Alves de Araújo Kelys Barbora da Silveira	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.1992316031	
CAPÍTULO 2	10
A SAÚDE ÚNICA COMO VALOR CONSTITUCIONAL	
Roberto Santos da Silva Maria Fernanda Tóffoli Lucy Souza Faccioli Patrícia Gorisch	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.1992316032	
CAPÍTULO 3	15
RAÇA, GÊNERO E CONDIÇÃO DE CLASSE: OS DESAFIOS DO FEMINISMO NEGRO NO ACESSO AOS DIREITOS REPRODUTIVOS	
Laura Beatriz Pires Paula Cristina Moraes da Silva	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.1992316033	
CAPÍTULO 4	31
A DESNECESSIDADE DO CONTATO FÍSICO PARA CONFIGURAÇÃO DE AÇÃO PENAL POR CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	
Pedro Daniel Lopes Vieira Bernardino Cosobeck da Costa	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.1992316034	
CAPÍTULO 5	41
EQUIPARAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA AO CRIME DE RACISMO: DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL OU INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO?	
Elisangela Maximiano	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.1992316035	
CAPÍTULO 6	56
JUSTIÇA, VINGANÇA PRIVADA E O IMAGINÁRIO POPULAR PUNITIVISTA	
Bruno Gabriel Lisboa Lima Mauro Vinícius Brito dos Santos Filho Paulo Sérgio de Almeida Corrêa	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.1992316036	
CAPÍTULO 7	72
ESTUPRO UMA VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA A MULHER: MUDANÇAS DE	

PENALIDADES COM A LEI 12.015/2009

Jéssyca da Silva Garcia

Luciane Santos Coelho

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.1992316037>**CAPÍTULO 885**POSSE DE DROGAS ILÍCITAS PARA CONSUMO PESSOAL:
DESCRIMINALIZAÇÃO OU DESPENALIZAÇÃO?

Matheus Nascimento Pinheiro de Miranda

João Victor Oliveira Brito


 <https://doi.org/10.22533/at.ed.1992316038>**CAPÍTULO 998**

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Luís César da Silva Gonçalves


 <https://doi.org/10.22533/at.ed.1992316039>**CAPÍTULO 10..... 107**SEGURANÇA PÚBLICA: DESAFIOS DA POLICIA MILITAR EM DIAGNOSTICAR
AS CAUSAS QUE OCASIONAM A VIOLÊNCIA NO CONTEXTO SOCIEDADE

Geison Leandro Rodrigues Pereira


 <https://doi.org/10.22533/at.ed.19923160310>**CAPÍTULO 11117**

PISO DA ENFERMAGEM NA VISÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Matheus Martins Sant'Anna

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.19923160311>**CAPÍTULO 12..... 129**A USUCAPIÃO URBANA COLETIVA COMO FORMA DE EFETIVAR A FUNÇÃO
SOCIAL DA PROPRIEDADE

Joseph Murta Chalhoub


 <https://doi.org/10.22533/at.ed.19923160312>**CAPÍTULO 13..... 153**ANÁLISE DO TERMO DE COMPROMISSO COMO INSTRUMENTO DE
GESTÃO DE CONFLITOS EM UNIDADE DE CONSERVAÇÃO: O CASO DA
ESTAÇÃO ECOLÓGICA SERRA GERAL DO TOCANTINS





Juliana Almeida Calmon Vasconcelos

Ítalo Schelive Correia

Ana Carolina Sena Barradas

Rogers Ribeiro Vasconcelos

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.19923160313>

CAPÍTULO 14.....	174
CONCEITO DE FILIAÇÃO: ORIGENS E EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	
Marília de Lourdes Lima dos Santos	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.19923160314	
CAPÍTULO 15.....	182
VÍNCULO NAS RELAÇÕES AFETIVAS NÃO REGULAMENTADAS POR LEI: ANÁLISE COM ÊNFASE NA RELAÇÃO <i>SUGAR</i>	
Gabriela Orlando Marin	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.19923160315	
CAPÍTULO 16.....	202
ESSÊNCIA OU APARÊNCIA DE DEMOCRACIA À LUZ DA CÁTEDRA ARISTOTÉLICA	
Mário Luiz Silva	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.19923160316	
CAPÍTULO 17.....	207
DUELO DE OLHARES: O ESTRANHAMENTO AOS <i>OLHOS DE MADEIRA</i> SOB AS LENTES DE TOLSTÓI E DE DOSTOIÉVSKI	
Roberta Puccini Gontijo	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.19923160317	
SOBRE O ORGANIZADOR	221
ÍNDICE REMISSIVO	222

LIMITAÇÕES AO DIREITO CONSTITUCIONAL DE IR E VIR EM TEMPOS DE PANDEMIA

Data de aceite: 01/03/2023

Isabel de Sousa Marques

Faculdade de Colinas do Tocantins S.A.
Bacharelado em Direito
Colinas do Tocantins - TO

Letícia Alves de Araújo

Faculdade de Colinas do Tocantins S.A.
Bacharelado em Direito
Colinas do Tocantins - TO

Kelys Barbora da Silveira

Faculdade de Colinas do Tocantins S.A.
Colinas do Tocantins - TO

Este Artigo será apresentado à disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso, da Faculdade de Colinas do Tocantins – FIESC/UNIESP exigido como parte dos requisitos para conclusão do Curso Bacharel em Direito, sob a orientação da prof. Kelys Barbosa da Silveira.

RESUMO: Direitos e garantias fundamentais são parte das cláusulas pétreas, ou seja, são princípios absolutos e relativos positivados, os quais tem por objetivo assegurar aos seres humanos elencados nos moldes da Carta Magna. Direitos fundamentais fazem referência aos direitos dos seres humanos que são reconhecidos

no âmbito do direito constitucional de cada Estado. Os direitos fundamentais andam junto com a liberdade, a equidade e a dignidade da pessoa humana, fazendo com que ela se desenvolva de forma digna. Embora a liberdade esteja elencada no art. 5º, CF/1988, é um direito fundamental não absoluto, visto que a própria Constituição estabelece situações em que o direito de ir e vir venha a ser limitado. Na pandemia gerada pelo vírus COVID-19, o direito de ir e vir foi delimitado, e embora assegurado pela Carta Magna, o direito de ir e vir resultou em uma limitação transitória.

O presente artigo tem por objetivo analisar o direito de ir e vir no contexto Constitucional da Carta Magna de 1988 e a situação da pandemia do vírus COVID-19, baseando-se na necessidade da suspensão dos direitos de ir e vir. De modo que, irá analisar as medidas de isolamento que foram instituídas para manter as pessoas afastadas, reduzindo dessa forma a movimentação em locais públicos e evitando aglomerações. A questão analisada será se tais medidas adotadas foram o suficiente para combater a pandemia, bem como a observância de um princípio se sobressair em prol do bem comum.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de ir e vir,

LIMITATIONS ON THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO COME AND GO IN TIMES OF PANDEMIC

ABSTRACT: Fundamental rights and guarantees are part of the stony clauses, that is, they are positive absolute and relative principles, which aim to ensure human beings listed in the framework of the Magna Carta. Fundamental rights refer to the rights of human beings that are recognized under the constitutional law of each State. Fundamental rights go hand in hand with freedom, equity and the dignity of the human person, making it possible for it to develop in a dignified manner. Although freedom is listed in art. 5, CF/1988, is not an absolute fundamental right, since the Constitution itself establishes situations in which the right to come and go is limited. In the pandemic generated by the COVID-19 virus, the right to come and go was delimited, and although guaranteed by Carta Marga, the right to come and go resulted in a transitory limitation. This article aims to analyze the right to come and go in the Constitutional context of the Magna Carta of 1988 and the situation of the COVID-19 virus pandemic, based on the need to suspend the rights to come and go. Therefore, it will analyze the isolation measures that were instituted to keep people away, thus reducing movement in public places and avoiding crowds. The question analyzed will be whether such measures adopted were enough to combat the pandemic, as well as the observance of a principle that stands out for the common good.

KEYWORDS: Right to come and go, Federal Constitution, Pandemic, Quarantine, COVID-19.

1 | INTRODUÇÃO

A partir de dezembro de 2019, a pandemia COVID-19 comprometeu a saúde mundial, com a aparição do vírus “Wuhan” na China, e a partir de 20 de fevereiro de 2020 foi diagnosticado o primeiro caso no Brasil.

Um dos motivos evidenciados para o contágio com rapidez foi a facilidade de deslocamento das pessoas de um local para outro em um curto período de tempo, facilitando que o agente infeccioso causador do COVID-19 possa ser transportado de um local para outro, infectando demais pessoas com mais rapidez.

Ainda no ano de 2020, enquanto eram estudados tratamentos e imunizantes, o Brasil adotava medidas de prevenção para melhor proteger os indivíduos, utilizando de medidas como quarentena, “lockdown”, isolamento social, decretos adotados pelos governos federal, estadual e municipal em todos os Estados da Federação Brasileira.

No Brasil, os entes federados tiveram a liberdade de decidir sobre o funcionamento de comércio, que por muitas vezes precisaram fechar suas portas. Além disso, também era proibido que os cidadãos transitassem em locais públicos e comércio local, onde poderia haver aglomeração de pessoas.

Em decorrência disso, acabou ocasionando o fechamento definitivo de diversos mercados, lojas, devido a não circulação de clientes e baixa consumação de seus produtos,

fato que levou os comerciantes a decretarem falência de empresas e segmentos de mercado.

2 | O DIREITO DE IR E VIR PERANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em um primeiro momento, ao analisar o direito de ir e vir, este se enquadra no rol das cláusulas pétreas, dessa maneira, são incluídos princípios positivos absolutos e relativos, que possuem como finalidade assegurar a condição individual da pessoa humana, no que tange sobre seus direitos, e que estão consagrados na Constituição Federal Brasileira de 1988.

Direitos fundamentais e/ou Liberdades Públicas referem-se àqueles direitos do ser humano que são reconhecidos no âmbito do direito constitucional positivo de um determinado Estado. Os direitos fundamentais estão alicerçados na liberdade, na equidade e na dignidade da pessoa humana e, como tal, permitem que ela se desenvolva e viva de forma livre e digna.

O direito de ir e vir no Brasil é um direito fundamental, enraizado no art. 5º, inciso XV, da Constituição Federal de 1988 que dispõe: “e livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;” (BRASIL. Constituição Federal. 1988. Art. 5º, XV)

No entanto, esse direito fundamental não é absoluto, pois a própria Constituição prevê situações em que o direito pode ser limitado.

Então, devido à pandemia, observou-se que aqui no Brasil algumas regras foram editadas, limitando o direito de ir e vir. Na pandemia gerada pela COVID-19, o direito de acesso é limitado, ou seja, embora a Constituição Federal de 1988 garanta liberdade total, esse direito pode ser analisado sob outras óticas de proteção igualitária e, assim, pode levar a restrições pontuais/temporárias.

3 | DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

a) Conceito

Os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos reconhecidos na constituição escrita de um determinado país (caráter nacional)

Os direitos fundamentais são baseados na liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana e, portanto, permitem que a pessoa se desenvolva livremente e com dignidade.

Vale a pena notar que os direitos fundamentais diferem dos direitos humanos, isto porque os direitos humanos buscam validade universal, ou seja, são inerentes a cada indivíduo e a todos os povos em todos os tempos.

Reconhecida pelo Direito Internacional por tratado e, portanto, válida

independentemente de sua positivação em determinada ordem constitucional (caráter supranacional).

Embora haja diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos, é possível notar que essas duas categorias não são incompatíveis, mas sim complementares.

b) Evolução dos Direitos Fundamentais

A linha do tempo dos Direitos Fundamentais são uma criação de um contexto-histórico composto por várias gerações de direito em evolução da sociedade.

Desta forma, temos:

i. A primeira geração

Chamada também de primeira dimensão, foi inspirada nas doutrinas iluministas e jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, e pode ser classificada como os Direitos da Liberdade, liberdades estas que podem ser especificadas como: religiosas, políticas, direito à vida, direito à segurança, direito à propriedade, direito a igualdade formal, e liberdades de expressão coletiva. Foram estes os primeiros direitos a constarem como instrumento normativo constitucional. Os direitos a liberdade possuem como titular o indivíduo, caracterizam-se como atributos pessoais e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais marcante, sendo, desta forma, os direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, em outras palavras, limitam a ação do Estado.

ii. A segunda geração

Também chamada de segunda dimensão, esta se trata dos Direitos da Igualdade, no qual estão a proteção do trabalho contra o desemprego, direito à educação para combater o analfabetismo, direito à saúde, cultura etc. Na segunda geração, que dominou o século XX, são encontrados os direitos sociais, culturais, econômicos e os direitos coletivos. São direitos objetivos, visto que conduzem os indivíduos de baixa renda à ascender aos conteúdos dos direitos através de mecanismos e intervenção do Estado. Pedem a igualdade material, através da intervenção positiva do Estado, para que possa ser concretizado. São vinculados à “liberdade positiva”, exigindo que o Estado se posicione de forma positiva, visando a busca pelo bem-estar social.

iii. A terceira geração

A terceira geração ou terceira dimensão, desenvolvidos o século XX, são os Direitos de Fraternidade, no qual podem ser listados os direitos a um meio ambiente equilibrado, o direito à qualidade de vida, o direito ao progresso, etc. Essa dimensão é caracterizada pelo seu alto teor de humanismo e universalidade, pois não eram destinados somente a proteger os interesses do indivíduo, de um grupo ou momento, mas refletiam sobre temas referentes ao desenvolvimento, À paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

iv. A quarta geração

Chamada de quarta dimensão, com surgimento na primeira década do século XXI,

se trata dos Direitos de Responsabilidade, tais como promoção e manutenção da paz, da democracia, da informação, à autodeterminação dos povos, promoção a ética da vida defendida pelas ciências biológicas, direitos difusos, direito ao pluralismo etc.

Como foi possível notar com a apresentação das gerações, a globalização política na esfera da normatividade jurídica foi a responsável por introduzir os direitos da quarta geração na última fase de institucionalização do Estado Social. É ligado à pesquisa genética, tendo a necessidade de impor certo controle na manipulação do genótipo dos seres, especialmente do homem.

Se faz válido salientar que, os Direitos Fundamentais, atualmente, são reconhecidos mundialmente, por meio de pactos, tratados, declarações e outros instrumentos de caráter internacional. Os Direitos Fundamentais são adquiridos através do nascimento.

c) Diferença entre direitos e garantias fundamentais

Os direitos fundamentais são os direitos do indivíduo jurídico- institucionalizadamente garantidos. Em outras palavras, são os direitos objetivamente vigentes em uma ordem jurídica concreta, ou seja, são os enunciados constitucionais de cunho declaratório, cujo objetivo consistiria em reconhecer, no plano jurídico, a existência de uma prerrogativa fundamental do cidadão. A livre expressão (art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal), a intimidade e a honra (art. 5º, inciso X, da Constituição Federal) e a propriedade e defesa do consumidor são direitos fundamentais que cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: No plano juridicamente objetivo, constituem as regras de competência das autoridades públicas, vedando-lhes a interferência na esfera jurídica pessoal; as autoridades nada fazem para evitar sua perniciosa agressão.

Logo, as garantias fundamentais seriam os enunciados do conteúdo assecuratório cujo propósito consiste em fornecer mecanismos ou instrumentos, para a proteção, reparação ou reingresso em eventual direito fundamental violado. São remédios, tais como o direito de resposta (art. 5º, inciso V, da Constituição Federal), a indenização prevista, o *Habeas Corpus* e o *Habeas Data* são garantias fundamentais.

Os direitos individuais, situados no art. 5º, da Constituição Federal, são direito à vida, direito à intimidade, direito de igualdade, direito de liberdade e direito de propriedade, porém, as garantias constitucionais individuais compreendem o princípio da legalidade, o princípio da proteção judiciária, a estabilidade dos direitos subjetivos, o direito à segurança e os remédios constitucionais.

d) Características dos Direitos e Garantias Fundamentais

As principais características dos direitos fundamentais estão ancoradas na Historicidade, Imprescritibilidade, Irrenunciabilidade, Inviolabilidade, Universalidade, Concorrência e Efetividade.

No que tange à imprescritibilidade, os Direitos Fundamentais não prescrevem, isso

pois, não se perdem com o decurso do tempo, são direitos permanentes. A prescrição é um instituto jurídico que afeta a exigibilidade de direitos patrimoniais apenas através de limitações, mas não de direitos muito pessoais, senão individualistas, como neste caso. Se sempre exercíveis e exercíveis, não há inadimplência temporária que justifique a perda da exigibilidade por prescrição.

A irrenunciabilidade é aplicada de forma parcial e não absoluta/integral no Ordenamento Jurídico, principalmente no que tange a reclamação trabalhista.

Em relação a inviolabilidade, os direitos de outrem não podem ser desrespeitados por nenhuma autoridade ou lei infraconstitucional, sob pena de responsabilização civil, penal ou administrativa. Mas, é válido salientar que, o legislador tenha uma boa postura, sendo cuidadoso com as necessidades do Estado, por isso existem as exceções, para que haja um consenso com as necessidades da sociedade e do homem.

Quanto a universalidade, os Direitos Fundamentais são dirigidos a todo ser humano em geral sem restrições, independentemente de sua raça, crença, nacionalidade ou convicção política.

Na concorrência, podem ser exercidos vários Direitos Fundamentais ao mesmo tempo, ou seja, contribui para que o mesmo titular preencha os pressupostos de vários desses direitos concomitantes.

Ao final, temos a efetividade, na qual o Poder Público deve atuar para garantir a efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais, usando quando necessário, meios coercitivos.

4 | O DIREITO FUNDAMENTAL DE IR E VIR

O direito de ir e vir do indivíduo está ancorado no art. 5º, inciso XV, da Constituição Federal de 1988, que preconiza o seguinte: “É livre a locomoção no território nacional e tempos de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, ou sair com seus bens” (BRASIL. Constituição Federal. 1988. Art. 5º, XV).

Dessa maneira, subentende-se que todo cidadão brasileiro tem direito de se locomover de forma livre nas ruas, praças, nos lugares públicos, sem medo de serem tolhida sua liberdade.

a) Síntese do conceito do direito de ir e vir

Cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda a sua autoridade, sob o supremo comando da vontade geral, e recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível do todo. Logo, ao invés da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo, composto desse mesmo ato, seu eu comum, sua vida e sua vontade. A pessoa pública, formada assim pela união de todas as outras, tomada antes pelo nome de cidade e hoje é chamado de república ou corpo político, o qual é chamado

por seus membros, Estado, quando é passivo; soberano, quando é ativo; autoridade, quando comparado a seus semelhantes. No que diz respeito aos associados, adquirem coletivamente o nome do povo, e se chamam particularmente cidadãos, na qualidade de participantes na autoridade soberana, e vassallos, quando se veem sujeitos as leis do Estado.

Conforme dito acima, a organização social deve ter por base um contrato social firmado entre todos os cidadãos que formam a sociedade, visando a realização do bem geral.

b) Direito de Locomoção no Brasil

A primeira constituição outorgada em 25 de março de 1824, seguiu a mesma linha da constituição portuguesa de 1822, dedicando o título VIII à garantia dos direitos civis políticos do cidadão brasileiro. No entanto a garantia de locomoção não era expressa, este direito estava implícito no art.178.

Na constituição de 1934 repetiu expressamente essa garantia, resalvando a exigência de passaporte. Em 1937 a carta política, no art.122, II, garantiu apenas aos brasileiros o direito de circulação em território nacional, não se pronunciou em relação aos estrangeiros. Em 1946 a constituição, no art.142, assegurou o direito de circulação a qualquer pessoa, respeitando os limites da lei.

O direito de ir e vir ou direito de locomoção, foi sendo introduzido em nossa legislação a século atrás, e hoje se encontra no art.5º Inciso XV da nossa constituição federal, garantindo a todos esse direito.

c) O Direito de ir e vir à luz da Pandemia

Conforme já apresentado, o direito de locomoção está regulamentado no art. 5º, inciso XV, da Constituição Federal de 1988, porém o direito fundamental não é absoluto, como não o é o direito de ir e vir, pois, a própria Carta Magna estabelece situações em que este direito pode vir a ser limitado, tais como: prisão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de Juiz.

O Direito Fundamental de locomoção pode sofrer restrição quando ocorrer prisão civil, administrativa ou especial para fins de deportação, nos casos cabíveis na legislação específica; durante vigência de estado de sítio, para determinar a permanência da população em determinada localidade.

Com a Pandemia, foi possível notar que algumas normas foram editadas no Brasil restringindo ao direito de locomoção, tais como, o isolamento social, quarentena, bem como, outros decretos editados pelos governadores em seus respectivos Estados.

Na Lei 13.979/2020, art. 2º, inciso I, podemos compreender a “separação de pessoas sintomáticas ou assintomáticas, em investigação clínica e laboratorial, de maneira a evitar a propagação da infecção e transmissão local”. No mesmo artigo, inciso II, consiste:

“Restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias, suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus” (BRASIL, Lei nº 13.979/20, art. 2, II).

Como se vê com a pandemia gerada pela COVID 19, o direito de ir e vir foi restringido, ou seja, apesar de total liberdade assegurada pela Constituição Federal/88, esse direito pode ser analisado sob outros prismas de igual tutela, podendo, pois, resultar numa limitação pontual/transitória.

Esse novo cenário, decorrente da COVID 19, coloca em discussão a supremacia da saúde pública, expresso no art. 6º, da Constituição Federal/88, sobre os demais direitos, tais como o da liberdade de locomoção (art. 5º, inciso II e XV), de reunião (art. 5º, inciso XVI), inviolabilidade da intimidade (art. 5º, inciso X e XII), dentre outros.

Importante se faz salientar em relação ao elucidado acima que, o princípio da proporcionalidade pode ser aplicado, pois o mesmo deixa explícito que um direito deve ceder ao outro desde que atenda aos requisitos da adequação e da necessidade.

5 | CONCLUSÃO

O Direito de ir e vir do cidadão Brasileiro está previsto no art. 5º, inciso XV, da Constituição Federal de 1988. Conforme o preceituado, subentende-se que todo indivíduo brasileiro tem direito de se locomover de forma livre nas ruas, praças, nos lugares públicos.

Porém, esse direito fundamental não é absoluto, pois a própria Constituição estabelece situações em que esse direito pode vir a ser limitado.

Com a pandemia, observa-se que algumas normas foram editadas aqui no Brasil restringindo o direito de locomoção, tais como, o isolamento social, quarentena, bem como, outros decretos editados pelos governadores em seus respectivos Estados.

Na pandemia gerada pela COVID 19, o direito de ir e vir foi restringido, ou seja, apesar de total liberdade assegurada pela Constituição Federal/88, esse direito pode ser analisado sob outros prismas de igual tutela, podendo, pois, resultar numa limitação pontual/transitória.

Assim, esse novo cenário, decorrente da COVID 19, coloca em discussão a supremacia da saúde pública, expresso no art. 6º, da Constituição Federal/88, sobre os demais direitos, tais como o da liberdade de locomoção (art. 5º, inciso II e XV), de reunião (art. 5º, inciso XVI), inviolabilidade da intimidade (art. 5º, inciso X e XII), dentre outros.

Portanto, importante se faz salientar em relação ao elucidado acima que, o princípio da proporcionalidade pode ser aplicado, pois o mesmo deixa explícito que um direito deve ceder ao outro desde que atenda aos requisitos da adequação e da necessidade.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Reflexões sobre a peste: ensaios em tempos de pandemia (Pandemia Capital)**. Trad. Isabella Marcatti. São Paulo: Boitempo, 2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020**. Regulamenta a Lei nº 13.979, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20192022/2020/Decreto/D10282.htm Acesso em: 26 nov. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde (BR). **Portaria nº 454, de 20 de março de 2020: declara, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (Covid-19)**. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-454-de-20-de-marco-de-2020-249091587>. Acesso em: 27 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministro assegura que estados, DF e municípios podem adotar medidas contra pandemia**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441075>. Acesso em 27 nov. 2022

Direção Geral da Saúde. **Plano Nacional de Preparação e Resposta à Doença por Novo Coronavírus (COVID-19)**. 2020. Disponível em: <https://www.dgs.pt/documentos-e-publicacoes/plano-nacional-de-preparacao-eresposta-para-a-doenca-por-novo-coronavirus-covid-19>. Acesso em: 28 nov. 2022

FERNANDES, Fernando; MARCHIONI, Guilherme, **Vírus do autoritarismo na pandemia do coronavírus**. In: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-27/opinio-covid-19-gera-reflexao-resolucao-conflitos-online>. Acesso em 28 nov. 2022

G1. **Bolsonaro pede na TV volta à normalidade e fim do confinamento em massa e diz que meios de comunicação espalharam pavor**. O Globo, Rio de Janeiro. 24.03.2020 Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/03/24/bolsonaropedem-na-tv-volta-a-normalidade-e-fim-do-confinamento-em-massa.ghtml>. Acesso em: 02 dez. 2022

FILHO, Corrêa. **A utopia do debate democrático na vigilância em saúde**. *Saúde debate* 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-1104201912300>. Acesso em: 20 maio 2020. Acesso em: 04 dez. 2022

HEESTERBEEK, Anderson. **Como as medidas de mitigação baseadas no país influenciarão o curso da pandemia de Covid-19?** Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30567-5](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30567-5). Acesso em: 10 dez. 2022

FIRPO, Sergio. **Por que salvar vidas ou a economia na crise do coronavírus é um falso dilema**. Folha de São Paulo, 2020.

MELLO Cecilia; GERVITZ Luiza; FERREIRA Maria. **Direito à saúde prevalece sobre direito de ir e vir em tempos de Covid-19**. In: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-22/opinio-direito-saudeprevalece-ir-vir>. Acesso em: 20 dezembro 2022.

SILVA, AAM. Sobre a importância da ampliação da capacidade de testagem dos sintomáticos para a contenção da epidemia pela COVID-19 no Brasil. Agência Bori. Disponível em: <https://abori.com.br/artigos/sobre-a-importancia-da-ampliacao-dacapacidade-de-testagem-dos-sintomaticos-para-a-contencao-da-epidemia-pela-covid-19-no-brasil/>. Acesso em: 27 dezembro 2022.

A SAÚDE ÚNICA COMO VALOR CONSTITUCIONAL

Data de aceite: 01/03/2023

Roberto Santos da Silva

Universidade Santa Cecília (Unisantia)
Santos-SP, Brasil

Maria Fernanda Tóffoli

Universidade Santa Cecília (Unisantia)
Santos-SP, Brasil

Lucy Souza Faccioli

Universidade Santa Cecília (Unisantia)
Santos-SP, Brasil

Patricia Gorisch

Professora Doutora (orientadora)
Universidade Santa Cecília (Unisantia)
Santos-SP, Brasil

RESUMO: Os autores analisam criticamente a evolução do direito à saúde para chegar ao conceito de saúde única, abordando o desenvolvimento deste conceito, sendo esse o objetivo geral e tendo como objetivos específicos conceituar saúde única, saúde humana, saúde não humana, saúde ambiental e saúde coletiva e analisar as implicações do conceito de saúde única em relação aos aspectos individuais e coletivos. A pesquisa é de cunho exploratório, baseada em levantamento bibliográfico legislativo e doutrinário, com

coleta de dados e informações sobre o tema realizada nas principais plataformas científicas. Concluindo-se que o direito à saúde na constituição refere-se à saúde única.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde humana; saúde não humana; saúde única; saúde ambiental; saúde coletiva.

THE ONE HEALTH AS A CONSTITUTIONAL VALUE

ABSTRACT: The authors critically analyze the evolution of the right to health to arrive at the concept of single health, addressing the development of this concept, which is the general objective and having as specific objectives to conceptualize single health, human health, non-human health, environmental health and collective health and to analyze the implications of the single health concept in relation to individual and collective aspects. The research is exploratory, based on legislative and doctrinal bibliographic survey, with data and information collection on the subject carried out in the main scientific platforms. Concluding that the right to health in the constitution refers to the single health.

KEYWORDS: Human health; non-human

health; unique health; environmental health; collective health.

INTRODUÇÃO

O direito à saúde vem sendo ampliado em seu conteúdo. Se no início de sua compreensão a saúde era conceituada como a ausência de doenças, denotando uma preocupação meramente biologicista, focada no indivíduo, em seu aspecto médico, aos poucos o conceito de saúde foi sendo ampliado, pois, percebeu-se que o ser humano, ainda que individualmente considerado, vive em coletividade, portanto, a saúde deveria alcançar esse aspecto coletivo, sem deixar de lado a individualidade. Ainda, o ser humano, individual ou coletivamente considerado, tem interações não só com outros seres humanos, mas, com o meio ambiente. Desse modo o conceito de saúde evoluiu para compreender o entorno do ser humano, a ausência de doenças, a fruição de direitos coletivos sanitários, alimentação, trabalho e modo de vida. Mas, eis que, observa-se que a saúde também tem implicações com os animais que convivem com o ser humano, seja no ambiente doméstico, no ambiente do trabalho e no nicho ecológico no qual o ser humano vive. Essa teia complexa entre o indivíduo, suas interações sociais com outros seres humanos (sociedade), sua interação com animais não-humanos e, por fim, com o meio ambiente no qual está inserido e do qual faz parte, apresenta um novo quadro para atualizar o conceito de saúde. Surge, dessa nova compreensão, o conceito de saúde única, saúde integral ou saúde ambiental, abrangendo num mesmo valor (saúde) e num mesmo direito (direito à saúde) todas as interações, diretas e indiretas, que refletem na saúde do ser humano em seu âmbito individual, social e ambiental. Sobre o conceito de saúde única que este trabalho pretende refletir, bem como suas parcelaridades, ou seja, a saúde humana, a saúde não-humana, compreendendo a saúde animal e a saúde ambiental. As implicações no dever prestacional do Estado, posto que, ao ampliar o conceito de saúde para além da saúde humana, alcançando a saúde dos animais (veterinária, pecuária e zoonoses) e a saúde ecológica (saúde ambiental), do ponto de vista orçamentário.

OBJETIVOS

A presente pesquisa tem como objetivo geral refletir sobre o conceito de saúde única com a finalidade de atualizar o valor “saúde” expresso na Constituição Federal.

Os objetivos específicos, entre outros, se destinam a conceituar saúde única; analisar as implicações do conceito de saúde única em relação aos aspectos individuais e coletivos do direito à saúde; compreender as mudanças nas obrigações positivas do Estado em relação à saúde única e, por fim, conhecer as diversas terminologias pelas quais a saúde única pode ser designada.

MATERIAL E MÉTODOS

A pesquisa é de cunho exploratório, baseada em levantamento bibliográfico legislativo e doutrinário, com coleta de dados e informações sobre o tema realizada nas principais plataformas científicas.

DISCUSSÃO

O artigo 196 da Constituição Federal dá ao direito à saúde natureza de direito fundamental ao registrar que “**A saúde é direito de todos e dever do Estado**”. Ao lado da saúde, individualmente considerada, existe a dimensão coletiva, isto é, a saúde enquanto direito difuso, social, nos termos do artigo 6º da CF/88. O fato do direito à saúde ter também a dimensão de direito fundamental social, implica em um fazer, ou seja, prestações positivas por parte do Estado. Neste sentido Carvalho (2003)[1]:

Os direitos sociais caracterizam-se por serem direitos a prestações materiais (direitos a prestação em sentido estrito), isto é, exigem que o Estado aja prestando serviços ou atividades, para melhorar as condições de vida e o desenvolvimento da população, tentando atenuar desigualdades e moldar o país para um futuro melhor.

Ocorre que, ao contrário da visão médica e individual, a saúde não deve ser encarada somente como a ausência de doenças do indivíduo, mas, como um direito fundamental de natureza difusa. A esse respeito vale citar Garcia (2021) [2]

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, aprovado no Brasil pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 226/1991 e promulgado pelo Decreto 591/1992, assegura que os Estados Partes reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental (art. 12). As medidas que os Estados-Partes devem adotar com o fim de assegurar o pleno exercício do direito à saúde devem incluir as medidas que se façam necessárias para assegurar: a diminuição da “mortalidade” (ou seja, mortes quando do nascimento) e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças; a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

O aspecto coletivo da saúde, como direito social, decorre não só do fato de que o ser humano vive coletivamente em sociedade, mas, também, que existe um entrelaçamento entre as relações sociais, os serviços públicos ofertados e a produção ou não de saúde. Tome-se como ilustração a COVID-19, em que percebe-se a dimensão social e biológica no mesmo contexto. Tome-se as regras de distanciamento “social”, a quarentena, a suspensão dos abraços e apertos de mãos, o uso de máscaras e, além do antigo costume de lavar as mãos, o reforço com álcool em gel. De fato, biologicamente a doença existe, todavia, é a

relação da Covid-19 (biológico) com o comportamento social (processo social) que resultará em doença ou saúde. A adesão às regras sanitárias produz saúde. Por essas razões que a saúde animal afeta a saúde humana, e o contrário também se mostra verdadeiro, surgindo dessa inteiração o conceito de saúde única, visto que o ser humano pode se contaminar por doenças de animais e contrário também pode suceder. Em relação ao conceito de saúde única a contribuição de LIMONGI e OLIVEIRA (2020) [3]:

Em todo o mundo, esse grupo de profissionais tem promovido o conceito de *One Health* para tratar de questões como segurança alimentar, resistência antimicrobiana, mudança climática e vínculo humano-animal. (...) Esse enfoque colaborativo entende que o estado sanitário dos seres humanos está relacionado com a saúde dos animais e que ambas as populações (homens e animais) afetam o ambiente que coexistem e são igualmente afetados por esse ambiente. Essa compreensão mais ampla das situações de saúde tem possibilitado a adoção de estratégias mais efetivas sobre os determinantes de saúde-adoecimento-cuidado nos âmbitos dos serviços de saúde.

Neste ponto deflui-se a importância da atuação do poder público no âmbito da saúde humana, na saúde não humana e na questão ambiental como âmbitos que compreendem a saúde, conforme BRANDÃO (2016) [4] **“A Saúde Única pode ser entendida como uma abordagem integrada que reconhece a interconectividade entre a saúde humana, a dos demais seres vivos e a do ambiente.** Na perspectiva constitucional de que o valor saúde, previsto no artigo 196 da Constituição Federal, abrange a saúde humana, a saúde animal (considerando-se os animais de estimação, os animais de uso no trabalho e/ou pecuária, estes últimos destinados à alimentação, e por fim, os animais que vivem no meio ambiente, as vezes se quer sendo percebidos pelo ser humano, deve-se ampliar o conceito de saúde individual e coletiva, para abrangendo esses animais, chegarmos ao conceito de Saúde Única, e que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde”, cabendo ao Poder Público a “regulamentação, fiscalização e controle”.

CONCLUSÕES

Conclui-se que o direito à saúde, previsto na Constituição Federal, deve ser atualizado para compreender a saúde em seu aspecto individual, coletivo e ambiental, este último como resultado das interações entre os seres humanos, individual ou coletivamente considerado, com os animais e o meio ambiente, devendo o Estado buscar a realização dos comandos constitucionais sob esse novo prisma.

AGRADECIMENTOS

Os autores agradecem as orientações da Professora Doutora Patricia Gorisch durante o desenvolvimento deste estudo.

REFERÊNCIAS

1. Carvalho, Mariana Siqueira de. A saúde como Direito Social Fundamental na Constituição Federal de 1988. Revista de Direito Sanitário, vol.4, n. 2, 2003.
2. Garcia, Gustavo Filipe Barbosa. Coronavírus e Direito à Saúde : repercussões trabalhistas, previdenciárias e na assistência social / Gustavo Filipe Barbosa Garcia. - 1. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
3. Limongi, Jean Ezequiel; OLIVEIRA, Stefan Vilges de COVID-19 e a abordagem One Health (Saúde Única): uma revisão sistemática Vigilância Sanitária em Debate, vol. 8, núm. 3, 2020, Julho-Setembro, pp. 139-149.
4. Brandão, M. V. A. P. D. Saúde Única em articulação com a saúde global: o papel da Medicina Veterinária do coletivo. Revista de Educação Continuada em Medicina Veterinária e Zootecnia do CRMV-SP, v. 13, n. 3, p. 77-77, 18 jan. 2016.

RAÇA, GÊNERO E CONDIÇÃO DE CLASSE: OS DESAFIOS DO FEMINISMO NEGRO NO ACESSO AOS DIREITOS REPRODUTIVOS

Data de aceite: 01/03/2023

Laura Beatriz Pires

Advogada, Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE e bolsista pela Fundação de Amparo à Ciência e Tecnologia do Estado de Pernambuco - FACEPE

Paula Cristina Moraes da Silva

Advogada, Pós-Graduada em Direito do Trabalho pela Universidade Federal de Pernambuco, Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Instituição de Ensino Damásio de Jesus e Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

RESUMO: Este ensaio pretende estabelecer uma análise elucidativa sobre os reflexos das opressões de raça, gênero e condição de classe que repercutem no acesso das mulheres negras aos seus direitos reprodutivos. Partimos do posicionamento de que há uma íntima relação entre o passado escravocrata moderno com o estabelecimento dos estereótipos sociais, históricos e culturais que negam o estabelecimento das mulheres negras como uma sujeita de direitos. Nessa

perspectiva, busca-se desvelar a influência do racismo estrutural e sistêmico no negacionismo prático estatal que conota os diplomas legislativos de corte racial a mero teor positivista e os esvaziam de eficiência prática, o que corrobora com as gravosas violações e violências sofridas pelas mulheres negras na busca da sua saúde reprodutiva. Nesse contexto, é construído o pensamento argumentativo sobre o viés Interseccional como à medida que se impõe para uma leitura interconectada dos entraves sociais que estigmatizam/coisificam a figura feminina negra e torna inaplicável a justiça social voltada para estas mulheres. Assim, serão ilustrados os avanços estruturais conduzidos pelo Feminismo Negro sobre uma ótica parametrizada entre interseccionalidade., justiça social e saúde reprodutiva.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Feminismo Negro. Direitos Reprodutivos. Interseccionalidade.

RESUMEN: Este ensayo pretende establecer un análisis esclarecedor sobre los reflejos de las opresiones de raza, género y condición de clase que reverberan en el acceso de las mujeres negras a sus derechos reproductivos. Partimos del

posicionamiento de que existe una íntima relación entre el pasado negrero moderno y el establecimiento de las mujeres negras como sujetos de derechos. En esta perspectiva, se busca descubrir la influencia del racismo estructural y sistémico en el negacionismo práctico estatal que connota los diplomas legislativos de corte racial a mero contenido positivista y los vacían de eficiencia práctica, lo que corrobora con las graves violaciones y violencias sufridas por las mujeres negras en busca de su salud reproductiva. En este sentido, se construye el pensamiento argumentativo sobre el sesgo interseccional como la medida que se impone para una lectura interconectada de las barreras sociales que estigmatizan/cosifican la figura femenina negra y hace inaplicable la justicia social volcada para estas mujeres. De esta, serán ilustrados los avances estructurales conducidos por el Feminismo Negro bajo una óptica parametrizada entre interseccionalidad, justicia social y salud reproductiva.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos. Feminismo Negro. Derechos Reproductivos. Interseccionalidad.

1 | INTRODUÇÃO

A discriminação é o fundamento base no estabelecimento da estrutura de poder. Dominar o outro pelas características que são inerentes a sua pessoa é fulcral para fincar o preconceito e desconstruir a autonomia feminina negra. O controle da vida e do corpo das mulheres negras, emerge do “nada social” que considera suas carnes e suas almas. Conforme canta Elza Soares ¹:

[...]

E esse país vai deixando todo mundo preto

E o cabelo esticado

Mesmo assim ainda guarda o direito

De algum antepassado da cor

Brigar sutilmente por respeito

Brigar bravamente por respeito

Brigar por justiça e por respeito (Pode acreditar)

De algum antepassado da cor

Brigar, brigar, brigar, brigar, brigar

Se liga aí

A carne mais barata do mercado é a carne negra

Na cara dura, só cego que não vê

A carne mais barata do mercado é a carne negra

[...]

É com parâmetros nessa realidade ostensiva e abusiva que, corriqueiramente,

¹ Música: A carne. Compositores: Seu Jorge / Ulises Capelleti / Marcelo Fontes Do Nascimento.

diversas e reiteradas formas de violência contra a saúde reprodutiva das mulheres negras adentram no cenário midiático, seja em noticiários, redes sociais e outros meios de comunicação. Com isso, observa-se que o corpo feminino negro não tem vez, voz ou direitos, uma vez que os cenários históricos de supremacia branca, patriarcal, heteronormativa e hegemônica legitimam a projeção social de sua inferioridade.

É diante desse complexo opressivo que, a identidade de gênero não se desdobra naturalmente em solidariedade racial intragênero. Diante disso, as mulheres negras foram conduzidas a enfrentar, no interior do próprio movimento feminista, as contradições e as desigualdades as mais variadas, além daquelas que o(s) racismo(s) produz (em) entre as mulheres, particularmente entre negras e brancas no Brasil.

Em tal prisma, com forma de fundamentar a discussão sobre a precariedade na saúde reprodutiva das mulheres negras, faremos uso da teoria interseccional para expor as interconexões do processo estrutural e institucional que ocasionam a falácia da liberdade reprodutiva no tocante as mulheres negras, bem como as novas nuances exploradas pelo feminismo negro na árdua e longa batalha para que ocorra a efetividade de políticas públicas voltadas à implementação e à implantação da saúde reprodutiva que favoreça estas mulheres.

Sendo assim, o presente estudo baseia-se na leitura de interpretação de documentos bibliográficos acerca das violações aos direitos reprodutivos com um viés exploratório, por uma análise de conteúdo, através da análise qualitativa, em três etapas: a) pesquisa bibliográfica das informações acerca das violências reprodutivas contra mulheres negras no Brasil; b) análise histórica do racismo e sexismo contra as mulheres negras no Brasil; c) estudo empírico realizado mediante análise à entrevista semiestruturada realizada com a bióloga sanitária Rose Santos.

2 | A NATURALIDADE PRÉ-MOLDADA DO CORPO FEMININO E A INCIDÊNCIA HISTÓRICA DO GÊNERO, RAÇA E CONDIÇÃO DE CLASSE NA VIDA DAS MULHERES NEGRAS

As mulheres negras não existem. Ou, falando de outra forma: as mulheres negras, como sujeitos identitários e políticos, são resultado de uma articulação de heterogeneidades, resultante de demandas históricas, políticas, culturais, de enfrentamento das condições adversas estabelecidas pela dominação ocidental eurocêntrica ao longo dos séculos de escravidão, expropriação colonial e da modernidade racializada e racista em que vivemos (WERNECK, 2009, p.11).

Essa citação de Jurema Werneck (2009) sintetiza com maestria como as mulheres negras são construídas através de um processo histórico-social de inexistência. A autora, ao parametrizar as heterogeneidades, dimensiona a longa e árdua batalha com preceitos raciais, sexuais, políticos e desiguais vivida pelas mulheres negras e a influência destes entraves sociais ao “aceite” jurídico, político e social destas mulheres como sujeitas de

direitos.

Assim, os pesos nas raízes coloniais enfatizam o racismo e o sexismo aflorados socialmente, bem como a incidência do conservadorismo colonizado perpetuado sobre a figura feminina negra, o que ocasiona a inaplicabilidade às leis postas em defesa destas mulheres, as colocando no lugar de subalternidade.

Nessa linha, as circunstâncias históricas tiveram fulcral importância na construção, controle e manutenção das relações de poder que fomentam ainda atualmente diferentes processos de dominação, tanto racial, sexual e cultural, quanto política, social e econômica.

Isto porque, a escravidão moderna foi um espaço privilegiado de concubinatos onde a exploração sexual e a coisificação do corpo da escrava eram levadas às últimas consequências, na medida em que os senhores acreditavam ter o direito de estender seu domínio até a posse sexual (DEL PRIORE, 2000 p. 26).

Desse modo, por meio das premissas de perversidade do oprimido/a, do direito sobre a sexualidade da oprimida, bem como da negação estrutural hierárquica e colonizadora do opressor, a pessoa negra é usada como tela para as projeções do que a sociedade branca tornou tabu (KILOMBA, 2019, p.78).

Nota-se com clareza, em análise à figura feminina negra, que a criação desses estereótipos possui o intuito de justificar as violências experienciadas por essas mulheres, ao colocar sua raça, origem, sexualidade, idade, etnia ou condição física como motivos determinantes e plausíveis para o descaso com os horrores sofridos por elas (BUENO, 2019, p.111).

Esses são os efeitos da hegemonia da “branquitude” no imaginário social e nas relações sociais concretas. É uma violência invisível que contrai saldos negativos para a subjetividade das mulheres negras, resvalando na afetividade e sexualidade destas. Tal dimensão da violência racial e as particularidades que ela assume em relação às mulheres dos grupos raciais não-hegemônicos vem despertando análises cuidadosas e a recriação de práticas que se mostram capazes de construir outros referenciais (CARNEIRO, 2003, p.122).

Nesse viés, a filósofa e ativista negra Sueli Carneiro (2003), complementa ao colocar que tal problemática histórica induz a “variável” racial como produtora de uma dupla subvalorização, uma vez que fomenta gêneros subalternizados, tanto no que toca a uma identidade feminina estigmatizada (das mulheres negras), como a masculinidades subalternizadas (dos homens negros) com prestígio inferior ao do gênero feminino do grupo racialmente dominante (das mulheres brancas).

Marcela Lagarde (2005) ressalta que essas nuances das subalternidades originadas das opressões são as que justamente consolidam os parâmetros tradicionalistas. Assim, para a antropóloga, os aspectos culturais presentes na sociedade condicionam a figura feminina a cativados parametrizados e estruturados com suas próprias especificidades, as quais são utilizadas como combustível de sua inferiorização. Isso porque impedem a aglutinação de suas particularidades e experiências, as reduzindo em imagéticos

estereotipados.

Esses cativos, portanto, estabelecem e sustentam o poder sobre os corpos e a vida das mulheres. Nessa esteira, Michel Foucault (2018), em seu livro: *A história da sexualidade I: a vontade de saber* pontua o uso do poder como unidade legitimadora do controle da vida em vários vieses. Na visão do filósofo, o engendramento de controle sobre os corpos se dá pelo biopoder. É justamente essa concepção que estabelece sobre a figura feminina a docilização do seu corpo e o domínio sobre sua vida, uma vez que possibilitam o exercício da soberania.

Pode-se entender, portanto, que o eixo de opressões vividas pelas mulheres negras são tecnologias de poder que permitem o desempenho da denominação sobre os seus corpos, suas vidas e suas escolhas. Através disso, visualiza-se com clareza a necessidade de analisar as estruturas que legitimam o sistema de controle dos corpos femininos negros por meio desses entraves sociais, visto que culminam, a todo momento, no descaso às violências e violações experienciadas por estas mulheres.

3 | AS VIOLÊNCIAS E VIOLAÇÕES AOS DIREITOS REPRODUTIVOS DAS MULHERES NEGRAS

O reconhecimento dos direitos reprodutivos pode ser compreendido a partir das próprias características inerentes aos direitos humanos. A universalidade, a historicidade, a inalienabilidade, a indivisibilidade e a interdependência são pontos-chaves para assimilar com clareza o viés garantista que norteia a proteção jurídica dos direitos humanos de um ponto de vista específico, uma vez que a proteção genérica e abstrata ratificada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, por muitas vezes, não parece ser suficiente para suprir as necessidades de determinados sujeitos de direitos. É através desse contexto específico que os direitos reprodutivos se desenvolvem.

Para Ventura (2010) os direitos reprodutivos:

...são constituídos por princípios e normas de direitos humanos que garantem o exercício individual, livre e responsável, da sexualidade e da reprodução humana. E, portanto, o direito subjetivo de toda pessoa decidir sobre o número de filhos e os intervalos entre nascimentos, ter acesso aos meios necessários para o exercício livre de sua autonomia reprodutiva, sem sofrer discriminação, coerção, violência ou restrição de qualquer natureza.

Assim, Sueli Carneiro (2003) pontua que tal premissa protetiva advém da luta das mulheres para terem autonomia sobre os seus próprios corpos, pelo exercício prazeroso da sexualidade, para poderem decidir sobre quando ter ou não filhos, resultou na conquista de novos direitos para toda a humanidade.

A partir de tal ótica, é mister salientar que as mulheres negras enfrentam os mais elevados índices de violações aos seus direitos reprodutivos. Um exemplo claro destas nuances violadoras está na política de controle da natalidade desenvolvida nos Estados

Unidos, no início do século XX, e no Brasil, nas décadas de 1970 e 1980, as quais tiveram como foco as mulheres negras, por estas serem acusadas de ser as grandes inibidoras do embranquecimento populacional.

Nós estamos gritando por justiça, há séculos. Desde quando as mulheres negras abortavam seus filhos, para que eles não fossem escravos. Passando pela luta de mulheres ante esterilização compulsória e, agora, lutando contra o genocídio da nossa população pela violência do Estado. Nos idos dos anos 1990, por meio da luta das mulheres e principalmente das mulheres negras – que eram as mais atingidas- ocorreu a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da laqueadura involuntária. A CPMI constatou a incidência de esterilização em massa de mulheres no Brasil. Houve uma grande mobilização feminista. Grandes nomes de mulheres negras, como Edna Rolland, foram ouvidos e a conclusão apontou para um uso indevido e eleitoreiro das laqueaduras em partes extremamente pobres. Muitos depoimentos davam conta de que havia uma ideia de que essas medidas eram necessárias para diminuir o número de pobres. Essa postura eugênica, de limpeza racial, parte de teorias criadas no final do século 19 e início do século 20, quando se acreditava que o Brasil deveria ser mais branco e menos “degenerado” – lembrando que os degenerados eram sempre pessoas negras, sobretudo (ANJOS, 2020).

Nessa linha, são inegáveis as influências do feminismo branco hegemônico, bem como do viés racista, sistêmico e estruturante, na construção “universalizada” dos corpos femininos negros, uma vez que as mulheres negras tiveram (e tem) seus direitos reprodutivos esquecidos (direitos somente para mulheres brancas) e usados para controlar seus próprios corpos.

No que tange ao controle sobre os corpos femininos negros, é mister salientar a influência da classe social nas violações a tais direitos. Nessa conjuntura, pontua bell hooks (2018):

Inserir classe na pauta feminista abriu um espaço em que interseções entre classe e raça ficaram aparentes. Dentro do sistema social de raça, sexo e classe institucionalizados, mulheres negras estavam claramente na base da pirâmide econômica. Inicialmente, nos movimentos feministas, mulheres brancas com alto nível de educação e origem na classe trabalhadora eram mais visíveis do que mulheres negras de todas as classes (hooks, 2018, p. 53).

A divisão de classes na qual a mulher negra e pobre é submetida na busca pelos seus direitos reprodutivos, gera uma forte hierarquia de classe intragênero, tendo em vista a diferenciação de tratamento entre mulheres brancas e negras, pautados nas suas condições socioeconômicas. Nesta senda, Sandra Harding (1993) entende que a experiência isolada de uma mulher não pode servir de base para concepções e políticas que emanciparam a todas. Ante tal realidade, constatam-se as lutas de grupos sociais, contra a hegemonia da visão de mundo ocidental, branca, burguesa, homofóbica e androcêntrica.

Em tal âmbito, há forte correlação no Brasil entre raça, racismo, discriminação racial e renda, cabendo aos grupos racialmente discriminados ocupar patamares inferiores,

estando sujeitos à oferta de ações precárias de saúde pública ou privada. (WERNECK, 2016, p. 543-544).

3.1 A violência obstétrica e sua incidência nas mulheres negras

Dentre as principais violações sofridas pelas mulheres negras, destaca-se a violência obstétrica, uma vez que através dela se estabelece e legitima o processo de violação ao corpo feminino negro no âmbito reprodutivo.

Assim, a violência obstétrica pode ser lida como toda aquela violência praticada contra a mulher no exercício de sua saúde sexual e reprodutiva e que pode ser cometida por profissionais de saúde, servidores públicos, profissionais técnico-administrativos de instituições públicas e privadas, bem como civis (Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa, 2012, p.60).

Isso porque, a violência obstétrica permeia os aspectos sexual, físico, psicológico, institucional, midiático e material que legitimam violações interventivas contra as mulheres em seu (seus) processo(s) reprodutivo(s), abarcando-se também as espécies interventivas de maus tratos, aborto e a esterilização forçada ou ausência dela.

Estudos realizados pelo Ministério da Saúde (2019) comprovam que no Brasil a mortalidade materna é maior em mulheres negras do que em mulheres brancas. Assim como, foi constatado que em 2018 os óbitos maternos no Brasil totalizam 65% em mulheres pretas e pardas. (Ministério da Saúde; Secretaria de Vigilância em Saúde, 2020, p.26).

Em tal linha, é mister pontuar que diferentemente de países como Argentina (Lei Nacional nº 25.929) e Venezuela (GUERRA, 2012), que possuem diplomas específicos caracterizadores da violência obstétrica, o Brasil carece de uma legislação com esse enfoque (PALOMA; DONELLI, 2017, p.217). Nessa ótica, em que pese o alto índice de mortalidade da mulher negra, até o momento foram conduzidas poucas pesquisas voltadas para a análise das influências da raça/cor no tocante à experiência de gestação e parto, sendo em geral, as investigações realizadas em contextos locais específicos, não havendo análises de abrangência nacional. (LEAL; *et al*, 2017, p.2).

Essa ausência de olhar legislativo e científico tem uma forte repercussão no que diz respeito às mulheres negras. O artigo *cor da dor: iniquidades raciais na atenção pré-natal e ao parto no Brasil* (2017) retrata tal contexto ao produzir dados alarmantes sobre a violência obstétrica nas mulheres pretas e pardas, as quais têm um maior risco de pré-natais inadequados, ausência na vinculação acerca da maternidade, e peregrinação para o parto. O artigo ainda coloca que apesar de mulheres pretas terem menor chance de serem eleitas à realização de uma cesariana e maiores chances de passarem por intervenções dolorosas no parto vaginal, como episiotomia e uso de ocitocina, em comparação às mulheres brancas, elas recebem menos anestesia local quando a episiotomia foi realizada.

3.2 A invisibilidade negra: A falta do recorte racial na especialização médica, o racismo no SUS e a inaplicabilidade normativa

A ausência da temática negra na formação acadêmica dos profissionais da saúde é inegável. A escassez do recorte racial na formação acadêmica dos profissionais de saúde é fator determinante no acesso e na prestação adequada da saúde dessas mulheres negras, o que acarreta a inviabilização do atendimento por repulsa ao corpo negro, colocando em evidência as negligências médicas manifestadas, desde erros em diagnósticos a altos índices de mortalidade materna.

Dessa feita, Jurema Werneck demarca a inexpressiva produção de conhecimento científico na área de saúde da mulher negra, onde o tema não participa do currículo de diferentes cursos de graduação e pós-graduação, sendo o assunto ainda vago e ignorado pela maioria de pesquisadoras e pesquisadores, estudantes e profissionais no Brasil, (WERNECK, 2016, p. 535-536).

Nesse sentido, os direitos reprodutivos das mulheres negras são de difícil exercício, visto que os Determinantes Sociais de Saúde (DSS), tais como acesso à educação, moradia, renda, alimentação e condições de trabalho trazem um nítido prejuízo na atuação estatal no processo de conscientização, proteção e viabilização destes direitos junto à população feminina negra, uma vez que tais indicadores, juntamente com as manifestações institucionalizadas e estruturais do racismo, ressaltam a desvantagem da mulher negra em todos esses marcadores.

Vale ressaltar que a camada populacional negra é a que mais faz uso do Sistema Único de Saúde, uma vez que soma 80% de toda a demanda do SUS (CAPELO, 2015). Sendo assim, observa-se que a reforma sanitária e a criação do Sistema Único de Saúde, apesar de terem contribuído para a concepção de um sistema universal de saúde com integralidade, equidade e participação social, não foram suficientes para inserir, no novo Sistema, mecanismos explícitos de superação das barreiras enfrentadas pela população negra no acesso à saúde, particularmente aquelas interpostas pelo racismo. (WERNECK, 2016, p. 536).

Em que pese a Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º, pontuar o direito à saúde como direito fundamental, e reforça, no art. 196, a saúde como direito de todos e dever do Estado, observa-se a inaplicabilidade dos direitos reprodutivos das mulheres como meio extensor da própria liberdade de seus corpos, o que proporciona constantes violações a esses direitos.

Há uma dicotomia entre a proteção legal e o real desempenho do Estado brasileiro na proteção à saúde reprodutiva de mulheres negras. Isso se dá em razão das normas constitucionais e infraconstitucionais induzirem uma falaciosa ideia de equidade, ao abdicar-se de projetar as especificidades e práticas institucionais e estruturais racistas que entravam o acesso à saúde das mulheres negras.

Para uma melhor elucidação, em entrevista realizada com a bióloga sanitária Rose Santos (ver mais detalhes no Anexo, p.19) a entrevistada, precipuamente pontuou a inexistência nos governos de uma luta antirracista e antissexista, sendo presente apenas um processo de reconhecimento do racismo, o qual se limita ao combate, mas a luta de fato não foi ainda assumida por parte dos governos.

Nessa mesma linha de raciocínio, a entrevistada complementa, e ainda, pontua o impacto da questão racial nos atendimentos maternos das mulheres negras e a necessidade de aprimoramento dos profissionais da área de Saúde para que seja oferecido um atendimento de qualidade às mulheres negras no Sistema Único de Saúde, acrescentando que o racismo é institucional e algo do nosso dia a dia, intrínseco dentro das instituições.

Uma ilustração clara de tal realidade é o caso de Rafaela Santos. Mulher negra portadora de uma gravidez de alto risco que procurou o Sistema Único de Saúde para a realização do seu trabalho de parto. Após esperar três horas por atendimento médico e apresentar sinais de complicação, pressão alta e pré-eclâmpsia, a junta médica negou-se a encaminhá-la para o parto cirúrgico e optou por forçar manobras para o parto normal, o que ocasionou eclâmpsia, ruptura do útero e hemorragia em Rafaela que veio a óbito horas depois com apenas 15 anos de idade (CAPELO, 2015).

Percebe-se, portanto, que o racismo sistêmico e estrutural tem impacto determinante no acesso de mulheres negras aos seus direitos reprodutivos. Isso porque, o arcabouço jurídico brasileiro, apesar de ser vasto ao pontuar legislações específicas no aspecto racial, como por exemplo, o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/ 2010), a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Decreto nº 4.886/2003), Lei nº 7.716/ 1989 (que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor), não há realização de ações e estratégias necessárias que viabilizem o cunho prático da saúde reprodutiva. Assim, conforme pontua Werneck (2016), a saúde do negro virou lei, porém continua sendo ignorada.

4 | AVANÇOS E CRÍTICAS SOBRE A TEMÁTICA

Criada em 1989 e desenvolvida por Kimberlé Crenshaw a partir do artigo: *Desmarginalizando a intersecção entre raça e sexo: uma crítica feminista negra da doutrina da antidiscriminação, da teoria feminista e da política antirracista*², a Interseccionalidade surge ante a necessidade de analisar as estruturas que legitimam as formas de opressão existentes sobre os corpos femininos negros de forma interconectada com a conjuntura histórica, garantista e protecionista que emerge das violações sofridas por elas.

Historicamente, a negação sobre a amplitude e aglutinações típicas das experiências discriminatórias sofridas por mulheres negras permeiam não só o judiciário, mas também o

² Traduzido do título original: *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: a Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*.

próprio feminismo, o qual silenciou a pauta negra e a reduziu a uma luta feminista e a uma equiparação salarial entre homens e mulheres.

Ao teorizar o patriarcado, o posicionamento do feminismo radical enxergava o poder dos homens sobre as mulheres como sendo uma estrutura autônoma e fundamental nas relações sociais e o feminismo marxista como local de tipos particulares de efeitos dentro de uma totalidade social e não realmente análoga à estrutura de classes (CONNEL, 1990, p.87).

Em tal prisma, pontua bell hooks (2018):

Mesmo que mulheres negras individuais fossem ativas no movimento feminista contemporâneo desde seu início, elas não foram os indivíduos que se tornaram “estrelas” do movimento, que atraíam a atenção da mídia de massa. Muitas vezes, essas mulheres negras ativistas do movimento feminista eram feministas revolucionárias (como várias lésbicas brancas). Elas já discordavam de feministas reformistas que estavam decididas a projetar a noção do movimento como se ele fosse, exclusivamente, pela igualdade entre mulheres e homens no sistema existente. Mesmo antes de raça se tornar uma questão debatida nos círculos feministas, estava claro para as mulheres negras (e para as revolucionárias aliadas da luta) que jamais alcançariam igualdade dentro do patriarcado capitalista de supremacia branca existente (hooks, 2018, p. 19).

Em que pese a importância da Interseccionalidade para os rumos do feminismo negro e na busca da libertação das amarras de dominação perpetuadas em face das mulheres negras, Adriana Piscitelli (2012) faz algumas ressalvas à abordagem do termo Interseccionalidade.

Piscitelli pontua, a partir dos estudos conduzidos por Avtar Brah (2006), que a análise dessas interconexões (racismo, gênero, classe, sexualidade etc.) necessitam observar especificidades que constituem a posição de diversos racismos. Assim, através do uso da diferença como categoria analítica de compreensão das peculiaridades, seria possível compreender, de forma contextualizada, os discursos formuladores das experiências subjetivas, sociais e identitárias vividas pelas mulheres negras.

Diante disso, Brah (2006) faz uma crítica notável sobre a carência de estudos parametrizados sobre as especificidades que compõem essas interconexões. Isso porque, para a autora, essa escassez interfere de maneira nítida em uma análise mais aprofundada na influência dessas interconexões nas relações contextuais diante de circunstâncias históricas.

Dessa feita, tal crítica permite uma compreensão aprofundada da leitura das interconexões das opressões vivenciadas pela figura feminina negra projetada, o que permite compreender de forma detalhada as experiências vividas por mulheres negras e, a partir disso, auxiliar no enfrentamento dos problemas sociais com maior efetividade.

Em tal contexto, a Interseccionalidade elevou a voz do movimento feminista negro, o qual, segundo Clare Hemmings (2009), a partir dos 1980, elevou a produção histórica a uma

virada significativa. Pontua a autora que a intelectualidade feminina negra promoveu uma correção na historiografia feminista, uma vez que esse período significou uma ampliação da consciência feminista em relação às distinções sociais que são operadas a partir do critério racial, principalmente a partir da forma com que as diferentes mulheres contam a sua própria história (BUENO, 2019, p.63).

É através dessa postura mais crítica que feministas negras gritaram ao genocídio negro e à usurpação de sua liberdade reprodutiva. Em meio a este cenário, o movimento de mulheres negras e o movimento negro iniciaram, em 1990, uma agenda incisiva na saúde pública, ao acompanhar o processo da saúde reprodutiva das mulheres negras, visto que o Comitê de Fiscalização da Convenção Racial da ONU reconhece que são as mulheres negras as mais vulneráveis à esterilização forçada e aos abusos sexuais (GOES; MOORE; FIGUEIREDO, 2014, p.824).

Nessa senda, em 1994, ocorreu em Chicago, Estados Unidos, a *National Pro-choice Conference for the Black Women's Caucus*. Nesse encontro, um grupo de feministas negras denominadas Mulheres de Descendência Africana pela Justiça Reprodutiva (*Women of African Descent for Reproductive Justice*) deu luz a um conceito inovador e abrangente à questão reprodutiva feminina negra.

Assim, o termo '*justiça reprodutiva*' originou-se através do lugar de fala das mulheres esquecidas, uma vez que mulheres racializadas, marginalizadas e trans não se sentiam representadas pela voz de mulheres brancas. Com isso, o conceito de Justiça Reprodutiva pode ser compreendido através de uma sistemática inter-relacionada do acesso à saúde reprodutiva, à justiça social, às mulheres racializadas em conjunto a uma leitura Interseccional.

Para Emanuelle Goes (2017) a Justiça Reprodutiva é um dos conceitos que se apresenta com a finalidade de ampliar o olhar sobre os direitos reprodutivos porque traz conjuntamente os direitos humanos e a justiça social para o exercício pleno da saúde reprodutiva.

O conceito de Justiça Reprodutiva aproveitou-se da abertura do debate sobre liberdade reprodutiva realizado pela Conferência Internacional de 1994 para analisar o direito à saúde sexual e reprodutiva mediante as condições de vida dos grupos discriminados. Assim, o termo possibilitou aos diplomas internacionais e nacionais vislumbrar a essencialidade em distinguir o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos de mulheres negras e brancas, posto que mulheres negras ainda lutavam (e lutam) para se firmar como sujeitas de direitos e se desprender do contexto objetificado e coisificado de seus corpos marcados pelo passado escravocrata.

Dessa maneira, o termo tem fulcral importância na compreensão de eixo de opressões (raça, gênero, sexualidade e classe) e refletem no acesso à saúde de mulheres negras de forma integrativa e não aditiva.

Nessa esteira, a Justiça Reprodutiva se apresenta como o meio reivindicatório

feminino negro que permite a criação de estratégias políticas que vislumbrem a justiça social através de uma ótica interseccional tanto no campo sexual quanto no campo reprodutivo.

Reconhecer o racismo, gênero e condições de classe como fatores centrais na produção das iniquidades em saúde sofridas por mulheres negras em todas as áreas e instituições, torna possível compreender a insuficiência do plano político e jurídico no processo de quebra da hierarquização social que ocasiona tais violações ao direito à saúde feminina negra.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o objetivo deste ensaio, as discussões foram realizadas a partir da temática dos direitos humanos das mulheres negras com ênfase no aspecto interseccional de raça, gênero e condição de classe. Procuramos estabelecer relações entre a inaplicabilidade dos direitos reprodutivos com base em um resgate histórico colonial, opressor do corpo feminino negro.

Nesse sentido, foi possível observar que os aspectos raciais, de gênero e de condição de classe ensejam no engendramento prático sobre a ausência de efetividade dos direitos reprodutivos das mulheres negras. Como consequência, os cativeiros em que estas mulheres são subestabelecidas acarretam estereótipos culturais enraizados à sua imagem, visto que remetem a naturalização da exclusão e a coisificação do corpo negro como um corpo de direitos.

Sendo assim, almeja-se com este ensaio dar continuidade a uma reflexão que privilegie a mudança das conjecturas opressivas que permeiam as violações reprodutivas que circundam a realidade feminina negra, com a busca pela conscientização antidiscriminatória e a desconstrução da imagem existente de naturalização racista, classista e sexista, trazendo à baila a implementação efetiva de políticas públicas, com ênfase na saúde reprodutiva destas mulheres, por meio do arcabouço sociológico inovador advindo do recorte Interseccional sobre a Justiça Reprodutiva.

Por este motivo, o presente trabalho foi idealizado com o intuito de buscar embasar políticas públicas de favorecimento a este grupo extremamente vulnerável que necessita de reflexões como a presente para intensificar uma mudança positiva e eficaz das suas realidades pessoais, evitando que o cunho protecionista jurídico somente expresse um teor positivista em detrimento do essencial caráter humanitário.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Simony dos. **Justiça reprodutiva: quantas mais terão que ver seus filhos morrerem?** 2020. Disponível em: <<https://caterinas.info/justica-reprodutiva-quantas-mais-terao-que-ver-seus-filhos-morrerem/>>. Acesso em: 23/06/2021.

BRAH, Avtar. **Diferença, diversidade, diferenciação.** *Cadernos Pagu*, nº26, p.329-365, 2006 [1996].

ARGENTINA. **Lei 25.929/2004 - Ley Nacional de Parto Respetado.**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20/06/2021.

BRASIL. **Lei nº 7.716/ 1989.** Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF, 1989.

BRASIL. **Lei nº 12.288/ 2010.** Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, DF, 2010.

BRASIL. **Portaria nº 992/2009.** Institui a Política Nacional de Saúde Integral da População Negra. Brasília, DF, 2009.

BRASIL. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. **Política Nacional de Saúde Integral da População Negra.** Brasília, DF: Seppir, 2007.

BUENO, W. D. C. **Processos de resistência e construção de subjetividades no pensamento feminista negro:** Uma possibilidade de leitura da obra *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, And The Politics Of Empowerment* (2009) a partir do conceito de imagens de controle. 2019. 169 p. Tese (DIREITO) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

CAPELO, Rodrigo. **Por que o negro tem menos acesso à saúde do que o branco no Brasil?** Disponível em: <https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/06/por-que-o-negro-tem-menos-acesso-saude-do-que-o-branco-no-brasil.html>. Acesso em: 26/06/2021.

CARNEIRO, Sueli. **Mulheres em movimento.** Estudos Avançados, v. 17, n. 49, p. 117-132, set./dez. 2003. Disponível em: <https://bit.ly/3sSnLMD>.

CONNEL, R.W. Como teorizar o patriarcado. Educação & Realidade, v.15, n. 1, p. 85-93, jul./dez. 1990. Disponível em: <https://bit.ly/3ujVK0U>.

CRENSHAW, Kimberlé. (1989). **Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: a Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics.** University of Chicago Legal. Forum, Issue 1, Article 8, p. 139-167.

DEL PRIORE, Mary. **Mulheres no Brasil colonial.** São Paulo: Contexto, 2000. p. 26.

FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade I: A vontade de saber.** São Paulo: Graal, 2003. Disponível em: <https://bit.ly/3sUGgAi>.

GOES, Emanuelle F.; MOORE, Hanna; FIGUEIREDO, Juliana. Mulheres negras, racismo e a (não) garantia dos direitos reprodutivos. **Perspectivas feministas de gênero: desafios no campo da militância e das práticas científicas,** Recife, v. 18, n. 18, p. 822-832. 2014. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/index.php/18redor/18redor/paper/view/1941/679>. Acesso em: 15/07/2021.

GOES, Emanuelle F. **Justiça Reprodutiva ou Direitos Reprodutivos, o que as mulheres negras querem?** 2017. Disponível em: <https://www.analisepoliticaemsaude.org/oaps/documentos/pensamentos/1485790860588f5e8c90d99/>. Acesso em: 16/07/ 2021.

Guerra, G. B. **Violência obstétrica**. Revista de la Facultad de Medicina, 31, 5-6, 2012.

PALMA, Carolina Coelho; DONELLI Tagma Marina Schneider. **Violência obstétrica em mulheres brasileiras**. Porto Alegre, p. 216-230, 2017.

HARDING, Sandra. **A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista**. Estudos Feministas, v. 1, n. 1, p. 7-31, 1993. Disponível em: <<https://bit.ly/3rQYJfq>>.

HEMMINGS, Clare. **Contando estórias feministas**. Estudos Feministas, Florianópolis, 17(1): 296, janeiro-abril/2009. p.215-241.

hooks, bell. **O feminismo é para todo mundo**. 1a ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

KILOMBA, Grada. **Memórias da Plantação – Episódios de racismo cotidiano**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Cobogó. 2019.

LAGARDE, Marcela de. **Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas**. México: UNAN Posgrado, 2005. p. 25-75. Disponível em: <<https://bit.ly/2PxnTmg>>.

LEAL, Maria do Carmo et al. **A cor da dor: iniquidades raciais na atenção pré-natal e ao parto no Brasil**. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, p.1-17, 2017.

Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa. **Violência Obstétrica “Parirás com dor”**. Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres. Senado Federal. 2012. Disponível em: <[Ministério da Saúde; Secretaria de Vigilância em Saúde. **Boletim Epidemiológico - Monitoramento dos casos de arboviroses urbanas transmitidas pelo Aedes Aegypti \(dengue, chikungunya e zika\)**. Semanas Epidemiológicas 1 a 19. 2020.](https://www.google.com/search?q=mulheres+em+rede+pelA+MATERNIDAD+E+2012&oq=mulheres+em+rede+pelA+MATERNIDADE+2012&aqs=chrome.69i57.18346j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8#>>.</p></div><div data-bbox=)

Ministério da Saúde. Óbitos de mulheres em idade fértil e óbitos maternos - Brasil. DATA SUS. 2019. Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?sim/cnv/mat10uf.def>> Acesso em: 24/07/2021.

PISCITELLI, Adriana. Interseccionalidades, direitos humanos e vítimas. In: MISKOLCI, Richard; PELÚCIO, Larissa (Orgs.). **Discursos fora da ordem: sexualidades, saberes e direitos**. São Paulo: Annablume, 2012. p. 219-220.

SEU JORGE; ULISES CAPELETTI ; MARCELO FONTES DO NASCIMENTO. **A carne**. 2002. Disponível em: < <https://www.musixmatch.com/pt-br/letras/Elza-Soares/A-Carne>>.

VENTURA, Mirian. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. 3. Ed. Brasília, UNFPA, 2010.

WERNECK, Jurema. **Nossos passos vêm de longe! Movimentos de mulheres negras e estratégias políticas contra o sexismo e o racismo**. Genève: Graduate Institute Publications, 2009. Disponível em: <<http://books.openedition.org/iheid/6316>>. ISBN: 9782940503827. DOI:10.4000/books.iheid.6316.

ANEXO - ENTREVISTA COM ROSE SANTOS

Como entrevista semiestruturada, realizada pelo sistema ZOOM, foram formuladas perguntas com roteiro base preestabelecido, incluindo-se novos questionamentos ao longo da conversa, tornando assim o instrumento de pesquisa mais flexível.

A escolha da entrevistada pautou-se na especificidade técnica e profissional dela e na sua experiência na temática, vez que é bióloga, especialista em saúde coletiva, coordenadora da Política de Saúde da População Negra do Recife, integrante do Comitê de Mortalidade Materna do Recife e da Rede de Mulheres Negras de Pernambuco.

Sendo assim, a entrevista permitiu compreender a atuação prática no protecionismo à liberdade reprodutiva feminina negra, bem como esclareceu o porquê da obscuridade sobre as questões de raça, gênero e sexualidade e a necessidade no acesso aos direitos reprodutivos das mulheres negras.

Desta feita, a entrevistada, pontuou a fulcral relevância acerca do resgate ancestral na percepção dos efeitos do racismo institucional e estrutural, levando-nos a compreender a complexidade que é o processo gradativo de desconstrução da interferência dos determinantes sociais de saúde no acesso aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres negras.

A entrevista realizada traz ao ensaio objeto de trabalho a realidade sobre os entraves que é lutar pela igualdade racial em um país que foi grandioso berço da escravidão e que reforça diariamente práticas sexistas na sociedade e na saúde.

Das perguntas realizadas podemos sopesar que:

1. Ao ser questionada de que maneira a Política de Saúde da População Negra promove a saúde integral destas mulheres e influência na participação popular e no debate de políticas públicas que beneficiam a população negra, a entrevistada, precipuamente respondeu que não existe nos governos uma luta antirracista e antissexista, o que se tem é um processo de reconhecimento do racismo e esse reconhecimento se limita ao combate, mas essa luta de fato não foi ainda assumida por parte dos governos.

2. Questionada sobre como a questão racial impacta diretamente nos atendimentos maternos das mulheres negras, no âmbito do aprimoramento dos profissionais de Saúde para que seja oferecido um atendimento de qualidade para essas mulheres no Sistema Único de Saúde, a entrevistada destaca como a saúde da população negra é um constante processo de formação e atualização desses profissionais, tanto no quesito cor, quanto no processo de discussão do que seria o racismo (base racial). Acrescentando que o racismo é institucional e algo do nosso dia a dia, intrínseco dentro das instituições.

Faz refletir como a questão racial deve ser trabalhada com profissionais e até

mesmo com os não profissionais que estão no ambiente hospitalar de algum modo. Com isso, cursos de atualização e aperfeiçoamento são fulcrais e urgentes nesse processo de aprendizado e desconstrução, uma vez que o modelo hospitalocêntrico e automatizado ainda impera nos cursos de saúde.

3. Questionada sobre as estratégias mais urgentes que devem ser implementadas na rede de saúde em prol da redução no índice de mortalidade materna negra, a entrevistada tratou a violência obstétrica como um dos pontos fulcrais, entendendo que é fator diretamente proporcional, a morte materna. Avalia também os contextos de violência social onde a mulher negra está inserida, pondera os determinantes sociais na saúde (moradia, alimentação, saneamento básico, coleta seletiva, dentre outros).

Relata também a dificuldade atual em fazer esses trabalhos porque não há investimento dentro do Sistema Único de Saúde, sendo a estratégia de governo dar prioridade à medicina curativa, o qual sai do processo preventivo e retorna ao modelo hospitalocêntrico.

Neste contexto, ante todo o exposto e dimensionado nessa entrevista, percebe-se, portanto, que para uma aplicabilidade efetiva do país na garantia e exercício dos direitos reprodutivos das mulheres negras é necessário um processo conjunto entre o Estado, a população, educação e saúde da família que permita trabalhar o prisma negro por meio do resgate ancestral e específico.

A DESNECESSIDADE DO CONTATO FÍSICO PARA CONFIGURAÇÃO DE AÇÃO PENAL POR CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Data de aceite: 01/03/2023

Pedro Daniel Lopes Vieira

Faculdade de Colinas do Tocantins S.A.
Bacharelado em Direito
Colinas do Tocantins - TO

Bernardino Cosobeck da Costa

Faculdade de Colinas do Tocantins S.A.
Colinas do Tocantins - TO

Este Artigo será apresentado à disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso, da Faculdade de Colinas do Tocantins – FIESC/UNIESP exigido como parte dos requisitos para conclusão do Curso Bacharel em Direito sob a orientação do Professor Me. Bernardino Cosobeck da Costa.

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é mostrar uma nova perspectiva para o intérprete de Direito sobre a realidade social no momento de aplicar a norma penal incriminadora, presente no artigo 217-A, do Código Penal Brasileiro. A intenção é que deixe de ser apenas uma forma de entendimento puramente gramatical, e passe a se adequar à maneira de interpretação presente no *caput* do presente artigo.

A Lei 12.015/2009 trouxe para a sociedade a determinação com relação à ter havido ou não o crime de estupro de vulnerável, e

com a lei vieram as determinações para que tenha sido efetivado o referido delito.

Essa perspectiva a ser apresentada à sociedade irá trazer um novo olhar para aproximar o direito de seu fim, tornando assim as decisões mais justas, limitando-se aos crimes sexuais, e se desprendendo da tipicidade, mostrando que, apesar da previsão legal, determinadas condutas, não são consideradas crimes.

PALAVRAS-CHAVE: Estupro, Código Penal, Desconfiguração, Crimes Sexuais, Interpretação.

THE NEED FOR PHYSICAL CONTACT FOR THE CONFIGURATION OF CRIMINAL ACTION FOR CRIME OF RAPE OF VULNERABLE

ABSTRACT: The objective of this work is to show a new perspective for the interpreter of Law on the social reality when applying the incriminating criminal norm, present in article 217-A, of the Brazilian Penal Code. The intention is that it ceases to be just a purely grammatical form of understanding, and starts to adapt to the way of interpretation present in the *caput* of this article. Law 12.015/2009 brought to society the determination regarding whether or not

there was the crime of rape of a vulnerable person, and with the law came the determinations so that the referred crime was carried out. This perspective to be presented to society will bring a new look to bring the right closer to its end, thus making decisions fairer, limiting itself to sexual crimes, and detaching itself from typicality, showing that, despite the legal provision, certain behaviors, are not considered crimes.

KEYWORDS: Rape, Penal Code, Deconfiguration, Sexual Crimes, Interpretation.

1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como tema: “A desnecessidade do contato físico para configuração de Ação Penal por crime de estupro de vulnerável”. A partir do advento da Lei nº 12.015/2009, o critério passou a ser objetivo (idade da vítima), e não mera presunção que por natureza é subjetiva. Pela redação atual do artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos, caracteriza estupro de vulnerável.

O estupro é um crime previsto em todos os ordenamentos jurídicos dos povos civilizados. Entre os crimes sexuais é a infração de natureza mais grave. E na criminalidade comum, o estupro se qualifica como uma das condutas penais onde se pode perceber a maior periculosidade do agente.

N século XX, quando teve início a palavra “Pedofilia”, o estuprador, antes visto como pessoa fora do círculo, passou a também poder ser o pai, o padre, o pastor, o professor, o tio, dentre outros tão próximos quanto. No século atual, as vítimas passaram a ser vistas de forma mais atenciosa pela sociedade e o pós-estupro é mais perscrutado pelos profissionais. Ainda assim, alguns Códigos Penais buscam renovar o sentido do crime, desassociando o assédio do atentado ao pudor e do estupro.

A lei mais recente unificou o estupro e o tentado violento ao pudor como sendo um único crime, previsto no Código Penal, de forma a evitar diversos litígios a respeito do tipo penal. De acordo com a redação atual, caso haja o constrangimento do tipo penal previsto no artigo, não havendo diferença se o sujeito passivo for do sexo feminino ou masculino, estaremos diante do crime de Estupro.

A lei tutela sobre o direito de qualquer pessoa quanto a disposição de seu corpo se e quando desejar, em se tratando se ato sexual. O estupro consegue agredir tanto a liberdade sexual quanto a dignidade do indivíduo, que logo, se sente humilhado pela prática sexual.

O Título VI do Código Penal traz em seu rol os crimes contra a liberdade e desenvolvimento sexual. O desenvolvimento sexual, neste título, pode ser visualizado como bem juridicamente protegido.

Portanto, são considerados bens juridicamente protegidos: a dignidade, a liberdade e o desenvolvimento sexual. E ainda, o objeto material do crime de estupro pode ser tanto na mulher quanto no homem, ou seja, qualquer pessoa, que é a vítima deste delito.

Quanto à forma de consumação do estupro, esta se demonstra ampla, bastante o toque físico para gerar a lascívia ou o constrangimento efetivo da vítima a se expor sexualmente ao agente pode ser atingida a consumação. É, pois, crime material, comissivo, de dano, uni-subjetivo, plurissubsistente, pois é praticado em vários atos, admitindo tentativa.

Não há necessidade de contato físico entre o autor e a vítima, cometendo o crime o agente que, para satisfazer a sua lascívia, ordena que a vítima explore seu próprio corpo (masturbação), somente para contemplação (imaginar a vítima desnuda para caracterização do crime).

Na prática de atos libidinosos, a vítima também pode vir a desempenhar, ao mesmo tempo, os papéis ativo e passivo. Nestas últimas duas condutas, praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso é dispensável o contato físico de natureza erótica entre o esturpador e a vítima.

21 EVOLUÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

No antigo Código Penal, a violência sexual estava prevista no Livro V, Capítulo XVIII. A imagem criminosa do estupro existe desde o início da civilização.

O Código Penal Imperial de 1830 listava vários crimes sexuais, em regra geral, conhecidos como estupro, contra a mulher honesta. Previa uma pena de três a doze anos de prisão e um dote para a vítima. Porém, se a vítima for prostituta, a pena será reduzida de 01 (um) mês a 02 (dois) anos. Além disso, quem se casasse com a vítima não seria punido. Desta forma, cumprem-se os artigos 222.º a 225.º do referido Código.

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.

Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.

Se a violentada fôr prostituta.

Penas - de prisão por um mez a dous annos.

Art. 223. Quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dôr, ou algum mal corporeo a alguma mulher, sem que se verifique a copula carnal.

Penas - de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo, além das em que incorrer o réo pela offensa.

Art. 224. Seduzir mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a seduzida, por um a tres annos, e de dotar a esta.

Art. 225. Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas.

No Código de 1890, estavam previstos os artigos 219 a 221, que tratavam da combinação de relação sexual e violência, mantendo tratamento diferenciado quando a vítima fosse mulher pública ou prostituta. Desta forma, consulte a descrição no artigo.

Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta.

Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.

Art. 220. Se o que commetter o estupro, tiver em seu poder ou guarda a deflorada.

Penas - de desterro para fóra da provincia, em que residir a deflorada, por dous a seis annos, e de dotar esta.

Art. 221. Se o estupro fôr commettido por parente da deflorada em gráo, que não admitta dispensa para casamento.

Penas - de degredo por dous a seis annos para a provincia mais remota da em que residir a deflorada, e de dotar a esta.

2.1 Código penal de 1940

Em relação ao Código Penal de 1940, o estupro só poderia ser cometido por homens e apenas as mulheres poderiam ser contribuintes. A pena prevista é de 03 (três) a 08 (oito) anos de reclusão. Portanto, estipulado no art. 213.

213: constringer mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de três a oito annos.

Pode-se ver que ele não previu que uma mulher pudesse se envolver na conduta envolvida no delito em questão. Assim, esse pensamento levou à forma como a padronização do tempo foi implementada, pois os legisladores entenderam apenas para protegê-lo da influência humana.

A dignidade sexual é um direito fundamental que diz respeito à intimidade, à vida privada e à honra. Este é um direito da personalidade e, portanto, inviolável. Assim, a intimidade e a vida privada são interpretadas na carta constitucional como valores humanos, no plano dos direitos individuais e na defesa desses direitos.

3 | REFORMA PENAL EM 2009

A versão original do código penal, alterada em 7 de dezembro de 1940, retratava uma maior modéstia de costume em relação aos delitos sexuais, que as normas eram feitas de acordo com as conveniências sociais, de modo que os delitos previsíveis no código penal eram acima de tudo, eles procuram proteger um padrão moral mínimo em relação às necessidades sexuais individuais.

A Lei nº 12.015, de 2009, promoveu a revisão substantiva do Título VI do Código

Penal, alterando a antiga expressão “crimes contra os costumes” para “crimes contra a dignidade sexual”, que principalmente se mostrou mais realista.

A revogação do código destinava-se a proteger a boa moral, não a dignidade sexual. No entanto, graças à santificação das garantias constitucionais e ao progresso da sociedade, essa percepção foi superada, sendo imprescindível moldá-la de acordo com a dignidade e a liberdade sexual de cada ser humano.

Assim, a Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, unificou estupro e atentado ao pudor no âmbito do art. Artigo 213 do Código Penal para evitar muita confusão relacionada ao tipo de crime. A partir de agora, de acordo com o art. 213, a pena para o crime foi aumentada de 06 (seis) anos para 10 (dez) anos de reclusão e estabeleceu que não importa se o sujeito passivo é mulher ou homem.

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Antes dessa alteração legislativa, para qualificar o estupro como crime, era necessária a união física, entendida como a relação sexual entre um homem e uma mulher. No entanto, com as alterações legislativas acima referidas, as infrações passaram a incluir qualquer ato obsceno ou sexual praticado contra o sujeito passivo (ou seja, homem ou mulher).

4 I CONTEXTUALIZAÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL SEM CONTATO FÍSICO

O estupro cometido por outra pessoa sem capacidade ou condições de discernimento, com violência comprovada, deixou de Penal Brasileiro para configuração de crime autônomo, previsto no art. 217-A sob o termo “estupro de vulnerável”. A redação diz o seguinte:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º -Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência

§ 2º (VETADO)

§ 3º - Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

§ 4º - Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

§ 5º - As penas previstas no **caput** e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

a) Quem é o sujeito vulnerável?

É o indivíduo que está suscetível a ser ferido, ofendido ou tocado, ou seja, aquela pessoa frágil ou incapaz de algum ato. São pessoas com maior fragilidade perante outros grupos a sociedade, como por exemplo, o indivíduo menor de 14 anos ou aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

b) O que é ato libidinoso?

Pode ser considerado ato libidinoso todo aquele pelo qual a o sujeito ativo busca satisfazer instintos lúbricos. Atos que incentivam aos prazeres do sexo. A conjunção carnal ilícita também é ato libidinoso.

c) Caracterização do tipo penal

De acordo com decisão do STJ, a conduta de contemplar lascivamente, sem contato físico, mediante pagamento, menor de 14 anos desnuda em motel pode permitir a deflagração da ação penal para a apuração do delito de estupro de vulnerável. Segundo a posição majoritária na doutrina, a simples contemplação lasciva já configura o tal “ato libidinoso” descrito nos artigos 213 e 217-A do Código Penal Brasileiro, sendo considerado irrelevante, para que sejam consumados os delitos, que haja contato físico entre o ofensor e o ofendido. (STJ. 5ª Turma. RHC 70.976-MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 0/09/2016)

Diante desta decisão, entende-se por contemplação lasciva o ato de, sem tocar na vítima, mesmo à distância, satisfazer a sua libido com a nudez alheia.

Quando essa contemplação lasciva é realizada junto com o ato de constranger a vítima, teremos o tipo penal contra dignidade sexual.

Caso a vítima se enquadre no conceito legal de vulnerável, estarão preenchidos todos os requisitos típicos do crime de estupro de vulnerável – art. 217-A, CPB.

A Constituição Federal de 1988 traz na redação do art. 5º, inciso X, a inviolabilidade, a intimidade, a vida privada e a honra, sendo estas como garantias fundamentais e primordiais a proteção da vida humana e o bem-estar em sociedade.

A dignidade sexual é, de certa forma, derivada da dignidade da pessoa humana, visto que se dá a percepção de que a pessoa tem direito de escolher com quem deseja ter

o relacionamento sexual, desde que seja plenamente capaz.

Além disso, tem a opção de reagir e ter como vestimenta aquilo que lhe aprecia. A maioria da sociedade compreende que inúmeros indivíduos são vítimas de agressores, sendo estuprada ou imposta ao ato libidinoso pelo fato de terem permitido a conduta do agressor.

5 | O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O Título VI do Código Penal Brasileiro prevê a forma de proteção quanto aos indivíduos se portam sexualmente, e passou a proteger a dignidade sexual. Nos termos da Constituição Federal de 1988, a integridade da pessoa humana vem na espécie de gênero principiológico, e sua redação nos traz que a dignidade é uma característica intrínseca que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade, evitando um ato com o viés desonroso e anti-humano, a fim de que lhe seja garantido ocorrências mínimas e existenciais para uma vida saudável e proporcionar uma cooperação ágil em comunhão com os demais seres humanos.

O nome dado ao Título VI no Código Penal possui por finalidade induzir a hermenêutica do objeto e da pesquisa de cada ilustração referente ao crime de estupro nele contida, com finalidade de, através de uma compreensão estruturada, ocorra uma efetiva tutela do bem jurídico em questão. A finalidade do tipo penal é a real proteção da liberdade sexual da vítima, e, num conceito mais amplo, sua integridade sexual.

Na legislação brasileiro não há um tipo penal nomeado abuso, que geralmente é o termo utilizado para demonstrar as inúmeras maneiras de compreensão sexual com crianças e adolescentes.

A Lei nº 12.015/09 originou um capítulo exclusivo denominado “Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável”, que compreende o estupro de vulnerável explicado no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro vigente.

O Art. 217-A do Código Penal Brasileiro descreve:

“Art. 217-A. Ter conjunção canal ou praticar ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. §1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém eu, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. §2º (Vetado). §3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena reclusão, de 10 (Dez) a 20 (vinte) anos. §4º Se da conduta resulta morte: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.”

Consagra a lei penal como comportamento típico à realização de qualquer ato obsceno, consensual ou não, com vulneráveis que não sejam capazes, por qualquer razão, de reagir ao agente.

6 | O CONCEITO DE VULNERABILIDADE

Em algumas situações nos encontramos em estado de vulnerabilidade, apenas pela circunstância da situação. Nas situações de fragilidade trazidas pelo legislador na redação do art. 217-A é espontaneamente perceptível que se referem a indivíduos menores de 14 (catorze) anos, ou alguém que, por debilidade ou incapacidade mental, não tem a necessária prudência para o desempenho do ato, ou que, por qualquer outra razão, não pode disponibilizar resistência.

O conceito de vulnerabilidade é bastante confundido pelo legislador, visto que se refere a menor de 14 (catorze) anos, ora também menor de 18 (dezoito) anos. Ora aqui, temos das espécies de vulnerabilidade, a absoluta (menor de catorze anos) e a relativa (menor de dezoito anos).

O Estupro de Vulnerável se enquadra da qualificação de crime comum, ou seja, quer dizer que possui como indivíduo ativo qualquer pessoa de idade superior a 18 (dezoito) anos.

O sujeito passivo deste crime é o vulnerável menor de 14 (catorze) anos de idade e a pessoa acometida de debilidade ou insuficiência mental.

a) Tipo objetivo vs. tipo subjetivo

O tipo objetivo deste crime é a intimidação, ou seja, ameaçar a vítima com intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual (para conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso). É consubstanciado em duas condutas distintas: a conjunção carnal e o ato libidinoso.

O elemento subjetivo do tipo penal é o dolo, vez que o agente precisará ter o conhecimento que a vítima possui idade abaixo de 14 (catorze) anos ou que seja acometida por enfermidade. Na hipótese de o agente ignorar qualquer dessas propriedades, afasta-se o dolo e por tanto a tipicidade da conduta visto que inexistente modalidade culposa.

b) Conjunção carnal e ato libidinoso

Por se tratar de crime polinuclear, isto é, figura típica com dois núcleos, conjunção carnal e prática de ato libidinoso, o primeiro ato típico se consuma com a cópula carnal, consistindo na penetração, independente desta ser imparcial ou não.

Na conjunção carnal não é necessário a ruptura do hímen e nem a ejaculação, e o ato libidinoso pode se consumir apenas pela vista do agente à vítima sexualmente exibida. Importante lembrar que a conjunção carnal poderá ser forçada tanto por homem quanto por mulher e a relação deve ser obrigatoriamente heterossexual.

7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do artigo apresentado, foi possível concluir que dá pouco respaldo acerca do assunto, porém não podemos deixar de ressaltar que é necessária uma adequação à

legislação acerca do tema discorrido, em especial o art. 217-A, do Código Penal, deixando de haver como característica ímpar do crime a existência e demonstração de contato físico entre vítima e agressor.

A violência sexual ocorre em qualquer ambiente, mas para definir essa caracterização é necessário um olhar minucioso e detalhado, pois muitos legisladores confundem com o princípio *bis in idem*, levando em conta a proteção à dignidade da pessoa humana, quando a sexualidade desta se demonstra violada. A sociedade não é capaz de distinguir o que pode ser considerado estupro de fato, visto que somente o expresso em lei é informado nos canais de comunicação.

O art. 217-A trata a respeito da dignidade sexual do vulnerável. Porém, antes a Lei nº 12.015/2009 ter sido promulgada, o ato da prática sexual com pessoa em situação de vulnerabilidade configurava, dependendo do caso, estupro (art. 213, CP) ou atentado violento ao pudor (art. 214, CP), mesmo que tenha sido praticado sem violência física ou moral, bastava a presunção do art. 224, CP.

Por fim, pode-se perceber que no Direito Penal Brasileiro, o Estupro de Vulnerável é uma Espécie Penal criada com a Lei nº 12.015 de agosto de 2009, que alterou o artigo 224 do Código Penal, que tratava da presunção de violência. Com o atual crime, a presunção de violência encontra-se em tese absoluta e não mais relativa. Esta mesma lei que originou o conceito do estupro de vulnerável, também foi responsável pela modificação no texto do crime de corrupção de menores, estabelecendo a idade de consentimento no Brasil aos 14 (catorze) anos, com exceção dos casos de prostituição.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei de 16 de Dezembro de 1830. **Manda Executar o Código Criminal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm Acesso em: 30/11/2022.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal, Capítulo I. Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual**. Art. 213. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm Acesso em: 30/11/2022.

ABRAMOVAY, Miriam; **CASTRO**, Mary Garcia; **SILVA**, Lorena Bernadete da. **Juventude e Sexualidade**. Brasília: UNESCO, 2004.

BEE, Helen; **A criança em desenvolvimento**. 7ª Edição. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

TORQUES, Ricardo. **Desnecessidade de contato físico para deflagração de ação penal por crime de estupro de vulnerável**. Disponível em: <https://www.estrategiaoab.com.br> Acesso em 27 dez. 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial**. Vol. 4, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Tratado de Direito Penal: Parte especial 4: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. Norma e bem jurídico no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Especial, Vol. III, 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JESUS, Damásio de. Direito penal, volume 1 : parte geral. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEQUES, Rossana Brum. O consentimento do ofendido como excludente do tipo no direito penal brasileiro. 1ª edição. São Paulo: LiberArs, 2016.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. Lições fundamentais de direito penal: parte geral. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Dignidade sexual: o objeto de tutela nos crimes sexuais e a exploração sexual. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v.15, n.85, p. 99-128.

MIRABETE, Julio Fabbrini; RENATO, N. Fabbrini; Manual de Direito Penal, Volume 2: Parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 29 Edição. São Paulo: Atlas, 2012

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Manual de direito penal: parte especial. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009. 2. Ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Código Penal Comentado. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Gisele Graciano de. Estupro de vulneráveis: uma reflexão sobre a efetividade da norma penal à luz da presunção de vulnerabilidade. Ciência Jurídica, Belo Horizonte/MG, v. 29, n. 181, p. 409-428, janeiro/fevereiro 2015.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de (Org.). Estudos de direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Manual de direito penal: parte geral. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal, Capítulo II. Dos Crimes Sexuais contra Vulnerável. Art. 217-A. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm Acesso em: 30/12/2022.

EQUIPARAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA AO CRIME DE RACISMO: DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL OU INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO?

Data de aceite: 01/03/2023

Elisangela Maximiano

Pós-graduanda em Ciências Criminais pela UniAmérica Centro Universitário.

RESUMO: A homotransfobia, responsável por grande onda de violência no país, ainda não foi objeto de lei penal por parte do poder legislativo pátrio, de forma a coibir a conduta e repreender os agressores, culminando em protestos e manifestações por parte dos defensores do público LGBTQIA+, bem como ajuizamento de ações para reconhecimento de tal comportamento como criminoso, a exemplo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADI nº 26 e do Mandado de Injunção – MI nº 4.733, cujo julgamento pelo Supremo Tribunal Federal – STF, levou à decisão de reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo, dividindo a doutrina entre os que concordam e os que não concordam com a decisão adotada pela suprema corte. O presente artigo científico tem como objetivo o estudo das supracitadas ações constitucionais, com o intuito de analisar os argumentos antagônicos à luz da Constituição da República Federativa do Brasil e dos princípios que regem o

direito penal, para concluir se a solução apresentada encontra respaldo no ordenamento jurídico nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Homotransfobia. Racismo. Analogia. Legalidade. Constituição. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT: Homotransphobia, responsible for a great wave of violence in the country, has still not been the object of criminal law by the country's legislative power, in order to curb the conduct and punish aggressors, culminating in protests and manifestations by GLBTQIA defenders, as well as the filing of lawsuits for the recognition of such behavior as criminal, such as the Direct Action of Unconstitutionality by Omission (number 26) and the Writ of Injunction (number 4.733), whose judgment by the Federal Supreme Court, led to the decision recognizing homotransphobia as a crime of racism, dividing the doctrine between those who agree and those who do not agree with the decision adopted by the supreme court. This scientific article aims to study the aforementioned constitutional actions, in order to analyze the antagonistic arguments in light of the Constitution of the Federative Republic of Brazil and the principles that

govern criminal law, to conclude whether the solution presented is supported by the national legal system.

KEYWORDS: Homotransphobia. Racism. Analogy. Legality. Constitution. Dignity of the Human Person.

1 | INTRODUÇÃO

A homotransfobia é um mal vivenciado por pessoas no mundo todo. A violência exercida contra o público LGBTQIA+ e a falta de tipificação penal para coibir a conduta deixa vulnerável esse público, que necessita de ações protetivas exercidas pelos três poderes.

Nesse sentido, aportaram no Supremo Tribunal Federal – STF, ações constitucionais com o intuito de proteger as pessoas LGBTQIA+, tais como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO nº 26 e o Mandado de Injunção – MI nº 4.733, e após longo julgamento, os ministros do STF reconheceram a homotransfobia como crime de Racismo, com fulcro na Lei nº 7.716/89, causando grande debate dentre os estudiosos do direito.

A doutrina se divide, já que o tema é controverso, parte discordando do posicionamento do STF, sob a alegação de desrespeito ao Princípio da Legalidade, não adoção de Analogia em Direito Penal e Violação do Princípio da Separação dos Poderes, e outra parcela defendendo o reconhecimento, com fundamento na interpretação conforme a Constituição.

O presente artigo científico tem como objetivo o estudo da decisão do STF, bem como das diferentes correntes doutrinárias, para analisar se o reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo foi a decisão mais correta para solucionar a problemática.

2 | PESSOAS LGBTQIA+ E A HOMOTRANSFOBIA

Atualmente o gênero é mais do que feminino e masculino e a sexualidade humana não é mais definida simplesmente como heterossexual e homossexual, havendo diversas nomenclaturas para abordar diferentes identidades e expressões de gênero.

A sigla LGBTQIA+ representa apenas parcela dessas nomeações e é uma evolução da antiga sigla GLS, que significava gay, lésbicas e simpatizantes, o que hoje em dia é deveras simplório e até ultrapassado para se referir à diversidade sexual.

A letra “L” advém de lésbica; “G” de gay; “B” de bissexual; “T” de travestis e transexuais, “Q” de queer (utilizado para se referir às pessoas que transitam entre os gêneros), “I” de intersexuais (pessoas que estão entre o feminino e o masculino e não se adequam à forma binária); “A” de assexuais (pessoas que não sentem atração sexual, não importando o gênero ou identidade da outra pessoa), e o “+”, representa tantas outras

definições¹. A classificação acima é de extrema importância para o reconhecimento da diversidade sexual e também para a inclusão do público LGBTQIA+ e seus direitos.

Em contrapartida, o que é diferente por vezes causa estranhamento, preconceito e medo, e muitos indivíduos expressam esses sentimentos por meio de violência, não aceitação e desrespeito ao que não julgam correto, natural ou normal.

Em estado de dicionário, fobia é o “sentimento exagerado de medo ou aversão”². Assim, “a homotransfobia consiste na discriminação decorrente da orientação sexual, dirigida à homossexualidade, e a discriminação por identidade de gênero, dirigida aos travestis e transexuais”³.

Pelo exposto, a homotransfobia atinge não somente gays, lésbicas, travestis e transexuais, mas a todos aqueles que se identificam ou expressam sua sexualidade fora dos padrões adotados pelo homotransfóbico como aceitável, tornando esse público vulnerável aos ditames e ao comportamento agressivo e mortal de seu algoz. Estudos relacionados às mortes violentas dentre o público LGBTQIA+ no Brasil revelam um aumento de 130 mortes no ano 2.000, para um ápice de 445 em 2.017, seguido de 420 mortes no ano de 2.018, com uma redução para 329 em 2.019 e a queda de 91 casos, totalizando 237 mortes em 2.020. Contudo, apesar da queda nos últimos dois anos, o total de vítimas soma 5.047 nos últimos vinte anos. Dos 237 casos computados em 2.020, 161 são entre travestis e transexuais e 51 são de vítimas gays. Em relação ao perfil das vítimas, mais de 32% possuem entre 15 e 30 anos e 54% são negras ou pardas.⁴

Há de se destacar que, além das pessoas LGBTQIA+, os defensores de seus direitos, ainda que heteros cis-normativos, são sujeitos à essa barbárie, bem como como indivíduos que ao expressarem afeto por meio de abraços, por exemplo, podem ser confundidos como homossexuais.

Para Maria Berenice Dias, presidente da Comissão de Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil, OAB Nacional:

É enorme preconceito de que são alvo, a perseguição que sofrem, a violência de que são vítimas. E mesmo assim, não existe legislação que reconheça direitos a gays, lésbicas, bissexuais, travestis ou transexuais, ou criminalize os atos homofóbicos de que são vítimas.⁵

A omissão legislativa, não apenas deixa vulnerável esse público, mas também lhes

1 Definição dada pelo site EDUCA + BRASIL. Disponível em: < https://www.educamaisbrasil.com.br/educacao/dicas/qual-o-significado-da-sigla-lgbtqia?gclid=cj0kcqjw1dgbhd4arisanb6odn4wpk4iabq3hpvttdmrgxjqdsrpav5b_0umerao-6zqqkyqoyrr3qaalaaealw_wcb>. Acesso em 05 de setembro de 2021.

2 Definição dada pelo Dicionário Online de Português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/fobia/>. Acesso em 05 de setembro de 2021.

3 OLIVEIRA, Frederico. **HOMOTRANSFOBIA E O ESTADO**. Disponível em: <https://www.aredacao.com.br/artigos/40547/homotransfobia-e-o-estado>>. Acesso em 05 de setembro de 2021.

4 Dados divulgados pelo Observatório de Mortes Violentas de LBTI no Brasil – 2020. Disponível em: < <https://observatoriomortesviolentaslgbtbrasil.org/2020>>. Acesso em 05 de setembro de 2021.

5 DIAS, Maria Berenice. **A HOMOFOBIA E A OMISSÃO DO LEGISLADOR**. Disponível em: < [http://www.berenicedias.com.br/manager/arq/\(cod2_612\)a_homofobia_e_a_omissao_do_legislador_rlatorio_azul.pdf](http://www.berenicedias.com.br/manager/arq/(cod2_612)a_homofobia_e_a_omissao_do_legislador_rlatorio_azul.pdf)>. Acesso em 05 de setembro de 2021.

tira a voz, vez que não encontram representatividade dentre os legisladores, que devem se atentar para os problemas que acometem a população como um todo, como bem aborda Maria Berenice Dias:

Dos segmentos minoritários, a população LGBT são as maiores vítimas da exclusão social, da discriminação. Ainda assim, projetos que busquem atender a esta parcela de cidadãos acabam não interessando ao legislador. Ora, como apresentar uma lei? Como votar a favor? Como se manifestar em prol de projeto de lei que tutele os seus interesses? Tal pode desagradar ao eleitorado. Pode comprometer a reeleição. E pode haver o risco de ser rotulado como homossexual.⁶

A homotransfobia é um mal real a ser combatido e a omissão legislativa revela desinteresse do poder legislativo em resolver a problemática, no entanto, as milhares de mortes e as famílias destruídas pela violência necessitam de uma solução, fazendo chegar aos tribunais demandas para atender a deficiência, fazendo nascer o debate: Pode o poder judiciário adotar medidas punitivas, ou seja, pode criminalizar uma conduta?

3 | PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

3.1 Princípio da Legalidade

Nas palavras do ilustre Miguel Reale:

Princípios são, pois verdades e juízos fundamentais, que servem de alicerce ou garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenado em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.⁷

Dessa forma, o princípio é um norteador de interpretação, logo, traz em seu escopo uma carga valorativa que auxilia o interprete na compreensão e aplicação da norma.

O Direito Penal é carregado de princípios, tais como o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade, Princípio da Lesividade, Princípio da Alteridade, Princípio da Insignificância, dentre outros, mas seu fundamental princípio é, sem sombra de dúvidas, o Princípio da Legalidade, que de acordo com parte da doutrina, pode ser dividido em Princípio da Reserva Legal e o Princípio da Anterioridade.

O Princípio da Legalidade tem previsão constitucional no Art. 5º, XXXIX – CF: Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, bem como está expresso no Código Penal, no Art. 1º - CP: Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

6 DIAS, Maria Berenice. **A HOMOFOBIA E A OMISSÃO DO LEGISLADOR**. Disponível em: < [http://www.berenicedias.com.br/manager/arq/\(cod2_612\)a_homofobia_e_a_omissao_do_legislador__rlatorio_azul.pdf](http://www.berenicedias.com.br/manager/arq/(cod2_612)a_homofobia_e_a_omissao_do_legislador__rlatorio_azul.pdf) Acesso em 05 de setembro de 2021.

7 REALE, Miguel. **FILOSOFIA DO DIREITO**. 11ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 1986. P. 60.

De acordo com Fernando Capez:

(...) Com efeito, o princípio da legalidade corresponde aos enunciados dos arts. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e 1º do Código Penal (..) e contém, nele embutidos, dois princípios diferentes: o da reserva legal, reservando para o estrito campo da lei a existência do crime e sua correspondente pena (...), e o da anterioridade, exigindo que a lei esteja em vigor no momento da prática da infração penal (...). Assim, a regra do artigo 1º, denominada princípio da legalidade, compreende os princípios da reserva legal e da anterioridade.⁸

Dessa forma, é necessário que haja lei em sentido formal que defina um comportamento como criminoso, sendo que tal lei deve ser anterior a esse comportamento para que ele seja punido, e esta lei deve estabelecer os limites da pena a ser aplicada.

3.2 Princípio da Taxatividade

Outro princípio que exerce grande importância em matéria penal é o Princípio da Taxatividade, que expressa que os tipos penais devem ser redigidos com clareza, de forma a ser de fácil compreensão.

O princípio da taxatividade ou da determinação exige clareza quando da criação de infração penal porque a norma incriminadora deve ser de fácil entendimento por todos, ou seja, as condutas criminosas precisam ser redigidas com clareza pelo legislador para facilitar o entendimento da população em geral, portanto, não se admite tipos penais com expressão vaga.⁹

Nesse sentido, para que haja crime deve existir uma lei em sentido estrito, que determine que uma conduta descrita com clareza seja considerada incriminadora, sendo que para tal conduta deve haver um limite de pena, e tanto a lei como a pena devem ser anteriores ao comportamento do agente.

Logo, se a competência de legislar sobre direito penal, como estabelecido no Art. 22, I, da Constituição Federal, é do poder legislativo federal, que até o presente momento se quietou inerte em relação à criminalização da homotransfobia, esta não pode ser punida como crime na ótica dos princípios da legalidade e da taxatividade. Mas, frisa-se que além dos abordados princípios gerais do direito, são fontes mediatas os costumes e a analogia.

4 | ANALOGIA EM DIREITO PENAL

“Analogia significa aplicar a uma hipótese não regulada por lei, a legislação de um caso semelhante”¹⁰. As expressões latinas *ubi eadem ratio ibi idem jus* e *ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositivo* enunciam bem a ideia e significam, respectivamente “onde

8 CAPEZ, Fernando. **CURSO DE DIREITO PENAL**. Parte Geral 1. 19ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2015. P. 54.
9 MELO, Paulo César da Silva. **PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE E A CONSEQUENTE FRAGMENTARIEDADE ÀS AVESSAS**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/88270/principio-da-taxatividade-e-a-consequente-fragmentariedade-as-avessas>. Acesso em 06 de setembro de 2021.

10 CASTELLO, Rodrigo. **ANALOGIA EM DIREITO PENAL**. Disponível em: <https://rodrigocastello.jusbrasil.com.br/artigos/121936756/analogia-em-direito-penal>. Acesso em 06 de setembro de 2021.

houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito” e “onde impera a mesma razão deverá imperar a mesma decisão”. Destarte:

(...) a analogia consiste no complexo de meios dos quais se vale o intérprete para suprir a lacuna do direito positivo e integrá-lo com elementos buscados no próprio Direito. Nesta ótica, seu fundamento é sempre a inexistência de uma disposição precisa da lei que alcance o caso concreto.¹¹

Compreender o que é analogia é importante para entender se é possível sua aplicação em direito penal, cuja resposta se faz negativa, com fundamento nos princípios do direito penal. Fernando Capez expõe:

A aplicação da analogia em norma penal incriminadora fere o princípio da reserva legal, uma vez que um fato não definido em lei estaria sendo considerado como tal. (...). Neste caso, um fato não considerado criminoso pela lei passaria a sê-lo, em evidente afronta ao princípio constitucional do art. 5º, XXXIX.¹²

Dessa maneira, como o constituinte e o legislador dispuseram expressamente a necessidade de lei formal para a criminalização de um comportamento, não é possível a analogia *in malam partem*, isto é, que seja contrária aos interesses do réu, que seja aplicada em desfavor do réu, pois tal fato poderia causar uma insegurança jurídica, visto que o indivíduo não pode ser punido por um comportamento que não foi tipificado como crime.

5 | OMISSÃO LEGISLATIVA

Há insegurança jurídica quando um indivíduo é punido por uma conduta não tipificada como infração penal, entretanto, também há insegurança jurídica quando um comportamento causa grande mal à população e nada se faz para coibi-lo, ademais, a insegurança não é somente jurídica, é concreta dos pontos de vista físico, emocional e psicológico, gerando consequências negativas à toda sociedade.

Como bem aborda Maria Berenice Dias:

Pontes de Miranda, o nosso juiz maior, diz que a lei carimba um fato, atribuindo-lhe uma consequência. Grosso modo esta é a função do legislador: apreender um fato social, transformá-lo numa norma jurídica e prever uma sanção em caso de descumprimento.

Portanto, as leis servem de norte de como as pessoas devem agir. Criam pautas de conduta, modelos de comportamento que irão reger a vida em sociedade. Este é o significado maior da atividade legiferante¹³.

Se cabe ao poder legislativo a produção das leis no objetivo de atender as

11 CUNHA, Rogério Sanches. **A ANALOGIA NO DIREITO PENAL E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ**. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/08/08/analogia-no-direito-penal-e-jurisprudencia-stj/>>. Acesso em 06 de setembro de 2021.

12 CAPEZ, Fernando. **CURSO DE PENAL**. Parte Geral 1. 19ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2015. P. 53.

13 DIAS, Maria Berenice. **A HOMOFOBIA E A OMISSÃO DO LEGISLADOR**. Disponível em: <[http://www.berenice-dias.com.br/manager/arq/\(cod2_612\)a_homofobia_e_a_omissao_do_legislador_rlator_io_azul.pdf](http://www.berenice-dias.com.br/manager/arq/(cod2_612)a_homofobia_e_a_omissao_do_legislador_rlator_io_azul.pdf)>. Acesso em 11 de setembro de 2021.

necessidades das pessoas, levando em consideração as mudanças no entendimento dos valores da sociedade e a evolução dos arquétipos, qual a solução quando este poder não cumpre seu papel?

A Constituição Federal prevê duas formas de se discutir e buscar soluções para uma omissão legislativa, o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

5.1 Mandado de Injunção - MI

O Mandado de Injunção está previsto no artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal e na Lei nº 13.300/16, e tem seu cabimento quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das garantias inerentes da nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Com efeito, o mandado de injunção tem a finalidade de realizar concretamente em favor do impetrante, o direito, a liberdade ou a prerrogativa constitucional, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício *in concreto*. Destarte, não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional¹⁴.

O artigo 8º da Lei nº 13.300/16 determina que o Mandado de Injunção julgado procedente vincula o juízo competente a:

Lei nº 13.300/16

Art. 8º - Reconhecendo o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I – determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II – estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados, ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Dessa maneira, a decisão do poder judiciário deverá estabelecer um prazo para que o poder legislativo edite lei para tratar da matéria discutida no mandado de injunção e dar ao impetrante as condições para que este exerça seus direitos enquanto a lei não entre em vigor.

A omissão legislativa pode ser parcial ou total, sendo que o mandado de injunção constitui controle difuso de constitucionalidade e pode ser impetrado por qualquer pessoa natural ou jurídica, inclusive em primeira instância, cuja decisão do poder judiciário tem aplicação *inter partes*.

Para discutir a omissão legislativa em relação à discriminação dos direitos do público LBTQIA+ foi impetrado o Mandado de Injunção nº 4.733.

¹⁴ AMARAL, Robson Santos. **A OMISSÃO LEGISLATIVA E O MANDADO DE INJUNÇÃO**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141087/RUBSON%20SANTOS%20AMARAL.pdf>>. Acesso em 11 de setembro de 2021.

5.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO

Outra forma de se discutir a omissão legislativa é por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO, prevista nos artigos 102, I, “a” e 103 da Constituição Federal, e na Lei nº 9.868/99.

Através da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, busca-se combater a “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”. Ou seja, aquelas normas que necessitam de leis para regulamentá-las e produzir seus efeitos jurídicos. Afinal o fundamento da impugnação da ADO é justamente o comportamento omissivo por parte do Poder Público.

Portanto, para que seja proposta ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pressupõe que o Poder Público competente para legislar em determinado assunto não cumpriu o seu dever. Ou seja, não editou norma advinda de uma determinação constitucional específica¹⁵.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão constitui controle concentrado de constitucionalidade e somente pode ser proposta pelos sujeitos citados no artigo 103 da Constituição Federal, conforme manda o artigo 12 A da Lei nº 9.868/99, e intenta discutir uma norma *in abstracto*, e não a discussão de um caso concreto, como ocorre no Mandado de Injunção, cujo controle de constitucionalidade é difuso.

Insta constar que conforme o artigo 12-H da Lei nº 9.868/99, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias.

A ADO discute uma omissão legislativa, isto é, o descumprimento de uma ordem emanada na constituição. Como exemplo desse tipo de ordem podemos citar os mandados de criminalização, em que o poder constituinte determinou que o poder legislativo tipificasse crimes de racismo, tortura, dentre outros.

De acordo com Cleber Masson “os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens e interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral.”¹⁶

Os mandados de criminalização podem ser expressos, como no caso do artigo 5º, XLI, da Constituição Federal, que contém o mandamento de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, bem como do inciso XLII do mesmo artigo, o qual dispõe que o crime de racismo seja inafiançável e imprescritível, notando-se que além de mandar criminalizar o racismo, o referido dispositivo ordena que seja insuscetível de fiança e que não prescreva.

15 FONTENELE, Vivian. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: SAIBA MAIS**. Disponível em: < <https://masterjuris.com.br/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-saiba-mais/>>. Acesso em 11 de setembro de 2021.

16 MASSON, Cleber. Apud em ORTEGA, Flavia Teixeira. **O QUE SÃO OS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO**. Disponível em: < <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/388280706/o-que-sao-os-mandados-de-criminalizacao->>. Acesso em 11 de setembro de 2021.

Vale salientar que além de expreso, o mandado de criminalização pode ser implícito, quando há o descumprimento de uma ordem da constituição, como a proteção dos direitos fundamentais, por exemplo.

Pelo exposto, no que tange à homotransfobia é possível concluir que há sim uma omissão legislativa, visto que o poder legislativo federal, responsável por legislar sobre direito penal, não tomou a iniciativa em punir a conduta de quem desrespeita direitos e liberdades fundamentais relacionados às pessoas LGBTQIA+.

Para discutir esta omissão foi proposta a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26.

6 I AÇÕES PARA DISCUTIR A MORA LEGISLATIVA NO QUE TANGE À DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS LGBTQIA+

Dentre as ações e remédios constitucionais ajuizados para requerer soluções para a problemática do desrespeito de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais do público LGBTQIA+, destacam-se o Mandado de Injunção nº 4.733 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, mote do presente artigo científico.

6.1 Mandado de Injunção – MI nº 4.733

O Mandado de Injunção nº 4.733 foi impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT em face do Congresso Nacional, tendo como Relatador o Ministro Edson Facchin, sendo julgados procedentes os pedidos de: i) Reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e, ii) Aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 (Lei Antirracismo).

O MI nº 4.733 contou como *amicus curiae* o Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, em apoio à impetrante, e o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM em apoio ao impetrado, além de tantos outros advogados, tais como Maria Berenice Dias, já citada no presente artigo.

O cabimento do referido MI teve por fundamento o artigo 5º, LXXI, CF, que dispõe que caberá Mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, visto que o direito e a liberdade para ser e expressar sua sexualidade é constantemente ameaçado pela violência praticada por grupos intolerantes.

Em sua sustentação oral, o advogado Paulo Roberto Iotti Vecchiatti expos:

Sobre o cabimento do Mandado de Injunção [4733]: embora haja um inconsciente coletivo na doutrina que acha que “só cabe” mandado de injunção para criar direito subjetivo que precisa constitutivamente criado por lei, não é isso que diz a Constituição: A Constituição diz que cabe mandado de injunção sempre que a ausência de norma regulamentadora inviabilizar direitos e liberdades constitucionais – é a primeira parte [do dispositivo] – e

prerrogativa inerentes à cidadania sua parte final. (...) Porque a ordem de criminalizar não é um amesquinamento de direitos fundamentais de quem vai ter a conduta criminalizada, (...) é um mecanismo de proteção dos direitos fundamentais e direitos humanos do grupo a ser protegido.¹⁷

O julgamento do MI nº 4.733 foi conjunto com o da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO nº 26, razão pela qual os argumentos para a decisão serão abordados posteriormente.

6.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO nº 26

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO nº 26 foi proposta pelo Partido Popular Socialista em face do Congresso Nacional, pelo mesmo escopo do MI nº 4.733, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello e cujo julgamento decidiu procedente para: i) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; ii) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; iii) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99; iv) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional.¹⁸

6.3 Dos argumentos do julgamento conjunto

Conforme abordado anteriormente, o julgamento do MI nº 4.733 e da ADO nº 26 foi realizado conjuntamente, pelo fato de ambas as ações versarem sobre o mesmo tema, com a mesma causa de pedir e pedidos semelhantes.

O extenso julgamento se pautou na discussão principal de criminalização da homotransfobia, seu reconhecimento como mora inconstitucional do Congresso Nacional, responsável por legislar sobre matéria penal, com pedido de estabelecimento de prazo para edição da norma e aplicação da Lei Antirracismo até a edição de lei própria.

Os argumentos contrários aos pedidos sustentaram: i) a impossibilidade de criminalizar uma conduta que não tipificada por lei emanada pelo poder legislativo federal; ii) o descumprimento dos princípios penais como legalidade e reserva legal; iii) a inaplicação de analogia em direito penal, assim como iv) a violação do princípio da separação dos poderes, sob a alegação que o poder judiciário estaria usurpando uma atividade típica do

17 VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O STF, A HOMOTRANSFOBIA E O SEU RECONHECIMENTO COMO CRIME DE RACISMO**. Editora Spessoto. Bauru. 2020. P. 58 / 59.

18 Retirado da Decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da ADO nº 26, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 11 de outubro de 2021.

poder legislativo.

Em relação à vedação do uso da analogia em direito penal, bem como os princípios que regem a criação de uma norma criminalizadora, estes já foram abordados no início deste artigo, restando então verificar o Princípio da Separação dos Poderes, expresso no artigo 2º da Constituição Federal, que trata os poderes legislativo, executivo e judiciário como independentes e harmônicos entre si.

Para entender se há usurpação da função típica do poder legislativo pelo poder judiciário, vale salientar que os poderes possuem suas funções típicas e atípicas, sendo possível ainda o controle de um sobre o outro no chamado Sistema de Freios e Contrapesos.

O Sistema de Freios e Contrapesos consiste no controle do poder pelo próprio poder, sendo que cada Poder teria autonomia para exercer sua função, mas seria controlado pelos outros poderes. Isso serviria para evitar que houvesse abusos no exercício por qualquer dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Dessa forma, embora cada Poder seja independente e autônomo, deve trabalhar em harmonia com os demais Poderes.¹⁹

Ademais, além das funções típicas, os Poderes possuem funções atípicas, sendo certo que o Poder Judiciário possui função atípica administrativa e legislativa. “Além da função típica de julgar, é também do Judiciário a função classificada como função atípica, de natureza legislativa, a edição de normas regimentais e preenchimento de lacunas das leis mediante interpretação do caso concreto”.²⁰

Os argumentos favoráveis aos pedidos das supracitadas ações estão embasados na interpretação conforme a Constituição Federal, ressaltando que a carta magna rege o ordenamento jurídico pátrio e seus princípios devem nortear a interpretação da legislação infraconstitucional.

A hermenêutica jurídica possibilita diversas formas de interpretação: literal, histórica, teleológica, extensiva, restritiva, dentre outras. Dessa forma, entende-se que a interpretação se dá não apenas pela decodificação gramatical do texto legal, mas deve levar em consideração o momento histórico da produção da norma e sua finalidade.

“A interpretação conforme a Constituição é aquela em que o intérprete adota a interpretação mais favorável à Constituição Federal, considerando-se seus princípios e jurisprudência, sem, contudo, se afastar da finalidade da lei.”²¹

Nesse sentido, Cláudio de Oliveira Santos Colnago ensina:

19 PISKE, Oriana e SARACHO, Antonio Benites. **CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEOORIA DOS FREIOS E CONTRAPESOS (CHECKS AND BALANCES SYSTEM)**. Disponível em: <<https://www.tjdf.tjus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>>. Acesso em 11 de outubro de 2021.

20 MALAQUIAS, Felipe Coli. **DA FUNÇÃO ATÍPICA ATRIBUÍDA AO PODER JUDICIÁRIO**. Disponível em: <<https://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/38383/da-funcao-atipica-atribuida-ao-poder-judiciario#:~:text=Al%C3%A9m%20da%20fun%C3%A7%C3%A3o%20t%C3%ADpica%20de,mediante%20interpreta%C3%A7%C3%A3o%20do%20caso%20concreto..>>. Acesso em 11 de outubro de 2021.

21 LIMA, Caroline Silva **EM QUE CONSISTE O MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO?** Disponível em: <https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2235579/em-que-consiste-o-metodo-de-interpretacao-conforme-a-constituicao-caroline-silva-lima>. Acesso em 11 de outubro de 2021.

(...) no que diz respeito aos fundamentos justificadores da adoção das decisões interpretativas pelo Supremo Tribunal Federal, a doutrina elege, basicamente, os seguintes: a) supremacia da Constituição, da qual deriva a unidade do ordenamento jurídico; b) presunção de constitucionalidade das leis; c) princípio de economia no máximo aproveitamento dos atos legislativos; d) harmonia entre os Poderes ou deferência ao legislador.

Poderíamos, ainda, destacar como fundamento relevante para as decisões interpretativas a expressão de um ativismo judicial, ou seja, de um poder discricionário de interpretação da Constituição, exercido pelas Cortes Constitucionais.²²

Assim, os princípios e fundamento que levaram ao entendimento de que sim, há uma mora legislativa na não criminalização da homotransfobia, estão na Constituição Federal de 1988, a iniciar pelo fundamento expresso no artigo 1º, III – CF, a Dignidade da Pessoa Humana, expressão que possui diversos conceitos, mas que se traduz na ideia de respeito e proteção à pessoa humana, pelo simples fato de ser humana.

A Constituição Federal elenca ainda em seu artigo 4º, os objetivos da República Federativa do Brasil, dentre eles: I) Construir uma sociedade livre, justa e solidária e, IV) Promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, expõe que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para os outros em espírito de fraternidade”.

Corroborando a DUDH, o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal declara que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, entendendo-se que a orientação sexual não deve ser justificativa para a discriminação, muito menos para a violência e extermínio.

Pelo exposto, é evidente que a Constituição Federal tem como foco a proteção da pessoa humana e repudia qualquer forma de discriminação, sendo que algumas condutas o constituinte entendeu tão graves que determinou sua criminalização, são os chamados Mandados de Criminalização, dentre eles, o mandado de criminalização do racismo, expresso nos incisos XLI e XLII da Constituição Federal,

7 | RECONHECIMENTO DA HOMOTRANSFOBIA COMO CRIME DE RACISMO

No julgamento do MI nº 4.733 e da ADO nº 26, o Supremo Tribunal Federal reconheceu haver mora inconstitucional já que ainda não há lei que criminalize a homotransfobia, determinando a cientificação do Congresso Nacional acerca do mandamento do § 2º do artigo 103 da Constituição Federal e do *caput* do artigo 12-H da Lei nº 9.868/99, isto é, que edite a norma para solução da mora inconstitucional, determinando ainda, que até a edição

²² COLNADO, Cláudio de Oliveira Santos. **INTERPRETAÇÃO CONFOME A CONSTITUIÇÃO: DECISÕES INTERPRETATIVAS DO STF EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**. São Paulo. Editora Método. 2007.P. 130.

de lei própria, se reconhece a homotransfobia como crime previsto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89, a Lei Antirracismo.

A decisão causou descontentamento em parte da doutrina, sob a alegação de a Lei nº 7.716/89 não deveria abarcar a homotransfobia, contudo, o STF justificou que o racismo não protege somente a raça, ou seja, não são levados em conta apenas os critérios biológicos, mas também critérios como etnia, religião e orientação sexual, que são entendidos como componentes de um racismo social.

O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.²³

O entendimento do STF é que o racismo social se traduz pela dominação de um grupo social por outro, por motivos ideológicos, deixando-o marginalizado e mais vulnerável, carente de proteção de seus direitos.

8 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O julgamento do Mandado de Injunção nº 4.733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO nº 26, foi longo e polêmico, dividindo a doutrina e a opinião pública, de um lado os defensores da criminalização da homotransfobia, de outro os contrários à criminalização, seja por considerar correta a conduta e incorreta a manifestação da sexualidade diversa ao gênero hetero cis- normativo, seja por acreditar contrariar o ordenamento jurídico, sob a tese de desrespeito ao Princípio da Separação dos Poderes e aos princípios penais.

Os argumentos contrários à criminalização se fundaram na ideia de que o Poder Judiciário não pode usurpar a função típica de legislar do Poder Legislativo, além de considerar desrespeitar os princípios penais que determinam que apenas a lei em sentido estrito pode criminalizar uma conduta, lei esta que deve emanar do Congresso Nacional, sendo inadmissível também, a utilização de analogia em direito penal.

Em contrapartida, os favoráveis à criminalização suscitaram a mora legislativa, sob a alegação de que há um mandado de criminalização da conduta, expresso nos incisos XLI e XLII da Constituição Federal.

²³ Retirado da Decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da ADO nº 26, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 11 de outubro de 2021.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora inconstitucional, e determinou a cientificarão do Congresso Nacional para edição da lei, determinando ainda que, até a sua edição, seja a homotransfobia reconhecida como crime de racismo, com fulcro na Lei nº 7.716/89, por entender se tratar de um racismo social.

Destarte, entende-se acertada a decisão da suprema corte, pois no julgamento do MI nº 4.733 e da ADO nº 26, o Supremo Tribunal Federal não criou uma nova figura típica, de forma a desrespeitar o Princípio da Separação dos Poderes e princípios penais, tampouco fez analogia *in mallam partem* ou extensiva, apenas deu à Lei nº 7.716/89 uma interpretação conforme à Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, entendendo que a homotransfobia constitui crime de racismo na medida em que é a expressão da dominação de um grupo social por outro, visto que o racismo abarca muito mais que as características biológicas do indivíduo.

Por conseguinte, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tem como um de seus fundamentos a Dignidade da Pessoa Humana e como objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária, e promover o bem de todos, sem qualquer forma de discriminação, e ignorar a homotransfobia, deixando as pessoas LGBTQIA+ ainda mais vulneráveis à violência física, institucional e praticada pelo próprio Estado, configura mais que uma proteção insuficiente, é desumano e degradante.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Robson Santos. **A OMISSÃO LEGISLATIVA E O MANDADO DE INJUNÇÃO**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141087/RUBSON%20SANTO%20AMARAL.pdf>>. Acesso em 11 de setembro de 2021;

CAPEZ, Fernando. **CURSO DE DIREITO PENAL – Parte Geral 1**. São Paulo. Editora Saraiva. 2015;

CASTELLO, Rodrigo. **ANALOGIA EM DIREITO PENAL**. Disponível em: <https://rodrigocastello.jusbrasil.com.br/artigos/121936756/analogia-em-direito-penal>. Acesso em 06 de setembro de 2021;

COLNAGO, Claudio de Oliveira Santos. **INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO: DECISÕES INTERPRETATIVAS DO STF EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**. São Paulo. Editora Método. 2007);

CUNHA, Rogério Sanches. **A ANALOGIA NO DIREITO PENAL E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ**. Disponível em: < <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/08/08/analogia-no-direito-penal-e-jurisprudencia-stj/>>. Acesso em 06 de setembro de 2021;

DIAS. Maria Berenice. **A HOMOFOBIA E A OMISSÃO DO LEGISLADOR**. Disponível em: < [http://www.berenedias.com.br/manager/arq/\(cod2_612\)a_homofobia_e_a_omissao_do_legislador_rlatorio_azul.pdf](http://www.berenedias.com.br/manager/arq/(cod2_612)a_homofobia_e_a_omissao_do_legislador_rlatorio_azul.pdf)>. Acesso em 05 de setembro de 2021; FONTENELE, Vivian. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: SAIBA MAIS**. Disponível em: < <https://masterjuris.com.br/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-saiba-mais/>>. Acesso em 11 de setembro de 2021; LAURENTIIS, Lucas Catib De. **Interpretação conforme a Constituição, conceitos, técnicas e efeitos**. São Paulo. Malheiros Editores. 2012;

LIMA, Caroline Silva **EM QUE CONSISTE O MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO?** Disponível em: <https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2235579/em-que-consiste-o-metodo-de-interpretacao-conforme-a-constituicao-caroline-silva-lima>. Acesso em 11 de outubro de 2021;

MALAUQUIAS, Felipe Coli. **DA FUNÇÃO ATÍPICA ATRIBUÍDA AO PODER JUDICIÁRIO.** Disponível em: <https://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/38383/da-funcao-atipica-atribuida-ao-poder-judiciario#:~:text=Al%C3%A9m%20da%20fun%C3%A7%C3%A3o%20t%C3%ADpic%20de,mediante%20interpreta%C3%A7%C3%A3o%20do%20caso%20concreto..> Acesso em 11 de outubro de 2021;

MASSON, Cleber. Apud em ORTEGA, Flavia Teixeira. **O QUE SÃO OS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO.** Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/388280706/o-que-sao-os-mandados-de-criminalizacao>. Acesso em 11 de setembro de 2021.

MELO, Paulo César da Silva. **PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE E A CONSEQUENTE FRAGMENTARIEDADE ÀS AVESSAS.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/88270/principio-da-taxatividade-e-a-consequente-fragmentariedade-as-avessas>. Acesso em 06 de setembro de 2021;

PISKE, Oriana e SARACHO, Antonio Benites. **CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEOORIA DOS FREIOS E CONTRAPESOS (CHECKS AND BALANCES SYSTEM).** Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>. Acesso em 11 de outubro de 2021;

REALE, Miguel. **FILOSOFIA DO DIREITO.** 11ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 1986;

RIBEIRO, Djamilia. **Pequeno Manual Antirracista.** São Paulo. Editora Companhia das Letras. 2019;

SANTOS, Poandson. **A CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSFOBIA NO BRASIL. UMA ANÁLISE DO ADO Nº 26 E DO MI Nº 4.733.** Livro Digital formato Kindle, não paginado. 2021;

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O STF, A TRANSFOBIA E O SEU RECONHECIMENTO COMO CRIME DE RACISMO.** Bauru. Editora Spessoto. 2020.

JUSTIÇA, VINGANÇA PRIVADA E O IMAGINÁRIO POPULAR PUNITIVISTA

Data de aceite: 01/03/2023

Bruno Gabriel Lisboa Lima

Graduando em Direito. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas e Estudos sobre Crime e Criminalidade - NUPECC (CNPq). Estagiário de Direito na Empresa de Tecnologia da Informação e Comunicação do Estado do Pará (PRODEPA). Associado ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Militante da Frente Estadual Pelo Desencarceramento do Pará. Membro da Comissão Universitária da OAB (COUNI) Belém – Pará

Mauro Vinícius Brito dos Santos Filho

Graduando em Direito. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas e Estudos sobre Crime e Criminalidade - NUPECC (CNPq) Belém – Pará

Paulo Sérgio de Almeida Corrêa

Professor Titular. Faculdade de Educação. Instituto de Ciências da Educação. Universidade Federal do Pará. Bacharel e Especialista em Direito. Doutor em Educação Belém – Pará
<https://orcid.org/0000-0002-9975-9919>

RESUMO: Almejou-se com este artigo analisar a presença da vingança na concepção popular de justiça ao longo do tempo e as punições desproporcionais ocasionadas por esse imaginário. Como evoluiu historicamente o imaginário punitivista a partir da concepção popular do que seja a justiça? De que forma a ideia de Justiça e de punibilidade foi abordada pelos pensadores do Direito? Quais as reverberações desse imaginário vingativo no momento contemporâneo? Realizou-se leituras e análises de fontes bibliográficas e estudos de casos contemporâneos que evidenciam a relação entre vingança e justiça. Tem-se como principal conclusão que a natureza humana, com seu pensamento coletivo respaldado no senso comum e levando em consideração suas emoções apenas e não uma moral criada com testes ao passar de gerações, ainda tende a elevar a vingança ao patamar de justiça, efeito que não é originado propositalmente, mas sim derivado da junção de ausência do Estado no cumprimento do seu dever em aplicar e executar leis e um desalinhamento moral das leis escritas, e da política pública criminal, àquelas que atenderiam ao apelo ético e moral do povo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; Justiça;

ABSTRACT: This article aimed to analyze the presence of revenge in the popular conception of justice over time and the disproportionate punishments caused by this imagination. How did the punitive imaginary evolve from the popular conception of what justice is? How was the idea of justice and punishment addressed by legal thinkers? What are the reverberations of this vengeful imagination in the contemporary moment? Readings and analyzes of bibliographic sources and contemporary case studies were carried out that show the relationship between revenge and justice. Its main conclusion is that human nature, with its collective thinking supported by common sense and taking into account only its emotions and not a morality created with tests over generations, still tends to raise revenge to the level of justice, an effect which is not purposefully originated but rather derived from the combination of the State's failure to fulfill its duty to apply and execute laws and a moral misalignment of written laws, and criminal public policy, with those that would meet the ethical and moral appeal of the people.

KEYWORDS: Criminal Law; Justice, Revenge; Society.

INTRODUÇÃO

No decorrer dos séculos houve inúmeras tentativas de criar uma concepção de justiça a qual de fato fosse justa, no entanto, durante muito tempo o que se conseguiu foi apenas criar conceitos de justiça imbuídos, em sua essência, de vingança, pois, primeiramente criou-se a concepção popular de justiça que associava dois elementos distintos, a justiça e a religião, criando-se uma concepção ligada às divindades da época, o que acabou desembocando em um punitivismo desenfreado, pois toda violação cometida contra a sociedade era tida como uma ofensa a um deus, portanto, era punida com a morte.

Superada essa ideia de justiça divina, iniciou-se uma época de justiça privada, na qual, os próprios cidadãos - os quais possuíam seus direitos infligidos - buscavam a justiça com as próprias mãos e essas ações reativas, muitas vezes, eram desmedidas e imbuídas de um sentimento de vingança extrema. Ainda, mais adiante no tempo, foi cedido ao Estado o *ius puniendi*, o direito de punir os cidadãos, e, com isso, acreditou-se fielmente termos conseguido criar uma forma de justiça a qual de fato fosse justa, no entanto, logo se percebeu o quão cruel também pode ser o Estado por meio das medidas de coerção e consenso que busca efetivar a justiça social (AZEVEDO, 2013, p. 129) junto aos seus jurisdicionados.

Atualmente, vivemos uma época em que o Estado punitivo foi parcialmente freado, principalmente, pelo advento das constituições e do direito internacional. Apesar disso, percebe-se que entre a população, permanece vivo um extremo clamor, possuído por um sentimento de vingança, de volta à justiça privada. Por isso, a vingança tem sido um tema extremamente recorrente nas sociedades contemporâneas, sendo retratada em inúmeros

filmes e livros, como os clássicos “Código de conduta”¹, “V de Vingança”² e o livro “O Conde de Monte Cristo”³. Devido a sua importância, é necessário que ela seja debatida profundamente, principalmente para que se crie um conhecimento acadêmico aprofundado sobre o assunto.

Com isso, compete aos coautores do presente artigo analisar a presença da vingança na concepção popular de justiça ao longo do tempo e as punições desproporcionais ocasionadas por esse imaginário, principalmente, da segunda categoria de justiça supracitada (os indivíduos que acreditam na íntima ligação entre os conceitos de vingança e justiça), que devido ao crescimento exponencial da violência e da criminalidade, tornou-se uma concepção cada vez mais ostensiva. Ocasionalmente assim, inúmeros problemas sociais, a título de exemplo: a superlotação dos presídios (MACHADO, GUIMARÃES, 2014, p. 566), as violações dos direitos humanos dos reclusos no Brasil (BRIZI, PINHEIRO, 2008, p. 8135) e os inúmeros casos de linchamentos públicos ocorridos ao longo do território brasileiro (PAGLIARINI, 2015, p. 6).

A crença na relação íntima entre justiça e vingança não é um conceito novo, mas um fenômeno social e cultural que passou por vários estágios antes de se chegar na concepção atual. Possuindo sua origem, aproximadamente, na época das sociedades antigas, como a asteca, perpassando pelos povos da idade média, sendo discutida em vários estratos da sociedade, seja por filósofos e literatos até finalmente se chegar à idade moderna e, por fim, à idade contemporânea, onde é flagrante a existência de uma polarização ideológica entre sujeitos que acreditam na prevalência dos Direitos Humanos frente a qualquer coisa e aqueles declaradamente contrários a essa concepção.

Nota-se que a perpetuação desse discurso extremamente punitivista, trouxe à tona a necessidade de se debater o conceito de proporcionalidade das penas, devido a incoerência na aplicabilidade penal, principalmente, na época da idade moderna, no período de grande força da igreja católica na Europa, onde foram aplicadas penas extremamente brutais e controversas.

A presente pesquisa está fundamentada em fontes bibliográficas, documentais e o estudo de caso para evidenciar a manifestação da problemática nos dias atuais. Fez-se a contextualização histórica com base na obra “Tratado de Direito Penal” do Dr. Cezar Roberto Bitencourt (2020); para a análise literária foram consultados os livros “Crime e Castigo” de Fiódor Dostoiévski (2016) e Laranja Mecânica de Anthony Burgess (2019). Para uma análise dos pensadores, houve consultas às obras de Thomas Hobbes, Frédéric Bastiat, “O Livro da Psicologia” de Catherine Collin (2012) e o artigo “Bastiat e o conceito

1 Lançado no ano de 2009, seu personagem principal tenta revelar as incoerências existentes no sistema judicial, uma vez que certos assassinos são absolvidos e retomam a liberdade, ou, obtêm o benefício da redução das penas aplicadas.

2 Teve sua estreia no ano de 2006. Retrata uma perspectiva futurista na qual a Inglaterra se rege por um Estado totalitário, mas um de seus personagens exorta os ingleses a se rebelar contra a situação e unificar forças em defesa da libertação e da justiça.

3 Aborda a vida de jovem preso injustamente, porém, elabora estratégias vingativas contra quem o traiu.

de lei e justiça” de Jo Pires O’Brien (2013).

Por sua vez, a análise contemporânea se efetivou a partir de situações ocorridas em várias localidades do Brasil, a fim de evidenciar que esse não é apenas um problema de uma localidade específica, mas um fenômeno social e cultural de abrangência nacional.

Somando-se a esta introdução, o texto está distribuído em 4 seções: na primeira, tem-se como foco o contexto histórico em que surge a vingança enquanto medida de justiça; na segunda, abordou-se a vingança a partir da produção de determinados autores que se dedicaram ao assunto; na terceira, analisou-se a relação entre justiça e vingança; na quarta, explanou-se diversas situações em que a vingança privada prevaleceu enquanto medida para se fazer prevalecer a justiça; registrou-se as reflexões finais na conclusão e, posteriormente, foram indicadas as referências consultadas.

UM BREVE HISTÓRICO DA VINGANÇA COMO JUSTIÇA

A concepção de justiça como a conhecemos hoje não teve uma evolução linear e sistemática como muitos acreditam, mas sim possuiu três estágios antes de chegar no significado atual, foram estes: o da vingança divina, vingança privada e vingança pública (BITENCOURT, 2020, p. 88). De modo a compreender o processo de evolução do conceito de justiça, faz-se necessário a análise dessas três eras.

A vingança denominada de divina foi praticada desde os primórdios das civilizações humanas, era praticada principalmente quando uma sociedade se via ante a um mal específico, sendo geralmente fenômenos naturais, que eram tidos como um castigo por alguma ofensa feita aos deuses por um indivíduo daquele povo, assim, esse infrator pagava por sua ofensa com a própria vida. Demonstrando um conceito de justiça extremamente arcaico e sem arcabouço jurídico algum, baseado apenas na religião.

A tentativa de superação dessa *vindita* divina deu origem à vingança privada que, nos seus primórdios, vigorava em duas situações, uma era quando um membro do grupo ofendia qualquer de seus integrantes (este era punido com o banimento), outra era quando havia ofensa entre grupos (que desencadeavam guerras grupais) (BITENCOURT, 2020, p.89). Com o advento das cidades-estados, tentou-se trazer mais justiça para essa vingança, o que deu origem à lei de talião, que criou o conceito famoso “olho por olho, dente por dente” e que basicamente garantia que o mal sofrido pela vítima também fosse infligido ao seu agressor.

Finalmente, superando as fases da vingança divina e da vingança privada chegou-se a *vindita* pública. Nesta fase, o objetivo da repressão criminal é a segurança do soberano ou monarca pela sanção penal, que mantém as características da crueldade e da severidade, com o mesmo objetivo intimidatório (BITENCOURT, 2020, p.90).

O ápice dessa fase se deu com o advento dos estados absolutistas que se utilizavam da religiosidade, por meio da crença no direito divino dos reis (O monarca era um enviado

por deus para governar o povo), para justificar as suas sanções penais extremamente arbitrárias e desproporcionais, entre elas o esquartejamento, a roda e a fogueira.

Com isso, se concebe que o conceito popular do que é justiça precisou de séculos até chegar a concepção que temos hoje, a qual, mesmo não sendo uma das melhores, ainda é o melhor disponível até hoje, pois, mesmo que tenhamos abandonado as penas cruéis e a vingança de sangue, a população, no geral, clama por penas duríssimas para certos crimes, suplica por pena de morte, mesmo Beccaria já tendo formulado argumentos extremamente convincentes do por que esse tipo de pena se constitui um tremendo absurdo, e ainda pratica linchamentos públicos para com aqueles que intitulam a escória da sociedade, os criminosos.

A VINGANÇA NA LITERATURA

Na literatura em geral, há dois casos que chamam bastante atenção no que diz respeito à vingança. O primeiro, trata-se do caso de Ródion Românovitch Raskólnikov personagem principal do romance Crime e Castigo, que desenvolve uma peculiar teoria que prega que o mundo se divide entre homens ordinários e extraordinários e afirma que os ordinários são sempre submissos à lei e os extraordinários, como Napoleão, são dignos das maiores atrocidades em nome de um bem maior sem que com isso devam sofrer os rigores da justiça legal (DOSTOIÉVSKI, 2019, p. 254-273).

Embora na trama dostoiévskiana o protagonista, após pôr em prática sua teoria se deparar com falhas morais grosseiras em suas atitudes que o levam a uma grave desestabilização psicológica, revertida apenas após a conquista da redenção outorgada pela sua punição devida dentro dos trâmites legais, ainda hoje vemos um fenômeno semelhante na sociedade moderna.

Tal fenômeno é observável após a união de dois fatores que são a inefetividade do Estado no cumprimento de leis e/ou leis não condizentes com a moral geral da população. Com essa combinação no mínimo “explosiva” vêm à tona indivíduos à imagem e semelhança de Raskólnikov, crentes de que são dignos de estabelecer a justiça por si mesmos, praticando a vingança privada, em nome de uma suposta sociedade melhor.

Vários são os problemas disso que nomeamos aqui de “raskolnificação”. O principal, que é do que trataremos, refere-se à vulnerabilidade e corruptividade de pessoas que outrora seriam inclinadas à lei, como é o caso do aumento do surgimento de milícias⁴, entidades formadas por policiais e agentes da lei em atividade ou aposentados atuando dentro de um próprio código moral deturpado na execução e aplicação de vinganças em nome de um suposto “bem da população”.

4 Matéria recente destaca que “Milícias se alastram por pelo menos 11 estados”. Entre os milicianos estão “ações de grupos paramilitares armados e chefiados por agentes públicos da área de segurança”. Além disso, eles expandem suas atuações por “territórios urbanos e rurais, onde impõem lei própria e serviços econômicos, além de se envolverem em assassinatos”. Disponível em: <https://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/2907553/milicias-se-alastram-por-pelo-menos-11-estados>. Acesso em: 01 fev. 2023.

Isso se torna evidente quando da análise da notícia publicada pela UOL notícias em 2022⁵, que diz que em um período de 16 anos, somente no Rio de Janeiro, as milícias quase quintuplicaram seus territórios de domínio e atualmente são os maiores grupos criminosos localizados nessa Unidade Federada. Em termos mais exatos, o domínio desses grupos paramilitares cresceu em 387,3% no período concernente a 2006-2021.

Além disso, o problema é ainda pior quando analisamos a notícia da CNN⁶, a qual fala que o MPE foi acionado para investigar o envolvimento de candidatos a deputado federal e estadual com organizações criminosas responsáveis por tráfico de drogas, milícias e jogo do bicho. Evidenciando uma tentativa de entrada no poder público, por essas organizações, como uma estratégia de proteção e perpetuação dessa vindita privada.

Por isso, ainda em analogia à trama de Dostoiévski, deve-se observar os efeitos colaterais negativos no decorrer do romance russo, com o personagem sendo consumido pelo peso que adquiriu ao tentar tomar para si a responsabilidade do que achava necessário para provar a si que era um homem digno de poder contrariar a lei para realizar um ato que acreditava ser irrelevante dado ao que considerava ser a vítima originalmente visada ter natureza desprezível (na visão de Ródion) como usurária, exploradora da dificuldade alheia, e de modos rudes.

Ressalta-se, que Raskólnikov fez duas vítimas diretas. A primeira, dentro de seus planos, representava ao jovem tudo o que deveria ser descartável no mundo; o que não faria falta. No entanto, contra todo seu planejamento, durante a execução da velha usurária, faz-se necessário, contra seus planos, o assassinato da irmã da mulher, que figura de certa forma como duplo da assassinada Aliena Ivánovna. Enquanto a primeira expressava amargor e atitudes reprováveis socialmente, a segunda era querida pela comunidade.

Empregando a narrativa à realidade brasileira, podemos fazer uma analogia aos casos nacionais de vingança privada, que, mesmo alegando buscar a justiça, os efeitos colaterais são imprevisíveis e quase sempre com tendência à tragédia, ferindo o bem jurídico que, via de regra, se promete proteger: a vida.

O segundo caso, consiste na análise da obra Laranja Mecânica, onde o personagem principal Alex após cometer um assassinato, passa por todo o processo legal de julgamento e condenação. No entanto, já inserido na prisão, passa por tratamento experimental chamado tratamento Ludovico, que consiste em despertar desconforto e vertigens nos que se inclinarem a atos de violência.

O imbróglio moral é que Alex não passa por uma evolução real e sim por uma artificial que apaga não só sua inclinação à criminalidade, mas também traços de sua personalidade, tal como a capacidade de apreciação da música clássica. Isso, por si só

5 Milícia cresce 387% e ocupa metade do território do crime no RJ, diz estudo. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2022/09/13/milicia-cresce-161-e-ocupa-metade-do-territorio-do-crime-no-rj-diz-estudo.htm>. Acesso em: 01 fev. 2023.

6 MPE apura suposta ligação de candidatos do RJ com organizações criminosas. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/mpe-apura-suposta-ligacao-de-candidatos-do-rj-com-organizacoes-criminosas/>. Acesso em: 01 fev. 2023.

configura um paralelo com a realidade nacional que demonstra que a vingança pode também partir por parte do Estado como é visto na falta de políticas dedicadas a reinserção de ex-criminosos na sociedade, fazendo com que boa parte desses, tornem-se reincidentes condenados a um ciclo de violência.

Portanto, entendemos que o “tratamento ludovico” pode ser compreendido como uma alegoria, representativa de que as políticas estatais não estão de fato focadas em alcançar a reabilitação dos infratores, e sim em buscar diminuir o possíveis problemas, de forma barata, que podem a vir sofrer consequências por indivíduos que resultam da negligência estatal em proporcionar políticas públicas que afastariam os cidadãos da criminalidade.

A JUSTIÇA E VINGANÇA SOB O PRISMA DE HOBBS E BASTIAT

Algumas das características da visão de Thomas Hobbes de contrato social servem ainda hoje como ponto de partida para conclusões importantes na discussão que tenta delimitar os significados de vingança e justiça de modo que não se tenha intercessão entre uma e outra, aplique-se penas que sejam razoáveis no sentido de não serem brandas ao ponto de transmitirem sensação de impunidade e nem severas para se considerar arbitrárias e desproporcionais.

Pena é um dano infligido pela autoridade pública àquele que fez ou omitiu aquilo que, pela mesma autoridade, é julgado transgressão da lei, com a finalidade de que a vontade dos homens fique, desse modo, mais inclinada à obediência. [...] Antes da instituição do Estado, cada um possuía o direito a todas as coisas, fazendo o que considerasse necessário a sua preservação, podendo com essa finalidade, subjugar, ferir, ou matar qualquer um. Esse é o fundamento do direito de punir exercido em todos os Estados (HOBBS, 2014, p. 244).

É possível inferir, com base nessa proposta, que essencialmente o que vem a diferir a justiça da vingança é o agente que põe em prática a ação. Uma vez que o contrato social estabeleceria a delegação desse direito do povo ao Estado. Obviamente, não levaremos em consideração integralmente a ideia oferecida pelo autor, mas devemos conservar a ideia central do que justificaria o Estado agir em nome do indivíduo, afastando, tanto quanto possível, a emotividade humana inerente no momento de aplicação da pena.

Obviamente, é esperado que a vítima não deve julgar e tampouco executar uma punição de uma situação que figure como parte, a fim de evitar arbitrariedade, desproporção e insegurança jurídica, devendo, por isso, o Estado tomar naturalmente o seu lugar, fazendo prevalecer o princípio do contraditório e da ampla defesa, inscrito no art. 5º, LV da Constituição do Brasil (BRASIL, 1988), conseqüentemente que os homens fiquem mais inclinados à obediência.

Quando isso ocorre, pode-se ter dois problemas possíveis interpretáveis pela visão de Hobbes e de Frédéric Bastiat. De acordo com o primeiro, isso tem seu desencadeamento

pela ausência do Estado no que tange ao cumprimento das leis, causando momentos de volta ao estado de natureza selvagem de todos contra todos. Seguindo o raciocínio de Frédéric Bastiat, a lei seria a manifestação coletiva do direito individual de autodefesa (BASTIAT, 2016, p. 25).

Desse modo, caso estivesse de acordo com a moral, a lei seria representação da justiça, que, por sua vez, teria como definição, de forma deveras abstrata, a ausência da injustiça, essa sim, palpável e com existência observável a partir do dano a que condena seus contemplados (O'BRIEN, 2018). Assim sendo, o problema surge quando as leis ou sua execução passam a ser consideradas imorais pela sociedade, gerando episódios pontuais de aplicação da “justiça com as próprias mãos”, um eufemismo para a vingança quando exercida de forma privativa.

É válido buscar as interpretações do conceito do que de fato é a pena para fins principalmente de uma melhor compreensão acerca da sua legitimação. As leituras da finalidade da pena basicamente se dividem entre retribucionistas e prevencionistas, duas visões diferentes sobre um mesmo assunto que mudam totalmente a forma com que a justiça e vingança são apropriadas.

Ninguém pode negar que a pena é um mal que se impõe como *consequência* de um delito. A pena é, sem dúvida, um castigo. Aqui não valem eufemismos, e também a teoria preventiva deve começar a reconhecer o caráter de castigo da pena. Entretanto, uma coisa é o que seja a pena e outra, distinta, qual seja a sua função e o que legitima o seu exercício.[...] os retribucionistas creem que a pena serve à realização da justiça e que se legitima suficientemente como exigência de pagar o mal com outro mal. Os prevencionistas estimam, noutro prisma, que o castigo da pena se impõe para evitar a delinquência na medida do possível e que somente está justificado o castigo quando resulta necessário para combater o delito [...] (PUIG, p.41, apud NUCCI, 2021, p. 307).

Assim sendo, acreditamos que, de fato, penas de caráter prevencionista tendem muito mais a abusos e desproporção no que diz respeito à aplicação do castigo, devido ao fato de, em sua natureza, já se esperar causar um dano maior ao infrator do que o que foi delinqüido, a fim mesmo de coibir terceiros de praticarem o mesmo ato. No entanto, devemos considerar que, ao menos quando se aplica, em certo grau, o pensamento de Hobbes, penas retribucionistas também podem ser configuradas como vingança. Um cidadão que resolve, com base nos próprios critérios do que considera proporcional, aplicar um castigo àquele que lhe causou dano, não deixa de exercer uma vingança particular ao romper o cumprimento de sua parte no contrato social, no que diz respeito a delegar essa obrigação ao Estado-Juiz.

Ao associar a ideia dos dois pensadores, pode-se chegar à conclusão de que o Estado, ausentando-se de sua função primordial de fornecer segurança a seus habitantes e, abstendo-se de promulgar leis com simetria à moral de seus cidadãos, acaba por propiciar um terreno fértil ao surgimento de recorrentes casos de aplicação de punições (na maioria

das vezes, desproporcionais) a indivíduos considerados transgressores da moral.

Observa-se que transgredir a moral quase sempre gera algum tipo de punição, seja de caráter de desaprovação social ou mesmo agressões físicas, enquanto que alguns atos tipificados no ordenamento jurídico, não contam com o mesmo grau de repúdio, como o caso da prática do jogo do bicho. Isso se deve ao fato de normas dessa orientação não terem uma origem em que a moral é seu alicerce, mas sim nascerem com fins de mudar a visão moral, artificialmente, acerca de um costume que é visto com grau de reprovação baixo ou indiferente pelos cidadãos.

Da mesma maneira, ao aplicar castigos que são entendidos como inefetivos e brandos, quando comparados com o dano causado por um infrator, estimula cada vez mais a descrença nas instituições e em suas políticas públicas criminais, ocasionando rotineiramente casos de linchamento ou mesmo organização de movimentos ordenados de repressão, tais como as milícias.

Esses casos de vingança privada, passam a ser naturalizados e até aprovados por parte da população, que é induzida a acreditar que cada um recebe o que merece, efeito que é estimulado pelo inconsciente na tentativa de fazer o indivíduo sentir que esteja habitando e transitando em um ambiente seguro, estável e organizado (COLLIN, et al, 2016, p. 242-243).

Verifica-se que tanto propostas baseadas em interpretações de castigo com fins prevencionistas ou retribucionistas podem se desdobrar em vingança, dependendo da proporcionalidade ou do agente que julga e/ou a executa. Por isso, o importante, é, seja uma natureza prevencionista ou retribucionista da pena, um alicerce baseado na moral emanada do povo que a lei deve proteger. Caso haja dissonância com esse critério, mais cedo ou mais tarde o cidadão perderá a crença nas instituições que deveriam protegê-lo, e tentará, por meio da vingança particular, reaver o poder que outrora delegou ao Estado, de manter a segurança e garantir a ordem, e, com isso, abalar toda a segurança jurídica e ordem social na sociedade da qual é membro.

LINCHAMENTOS: UM CASO DE HISTERIA PÚBLICA

O brilhante filósofo e sociólogo Michel Foucault (1987) dedicou sua vida aos estudos das relações de poder, com isso, publicou o livro “Vigiar e punir”, no qual se dedicou a fazer análises acerca da evolução da punição perpetrada pelo Estado até desembocar na mais atual forma de punição que são as prisões. No livro ele conceitua o termo suplício, que seriam as penas altamente violentas perpetradas pelo estado no Séc. XVIII contra seus populares como forma de espetacularização da punição para que a sociedade ficasse tomada de medo e não mais delinquisse, trabalhando assim, uma das funções penais que seria a retributiva geral, a qual visa intimidar a população por intermédio da aplicação da lei penal.

Entretanto, Foucault ao trabalhar sua teoria dos suplícios, toma como superada a forma penal da vingança privada, porém, as reflexões e análises de nosso estudo, demonstram que essa forma de aplicação da lei penal ainda se constitui extremamente viva na nossa sociedade atual, materializando-se especificamente por intermédio dos linchamentos públicos.

O sociólogo Martins (1996, p.14), caracteriza o linchamento como:

O linchamento tem caráter espontâneo e o típico linchamento se configura em decisão súbita, difusa, irresponsável e irracional da multidão. Mesmo nos casos em que o linchamento não é praticado “pela típica multidão anônima e o é por grupos mais bem comunitários”, não decorre de uma atitude de vigilância, como é próprio do vigilantismo.

No Brasil, esse ainda é um fenômeno pouco estudado, e sua existência remete à vingança privada, pois, como foi mostrada anteriormente com os estudos realizados por Cezar Bitencourt em seu Tratado de Direito Penal, a justiça privada é aquela perpetrada de populares contra populares, de semelhantes para semelhante e se dá quando um ou vários populares possuídos por uma vontade de fazer justiça, em face de um bem jurídico violado, retomam a força o *ius puniendi* cedido ao Estado e, acometidos por um poder de autotutela, realizam a justiça da forma que bem entendem, de modo a praticar uma retribuição “justa”, justeza essa que a história já provou ser desproporcional, mas atualmente somasse esse sentimento contra a falta do poder judiciário, com os frequentes casos de impunidade dos criminosos, e por isso a população advoga para si o poder e a necessidade de praticar justiça com as próprias mãos.

Assim, preleciona Ribeiro (2014):

Os linchamentos são motivados por crimes contra a pessoa e, dentre eles, os sexuais e os crimes contra a propriedade, essas são agressões diretamente voltadas ao EU-POSSE que tornam o ato uma violação direta ao sagrado, ao meu corpo, à minha propriedade, a minha individualidade.

De outra parte, o professor Damásio de Jesus (2014) também elencou os cinco motivos os quais ele acredita que são a grande causa desses linchamentos e é possível ver clara relação com as motivações dadas até agora:

1- As penas criminais, no Brasil, não amedrontam. A maior severidade do quantum da pena não reduz a criminalidade. Como é sabido o que reduz a criminalidade é a certeza da punição, o que não ocorre em nosso sistema criminal. Além disso, salvo casos raros de premeditação, na fase de cogitação do delito o autor não pensa nos efeitos dele e sim no resultado ou finalidade da conduta;

2- Há uma sensação de impunidade. Os criminosos não acreditam na função preventiva de coerção das penas. Tanto que não se preocupam mais em cobrir os rostos nos assaltos. As leis do sistema criminal só aproveitam aos criminosos, havendo excessivo número de normas que admitem a liberdade provisória e a concessão de fiança, permitindo que eles, ainda que surpreendidos em flagrantes, ganhem a liberdade saindo pela porta da frente

das delegacias de polícia. Nesse item de falar-se também nas “saidinhas” e indultos, os quais na ausência de exames criminológicos liberam condenados perigosos;

3- Há um número insuficiente de policiais;

4- Imputabilidade penal aos 18 anos de idade;

5- Condições socioeconômicas.

Ademais, visa salientar que o tipo penal desses linchamentos públicos foi instituído pelo Decreto-Lei nº 2.848/40, pelo artigo 345 o qual preleciona em seu caput “Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:”. Assim, mesmo essa conduta sendo tipificada pelo Código Penal brasileiro, ainda é uma conduta extremamente comum e seus agentes quase nunca são punidos, com exceção de raros exemplos, como se observará nos casos estudados mais adiante, pois, essa é uma conduta que apesar de tipificada é tida como normal pelas camadas mais populares da sociedade. Com isso, tendo demonstrado o por que a vingança privada ainda ocupa tanto espaço na sociedade brasileira, passa-se agora para a análise de alguns casos de linchamento os quais ficaram famosos no Brasil no ano de 2022.

O primeiro exemplo de linchamento ocorreu no Estado do Rio de Janeiro. A *CNN NEWS BRASIL* em cobertura jornalística publicou no dia 4 de fevereiro de 2022: **Caso Moïse: os fatores que levam a tantos casos de linchamento no Brasil.**

Moïse se mudou do Congo em 2011 com a mãe e os irmãos, como refugiado político, para fugir da guerra e da fome. O rapaz de 24 anos foi espancado até a morte no dia 24 de janeiro, depois de, segundo sua família, cobrar o pagamento de duas diárias atrasadas no quiosque onde trabalhava na praia da Barra da Tijuca, zona oeste do Rio.

Esse é um dos raros casos em que realmente foi investigado os autores do linchamento, e isso só aconteceu devido a uma grande pressão internacional e pelo fato de Moïse ser considerado o tal “cidadão de bem”, o cidadão que não possui ficha criminal, além disso, ele não foi linchado devido a prática de um crime, como se verá mais adiante, o procedimento é diferente quando a pessoa agredida foi linchada por ter cometido um crime.

O segundo exemplo de linchamento ocorreu no Estado do Pará. O jornal *Folha do Progresso* em cobertura jornalística publicou no dia 2 de dezembro de 2022: **Homem é linchado após tentar matar quatro pessoas no Pará**

A Polícia Militar de Curuçá foi informada que havia acontecido um homicídio dentro de uma casa, localizada no km 42, mais precisamente na Travessa Belo Horizonte. Policiais militares de serviço na viatura 0512 foram até o local informado e identificaram a vítima como Reginaldo Avelino Aguiar. De acordo com as informações colhidas pelos policiais militares e que constam no Boletim de Ocorrência da PM, Reginaldo entrou na casa de seus familiares e começou a desferir vários golpes de terçado nas pessoas que estavam na residência. Ao menos quatro pessoas ficaram feridas gravemente. Testemunhas disseram

que, antes de invadir o imóvel, Reginaldo teria sofrido um surto psicótico. As vítimas foram socorridas e encaminhadas ao hospital. Revoltados, populares espancaram Reginaldo até a morte. O corpo dele ficou jogado dentro de uma residência até ser removido pela Polícia Científica.

O caso noticiado anteriormente é um dos exemplos em que em momento algum foi mencionado na notícia se os culpados pelo linchamento e homicídio do Sr. Reginaldo estariam sendo investigados, o que nos leva a crer que essas pessoas que são acusadas de cometer crimes bárbaros são tidas como dignas de serem linchadas e indignas pelo poder público de que sejam cumpridos os seus direitos ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal.

O terceiro exemplo de linchamento ocorreu em Porto Velho. O jornal *Folha de Vilhena* em cobertura jornalística publicou no dia 16 de dezembro de 2021: **Homem agride esposa e é linchado por vizinhos em conjunto habitacional de Porto Velho**

Um homem de 36 anos, foi morto depois de ser espancado dentro do apartamento da irmã no Residencial Morar Melhor, em Porto Velho. Vizinhos invadiram o local e o lincharam após presenciarem o homem agredindo a esposa. O crime foi registrado na segunda-feira (7) e a Delegacia Especializada em Crimes Contra a Vida investiga o caso.

Outro caso em que os autores que praticaram o crime de linchamento público tipificado no artigo 315 do Código Penal não foram investigados e muito menos condenados, o que nos faz levantar a questão paradoxal de que um dos motivos desses linchamentos é a impunibilidade de criminosos, mas esses que lincham em prol de uma dita justiça, acabam se tornando criminosos e também ficam impunes, levando à retroalimentação infinita. Além disso, vale mencionar que no ordenamento jurídico brasileiro existe o conceito do princípio do Juiz Natural que está previsto no Art 5º nos incisos XXXVII, LII, LIV, LV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *in verbis*:

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:

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Com isso, é evidente que esse princípio é extremamente aviltado por esses linchamentos públicos visto que, ao linchar as pessoas as quais cometeram um crime, cria-se um tribunal de exceção, no qual o juiz é a opinião pública, e esses, os quais são

julgados por esses tribunais da opinião pública, não têm direito a um julgamento digno pelo Estado, muito menos a um juiz de direito de verdade, violando assim, um dos artigos mais importantes da constituição brasileira.

Além disso, o Brasil ratificou a Declaração Universal de Direitos Humanos na qual nos artigos 3º e 5º se comprometeu a resguardar os direitos básicos inerentes a todo ser humano e a proteger contra a tortura e ao tratamento cruel toda pessoa que resida em seu território. Por isso, a não apuração desses casos de linchamento pelo simples fato da maioria das pessoas linchadas, salvo raros exemplos, terem cometido um crime, constitui-se clara violação desse compromisso internacional, nos termos do que fixou a Constituição do Brasil de 1988:

Artigo 3. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo 5. Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Por fim, fica evidente que o Estado brasileiro precisa tomar uma atitude para frear essa problemática dos linchamentos públicos, visto que, caso contrário, estaremos cada vez mais próximos de voltar a uma justiça privada como preleciona o doutrinador Cezar Bitencourt, ou caminharemos para um estado de violência de todos contra todos, como prelecionou o filósofo Thomas Hobbes.

CONCLUSÃO

O presente artigo possuiu como pressuposto a análise de como se desenvolveu o conceito de justiça na mente da população e como que se chegou a essa ideia vulgar de mistura conceitual entre a justiça e a vingança. Assim, as finalidades e os problemas da pesquisa foram esclarecidos visto que, após minuciosa análise, iniciando-se com a contextualização histórica, passando por uma análise desse ideal em umas das principais literaturas do mundo, e até mesmo nas ideias dos maiores pensadores da história, chegou-se à comprovação dessa teoria de confusão conceitual por intermédio dos inúmeros casos de linchamento relatados.

Além disso, o método utilizado foi extremamente promissor, visto que, devido à finalidade da pesquisa, somente por intermédio da análise bibliográfica e documental poderia ser feito o seu estudo da melhor forma possível e apenas com a análise de casos reais relatados pela mídia brasileira se conseguiria, de fato, comprovar a problemática ora apresentada dentro da realidade do país.

Após as análises sobre a linha tênue entre vingança e justiça, permeando dúvidas e sendo discutida ao longo da história, na literatura, para os pensadores mais diversos e, ainda, na sociedade moderna, através mesmo da cultura popular, ainda é difícil identificar uma concepção ideológica sobre justiça que, definitivamente, determine e delimite onde

uma começa e a outra termina.

O que se percebe é que a natureza humana, com seu pensamento coletivo respaldado no senso comum, e levando em consideração suas emoções apenas e não uma moral criada ao longo de testes ao passar de gerações, ainda tende a elevar a vingança ao patamar de justiça, efeito que não é originado propositalmente, mas que, no entanto, pode ser muito influenciado por diversos atores, principalmente aqueles que se dedicam à vida pública como políticos, e isso se evidencia quando da análise da polarização a qual vivemos hoje, concretiza-se quando da análise da influência da política criminal do armamento coletivo sancionada pelo Presidente do Brasil Jair Messias Bolsonaro (2019-2022) sob o imaginário de justiceiro da população em geral, em que indivíduos os quais normalmente, apesar de clamarem por vingança quando na verdade o que caberia seria a justiça acabam por praticar sua justiça de sangue com armas e agressões letais.

Ainda, derivado da junção de ausência do Estado no cumprimento do seu dever em aplicar e executar leis e um desalinhamento moral das leis escritas, e da política pública criminal, àquelas que atenderam ao apelo ético e moral do povo. O que nos resta, seria definir objetivamente o que seriam essa ética e moral que emanam da população, todavia, todas as tentativas até agora resultam não em justiça, mas em vingança disfarçada de justiça, como nos mencionados casos de linchamentos públicos demonstrados neste estudo.

A conclusão que se abstrai, portanto, é de que caso não haja esforço por parte dos governantes, conjuntamente com a população, a vingança ainda influirá na mentalidade da população, usurpando o lugar de direito da justiça, como tem acontecido há muitos séculos. Vide a lei de talião, que vigorou em uma sociedade fruto de uma vontade errônea de criar uma certa justiça, mas que na verdade criou uma justiça de sangue na qual cidadãos buscavam não a reparação ao mal que lhes foi infligido, mas a retaliação, a vingança contra seus concidadãos, pois, que justiça há em um cidadão poder infligir o mal que lhe foi causado na igual proporcionalidade na qual lhe foi aplicado, que justiça há em um cidadão que teve seu filho tirado de suas mãos por homicídio poder tirar o filho de um concidadão com as suas próprias mãos, não há justiça nenhuma, apenas uma vingança desmedida e sem precedentes, contrária ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Mário Luiz Neves de. Igualdade e equidade: qual é a medida da justiça social? **Avaliação**. Campinas; Sorocaba, SP, v. 18, n. 1, p. 129-150, mar. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/aval/a/PsC3yc8bKMBBxzWL8XjSXYP/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 01 fev. 2023.

BASTIAT, Frédéric. **A Lei**. Barueri: Faro Editorial, 2016.

BITENCOURT, Cezar. História do Direito penal. In: BITENCOURT, CEZAR, **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 88-100.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 jan 2023.

BRIZZI, Carla Caldas Fontenele; PINHEIRO, Michel. **Violência e violação aos direitos humanos dos presos no sistema prisional cearense**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/04_244.pdf. Acesso em: 01 fev. 2023.

COLLIN, Catherine. Acreditamos que as Pessoas Recebem o que Merecem. In: COLLIN, CATHERINE, et al, **O Livro da Psicologia**. São Paulo: Globo, 2016, p. 242-243.

Como assassinato brutal de congolês no Rio gerou revolta no Brasil e no mundo. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-60258790>. Acesso em: 31 dez. 2022.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Crime e Castigo**. São Paulo: Editora 34, 2019.

FOLHA DE VILHENA. **Homem agride esposa e é linchado por vizinhos em conjunto habitacional de Porto Velho**» Folha de Vilhena. Disponível em: <https://www.folhadevilhena.com.br/2022/02/homem-agride-esposa-e-e-linchado-por-vizinhos-em-conjunto-habitacional-de-porto-velho/>. Acesso em: 31 dez. 2022.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 27ª edição. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2019.

MACHADO, Nicaela Olímpia; GUIMARÃES, Issac Sabbá. A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 566-581, 1º Trimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044

Milícia cresce 387% e ocupa metade do território do crime no RJ, diz estudo. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2022/09/13/milicia-cresce-161-e-ocupa-metade-do-territorio-do-crime-no-rj-diz-estudo.htm>. Acesso em: 31 dez. 2022.

O'BRIEN, Jo Pires. Bastiat e o Conceito de Lei e Justiça. **Wordpress**. 23 jun 2013. Disponível em: <https://jopiresobrien3.wordpress.com/2013/06/23/bastiat-e-o-conceito-de-lei-e-justica/>. Acessado em: 07 abr. 2021.

PAGLIARINI, Janyne Emanuella Klein. **Linchamento público**: Quando a violência da sociedade se volta contra ela. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufrpr/bitstream/handle/1884/42071/2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 fev. 2023.

PIRAN, A. **Homem é linchado após tentar matar quatro pessoas no Pará**. Disponível em: <https://www.folhadoprogresso.com.br/homem-e-linchado-apos-tentar-matar-quatro-pessoas-no-para/>. Acesso em: 31 dez. 2022.

TOLEDO, M. **MPE apura suposta ligação de candidatos do RJ com organizações criminosas**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/mpe-apura-suposta-ligacao-de-candidatos-do-rj-com-organizacoes-criminosas/>. Acesso em: 31 dez. 2022.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 31 dez. 2022.

ESTUPRO UMA VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA A MULHER: MUDANÇAS DE PENALIDADES COM A LEI 12.015/2009

Data de aceite: 01/03/2023

Jéssyca da Silva Garcia

Bacharel em direito pela Faculdade de Colinas do Tocantins – FACT

Luciane Santos Coelho

Bacharel em direito pela Faculdade de Colinas do Tocantins – FACT

RESUMO: Este artigo *objetiva-se* em evidenciar a Lei nº 12.015/2009 na defesa da dignidade sexual da mulher, inovando com penalidades e unificando as tipologias penais, estupro e atentado ao pudor, como um único crime, “estupro”. Para com estas inovações defender as pessoas da violência sexual, especialmente as mulheres que sofrem em seus domicílios com agressores conhecidos, parentes e até cônjuges que atentam contra dignidade humana e sexual. Assim, para estudar esta realidade foi utilizada como *metodologia a pesquisa bibliográfica*, a qual por meio de teorias e legislações apresentou a história de luta do sexo feminino em prol da isonomia entre homens e mulheres, no que se refere aos direitos e deveres na sociedade que foram proporcionados pelos textos constitucionais de 1988, os quais trouxeram muitos direitos fundamentais e humanos ao meio social

em todos os aspectos. E como resultados detecta-se a inovação coerente da legislação brasileira mediante as mudanças dos contextos sociais e culturais, focando cada vez mais na dignidade humana em todas circunstâncias, como psicológica, física, social, economia, política e histórica.

PALAVRAS-CHAVE: Lei nº 12.015/2009. Mulher. Estupro. Dignidade humana/sexual. Constituição Federal de 1988.

RAPE A SEXUAL VIOLENCE AGAINST WOMEN: CHANGES IN PENALTIES UNDER LAW 12.015/2009

ABSTRACT: This article aims to highlight Law nº 12.015/2009 in the defense of women’s sexual dignity, innovating with penalties and unifying the criminal typologies, rape and indecent assault, as a single crime, “rape”. Stop with these innovations to defend people from sexual violence, especially women who suffer in their homes with known aggressors, relatives and even spouses who violate human and sexual dignity. Thus, to study this reality, bibliographic research was used as a methodology, which through theories and legislation presented the history of the

struggle of the female sex in favor of isonomy between men and women, with regard to the rights and duties in the society that were provided by the 1988 constitutional texts, which brought many fundamental and human rights to the social environment in all aspects. And as a result, the coherent innovation of Brazilian legislation is detected through changes in social and cultural contexts, focusing more and more on human dignity in all circumstances, such as psychological, physical, social, economic, political and historical.

KEYWORDS: Law nº 12.015/2009. Women. Rape. Human/sexual dignity. Federal Constitution of 1988.

1 | INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema “Estupro uma Violência Sexual contra a Mulher: Mudanças de Penalidades com a Lei 12.015/2009”, discute as mudanças da legislação brasileira para punir os agressores sexuais que violentam crianças e adultos independentemente do sexo, mas aqui o foco é o estupro praticado contra a mulher, a qual tem uma trajetória de luta na sociedade brasileira e no mundo.

Destarte, o estudo bibliográfico faz uma retrospectiva da história da mulher dando ênfase às suas conquistas adquiridas por meio dos movimentos feministas, os quais se tornaram poder constituinte por se tornarem textos constitucionais de direitos e deveres da mulher perante a sociedade, tornando o direito de isonomia uma realidade entre homens e mulheres, mas é claro que a excelência deste direito ainda está na teoria porque na prática ainda se encontra no processo de construção, já que diversas mulheres sofrem com várias tipologias de violências na sociedade e em seus próprios lares, inclusive com o estupro cometido por agressores desconhecidos, conhecidos, parentes e até pelos próprios cônjuges.

Assim, o objetivo deste artigo é de evidenciar a Lei nº 12.015/2009 na defesa da dignidade sexual da mulher, inovando com penalidades e unificando as tipologias penais, estupro e atentado ao pudor, como um único crime, “estupro”. E tem como questão problema a seguinte: Quais foram as mudanças de melhorias das penalidades para o crime de estupro, trazida pela Lei nº 12.015/2009?

A hipótese inicial é a de que Lei nº 12.015/2009 inovou a legislação brasileira contra o crime do estupro, punindo aqueles que agridem a dignidade sexual das pessoas e conseqüentemente a dignidade humana, porque impedem os sujeitos de usufruírem a liberdade de praticar o sexo como desejam sem atingir terceiros.

Neste viés, os textos elaborados em seções deste artigo cumprem com o dever de direcionar o leitor a uma sequência de raciocínio para melhor compreensão, então primeiramente foram apresentados os direitos e a identidade da mulher no Brasil, abordagem sobre a sociedade machista que impedia e impede a plenitude da mulher no seu contexto social, cultural, político e econômico. E ainda, descreve a trajetória das legislações sobre o crime do estupro.

E por fim, as considerações finais do assunto discutido e as referências bibliográficas com os autores e suas respectivas obras.

2 I CONHECENDO OS DIREITOS E A IDENTIDADE DA MULHER NO BRASIL

Falar do gênero ou sexo feminino é destacar sobre os mais nobres movimentos sociais existentes na sociedade mundial, especialmente no Brasil que na atualidade apresenta uma identidade de valoração e empoderamento, a qual foi conquistada e amparada pelos textos constitucionais, como aborda o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 “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”.

Sendo este um dos principais e polêmicos direitos, porque tem como destaque de discussão a igualdade, ou seja, que equipara os direitos entre homens e mulheres, visto que a grande luta do movimento feminista foi pela erradicação do machismo ou domínio do sexo masculino no que se refere ao mercado de trabalho, na política e em todos os setores da sociedade, sendo estes espaços a visão de conquista das mulheres.

Ressalta-se que esta luta pela isonomia teve início no século XIX com várias personagens, dentre elas Nísia Floresta no ano de 1832, a qual é um dos principais nomes em prol dos direitos feministas. Observe que Floresta (1832), refletia sobre o interesse dos homens em retirar as mulheres do mundo da ciência e em outras áreas do conhecimento, que em sua concepção são direitos que também devem ser usufruídos pelas mulheres.

E é neste viés que Fonseca (2011), afirma que a trajetória histórica da sociedade apresenta os papéis e as funções desempenhadas tanto pelo homem quanto pela mulher, as quais são permeadas pela desigualdade devido o sexo de cada um, uma vez que existe “supervalorização” do masculino e desvalorização do feminino por causa da cultura machista enraizada.

Nesta perspectiva, é relevante enfatizar que a identidade feminina é constituída pela cultura, da interatividade dos sujeitos sociais e a imagem que permite reconhecer a mulher no meio social, oportunizando o posicionamento na maneira individual e coletiva na sociedade, assim a identidade nasce da construção social, que o com o tempo interioriza e passa a ser vivida por uma maioria, em outros termos esta construção ganha diferentes nuances no decorrer da história que muda conforme as organizações sociais e suas respectivas características que são imprescindíveis para adequar o sistema vivido por uma determinada sociedade ou população.

Neste emaranhado, é possível afirmar que a identidade feminina pode ser compreendida por meio dos grupos sociais e contextos familiares, como mostra Silva (2005):

Uma das formas de se entende o lugar da mulher na sociedade é conhecendo

a relação afetiva que esta estabelece com seus pares (companheiro, filho(s) e familiares). Compreender a construção de sua sexualidade ao longo da história e o que perpassa no seu imaginário em relação ao companheiro escolhido, trazendo uma compreensão de sua realidade atual e da evolução que ela vivenciou até então. (SILVA, 2005, p.65).

Contudo, as mudanças econômicas, culturais, políticas, tecnológicas e sociais ou a evolução global dificulta a construção da identidade, já que altera a vida ou a familiaridade com o processo evolutivo por ocasionar mudanças no modo de ser. E conseqüentemente a igualdade de gênero, entre homens e mulheres, visto que o gênero fundamenta-se em aspectos ideológicos, valores e crenças no que se refere ao sexo biológico, em outros termos é a maneira que a sociedade visualiza o sexo feminino e masculino.

Deste modo, a discussão sobre desigualdade ou igualdade de gêneros discutido neste trabalho científico quer evidenciar que homens e mulheres precisam ter os mesmos direitos e deveres, o que é considerado alicerce para construir uma sociedade menos preconceituosa, como defende Bezerra (2016), a desigualdade de gênero é um dos elementos que eterniza as heterogeneidades sociais, especialmente aquelas que se fundamenta na diferença entre sexos.

Observa-se que este contexto de desigualdade é cristalizada principalmente pelo senso comum minimiza a mulher e protegem situações que a estigmatiza no contexto social, político, cultural e econômico, o que por sua vez se torna visível nas diferenças de valores salariais, nos cargos e nas funções exercidas pelos homens e mulheres.

Segundo Gikovate (1989), estas diferenças que valoriza o sexo masculino e desvaloriza o sexo feminino existe no seio familiar e no meio social, uma vez que as famílias cobram desde cedo o destaque do homem como profissional, ou seja, existe uma cobrança para que o homem seja causa de orgulho para a família e enfim de sempre manter um nível padronizado de supremacia por meio da masculinidade.

Diante das reflexões aqui apresentadas é possível perceber que a cultura machista tem como base a valorização extrema do sexo masculino e em contrapartida a desvalorização do sexo feminino, o que fez muitas mulheres do passado ir para as ruas lutar em prol de um poder constituinte de direitos, tornando-se uma realidade nos textos constitucionais, principalmente na Constituição Federal Brasileira de 1988.

Como Castilho (2010), afirma que os direitos humanos e fundamentais foram estabelecidos de acordo com os movimentos sociais aos seus governantes, dos quais nasceram as constituições nas diferentes nações, como por exemplo, França, México, Estados Unidos e Brasil com as diversas Constituições que começaram a ser promulgadas de 1824 até 1988, nas quais as mulheres ganham diferentes destaques somente em algumas, observe:

- Na Constituição de 1824 apresenta benefícios ao poder governamental como garantia da educação primária e previsões de construções de colégios e

Universidades;

- Constituição de 1891 evidencia instituição de eleições, liberdade para criação de partidos, constitui também voto para os homens, exceto para mulheres, analfabetos, religiosos e outros;
- Constituição de 1934 institui voto direto e secreto para homens e mulheres a partir dos 18 anos e faz previsão do nascimento dos órgãos da justiça eleitoral e do trabalho;
- Constituição de 1937 faz evidencia sobre a pena de morte e eleição indireta, destitui a liberdade partidária e ainda cria prisões e exílios para aqueles que forem opositores do governo;
- Constituição de 1946 descreve diversos direitos, tais como: igualdade dos cidadãos diante da lei, liberdade para opinar, de consciência, de crença, extinguiu a censura e pena de morte e estabeleceu a eleição direta.
- Constituição de 1967 é considerada a legislação autoritária da história brasileira, visto que o comando era feito pelas instituições militares exército, marinha e aeronáutica e estas comandaram a ditadura por 21 anos.

Além destas, houve a promulgação da Constituição de 1988, a qual trouxe diversos avanços em direitos fundamentais e humanos, dentre eles é interessante frisar o direito da igualdade dos sujeitos, inclusive a isonomia dos sexos, feminino e masculino, ou melhor, trouxe a equiparação de direitos a todos os cidadãos no que se refere a liberdade, a diversidade e enfim alcança a sociedade com respeito a cultura, a etnia, a raça, a cor e a todos os aspectos sociais, políticos e econômicos. Embora, muitos destes direitos estejam apenas em teoria, ainda sim significa “avanço” porque eles terão que se tornar prática, por ser uma legislação constituída.

Observa-se que por muito tempo as mulheres viveram em situação de submissão plena, devido à sociedade durante séculos cultivar uma ideologia ou cultura patriarcal e machista, que deixou resquícios na atualidade em forma de exploração, preconceito e discriminação. Como escreve Telles (1999, p. 9-10):

Compreender que a submissão, por mais sutil que seja, é o resultado de um processo de tal forma brutal, que acaba por impedir a própria vontade de viver dignamente. Ninguém é oprimido, explorado e discriminado porque quer. Uma ideologia patriarcal e machista tem negado à mulher o seu desenvolvimento pleno, omitindo a sua contribuição histórica. A mulher não é apenas a metade da população e mãe de toda humanidade. É um ser social, criativo e inovador. (TELLES, 199, p.9-10)

É possível compreender diante desta reflexão que o poder inovador do sexo ou do gênero feminino por meio dos diversos movimentos feministas que surge de forma gradativa o exercício dos direitos em todos os âmbitos da sociedade, que na opinião de Telles (1999, p. 13): “[...] O feminismo é um movimento político. Questiona as relações de poder, a opressão e a exploração de grupos de pessoas sobre as outras. Contrapõe-se

radicalmente ao poder patriarcal. Propõe uma transformação social, econômica, política e ideológica da sociedade”.

Porém, nem todos os avanços femininos se tornaram conhecidos, visto que no passado a literatura ou os textos eram escritos pelas mãos masculinas, o que por sua vez pode ter impedido uma sequência linear dos fatos ou das conquistas, pois conforme Telles (1999), quem escrevia os acontecimentos eram os homens e por isso, estes registravam como atos heroicos somente quando as mulheres morriam no lugar dos homens em alguma luta para defendê-los. E assim, os fatos mais expressivos começaram a se evidenciar a partir das literaturas escritas pelas próprias mulheres, especialmente a partir de 1850.

Destaca-se que as mulheres começaram a ingressar no mercado de trabalho, principalmente nas indústrias no século XVIII e XIX, época em que veio o advento do capitalismo e da revolução industrial. Lembra que o avanço foi apenas de adentrar o mercado de trabalho como os homens, mas eram consideradas subalternas e recebiam salários menores que os homens.

Devido a esta desigualdade dos valores de salários surgiram várias lutas por espaço e direitos na sociedade, o que por sua vez requereu muitas lutas pela promulgação de legislações que equiparasse estes direitos entre homens e mulheres, não somente na questão salarial mais em todos os aspectos.

Nesta época a luta entre homem/mulher segundo Perrot (2017), acontecia porque os homens não aceitavam o preenchimento de seu espaço evidenciado na produção fabril. Insatisfação que é vivenciada também pelo sexo feminino no século XIX, por causa das desigualdades existentes entre masculino e feminino, quanto à remuneração salarial, direitos trabalhistas, igualdade no trabalho e ao voto.

Ressalva que estas regalias concedidas surgiram após o movimento feminista que reuniu diversas mulheres para clamarem por escolas, creches e outros benefícios, como por exemplo, direitos iguais ou a efetivação da democracia. Contudo, as mulheres contrariavam as regras sociais da época com estas lutas, que trouxeram a oportunidade de usufruto de melhorias por meio das leis em todos os seus aspectos democráticos.

Segundo Perrot (2017), a ação feminina realmente data desde séculos passados, mas é relevante frisar que além das afrontas ocorreram vários avanços na questão dos direitos constitucionais, principalmente nas legislações contemporâneas, tornando assim a Constituição Federal brasileira de 1988 de grande relevância na efetivação dos direitos humanos dos cidadãos, tornando-a uma Constituição cidadã.

Na concepção de Piovesan (apud CASTILHO, 2010, p. 108), a Constituição de 1988 foi baseada e incrementada pelas ações de “[...] convenções, pactos internacionais que tratam do fim da tortura; direitos da criança; direitos civis e políticos; direitos econômicos, culturais e sociais; prevenção, punição e amenização das práticas violentas” cometidas em desfavor da mulher e ainda o Protocolo que erradica todas as afrontas discriminatória contra a mulher.

Apesar de todas as legislações que amparam as mulheres a cultura machista não admite o empoderamento do sexo feminino, por isso, continuam acontecendo inúmeros tipos de violências e morte, que a cada dia crescem exorbitantemente. Freitas (2007), fala sobre uma das violências, a doméstica, que segundo ele é o retrato da cultura que mostra a mulher como um ser diminuído ou inferior que tem como finalidade servir aos caprichos dos seus companheiros.

Assim, é possível presumir que a melhoria deste cenário em que as mulheres estão aquém no usufruto dos direitos, o Código Penal inclui em seu bojo penalidades em favor das mulheres e em desfavor dos agressores, para que assim seja amenizada as limitações de direitos (BRASIL, 1940).

Neste aspecto Lombroso (1871 apud FARIA, 2007), defende as penalidades apresentadas pelo Código Penal, as quais contribuíram para o advento da ciência denominada Criminologia Positivista, a qual no Brasil cooperou na ideia de estudos sobre os estereótipos que podem influenciar no relacionamento social e também elaborou ideias de comportamentos padronizados para as mulheres, dentre estes evidenciam-se as regras padronizadas que se referem a sexualidade, de onde apareceram ações preconceituosas e violentas que estão enraizadas na cultura e no meio social brasileiro, como por exemplo, estupros praticados por muitos agressores na sociedade.

Para melhor, compreender sobre o estupro no meio social veja a próxima seção.

2.1 Sociedade Machista e as suas Consequências: Estupro contra a Mulher

Conforme Drummont (1980), o machismo é um sistema ideológico que possibilita várias formas de identificação, tanto para o sexo masculino quanto para o sexo feminino, visto que desde a infância é possível perceber determinadas situações de relacionamentos que independem das vontades, mas que de uma forma ou de outra formam consciências, no que diz respeito a superioridade masculina e inferioridade feminina.

Esta relação diferenciada de superioridade masculina, de acordo com Saffioti e Almeida (1995), mostram que a dominação legitimada do homem no seio familiar é um elemento decisivo para que exista maus tratos de todas as tipologias tanto contra crianças quanto contra mulheres, por serem estes sujeitos considerados mais vulneráveis.

Desta maneira, considera-se que esta cultura machista com o passar do tempo nasceram vários domicílios violentos com humilhações, atos libidinosos/estupros para mulheres e crianças dos dois sexos, especialmente meninas ou mulheres é que sofrem entre as quatro paredes de muitos lares por causa da supremacia masculina. Saffioti e Almeida (1995), argumentam que os agressores das mulheres são, principalmente pessoas conhecidas e parentes, os quais usufruem da confiança das vítimas.

Segundo Cerqueira e Coelho (2014), os estupros não ocorrem somente com crianças, mas com adultos também. Visto que 97,5% são mulheres vítimas de estupros praticados por pessoas desconhecidas amigos, conhecidos e cônjuges. Mas, como

acontece o estupro por cônjuge? _ De acordo com Damásio de Jesus, comentando o artigo 213 do Código Penal, afirma que nenhuma mulher tem a obrigação de manter relações sexuais com o esposo, mediante uma causa justa para se negar ao ato sexual. Como evidencia Lara et.al (2016):

Não fica a mulher, com o casamento, sujeita aos caprichos do marido em matéria sexual, obrigada a manter relações com seu corpo, ou seja, o direito de se negar ao ato, desde que tal negativa não se revista de caráter mesquinho. Assim, sempre que a mulher não consentir na conjunção carnal, e o marido a obrigar ao ato, com violência ou grave ameaça, em princípio caracterizar-se-á o crime de estupro, desde que ela tenha justa causa para a negativa (LARA et.al, p. 168).

Relevante, destacar que a prática do sexo pela mulher se tornou uma obrigatoriedade no casamento, devido à cultura da sociedade patriarcal, onde a mulher ocupa uma posição de subordinação, tanto que Simone de Beauvoir (1967), afirma que o casamento está para a mulher por meio da manutenção da vida sexual ativa, atendendo sempre as vontades do marido assim como a realização profissional está para o homem em obter sucesso. Em outras palavras, o sexo no casamento é considerado pela ideologia machista uma imposição ou um serviço de obrigatoriedade da mulher.

Nestes viés é que se aglomera a violência de gênero que age como resultado do reflexo da ideologia patriarcal, mostrando com clareza as relações de poder existentes entre homens e mulheres. Então, segundo Cerqueira e Coelho (2014, p.2):

[...] subproduto do patriarcalismo, a cultura do machismo, disseminada muitas vezes de forma implícita ou sub-reptícia, coloca a mulher como objeto de desejo e de propriedade do homem, o que termina legitimando e alimentando diversos tipos de violência, entre os quais o estupro. (CERQUEIRA e COELHO, 2014, p.2)

Na legislação brasileira, principalmente no Código Penal existem alguns artigos que descrevem as penalidades para o agressor ou estuproador, os quais serão descritos e comentados na próxima seção.

3 I EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME CONTRA A DIGNIDADE HUMANA: ESTUPRO

Observa-se em algumas literaturas que desde a formação da humanidade que existe a luta contra o crime de estupro, conforme Rheder (2011), os hebreus estabelecia pena de morte ao sujeito, especialmente o homem que abusasse de uma mulher que estivesse prometida ao casamento, e assim existiam outras legislações para coibir aqueles indivíduos que cometiam crimes sexuais, como por exemplo, o Código de Hamurabi que foi instituído pelo Rei Hamurabi, quinto rei da primeira dinastia de Babel, que reinou dos anos de 2057 até 1758 a.C.

De acordo com Rheder (2011), que a primeira regra que incriminava a liberdade

sexual foi prevista pelo art. 130 do Código de Hamurabi, o qual descrevia que se uma mulher virgem ou que não tinha tido contato sexual e que morasse na casa de seus pais e fosse violada por alguém, este deveria ser morto.

Além das normas do Hamurabi existiram também outros ordenamentos, como por exemplo, do Código de Manu que teve sua promulgação entre os anos de 1300 e 800 a.C, o qual em seu art. 361 tratava dos crimes sexuais, determinando que o sujeito que praticasse violência contra uma mulher, deveria sofrer pena física. Rheder (2011), enfatiza que o art. 22 do Código de Manu colocava uma pena de 3 (três) a 12 (doze) anos para o sujeito que cometia violência ou grave ameaça, praticando a cópula carnal com mulher de boa índole ou honesta, e quando a violência fosse praticada contra uma mulher de conduta imoral, o agressor teria que cumprir pena de um mês a 2 (dois) anos.

Ressalta-se que com a evolução social as legislações também evoluem ou mudam conforme as modificações dos diferentes contextos, como se observa na discussão sobre a liberdade sexual ou dignidade sexual no Código Penal Brasileiro que é relativamente atual, já que data do ano de 1940, por isso traz uma linguagem conservadora e considerada inadequada para a sociedade brasileira e mundial da atualidade, daí a necessidade da promulgação de uma nova Lei que é a Lei nº 12.015/2009 com o escopo de trazer alteração, especialmente ao Título VI do Código Penal. Como mostra Nucci (2009):

[...] Lei 12.015/2009, no cenário do estupro e do atentado violento ao pudor, foi produto de política criminal legislativa legítima, pois não há crime sem lei que o defina, cabendo ao Poder Legislativo e sua composição. [...] Em primeiro lugar, deve-se deixar claro que não houve uma revogação do art. 214 do CP (atentado violento ao pudor) como forma de *abolitio criminis* (extinção do delito). Houve uma mera *novatio legis*, provocando-se a integração de dois crimes numa única figura delitiva, o que é natural e possível, pois similares. Hoje tem-se o estupro, congregando todos os atos libidinosos (do qual conjunção carnal é apenas uma espécie) no tipo penal do art. 213. Esse modelo foi construído de forma alternativa, o que também não deve causar nenhum choque, pois o que havia antes, provocando o concurso material, fazia parte de um excesso punitivo não encontrado em outros cenários de tutela penal a bens jurídicos igualmente relevantes. (NUCCI, 2009, p. 816)

Nesta Citação Nucci aponta as mudanças trazidas pela Lei 12.015/2009 aos crimes de estupro ou contra a dignidade sexual, apontamentos que trouxeram maior segurança e harmonia para a vida em coletividade ou no meio social. Uma vez que a pessoa é livre até na vida sexual, por isso a dignidade sexual compreende a prática do sexo de acordo com o desejo dos cidadãos, desde que não afete os direitos de outras pessoas ou terceiros.

Na concepção de Capez (2015), a Lei nº 12.015/2009 mudou o Título VI do Código Penal Brasileiro tratando dos delitos contra a dignidade sexual, suprimindo a expressão “Dos crimes contra os costumes”. Destarte, muda o foco da assistência jurídica, deixando a questão do resguardo da moral e dos bons costumes e focando agora na tutela da dignidade do sujeito, especificamente a dignidade sexual.

Sendo que estes ajustes estão alinhado à Constituição Brasileira Federal de 1988, ou seja, formula-se novas concepções de objeto jurídico do crime dando ênfase a dignidade do sujeito quando esta corre risco de ser lesada no aspecto psicológico, físico, moral e integridade da personalidade, e não aos bons costumes como era no passado. Na compreensão de Capez (2015), a Lei 12.015/2009 trouxe uma complexidade de direitos e deveres essenciais para assegurar proteção da pessoa contra toda tipologia de atos degradantes e desumanos, o que efetiva as normas constitucionais que unifica os direitos fundamentais à espécie humana. E destaca que uma das principais modificações está na unificação das tipologias penais, estupro e atentado ao pudor, os quais se tornaram um único tipo penal, “estupro”, o qual é traduzido como crime pelo artigo 213 do Código Penal, observe:

Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. § 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. § 2º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (BRASIL, 1940).

Nesta perspectiva, a legislação traz como reflexão que a dignidade sexual tão relevante quanto à dignidade humana, visto que as pessoas tem o direito de liberdade para utilizar o corpo da forma que desejar, sem atingir os direitos ou a integridade de outros sujeitos.

O advento da Lei nº 12.015/2009, alterou o Código Penal também na substituição de outro termo, “mulher”, onde foi colocado o termo “alguém”, o que mostra que esta legislação não protege somente a mulher, mas todos os sujeitos que são vítimas ou que sofrerem violência de estupro.

Diante do exposto, é imprescindível frisar que quem pratica o crime de estupro sofre consequências ou penalidades que pode ser de 6 (seis) a 10 anos de reclusão. Mas, esta quantidade pode variar quando a conduta traz lesão corporal grave ou quando a vítima é menor de 18 anos, a pena é reclusão de 8 (oito) a 12 (doze) anos. E se a conduta do crime de estupro levar à morte, a pena de reclusão é de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Em complemento a estas penalidades que protegem à espécie humana é importante evidenciar que foi criada também a Lei nº 12.845/2013 que impõe um dever aos hospitais do Sistema Único de Saúde que é de atender as emergências constituídas pelas vítimas de violência sexual, além disso, fazer diagnóstico e tratamento de lesões e ainda exames para identificar gravidez e doenças sexualmente transmissíveis.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo aqui apresentado buscou de uma forma clara e objetiva mostrar a

trajetória da mulher na sociedade brasileira, que é constituída de muitas lutas e conquistas, já que em todo o contexto histórico percebe-se que o gênero ou sexo feminino foi muito estigmatizado e inferiorizado em relação ao sexo masculino considerado sempre como supremacia em todos os aspectos na cultura machista e patriarcal na época dos primórdios.

Com a esperança de mudar o cenário as mulheres fizeram muitos movimentos denominados como feministas, dos quais surgiram vários direitos e deveres equiparados entre os homens e mulheres, os quais se tornaram Leis constitucionais que se evidenciam principalmente na Constituição de 1988, considerada como mais cidadã e democrática.

Em seguida, enfatiza as legislações criadas desde a primeira constituição no Brasil no ano de 1824 até o ano de 1988, sendo que em algumas foram apresentados direitos em prol da mulher na sociedade brasileira e em outras nem foi citada. Sendo a mulher evidenciada apenas na Constituição de 1988 que buscou inovar com diferentes leis para acompanhar as demandas dos contextos sociais e culturais.

Dentre as leis inovadoras destacou-se nesta pesquisa a Lei nº 12.015/2009 que alterou as normas que coíbem o atentado ao pudor e o estupro, unificando como um único crime e modificando as penalidades para proteção da dignidade humana e sexual, e assim a legislação brasileira desde o Código Penal de 1940 deixa a ideia de defesa da moral e dos bons costumes como era defendido pelos Códigos, Hamurabi e Menu, e focaliza na dignidade sexual que é parte intrínseca da dignidade humana.

Em suma, o estupro na atualidade é um dos assuntos de violência contra a mulher mais debatido na sociedade devido ao grande índice de incidências deste ato cruel, que aproveita da fragilidade da mulher para efetivar a cultura de machismo que continua enraizada, mas que precisa ser erradicada para que o gênero feminino usufrua dos seus direitos de liberdade, de dignidade e de igualdade de ser quem quiser ser no mundo.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo - A experiência vivida**. Traduzido por Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Difusão Européia do Livro, 1967.

BEZERRA, Juliana da Fonseca, et.al. **Conceitos, Causas e Repercussões da Violência Sexual contra a Mulher na Ótica de Profissionais de Saúde**. Disponível em: <https://docs.bvsalud.org/biblioref/2017/02/827353/7-artigo-conceitos-causas-e-repercussoes-juliana-da-fonseca.pdf>, 2016. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. **Constituição (1988)**. 45. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Brasília, DF, 7 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, vol. 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**: processo histórico – evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2010.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. **Estupro no Brasil**: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar). Brasília, n. 11, mar. 2014. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdfhttp://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf. Acesso em 18 jan. 2023.

DRUMONTT, Mary Pimentel. **Elementos para uma Análise do Machismo**. Perspectivas, São Paulo, 3: 81-85, 1980.

FARIA, Thaís Dumê. **A festa das cadernetas**: o conselho penitenciário da Bahia e as teorias criminológicas brasileiras no início do século XX. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/3359>. Acesso em 10 jan. 2023.

FLORESTA, Nísia. **Direitos das mulheres e injustiça dos homens**. Recife, Massangana, 2010. p.168.

FONSECA, Rosa Maria Godoy Serpa da. A construção da identidade de mulheres e homens como processo histórico-social. Disponível no Google. Acesso: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185064/mod_resource/content/1/identidade.pdf. Acesso em 15 jan. 2023.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Novas leis de violência doméstica contra a mulher e de tóxico**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

GIKOVATE, Flávio. **Homem**: O Sexo Frágil. Minas Gerais, Editores Associados, 1989.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Tráfico internacional de mulheres e crianças** – Brasil: aspectos regionais e nacionais. São Paulo: Saraiva, 2003.

LARA, Bruna; RANGEL, Bruna Leão; MOURA, Gabriela; BARIONI, Paola; MALAQUIAS, Thaysa. **Meu amigo secreto - Feminismo além das redes**. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, Parte Geral/Parte Especial. 6a Ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PERROT, Michele. **Os excluídos da história**: operários, mulheres e prisioneiros. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2017.

PIOVESAN, Flávia (coord). **Direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2006.

REHDER, Guilherme Augusto Corrêa. Crimes sexuais: ensaios históricos. **Boletim IBCCRIM**. Disponível:http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/_imprime.php?jur_id=10473. Acesso em: 30 dez. 2022.

SAFFIOTI, Heleieth I. B.; ALMEIDA, Suely Souza. **Violência de gênero: poder e impotência** Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

SILVA, Glauce Cerqueira Corrêa da et al. **A mulher e sua posição na sociedade: da antiguidade aos dias atuais**. Rev. SBPH [online]. 2005, vol.8, n.2, pp. 65-76. ISSN 1516-0858. Disponível site:http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1516-08582005000200006. Acesso em: 15 jan. 2023.

TELES, Maria Amália de Almeida. **Breve história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1999. Disponível em:https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4220349/mod_resource/content/1/TELES%2C%20Maria%20Am%C3%A9lia.%20Breve%20hist%C3%B3ria%20do%20feminismo%20no%20Brasil.%20%281%29.pdf. Acesso em: 14 jan.. 2023.

POSSE DE DROGAS ILÍCITAS PARA CONSUMO PESSOAL: DESCRIMINALIZAÇÃO OU DESPENALIZAÇÃO?

Data de aceite: 01/03/2023

Matheus Nascimento Pinheiro de Miranda

Faculdade de Colinas do Tocantins S.A.
Curso Bacharel em Direito
Colinas do Tocantins - TO

João Victor Oliveira Brito

Faculdade de Colinas do Tocantins S.A.
Curso Bacharel em Direito
Colinas do Tocantins - TO

Este Artigo será apresentado à disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso, da Faculdade de Colinas do Tocantins – FIESC/UNIESP exigido como parte dos requisitos para conclusão do Curso Bacharel em Direito sob a orientação do Professor Me. Bernardino Cosobeck da Costa.

RESUMO: Após a vigência da nova lei de drogas nº 11.343 de 2006, o usuário de drogas, que na Lei anterior era tratado de uma forma dura e baseada em penas altas, passou a ter um tratamento diferente, baseado em penas alternativas, diferente daquelas previstas anteriormente. A utilização de drogas continua sendo crime, porém, não deve mais ter penas com reclusão e/ou detenção, mas somente será possível com as hipóteses do artigo 28 da

Lei nº 11.343/06. No Brasil, o sujeito ativo de uma conduta considerada como crime não pode ser também sujeito passivo, portanto não poderá ser punido pelo ordenamento. Entretanto, o usuário de drogas, por fazer mal a ele próprio com o uso de entorpecentes, deve ser considerado como crime de perigo concreto, visto que o mal que a substância causa é somente ao usuário, e não a sociedade como um todo. Importante ressaltar que esta não deve ser uma medida tomada para toda e qualquer droga, já que algumas delas fazem mal à sociedade como um todo e não apenas ao usuário. A lei nos traz, no artigo 28, §2º da lei em epígrafe, a determinação da quantidade de drogas para que seja configurado uso ou porte para tráfico.

PALAVRAS-CHAVE: Lei. 11.343/06; Despenalização, Descriminalização; Drogas; Consumo x Tráfico.

POSSESSION OF ILLICIT DRUGS FOR PERSONAL CONSUMPTION: DECRIMINALIZATION OR DESPENALIZATION?

ABSTRACT: After the new drug law number 11.343 of 2006 came into effect, the drug user, who in the previous law was treated

harshly and based on high penalties, now has a different treatment, based on alternative penalties, different from those previously foreseen. The use of drugs continues to be a crime, however, it should no longer have prison and/or detention sentences, but only with the hypotheses of article 28 of Law 11.343/06. In Brazil, the active subject of conduct considered a crime cannot also be a passive subject, and therefore cannot be punished by the law. However, the drug user, for harming himself with the use of narcotics, must be considered a crime of concrete danger, since the harm that the substance causes is only to the user and not to society as a whole. It is important to emphasize that this should not be a measure taken for every drug, since some drugs cause harm to society as a whole and not only to the user. The law brings us, in article 28, §2o of the above law, the determination of the number of drugs to be considered drug use or possession for trafficking.

KEYWORDS: Drugs; Trafficking; Law number 11.343/06; Crime.

1 | INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, muito tem se falado sobre a legalização, liberação, descriminalização, despenalização do uso de drogas, isto que muitos países vizinhos tem tomado medidas significativas quanto ao assunto em questão. O Uruguai, por exemplo, em 2013 legalizou o uso da maconha e também reprovou a comercialização e produção da droga em todo o país, sendo assim, usuários da maconha além de não serem mais punidos pelo uso, também poderão encontrar lugares onde a venda é legal e poderão usar em qualquer local, sem medo, vergonha ou constrangimento, visto que a droga passou a ser legalizada.

No presente artigo, iremos tratar acerca de 2 (dois) institutos, são eles: descriminalização e despenalização do uso de drogas.

A descriminalização é fazer com que o fato em si não seja crime. A despenalização é fazer com que o crime não seja mais punido com pena privativa de liberdade, ou seja, será punido com uma advertência, mas ainda sim continuará sendo crime.

2 | CONCEITO DE DROGA E SEUS EFEITOS

De origem peculiar, a palavra droga deriva do persa *droa* (odor aromático), do hebraico *rekab* (perfume) ou do holandês antigo *droog* (folha seca).

A droga, pode ser compreendida como qualquer substância, seja ela natural ou sintética, que ao entrar em contato com o organismo do indivíduo, pode modificar uma ou várias de suas funções.

A Lei nº 11.343/2006, traz em seu art. 1º, parágrafo único, o conceito de droga:

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

Parágrafo único: Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as

substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

(BRASIL, 2006)

Para que uma substância ou produto seja classificado como droga, apenas a dependência daquele produto não é suficiente, sendo necessário, ainda, que, esteja em lei ou em lista elaborada pelo Poder Executivo da União.

Olhando atentamente para o artigo supramencionado, percebemos o motivo de o cigarro ou a bebida alcóolica não serem proibidos no Brasil, pois, muito embora causem dependência aos seus usuários e, por vezes, consequências severas à saúde, as substâncias que os compõem não são tidas como entorpecentes, para fins de aplicação do elencado no art. 28 da Lei de Drogas.

É sabido que as drogas, independente de seu tipo, trazem severas consequências, não apenas psíquicas e físicas, mas também dependências física e psicológica, podendo leva-los à morte devido ao uso excessivo da droga, o que chamamos de Overdose.

a) Papel do Operador de Direito quanto a Análise da Legislação Antidrogas

A análise acerca do consumo de drogas é muito importante, de tal forma que, reduzi-la a uma explicação de causalidade linear seria negar-lhe toda sua complexidade. O fenômeno está inserido no âmbito de diversas problemáticas impostas à sociedade, comunidades locais e desafiam as autoridades e pesquisadores a apresentar soluções. Ainda que o consumo de drogas seja uma das práticas mais antigas da humanidade, o homem ainda busca alternativas para conseguir lidar com a questão, variando de maneiras políticas e culturais, de acordo com cada localidade.

O conhecimento acerca de consumo de drogas nas diversas sociedades humanas tem nos mostrado que o consumo atualmente tem se mostrado cada vez mais amplo e distribuído em diferentes grupos sociais, culturais, profissionais, etários, ao mesmo tempo em que consegue adquirir novos e diferentes significados. O uso de drogas é, num primeiro momento, identificado como a busca pelo prazer imediato. Mas há também, diversos outros significados, tais como: estratégia de socialização; aquisição de uma identidade de algum grupo específico; ocupação do tempo livre. De qualquer forma, a compreensão acerca do motivo do consumo de drogas pelo usuário necessita da adoção de uma perspectiva sistêmica.

b) O uso abusivo de drogas

As consequências do uso abusivo de drogas afetam sociedades ao redor do mundo, envolvendo homens e mulheres de diversos grupos étnicos, socioeconômicos e etários. O consumo de drogas no Brasil mostra que as mais consumidas e causam maior dependência são as drogas lícitas (álcool e cigarro). A presença de drogas no país não se deve apenas aos traficantes internacionais, mas obedece a lógica de funcionamento da sociedade, caracterizada por interesses econômicos e norteada pelo consumo em geral.

Os usuários de drogas ilícitas têm recebido tratamentos contraditórios, sendo tratados ora como doentes ora como criminosos. Qualquer uma das formas de tratamento elencadas levam a sociedade ao estigma contribuindo para o consumo de forma clandestina, limitando a compreensão do uso.

As abordagens repressivas que acompanham esses tratamentos estigmatizados, têm se mostrado cada vez mais ineficazes, tendo ampla responsabilidade na reprodução da violência associada ao mundo das drogas. O resultado das táticas repressivas de combate às drogas se reflete no resultado dos presídios super lotados e na alta taxa de mortalidade causada por overdose.

c) Medidas alternativas

Quanto às medidas alternativas para se tratar o consumo de drogas, existem quatro correntes existentes para discorrer sobre o assunto: (I) Liberação total da venda e o uso de Drogas; (II) Legalização e Regulamentação do uso de Drogas; (III) Legalização do consumo individual de todas as drogas; (IV) Descriminalização do uso de drogas com a manutenção da proibição na esfera administrativa.

I. Liberação Total da Venda e Consumo de Drogas

A guerra contra as drogas tem se mostrado bastante ineficaz, não apenas pelo aumento e consumo do tráfico, mas também pelo fracasso de medidas ressocializadoras, sendo que a única solução é liberar totalmente a venda e o consumo de drogas.

Por outro lado, ao observar a liberação de drogas em outros países, fora observada em uma reportagem publicada pela Revista Veja em 05 de agosto de 1999, nas páginas 98 e 99, que quando Holanda, Suíça e Dinamarca optaram por esta liberação, o tiro saiu pela culatra, pois o tráfico de drogas aumentou significativamente, o que acarretou descontentamento da população quanto a decisão tomada.

II. Legalização e Regulamentação do uso de Drogas

Com a legalização e regulamentação de drogas, além de o tráfico ser combatido, poderá oferecer um entorpecente que será submetido a controles de qualidade, evitando, dessa forma, possíveis overdoses pela má qualidade do produto. Na forma da lei, haveria o recolhimento de impostos sobre a compra e venda de drogas, que seriam revertidos para o tratamento de usuários.

Para fortalecer o argumento, há oito anos, o Uruguai aprovou um Lei que estabelece a compra e venda de maconha, baseando-se na necessidade de melhorar a saúde da população através de uma política destinada a minimizar os danos e reduzir os riscos relacionados ao uso de *cannabis*. Além disso, a Lei busca reduzir a incidência do narcotráfico e do crime organizado, proporcionando à sociedade a possibilidade de educar e conscientizar toda a população sobre os riscos envolvidos no vínculo com o comércio ilegal.

III. Legalização e Regulamentação do uso de Drogas

As drogas poderiam ser utilizadas para uso individual, tal como álcool e cigarro.

Se trata de uma liberdade individual exercida pelo próprio cidadão em fazer o que quiser com o próprio corpo (Princípio da alteridade – prevê que o direito só deve punir condutas que firam direitos alheios), não podendo o Estado interferir em tal esfera. Tal restrição ao consumo estaria ferindo o direito a liberdade estabelecido na Constituição Federal de 1988.

Em desacordo com o argumento acima, segundo dados da Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP), a decisão de usar drogas interfere diretamente o direito coletivo, pois, para cada dependente/usuário de drogas, existem em média mais 4 pessoas afetadas (no âmbito familiar), atingindo cerca de 30 milhões de brasileiros.

IV. Descriminalização do uso de drogas com a manutenção da proibição na esfera administrativa

Digamos que o Direito Penal não deva cuidar de infrações menos graves, mas que este deve ser subsidiário, subjetivo ou mínimo, atuando apenas naquelas situações específicas em que outras áreas do direito não sejam suficientes. Nesse caso, deveria haver uma espécie de órgão, que multaria os consumidores flagrados com drogas, fazendo com que a conduta fosse punida administrativamente, sem deixar de ser crime.

Do contrário, é percebido que o consumo de drogas não é proibido somente pelo fato de causar danos ao usuário, mas também pelo risco que este oferece à sociedade. Caso seja adotada a conduta de descriminalização, as condutas de perigo devem ser retiradas do código penal, por não poderem ser criminalizadas.

3 | A POLÍTICA CRIMINAL ADOTADA PELO BRASIL

Após promulgação da Lei nº 11.343/2006, se demonstra clara a intenção do legislador em não punir com a prisão o portador de drogas para o próprio consumo, tendo em vista que o sistema prisional brasileiro, além de não possuir verba suficiente, é precário e superlotado, sendo considerado uma “escola para o crime”, onde os indivíduos saem da prisão com o *modus operandi* para cometer novos e piores delitos/infrações.

a) O tratamento do usuário de drogas à luz da Lei nº 11.343/2006

Com a entrada em vigor da Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, o Brasil estabelecia como propósito tratar o dependente e o usuário com maior dignidade, buscando tratamento em vez de punição. Em 2000, Portugal, também preocupado com a dignidade dos dependentes e usuários de drogas, apresentou uma atitude mais inovadora do que o Brasil, descriminalizando o consumo de drogas em pequena quantidade. Nesse contexto, esta reflexão apresenta uma comparação entre a legislação recente desses dois países, especialmente no que se refere à diferenciação entre usuário/dependente de drogas e traficantes e seus respectivos tratamentos. Apesar das alterações legislativas no Brasil, há incipiente foco em programas de saúde pública que lidem com o problema das drogas no país. Assim, a experiência de Portugal pode trazer importantes elementos para o delineamento de políticas mais efetivas no Brasil, que considerem as particularidades

nacionais e a multidimensionalidade do fenômeno das drogas.

b) Brasil X Portugal

I. Semelhanças e Diferenças

Em relação ao procedimento para a aplicação das medidas previstas na legislação, no Brasil não cabe prisão em flagrante, sendo assim, não será lavrado auto de prisão em flagrante e, conseqüentemente, o portador da droga para consumo pessoal não será preso.

O autor do fato, possível dependente ou usuário, deverá ser encaminhado imediatamente ao juízo competente. Na falta de uma autoridade judicial de plantão, deverá assumir o compromisso de comparecer oportunamente ao juízo.

Assim, na ausência de um juiz, a autoridade policial deverá proceder à lavratura do termo circunstanciado e requisitar a realização de exames periciais. Concluída essa fase, o agente do fato será submetido ao exame de corpo de delito se assim o requerer ou se a autoridade policial entender conveniente, sendo em seguida liberado.

Ao agente do fato será aplicada a Lei nº 9.099/1995, dos juizados especiais criminais. Na audiência de conciliação será proposta pelo Ministério Público a transação penal, sendo essa uma espécie de acordo em que não se discute a responsabilidade ou não do agente.

Caso o agente aceite a transação, será necessária a presença de seu advogado. Como não se discute a responsabilidade, serão aplicadas automaticamente as penas expressas na Lei nº 11.343/2006, ou seja, advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida de comparecimento a programa ou curso educativo.

Em Portugal, o indivíduo que for detido com substância ilícita, desde que não excedente, será conduzido para uma Comissão de Dissuasão. Nesse momento será analisado se o indivíduo é dependente ou consumidor, a fim de determinar o tratamento correto. Sendo constatada a dependência química, ele será convidado para um centro de tratamento. É importante ressaltar que o consumidor pode não aceitar o tratamento.

Tanto Portugal como Brasil possuem como meta a recuperação do dependente, com caminhos diferentes. Apesar de o Brasil considerar crime o consumo de drogas em pequena quantidade e Portugal não o considerar crime, a meta principal de ambos é recuperar e tratar o dependente.

Não há como deixar também de comentar que vários dados surgem a respeito da descriminalização do consumo de drogas em Portugal, ou seja, da pessoa que for encontrada consumindo drogas. Com relação a essa matéria, destacam-se notícias afirmando que o consumo de drogas aumentou em Portugal e que as mortes por consumo de drogas elevaram-se.

4 | O PORTE DE DROGAS COMO PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA

O porte de drogas para consumo pessoal, observando do ponto de vista lógico, se

trata de uma questão de saúde pública, visto que a dependência química é reconhecida pela OMS (Organização Mundial de Saúde), sendo de conhecimento mundial as consequências derivadas da propagação do uso de drogas, gerando diversos problemas, tais como: violência no âmbito familiar; e formações de organizações criminosas para sustentar e favorecer o uso pessoal.

O bem jurídico se demonstra relevante quanto a necessidade de prevenir o comportamento do indivíduo, que atualmente demonstra de grande preocupação da saúde coletiva no âmbito nacional e internacional.

Ao analisar o crime, o uso do entorpecente não tipifica o crime, mas sim os problemas que seu uso acarreta para a sociedade. A dependência química está classificada na “Classificação Internacional de Doenças (CID)”, como transtorno mental e comportamentos indevidos, devido ao mau uso de múltiplas drogas e substâncias ilícitas.

a) Internação do usuário de Drogas

A internação do usuário de drogas pode ser feita pelo SUS, após o indivíduo passar por uma avaliação psicológica com profissional habilitado do Centro de Atenção Psicossocial (CAPS). Caso o paciente não consiga a internação, deverá ser requerida em entidades filantrópicas, ou deve ser recorrido na justiça, via processo judicial.

Atualmente, a maneira mais rápida de conseguir tratamento é recorrendo via processos judicial, visto que mesmo que algumas clínicas sejam filantrópicas, estas cobram por mensalidades por terem as chamadas “vagas sociais”

A Lei da reforma Psiquiátrica, no art. 6º, inciso III, nos traz a seguinte redação:

Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:

I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;

II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e

III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

(BRASIL, 2001)

Ao analisar o artigo acima, é percebido que, ocorrendo a descriminalização do porte de drogas, haverá grandes prejuízos ao Sistema de Saúde, agravando em todos os aspectos a saúde pública atual, pois a liberação do porte transmitirá à população a imagem de que não há problema em consumir drogas de um modo geral, fazendo com que os jovens comecem ou continuem o uso, aumentando, dessa maneira, o uso de substâncias ilícitas no Brasil.

5 I SÍNTESE SOBRE A LEI Nº 11.343/2006

A partir da redação da Carta Magna sobre a saúde pública brasileira, houve a necessidade de se punir as condutas que prejudiquem a saúde do indivíduo que cheguem a causar danos além do previsto. Quando se fala no “usuário de drogas” pouco se sabe sobre a conduta ser punível pelo fato de fazer mal à própria pessoa, prejudicando sua saúde por uma droga capaz de levar a pessoa a ficar dependente da mesma e como consequência, acarretar diversos ‘males como o tráfico, o furto, o roubo. Muitas pessoas acreditam que se trata de “paternalismo penal”, ou seja, acreditam que a pessoa tem liberdade para agir conforme achar conveniente mesmo que isso lhe acarrete grave prejuízo à saúde.

A Lei de Drogas, entrou em vigor em outubro de 1006, e seu artigo 75 revoga as Leis de Drogas anteriores a esta (Lei nº 6.368/76 e Lei nº 10.409/2002). A Lei de Drogas atual trata do objeto da conduta criminosa como sendo apenas a droga em si, quando nas Leis anteriores era tratador por “substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica”, e deveria ser especificado em lei quais eram as drogas a qual se tratava, tratando - se de norma penal em branco, onde seu texto deveria ser complementado com outras leis previstas no ordenamento.

6 I A NATUREZA JURÍDICA DO ART 28 DA LEI DE DROGAS E SUAS DISCREPÂNCIAS

O artigo 28 da Lei em análise trata as seguintes condutas:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais,

estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

(BRASIL, 2006)

A conduta de quem “adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” não foi descriminalizada e, assim, longe está de ter ocorrido o fenômeno da *abolitio criminis*.

Conforme se depreende da Lei n.º 11.343/06, a conduta acima retratada foi tipificada como Crime, inclusive estando situada no Capítulo III, denominado “DOS CRIMES E DAS PENAS”.

Ainda, além da questão de localização normativa que impinge ao exegeta análise sistemática, tem-se que ao final do *caput* do art. 28, encontra-se redigido: “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: [...]”

Assim, além da análise sistemática, há a previsão de que a conduta tida como criminosa deve ser “punida” com “pena”.

Ainda, vale lembrar que uma análise teleológica [3] da lei posta a manutenção da conduta como criminosa, a partir do momento em que ao invés de ensejar tratamento sanitário ao caso utilizando a falácia “é caso de saúde e não de polícia”, posto que o tema é bem mais complexo, o legislador definiu que quem detiver a droga para consumo pessoal deve, ao invés de tratamento, receber reprimenda penal.

Poderia alguém dizer que, não obstante a conceituação e tipificação das condutas descritas no caput do art. 28 da Lei n.º 11.343/06 como sendo crimes, assim não se enquadrariam, uma vez que o próprio legislador, no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, estampou que “considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa”.

a) Discrepâncias acerca do art. 28

Podem ser identificadas diversas discrepâncias acerca do art. 28. Dentre elas,

podem ser destacadas 04 (quatro) principais teorias acerca dessa natureza, estas se baseiam na possibilidade desse ilícito penal ser uma infração *sui generis*, infração penal inominada, contravenção penal ou crime, há discussões também que se tratam de uma infração administrativa.

A abrangente discussão acerca do art. 28 da Lei de Drogas nº 11.343/2006 se deu com a forma mais branda de punir as pessoas que são usuárias de drogas sem autorização ou em desacordo com a determinação legal, os crimes são caracterizados por utilizar como punição a pena de detenção ou reclusão, de acordo com o art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal que, diferente do art. 28 da Lei de Drogas que não utiliza nenhuma dessas formas para punição do usuário de drogas, gerando então uma discussão acerca da sua natureza jurídica.

b) Natureza Jurídica do art. 28

No que se refere à natureza jurídica do art. 28, as principais teorias se apoiam na posição de esta ser crime, infração administrativa, infração *sui generis*, contravenção penal ou infração penal inominada.

A natureza jurídica do art. 28, pode ser considerada por muitos como ilícita, quando em seu texto, o art. traz como Título “Dos crimes e das penas”, falando sobre a possibilidade de haver reincidência, e a reincidência está diretamente ligada a quem pratica um crime e posteriormente pratica nova infração penal, ou seja, seria apenas mais uma justificativa para ser caracterizado crime. A posição de considerar o art. 28 um crime é a mais aceita pela maioria da doutrina.

Acerca da possibilidade de ser uma infração administrativa, muitos doutrinadores sequer pensam sobre tal possibilidade, isto posto o referido art. tratar como quem impõe suas sanções sendo o Juiz de Direito e não uma autoridade administrativa visível a impossibilidade de se chegar a essa teoria da infração administrativa.

7 | DESCRIMINALIZAÇÃO OU DESPENALIZAÇÃO?

Quando se fala sobre descriminalizar, falamos sobre abolir a criminalização (tipificação), tornando a ação jurídico-penal irrelevante. Já quando se trata acerca da despenalização falamos sobre a substituição (legislativa ou judicial) da pena de prisão por penas de outra natureza (por exemplo: restritiva de direito). Portanto, se com a descriminalização o fato deixa de ser infração penal (seja crime ou contravenção). Com a despenalização a conduta permanece sendo criminosa.

A partir da vigência da nova Lei de Drogas (nº 11.343/2006), a letra de lei sofreu revogação expressa da Lei nº 6.368/1976 que trazia tipificada e apenada a conduta de “adquirir, guardar consigo, para uso próprio, substância entorpecente [...]” a qual era atribuído uma pena ao infrator de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos cumulada com a pena de multa. Portanto, pela revogada lei era crime, punido com pena de restrição

a liberdade, a compra ou o porte de drogas para uso próprio.

Todavia, na atual Lei, não se encontra mais a penalização da conduta de compra e porte de drogas para consumo próprio com privativa de liberdade. O art. 28, da Lei n 11.343/2006, afirma que o uso pessoal de substâncias entorpecentes será penalizado com:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

(BRASIL,2006)

Ainda no art. 28 encontra-se que:

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II – multa

(BRASIL, 2006)

Dessa forma, resta percebido que, em nenhum momento ficou disposto na nova lei que o usuário que adquire, armazena, transporta consigo, para uso pessoal drogas ou substâncias ilícitas será submetido à pena privativa de liberdade, como era então prevista na antiga Lei nº 6.638/76, estando disposto somente penas restritivas de direitos.

O que realmente interessa, para a definição legal de crime, não é propriamente a espécie de pena cominada, mas os seus pressupostos legais formais. Além do mais, as espécies e possibilidades de cominação de penas pelo legislador não provêm de um rol taxativo, mas somente imprescritível que tantas penas quanto forem criadas pelo legislador sejam compatíveis com a dignidade da pessoa humana e o princípio da humanidade das penas, proibitivo de penas cruéis.

a) Porte para consumo X Tráfico

Como saber se o indivíduo está portando droga para uso ou tráfico? Esta decisão será discricionária do juiz que julgará o caso, porém com alguns critérios estabelecidos no parágrafo 2º do art. 28:

Art. 28 [...]

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

(BRASIL, 2006)

Não existe uma quantidade certa e determinante para a diferenciação de porte para tráfico, será uma decisão subjetiva do juiz, obviamente ligada ao princípio do livre convencimento motivado do juiz, tendo este que esclarecer o motivo de suas decisões.

81 CONCLUSÃO

Pode ser concluído, quando se fala em Lei de Drogas, que a descriminalização e a despenalização são faladas de forma equivocada, pois é necessário que se tenha atenção a cada significado diferenciado. Em relação ao usuário, que é tratado de maneira diferenciada nesta Lei em relação à anterior, pode-se dizer que foi despenalizado, não sofrendo mais penas de detenção e reclusão, mas sim penas alternativas a estas, que punem pelo perigo que o agente apresenta e não pelo delito cometido, visando reeducar o sujeito ao invés de retribuir o mal feito.

Conforme visto desde as legislações anteriores até os dias atuais a criminalização do porte de drogas mostra a necessidade de proteger em primeiro ponto a saúde pública e depois a saúde do usuário, de forma que seu uso incontrolável acaba gerando danos a saúde e se tornando dependente, ao modo que precise de tratamento com dificuldades de ser custeados pelo SUS.

Outra consequência derivada pelo usuário eventual por simples vontade de se drogar e acaba com essa atitude financiar o tráfico e a criminalidade gerada pelo tráfico, pois dele advêm outros crimes como homicídio, tráfico de armas entre outros, lesando assim de forma indireta a coletividade, como também lesa de forma direta a sociedade quando pratica crimes sob a influência do entorpecente, neste caso, se faz necessária à sanção punitiva para quem faz o uso eventual das drogas, para intimidar o agente a não cometer novamente o crime. Assim, entende-se que não há outro ramo do direito para intervir do que o Direito Penal, já que o delito de porte de entorpecentes põe em risco a vida, a saúde, a integridade física e a segurança de toda a coletividade.

Pelo ordenamento jurídico vigente, para ser considerada droga a substância deve estar inserida na portaria 344 do Ministério da Saúde, portanto só será unida se estiver lá descrita, não podendo aumentar este rol sem uma atualização do próprio Ministério.

É necessário que haja uma maior atenção voltada ao tratamento dado ao usuário de drogas, pois crime de perigo abstrato não é conveniente a todo e qualquer tipo de droga e a sociedade não é atingida e colocada em risco pelo uso de qualquer das substâncias ilícitas, seria mais conveniente um tratamento de crime de perigo concreto, sendo necessário avaliar o mal que a determinada droga pode ter feito ao caso mais específico a ser analisado por autoridade competente.

Nos dias atuais, o Brasil busca adotar o princípio da insignificância para o usuário de drogas com base em três critérios: I – mínima ofensividade da conduta do agente; II – Nenhuma periculosidade social da ação; III – Reduzido grau de reprovabilidade do

comportamento; e IV – Relativa inexpressividade da lesão jurídica. Entretanto, não há que se falar neste princípio quando o agente é um militar, pois este cidadão representante das forças armadas do Estado precisa defender o país e obedecer às normas.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO PORTELA, André Luiz. **Descriminalização ou Despenalização?** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 49, jan 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4024>. Acesso em 10 de Novembro de 2022.

DORNELLES, Marcelo Lemos. **A natureza jurídica da punição do usuário de drogas no Brasil. Descriminalização, despenalização ou descarcerização?** Revista do Ministério Público do RS nº 7016. Indd. Disponível em:<http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325185570.pdf> Acesso em: 12/11/2022.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. **Posse de drogas para consumo pessoal.** MP-MG, Ano II, n. 07. 2006. Disponível em:<<https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/795/4.2.1%20Posse%20de%20drogas%20para%20consumo%20pessoal.pdf?sequence=1>> Acesso em: 12/11/2022.

QUEIROZ, Paulo. **Posse de droga para consumo pessoal: descriminalização ou despenalização?** Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/posse-de-droga-para-consumo-pessoal-descriminalizacao-ou-despenalizacao/>>. Acesso em: 21. Novembro de 2022

SOUZA, Murilo Camozeli de. **Da natureza jurídica da conduta de consumo pessoal de droga na nova lei antidrogas.** Disponível em: <http://www.esadvogados.adv.br/Artigos/artigo_02.pdf> Acesso em: 22/11/2022.

SAMPAIO, José Adécio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey,2002. Acesso em: 25/11/2022.

BRASIL. **Lei nº 10.216 de 6 de Abril de 2002**, Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm#:~:text=LEI%20No%2010.216%2C%20DE,modelo%20assistencial%20em%20sa%C3%BAde%20mental.

BRASIL. **Lei nº 11.343 de 23 de Agosto de 2006**, Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, define crimes e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm Acesso em: 26/11/2022

BRASIL. **Portaria MTP nº 334 de 17/02/2022**. Estabelece diretrizes sobre a emissão do PPP em meio eletrônico. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/portaria-mtp-334-2022.htm#:~:text=Estabelece%20diretrizes%20sobre%20a%20emiss%C3%A3o%20do%20PPP%20em%20meio%20eletr%C3%B4nico.&text=Considerando%20a%20necessidade%20de%20garantir,Art>. Acesso em: 27/11/2022

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Data de aceite: 01/03/2023

Luís César da Silva Gonçalves

Pós-graduação PERFIS CRIMINAIS E
COMPORTAMENTAIS – FAGRAN – 360H

Artigo científico apresentado ao Grupo
Educativo IBRA como requisito para a
aprovação na disciplina de TCC.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo demonstrar que a redução da maioridade penal não irá resolver a criminalidade envolvendo menores infratores, será apresentado todas as explicações necessárias sobre a imputabilidade penal e a inimputabilidade, como é realizada a classificação dos inimputáveis, como funciona o Estatuto da Criança e do adolescente (ECA), também, as medidas socioeducativas que o ECA aplica a esses menores infratores. Foram feitas análises de trabalhos correlatos, a fim de mostrar o posicionamento de outros autores a respeito do tema discutido, possíveis soluções para a redução da criminalidade que envolve os menores infratores, mostrando que a redução da maioridade penal não é a solução, enfatizando quais são os problemas

os quais levam esses menores infratores a entrar na vida do crime. O trabalho se preocupou em mostrar a omissão do Estado em investir na educação e na criação de projetos, que podem ajudar muito na ressocialização desses menores.

PALAVRAS-CHAVE: Crianças e adolescentes, inimputabilidade, menores infratores, soluções da criminalidade.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate that reducing the age of criminal responsibility will not solve crime involving minor offenders, all the necessary explanations will be presented on criminal imputability and non-imputability, how the classification of the non-imputable is carried out, how the Child Statute works and (ECA), as well as the socio-educational measures that the ECA applies to these juvenile offenders. Analyzes of related works were carried out, in order to show the position of other authors regarding the discussed topic, possible solutions for the reduction of crime involving minor offenders, showing that reducing the age of criminal responsibility is not the solution, emphasizing which are the problems which lead these juvenile offenders to enter the life of crime. The work was concerned with showing the State's failure to

invest in education and in the creation of projects, which can help a lot in the resocialization of these minors.

KEYWORDS: Children and adolescents, non-imputability, juvenile offenders, criminality solutions.

1 | INTRODUÇÃO

A redução da maioridade penal é um tema muito discutido, posto que há vários posicionamentos diferentes, pessoas as quais são a favor a essa redução e pessoas as quais são contra, cada pessoa tem um posicionamento diferente, contudo o importante é frisar nas consequências, que poderão trazer caso essa redução fosse discutida e aprovada pelo Congresso Nacional.

A redução da maioridade penal quer dizer, que, se ela viesse a ser aprovada, os menores entre 16 anos e de 18 anos não responderiam mais por lei especial, no caso a ECA (Estatuto da Criança e do adolescente), mas sim pelo Código Penal, no caso, responderiam igualmente os maiores de idade, sofrendo as mesmas penalizações e encarceramento nas cadeias públicas e nas penitenciárias.

A redução não seria a solução, esse é o posicionamento que grande parte dos doutrinadores do direito penal e processual penal, pois com a redução não resolveria o problema da sociedade, muito pelo contrário com a redução da maioridade penal os problemas de segurança, violência e criminalidade tenderiam a se agravar, visto que os menores infratores responderiam pelos seus crimes com pena privativa de liberdade e não com pena de internação que é a pena adotada hoje pelo ECA, pena essa limitada a 3 anos.

Com base na coleta de dados, sabe-se que existem outros meios, outras soluções para a redução dos atos infracionais cometidos por menores, sem precisar reduzir a maioridade penal, alguns desses métodos seriam o investimento na educação continuada e incentivos a cursos profissionalizantes como extensão do ensino médio para o ingresso na vida profissional.

Ainda, este trabalho foi desenvolvido com base em pesquisas, sendo utilizados o Código Penal, a Constituição Federal de 1988 (CF/88), o Estatuto da Criança e do Adolescente comentada, do Autor Guilherme de Souza Nucci, a Execução das Medidas Socioeducativas Comentada lei nº 12.594/2012, o Autor José Alberto Cavagnini, somos inimputáveis: O Problema Da Redução Da Maioridade Penal No Brasil.

2 | INIMPUTABILIDADE

O Código Penal Brasileiro traz em diversas modalidades de pessoas que são consideradas inimputáveis, dentre esses estão:

- Os doentes mentais, desenvolvimento mental retardado, desenvolvimento incompleto, incapazes de entender o caráter ilícito do fato:

- Menores de 18 anos;
- Inimputáveis por embriaguez completa, que decorreu de caso fortuito ou força maior.

Essas são as causas de inimputabilidade de acordo com o Código Penal:

Art. 26 diz: É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Redução de pena Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 27 diz: Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. Emoção e paixão.

Art. 28 diz: Não excluem a imputabilidade penal: I – a emoção ou paixão; Embriaguez II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos. § 1º É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. § 2º A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato.

Nesse mesmo sentido o Autor Damásio (2002, pg. 500) traz o conceito de inimputabilidade vejamos: A inimputabilidade no direito penal brasileiro pode ser excluída por determinadas causas, denominadas causas de inimputabilidade. Não havendo imputabilidade, não há culpabilidade e, em consequência não há pena. Então, em caso de inimputabilidade, o agente o qual praticou o fato típico e ilícito deve ser absolvido aplicando-se medida de segurança, que não se confunde com pena privativa de liberdade. Sendo assim responderá por uma Lei Especial ou por medida de segurança.

3 | MAIORIDADE PENAL

No que diz respeito à maioridade penal, a legislação brasileira adotou um limite de idade para a imputabilidade penal, no caso, 18 (dezoito) anos. A CF/88 traz a proteção à criança e ao adolescente assegurando a inimputabilidade ao menor de 18 (dezoito) anos.

- O Art. 227 estabelece: é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração,

violência, crueldade e opressão.

- O Art. 228 estabelece: são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

É nítida a confusão entre maioridade penal e responsabilidade penal, são coisas distintas, a responsabilidade penal significa que todos as crianças (até 12 anos incompletos) e os adolescentes (de 12 até 18 incompletos) são considerados pela lei penalmente inimputáveis, mas caso se cometerem alguma infração penal análoga a crime, no caso de criança, será o conselho tutelar responsável e sendo adolescentes será punido pelo ECA e não pelo Código Penal.

4 I ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA

Ao se falar sobre os menores de 18 anos que cometem os atos infracionais análogos a crime, entende-se que não deverão ser punidos pelo Código Penal, mas sim pela ECA, e só responderão pelo Código Penal se o crime for cometido quando completarem a maioridade penal, no caso aos 18 anos. O estatuto da criança e do adolescente é regulamentado pela Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 - ECA, de acordo com a CF/88, essa lei veio fazer a substituição do antigo Código de Menores, que era muito diferente do ECA, pois o ECA é destinada para todas as crianças e adolescentes, o código de menores não funcionava dessa maneira, pois eram destinados às crianças que viviam em verdadeiras situações de abandono.

O estatuto é uma Lei Especial que resguarda os direitos e deveres das crianças e dos adolescentes trazendo proteções e garantias. Além dessas proteções o ECA também traz medidas socioeducativas, logo o Estatuto é um conjunto de regras e normas voltadas inteiramente às crianças e aos adolescentes.

O ECA entrou no ordenamento jurídico brasileiro e seus artigos foram bem recebidos pelos estudiosos do direito brasileiro, vejamos alguns:

- Artigo 2º Considera-se criança para efeito dessa Lei a pessoa até 12 anos de idade incompletos e adolescentes, aquela entre 12 e 18 anos de idade.
- Artigo 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata a Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

- Artigo 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.
- Artigo 6º Na interpretação desta lei leva-se em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Um dos principais pilares do ECA é a proteção e o direito à vida e à saúde, direito à vida é assegurado no artigo 5º da CF/88, e dessa mesma maneira o ECA também assegura esse direito a todas as crianças e adolescentes, sendo dever do Estado proteger, assegurar todos os direitos cabíveis aos mesmos. O ECA também assegura esse direito a todas as crianças e adolescentes, o direito à liberdade quer dizer que todas as crianças e adolescentes são livres tendo o direito de ir e vir, de brincar, de escolher e ter uma determinada religião, sempre respeitando a sua dignidade humana.

O ECA traz ainda as medidas que serão tomadas quando um adolescente comete algum fato análogo a crime, medidas essas que sempre serão aplicadas todas as vezes que os adolescentes cometerem atos infracionais, visto que o mesmo por ter essa condição de serem inimputável não irá responder pelo Código Penal, mas sim pelas medidas socioeducativas.

- Artigo 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas. I - Advertência; II - Obrigação de reparar o dano; III - Prestação de serviços à comunidade; IV - Liberdade assistida; V - Inserção em regime de semiliberdade; VI - Internação em estabelecimento educacional; VII - Qualquer uma das previstas no art. 101, I, a VI. § 1.º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração. § 2.º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado. § 3.º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições

Ainda em outro sentido, um dos direitos das crianças e dos adolescentes é serem criados pela sua família natural, ou seja, aquela que possui laços sanguíneos e é um dever dos pais educar, criar, proteger seus filhos, no caso, os menores de idade. Outrossim, é dever de o Estado garantir que todas as crianças e adolescentes tenham direito e acesso à educação, cultura, esporte e ao lazer, que esteja matriculada e com frequência regular ao ensino de educação, sendo este gratuito, em relação ao esporte, lazer e cultura, cabe a cada município proporcionar essas programações de projetos de esportes para que todos os destinados tenham acesso.

5 | DEBATE SOBRE A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Nos últimos anos, o Brasil teve um grande avanço com a entrada em vigor do ECA, essa lei segue os mesmos ditames da Constituição Federal, a fim de proteger as crianças e os adolescentes, respeitando sempre o princípio da dignidade da pessoa humana, efetivando os seus direitos fundamentais, reconhecendo que o Estado tem a obrigação o dever de proteger as crianças e os adolescentes. Nesse sentido, toda criança e todo adolescente tem direito à vida, à saúde, à educação, à alimentação, entre outros direitos.

O estatuto sempre irá visar aos interesses das crianças e dos adolescentes, pensando sempre naquilo que for o melhor para os mesmos, sendo que todos os operadores do direito, juízes, promotores, dentre outros, precisam pensar dessa forma, trazendo soluções tentando resolver os conflitos da melhor maneira possível, não permitindo que os seus direitos constitucionais e fundamentais sejam violados. No passado não muito distante, existia o código de menores que por sua vez, foi revogado pelo ECA, o ECA veio para renovar, com o objetivo de proteger as crianças e os adolescentes, fazer com que os seus direitos fossem resguardados, a fim de integrar esses menores a sociedade, sem que os seus direitos e garantias fossem violados.

A Constituição Federal adotou essa idade da responsabilidade penal aos 18 anos (considerada cláusula pétrea), sendo esse o motivo da sua inimizabilidade, ou seja, o menor de 18 anos não iria responder pelo Código penal, e uma possível mudança na legislação brasileira para redução da maioridade penal seria inconstitucional, por se tratar de cláusula pétrea sendo que por sua vez, conseqüentemente violariam os princípios constitucionais, não sendo essa a solução da violência e criminalidade que envolve os menores infratores.

Conforme já explicitado, é dever do Estado proteger o menor, e é necessário frisar que esse dever de proteger não é somente voltado ao Estado, esse dever de proteção aos interesses das crianças e dos adolescentes também recai aos seus pais, sua família ou o seu responsável, devendo esses proteger, cuidar, apoiar, zelar pela sua educação, seu crescimento e desenvolvimento físico e mental, a família por si só acaba assumindo essa responsabilidade com o menor de zelar pelos os seus interesses. Nesse sentido, por muita das vezes, muitas famílias acabam sendo omissas em relação aos cuidados com os menores que por consequência dessa omissão acabam crescendo em verdadeiras situações de abandonos, sem amor e carinho, sem a devida alfabetização, geralmente esse abandono começa nos primeiros anos de vida da criança, a qual prejudica e muito no seu desenvolvimento. A omissão dos pais e do Estado interfere muito na vida dessas crianças, visto que é na infância que a criança começa a entender as coisas, que começa a descobrir o mundo e desenvolver a sua personalidade.

No Brasil a violência cresce a cada dia, e com isso surgem algumas propostas de possíveis soluções para tentar reduzir essa violência, e uma dessa proposta é a redução

da maioria penal. A proposta de redução da maioria não é recente, e por sua vez, acabam dividindo a população, de um lado pessoas que são a favor, e de outro lado pessoas que são contra a redução. A redução da maioria penal não é a solução para a diminuição da violência e da criminalidade, a solução mais cabível seria fazer uma análise no estatuto da criança e do adolescente e após fazer essa análise seria feita algumas alterações, pois o estatuto é do ano de 1990, então muitas coisas mudaram e evoluíram.

Muitas violências e crimes são praticados por menores de idade, comumente adolescentes e a população acaba clamando por mudanças querendo uma solução para que esse problema seja resolvido, e grande parte dos políticos acabam se aproveitando dessa situação usando esse motivo como uma estratégia para ganhar votos, dizendo que sua proposta política é a redução da maioria penal, a fim de que se diminua a criminalidade dos atos praticados pelos mesmos, como se a redução da maioria penal por si só resolveria o problema em questão.

O problema da criminalidade como um todo é social, visto que a maioria dos adolescentes que cometem as infrações são adolescentes pobres e negros, desempregados e com ensino de escolarização baixa, na maioria das vezes nem tem o ensino fundamental completo. Ainda, o problema do ato infracional deve ser encarado como um problema social e não como um problema em relação à maneira que esse ato infracional deve ser respondido ou punido, no caso uma prisão penal, esses atos infracionais continuariam acontecendo, continuaria sendo praticados causando mais problemas ao sistema prisional brasileiro que por sua vez encontra-se em situações deploráveis com alto índice de superlotação.

O encarceramento precoce do menor infrator não iria diminuir a criminalidade, sendo o menor infrator encarcerado precocemente o mesmo perderá a chance de ser educado da maneira correta, porque a educação é a chave, e essa educação não deve ser dada somente ao menor infrator, mas sim para toda a população, sem contar que havendo o encarceramento precoce o menor infrator terá convívio diariamente na prisão com os criminosos adultos, os quais, com certeza, iria influenciar esses menores.

O encarceramento precoce viola completamente os ditames da CF/88, que resguarda em seus artigos a proteção aos menores, sendo assim violaria todos os direitos sociais os quais prejudicaria e interferiria no processo físico e mental do mesmo tornando muito mais difícil a sua recuperação, e provavelmente tornando-se um adulto revoltado, violento, e o pior de tudo, continuaria na criminalidade.

A redução não é a solução, investir na educação em vários e diferentes termos é a solução para acabar com os problemas sociais referentes aos atos infracionais praticados por menores infratores, cabe ao Estado investir e com isso diminuir a criminalidade e a violência, sem precisar aumentar os problemas já existentes ou tornando-os piores, seria uma grande evolução para a sociedade o crescimento e desenvolvimento do caráter das crianças e dos adolescentes aconteceriam de maneira totalmente positiva.

Nesse sentido, é preciso recuperar os menores infratores, e não ao invés disso jogá-

lo definitivamente ao mundo do crime os encarcerando e os entregando à criminalidade dentro de uma penitenciária, situação essa que será difícil desse menor um dia sair da vida do crime, que por consequência continuará praticando crimes de diversas naturezas tanto leves ou graves, sendo assim não iria resolver o problema em si, pelo contrário só agravaria.

6 | CONCLUSÃO

Realizada as análises do assunto como um todo, chega-se à conclusão que o posicionamento da CF/88 em relação à maioria penal, está em consonância com doutrinadores do direito e com as leis especiais como o ECA. A redução da maioria penal não seria a solução para a redução da criminalidade, trata-se de um problema social que começa muito antes das crianças e dos adolescentes cometerem os atos infracionais.

Há uma grande omissão por parte do Estado que não investe devidamente como deveria na educação das crianças e dos adolescentes, há também uma grande omissão por parte da família dos pais ou do representante legal do menor que não dá o devido suporte, o devido cuidado, o afeto, isso é muito importante e todos precisam de muito amor e carinho, principalmente na infância quando a criança começa a desenvolver o seu caráter intelectual.

Ainda, fazer com que os menores infratores respondem como adultos pelo Código penal seria a mesma coisa que desistir da recuperação desse menor e entregá-lo de vez a criminalidade, isso só agravaria muito mais a situação da violência e da criminalidade, aumentando a população carcerária que já se encontra em estado de superlotação.

O menor de 18 anos é inimputável, fazendo a alteração e reduzindo essa maioria penal para os 16 anos, seria uma medida totalmente inconstitucional, ferindo os ditames da CF/88. A sociedade clama pela redução da maioria penal, a fim de que consiga reduzir a criminalidade, porém a redução da maioria penal não seria a solução para que o índice de criminalidade diminuísse.

Há uma grande omissão do Estado em investir na educação e a negligência da família que muitas das vezes não tem estrutura para contribuir na formação desses adolescentes. A redução da maioria penal não é a saída que a sociedade encontra para a diminuição da criminalidade, existem outros meios mais eficazes do que punir.

Outrossim, colocando os menores infratores em regimes mais gravosos, juntos com os adultos, não contribuiria nenhum pouco para que esse menor não se torne mais um reincidente, como encontra-se hoje a população carcerária - a maioria reincidente. Logo, se o sistema prisional não está dando conta dos criminosos adultos, pior ainda com os menores infratores.

Portanto, com a redução da maioria penal, aumentaria ainda mais a população carcerária que já se encontra em estado de superlotação, sendo assim aumentaria ainda

mais os números de rebeliões e mortes dentro do sistema prisional brasileiro, medida essa que não atingiria às suas propostas de redução da criminalidade na sociedade brasileira.

DECLARAÇÃO DO AUTOR

Declaro que o trabalho apresentado é de minha autoria, não contendo plágios ou citações não referenciadas. Informo que, caso o trabalho seja reprovado duas vezes por conter plágio pagarei uma taxa no valor de R\$ 250,00 para terceira correção. Caso o trabalho seja reprovado não poderei pedir dispensa, conforme Cláusula 2.6 do Contrato de Prestação de Serviços (referente aos cursos de pós-graduação *lato sensu*, com exceção à Engenharia de Segurança do Trabalho. Em cursos de Complementação Pedagógica e Segunda Licenciatura a apresentação do Trabalho de Conclusão de Curso é obrigatória).

REFERÊNCIAS

BRASIL, Código de processo penal (1941). Ed. São Paulo. 2010. Código Penal Brasileiro, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848.htm Constituição Federal da República Federativa do Brasil, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

MOREIRA, Carine. A Inconstitucionalidade da Redução da Maioridade Penal” artigo científico apresentado como exigência de conclusão de curso de PósGraduação, da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Estatuto da Criança e do Adolescente: Comentado em busca da Constituição Federal das Crianças e do Adolescente, 2ª ed. Ver. e ampl. – Rio de Janeiro: Fonseca, 2015.

JESUS, Damásio de. Direito Penal. 25. Ed. São Paulo: Saraiva 2002.

CRONER, Antônio Carlos. “A Redução da Maioridade Penal”, artigo apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal, no curso de Pós-Graduação, do Instituto Brasiliense de Direito público, Brasília/DF. 2011

CAPEZ, Fernando. Curso de direito Penal. Parte Penal.21ª. Ed. São Paulo: Saraiva 2012.

SEGURANÇA PÚBLICA: DESAFIOS DA POLÍCIA MILITAR EM DIAGNOSTICAR AS CAUSAS QUE OCASIONAM A VIOLÊNCIA NO CONTEXTO SOCIEDADE

Data de aceite: 01/03/2023

Geison Leandro Rodrigues Pereira

Assaí/PR

RESUMO: A metodologia utilizada foi de pesquisa bibliográfica, elencando os vários autores que tratam do assunto, considerando o tema pertinente e atual, pois se faz necessário a revisão bibliográfica para que haja maior entendimento sobre esse processo, que se encontra em grande ascensão, pois vivemos em um país heterogêneo, de várias raças, credos, religiões, opções sexuais, gêneros, etc. necessitando avaliar em qual momento acontecem à evasão escolar e como esta pode ser minimizada através da participação da família nas decisões escolares, bem como a gestão democrática participativa, onde todos façam parte das comunidades escolar. Porém o maior desafio da diversidade cultural é estabelecer uma postura ética e não hierarquizar as diferenças, entendendo que nenhum grupo é melhor do que outro no contexto social, pois de verdade todos somos diferentes, mas essa diferença existe não para diminuir uns aos outros, mas que efetive a prática da inclusão da diversidade em todos os âmbitos. O presente trabalho

dispõe sobre a segurança pública e o papel da polícia militar em diagnosticar o que erradicam e ocasionam a violência no contexto sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Participação. Segurança Pública.

1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho dispõe sobre a segurança pública e o papel da polícia militar em diagnosticar as causas que ocasionam a violência no contexto sociedade.

É importante salientar que, a evasão escolar, a indisciplina e a diversidade como vários motivos que levam os indivíduos a abandonarem os estudos, ocasionando a prática de crimes desde cedo.

A finalidade dessa pesquisa nos leva a uma compreensão significativa em distinguir o que era integra de evasão e os sintomas dos problemas relacionados a indisciplina e, conseqüentemente a violência. Entretanto, são muitas as razões para que uma pessoa venha mostrar uma atitude de indisciplina, bem como fatores

que podem levá-la a baixo estima cujas razões por algumas vezes ignoradas e até deixadas passar despercebidas, tais como: problemas emocionais, baixo nível intelectual, etc.

É notável que pessoas excessivamente inquietas, agitadas, com tendência à agressividade, se destacam do grupo pela dificuldade de aceitar e cumprir as normas e, conseqüentemente em algumas vezes, não conseguem produzir o esperado de acordo com sua faixa etária, representam um constante desafio para a família e a sociedade. Infelizmente, muitas famílias apresentam grande dificuldade para lidar com seu filho propriamente dito “normal”, porém a maior dificuldade deverá encontrar para lidar com o indisciplinado.

O presente trabalho tem por principal objetivo investigar a segurança pública e o papel da polícia militar em diagnosticar as causas que ocasionam a violência no contexto sociedade.

Porém, aborda também os seguintes objetivos específicos: identificar o que é a indisciplina; verificar os motivos que levam a violência praticada; analisar o comportamento do indivíduo diferenciando a indisciplina.

Contudo o policial militar terá que buscar conhecimentos, bem como o apoio com pessoas especializadas, visando contribuir ações positivas que contribuam na erradicação da violência na sociedade.

No que tange aos procedimentos práticos, será realizada uma pesquisa bibliográfica sobre o tema: segurança pública: desafios da polícia militar em diagnosticar as causas que ocasionam a violência no contexto sociedade.

Este artigo teve como embasamento autores que estão citados ao fim deste trabalho, ou seja, teve embasamento teórico.

2 | SEGURANÇA PÚBLICA: EDUCAÇÃO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL DIANTE DA SOCIEDADE BRASILEIRA COMO FORMA DE AMENIZAR A VIOLÊNCIA

Os direitos fundamentais consistem naqueles direitos considerados como cruciais para uma determinada ordem estatal, contudo por tal razão, os mesmos são inscritos na normal fundamental do Estado, ou seja, sua Constituição. Assim os direitos fundamentais são direitos positivados na ordem constitucional, isto é delimitado, porém por uma cultura e costumes desarticulados por uma específica sociedade, tendo o intermédio dos colaboradores deste documento. Por outro lado, os direitos humanos estão relacionados a todos aqueles direitos cautelosamente ligados ao valor dignidade da pessoa humana. Porém tais direitos são universais, nesse sentido não estão vinculados aos costumes e cultura de específica sociedades. Nessa perspectiva, compreende-se que os direitos humanos são mais amplos, em nosso país, a Constituição Federal de 1988 retrata de forma bem explícita que a educação é um direito fundamental. Podemos ressaltar que a educação na perspectiva dos direitos sociais consiste num direito de todos, entretanto tal

direito foi incorporado na Constituição brasileira de 1988, que trata a educação como um direito social (art. 6º, caput), e destina um capítulo ao trato desta questão (Capítulo III – Da educação, da cultura e do desporto, que por sua vez está inserido no Título VIII, que trata da ordem social). Inserido neste contexto, dispõe que:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade. (BRASIL. 1998).

É importante ressaltarmos que, a educação é constituída por um direito de todos e, conseqüentemente é dever do Estado e da família, nesse sentido será promovida e incentivada, de forma que haja a colaboração da sociedade, cujo intuito seja voltado para o pleno desenvolvimento da pessoa, considerando que esta seja voltada para seu preparo, bem como para o exercício pleno da cidadania e, conseqüentemente a sua qualificação profissional.

As políticas públicas para a educação no Brasil em todos os seus níveis e aspectos é extremamente fundamental, pois a educação é uma atividade essencial para a vida do cidadão, democratização e conseqüentemente para o desenvolvimento social completo.

Infelizmente, nosso país apresenta grandes desigualdades sociais, e especificamente, no setor educacional onde revelam-se pela oferta da melhor escola para uma pequena parcela da população e uma “educação possível”, uma escola de simples frequência, para a grande maioria. A escola por sua vez, tem que fazer valer, mediante seus princípios e fundamentos pedagógicos, os direitos da infância e da juventude.

Quando abordamos a questão da repetência, as legislações educacionais LDBEN, juntamente com as diretrizes curriculares preconizavam um trabalho mais diversificado e, conseqüentemente contextualizado, nesse aspecto:

V - As escolas deverão explicitar em suas propostas curriculares processos de ensino voltados para as relações com sua comunidade local, regional e planetária, visando à interação entre a educação fundamental e a vida cidadã;

os alunos, ao aprenderem os conhecimentos e valores da base nacional comum e da parte diversificada, estarão também constituindo sua identidade como cidadãos, capazes de serem protagonistas de ações responsáveis, solidárias e autônomas em relação a si próprios, às suas famílias e às comunidades.

VI - As escolas utilizarão a parte diversificada de suas propostas curriculares para enriquecer e complementar a base nacional comum, propiciando, de maneira específica, a introdução de projetos e atividades do interesse de suas comunidades. (BRASIL, 1998).

Quando discutimos políticas públicas para a educação brasileira, especialmente aquelas voltadas para a melhoria do Ensino Fundamental, a base são os textos legais que organizam o poder do Estado, cujos são chamados de atos político se declaram o interesse do Poder Público pelo bem estar social. De forma que, buscam a garantia de qualidade ao processo de escolarização das crianças de seis a catorze anos, constituem-se em diretrizes, atribuindo assim em estabelecimentos de ensino formal.

Para Saviani (2009), o Ideb acrescenta maior credibilidade aos “[...] pontos de estrangulamento [...]” e auxilia na tomada de [...] medidas para saná-los [...]” (p.43). O Artigo 205 da Constituição Federal de 1988 descreve que, a educação brasileira é um direito de todo cidadão que deve ser assegurado pelo Estado, pela família e pela sociedade civil. O direito à educação, exposto no texto legal da Constituição Federal do Brasil, é ratificado no Estatuto da Criança e Adolescente como Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990 e também nas orientações na Lei Diretrizes e Base Nacional - LDB nº 9394, promulgada em 20 de dezembro de 1996 e o Plano Nacional de Educação - PNE, instituído pelo Ministério da Educação, em 2001.

No entanto, vale salientar que é através da educação que alcançamos o status de seres humanos conscientes da nossa liberdade cidadã, a compreensão do papel da educação escolar e de sua função social, enquanto comunidade organizada institucionalmente livre e democraticamente ativa.

O conhecimento dos modos de organização social e da soberania do Estado sobre a vida e a liberdade dos cidadãos se constitui recursos intelectuais indispensáveis ao entendimento do que a educação representa para os indivíduos a partir da união dos homens, quer em nível micro (família/ comunidade) ou macro (sociedade/Estado).

No Brasil, as políticas públicas voltadas à educação adquiriram maior destaque e transformaram-se em leis de grande amplitude social a partir da década de 1980. Com a promulgação da Constituição Federal do Brasil, em 1988, e com os debates acadêmicos que fizeram parte da Assembleia Constituinte, teve avanços qualitativos e quantitativos importantes no sentido de garantir mudanças reais nas propostas de educação escolar para o Ensino Fundamental. Contudo, esta variedade de programas e projetos desenvolvidos, cujos os quais foram idealizados com o intuito de ampliar e manter o Ensino Fundamental e conseqüentemente como prioridade legal e política, é administrado de modo diferenciado

e recebe incentivos econômicos e sociais diversos.

Com um discurso de participação democrática, formação para a cidadania, descentralização do poder do Estado e inclusão social com direito à educação para todos, surgiram no cenário nacional, inúmeras leis, decretos, pareceres e emendas, além do ensino fundamental no Brasil: considerações necessárias um número elevado de programas e projetos governamentais, que neste momento estão em plena vigor no Brasil. São documentos que tratam das decisões que se sobressaem como política pública voltada para a educação fundamental. Nesse contexto, que se estabelecem conceitos e medidas educacionais que viabilizam a constante busca de qualidade na educação pública.

No entanto, a preocupação como o acesso ficou evidente, onde preconiza:

Do Direito à Educação e do Dever de Educar

Art. 4º. O dever do Estado com a educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - oferta de educação escolar regular para jovens e adultos, com características e modalidades adequadas às suas necessidades e disponibilidades, garantindo-se aos que forem trabalhadores as condições de acesso e permanência na escola.

(BRASIL, 1996).

Contudo ao analisarmos as considerações atribuídas acerca da educação compreendemos que é indiscutivelmente um formato de direito humano, considerando o fato de que estão atrelados ao direito à educação outros direitos, tais como econômicos e sociais, portanto fazendo desta um centro irradiador de conhecimentos que de uma forma geral permitem às pessoas, concretizar outros direitos. É notável que o ponto de partida para “transformar” nosso país consiste em uma ampla mobilização da sociedade em voltado problema da qualidade da educação básica. Nesse contexto deve ser viabilizado um ambicioso plano de transformação, que vá além das tradicionais limitações de mandatos, esferas governamentais e alianças políticas, cujo foco seja, portanto, liderarem uma ampla mobilização da sociedade, voltada para a necessidade de promover uma relevante melhoria da qualidade da Educação Básica no Brasil. Cabe ressaltar que é de responsabilidade

das lideranças políticas, juntamente com apoio de setores da sociedade, mobilizar e unir a população de uma maneira geral, para poder estabelecer um significativo pacto para enfrentarmos bravamente o desafio que se coloca nosso país, quebrando paradigmas e, conseqüentemente superando obstáculos de difícil transposição no que tange a educação.

2.1 A diversidade do gênero relevância da violência

Historicamente, o conceito “gênero”, vem sendo moldado a partir de debates epistemológicos interdisciplinares; de início “as teorias feministas criaram a noção de gênero como categoria analítica da divisão sexuada do mundo, trazendo à luz a construção dos papéis sociais naturalizados em torno da matriz genital/biológica” (SWAIM, [200?], p.1), produzindo uma estrutura binária de sujeitos com base no discurso da sexualidade reprodutiva, heterossexual, discurso este fortemente debatido e contraposto posteriormente. Vale ressaltar que, não existe um modelo único de família, assim ao desvelarmos o modelo de família de cada comunidade é que, com base nele, podemos aprender os valores morais e as regras sociais sobre os quais se constrói o conjunto das relações sociais. Nesse sentido, as aproximações de ambos transexualidade e travestismo na sociedade ocidental contemporânea, estão relacionadas aos valores que definem uma família são a união, a solidariedade, o amor, a amizade.

Porém estamos cientes que gênero é a construção social do sexo, no entanto é preciso considerar que aquilo que no corpo interpretamos como masculino ou feminino não é natural, assim transexualidade e travestismo não foi construído assim, porém não se trata da mesma coisa.

De fato, a construção do gênero embasada no sexo biológico é fundamento dos mecanismos de divisão e controle de um sexo sobre o outro, da dominação e do poder exercidos nessa relação (SWAIN, [2000], p.16). Porém, essa divisão binária que cria corpos femininos e masculinos, de significado universal, que delimita a identidade do humano em práticas normativas de sexualidade heterossexual começa a ser desconstruída a partir do filósofo francês Michel Foucault.

O pensamento foucaultiano casa-se à análise feminista na medida em que ambos pretendem desvelar os discursos de verdade sobre o humano e seus recortes sexuais/sexualizados, pois segundo este autor, “[...]somos julgados, condenados, classificados, obrigados a desempenhar tarefas e destinados a um certo modo de viver ou morrer em função de discursos verdadeiros que trazem consigo efeitos específicos de poder (FOUCAULT apud SWAIN [200?],p.2).

Com base em Foucault, ela explica que o gênero nasce a partir das relações de poder entre subordinação e dominação, entre quem obedece e quem manda. Essas relações são construídas no meio social, no convívio com outras pessoas, portanto, sempre relativas e relacionais. Gênero em consonância com Scott (1990) é a organização social da diferença sexual, um saber que dá significados para as diferenças corporais, o modo

como a sociedade, como as pessoas em seu tempo e no contexto histórico em que vivem, as entende e as define.

Nota-se que hoje em dia a sociedade capitalista fornece grandes desigualdades e discriminações raciais e sociais, portanto, precisa-se analisar de onde surgem determinadas desigualdades e a quem elas mais atingem. No contexto atual da sociedade percebe-se o quanto as instituições perderam valores, e dentro dessas encontra-se a escola, que necessita urgentemente resgatar o seu valor e reavaliar os aspectos da sua responsabilidade de transmitir os conhecimentos produzidos socialmente.

A atenção que deve ser dada a diversidade obriga que se tomem decisões que ajudem na adaptação do ensino à diversidade dos alunos, em todos os níveis e modalidades de ensino, configurando em práticas educativas escolares (ANDRADE, 2009).

Portanto, a família tem um papel imprescindível na vida de seus filhos; é onde acontece o primeiro desenvolvimento, onde os ensinamentos pela educação doméstica são aprendidos e respeitados, evidenciando a cultura de cada clã no decorrer da formação da sociedade.

O sujeito que tem um ambiente familiar harmonioso e satisfatório, com pais compreensivos, assertivamente terá suas atitudes positivas em relação a si mesma e aos outros.

Portanto, Batanero (2003, p. 18), relata que:

Educar em diversidade supõe partir de ideias básicas: crer que todas as pessoas podem aprender e que todas as pessoas possuem sabedoria necessária para o seu desenvolvimento. Assim, a diversidade não devemos vê-la como um problema, sim como uma oportunidade para alcançar objetivos educativos.

Esse reconhecimento não é tarefa fácil, pois diversas vezes nos deparamos com esse desafio, fazendo-nos olhar para a nossa própria história, fazendo com que pensemos as nossas ações, opções e valores. O reconhecimento das diferenças incide em romper preconceitos, superar velhos paradigmas.

2.2 A importância das relações raciais para uma sociedade de igualdade

Durante anos vêm se aprimorando uma série de medidas, como a criação de leis que se destinem ao incentivo à disseminação da cultura afro-brasileira nas escolas e também medidas que visem reforçar o reconhecimento e valorização de toda população afrodescendente.

A ligação entre indivíduos brancos e negros numa sociedade pode suceder-se de maneira tensa, isto é, afastando, excluindo, incentivando a pessoas negra a adotar em alguns pontos uma atitude introvertida, por medo de ser rejeitada ou ridicularizada pelo seu grupo social.

A sociedade deve ser contemplada como um meio de acesso à cidadania, à

capacidade crítica, ao mercado de trabalho, também é considerada como um mecanismo de exclusão social. É necessário ter conhecimento do desafio a ser encarado para combater o racismo.

Conclui-se que, simultaneamente, ao fazer uma análise sobre as questões étnico-raciais, constata-se uma lastimável situação que perdura por décadas. Referente à continuidade de uma realidade de desigualdades de condições nas relações étnico-raciais na sociedade.

Todavia, sobre a desigualdade é importante destacar que ela é uma diferença que existe entre as pessoas e até mesmo nos grupos sociais. Vale salientar que uma maneira de combater o preconceito, o racismo, enfim a própria intolerância consiste no reconhecimento e na valorização das diferenças. Nessa perspectiva, podemos dizer que a diversidade é de suma importância para propiciar significativas mudanças na vida das pessoas, onde possibilita encontrar caminhos para elaboração de propostas de combate aos conflitos para exercer o papel pleno de cidadania. Na verdade as desigualdades estão presentes na estratificação econômica, social e política, ou seja, no mundo. É visível essa desigualdade, porque cada um é por si, mantém a ordem social, ou seja, o descendente do rico herdará sua herança, já o filho do pobre, deverá lutar para conquistar seu espaço na sociedade e enriquecer com trabalho árduo.

O importante é lutar pela igualdade, pois somos iguais e temos o mesmo direito. Sabemos que o Brasil é um dos países mais desiguais do mundo. Essa desigualdade acaba gerando a exclusão perante uma moradia, educação, emprego, saúde, tudo direito dos cidadãos, mas infelizmente essa desigualdade está presente fortemente produzida pelo capitalismo.

Contudo entende-se que, na sociedade brasileira, a existência de uma efetiva lei não assegura a sua aplicação e, assim sendo, não garante mudanças. Para que haja mudança, é necessária a adoção de uma atitude as questões étnico-raciais também de forma politizada.

2.3 O papel da Polícia Militar na prevenção da violência

A polícia militar, consiste em reduzir a violência e a criminalidade na sociedade que está inserida. Todavia, seu principal objetivo é basicamente a prevenção e, consequentemente repressão aos crimes e também atos infracionais.

Neste contexto, a polícia militar vem de encontro a inserção dos indivíduos na sociedade, bem como frequentar ambientes independentemente do nível cognitivo, gênero, raça sem que venha a sofrer qualquer tipo de discriminação e ou violência.

Nesse sentido, a polícia direciona a comunidade a percorrer os caminhos da segurança pois estabelecem medidas que minimizem a ação de violência na sociedade.

Vale ressaltar que, muitas vezes problemas de violência, discriminação são gerados pela falta de educação (evasão escolar), pois o mundo do crime está disseminando

sonhos surreal, muitas vezes podados sem ao menos chegar na adolescência. Assim a Polícia Militar, propõe as regras a serem seguidas a partir de uma tomada de decisões, estabelecendo o aumento da segurança.

Em suma, este trabalho abordou a segurança pública e o papel da polícia militar em diagnosticar o que erradicam e ocasionam a violência no contexto sociedade.

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

As conquistas e desafios em manter uma sociedade longe da violência infelizmente continua distante, pois não depende apenas de um órgão, mas de todo um conjunto, começando pela educação de qualidade, moradia digna, direito as principais refeições do dia, segurança pública, empresas que geram emprego para sociedade, com isso um ponto irá completar o outro, para enfim, diminuir drasticamente os índices criminais.

A educação básica de qualidade irá preparar jovens e crianças para construção de uma sociedade melhor, por isso o combate a violência pode ser visto como uma pirâmide, a qual possui vários degraus , onde um complementa o outro.

Não podemos dar valor excessivo á apenas um deles, pois a educação e respeito nos lares também é um ponto muito importante que não depende das escolas e professores.

Contudo, o ensino propicia uma imensa riqueza no processo de criatividade, e apresenta o papel principal de construtor do conhecimento como um todo. Entretanto o ensino também é essencial para a aquisição de outros conhecimentos, habilitando, portanto o sujeito nas práticas que envolvem um quantitativo da realidade.

A segurança pública por sua vez, tem o papel não somente de reprimir o crime e a violência, mas também na sua prevenção, e ela se dá desde a base da pirâmide, juntamente com a educação básica, pois as crianças serão o futuro. O papel da polícia comunitária e preventiva é de suma importância na vida dos jovens, realizando esse trabalho preventivo e de mãos dadas com a educação básica, formando não somente jovens , mas cidadãos com futuro promissor, o qual consequentemente irá diminuir os índices de violência a longo prazo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Benilde Vieira Fontes Fernandes. **Gestão da diversidade na sala de aula**. Estudo de Caso: Escola Secundária de Achada Grande. Universidade Jean Piaget de Cabo Verde, 2009.

AQUINO, J. G (org.). **A desordem na relação professor-aluno: indisciplina, moralidade e conhecimento. Indisciplina na escola**. São Paulo: Summus, 1996;

ARAÚJO, U. F. de. **Moralidade e indisciplina: uma leitura possível a partir do referencial piagetiano. Indisciplina na escola**. São Paulo: Summus, 1999;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

CASALI, A. D. **O que é educação de qualidade**. In: MANHAS, Cleomar (Org.). Quanto custa universalizar o direito a educação? Brasília: UNICEF/CONANDA, 2011.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm Acesso em 15 ago.2014. Acesso em 02 fev.2021.

DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.uff.br/seminariodireitoshumanos/direitos-humanos.html> Acesso em 22 jul.2014. Acesso em 03 fev.2021.

ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE: Disponível em : <http://www.desenvolvimentosocial.sp.gov.br/a2sitebox/arquivos/documentos/182.pdf> Acesso em 02 fev.2021.

LA TAILLE, Yves de. **A indisciplina e o sentimento de vergonha. Indisciplina na escola**. São Paulo: Summus, 1996.

SIMILI, Ivana Guilherme (Org.) **Corpo, gênero e sexualidade**. Maringá: EDUEM, 2011. (Formação de Professores - EaD, n. 50).

PISO DA ENFERMAGEM NA VISÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Data de aceite: 01/03/2023

Matheus Martins Sant’Anna

RESUMO: A Lei nº 14.434, de 4 de agosto de 2022 instituiu o piso salarial para os profissionais da enfermagem da rede pública e privada. Com consideráveis repercussões de caráter político e orçamentário, o Piso Salarial da Enfermagem foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal a qual suspendeu sua execução atendendo ao pedido da Confederação Nacional de Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços (CNSaúde). O presente trabalho tem como escopo a análise do impacto de eventual execução do Piso Salarial da Enfermagem no âmbito do Direito Administrativo, em especial nos contratos de gestão e demais instrumentos utilizados na Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Piso Salarial, Enfermagem, Constituição, STF, Direito Administrativo.

ABSTRACT: The Law No. 14,434, of August 4, 2022, established the minimum wage for nursing professionals in the public and private network. With considerable political and budgetary repercussions, the

Nursing Salary Floor was the subject of discussion in the Federal Supreme Court, which suspended its execution in response to the request of the National Confederation of Health, Hospitals, Establishments and Services (CNSaúde). The scope of this work is to analyze the impact of the eventual implementation of the Nursing Salary in the sphere of Administrative Law, especially in management contracts and other instruments used in Public Administration.

KEYWORDS: Salary Floor, Nursing, Constitution, STF, Administrative Law.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.434, de 4 de agosto de 2022 institui o piso salarial para os profissionais da enfermagem – enfermeiros, técnicos, auxiliares e parteiras – entrou em vigor no dia 5 de agosto de 2022 com consideráveis repercussões orçamentárias e financeiras a todos os contratantes desses profissionais – públicos ou privados.

A instituição do piso salarial da enfermagem é fruto da luta histórica da categoria e representa um notório avanço na promoção profissional, que ganha maior

relevância após o turbulento período da pandemia da Covid-19.

Contudo, a instituição do piso salarial da enfermagem vem acompanhada de repercussão econômica e jurídica para a administração pública e privada.

Tais repercussões invadem o campo do Direito Administrativo, em especial, a seara de licitações e contratos firmados pelo Poder Público no que tange à gestão da saúde.

Neste sentido, urge demonstrar o instituto cabível à Administração Pública, orientada pelo princípio da legalidade, para modificação dos contratos de gestão firmados com as Organizações Sociais de Saúde.

Neste ponto, foram analisados os institutos jurídicos pertinentes à alteração de valor do contrato de gestão, a qual demonstramos o cabimento da Revisão Administrativa positivada no artigo 65, II, “d” da Lei Federal nº 8666/1993.

O presente trabalho analisa, ainda, a Revisão Administrativa na Nova Lei de Licitações – Lei Federal nº 14.113/2021 e o motivo de não cabimento dos demais institutos.

LEI 14.434/2022 – PISO DOS TRABALHADORES DA ENFERMAGEM

A Lei nº 14.434, de 4 de agosto de 2022 institui o piso salarial dos trabalhadores da enfermagem, abarcando enfermeiros, técnicos, auxiliares e parteiras com as seguintes disposições:

Art. 1º A Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 15-A, 15-B, 15-C e 15-D:

“Art. 15-A. O piso salarial nacional dos Enfermeiros contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, será de R\$ 4.750,00 (quatro mil setecentos e cinquenta reais) mensais.

Parágrafo único. O piso salarial dos profissionais celetistas de que tratam os arts. 7º, 8º e 9º desta Lei é fixado com base no piso estabelecido no caput deste artigo, para o Enfermeiro, na razão de:

I - 70% (setenta por cento) para o Técnico de Enfermagem;

II - 50% (cinquenta por cento) para o Auxiliar de Enfermagem e para a Parteira.”

“Art. 15-B. O piso salarial nacional dos Enfermeiros contratados sob o regime dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, nos termos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, será de R\$ 4.750,00 (quatro mil setecentos e cinquenta reais) mensais.

Parágrafo único. O piso salarial dos servidores de que tratam os arts. 7º, 8º e 9º desta Lei é fixado com base no piso estabelecido no caput deste artigo, para o Enfermeiro, na razão de:

I - 70% (setenta por cento) para o Técnico de Enfermagem;

II - 50% (cinquenta por cento) para o Auxiliar de Enfermagem e para a Parteira.”

“Art. 15-C. O piso salarial nacional dos Enfermeiros servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de suas autarquias e fundações será de R\$ 4.750,00 (quatro mil setecentos e cinquenta reais) mensais.

Parágrafo único. O piso salarial dos servidores de que tratam os arts. 7º, 8º e 9º desta Lei é fixado com base no piso estabelecido no caput deste artigo, para o Enfermeiro, na razão de:

I - 70% (setenta por cento) para o Técnico de Enfermagem;

II - 50% (cinquenta por cento) para o Auxiliar de Enfermagem e para a Parteira.”

“Art. 15-D. (VETADO).”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

§ 1º O piso salarial previsto na Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986, entrará em vigor imediatamente, assegurada a manutenção das remunerações e dos salários vigentes superiores a ele na data de entrada em vigor desta Lei, independentemente da jornada de trabalho para a qual o profissional ou trabalhador foi admitido ou contratado.

§ 2º Os acordos individuais e os acordos, contratos e convenções coletivas respeitarão o piso salarial previsto na Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986, considerada ilegal e ilícita a sua desconsideração ou supressão.

A Emenda Constitucional nº 124, de 14 de julho de 2022, que instituiu o piso na Constituição Federal, define que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, até o final do exercício financeiro de 2022, adequarão a remuneração dos cargos ou dos respectivos planos de carreiras, quando houver, de modo a atender aos pisos estabelecidos para cada categoria profissional.

Neste sentido, conforme se extrai na leitura do dispositivo infraconstitucional e da emenda à Constituição, o Piso da Enfermagem incide de imediato aos trabalhadores do sistema privado, o que inclui as fundações e autarquias públicas.

No tocante aos servidores públicos da administração direta federal, estadual, municipal e distrital, o piso vigorará obrigatoriamente no primeiro dia do exercício de 2023.

Diante da legislação eleitoral, ainda que os estados e a União queiram antecipar a vigência do piso salarial, haverá óbice diante da disposição do inciso VIII do artigo 73 da Lei Federal nº 9504/1997, que veda revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição até a posse dos eleitos.

Portanto, a administração direta dos entes federativos terão tempo maior para adequação orçamentária e financeira, enquanto fundações públicas e privadas, bem como o sistema privado de saúde terá que aplicar o piso da enfermagem de forma imediata.

Por fim, em 04 de setembro de 2022, por decisão interlocutória e monocrática do Ministro Luis Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, o piso salarial da enfermagem foi suspenso por 60 (sessenta) dias, atendendo o pedido de Confederação Nacional de

Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços (CNSaúde). Em sua decisão, o Ministro Barroso concordou com o argumento da entidade sobre os riscos de demissão em massa nos hospitais.

CONTRATO DE GESTÃO DE SAÚDE

A onda do neoliberalismo econômico da década de 90 criou o movimento internacional de Reforma do Estado nos países em desenvolvimento.

Estimulados por financiamento do Banco Mundial, os países emergentes buscaram a incorporação de experiências do ambiente privado na área da gestão pública, cujas características visavam conferir maior flexibilidade gerencial com relação à compra de insumos e materiais, à contratação e dispensa de recursos humanos, à gestão financeira dos recursos orçamentários, além de estimular a implantação de gerência que priorizasse resultados, satisfação dos usuários e qualidade dos serviços prestados.

No caso brasileiro, nas últimas décadas, os modelos jurídico-administrativos passaram a privatização com regulação por agências estatais e auditoriais privadas custeadas pelos auditados.

Na prestação final do serviço público houve acordos com estas inovações que obedeceram às figuras da administração indireta (autarquias, empresas públicas) ou, até mesmo, às fundações de direito privado, de apoio à administração direta e, mais recentemente, o de Organização Social, formulado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE (1995).

Lima (1996) define o contrato de gestão como instrumento gerencial originado da administração por objetivos ou administração sistêmica por objetivos e resultados.

A ideia, em princípio, é que a administração pública conceda à OSS maior autonomia gerencial, liberando-a do controle dos meios, que passa a ser realizado sobre os resultados alcançados, sem desprezar o controle realizado pelos órgãos de fiscalização como Tribunal de Contas local e Ministério Público.

Outra abordagem para este tipo de contrato no setor da saúde refere-se à sua dimensão sistêmica, visando o atendimento do princípio da universalidade do SUS.

O estado de São Paulo adotou a nova figura de organização social dentro das medidas de gestão. A proposta de organização social do governo estadual, em 1996-1997, abrangia, inicialmente, as áreas de saúde, agricultura e cultura, conforme minuta de anteprojeto de lei complementar.

Porém, a necessidade premente de incorporar à rede de serviços de saúde dez hospitais gerais em condições de operação restringiu a proposta de OSS exclusivamente à área de saúde.

Posteriormente, a Lei Federal nº 9.637/1998 regulamentou a qualificação das Organizações Sociais, definindo os requisitos no seu artigo 2º, a saber:

Art. 2o São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

- a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;
- b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
- c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria, definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;
- d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
- e) composição e atribuições da diretoria;
- f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
- g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
- h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;
- i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

II - haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

Assim, podemos definir Organização Social de Saúde como pessoa jurídica de direito privado, sem fim econômico ou lucrativo, instituída por iniciativa de particular ou de ente público, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização do poder concedente e dos órgãos de fiscalização, por meio de Contrato de Gestão.

CONTRATO DE GESTÃO

O contrato de gestão é um instrumento gerencial originado da administração por objetivo. Segundo Maristela de André (1994), o contrato de gestão é um instrumento moderno de administração por objetivos, criado na França na década de 60.

No âmbito da administração pública brasileira, verifica-se a existência de contratos de gestão nas seguintes áreas: (1) Empresas Estatais; (2) Agências Executivas, sendo o Inmetro como exemplo mais factível; (3) Agências Reguladoras; (4) OSCIPs, regulamentadas pela Lei Federal nº 9.790/1999 e, por último, (5) OS – Organizações Sociais de Saúde.

IMPACTO DO PISO DA ENFERMAGEM NO CONTRATO DE GESTÃO – REVISÃO ADMINISTRATIVA

De início, é necessário distinguir os institutos reajuste e revisão, pois embora ambos os institutos tenham como escopo a hipótese legal de possível alteração do contrato no que se refere ao valor, é certo que o aumento da folha salarial de trabalhadores por força de instituição de lei ferirá a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro.

Neste caso, se trata de alteração de valor por força do art. 65, II, “d” da Lei Federal nº 8666/1993, uma vez que há necessidade de “restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente.”

Diferentemente, o reajuste é cláusula necessária nos contratos administrativos que tenha por objetivo preservar o valor do contrato em sua origem, em razão da inflação anual, cuja previsão está na Lei Federal nº 8.666/1993 nos arts. 40, XI e 55, III. Sua periodicidade mínima de 12 meses, contados da data da apresentação da proposta ou orçamento a que esta se referir, é um direito disponível, com possibilidade de renúncia tácita em caso de preclusão ou perda de prazo nos contratos com prazo prorrogado.

A revisão representa um direito do contratado e dever da Administração Pública que deve ser observado, independente de previsão contratual, quando for constatado o desequilíbrio do ajuste em razão de fatos supervenientes e imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, conforme previsão dos arts. 58, §2º e 65, II, “d” e §§ 5º e 6º da Lei 8666/93.

Sobre os fatos imprevisíveis, condição fundamental do instituto da revisão contratual, envolve situações externas ao contrato, do qual o contratado não conseguiria antecipar-se. Nesse sentido, pode-se conceituar a Teoria da Imprevisão, segundo Hely Lopes Meirelles (1990, p. 230), citado por Pereira (2001) como o “reconhecimento de que a ocorrência de eventos novos, imprevisíveis e imprevisíveis pelas partes autoriza a revisão do contrato para o seu ajustamento às circunstâncias supervenientes” e suas formas de manifestação, quais sejam: força maior/caso fortuito, fato do príncipe, fato da administração e interferências imprevistas.

Do mesmo modo, se entende como fatos previsíveis de consequências incalculáveis,

assim como o caso fortuito/força maior e fato do príncipe, os seguintes conceitos:

- Fatos previsíveis de consequências incalculáveis: são situações internas ao contrato, previsíveis, mas que, teve uma repercussão muito mais gravosa do que o que se poderia imaginar. Ou seja, a imprevisibilidade não está no fato, mas sim, no resultado que ele provoca. Exemplo disso é a elevação do câmbio muito acima da curva esperada.
- Caso fortuito/força maior: são eventos externos ao contrato, originários da ação humana ou de forças da natureza que gera consequências imprevisíveis, impossíveis de evitar ou impedir. Destarte, podem ser exemplos: greve dos caminhoneiros, terremoto, inundações, etc.
- Fato do príncipe: situação na qual o próprio estado, mediante ato lícito, modifica as condições do contrato, provocando prejuízo ao contratado. São exemplos: Covid-19, oneração ou desoneração da folha de pagamento.

Com efeito, como os custos do contratado sofre variação de preço ao longo do tempo sem que nada de anormal ou extraordinário aconteça, a lei prescreve que a administração deve dispor de critério de reajuste no edital e no contrato para fazer frente a variação de preço decorrente do processo inflacionário.

Em outras palavras, há necessidade de indexação de índice anual de reajuste no corpo editalício e contratual, que preservará o equilíbrio da relação jurídica e econômica firmada quando da homologação da licitação ou do orçamento a que essa se referir.

Entretanto, a jurisprudência diverge quando da utilização da revisão como mecanismo de reequilíbrio financeiro em virtude de dissídio salarial anual.

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. DISSÍDIO COLETIVO QUE PROVOCA AUMENTO SALARIAL. REVISÃO CONTRATUAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. FATO PREVISÍVEL. NÃO-INCIDÊNCIA DO ART. 65, INC. II, ALÍNEA "D", DA LEI N. 8.666/93. ÁLEA ECONÔMICA QUE NÃO SE DESCARACTERIZA PELA RETROATIVIDADE. 1. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que eventual aumento de salário proveniente de dissídio coletivo não autoriza a revisão o contrato administrativo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, uma vez que não se trata de fato imprevisível - o que afasta, portanto, a incidência do art. 65, inc. II, "d", da Lei n. 8.666/93. Precedentes.

2. A retroatividade do dissídio coletivo em relação aos contratos administrativos não o descaracteriza como pura e simples álea econômica. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 957.999/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 05/08/2010). PROCESSUAL CIVIL ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO DE OBRAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL E TERRAPLENAGEM. PLANO REAL. CONVERSÃO EM URV. DISSÍDIO COLETIVO. AUMENTO DE SALÁRIO. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. TEORIA DA IMPREVISÃO. INAPLICABILIDADE AO CASO. DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. 1. A conversão da moeda em URV de que trata a Lei n. 8.880/94 não se apresenta como extorsiva ou exorbitante a justificar a excepcionalidade da Teoria da Imprevisão. 2. O aumento salarial a que está obrigada a contratada

por força de dissídio coletivo não é fato imprevisível capaz de autorizar a revisão contratual de que trata o art. 65 da Lei n. 8.666/93. 3. Recurso especial improvido. (REsp 650.613/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJ 23/11/2007, p. 454) CONTRATO ADMINISTRATIVO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. REVISÃO. A obrigação de a empresa conceder aumento de salário a seus funcionários por força de dissídio coletivo não constitui fato imprevisível capaz de autorizar a revisão do contrato administrativo, nos termos do art. 65 da Lei n. 8.666/1993. Precedente citado: REsp 134.797-DF, DJ 1º/8/2000. REsp 382.260 - RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 3/12/2002.

Desta forma, o dissídio anual dos trabalhadores estaria incluso na hipótese de reajuste, pois previsível de acordo com o calendário anual de negociação sindical.

O Tribunal de Contas da União compartilha do mesmo entendimento, a saber:

“...o incremento dos custos de mão-de-obra decorrente da data-base das categorias profissionais trata-se de mero reajuste provocado pela inflação. Em consequência, são aplicáveis a esse incremento de custos as regras atinentes ao reajuste dos contratos, que fixam o prazo anual para a realização de cada novo reajustamento.” Acórdão nº 1.563/2004. (negritei e grifei).

Contudo, há situações em que a majoração salarial é tamanha, decorrente de greves ou lutas sindicais, que foge da previsão habitual.

Nesse contexto, excepcionalmente, a revisão seria admitida quando estabelecesse aumentos extraordinários, fugindo a previsibilidade daquela categoria, capaz, por esta razão, de tornar o contrato demasiadamente oneroso para o contratado.

No mesmo sentido adverte o professor Flávio Amaral Garcia:

“Somente seria admissível a aplicação da revisão se o dissídio estabelecesse um índice fora dos padrões normais e que acarretasse uma onerosidade excessiva ao contratado. Neste caso, estar-se-ia diante de um fato previsível, mas de consequências incalculáveis, conforme dispõe o art. 65, d, da Lei 8666/93.” (negritei)

No caso em tela, trata-se de clara hipótese descrita na alínea d, inciso II do artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/1993.

Em que pese a Lei Federal nº 14.434/2022 que instituiu o piso salarial da enfermagem ser conquista histórica diante de uma luta por décadas para sua aprovação, é certo que a sanção da lei, diante de todas as nuances que envolvem o trâmite legislativo no Brasil, impõe a situação como fato imprevisível, ou se fosse previsível, de consequência incalculável.

Como o dispositivo do artigo 65, inciso II alínea b, ampara a alteração dos contratos também na ocorrência de fatos previsíveis, porém de consequências incalculáveis, os aumentos salariais trazidos por lei, de comprovada repercussão nos preços contratados, ampara a revisão desses preços, na forma prevista no art. 65, § 5º, desse diploma.

Cabe ressaltar que não há impedimento legal para que um mesmo contrato seja

revisado e reajustado ou repactuação, uma vez que a causa determinante da revisão é diversa daquela que determina o reajuste ou a repactuação, desde que sejam preenchidos todos os requisitos de cada um desses institutos.

Também é importante frisar que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, seja por meio da revisão, da repactuação ou do reajuste, é *direito tanto do particular quanto da Administração Pública*. Não se trata de garantia de aumento de preços e maior lucratividade em favor do particular, mas de um preceito legal que visa manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Desta forma, no caso em tela, o instituto adequado a ajustar os contratos de gestão diante do aumento realizado pela lei que institui o piso da enfermagem é a revisão do artigo 65, inciso II, alínea d c.c §5º do mesmo artigo na Lei Federal 8.666/1993.

A Nova Lei de Licitação – Lei Federal nº 14.133/2021 - ao tema de equilíbrio financeiro do contrato, trouxe inovações importantes.

No artigo 6º, inc. LVIII, tratou do reajustamento em sentido estrito, como “forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais.”

Trata-se aqui de medida prévia para manutenção do equilíbrio econômico, havendo, em regra, o mesmo tratamento da lei anterior.

Em relação ao instituto da repactuação, definida no mesmo art. 6º, inc. LIX, como “forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato utilizada para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, devendo estar prevista no edital com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra”.

Verifica-se que a repactuação está atrelada aos serviços contínuos de mão de obra, o que poderia gerar dúvida sobre a utilização deste instituto ao caso em tela.

Neste ponto, vale a pena melhor digressão do assunto, a saber:

- A repactuação é uma espécie de reajuste e, assim como ele, serve para corrigir a desvalorização da moeda em virtude da inflação. No entanto, a repactuação é utilizada apenas quando se trata de *serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão-de-obra*.
- A repactuação se dá pela análise das variações dos componentes na planilha de custos e formação de preços, como acordos, convenções coletivas ou dissídios coletivos aos quais a proposta esteja vinculada.

Tanto o reajuste quanto a repactuação devem estar *previstos no edital e no contrato, tendo periodicidade mínima de 1 ano*, contado a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que se referir.

“A diferença entre repactuação e reajuste é que este é automático e deve ser realizado periodicamente, mediante a simples aplicação de um índice de preço, que deve, dentro do possível, refletir os custos setoriais. Naquela, embora haja periodicidade anual, não há automatismo, pois é necessário demonstrar a variação dos custos do serviço.” (Acórdão 1105/2008 Plenário – Voto do Ministro Relator)

A Instrução Normativa n.º 05/2017 do Ministério da Economia indica em seu art. 59, o entendimento acerca da repactuação contratual:

“As repactuações não interferem no direito das partes de solicitar, a qualquer momento, a manutenção do equilíbrio econômico dos contratos com base no disposto no art. 65 da Lei n.º 8.666, de 1993”.

Em outras palavras, caso o administrador contratual, tenha já aplicado o índice de reajuste de preço previsto em contrato, isso *per se* não invalida o direito ao prestador de serviço solicitar a revisão contratual.

É o que indica o art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993, ou seja, é condição fundamental na relação entre o particular e a Administração Pública manter o equilíbrio econômico-financeiro da relação estabelecida, sempre que houver desequilíbrio advindo de fato imprevisível ou previsível, mas com consequências incalculáveis.

Em outros termos, reajuste e repactuação são aplicáveis em razão das perdas inflacionárias, para devolver o custo contratual ao valor originário, enquanto que a revisão decorre de imprevisibilidades, de fatos ou situações que não podiam ser previstas ao tempo da elaboração da proposta e que produzam impacto nos custos do contrato.

Além disso, a concessão do reajuste e da repactuação está condicionada a um prazo mínimo de 12 meses, contados da data da apresentação da proposta ou da convenção, acordo ou dissídio coletivo, respectivamente, enquanto que a revisão, justamente pela imprevisibilidade que a fundamenta, não está atrelada a esta condicionante.

Outrossim, o edital e contrato devem contemplar a previsão de repactuação/ou reajuste, com seu respectivo índice; entretanto, tal condição não existe para o instituto da revisão administrativa.

A revisão dos contratos, com vistas à manutenção da sua equação financeira inicial, na sistemática da lei 14.133/2021 tem disciplina parecida com a da lei n. 8666/93, ou seja, quando da ocorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe.

O artigo 124, inciso II, alínea “d” tem praticamente o mesmo conteúdo do artigo 65, inciso II, alínea “d” da lei 8666/93, invertida a ordem de algumas das palavras contidas nos citados dispositivos.

Na lei 14.133/2021, temos texto que justifica a revisão contratual:

“Em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco

estabelecida no contrato”.

Cabe revisão administrativa nas contratações de obras e serviços de engenharia, quando a execução for obstada pelo atraso na conclusão de procedimentos de desapropriação, desocupação, servidão administrativa ou licenciamento ambiental, por circunstâncias alheias ao contratado – artigo 124, § 2º da Nova Lei de Licitações.

Consta, ainda, no corpo positivo que há autorização expressa para utilização da revisão administrativa do preço do contrato quando, após a data da apresentação da proposta, vier a ocorrer a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais ou a superveniência de disposições legais, com comprovada repercussão sobre os preços contratados – artigo 134 cuja disposição, vale lembrar, já constava na Lei de Licitações anterior.

A autorização expressa contida no dispositivo acima mencionado veio trazer segurança para o contratado no sentido de dar início à execução do objeto do contrato já com seu preço devidamente revisto.

Inexiste, por fim, prazo peremptório definido em lei para o pedido de revisão. Isso significa que o pedido de revisão administrativa poderá ser realizado ainda que o contrato esteja extinto a termo, ou seja, finalizado por decurso de prazo.

Em outras palavras, não há preclusão temporal, em que pese há prescrição para o pedido.

Contudo, deverá ser observado a prescrição lógica nos contratos de gestão em andamento.

Acórdão 1.828/2008, o TCU consignou, em um primeiro momento, que *“há a preclusão lógica quando se pretende praticar ato incompatível com outro anteriormente praticado. In casu, a incompatibilidade residiria no pedido de repactuação de preços que, em momento anterior, receberam a anuência da contratada. A aceitação dos preços quando da assinatura da prorrogação contratual envolve uma preclusão lógica de não mais questioná-los (...)”*.

Mais adiante, lê-se em tal acórdão:

“8. A partir da data em que passou a vigor as majorações salariais da categoria profissional que deu ensejo à revisão, a contratada passou deter o direito à repactuação de preços. Todavia, ao firmar o termo aditivo de prorrogação contratual sem suscitar os novos valores pactuados no acordo coletivo, ratificando os preços até então acordados, a contratada deixou de exercer o seu direito à repactuação pretérita, dando azo à ocorrência de preclusão lógica.”

A partir destes julgados, o TCU passou a adotar o entendimento de que, durante um contrato administrativo, ocorre preclusão lógica quando o contratado formaliza termo aditivo sem ter apresentado, anteriormente, pedido de repactuação do equilíbrio econômico-financeiro.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho é proporcionar uma visão ampla dos impactos legais da aprovação do Piso Salarial da Enfermagem no âmbito dos contratos administrativos, em especial, ao contrato de gestão das Organizações Sociais de Saúde.

Todos os institutos do Direito Administrativo possivelmente aplicáveis à ocasião foram analisados, chegando a conclusão da viabilidade jurídica de utilização da Revisão como métrica adequada à manutenção do equilíbrio econômico financeiro.

REFERÊNCIAS

LIMA 1996. O contrato de gestão e modelos gerenciais para as organizações hospitalares públicas. *Revista de Administração Pública*.

ANDRÉ, Maristela Afonso de. *Subsídios para a Reforma do Estado: contratos de gestão*. Brasília: IPEA/ENAP/IBAM, 1994. v.4

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 9. ed. São Paulo: RT, 1990.

PEREIRA, Kylce Anne de Araujo. *A aplicabilidade da Teoria da Imprevisão no âmbito dos contratos administrativos*. 2001.

GARCIA, Flavio Amaral. in *Licitações e Contratos Administrativos*, 2012.

A USUCAPIÃO URBANA COLETIVA COMO FORMA DE EFETIVAR A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Data de aceite: 01/03/2023

Joseph Murta Chalhoub

Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC)
<http://lattes.cnpq.br/4954048839728580>

RESUMO: O presente artigo objetiva abordar o instituto da usucapião especial urbana coletiva como um instrumento de política pública cuja finalidade é assegurar a efetivação do direito constitucional a uma moradia digna às populações carentes. Para tanto, aborda os conceitos, fundamentos e requisitos do instituto da usucapião; traz uma breve explicação sobre cada uma das espécies de usucapião; e analisa a usucapião especial urbana coletiva como forma de efetivar a função social da propriedade. Referente ao método de pesquisa empregado, optou-se pelo uso do método teleológico e sistemático de interpretação, com o propósito de compreender as normas que se referem a esta modalidade de usucapião, em conformidade com os valores e princípios previstos na CRFB/1988, visando prevenir, regularizar e buscar soluções para conflitos envolvendo a moradia e uso da propriedade nos núcleos urbanos informais de maneira

racional.

PALAVRAS-CHAVE: Usucapião especial urbana coletiva. Propriedade. Função social. Direito à moradia.

ABSTRACT: This article aims to address the institute of collective urban special adverse possession as a public policy instrument whose purpose is to ensure the realization of the constitutional right to decent housing for needy populations. To do so, it addresses the concepts, foundations and requirements of the adverse possession institute; provides a brief explanation about each of the types of adverse possession; and analyzes the special urban collective adverse possession as a way of realizing the social function of property. Regarding the research method employed, the teleological and systematic method of interpretation was chosen, with the purpose of understanding the norms that refer to this type of adverse possession, in accordance with the values and principles set forth in the CRFB/1988, aiming at prevent, regularize and seek solutions to conflicts involving housing and use of property in informal urban centers in a rational manner.

KEYWORDS: Collective urban special adverse possession. Property. Social role.

Right to housing.

1 | INTRODUÇÃO

É certo que a propriedade cumpre funções em favor do proprietário, mas certo é que ela atua também em prol da sociedade. Muitas modalidades de bens não têm nenhuma função senão a de satisfazer o dono, como no exemplo dos sapatos e dos objetos de uso pessoal. Ninguém exigirá que bens dessa natureza cumpram funções para a sociedade. No entanto, os bens imóveis sempre irão desempenhar funções que extrapolam o proprietário.

Os imóveis rurais têm função econômica, função ambiental, função trabalhista e função humano-social.

No âmbito urbano o mesmo raciocínio é aplicado. Prédios particulares cumprem uma função cultural e histórica, pois simbolizam a cultura de determinada época.

As várias funções desempenhadas pela propriedade, e que se projetam para além dos interesses do titular, reúnem-se sob o rótulo “função social”. Emprega-se o adjetivo “social” quando o bem traz uma utilidade que não tem natureza pública no sentido estrito, mas uma natureza especial e em torno do qual estão unidos todos os membros da sociedade.

Sabe-se que com o crescimento desordenado dos grandes núcleos urbanos, a população mais empobrecida das grandes cidades passou a se agrupar em grandes aglomerados, antes chamados de favelas e, atualmente, com maior recorrência de comunidades. As pessoas que habitam essas comunidades sofrem com a falta de infraestrutura básica, a exemplo do acesso a água potável, além de viverem em habitações precárias e não regularizadas. A usucapião especial urbana foi pensada para ajudar a legalizar a propriedade das moradias nesses locais, assegurando sua função humano social.

Feitas estas pontuações iniciais, este artigo estabeleceu como problema a ser investigado: quais as razões que tornam possível afirmar que a usucapião coletiva urbana serve como instrumento de efetivação da função social da propriedade?

Visando responder ao problema de pesquisa delineado, o presente artigo objetiva abordar o instituto da usucapião especial urbana coletiva como um instrumento de política pública cuja finalidade é assegurar a efetivação do direito constitucional a uma moradia digna às populações carentes.

Sabe-se que a usucapião, por ser um modo originário de aquisição do direito de propriedade após posse prolongada e incontestada, é um instituto pertencente ao direito privado que já é previsto no Brasil desde a Consolidação das Leis Civis, que datam de 1858. O Código Civil Brasileiro de 1916 (CC/1916) previa existir somente a usucapião extraordinária e a usucapião ordinária. Atualmente, o CC/2002 recepcionou novas modalidades deste instituto, além de ter reduzido os prazos para que o domínio por meio

da usucapião seja adquirido. Ademais, em consonância com os fundamentos e objetivos estabelecidos pela CRFB/1988, algumas outras espécies de usucapião especial foram surgindo no ordenamento jurídico brasileiro, dentre as quais destaca-se a usucapião especial urbana coletiva.

A importância de abordar o instituto da usucapião especial coletiva urbana encontra-se em demonstrar que essa modalidade de usucapião tem se mostrado de grande relevância na proteção a direitos coletivos das populações urbanas, que em razão do grande déficit habitacional oriundo da crescente urbanização que ocorreu no Brasil a partir do século XVIII, passaram a ocupar, de forma precária, irregular e desumana, áreas abandonadas, sem nenhum planejamento e infraestrutura.

Nesses termos, o propósito deste estudo foi tornar possível, com a utilização do método teleológico e sistemático de interpretação, a compreensão sobre as normas que se referem a esta modalidade de usucapião, em conformidade com os princípios previstos na CRFB/1988, visando prevenir, regularizar e buscar soluções para conflitos envolvendo a moradia e uso da propriedade nos núcleos urbanos informais de maneira racional.

2 | ASPECTOS GERAIS DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO

A usucapião constitui-se em uma forma originária de aquisição da propriedade imóvel, que se opera através da posse contínua da terra durante certo período de tempo, sem interrupção nem oposição do primitivo dono.

O CC/1916 empregava o vocábulo usucapião, no masculino (Do usucapião), a exemplo dos arts. 553 e 619, § único, enquanto o atual CC preferiu a forma purista, no feminino (Da usucapião), a exemplo dos arts. 1.244 e 1.262 (ALVIM, 2022).

Fabrizio (2008) prefere o gênero feminino, usado pelo CC/2002 (a usucapião), mas a preferência de alguns é pelo masculino (o usucapião), porque não soaria bem a usucapião, por ser mais eufônica a expressão “o usucapião”¹, sendo esta a predileção de Pinto (2008), Marcato (2013) e Santos (2017). Orlando Gomes, acertadamente, dispõe que:

O fundamento da usucapião está assentado no princípio da utilidade social, na convivência de se consolidar as aquisições e facilitar a prova do domínio. Tal instituto repousa na paz social e estabelece firmeza da propriedade, libertando-a de reivindicações inesperadas, corta pela raiz um grande número de pleitos, planta a paz e a tranquilidade na vida social: tem a aprovação dos séculos e o consenso unânime dos povos antigos e modernos (GOMES, 2012, p. 187-188).

Após breve apontamento do instituto, deve-se questionar o que vem a ser a usucapião. Para Fachin (1988), a usucapião consumada e reconhecida judicialmente

1 Novo Dicionário Aurélio consigna o substantivo “usucapião” no feminino, enquanto o Michaelis, Moderno Dicionário da Língua Portuguesa consigna os dois gêneros, masculino + feminino; e o Dicionário Priberam da Língua Portuguesa consigna apenas o masculino. Portanto, se os próprios gramáticos não se entendem, vou preferir usar o vocábulo “usucapião” no masculino, embora reconheça que o Código Civil optou pelo feminino.

chancela e legitima a posse que lhe deu causa, gerando a aquisição do direito real sobre o qual incidiu. Seria a usucapião, assim, um efeito da posse prolongada.

Dessa forma, a usucapião deriva, a princípio, de uma situação de fato, em que a posse prolongada, exercida por determinado tempo, desde que acompanhada de seus requisitos legais, pode se transformar em direito de propriedade.

A usucapião, em conformidade com o entendimento majoritário da doutrina brasileira, é uma aquisição originária do direito de propriedade, pois não deriva de qualquer ato de vontade previamente existente entre o usucapiente e o proprietário (PEREIRA, 2004). Ademais, a usucapião faz com que todos os direitos reais que forem constituídos sobre a coisa por seu antigo proprietário sejam extintos, em decorrência de sua negligência para com o bem imóvel usucapido.

Para Pereira e Teixeira (2004), a aquisição originária se configura quando o domínio adquirido começa a existir com o ato de que diretamente resulta, sem relação de causalidade com o estado jurídico de coisa anterior. Por sua vez Rosenvald e Farias, assim dispuseram:

Com efeito, a posse é o poder de fato sobre a coisa; já a propriedade é o poder de direito nela incidente. O fato objetivo da posse, unido ao tempo – como força que opera a transformação do fato em direito – e a constatação dos demais requisitos legais, confere juridicidade a uma situação de fato, convertendo-se em propriedade. A usucapião é a ponte que realiza essa travessia, como forma jurídica de solução de tensões derivadas do confronto entre a posse e a propriedade, provocando uma mutação objetiva na relação de ingerência entre o titular e o objeto (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 212).

Por todo o exposto, constata-se ser a usucapião um modo originário para aquisição do direito de propriedade, o que ocorre em virtude da inércia do proprietário e da posse prolongada exercida pelo possuidor, desde que respeitados seus requisitos legais, o que pode variar de acordo com cada modalidade de usucapião prevista no ordenamento jurídico, consoante será demonstrado em tópico específico.

2.1 Requisitos

Os requisitos da usucapião se dividem em requisitos pessoais, reais e formais. Os requisitos pessoais podem ser definidos como exigências relacionadas à pessoa do usucapiente que almeja adquirir a coisa através da usucapião. Também, envolve o proprietário, que, em razão da aquisição da propriedade pelo possuidor (usucapiente), perde a sua (FARIAS; ROSENVALD, 2021).

Também, é necessário que o adquirente da propriedade, pela usucapião, seja considerado capaz e seja detentor da qualidade para adquiri-la de tal maneira (MARQUESI, 2019). Neste ponto, importa ressaltar que os relativamente e absolutamente incapazes podem sofrer os efeitos da usucapião, tendo em vista que são seus assistentes e representantes que devem impedir que a usucapião ocorra.

Os requisitos reais dizem respeito às coisas e direitos suscetíveis de serem usucapidos, sabendo-se que há direitos e coisas sobre as quais a prescrição aquisitiva

não pode incidir (FARIAS; ROSENVALD, 2021). Portanto, há determinados bens que são eivados pela imprescritibilidade, como é o caso dos bens públicos, ou, melhor dizendo, aqueles que pertencem às pessoas jurídicas de direito público interno.

Acrescente-se que a prescrição aquisitiva incide somente sobre os direitos reais que recaem sobre coisas que a prescrição pode alcançar, sendo certo que apenas os direitos reais que recaem sobre coisas usucapíveis é que poderão ser obtidos fazendo uso deste modo de aquisição originário (GOMES, 2012).

Os últimos requisitos são os requisitos formais. Para que ocorra a aquisição do direito de propriedade por meio da usucapião, devem ser preenchidos requisitos gerais e específicos para cada modalidade prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

O elemento precípua que gera a aquisição do direito de propriedade é a posse prolongada por um determinado lapso temporal previsto pela lei. Entretanto, para efeitos da usucapião, a posse deve ser exercida com *animus domini*, ou, melhor dizendo, com intenção de ser dono, com o desejo de exercer o direito de propriedade.

Dessa forma, não obstante o CC/2002 adote a teoria objetiva de Ihering para conceituar o fenômeno possessório, para efeitos da usucapião a demonstração do *animus domini*, requisito indicado pela teoria subjetiva da posse de Savigny, passa a ser indispensável (RADBRUCH, 1997). É com a presença do *animus domini*, ou seja, da intenção de se ter a coisa como sua, que a posse se torna apta desde que somada a outros requisitos, a gerar a aquisição do direito de propriedade com o decurso do tempo (CORDEIRO, 2011).

Na visão de Araújo, para averiguar o *animus domini* no caso concreto, o que determinará a que título o sujeito detém a posse será a *causa possessionis*, e não a vontade (ARAÚJO, 2005). Ademais, a posse, para fins de usucapião, precisa ser mansa, pacífica, ininterrupta, e livre de vícios objetivos que a macule, ou seja, a posse deverá ser justa, nos ditames do artigo 1.200² do CC/2002.

Para Lenine Nequete (1981, p. 119), “a posse para a usucapião deve ser a título de propriedade, contínua, ininterrupta, pública, pacífica, inequívoca e atual”.

A posse contínua é a posse sem interrupção, o que faz com que a mesma seja assídua, tendo o possuidor contato frequente com o bem, ainda que esse contato ocorra através de terceiros. A posse será descontínua, ao contrário, quando o possuidor abandonar o poder físico sobre o bem por um prazo representativo, sem que nenhuma pessoa ocupe a coisa.

O mesmo não se pode afirmar do possuidor que desocupar um imóvel por períodos recorrentes, porém breves, a ponto de não macular o seu vínculo com a coisa. Certo é que a questão sobre o quantum aproximado desse lapso de ausência é mais probatória e fática do que jurídica (FARIAS; ROSENVALD, 2021).

No que tange aos requisitos da mansidão e pacificidade, referem-se à não ocorrência

2 Art. 1200 CC/2002 – “É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.”

de violência, já que a violência, ao menos enquanto subsistir, é um vício objetivo que impede a aquisição do domínio (ANDRADE, 1988).

Exige-se, ainda, que a posse não seja clandestina, nem precária, vícios que também obstam a aquisição do direito de propriedade, posto que tornam a posse injusta.

Quanto à clandestinidade, tal vício impede, de forma relativa, a aquisição do direito de propriedade, já que deve a posse ser pública. O que caracteriza a clandestinidade segundo Araújo (2005, p. 141) é “a dissimulação realizada pelo possuidor que procura esconder sua atitude”. Enquanto clandestina, a posse se encontra maculada.

Já a posse precária é aquela que deriva do descumprimento de uma relação jurídica pré-existente entre o possuidor e o proprietário, o que impede a aquisição do domínio (FARIAS; ROSENVALD, 2021).

Verifica-se, portanto, que a posse injusta, ou seja, a posse violenta, clandestina ou precária, enquanto mantiver tais características, não possui o condão de gerar a aquisição do domínio. Tais vícios constituem caracteres objetivamente verificáveis, pois no entendimento de Cimardi (2007, p. 44) “dependem apenas da análise dos fatos ensejadores da aquisição da posse, sem se levar em conta a intenção do sujeito”. A ausência destes vícios implica, assim, a caracterização da posse como justa, isto é, adquirida de forma mansa, pacífica e pública.

Cumpra esclarecer que a posse de boa-fé não constitui um requisito genérico aplicável a todas as espécies de usucapião. Segundo o art. 1.201 do CC/2002, “é de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa” (BRASIL, 2002, s.p.). Em sentido oposto, o possuidor que tem plena consciência de que sua posse é ilegítima é considerado um possuidor de má-fé (CIMARDI, 2007).

A comprovação da posse de boa-fé faz-se imprescindível apenas na modalidade de usucapião ordinária. Já nas demais espécies, o exame do elemento intencional do possuidor, no que diz respeito a conhecer ou não o obstáculo que torna ilegítima a sua posse, será irrelevante para a aquisição do domínio.

A doutrina afasta, ainda, a possibilidade de usucapir pelos servidores ou fâmulos da posse, ou seja, aqueles que, estando em relação de dependência para com o dono da coisa, conservam a posse em nome deste, não por poder próprio, a título de possuidores, mas como simples detentores³. Falta aos detentores, assim, o requisito da posse com *animus domini*, também denominada posse *ad usucapionem*, elemento indispensável para aquisição do domínio (CORDEIRO, 2011).

Crescente, pois, é o entendimento doutrinário no sentido de que, expirado o prazo que lhes foram outorgados para atuar como detentores, estes podem adquirir a propriedade, após a inércia dos proprietários e preenchidos os requisitos legais (FARIAS; ROSENVALD, 2021).

3 Segundo o artigo 1.198 do Código Civil de 2002, “considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”.

Por fim, é requisito genérico aplicável a todas as modalidades de usucapião a coisa hábil a ser usucapida. Sobre tal requisito, a CRFB/1988 veda, expressamente, a usucapião sobre imóveis públicos⁴. Assim sendo, para que exista a possibilidade de aquisição por usucapião, é necessário que a coisa seja de propriedade privada. Além disso, necessário ainda que a coisa esteja dentro do comércio e que não haja qualquer impedimento que vede a sua alienação ou aquisição.

Expostos os requisitos gerais aplicáveis a todas as espécies de usucapião, faz-se então necessária uma abordagem mais detida acerca das modalidades do instituto, que se encontram em vigor no ordenamento jurídico brasileiro.

3 | ESPÉCIES DE USUCAPIÃO

São espécies de usucapião: a usucapião extraordinária; a ordinária; a especial rural; a indígena; e a especial urbana familiar.

3.1 Usucapião extraordinária

A usucapião extraordinária é aquela a que falta justo título ou boa-fé. É a usucapião do esbulhador, do sem-teto, do sem-terra, ou então daquele que, embora em boa-fé, não dispõe de título para demonstrar a aquisição *animus domini* da posse (MARQUESI, 2019).

Essa forma de usucapião aplica-se a qualquer bem imóvel, urbano ou rural, não importando suas dimensões físicas. O prazo para a aquisição por essa espécie é de 15 anos, tal como se constata da leitura daquele dispositivo. Contudo, o parágrafo único o reduz para um decênio, caso o usucapiente esteja residindo no imóvel ou nele esteja exercendo alguma atividade produtiva. Prestigia-se, também aqui, a posse/trabalho.

Os prazos são maiores que os estabelecidos para a usucapião ordinária. Tal como fizera na codificação anterior, o legislador procurou compensar com o alargamento do prazo a ausência de título ou de boa-fé. Nessa forma de usucapião, não existe requisito específico algum, motivo pelo qual se faz remissão aos requisitos comuns. Ou seja, na modalidade extraordinária só se levam em conta a posse, o tempo e a coisa. Não se cogita da consciência do possuidor (se em boa ou imbuído de má-fé) ou da causa do poder sobre a coisa (título)⁵.

A usucapião extraordinária também se aplica aos direitos reais de gozo na coisa

4 Tal vedação encontra-se expressa nos artigos 183, § 3º e 191, parágrafo único da CRFB/1988, que dispõem, textualmente: “os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

5 Para que seja reconhecida a usucapião extraordinária, é necessária a existência da posse, que perdure, ininterruptamente, por determinado período de tempo, de forma mansa e pacífica, com a intenção do possuidor de tê-la como sua, consoante se extrai do art. 1238 do CC brasileiro de 2002. Cabe ao autor, portanto, produzir a prova de sua posse prolongada, ininterrupta, mansa e pacífica, como também do *animus domini*, nos termos do art. 333, I, do CPC, sob pena de não se lhe declarar o domínio da terra a que pretende. A prova testemunhal não comprovou a posse alegada. Ausência prova exercício da posse do terreno. Restando ausente alguns desses requisitos, rejeita-se a pretensão portal” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS – 19ª. Câm. Cív. Ap. 70051791135. Rel. Des. Mylene Maria Michel. Julgado em: 21.05.2013).

alheia, com os mesmos prazos, exceto nas servidões, por força da regra timbrada no parágrafo do art. 1.379, que estabelece lapso vintenário.

3.2 Usucapião ordinária

Essa modalidade é assim chamada por ser a usucapião “padrão” e exige do possuidor a boa-fé, além de um justo título, tal como a *praescriptio longi temporis* dos romanos. É a usucapião das pessoas que pagam pela coisa, entram-lhe na posse, usam-na crendo-se donas, mas que não conseguem obter a transferência do domínio. Ao contrário da usucapião extraordinária, ela tem por base um negócio jurídico, é dizer, um contrato, como o compromisso de compra e venda e a compra e venda por forma particular (RIBEIRO, 2012).

Consoante dispõe o art. 1.242⁶ do CC brasileiro em vigor, a modalidade de usucapião ordinária exige que a posse seja exercida, em regra, por um lapso temporal de dez anos, vinculada à existência de um justo título e boa-fé.

Dessa forma, para adquirir a propriedade por meio dessa modalidade, o possuidor deve, além de preencher os requisitos gerais da usucapião – posse *ad usucapionem*, mansa, pacífica, inconteste e pública –, completar os demais requisitos legais exigidos para essa espécie, quais sejam, o lapso temporal de dez anos, o justo título e a boa-fé.

Essa modalidade é tida como ordinária, por serem seus elementos os requisitos ordinariamente exigidos daquele que adquire a propriedade imobiliária pelas vias de compra e venda ou doação, já que deverá fazer prova que possui o justo título e boa-fé para galgar o domínio.

Como se pode notar, o cerne da usucapião ordinária é a presença de justo título e boa-fé, pressupostos estes que a permeiam e a diferenciam de outras modalidades de usucapião.

Nessa modalidade de usucapião, a coisa a ser usucapida pode estar localizada em área urbana ou rural, sem limitação de metragem ou hectares, podendo o usucapiente valer-se dessa espécie por mais de uma vez, sendo irrelevante ser o possuidor proprietário de outros imóveis.

Assim como ocorreu com a usucapião extraordinária, foi instituída no CC brasileiro atual uma subespécie da usucapião ordinária, denominada usucapião tabular, com prazo reduzido para 5 anos e aplicável tão somente nos casos em que o possuidor de boa-fé teve seu título de propriedade cancelado junto ao Cartório de Registro de Imóveis, desde que mantenha no imóvel sua moradia ou tenha realizado nesses investimentos de caráter econômico (FARIAS; ROSENVALD, 2021).

6 Art. 1.242 do CC/2002. “Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos. Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico”.

Percebe-se que essa subespécie de usucapião ordinária veio, mais uma vez, garantir a função econômico-social da propriedade, além da proteção ao direito à moradia em benefício daquele possuidor imbuído de boa-fé, que fez de determinado imóvel sua moradia ou realizou investimentos produtivos no bem.

3.3 Usucapião indígena

Na modalidade de usucapião especial indígena, o beneficiado é o indígena ou silvícola, encontrando-se o fundamento na legislação que dispõe sobre o chamado Estatuto do Índio – Lei nº 6.001/1973.

O art. 3^o da Lei nº 6.001/1973 define índio ou silvícola como “todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características o distinguem da sociedade nacional” (BRASIL, 1973, s.p.). Já o art. 33 desse mesmo Estatuto prescreve os requisitos necessários para a aquisição do domínio pelo indígena⁸.

Conforme descrito pelo Estatuto, a área usucapienda deve ser rural e particular, posto que as terras da União e dos demais entes da federação não podem ser usucapidas, seja por tal modalidade ou por qualquer outra, nos termos dos arts. 183, § 3^o e 191, § único da CRFB/1988.

Além de tal requisito, a posse do indígena deve ser exercida pelo tempo mínimo de dez anos consecutivos, em área inferior a 50 hectares, nos ditames da legislação supramencionada.

Farias e Rosenvald (2021) criticam, com maestria, a norma trazida pelo Estatuto do Índio de 1973, face à CRFB/1988, que possibilitou a usucapião de área rural com limite de até 50 hectares por um lapso temporal menor, de 5 anos.

Vê-se que, à época em que foi concebida a usucapião indígena dispunha de operabilidade. Porém, de 1973 para cá, a criação de novas modalidades de usucapião e a repaginação do requisito temporal do modelo tradicional culminaram por subtrair a efetividade de uma norma cuja prioridade era propiciar ao vulnerável um tratamento diferenciado em função de sua posição de exclusão social.

Fato é que, não se enquadrando a situação do indígena na usucapião constitucional rural, poderia o mesmo usucapir pela modalidade extraordinária prevista no parágrafo único do art. 1.238 do CC/2002, cujo lapso temporal é de dez anos, mas não há o requisito da metragem máxima, nem tampouco a exigência de não ser proprietário de outro imóvel.

Em relação às pessoas jurídicas de Direito Público ou Privado, acentuam Farias e Rosenvald (2021) que, quanto às espécies extraordinária e ordinária, há plena legitimidade

7 BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 24 de janeiro 2023.

8 Art. 33 da Lei nº 6.001/1973. “O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, às áreas reservadas de que trata esta Lei, nem às terras de propriedade coletiva de grupo tribal” (BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 24 de janeiro 2023.

conferida às mesmas. Contudo não há a possibilidade de conferir a mesma legitimidade a essas pessoas jurídicas nas espécies de usucapião especial urbana e rural, já que o sentido de pessoalidade da posse afasta tal viabilidade; ademais, pessoa jurídica não mora e, sim, possui sede.

Tupinambá Miguel Castro do Nascimento ressalta, acerca da usucapião especial:

Não basta não ser proprietário no momento em que houver o pedido de usucapião. A condição de não ser proprietário deve se prostrar durante todo tempo de posse exigido, ou seja, durante os cinco anos, porque se trata de requisito para admitir o direito à usucapião e não para legitimar a ação judicial. Assim, se no transcurso do prazo prescricional, o interessado passou a ser proprietário mesmo que, posteriormente, tenha deixado de sê-lo, a condição não se satisfaz (NASCIMENTO, 1986, p. 213-214).

A intenção do legislador brasileiro, ao inserir na CRFB/1988 essa espécie de usucapião, foi beneficiar a população de baixa renda, com nítida proteção ao direito à moradia dessa população, visto que a delimitação da área em até 250 m² demonstra a preocupação em garantir esse direito fundamental à maior parte possível de cidadãos.

Necessário ressaltar que o Estatuto da Cidade, no art. 9º, não apenas repetiu o preceito do art. 183 da CRFB/1988, ao contrário, há acréscimos e pormenores contidos no Estatuto da Cidade acerca da usucapião especial urbana individual.

Uma das inovações trazidas pelo Estatuto da Cidade, em seu art. 12, consiste na possibilidade de os possuidores pleitearem usucapião em litisconsórcio originário ou superveniente (RIBEIRO, 2012).

Ressalta-se, ainda, como peculiaridade trazida pelo Estatuto da Cidade, o acréscimo da expressão “edificação urbana”, para efeitos dessa modalidade do instituto, o que direciona para uma adequada interpretação da norma constitucional, levando-se em consideração a teleologia do art. 183 da CRFB/1988 vigente, que, nas palavras de Medauar e Almeida (2004, p. 136), “foi a de proteger aqueles que detenham a posse de porções moderadas de áreas urbanas, e não ser a fonte de criação de novo magnatas citadinos.” Assim, o limite assinalado não pode ultrapassar os 250 m² para a área do terreno e da edificação.

O Estatuto da Cidade traz também, expressamente, a possibilidade de continuação da posse nessa espécie de usucapião especial, já que dispõe, no § 3º do seu art. 9º, que “o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão” (BRASIL, 2001, s.p.). Tal previsão legal encontra-se em plena conformidade com a finalidade social do instituto, uma vez que a posse do imóvel é destinada à moradia do possuidor e de sua família. Assim, necessário se faz que o herdeiro já esteja a residir no imóvel ao momento da abertura da sucessão, pois o objeto de proteção da norma jurídica em questão é a moradia (CARVALHO FILHO, 2013).

Por fim, o Estatuto da Cidade dispõe, na literalidade de seu art. 14, que o rito processual a ser observado na ação judicial de usucapião especial urbana será o sumário. No entanto tal dispositivo deverá ser interpretado à luz do atual Código de Processo Civil

de 2015 (CPC/2015).

No CPC atualmente vigente não há mais que se falar em procedimento sumário, uma vez que os únicos procedimentos previstos são o comum e os especiais. O procedimento da usucapião, qualquer que seja a sua espécie, será sempre o comum, pois a ação de usucapião não mais vigora dentre os procedimentos especiais, como ocorria no CPC de 1973.

A usucapião especial urbana coletiva consiste em uma das inovações trazidas pelo Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01), que, ao regulamentar o capítulo da Política Urbana disposto na CRFB/1988, veio traçar diretrizes para a efetivação do direito à moradia da população carente e de baixa renda, a qual, principalmente em função do êxodo rural e da crescente industrialização e desenvolvimento urbano, deslocou-se para as grandes cidades e acabou por se concentrar nas periferias dos centros urbanos. Fato que ocorreu de modo desordenado e à margem das leis específicas, tais ocupações se mostram, na maioria das vezes, sem condições mínimas de segurança ou conforto para os moradores.

Com o advento da Lei nº 13.465/2017, que dispõe sobre a regularização fundiária urbana e rural, ocorreu alteração nos requisitos para a aquisição, por parte da coletividade, da propriedade imóvel por meio dessa modalidade de usucapião.

O art. 10 do Estatuto da Cidade, após as alterações trazidas por essa legislação, passou a vigorar da seguinte forma:

Artigo 10. Os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural (BRASIL, 2001, s.p.).

Assim, verifica-se que os novos requisitos para a usucapião coletiva, após a vigência da Lei 13.465/2017, são os seguintes: existência de um núcleo urbano informal; posse de mais de 5 anos; fracionamento total da área de modo que atribua a cada possuidor até 250 m²; finalidade de moradia e ausência de qualquer outra propriedade por parte dos possuidores (PEDROSA, 2018). A alteração legislativa, como se observa, alcançou apenas o caput do art. 10 do Estatuto da Cidade, mantendo-se inalterados os §§ 1º a 5º do dispositivo.

A primeira alteração significativa diz respeito à expressão “núcleos urbanos informais”, em substituição à antiga expressão “áreas urbanas”. A Lei nº 13.465/2017, na tentativa de desburocratizar, simplificar, agilizar e destravar os procedimentos da regularização fundiária urbana, bem como aumentar as possibilidades de acesso a terrenos urbanizados, resulta na ampliação do alcance da regularização de terrenos ocupados, quando se considera todos os núcleos informais com usos e características urbanas, mesmo quando situados em zonas rurais.

São considerados “núcleos urbanos informais” aqueles conglomerados habitacionais

formados de modo clandestino e irregular ou aqueles nos quais, em cumprimento à legislação vigente à época em que se deu a implantação ou regularização, não foi possível concretizar a titulação de seus ocupantes, seja em forma de parcelamento do solo, de conjuntos habitacionais ou condomínios horizontais, verticais ou mistos. Observa-se que houve ampliação do anterior conceito de “áreas urbanas” ocorrendo assim sua substituição, por meio da expressão “núcleos urbanos informais”, visando alcançar, inclusive, aqueles núcleos que têm características urbanas, mesmo que localizados em área rural, adotando-se expressamente o critério da destinação do bem, e não apenas o critério da sua localização.

A nova redação do art. 10 do Estatuto da Cidade excluiu, ainda, a exigência de que os possuidores sejam, comprovadamente, “de baixa renda”. Tal supressão foi acertada, já que se trata de conceito vago, indeterminado e que em muito dificultava a concessão da usucapião à coletividade. Com isso, entende-se não ser mais necessária a comprovação, por parte de cada possuidor, a sua situação de carência financeira. Nesse sentido, entendem Farias e Rosenvald (2021) que com a vigência da nova lei torna-se possível a contagem de prazo para a regularização por usucapião coletiva de núcleos informais possuídos por grupos de média e alta renda, desde que incluídos na denominada Reurb-E (Regularização Fundiária Urbana de Interesse Específico), prevista no art. 13, inc. II da Lei 13.465/2017.

Farias e Rosenvald explicam que a Regularização Fundiária Urbana (Reurb),

[...] é um instrumento jurídico de política urbana, um conjunto de normas gerais e procedimentos que abrangem medidas jurídicas, ambientais, urbanísticas e sociais com vistas a tirar da informalidade determinados núcleos urbanos e seus ocupantes. Pode ser de interesse social (Reurb-S), aplicável exclusivamente aos núcleos urbanos ocupados por população de baixa renda, assim como pode ser de interesse específico (Reurb-E), aplicável aos núcleos urbanos ocupados por população com outra qualificação, em conformidade com o disposto no artigo 13, incs. I e II da Lei em questão (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 452).

Outra significativa modificação na redação da lei da usucapião especial urbana coletiva, hoje aplicada aos núcleos urbanos informais, como foi mencionado, é no que diz respeito à exigência de que a área total do assentamento a ser usucapido coletivamente, dividida pelo número dos possuidores ocupantes seja inferior a 250 m² por possuidor (FARIAS; ROSENVALD, 2021).

A usucapião especial urbana coletiva, especialmente após essas significativas mudanças trazidas pela Lei 13.465/2017, torna-se cada vez mais uma forma de garantir, efetivamente, a função social da posse e o direito à moradia a uma coletividade de pessoas que, nas áreas urbanas, venham a preencher os requisitos expressos no dispositivo em questão, atingindo espaços de ocupações múltiplas, nos quais muitas vezes sequer é possível identificar fração do terreno ocupado por cada possuidor. Dessa forma, Ribeiro (2012, p. 999) pontua que o legislador “viu o núcleo habitacional desorganizado como uma unidade, na impossibilidade de destacar parcelas individuais”.

Nos dizeres de Ribeiro (2012, p. 995), “a ação de usucapião coletiva exige que os interesses individuais sejam homogêneos, isto é, que procedam das mesmas circunstâncias de fato, portanto, que tenham origem comum”

Nessa modalidade coletiva de usucapião especial, os requisitos delimitadores são a posse mansa, pacífica, ininterrupta, por um período superior a 5 anos, por moradores que residam em núcleos urbanos informais, sendo que nenhum dos possuidores pode ser proprietário de outro imóvel, seja urbano ou rural. Além disso, conforme já ressaltado, a área usucapienda total dividida pelo número de seus possuidores deverá ser inferior a 250 m² por possuidor, o que atende à exigência constitucional já anteriormente estabelecida no art. 183 da CRFB/1988.

Há, ainda, nessa modalidade, a expressa possibilidade de soma das posses, com o que se denota que não se trata de várias demandas individuais propostas sob o mesmo imóvel, mas sim de verdadeiro processo coletivo, com vistas a assegurar o interesse da comunidade em ação específica (PENTEADO, 2008).

O prazo de 5 anos de posse qualificada exigido como requisito não deverá ser contado de forma individualizada para cada um dos possuidores, possuidores, mas, sim, deverá ser observada a área como um todo para fins de contagem do início da ocupação.

Sendo a demanda coletiva, trata-se a hipótese de condomínio necessário entre os usucapientes, em que os usucapientes terão iguais frações indivisíveis, exceto nos casos em que os condôminos venham a deliberar pela divisão em frações ideais diferenciadas.

A criação da usucapião especial urbana coletiva significa um grande avanço legislativo, em termos de instrumento de regularização fundiária, haja vista as extensas áreas ocupadas ilegalmente nas diversas cidades brasileiras.

3.4 A usucapião especial urbana familiar

A Medida Provisória nº 514 de 2010, que dispõe sobre o Programa Federal Minha Casa Minha Vida e que trata da regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, foi convertida na Lei nº 12.424/2011, que, por sua vez, acrescentou o art. 1.240-A ao CC/2002 quanto na legislação infraconstitucional, o prazo de 5 anos, até então, consistia no menor prazo para a aquisição do domínio de bem imóvel por meio da usucapião; com o advento da Lei nº 12.424/2011, esse prazo foi reduzido para a modalidade em questão. Entretanto trata-se de modalidade especial, já que não inclui um terceiro proprietário e, sim, ocorre em caso de composses e entre os compossuidores, na medida em que um deles passa a deter a propriedade individual sobre o bem usucapido, em face do outro.

Para a aplicação dessa espécie de usucapião, o regime de bens dos cônjuges poderá ser o da comunhão total ou parcial, ou o regime de participação final de aquestos. Se o regime for de separação convencional de bens, o fato de não haver bens comuns não autoriza a aplicação dessa modalidade de usucapião (FARIAS; ROSENVALD, 2021).

Percebe-se, pelo texto legal supracitado, que o legislador brasileiro desejou, de alguma forma, punir o cônjuge ou companheiro por ter abandonado o lar. Dessa forma, tal instituto também vem reacender as mais calorosas discussões, no âmbito do Direito de Família, acerca da culpa pelo fim do casamento ou da união. É sabido que, atualmente, impera nas relações familiares o vínculo da afetividade e, por conseguinte, não há mais que se falar em culpa pelo rompimento da relação conjugal. Assim, nas palavras de Ozéias J. Santos,

Deve-se ter cuidado em não confundir o abandono de lar do Direito de Família, que não mais existe, com o abandono de lar previsto para a usucapião conjugal, devendo ser visto sob a ótica da função social da posse e não quanto à moralidade da culpa pela dissolução do vínculo conjugal (SANTOS, 2017, p. 205).

O legislador brasileiro, na tentativa de proteger o cônjuge ou companheiro vítima do abandono de lar pelo seu consorte, utilizou-se de um mecanismo retrógrado, para não dizer obsoleto, ao punir o cidadão com a perda de um bem por não querer manter a convivência conjugal. Por outro lado, ao instituir tal possibilidade, o legislador também obrigou àquele cônjuge que pretende efetivamente deixar seu companheiro, que somente o faça após solucionar as questões patrimoniais. Sem dúvida, é esse o tema mais espinhoso a ser enfrentado nas dissoluções das diversas espécies de sociedades conjugais existentes na atualidade (SILVA, 2018).

Tal crítica também é efetuada por Farias e Rosenvald, que dispõem, em obra atualizada:

Via de consequência, ao inserir dentre os requisitos da usucapião o abandono voluntário e injustificado do lar por parte de um dos cônjuges ou companheiros, a Lei n. 12.424/11 resgata a discussão da infração aos deveres do casamento ou união estável. Vale dizer, em detrimento da liberdade e da constatação do fim da afetividade, avalia-se a culpa e a causa da separação, temáticas que haviam sido abolidas pela referida EC, cuja eficácia é imediata e direta, não reclamando a edição de qualquer norma infraconstitucional (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 465).

Entende-se que o requisito do “abandono de lar” deve ser interpretado com muita cautela, uma vez que não é qualquer abandono que levará à fluência do prazo para aquisição do bem imóvel, especialmente quando esse ato decorre de um consenso entre os cônjuges ou companheiros, ou mesmo quando a continuidade da vida em comum se torna insuportável.

Ademais, com o divórcio ou dissolução de união estável cessa a posse mansa e pacífica apta a gerar o domínio do bem, já que, nesses casos, haverá a resolução das questões familiares e patrimoniais, desde que ajuizada a ação dentro do prazo de dois anos após o fim da relação conjugal (SILVA, 2-18).

Ressalta-se que o art. 1240-A pode ser também aplicado às uniões homoafetivas. Tal entendimento foi consagrado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) após o julgamento da

Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4277 e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 132/RJ, publicada em 14 de outubro de 2011, que interpretou o art. 1723 do CC conforme a CRFB/1988 ainda vigente, para estender à união homoafetiva os mesmos direitos conferidos à união estável.

Outro aspecto a ser ponderado é que tal espécie de usucapião não se aplica às propriedades localizadas em área rural. O art. 1240-A do CC vigente faz menção apenas ao imóvel de até 250 m², localizado em área urbana. Denota-se aqui que não há qualquer justificativa para o tratamento diferenciado, pois também deveria ser conferida a mesma proteção ao cônjuge ou companheiro em situação de abandono e que reside em área rural.

Fato é que a criação dessa nova espécie de usucapião, de natureza patrimonialista e de controle moral, acaba por deixar mais dúvidas que soluções, o que pode motivar, por vezes, conflitos ainda maiores entre os cônjuges ou companheiros.

3.5 Usucapião especial rural

A usucapião especial rural, também denominada usucapião pro labore, foi instituída pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, na Constituição da República de 1934. Nas Constituições da República seguintes, essa modalidade de usucapião foi mantida, à exceção da Constituição da República de 1967 e da EC nº 01/1969, que silenciaram a respeito.

Não obstante a omissão nas Constituições de 1967 e de 1969, o instituto continuou existindo com apoio em leis especiais. Primeiramente, foi o mesmo inserido no art. 98 da Lei nº 4.504/64, o Estatuto da Terra; posteriormente, a usucapião *pro labore* foi disciplinada pela Lei nº 6.969/81, ainda em vigor, com as alterações trazidas pela CRFB/1988.

A Lei nº 6.969/81, em seu art. 1º, possibilitou a aquisição do domínio ao possuidor de boa-fé que ocupar área rural não superior a 25 hectares, durante 5 anos, desde que tenha nela sua moradia e a torne produtiva com seu trabalho, somado ao requisito de não ser possuidor proprietário de imóvel rural ou urbano. Facultava o diploma legislativo em questão, ainda, a usucapião de terras devolutas, consoante disposto no art. 2º (NADER, 1988).

A Constituição da República em vigor, por sua vez, reinstalou a usucapião pró-labore no art. 191, alterando, como consequência, dispositivos da Lei nº 6.969/1981. Consoante o art. 191 da CRFB/1988, o limite da área rural ocupada pelo usucapiente foi alargado para cinquenta hectares. Ademais, foi vedada a usucapião pro labore sobre terras devolutas, pertencentes à União (SALLES, 2010).

A CRFB/1988, ao reinserir a usucapião *pró-labore* em seu texto, mais uma vez primou pela função social da propriedade, na busca por mais igualdade social, acesso à moradia e incentivo à produtividade nas vastas zonas rurais ainda desocupadas do País (PEDROSA; BORGES, 2017). Nessa perspectiva, o CC/2002 também tratou da usucapião *pro labore* em seu art. 1.239, cujo texto é praticamente idêntico ao dispositivo constitucional

que reinseriu essa modalidade.

Ao analisar os pressupostos delimitadores da usucapião especial rural ou *pro labore*, percebe-se que são necessários: a posse mansa e pacífica; não ser o possuidor proprietário de outro imóvel, seja ele rural ou urbano; estar no exercício da posse ao menos por 5 anos; ter a posse com *animus domini*, ou seja, com o intuito de ser dono; área em terra rural não superior a cinquenta hectares, não podendo a terra rural se tratar de imóvel público e utilização da área em questão para trabalho e moradia do possuidor ou de sua família (ARAÚJO, 2005).

A usucapião especial rural, como se verifica, não se contenta com a simples posse. Seu objetivo é a fixação do homem no campo, exigindo que o imóvel ocupado seja produtivo, devendo o usucapiente nesse morar e trabalhar. Esta modalidade de usucapião consagra o princípio ruralista de que deve ser proprietário da terra rural quem, com seu suor, a tiver feito dar frutos, tendo nela a moradia onde vive junto à sua família (FARIAS; ROSENVALD, 2021).

Ressalta-se que, para aferir a questão de ser ou não o imóvel uma propriedade rural, há que se verificar não a atividade exercida pelo possuidor, mas a localização do imóvel, que deve ser considerado em área rural. Assim, se um imóvel está construído em perímetro urbano e o possuidor exerce uma atividade de pecuária, não poderá ingressar com a usucapião pela modalidade rural (SALLES, 2006).

Por fim, os referidos requisitos demonstram o empecilho à pessoa jurídica de adquirir a propriedade via usucapião especial rural, posto que não há possibilidade de que a pessoa jurídica se utilize do bem como trabalho de sua família, nem tampouco como sua moradia.

3.6 Usucapião especial urbana

A usucapião especial urbana individual é também conhecida como usucapião promoradia, e encontra-se disposta na CRFB/1988 em seu art. 183, no CC brasileiro de 2002 em seu art. 1.240, bem como no art. 9º da Lei nº 10.251/2001 – Estatuto da Cidade. Sobre esta modalidade de usucapião, objeto deste artigo, será dedicada a próxima seção.

Referente à usucapião urbana individual, o Estatuto da Cidade – Lei nº 10.257/2001 –, no dispositivo que trata da usucapião especial urbana, trouxe a expressão “área ou edificação urbana de até 250 metros quadrados” (BRASIL, 2001, s.p.), colocando fim à grande divergência até então existente, em saber se área urbana construída poderia ser usucapida.

Com a entrada em vigor da Lei nº 10.257/01, tal desconforto foi solucionado, esclarecendo-se que áreas urbanas construídas ou terrenos com um máximo de 250 m² podem ser usucapidos (CORDEIRO, 2011).

A usucapião especial urbana individual, regulamentada pelo Estatuto da Cidade, encontra-se, sem dúvida, dentre os instrumentos de efetivação da política constitucional de desenvolvimento urbano, especialmente direcionada a favorecer a parcela da população

sem moradia e com baixa renda (RIBEIRO, 2012).

São requisitos da usucapião especial urbana: a posse, desde que com *animus domini*, mansa e pacífica, por quem não detenha a propriedade de outro imóvel urbano ou rural, nem que não tenha se beneficiado anteriormente do instituto, lapso temporal de no mínimo 5 anos sem interrupção, moradia efetiva do usucapiente, área ou edificação urbana não superior a 250 m², não podendo recair sobre imóvel público (FARIAS; ROSENVALD, 2021).

Dessa maneira, o possuidor deve exercer a posse de modo direto e pessoal, não podendo haver a interferência de prepostos, visto que a pessoalidade da posse é fundamental.

Cumpra salientar que a pessoa natural legitimada para a usucapião especial urbana individual será tanto o brasileiro como o estrangeiro residente no Brasil, pois não há nenhuma distinção imposta pela lei quanto à essa possibilidade.

Em 2001 a usucapião especial urbana passou a ter como sujeitos de direito as coletividades surgindo a denominada “usucapião especial urbana coletiva” que visa, para além de atender ao direito de moradia no âmbito do planejamento municipal, a ser instrumento de implemento de políticas públicas de urbanização das cidades, reorganização e recuperação das áreas ou núcleos habitacionais degradados e irregularmente ocupados por coletividades de baixa renda.

Sobre esta modalidade de usucapião é que será dedicada a próxima seção.

4 | A USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA COLETIVA

A usucapião especial urbana coletiva foi uma das inovações instituídas pelo Estatuto da Cidade – Lei nº 10.257/01 –, que veio regular de modo ampliativo os arts. 182 e 183 da CRFB/1988 estabelecendo as diretrizes gerais da política urbana e gerando ao grupo de possuidores de baixa renda que habita irregularmente imóveis em áreas urbanas pelo prazo mínimo de 5 anos, a real possibilidade de aquisição do direito de propriedade, desde que esses possuidores não detenham a propriedade de outro imóvel urbano ou rural, e desde que utilizem o imóvel a ser usucapido como moradia (PEDROSA, 2018).

Com essa modalidade de usucapião, reforça-se a efetivação da função social da propriedade enquanto um dos escopos constitucionais do Estado Democrático de Direito (THIBAU; PORTILHO, 2019).

Também, nessa modalidade de usucapião identifica-se claramente que a função social da propriedade se sujeita ao modo de usar a propriedade e pertence à ética, sendo, portanto, improdutiva, toda e qualquer discussão sobre se o dever ético social do proprietário foi ou não formulado pelo legislador (RADBRUCH, 1997).

Nesse sentido, a fim de proporcionar o acesso ao direito à moradia e à propriedade à população carente (em princípio), bem como de buscar regularizar uma situação de fato

pré-existente na sociedade brasileira, o legislador brasileiro criou essa nova espécie de usucapião especial, voltada especificamente para o benefício da coletividade carente. A usucapião coletiva urbana visa, pois, à implementação das normas que tratam da política urbana, tendo por finalidade assegurar o bem-estar da população residente nas cidades, além de fazer com que a propriedade urbana cumpra sua função social (THIBAU; PORTILHO, 2019).

Conforme preceitua Ribeiro (2012), a referida espécie de usucapião buscou garantir a regularização de áreas de aglomerados residenciais que não reúnem condições de legalização do seu domínio. Isto porque uma das exigências ou requisito disposto no art. 10 do Estatuto da Cidade para tal finalidade é que se trate de área em que não é possível a individualização dos terrenos ocupados por cada possuidor.

Nesta seção, cumpre esclarecer que a questão da constitucionalidade da usucapião especial urbana coletiva, instituída no art. 10 do Estatuto da Cidade ou Lei nº 10.257/01 merece destaque, uma vez que há divergência doutrinária nesse sentido. Impende ainda informar que o citado art. 10 do Estatuto da Cidade sofreu alteração recente por meio da Lei 13.465/17, refletindo na interpretação que se deve dar ao tema. Assim, inicialmente se analisará a anterior redação bem como as críticas tecidas pela doutrina e na sequência se abordará as alterações advindas da nova redação.

Nos termos da redação anterior, Ribeiro (2012) menciona acerca da dúvida gerada pelos doutrinadores quanto à constitucionalidade da norma disposta no art. 10 do Estatuto da Cidade. Sugere que há opiniões no sentido de que o Estatuto da Cidade não poderia criar exceção ao texto constitucional (SALLES, 2010), já que no art. 183, que se refere à usucapião especial urbana individual, não há possibilidade de usucapir individualmente área urbana superior a 250m². Por outro lado, a usucapião especial urbana coletiva traz essa possibilidade desde que a posse seja exercida por uma coletividade. Dessa forma, adotando-se o parâmetro constitucional, parece ser viável que cada possuidor, na usucapião especial urbana coletiva, não adquira área superior a 250 m². Segundo o mencionado autor:

Assim, visando à política urbana do constituinte que a pessoa sem lugar para morar possa adquirir por usucapião área de até 250 m², como está no art. 183 da CF, cabe assinalar que no art. 10 no Estatuto está dito que áreas urbanas com mais de 250 m² são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente.

[...] Impende consignar que não há estipulação do quantum da área que será no final atribuída a cada possuidor, que à evidência, atendendo à política urbana traçada pelo legislador constitucional, não poderá ser superior a 250 m². Isso, contudo, não está na lei, podendo dar margem a discussões intermináveis (RIBEIRO, 2012, p. 1034-1035).

Conclui esse mesmo autor pela constitucionalidade do instituto, ao afirmar:

Não parece delinear inconstitucionalidade do preceito ordinário, tendo em vista que se busca regularizar situação fundiária, de posse e de propriedade, para depois reurbanizar, para o fim de que possam os ocupantes se tornarem proprietários individuais dos seus terrenos (RIBEIRO, 2012, p. 1037).

Márcio Kammer de Lima tem o mesmo entendimento, preceituando que:

Restariam malferidos, a seu turno, os caros princípios da isonomia e da igualdade, uma vez que a política do constituinte foi a de facilitar que pessoas pobres, sem moradia, tivessem reconhecido o direito de propriedade sobre imóvel de até duzentos e cinquenta metros quadrados, limite do qual o legislador ordinário não poderia validamente desbordar (LIMA, 2009, p. 52).

Salles (2010) também defende a constitucionalidade da usucapião especial urbana coletiva na medida em que compreende que:

Nem mesmo o fato de constar na emenda dessa lei tratar-se de regulamento dos arts. 182 e 183 da Constituição Federal de 1988 autorizaria a conclusão de que o referido diploma não poderia ultrapassar, nessa regulamentação, os limites do citado art. 183, para chegar-se ao entendimento de que, criando no art. 10 uma nova espécie de usucapião (a usucapião coletiva de imóveis urbanos com mais de 250 m²), teria infringido a Carta Magna, sendo, portanto, inconstitucional nesse capítulo (SALLES, 2010, p. 307).

Dessa forma, percebe-se que a intenção do legislador em proteger a população carente é acertada e está em conformidade com a proteção dos valores consagrados na Constituição, tanto no preâmbulo quanto nos princípios fundamentais da CRFB/1988, tais como o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

O legislador infraconstitucional, ao regulamentar as diretrizes traçadas no capítulo da Política Urbana disposto na CRFB/1988 – arts. 182 e 183 –, veio promover verdadeira democratização das formas de acesso ao solo urbano e à moradia, já que nas cidades são visíveis os problemas dos assentamentos informais.

Destaca-se, por fim, que a usucapião especial urbana coletiva encontra-se em estrita consonância com a exigência do cumprimento da função social da propriedade, já que se destina especialmente à solução dos problemas das “favelas” urbanas, servindo ainda, após as últimas alterações legais, para solucionar também as questões de irregularidade de loteamento, valorizando o exercício da posse, bem como servindo de instrumento para a distribuição mais justa de riqueza e, finalmente, concedendo vida digna e minimamente segura aos cidadãos mais necessitados (THIBAU; PORTILHO, 2019).

Conforme se verifica, o art. 10 do Estatuto da Cidade sofreu alteração recente por meio da Lei 13.465/2017 visando exatamente a esclarecer a controvérsia supraexposta, afastando-se quaisquer dúvidas quanto a futuras interpretações restritivas ou eivadas de suspeita de inconstitucionalidade. Nos termos da referida lei, na redação do seu art. 10, caput alterou-se a anterior expressão “áreas urbanas” nomeando-se atualmente como “núcleos informais” e ainda indica uma fórmula aplicável a cada caso concreto, segundo a qual a área total do terreno urbano usucapiendo deverá ser dividida pelo número de possuidores, e a mesma metragem de área de 250 m² indicada na anterior redação poderá ser usucapida, porém esclarecendo-se que tal mensuração irá limitar-se a área usucapível

via usucapião especial urbana coletiva “por possuidor”. Ou seja, divide-se a metragem total do núcleo urbano ocupado por coletividade, pelo número de possuidores, devendo ser o resultado dessa conta, igual ou menor a 250 m² por possuidor. Na redação expressa da referida lei:

Artigo 10: Os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de 5 anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a 250 metros quadrados por possuidor são susceptíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural (BRASIL, 2017, s.p.).

Ainda no capítulo II da Lei 10.257/2001: “Dos Instrumentos da Política Urbana” na seção I: “Dos instrumentos em geral”, o art. 4º dispõe:

Para fins desta lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: [...] V- institutos jurídicos e políticos: alínea j) usucapião especial de imóvel urbano [...] q) regularização fundiária [...] t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária; u) legitimação da posse (BRASIL, 2001, s.p.).

Também nessa seção importa mencionar o § 3º, que determina que:

[...] os instrumentos previstos neste artigo que demandam dispêndio de recursos por parte do Poder Público municipal devem ser objeto de controle social, garantia a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil (BRASIL, 2001, s.p.).

Analisando-se em conjunto os dispositivos citados parece clara a intenção do legislador em dar a devida atenção ao instituto da usucapião especial urbana coletiva, potencializando o seu caráter de instrumento de interesse social e, por conseguinte, de interesse público já que faz parte do plano diretor estratégico, o qual possui normas de ordem pública e de interesse social em benefício do bem da coletividade, segurança e bem-estar dos cidadãos.

5 I CONCLUSÃO

O presente estudo objetivou discutir a prescrição aquisitiva na usucapião especial urbana coletiva com o intuito de demonstrar se esta modalidade de licitação serve como instrumento para de fato efetivar a função social da propriedade.

A partir do momento em que o direito de propriedade deixou de servir tão somente à satisfação das necessidades isoladas do proprietário, a usucapião especial urbana, notadamente a coletiva, inovadora modalidade de usucapião prevista no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01, com a redação dada pela Lei 13.465/2017), tornou-se mais um instrumento de fundamental importância para a viabilização dos ideais de justiça social.

Nesta pesquisa abordou-se a evolução do conceito e da estrutura do direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a demonstrar a nítida mudança em seu eixo de proteção, que passa a ter foco na pessoa humana e no contexto social em que vive. Como consequência desse novo enfoque do direito de propriedade, evidencia-se

a maior proteção à posse e ao direito constitucionalmente protegido à moradia, aliados à proteção dos interesses sociais da coletividade. A função social da posse e da propriedade correlaciona-se à busca pela realização de uma sociedade fraterna, justa e igualitária.

Por todo o exposto, conclui-se que a usucapião possui importante papel na modificação do espaço urbano, mas que tal instituto vem de fato sendo subutilizado. A modalidade de usucapião destacada (usucapião especial coletiva) são modalidades a serem destacadas.

É inegável o lugar ocupado pela usucapião no que diz respeito à preservação da função social da propriedade, garantindo que aquele que exerce posse com *animus domini* e, conforme o caso, utilize-se do espaço para fins de moradia ou a fim de que seja trabalhado, tenha declarado sobre ele o domínio para todos os fins legais. Por esse viés, valoriza-se, respalda-se, de uma só vez, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CRFB/1988); o valor social do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, inc. IV, da CRFB/1988), o direito à propriedade (art. 5º, inciso XXII, da CRFB/1988), a função social da propriedade (art. 5º, inc. XXIII, e art. 182 da CRFB/1988), o direito à moradia (art. 6º da CRFB/1988), entre diversos outros direitos garantidos ao longo da Constituição e de todos os diplomas normativos a ela sujeitos.

Embora se considere que essa temática não tenha sido suficientemente abordada ao longo dos anos, o entendimento da usucapião como instrumento transformador do espaço urbano não é novo e tem sido destacado na jurisprudência, demonstrando que se trata de um instrumento de regularização fundiária e de implementação de Políticas Públicas, cujo objetivo é minorar os problemas relacionados ao crescimento desordenado das cidades, o que por sua vez, motiva as ocupações habitacionais irregulares. Não se nega, pois, que a usucapião especial urbana coletiva desempenha papel fundamental no atingimento da função social da propriedade e da cidade, sendo necessária a apresentação de provas e que o caso concreto seja adequado à modalidade pleiteada a fim de que a ação possa ser considerada procedente.

Além dessa capacidade já inerente à usucapião, a modalidades de usucapião especial urbana coletiva possui requisitos e aplicação adicionais que se encontram diretamente pautados pela função social da propriedade. Tais requisitos guardam grande relação com a produção social no espaço urbano e a sua adoção como mecanismos capazes de diminuir o lapso temporal necessário para a declaração de domínio pode ser entendida como uma maneira de espelhamento do efetivo domínio do espaço urbano nos entes responsáveis pela sua construção, com a conseqüente diminuição da desigualdade decorrente das contradições nele vivenciadas.

Essas especificidades ampliam a possibilidade desse instituto de operar como instrumento de regularização fundiária no espaço urbano, o que se demonstra por meio da análise da história desse instituto no país, bem como da análise dos diplomas que constituem o seu regime jurídico no Brasil atual, dentre os quais se destacam a CRFB/1988,

o CC/2002, a Lei nº 10.257/2001, o CPC/2015 e a Lei nº 13.465/2017, e o regime jurídico trazido por cada um deles.

Apesar disso, é possível encontrar diversos obstáculos no modelo atualmente utilizado para o tratamento desse instituto, como a inespecificidades das normas e incertezas quanto à sua aplicação, e as suas limitações, especialmente no caso da usucapião coletiva, de proporcionar o gozo pleno dos beneficiários da propriedade cuja propriedade tenha sido declarada pela via judicial.

Como possíveis formas de reparação, seguem incertas, entende-se pela necessidade de melhor regramento na legislação, especialmente nas locais, a fim de que seja possível conferir a esse instituto o alcance social que lhe é devido e esperado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Darcy Bessone Oliveira. **Direitos Reais**. São Paulo: Saraiva, 1988.

ARAÚJO, Fábio Caldas. **O Usucapião no âmbito material e processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRASIL. **Lei nº 6.001/1973, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 24 jan. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Estatuto da Cidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 24 jan. 2023.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 24 jan. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. **Proteção processual da posse**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 61.

CORDEIRO, Carlos José. **Usucapião Especial Urbano Coletivo**: abordagem sobre o Estatuto da Cidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. VIII, t. III.

FACHIN, Luis Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nélson. **Direitos Reais**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, v. 5.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LIMA, Márcio Kramer. **Usucapião coletivo e desapropriação judicial**: instrumentos de atuação da função social da propriedade. Rio de Janeiro: Gz, 2009.

MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUESI, Roberto Wagner. **Manual dos Direitos Reais**. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

MARQUESI, Roberto Wagner. **Usucapião Extrajudicial**. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Estatuto da Cidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Criminais, 2004.

NADER, Natal. **Usucapião de Imóveis**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. **Usucapião (comum e especial)**. 5. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1986.

NEQUETE, Lenine. **Da Prescrição Aquisitiva (Usucapião)**. 3. ed. Porto Alegre: Ajuris, 1981.

PEDROSA, Laurício Alves Carvalho. O Estatuto da Cidade como instrumento de democratização e sustentabilidade do espaço urbano. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). **Tratado de Direito Municipal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 829-849.

PEDROSA, Laurício Alves Carvalho; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Sustentabilidade como elemento da função social da propriedade: crítica ao papel meramente simbólico desse princípio. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 19, n. 118, p. 330-351, Jun.-Set., 2017.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: Direitos reais. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direito das Coisas**. Ed. fac-similar. Brasília (DF): Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

PINTO, Nelson Luiz. **Código de Processo Civil Interpretado**. 3. ed. Antônio Carlos Marcato (Coord.). São Paulo: Atlas, 2008.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. de L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.

SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de bens imóveis e móveis**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3.

SANTOS, Ozéias. **Usucapião e Regularização Fundiária**. Belo Horizonte: Gen, 2017.

SILVA, Alexandre Barbosa da. **Propriedade Sem Registro**. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

THIBAU, Thereza Cristina Sorice Baracho; ANDRADE, Sílvia de Abreu. **Usucapião especial urbana coletiva**: aspectos relevantes de direitos material e processual. Curitiba: Appris, 2019.

ANÁLISE DO TERMO DE COMPROMISSO COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO DE CONFLITOS EM UNIDADE DE CONSERVAÇÃO: O CASO DA ESTAÇÃO ECOLÓGICA SERRA GERAL DO TOCANTINS

Data de aceite: 01/03/2023

Juliana Almeida Calmon Vasconcelos

Bióloga e Bacharel em Direito, servidora do Instituto Natureza do Tocantins (Naturatins)

Ítalo Schelive Correia

Professor/Pesquisador UNITINS

Ana Carolina Sena Barradas

Analista Ambiental do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio)

Rogers Ribeiro Vasconcelos

Bacharel em Direito

de gestão e mediação de conflitos, de caráter transitório, previsto no Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), visando garantir a proteção da biodiversidade e as características socioeconômicas e culturais dos grupos sociais envolvidos (INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO E BIODIVERSIDADE - ICMBio, 2012).

A Estação Ecológica (ESEC) Serra Geral do Tocantins, localizada nos estados Tocantins e Bahia, foi criada em 2001 sem consulta prévia, o que gerou conflitos territoriais com os povos residentes na área, os quais não foram indenizados e tiveram direitos de uso limitados devido às divergências com os objetivos de criação da UC (LINDOSO, 2014). Contudo, desde 2012 a Estação Ecológica Serra Geral do Tocantins (ESEC Serra Geral do Tocantins celebra) TCs com as comunidades quilombolas residentes.

Nestes casos de sobreposição de territórios, o art. 39 do Decreto Federal 4.340/2002 que regula o artigo 42 do Sistema Nacional de Unidades de

11 INTRODUÇÃO

O uso de Termos de Compromisso (TC) no âmbito extrajudicial é visto como uma metodologia positiva de resolução de controvérsias, que além de comprometer as partes ao procedimento pactuado, possui mais flexibilidade na sua formatação (LIMA; LEITE, 2017).

Na esfera da gestão de conflitos ambientais em Unidades de Conservação (UC), o TC é definido como um instrumento

Conservação da Natureza (SNUC), prevê que sejam firmados Termo de Compromisso (TC) entre as partes. Em 2012 o ICMBio editou a Instrução Normativa nº 26, estabelecendo diretrizes e regulamentação dos procedimentos para a elaboração, implementação e monitoramento de TC.

Assim sendo, esta pesquisa pretende colaborar com a análise do Termo de Compromisso como instrumento de gestão de conflitos decorrentes da sobreposição da área da Estação Ecológica Serra Geral do Tocantins com o território tradicional da Comunidade Quilombola do Rio Novo, Riachão e Preto, residentes no seu interior.

Além disso, tem como objetivos específicos: 1 - Levantar o histórico do processo de implementação do Termo de Compromisso na ESEC Serra Geral do Tocantins; 2 - Relacionar as cláusulas do Termo de Compromisso com o histórico de conflitos na ESEC Serra Geral do Tocantins; 3 - Identificar as cláusulas do Termo de Compromisso assinado com a ASCOLOMBOLAS-RIOS que contribuíram para a gestão dos conflitos oriundos da criação da ESEC Serra Geral do Tocantins.

2 | MATERIAL E MÉTODOS

A presente pesquisa trata-se de um estudo de caso sobre o uso do Termo de Compromisso como um instrumento de gestão de conflitos pela ESEC Serra Geral do Tocantins. A metodologia relacionada ao estudo de caso foi baseada no protocolo de Yin (2001) e o conjunto de etapas baseadas em Gil (2002), que inclui a formulação do problema, a definição da unidade-caso, a determinação do número de casos, a elaboração do protocolo, coleta de dados, avaliação e análise dos dados, e a preparação do relatório.

Além da Revisão Bibliográfica, onde foram levantados um total de 60 trabalhos científicos selecionados aqueles indexados em revista, artigos publicados em anais de congresso e por fim teses e dissertações que não possuíam artigo publicado em revista, e que tivessem relação com o tema proposto. Foram escolhidos um total de 15 trabalhos científicos.

A coleta de dados documentais foi realizada no ICMBio e Ministério Público Federal (MPF). Para isso, foram solicitados o acesso ao Processo Administrativo ICMBio nº 02123.010472/2016-85 através do Sistema de Autorização e Informação em Biodiversidade (SISBio) do ICMBio e ao Processo Administrativo MPF/TO nº 1.36.000.000947/2018-40 foi realizada a solicitação pela Sala de Atendimento ao Cidadão do MPF direcionada a unidade de Palmas/TO, Núcleo de Tutela Coletiva.

Também foram aplicados questionários com servidores do ICMBio que participaram da implementação dos Termos de Compromisso na ESEC Serra Geral do Tocantins. Como se trata de uma pesquisa que envolve a participação de seres humanos, para realização da pesquisa, foi necessário o parecer favorável do Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) da universidade, assim, a solicitação foi protocolada através da Plataforma Brasil com o

projeto detalhado e demais documentos necessários

3 | RESULTADOS E DISCUSSÃO

A pesquisa foi trabalhada em quatro tópicos: “Gestão de Conflitos em Unidade De Conservação”, “O Termo de Compromisso em Unidades de Conservação”, “Estação Ecológica Serra Geral Do Tocantins”, e “A Implementação do Termo de Compromisso na ESEC Serra Geral Do Tocantins”.

3.1 Gestão de conflitos em unidade de conservação

Por volta das décadas de 1970 e 1980 as políticas de gestão ambiental brasileiras pautavam-se na visão de que a natureza deveria ser protegida da espécie humana, através do modelo biogeográfico de “ilhas de diversidade” inspirado em iniciativas internacionais como a criação do Parque Nacional de Yellowstone, sendo criadas UC de Proteção Integral, onde não se admite a presença humana de nenhuma natureza (MARTINS, 2012).

O processo de criação do Parque Nacional de Yellowstone criou uma ideia de que a única forma de salvar pedaços da natureza de grande beleza contra os efeitos deletérios do desenvolvimento urbano-industrial seria o total isolamento de qualquer intervenção humana, desconsiderando, inclusive, que os índios americanos tinham vivido em harmonia com a natureza por milhares de anos (VALLEJO, 2002).

Após encontros mundiais sobre conservação da natureza, ocorreram mudanças conceituais e das perspectivas na criação e gestão das UC pelo mundo, que passaram do exclusivo interesse em proteção e isolamento de áreas como santuários ecológicos, para o uso racional dos recursos e manejo de espécies com a visão da conservação (VALLEJO, 2002).

Em 1982, no III Congresso Mundial de Parques Nacionais, foi editado o documento *The Bali Action Plan*, o qual alterava a relação das populações com as áreas naturais protegidas, onde as populações deixariam de ser tradicionais e passariam a ser consideradas manejadoras tradicionais dos recursos naturais, causando uma evolução no conceito de parque nacional, principalmente no que se refere à sua integração e interação com o desenvolvimento socioeconômico e na conservação da natureza (BRITO, 2008).

A partir da Conferência Rio-92 novas estratégias de gestão da biodiversidade surgiram, e o modelo de UC de Uso Sustentável, que permitem interações entre esses espaços e a sociedade começa a ser difundido, mas a consolidação da política nacional de gestão territorial de espaços naturais ocorreu somente com a implantação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), em 2000 (MARTINS, 2012).

Embora a criação de UC constitua uma das principais formas de intervenção governamental de modo a reduzir perdas de biodiversidade face à degradação ambiental, tal processo tem sido acompanhado por conflitos e impactos decorrentes da

desterritorialização de grupos sociais, incluindo os tradicionais (VALLEJO, 2002). Para Diegues (1998) este fato tem gerado conflitos intermináveis com as populações locais que têm dificuldades em aceitar porque turistas ou pesquisadores podem entrar livremente na área natural protegida enquanto eles sofrem limitações em seu modo de vida tradicional (pesca, agricultura e outros).

O tema dos conflitos ambientais iniciou de modo expressivo nas principais conferências e reuniões sobre o meio ambiente¹. Sendo a Conferência de Estocolmo, em 1960, onde se tratou dos problemas políticos, sociais e econômicos na questão das áreas protegidas, sendo este evento marcante para a teorização dos conflitos (BRITO, 2008).

Segundo Brito (2008), tais conflitos necessitam de entendimento teórico, pois, através deste conhecimento é possível delinear ações e intervenções capazes de minimizar a degradação ambiental e social destas áreas, sendo importantes para a formulação das políticas e diretrizes que envolvem a construção da gestão e do manejo das UCs.

De acordo com Martins (2012), a eficácia das políticas de criação e gestão territorial de áreas protegidas são debatidas em duas perspectivas: a de contenção da perda da biodiversidade e a defesa da presença de populações tradicionais dentro das unidades de conservação. Esta, a partir do argumento que sua remoção prejudicaria a dinâmica dos ecossistemas onde estão inseridas, bem como, a defesa da retirada de populações tradicionais, porque suas práticas de extração e uso dos recursos naturais impactam negativamente os ecossistemas.

Vallejo (2002) considera que a consolidação das funções sociais e ambientais das unidades de conservação é complexa e passível de conflitos, pois, necessitam da implementação de estratégias políticas e gerenciais pelo poder público com foco no ordenamento territorial, envolvendo os múltiplos atores deste processo, como: comunidades biológicas, comunidades humanas locais, organizações governamentais e não governamentais, usuários e a iniciativa privada.

A criação e gestão das UCs, áreas naturais protegidas pelo poder público e/ou pela iniciativa privada, destinadas à conservação da biodiversidade e outros fins é pauta do ordenamento territorial e ambiental. Desta forma o autor Vallejo (2002, p. 57) pontua:

O conceito de território abrange desde as questões ligadas à sobrevivência, e que envolvem as relações com o substrato material, até os processos de manutenção, consolidação e expansão dos espaços dominados, ou seja, as relações de poder [...], e o “estudo das unidades de conservação contempla a discussão conceitual do território sob várias abordagens (biológica, cultural e econômica), além da possibilidade de se tratar também do problema da desterritorialização.

Contudo, existem dificuldades que devam ser elencadas a este assunto, conforme abordam os autores Vivacqua e Vieira (2005, p. 159) abaixo:

¹ Clube Roma, em 1968, e I Conferência da Organização das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972.

As dificuldades de equacionamento de conflitos socioambientais em áreas protegidas têm indicado a necessidade de se rever o modelo de gestão dos recursos naturais adotado pelas agências governamentais em nosso país. Para tanto, impõe-se o desenvolvimento de pesquisas que tenham como foco a gestão de conflitos” [...], pois, “As pesquisas sobre conflitos socioambientais em áreas protegidas têm revelado que os custos sociais e ecológicos da criação de Unidades de Conservação de uso indireto levam muitas comunidades locais a burlar as leis e desrespeitar as regras estabelecidas pelos sistemas de gestão.

Pádua (2002) *apud* Vallejo (2002), ao criticar a implantação de UCs em categorias inadequadas, menciona sobre as reservas e estações ecológicas criadas em locais onde seria melhor implantar parques. Pois, tal implantação gera conflitos com as comunidades locais, fato que pode ser atribuído à falta de estudos prévios e, também, por desconhecimento do significado das categorias e possibilidades de uso e manejo das unidades de conservação.

3.2 O termo de compromisso em unidades de conservação

O Poder Judiciário se destaca como o sistema primordial de gestão dos mais diversos conflitos e, na medida do possível, sua pacificação. Contudo, além do contexto judicial, o extrajudicial se destaca como plano de fundo nas soluções de dilemas das mais diversas naturezas. Dentre as várias alternativas, está a mediação extrajudicial, a qual se trata de mecanismo de conscientização e incentivo às partes envolvidas para haver uma valoração de seus interesses (LIMA; LEITE, 2017).

Por acontecerem fora do âmbito judicial, e só deve acontecer neste contexto, beneficiam-se por definirem os próprios regramentos, objetivos e parâmetros gerais, os quais devem ser estabelecidos antes da iniciação do procedimento, tais convenções estabelecidas entre os envolvidos compõem o que conhecemos como Termo de Compromisso, ou seja, uma espécie contratual que estabelece parâmetros para uma relação futura específica (LIMA; LEITE, 2017).

De acordo com Lima e Leite (2017, p. 135), o TC trata-se de uma manifestação positiva quanto à participação num método autocompositivo de resolução de controvérsias, enquanto compromete as partes ao procedimento ali exposto. Conforme pode ser verificado na legislação, o instrumento pode ser utilizado na área de gestão de unidades de conservação de diferentes maneiras, contudo, focaremos na aplicação do TC como instrumento na gestão de conflitos socioambientais entre UC e comunidades tradicionais residentes, objeto do art. 39 do Decreto Federal 4.340/2002. Com base nisso, a IN 26/2012 do ICMBio, órgão gestor das UCs federais, assim define o Termo de Compromisso:

Instrumento de gestão e mediação de conflitos, de caráter transitório, a ser firmado entre o Instituto Chico Mendes e populações tradicionais residentes em unidades de conservação onde a sua presença não seja admitida ou esteja em desacordo com os instrumentos de gestão, visando garantir a conservação da biodiversidade e as características socioeconômicas e culturais dos grupos sociais envolvidos (ICMBio, 2012, p. 84).

A IN/ICMBio nº 26/2012 foi editada pelo ICMBio de modo a estabelecer diretrizes e regulamentação dos procedimentos para a elaboração, implementação e monitoramento de TCs para casos de sobreposição de territórios, previsto no art. 39 do Decreto Federal 4.340/2002 que regula o art. 42 da Lei Federal nº 9.985/2000 (Lei do SNUC - Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza), o qual prevê que sejam firmados TCs entre as partes.

Ribeiro e Drumond (2014) ao identificar e avaliar TCs já implementados em UCs federais, verificaram que os mesmos vêm sendo utilizados como um instrumento de gestão de áreas protegidas, contudo, são uma alternativa legal pouco explorada, não só por gestores, pesquisadores e equipes técnicas, mas também por comunidades, servindo como subsídio para a ampliação desta discussão em outros territórios, onde outrossim são verificados conflitos de mesma natureza.

O referido documento se configura como peça-chave no processo de mediação e indispensável ao prosseguimento do processo autocompositivo, dentre suas peculiaridades estão a sua formulação flexível e sem padrões, além disso, ressalta-se que a possibilidade de revisões e modificações de alguma cláusula ou mais de uma do TC deve ser sempre considerada, de modo que a situação inicialmente apresentada se modifique de tal forma que, por exemplo, conjunturas anteriormente previstas como proibidas passem a ser, em verdade, genuinamente desejadas pelas partes mediadas (LIMA; LEITE, 2017).

Para Ribeiro e Drumond (2014) o TC pode ser definido como um documento que reúne medidas e acordos temporários, vigentes enquanto a regularização fundiária, ou a execução de uma alternativa considerada mais pertinente para aquele espaço não é efetivada. Contudo, o estudo constatou que embora haja uma relação de confiança sendo construída gradualmente, o cenário de regularização fundiária ainda é muito complexo, visto que, as comunidades quilombolas reivindicam pela desafetação de seus territórios e se recusam negociar sobre reassentamento.

Alguns autores consultados discutem sobre a escolha da categoria de manejo da UC como intensificadora dos conflitos, pois, a depender desta, existem restrições de uso e alteram os modos de apropriação e/ou usos tradicionais dos recursos naturais da área pelas comunidades residentes, como é o caso dos Parques (SOUZA; LIMA, 2017) e Estações Ecológicas (FERREIRA; MELLO, 2016).

Os conflitos gerados em decorrência da implantação de UC de categoria diversa aos costumes tradicionais das populações locais são bem comuns sendo identificados no Parque Nacional (PARNA) de Cabo Orange, no Amapá, onde a comunidade ribeirinha vive da pesca artesanal (SOUZA; LIMA, 2017).

Diante deste panorama, regulamentou-se TCs de modo a “possibilitar o acesso das comunidades locais marginalizadas aos recursos naturais disponíveis na região do PARNA do Cabo Orange, que apenas representam paliativos sem a segurança jurídica necessária” (SOUZA; LIMA, 2017, p. 418).

Neste caso, o autor discute que a elaboração de TC não é suficiente para resolver os conflitos existentes, visto que em UC de proteção integral tal acordo é apenas uma estratégia de minimização de potenciais ou conflitos existentes, sem a possibilidade de efetiva subsistência das populações envolvidas (SOUZA; LIMA, 2017).

Ferreira e Mello (2016) abordam sobre a construção e assinatura dos TC na Estação Ecológica Serra do Meio, o qual foi construído coletivamente, de modo a garantir suas formas de reprodução cultural, apesar disso os mesmos não foram assinados, o que poderia ser uma forma temporária de territorialização da comunidade ao acesso às políticas públicas, tão reivindicadas pelos residentes.

Diversas outras iniciativas já foram feitas em UCs desde a IN/ICMBio nº 26/2012, estudados por diversos autores sobre sua eficácia e modo de implementação, como é o caso do estudo de Ribeiro e Drumond (2014) e Talbot (2016). De acordo com Talbot (2016), a ESEC Serra Geral do Tocantins foi a primeira UC no país a abrir um processo para tratar da proposta de elaboração de um TC com populações tradicionais depois da publicação do SNUC, que prevê este instrumento.

Lindoso e Parente (2015), em estudo realizado na ESEC Serra Geral do Tocantins, abordam sobre a inovação do TC na política de conservação da biodiversidade e como estratégia para a conservação, constatando a necessidade de um aprofundamento da experiência de implementação do instrumento para uma verdadeira transformação na forma atual de conservação, além de considerar o TC uma tentativa de minimizar o conflito, embora o mesmo não mude a previsão do reassentamento destas populações, como fica claro no artigo 42 do SNUC.

3.3 Estação ecológica Serra Geral do Tocantins

A Estação Ecológica Serra Geral Do Tocantins (ESEC Serra Geral do Tocantins) é uma UC de Proteção Integral de gestão do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) sendo criada através de Decreto Federal s/nº de 27 de setembro de 2001 (BRASIL, 2001), sem consulta pública, e instituída sobreposta a territórios ocupados há centenas de anos por povos e comunidades tradicionais, sem o reconhecimento prévio destas ocupações e eventuais medidas de redução de danos e conflito, o que gerou um significativo impacto político-territorial na área (LINDOSO, 2014).

A referida ESEC, está localizada nos municípios de Rio da Conceição, Almas, Porto Alegre do Tocantins, Ponte Alta do Tocantins e Mateiros, no Tocantins, e Formosa do Rio Preto, na Bahia (Figura 01). Possui uma área de 707.400ha (7.074km²), de acordo com seu decreto de criação, um dos principais objetivos, a conservação e a preservação dos ecossistemas do bioma Cerrado presente na região (BRASIL, 2014).

De acordo como o Plano de Manejo da UC, dentre as atividades conflitantes, a regularização fundiária é um dos principais conflitos para a gestão da ESEC Serra Geral do Tocantins, já que apenas poucas áreas foram desapropriadas, estando em sobreposição a

territórios com a presença humana no seu interior. Outras atividades de uso conflitante que podem ser citados também são: coleta de capim-dourado, exploração turística, incêndios em veredas, erosão, grandes projetos de agricultura no entorno e projeção de Pequena Central Hidrelétrica (PCH) no entorno (BRASIL, 2014).

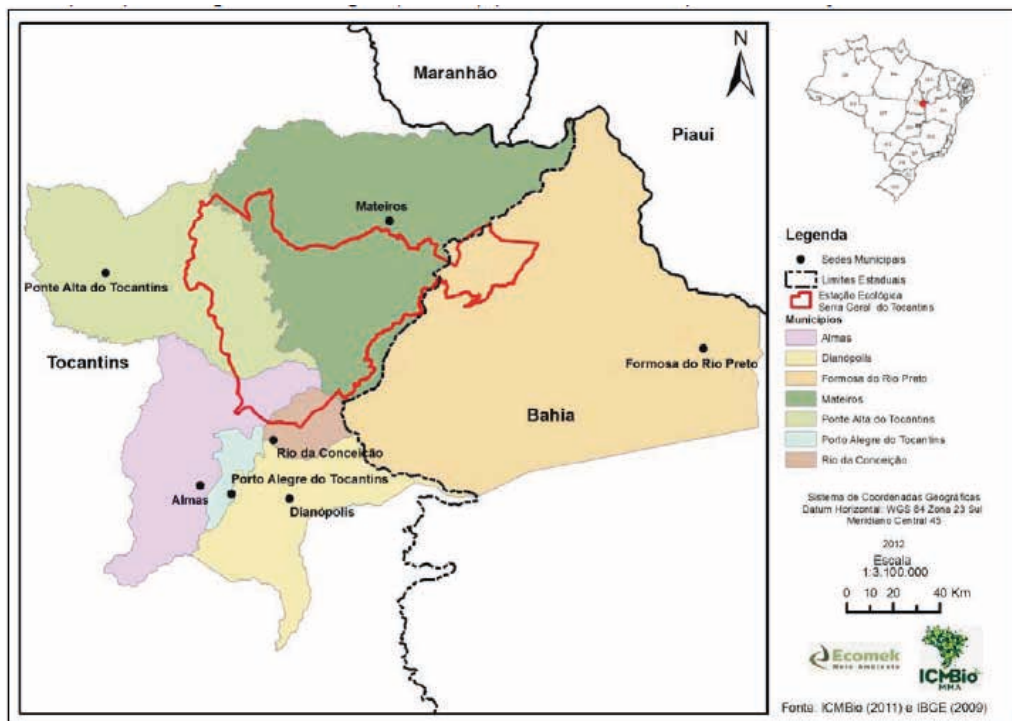


Figura 01. Localização da Estação Ecológica Serra Geral do Tocantins, contendo o limite estadual e os municípios que abrangem a sua Região (entorno).

Fonte: Plano de Manejo (2014).

Nestes casos de sobreposição de territórios, o art. 39 do Decreto Federal 4.340/2002 que regula o artigo 42 do SNUC, prevê que sejam firmados TCs entre as partes. Em 2012 o ICMBio editou a Instrução Normativa nº 26, estabelecendo diretrizes e regulamentação dos procedimentos para a elaboração, implementação e monitoramento de TC.

Com base nos objetivos de estabelecer normas de convivência, a ESEC Serra Geral do Tocantins, a primeira UC no país a abrir um processo para tratar da proposta de elaboração de um TC com populações tradicionais depois da publicação do SNUC, celebra, desde 2012, TCs com a Associação das Comunidades Quilombolas do Rio Novo, Rio Preto e Riachão (ASCOLOMBOLAS-Rios).

Em 2015 foi enviada Nota Técnica 02/2016 (SEI-ICMBio 0257572) tratando da revisão do TC nº 14/2012, a mesma descreve a tentativa de implementação do TC desde

2003, quando o objetivo ainda era evitar o uso do fogo e inibir a abertura de roças. Contudo, pelo receio de abrir precedentes, tal processo foi suspenso na época; seis anos após, foi realizado o Primeiro Fórum Quilombola promovido pelo Ministério Público Federal no Tocantins, retomando o compromisso de construção de TC com a comunidade residente da ESEC Serra Geral do Tocantins.

Conforme a mesma Nota Técnica, mesmo após a construção do primeiro TC, foram registrados diversos altos e baixos relacionados as permissões do uso do fogo e abertura de roça de toco, de esgoto e de pasto que o instrumento contemplava, as quais foram previstas, mas com limitações difíceis de compatibilizar com a realidade. Desta forma, a cada ano de implementação, havia mais a necessidade de revisão de modo a contemplar legitimamente as condições necessárias para as práticas tradicionais da comunidade.

Contudo, segundo Barradas (2017), desde a abertura do processo para tratar da proposta de elaboração do TC, a implementação do instrumento proporcionou a aproximação dos gestores e quilombolas, principalmente após 2015, quando a comunidade se mobilizou e requereu a revisão do termo, realizadas discussões visando a repactuação do acordo de uso dos recursos naturais na área sobreposta pela ESEC Serra Geral do Tocantins e território tradicional.

As comunidades residentes na área passaram a reconhecer o TC como um acordo de ordem legal que lhes garantem seus direitos e saída da condição de ilegalidade. Além disso, o reconhecem como instrumento de gestão de conflitos, que harmoniza as relações com as equipes gestoras das UC, permitindo o manejo dos recursos, desta forma, o TC ajuda a conquistar o apoio popular à UC, mostra à sociedade a capacidade de diálogo e o reconhece como uma conquista social, possibilitando a integração entre as dimensões social e ambiental (LINDOSO, 2014).

Dentre suas particularidades, o TC possui características flexíveis na sua elaboração, com a possibilidade de revisões e modificações de alguma cláusula, de modo que, situações anteriormente previstas como proibidas passam a ser, em verdade, genuinamente desejadas pelas partes mediadas (LIMA; LEITE, 2017). No caso da ESEC Serra Geral do Tocantins foi exatamente o que aconteceu. De acordo com Barradas (2017), foram imprescindíveis revisões e aprimoramentos entre o período de 2012 a 2017 quando várias intervenções foram necessárias devido ao descumprimento do primeiro TC firmado.

Com a realização da I Oficina de Revisão do TC², a comunidade teve a oportunidade de apresentar todas suas demandas de alterações, as quais foram discutidas e pactuadas nas oficinas posteriores. Dentre as demandas, destacava-se o uso do fogo para manejo do cru, com aumento do período e área. Além disso, a possibilidade de inclusão dos descendentes no Termos de Adesão. Outra demanda foi a presença da Associação de Pequenos Agricultores do Tocantins (APATO) e da Coordenação Estadual das Comunidades Quilombolas do Tocantins (COEQTO) no processo de revisão do TC.

² Nota Técnica 02/2016 (SEI-ICMBio 0257572).

Os conflitos, que permeavam em torno do uso restrito do fogo, área de uso da comunidade para práticas de cultivo, criação de animais, bem como utilização de mecanização foram discutidos na revisão do TC, a revisão buscou tratar tais quesitos profundamente de modo a ampliar as permissões no documento. Assim, cada oficina realizada avançava mais nas discussões, finalizando com a edição da Minuta de Termo de Compromisso, a qual considerou no documento a prática de atividades que demandam o uso do fogo, a criação extensiva de gado, roças de toco e de esgoto, e práticas extrativistas complementares.

3.4 A implementação do termo de compromisso na ESEC Serra Geral do Tocantins

O estabelecimento de termos de compromisso em UCs, além de buscar atender uma normativa prevista no Sistema Nacional de Unidades de Conservação, atende ao cenário onde a maioria das UCs enfrentam desafios com a presença de populações humanas em desacordo com o previsto na legislação (TALBOLT, 2016).

Os processos de construção e implementação de TC na ESEC Serra Geral do Tocantins fornecem subsídio para um estudo de caso voltado a reflexão sobre o uso desse instrumento na gestão de conflitos, visando identificar e fortalecer caminhos que levaram ao seu aperfeiçoamento (BARRADAS; BORGES; COSTA, 2019).

Segundo as informações obtidas a partir dos questionários aplicados com os agentes das instituições relacionadas a implementação do TC, sendo: ICMBio, MPF/TO e ASCOLMBOLAS-RIOS, relativas ao histórico de implantação do TC, bem como os relatos de conflitos registrados na Unidade de Conservação, os embates que necessitavam de maior interferência da gestão desde a criação da UC era o uso de recursos naturais, uso do fogo e a permanência das comunidades no interior da UC.

Inicialmente, as tentativas de resolução dos conflitos baseavam-se na aplicação de multas e proibição das atividades, bem como realização de oficinas, palestras, relatos dos moradores de dentro da área da Unidade de Conservação e o Ministério Público Federal e Estadual, o qual participou como interveniente do TC com a ASCOLMBOLAS-RIOS. Segundo relato de um participante, extraído do questionário:

A fiscalização dos órgãos gestores da ESEC (IBAMA e depois ICMBio) sempre buscou coibir o uso do fogo. Até que as comunidades se organizaram no âmbito do Fórum Quilombola do Tocantins, com mediação do MPF-TO. A intervenção do MPF foi fundamental para que o conflito fosse gerido não através da fiscalização, mas de outros instrumentos de gestão que respeitassem os direitos das comunidades. O TC é a parte mais visível desse processo, e através dele foi possível incorporar os saberes tradicionais no próprio planejamento do manejo do fogo na UC. O início do Projeto Cerrado Jalapão, trazendo toda essa bagagem do manejo integrado do fogo foi fundamental para vencer resistências técnicas, vez que o ICMBio ainda operava na lógica do combate aos incêndios, enxergando o fogo como um inimigo a ser vencido e suprimido.

Com base neste depoimento é possível verificar como as instituições e a organização da comunidade foram fundamentais para a gestão do conflito e a implementação do instrumento na UC.

Na ESEC Serra Geral do Tocantins, o processo de implementação do TC com residentes e populações do entorno da ESEC se deu, principalmente, com o objetivo de ordenar a queima controlada, pois, segundo documentos do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), os *residentes nos “gerais” utilizam fogo sem controle, para queima e rebrota do capim onde colocam o gado para engorda no período de estiagem* (TALBOT, 2016, p. 87, grifo nosso). Contudo, para compreender tais palavras são importantes para se analisar o tratamento do uso do fogo na área da UC.

No estudo desenvolvido por Barradas (2017) foi analisada a evolução da gestão do fogo na ESEC Serra Geral do Tocantins, bem como a transição de posturas institucionais pirofóbicas³ para pirofílicas⁴ na UC. Segundo a referida pesquisa, as ações de exclusão do fogo levaram ao acirramento de conflitos socioambientais, sendo assim, a UC enfrentou o desafio de mudar formalmente paradigmas de gestão ao assumir que o manejo adaptativo do fogo pode garantir a efetiva proteção da sua sociobiodiversidade.

Nos depoimentos acerca dos meios de gestão de conflitos anteriores ao TC, os agentes realizam discussões e conversas pontuais através de reuniões, contudo, prevalecia o comando controle por parte do órgão ambiental, verificando que não havia um processo de gestão do conflito, mas de acirramento, visto que apenas a fiscalização atuava para coibir o fogo na área e a demanda do TC não avançava.

Contudo, após a assinatura do TC, os conflitos começaram a ser discutidos coletivamente, com uma aproximação de diálogo e divisão de responsabilidades, construída gradualmente, com maior protagonismo das pessoas que habitam a região e as instituições envolvidas, criando uma linha de base do que é permitido ou não ser realizado.

Importante ressaltar que mesmo com o primeiro TC assinado, ainda havia uma resistência do órgão ambiental quanto ao instrumento, o qual sozinho não teria resolvido os conflitos, se não tivesse acontecido, concomitantemente, o projeto Cerrado Jalapão, com foco manejo integrado do fogo, que dava suporte teórico e técnico a uma nova forma de olhar para o fogo, incluindo os saberes tradicionais.

O manejo integrado do fogo foi previsto e institucionalizado inicialmente na cláusula Terceira, do TC nº 14/2012, o primeiro assinado entre a ESEC Serra Geral do Tocantins e a comunidade através da ASCOLOMBOLAS-RIOS, o qual permite a queima controlada para atividades tradicionais de roça, previamente autorizada pelo ICMBio, conforme calendário de queima anual aprovado e sob orientação e monitoramento do ICMBio. Ao longo do documento são apresentados também restrições e condicionantes.

Em 2014, o uso do fogo foi integralizado ao Plano de Manejo da UC, fazendo parte

3 Ações de proibição do fogo, “fogo zero”.

4 Ações de uso do fogo, ou manejo do fogo.

dos seus programas de manejo institucionais.

A ESEC Serra Geral do Tocantins se destaca como uma das primeiras UC a transitar formalmente de um modelo de gestão pautado na exclusão do fogo para um modelo de gestão pautado no manejo do fogo ao assumir em seu Plano de Manejo a flexibilização do zoneamento ecológico para Estações Ecológicas como forma de garantir a possibilidade de uso do fogo em toda a extensão da UC para ações de proteção e de conservação da biodiversidade, o que abre novas perspectivas para outras UC (BARRADAS, 2017, p. 122).

Desta forma, conforme mencionado anteriormente, o fogo foi um dos quesitos mais importantes de discussão dentro do TC da ESEC Serra Geral do Tocantins. Talbot (2016) ao realizar um histórico de implementação do termo na UC, faz um apanhado desde os primeiros processos, iniciado em 2003, nos quais, identificaram-se algumas das razões pelas quais a instituição não estimulava o estabelecimento de TC com essas populações, dentre os mesmos, a institucionalização do uso do manejo do fogo, bem como o reconhecimento da tradicionalidade das comunidades residentes, pois, não havia até então nenhum documento ou conceituação para tal.

Diversos foram os entraves dentro do Ibama na discussão de elaboração do TC da ESEC Serra Geral do Tocantins, inclusive a suspensão do processo e retorno nas tratativas já no âmbito do ICMBio, quando se devolveu a demanda à ESEC solicitando análise e adoção de providências no bojo da ação de regularização fundiária com recursos da compensação ambiental (TALBOT, 2016).

Ao passar do tempo, algumas iniciativas foram sendo feitas em âmbito federal que levaram ao cenário da primeira assinatura do TC. Dentre estas, foi feito um levantamento prévio da situação de sobreposição de UC a territórios de ocupação tradicional, a criação de uma Coordenação de Gestão de Conflitos Territoriais no ICMBio. Esta Coordenação garantiu significativo avanço através da construção de entendimentos jurídicos que respaldassem os gestores para a tomada de decisão em situações que, no entender de muitos, feriam a legislação ambiental, onde a articulação promovida internamente pela referida Coordenação culminasse na edição da Instrução Normativa (IN) do ICMBio 26/2012 (LINDOSO, 2014).

Outro fato importante de reconhecimento legal do uso do fogo em UCs foi a previsão no art. 38, II e §2º do Código Florestal⁵, que apesar de ainda empregar o emprego da expressão “queima controlada”, permite a utilização do fogo em conformidade com o respectivo plano de manejo e mediante prévia aprovação do órgão gestor da Unidade de Conservação, bem como, permite seu uso através das práticas de prevenção e combate aos incêndios e as de agricultura de subsistências exercidas pelas populações tradicionais e indígenas.

Segundo os participantes da pesquisa, os conflitos sempre existirão, mas é perceptível que houve avanços para uma convivência harmônica entre as partes, com

⁵ Lei 12.651 de 25 de maio de 2012.

melhor diálogo, com reuniões mais participativas, com pautas mais acolhedoras, com maior liberdade para exposição de temas “sensíveis”.

Além disso, apontam permissões trazidas pelo atual TC, como a construção de novas casas, roças, manutenção de estradas, máquina de até 80 cavalos, assim como o manejo do fogo, roça, criação de animais. Entretanto, foi pontuado que embora tenha resolvido um problema de relacionamento da equipe do ICMBio com as comunidades locais, o TC não regula a questão fundiária, sendo a base do problema.

Dentre as cláusulas da Minuta de Termo de Compromisso que mais foram objeto de discussão em relação à avaliação dos desdobramentos ambientais das alterações pretendidas, destacaram-se a sexta, com relação à assinatura do termo de adesão, além das permissões de uso de maquinário, criação de gado e área de queima⁶. Além destas, também se tratou sobre a introdução de espécies exóticas, bem como da visitação turística.

Tais cláusulas foram discutidas e novo texto aprovado, sendo a cláusula sexta permitindo a assinatura do Termo de Adesão por quilombola representante de grupo familiar previamente identificado no levantamento genealógico elaborado pela comunidade e validado pela Comissão de Acompanhamento do TC e pelo Conselho Consultivo da ESEC Serra Geral do Tocantins, conforme texto:

Cláusula Sexta – Termos de Adesão (Anexo II – SEI 1775865) serão individualmente assinados por representante da EESGT e quilombola representante de grupo familiar que faz uso e/ou ocupação de área no interior da Estação Ecológica Serra Geral do Tocantins previamente identificado no levantamento genealógico elaborado pela comunidade e validado pela Comissão de Acompanhamento do TC e pelo Conselho Consultivo da EESGT, conforme lista constante no Anexo III (SEI 1773751) deste instrumento;

Parágrafo primeiro. Os Termos de Adesão terão a mesma vigência temporal do TC.

Além desta, a cláusula sétima, que trata “das permissões”, trouxe em seu novo texto, nos incisos II e III sobre o uso de maquinários e criação extensiva de gado:

II - Uso de máquinas de pequeno e médio porte, até 180 CV, para preparo do solo (aração e gradagem) no estabelecimento de pequenas roças – até dois hectares – em áreas de Cerrado já antropizadas, vedado seu uso em veredas, incluindo brejos, pantames, terras de esgoto e vargens;

III - Criação extensiva de gado, segundo o uso e manejo tradicionais, admitindo-se a evolução natural do rebanho atual, sendo que para rebanhos acima de 30 cabeças de gado, o crescimento máximo permitido será de 30% ao ano, respeitando-se o limite máximo de 150 cabeças de gado por grupo familiar assinante de termo de adesão;

O uso do fogo foi tratado nos incisos XII, XIII, XIV e XV, contemplando desde a utilização para as atividades tradicionais de roça e manutenção de pastos nativos para a atividades de criação de gado, bem como para manejo do capim dourado, segundo

⁶ Processo Administrativo ICMBio nº 02123.010472/2016-85, acesso SEI.

conhecimento tradicional associado à atividade, conforme o texto do inciso XV:

XV – Uso do fogo para manejo da paisagem e/ou em atividades que não são de ordem estritamente produtiva como: abertura de acessos; controle de combustível (manejo do cru); proteção de infraestruturas; proteção de ambientes sensíveis ao fogo; confecção de aceiros; ações de combate ao fogo (como contrafogo e linhas de controle); dentre outros usos culturalmente praticados, conforme calendário de queima anual pactuado entre os quilombolas compromissários e o ICMBio.

A visitação turística com fins educacionais foi tratada no inciso XVII, contudo, carece ainda da elaboração de projeto específico que seja compatível com o Plano de Manejo da ESEC Serra Geral do Tocantins, a ser apresentado e pactuado com a Comissão de Acompanhamento do TC e aprovado pela Coordenação Geral de Uso Público e Negócios do ICMBio.

Além disso, a cláusula oitava aborda sobre as restrições, como a introdução de espécies e variedades de plantas exóticas ao Cerrado, salvo aquelas costumeiramente usadas pela comunidade para pastagem e que não têm apresentado capacidade de expandir suas áreas de ocorrência na região do Jalapão, inserção de animais exóticos ao Cerrado, exceto aqueles necessários à subsistência das famílias conforme previsto no TC, arrendamento de pastos plantados ou de refrigério para gado de não-compromissários, e repasse a terceiros de qualquer direito de uso antevido apenas para os quilombolas compromissários.

Posteriormente, a Minuta do Termo de Compromisso passou pela análise técnica, emitido o Parecer 00023/2018/COMAF/PFE-ICMBIO/PGF/AGU (SEI 2657640), o qual analisou a sua regularidade. Assim, de modo a apresentar justificativas técnicas, a NOTA nº 00026/2018/COMAF/PFE-ICMBIO/PGF/AGU (SEI 3325458), tratou sobre os questionamentos levantados pelo Parecer anteriormente citado, o qual analisou a minuta de Termo de Compromisso.

De modo a identificar a localização exata da incidência dos efeitos do termo de compromisso, objeto de recomendação do Parecer 00023/2018/COMAF/PFE-ICMBIO/PGF/AGU (SEI 2657640), foi editado o Mapa da Área de Incidência do TC no interior da ESEC Serra Geral do Tocantins (Figura 02), evidenciando que não houve supressão de áreas de terceiros, assim como, há áreas sob posse mansa e pacífica de alguns dos compromissários há mais de trinta anos.

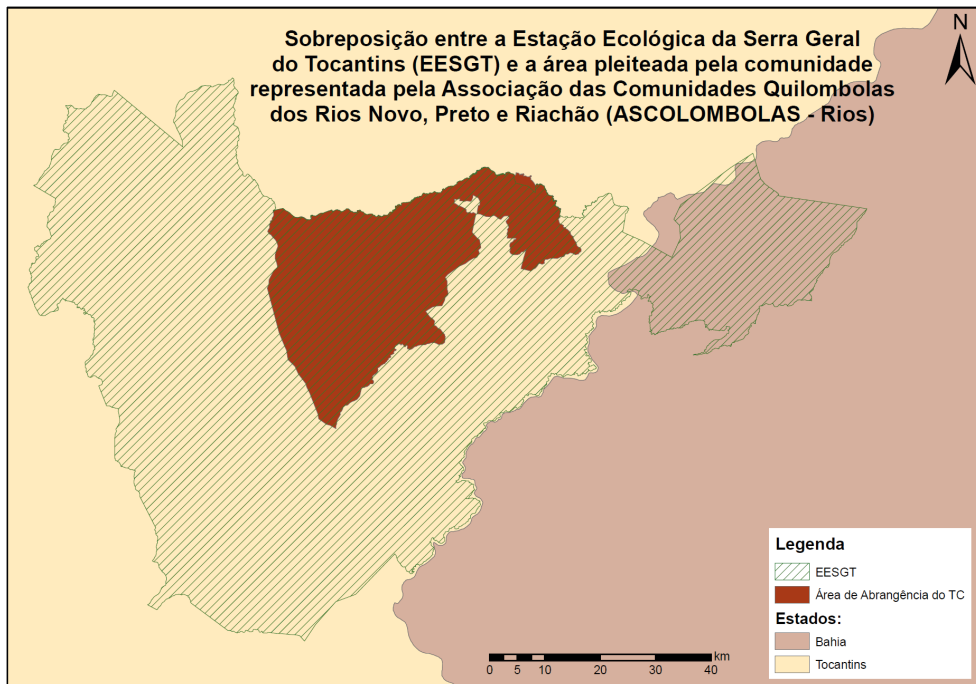


Figura 02. Mapa da Área de Incidência do TC no interior da ESEC Serra Geral do Tocantins.

Fonte: SEI-ICMBio (2018).

Outro questionamento levantado no referido Parecer foi sobre a “*fixação de prazo para que indique ou promova uma solução definitiva da ocupação na EESGT, conforme determina o parágrafo 8º do art. 9º da Instrução Normativa nº 26/2012*”. Contudo, a Nota explica que:

A área em questão encontra-se em processo de reconhecimento como Território Quilombola. O ICMBio não tem competência para interferir no prazo que possa vir a ser necessário para que o órgão competente (INCRA) defina-se pelo atendimento ou não do pleito em questão. É fato que enquanto vigorar esta situação inconclusa não temos como estipular prazo para uma decisão do ICMBio a respeito desta porção da EESGT. Por outro lado, há a necessidade de se fixar um prazo de vigência para o TC, de modo a se deixar clara a transitoriedade do instrumento, o qual sugerimos, em função da experiência pregressa, que seja de cinco anos. Se no decorrer desta vigência o rito processual do reconhecimento do Território Quilombola for concluído, pode ser necessária uma revisão do teor do TC, já que provavelmente haverá fatos novos relevantes a modificar a situação jurídica do território, conforme definido na Cláusula Décima Quarta. (SEI-ICMBio 3325458).

A questão fundiária foi citada pelos participantes da pesquisa, abordando que o documento não se propõe a resolver essa dimensão do problema, contudo, enquanto não houver a demarcação do território quilombola, em sobreposição ou não com a ESEC, o desacordo não terá sido de fato “resolvido”, assim, o termo gestão do conflito se enquadre

melhor, já que não há clareza se mesmo com o território demarcado, as comunidades terão pleno gozo de seus direitos em razão da justaposição com uma UC de proteção integral.

Em 2019 a Comissão de acompanhamento teve sua primeira Reunião (SEI-ICMBio 6756484), com objetivo de avaliação e monitoramento do TC, discutidas as permissões descritas no documento. Dentre estas, foi observado que nenhum comunitário recorreu máquinas, assim como não realiza visitação de base comunitária, embora o MPF-TO tenha se colocado à disposição para colaborar na iniciativa de construção do projeto específico exigido pelo termo.

Sobre o uso do fogo, cujo tema era o mais polêmico do monitoramento, foi comentado que, devido o respeito às pactuações de queimas controladas e prescritas, não houveram grandes incêndios oriundos do território quilombola. Dentre outros temas abordados na reunião, foi citado estarem sendo assediados por proprietários que têm o título da terra e que estavam sendo estimulados a assinar papéis que lhes dariam o direito de uso de alguns hectares. O Dr. Álvaro alertou quanto a possibilidade de estar se tratando de contratos no formato de comodatos e que era preciso ter cautela para ninguém assinar nada que não se saiba a real finalidade.

Desta forma, foi consultado o Processo MPF/PR-TO nº 1.36.000.000947/2018-40, instaurado com objetivo de acompanhar a execução das ações e obrigações assumidas no Termo de Compromisso firmado entre o ICMBio e a ASCOLOMBOLAS RIOS. Sendo assim, foi observado uma minuta de contrato de comodato que a associação ASCOLOMBOLAS RIOS encaminhou ao MPF, cuja assinatura desse contrato supostamente daria o direito ao suposto proprietário a promover a retirada dos membros da comunidade quilombola de seu território depois de um ano, então referido despacho desta análise recomenda a todos os membros da Comunidade Quilombola que não assinem o referido documento.

Embora o TC nº 14/2012 tenha apresentado uma essência de estado autoritário, o instrumento propiciou maior aproximação entre o órgão ambiental gestor e a comunidade quilombola, e as críticas expostas durante os processos de monitoramento do TC contribuíram na revisão de normas que eram incompatíveis com o modo de vida das comunidades, o que culminou na celebração do TC nº 04/2018, que se apresentou como um instrumento internalizado de modo orgânico, sem contestação ou descumprimento de cláusulas e sem conflitos entre as partes (BARRADAS; BORGES; COSTA, 2019).

Após este crescimento institucional possibilitado pelas trocas entre as partes envolvidas no processo, TC nº 04/2018 apresentou como finalidade a tolerância do uso do fogo para fins produtivos e de manejo de combustível/ecológico, diferentemente do TC assinado em 2012, o qual disciplinava normas de uso do fogo somente para fins de produção, além disso, dá ao cidadão o poder de controle de utilização do fogo, estimulando-o ao manejo de base comunitária (BARRADAS; BORGES; COSTA, 2019).

Dentre as cláusulas expostas nos termos formados, uma delas é a instauração de uma Comissão de Acompanhamento, a foi prevista desde a institucionalização do

TC nº 14/2012, expressa em sua quinta cláusula, à qual tem o “propósito de discutir e acompanhar as ações necessárias ao cumprimento deste Termo, bem como propor medidas para aprimoramento do TC” sob Coordenação do Ministério Público Federal – MPF, Procuradoria da República no Estado do Tocantins. A IN ICMBio 26/2012, que versa sobre o instrumento, posterior à pactuação em torno do TC no Jalapão, determina que esta comissão seja instituída no âmbito do Conselho Consultivo da UC.

Segundo orientação do Conselho, e com o aval das partes envolvidas, a comissão criada através do TC nº 14/2012 não contou com a participação do ICMBio e da ASCOLOMBOLAS-RIOS, para garantir isenção nas decisões (LINDOSO; PARENTE, 2015). Contudo, houveram alterações importantes e significativas no TC nº 04/2018, o qual manteve a constituição da Comissão de Acompanhamento, porém, sob Coordenação do ICMBio, tendo como representantes o MPF/TO e ASCOLOMBOLAS-RIOS, desta forma, as partes do TC passaram a integrar a comissão.

Verifica-se neste processo de institucionalização, o MPF sai do papel de interveniente na celebração do TC e Coordenador da Comissão de Acompanhamento, conforme descrito no TC nº 14/2012, para um acompanhante e representante na mesma comissão no TC nº 04/2018.

Segundo Lindoso e Parente (2015) a Comissão de Acompanhamento se apresenta, conforme arranjo institucional definido pelo TC e pela IN ICMBio 26/2012, como um mecanismo para resolução de conflitos, embora não explicitamente, porém, pode ser visto na Cláusula décima do TC nº 04/2018 de modo mais transparente, quando atribui a mesma a função de discussão de eventuais divergências sobre o pactuado, com vista a um entendimento consensual, o que se caracteriza como uma medição extrajudicial, onde há o incentivo às partes envolvidas para que encontrem o caminho de saída do labirinto do conflito.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no exposto nesta pesquisa foi possível verificar o histórico de implementação dos Termos de Compromisso (TC) firmados na Estação Ecológica Serra Geral do Tocantins (ESEC Serra Geral do Tocantins), considerando-o como instrumento na gestão dos conflitos existentes oriundos da sua criação sobre os territórios tradicionais existentes.

Conforme demonstrado, os principais conflitos descritos na literatura relacionam-se ao uso do fogo, seja para fins produtivos ou de manejo do capim dourado e da paisagem, além do conflito gerado a partir da sobreposição da área da Unidade de Conservação (UC) com o território quilombola, reconhecido posteriormente a criação da UC pela Fundação Palmares.

Contudo, verificou-se que apesar dos conflitos existentes entre as comunidades e

o órgão ambiental, foram levantadas diversas tentativas de resolução dos mesmos, porém as tratativas culminavam na falta de experiência institucional e normativa sobre o assunto, apesar da previsão no art. 39 do Decreto Federal 4.340/2002, que regula o art. 42 do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), que sejam firmados TC.

Alguns marcos legais foram fundamentais para o avanço da implementação dos TCs, como a publicação da Instrução Normativa/ICMbio nº 26/2012, que regulamentou o art. 42 da Lei do SNUC, bem como o art. 38, II e §2º da Lei 12.651/2012 (Código Florestal), que trouxe em seu texto a permissão do uso do fogo em conformidade com o respectivo plano de manejo e mediante prévia aprovação do órgão gestor da UC, bem como, através das práticas de prevenção e combate aos incêndios e da agricultura de subsistência exercidas pelas populações tradicionais e indígenas.

Apesar da implementação do primeiro TC ter sido do modo participativo e contemplar anseios das comunidades, como a permissão do uso do fogo para fins produtivos, embora em área limitada, os conflitos não cessaram, e diversas cláusulas do primeiro TC foram alteradas com objetivo de tolerância do uso do fogo para fins produtivos e de manejo de combustível/ecológico, bem como o reconhecimento do protagonismo dos quilombolas no manejo e fiscalização das ações, estimulando-se o manejo de base comunitária.

As principais cláusulas do TC nº 04/2012 identificadas nesta pesquisa, que foram fundamentais para a gestão dos conflitos estão em torno do uso do fogo, da área de cultivo, de produção e residência dos povos tradicionais, as quais garantem direitos fundamentais em conformidade com a conservação ambiental. Além dessas, foram discutidas no segundo termo sobre a assinatura do termo de adesão por descendentes, reconhecidos em documento de genealogia elaborado para este fim, além das permissões de uso de maquinário e sobre a introdução de espécies exóticas, bem como da visitação turística.

Verifica-se, com base no que foi exposto, que apesar da necessidade de normativas que reconheçam direitos e deveres dos povos tradicionais residentes em UCs, é fundamental o diálogo e o respeito aos modos de vida tradicionais de modo a estabelecer “contratos de convivência” que considerem a história e cultura de um povo que vive em conformidade com a natureza há centenas de anos.

O estabelecimento de Termos de Compromisso, que visa tal acordo, necessita ser construído e implementado juntamente com as comunidades residentes, considerando a legislação, mas também o modo de vida, a fim de garantir direitos fundamentais que todo ser humano possui.

O atual TC da ESEC Serra Geral do Tocantins passou por um longo processo na sua constituição de modo a obter o êxito que possui, com a confiança entre a equipe gestora, comunidade e a cessação dos conflitos em torno do uso do fogo.

O amadurecimento de ambas as partes fora decisivo e primordial para tal avanço, e hoje contam com um mecanismo para resolução de conflitos, a chamada Comissão de

Acompanhamento, instituída pelo próprio TC e que está sob Coordenação do ICMBio, tendo como representantes o MPF/TO e ASCOLOMBOLAS-RIOS.

Tal comissão possui a função de discussão de eventuais divergências e se caracteriza como uma medição extrajudicial, em que há o incentivo às partes envolvidas na resolução de controvérsias de modo consensual.

Cabe ressaltar que cada UC possui suas características, objetivos e por consequência conflitos específicos, e que embora para algumas o TC ainda não seja o melhor meio de resolução dos conflitos socioambientais, o caso analisado nesta pesquisa possui resultados positivos. Sendo assim, verificou-se que o TC implementado entre o ICMBio e ASCOLOMBOLAS-RIOS possui hoje o papel de instrumento gestor dos conflitos originados pela criação da ESEC Serra Geral do Tocantins, a qual vem tendo grande apoio da comunidade nas ações de preservação e manejo da área através do conhecimento tradicional.

Por fim, ressalta-se a necessidade de continuidade da pesquisa em torno do TC da ESEC Serra Geral do Tocantins, em diversas frentes, seja como instrumento extrajudicial de resolução de conflitos no modo de diálogo entre as partes, aprofundamento no funcionamento da Comissão de Acompanhamento e suas demandas, contribuição do TC para o reconhecimento de direitos fundamentais, dentre outros temas relevantes para as instituições, bem como para a comunidade.

AGRADECIMENTOS

À Unitins, ICMBio/ESEC Serra Geral do Tocantins, MPF/TO e a ASCOLOMBOLAS-Rios.

REFERÊNCIAS

BARRADAS, Ana Carolina Sena. **A Gestão do fogo na Estação Ecológica Serra Geral do Tocantins, Brasil**. Trabalho de conclusão de Mestrado Profissional em Biodiversidade em Unidades de Conservação. Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro - Escola Nacional de Botânica Tropical Rio de Janeiro. 123 p. 2017.

BARRADAS, Ana Carolina Sena; BORGES, Marco Assis; COSTA, Máximo Menezes. Termos De Compromisso: Um instrumento de pactuação ou de controle do uso e manejo dos recursos naturais em Unidades de Conservação de Proteção Integral? In: **IX Seminário Brasileiro sobre Áreas Protegidas e Inclusão Social**. Recife – PE. 2019.

BRASIL. **Decreto de 27 de setembro de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DNN/2001/Dnn9340.htm. Acesso em 08/06/2020.

BRASIL. **Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4340.htm

BRASIL. **Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm.

BRASIL. **Plano de Manejo:** Estação Ecológica Serra Geral do Tocantins. MMA/ICMBio - Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. 529 p. 2014. Disponível em: https://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/docs-planos-de-manejo/esec_serra_geral_do_tocantins.pdf.

BRITO, Daguinete Maria Chaves. **Conflitos em unidades de conservação.** PRACS: Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP, v. 1, n. 1, 2008.

DIEGUES, Antonio Carlos. **Ilhas e Mares:** Simbolismo e Imaginário. Ed. HUCITEC. 272 p. 1998.

FERREIRA, Maria Inês Paes; MELLO, Dalila Silva. Des-re-territorialização e áreas protegidas na Amazônia: reflexões a partir do caso da Estação Ecológica da Terra do Meio-Pa-Brasil. **GeoGraphos:** Revista Digital para Estudantes de Geografía y Ciencias Sociales, v. 7, n. 87, p. 9, 2016.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4ª. ed. São Paulo – SP. Ed. Atlas, 2002.

ICMBio – MMA. **Instrução Normativa nº 26, de 4 de julho de 2012.** Disponível em: <http://ava.icmbio.gov.br/mod/data/view.php?id=4&rid=631>

LIMA, Danilo Prudente; LEITE, Isabela Sardinha Lisboa. O Termo, em Termos: O Poder do Compromisso na Mediação. **Revista do Fórum Nacional de Mediação e Conciliação**, v. 1, n., v. 1, n. 1, p. 132-140, 2017.

LINDOSO, Lilian de Carvalho; Temis Parente. Ação Coletiva para o Termo de Compromisso na Região do Jalapão-TO: fortalecendo os sistemas de uso comum? **Conference: VII Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ambiente e Sociedade.** Brasília-DF, 2015.

LINDOSO, Lilian de Carvalho. **Recursos de Uso Comum nos Gerais do Jalapão:** uma análise institucionalista do Termo de Compromisso com populações tradicionais no interior de unidades de conservação. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Tocantins, Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional. Palmas, 207 f. 2014.

MARTINS, Andreza. Conflitos ambientais em unidades de conservação: dilemas da gestão territorial no Brasil. **Revista bibliográfica de geografia y ciencias sociales**, v. 17, n. 989, 2012.

PÁDUA, Maria Tereza Jorge. Unidades de conservação – muito mais do que atos de criação e planos de manejo. In: Unidades de Conservação: atualidades e tendências. Org. Miguel Serediuk Milano. Curitiba: Fundação O Boticário de Proteção à Natureza, p. 3 a 13. 2002.

RIBEIRO, Bianca Guimarães; DRUMOND, Maria Auxiliadora. O Termo de Compromisso como ferramenta para a gestão de conflitos em unidades de conservação. In: **I Congresso Latinoamericano sobre conflictos ambientales**, 2014, Buenos Aires. p. 229. 2014.

SOUZA, Rachel Nogueira de; LIMA, Ricardo Ângelo Pereira de. Gestão social ambiental para a resolução de conflitos pesqueiros no Parque Nacional Do Cabo Orange (Amapá/Brasil). **Ciência Geográfica.** Bauru. Edição XXI, vol. XXI, n 2. 411 – 427, 2017.

TALBOT, Virginia. **Termos de Compromisso**: histórico e perspectivas como estratégia para a gestão de conflitos em unidades de conservação federais. Trabalho de conclusão de Mestrado Profissional em Biodiversidade em Unidades de Conservação. Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro - Escola Nacional de Botânica Tropical. Rio de Janeiro, 208 p. 2016.

VALLEJO, Luiz Renato. **Unidade de conservação**: uma discussão teórica à luz dos conceitos de território e políticas públicas. *Geographia*, v. 4, n. 8, p. 57-78, 2002.

VIVACQUA, Melissa; VIEIRA, Paulo Henrique Freire. Artigo: **Conflitos socioambientais em Unidades de Conservação**. *Política & Sociedade*, v. 4, n. 7, p. 139-162, 2005.

YIN, R. K. **Estudo de caso**: planejamento e métodos. trad. Daniel Grassi - 2.ed. - Porto Alegre. Bookman, 2001.

CONCEITO DE FILIAÇÃO: ORIGENS E EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Data de aceite: 01/03/2023

Marília de Lourdes Lima dos Santos

RESUMO: O presente trabalho visa analisar o conceito de filiação, que, conjuntamente ao conceito de família, passou por alterações relevantes. O viés da proteção patrimonial do direito de família, paulatinamente foi substituído por critérios de afeto mútuo. Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 foi determinante para, antes mesmo da edição do Código Civil de 2002, proibir a distinção entre filhos decorrente da origem. Ainda sobre o tema filiação, novas técnicas de reprodução assistida, constituem fonte de vínculos que necessitam de regulação pelo direito. Em todo o contexto observado na atualidade, a família mostra-se como instrumento, o ambiente para que a pessoa desenvolva sua condição existencial, em conformidade com a prevalência da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Filiação; Família; Afetividade; e Dignidade.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the concept of affiliation, which, together with the concept of family, has undergone relevant changes. The heritage

protection bias of family law was gradually replaced by criteria of mutual affection. In this sense, the Federal Constitution of 1988 was decisive for, even before the edition of the Civil Code of 2002, prohibiting the distinction between children due to origin. Still on the subject of affiliation, new techniques of assisted reproduction constitute a source of bonds that need regulation by law. In all the context currently observed, the family appears as an instrument, the environment for the person to develop his existential condition, in accordance with the prevalence of the dignity of the human person.

KEYWORDS: Filiation; Family; Affection; and Dignity.

1 | CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A noção tradicional de filiação assenta-se na ideia de união entre uma pessoa e aqueles que a geraram. Neste sentido, Miranda conceitua a filiação como “a relação que o fato da procriação estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascidas da outra, chama-se paternidade, ou maternidade, quando considerada com respeito ao pai, ou à

mãe, e filiação, quando do filho para qualquer dos genitores” (MIRANDA, 2000, p. 45).

A evolução das técnicas de reprodução, somada às modificações na estruturação da família moderna, nada obstante, alteraram o instituto ora discutido, promovendo o desenvolvimento de novos conceitos relacionados à paternidade e maternidade. Desse modelo, ressalta-se a transformação observada na legislação brasileira e na jurisprudência dos Tribunais Superiores, a fim de responder às demandas da sociedade.

É de grande importância a análise dos institutos do Direito Civil a partir das suas origens na antiga Roma. O modelo clássico da família romana centrava-se na autoridade do *pater familias*, o ascendente do sexo masculino mais velho. Esse era o chefe do culto doméstico, fator determinante da união familiar. Incumbia ao chefe do culto familiar reconhecer os filhos, de forma que nem o critério biológico prevalecia à autoridade do *pater familias*, porque ele tinha o poder para excluir do culto familiar os próprios filhos e incluir estranhos sob seu o julgo.

Boscaro (2002) assevera que a vontade do chefe era a principal fonte dos direitos assegurados a seus integrantes, uma vez que dispunha ele mesmo do poder de vida e de morte sobre tais membros. A esposa também tinha seu destino subjugado ao do chefe da família, não exercendo poder sobre os filhos.

Importante esclarecer que a supremacia do *pater familias* não se deve à simples supremacia do poder masculino; decorre, na verdade, da prevalência dos interesses econômicos da relacionados à proteção da propriedade privada e dos interesses da família como instituição. Assim, os laços matrimoniais não se fundavam na afeição, mas por interesses econômicos, ao passo que o reconhecimento dos filhos visava à sucessão da fortuna materna. A subserviência ao *pater* centrava-se no esforço comum de construção e conservação de um patrimônio.

No Império de Justiniano, no entanto, prevaleceu a idéia de que se o filho era concebido na constância de um matrimônio, não necessitaria do reconhecimento paterno para ingressar na família. Haveria presunção de ser a esposa mãe e o marido pai. A importância dos laços consanguíneos sobressaiu em relação aos demais, os quais acabaram por prevalecer no Direito moderno.

Ademais, a expansão do Império Romano possibilitou maior independência dos filhos em relação ao poder paterno. Havia necessidade de soldados dispostos a empreender a conquista de novos territórios e pessoas interessadas em realizar colonização das terras conquistadas. O crescimento da importância do Estado Romano também propiciou essa independência, tendo em vista a formação de uma justiça estatal que limitava o pátrio poder. “Os filhos pertencem à República, antes de pertencerem aos seus pais.” (DANTAS, 1991, p. 373).

No que tange ao Direito moderno, conforme o exposto, o critério da consanguinidade predominou sobre os demais. Prevalecia o entendimento de que a maternidade era sempre certa, enquanto a paternidade sempre incerta. Contudo, a evolução da ciência tornou

possível a prova da paternidade pelo critério da consanguinidade.

Desta maneira, na família tradicional os laços sanguíneos embasam as relações, que prevaleciam em detrimento aos laços afetivos. A prova obtida por exames genéticos, que determinam com precisão a ligação biológica, no entanto, podem não corresponder à verdade fática. Diante desse contexto, a filiação já tem sido encarada com diferentes enfoques, quais sejam, o biológico, o jurídico e o socioafetivo.

Por fim, importante destacar a carga social relacionada às questões decorrentes da filiação. Neste sentido, cita-se a legitimação de filhos havidos fora do casamento, frutos de incesto e de quaisquer situações reprovadas socialmente.

2 I EVOLUÇÃO DA FILIAÇÃO NO ORDEMANENTO JURÍDICO NACIONAL

A Constituição Federal de 1988 representa um marco para a situação jurídica do filho no Direito brasileiro. Suas disposições modificaram os antigos paradigmas da questão da filiação, ao igualar todos os filhos. Nesse contexto, é necessário destacar a evolução legislativa da filiação, enfatizando os pontos mais importantes desta trajetória.

Em 1847, a filiação começou a ser tratada pelo ordenamento jurídico nacional, visto que até então vigorava o sistema português, disposto nas Ordenações Filipinas. Nesse ano foi elaborada a Lei n.º 463, para extinguir a diferenciação antes existente entre filhos de nobres de plebeus, chamados peões, estabelecendo regras idênticas para essas classes no que tange aos direitos hereditários.

A primeira disposição acerca da prova da filiação, por sua vez data de 1890, no Decreto n.º 181, o qual regulamentou o casamento civil, previa que a filiação ilegítima só poderia ser provada através da confissão espontânea do suposto pai, ao passo que os filhos naturais seriam provados por confissão ou pelo reconhecimento feito em escritura pública ou outro documento emanado pelo pai.

A filiação natural decorria da procriação, podendo ser legítima ou ilegítima, tendo em vista a constância ou não de casamento. A filiação ilegítima, por sua vez, poderia ser natural, não havendo impedimento para um casamento, ou espúria, quando decorresse de adultério ou incesto. Havia, ademais, a filiação civil decorrente da adoção.

Outro marco na evolução da legislação concernente à filiação foi a publicação do Código Civil de 1916, que estabelecia regras rígidas para a determinação da filiação, negando a possibilidade investigação da paternidade, tanto voluntária quanto judicial, em relação aos filhos incestuosos e adúlteros. Apenas para fins de alimento tal investigação seria possível.

A Constituição Federal de 1937 igualou os filhos naturais aos legítimos, referente aos direitos e deveres dos pais. Ressalta-se que não constava nesse rol de filhos reconhecíveis os chamados espúrios. Já pelo Decreto-Lei n.º 3.200, ficava proibida a qualificação do filho na certidão de nascimento, salvo por pedido do interessado ou por determinação judicial.

A Lei n.º 883 de 1949, possibilitou aos filhos naturais a investigação da paternidade, negando-a, no entanto, para os adúlteros, o que só poderia ser feito depois de dissolvida a sociedade conjugal ou a separação de fato por mais de cinco anos consecutivos. Em 1977, foi permitido o reconhecimento de filho na constância do casamento, por meio de testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, sendo essa parte irrevogável. A referida lei dispunha, sobre a questão da sucessão, *in verbis*: “Art. 2º O filho reconhecido na forma desta Lei, para efeitos econômicos, terá o direito, a título de amparo social, à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado.”

Já a Lei n.º 6.515, de 1977, extinguiu a diferenciação entre os filhos, garantindo os mesmos direitos a todos: “Art. 51º Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições.”

Delineou-se a situação jurídica dos filhos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988. A família passa a ser considerada a base da sociedade, merecendo grande atenção do Estado. Foi assegurada a proteção aos filhos, sem haver diferenciações. Assim, importante destacar o artigo 227, abaixo transcrito:

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

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Neste contexto, ressalta-se a importância da Lei n.º 7.841, de 1989, a qual tornou possível o reconhecimento de filhos ilegítimos mesmo na constância do matrimônio, assim como a realização da investigação de paternidade ou maternidade. Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente destaca a importância da tutela da formação da personalidade do menor, prevalecendo, até mesmo sobre a vontade dos pais, com o controle direto sobre a educação do menor.

3 I A FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A Lei Nº 10.406/2002, Código Civil Brasileiro, em harmonia com Constituição Federal, consagrou a igualdade de direitos e qualificações entre os filhos, assim como proibiu qualquer designação discriminatória em relação à filiação. No entanto, manteve a distinção entre filhos havidos ou não na constância do casamento, determinando a presunção de paternidade dos filhos concebidos sob a égide matrimonial.

Desta feita, cabe transcrever as disposições do Código Civil sobre a presunção da filiação:

“Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Art. 1.598. Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1.597.”

Observa-se que o novo Código civil acrescentou as hipóteses de fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido ou a esposa, a qualquer tempo, desde que se trate de embriões excedentes. A fecundação artificial heteróloga, por sua vez, depende do prévio consentimento do marido. Essa inovação decorre da concepção de novas técnicas de reprodução inseridas na sociedade, a respeito das quais se observa uma lacuna no ordenamento jurídico.

O artigo 1.598 do Código Civil introduz uma nova situação em que se verifica a presunção de paternidade concernente à situação em que a viúva está grávida a época do falecimento do marido, considerando para tanto um lapso temporal de trezentos dias, a partir do falecimento. Trata, ademais, da hipótese em que o casamento vem a ser considerado nulo ou anulado, ainda que ambos os cônjuges tenham contraído sem boa-fé, e tendo a mulher contraído novas núpcias, o filho será considerado do primeiro marido desde que nasça até trezentos dias após o fim da sociedade conjugal.

O dispositivo supracitado, contudo, vai de encontro ao disposto no artigo 1.523, também do Código Civil, que proíbe o casamento nos casos indicados acima. Nesses casos, devem ser aceitas contestações de paternidade, sendo imprescritível tal ação.

A presunção exposta nas linhas acima pode ser ilidida, caso seja provada a impotência do cônjuge para gerar a época da concepção. Não ilide tal presunção, nada obstante, o adultério da mulher, ainda que confesso, nem mesmo a negação materna da paternidade.

Apesar da dicção legal, a jurisprudência tem entendido que a presunção de paternidade deve sofrer em alguns casos restrições. Estendeu-se ao filho o direito de requerer a retificação da filiação, através da ação negatória, direito este previsto privativamente para o pai presumido. Ademais, considerou-se personalíssimo o direito ao

reconhecimento do estado de filiação, não havendo mais prazo decadencial para propor a ação negatória de paternidade.

A prova da filiação se dá pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil. Apenas em casos de erro e falsidade do registro é permitido questionar o que nele está prescrito. Na ausência do termo de nascimento ou de erro, é permitido provar a filiação por todos os meios permitidos pelo direito. Neste sentido, até mesmo o fornecimento de alimentos estabelece a presunção de paternidade.

4 I FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E AS NOVAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO

A evolução da ciência e das relações sociais impôs ao Direito a necessidade de rever antigos paradigmas. O desenvolvimento da reprodução artificial e as inúmeras possibilidades dela decorrentes, somadas as novas formas de família forjadas na sociedade, que alteram o padrão da família tradicional trazem conseqüências jurídicas, afinal, o Direito deve corresponder aos valores e necessidades sociais antecedentes. Desta feita, necessário se faz tratar mais detidamente dos temas supra relacionados.

4.1 Reprodução assistida

A reprodução assistida é uma realidade que deve ser observada pelo Direito. O desejo de transmitir um legado está insito na natureza humana. Desta feita, métodos de fertilização assistida passam a ser a única solução para os casos em que haja impossibilidade de reprodução pelos meios naturais. Exemplos não faltam para demonstrar a precariedade do Direito pátrio para fazer jus a tais inovações. Desse modo, por meio da reprodução medicamente assistida é possível conceber um filho com duas mães, através da inserção em um espermatozóide da carga genética de uma mulher, ou mesmo com dois pais. Também é uma realidade a possibilidade de a avó dar à luz um neto, além do congelamento do sêmen. As hipóteses, na realidade, são inúmeras.

Sabe-se que o Direito tem o objetivo de buscar soluções para as demandas sociais. Urge a necessidade de aproximar o Direito da bioética a fim de encontrar soluções adequadas para questões de tamanha complexidade. Cabe destacar as hipóteses mais relevantes de reprodução assistida e as conseqüências no direito à filiação, isto sob o enfoque da bioética.

A **inseminação artificial homóloga** caracteriza-se pela coleta de material genético dos cônjuges, já na **inseminação artificial heteróloga**, utiliza-se material genético de, pelo menos, um terceiro, distinto da relação conjugal. Na inseminação artificial heteróloga, não há presunção de paternidade, porque se utiliza material genético de pessoa distinta da sociedade conjugal.

Na inseminação artificial homóloga, por sua vez, tendo em vista que o material genético é do casal, uma vez realizado o procedimento, não há possibilidade de negar a

filiação. A inseminação deve ocorrer durante o casamento, mas caso ocorra após o término, haverá presunção de paternidade.

O Código Civil, artigo 1.597, inciso IV, trata da presunção de paternidade no que tange aos embriões excedentes, ou seja, para configurar tal presunção é necessário que tenha ocorrido uma inseminação anterior, da qual restou o embrião, caso contrário, não haverá presunção. Tal raciocínio, contudo, não é unânime na doutrina, pois há quem considere o termo excedentário, empregado pelo legislador, mero equívoco terminológico (WALTER, 2003).

Outra questão de destaque relacionada à inseminação homóloga tange à possibilidade de a mulher decidir a qualquer tempo gerar um filho decorrente de relacionamento anterior, mesmo que o cônjuge tenha falecido ou ocorra a separação. Desta feita, o Código Civil estaria admitindo a família monoparental, formada pela mãe ou pelo pai e o filho.

Discute-se, ainda, o direito de a pessoa conhecer suas origens genéticas, notadamente à luz das técnicas de reprodução artificial. Na Alemanha, por exemplo, prevalece a posição que concerne esse, como um direito da personalidade. No Brasil, Caio Mário Pereira (2006) considera que o direito ao nome civil, com destaque para o nome de família, é um direito de natureza pessoal e integraria a personalidade.

Tantas outras questões poderiam ser expostas, assim como extensos argumentos, contudo, este trabalho não tem o objetivo de exaurir o assunto, mas apenas alertar para a emergência do tema.

4.2 Filiação socioafetiva

Questão de suma importância diz respeito à dicotomia entre filiação biológica e afetiva. Ascende a importância dos vínculos afetivos o afeto que deve unir pais e filhos. A família deixa de ser um conjunto de pessoas unidas por laços sanguíneos e passa a ser a família sociológica, totalmente voltada para a realização da felicidade de seus membros. Não é o indivíduo que existe para a família, mas, sim, esta que existe para suprir seus anseios e alcançar a felicidade.

Os exames de investigação de paternidade apontam com precisão os pais biológicos, ao passo que o ordenamento jurídico oferece o arcabouço necessário para cobrar deles a responsabilidade patrimonial. No entanto, o afeto, imprescindível para a formação de uma criança, a lei não pode impor. Surge, assim, a questão: quem deve ser considerado pai ou mãe?

Fala-se em posse do estado de filho, “aquela relação afetiva íntima e duradoura, que decorre de circunstâncias de fato, situações em que uma criança usa o patronímico do pai, por este é tratado como filho, exercitando os direitos e deveres inerentes à filiação” (NOGUEIRA, 2001, p. 85). Pugna-se pela elevação do afeto à categoria de valor juridicamente relevante.

A essa postura, contrapõem-se aqueles que consideram o afeto como elemento

fático, que é destacando a possibilidade de diluição de tais laços com o passar do tempo, carecendo de dados objetivos para sua consideração na construção dos laços filiais, visto que a desconstituição de tais laços não é possível.

Os Tribunais Superiores têm se posicionado pela possibilidade de concomitância de vínculos afetivos e biológicos, conforme se infere do tema de Repercussão Geral nº 622 do STF:

“A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.”

Da breve análise realizada acerca do tema, conclui-se que ele é de suma importância e merece maior atenção da doutrina, e principalmente do legislador, a fim de suprir a lacuna existente no ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Sílvio Neves. **Ensaio de direito civil**. São Paulo: Método, 2006.

BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de Filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DANTAS, San Tiago. **Direitos de família e das sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo código civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2000.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WALTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VÍNCULO NAS RELAÇÕES AFETIVAS NÃO REGULAMENTADAS POR LEI: ANÁLISE COM ÊNFASE NA RELAÇÃO SUGAR

Data de aceite: 01/03/2023

Gabriela Orlando Marin

Graduanda do 9º semestre do curso de Direito na Universidade Católica Dom Bosco (UCDB)

Este artigo é resultado de trabalho de conclusão de curso apresentado à Universidade Católica Dom Bosco, sob a orientação metodológica do Prof. Dr. José Manfroi e orientação temática da Profª. Me Carla Mombrum de Carvalho Magalhães, como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Direito da Universidade Católica Dom Bosco.

RESUMO: Este trabalho sobre as relações afetivas não regulamentadas por lei, com ênfase principalmente na relação *sugar*, tem como finalidade analisar a forma como os relacionamentos foram sendo formados e também as evoluções que sofreram até o presente momento, no qual, o relacionamento *sugar* vem ganhando cada vez mais espaço e conhecimento no dia a dia da sociedade, de forma que o mesmo fosse se tornando, por muitos, uma nova modalidade de família, o que vem gerando alguns embates no âmbito do Poder Judiciário, onde as partes dessa relação buscam efetivar e comprovar seus

direitos como se fossem companheiros um do outro, da mesma forma que na união estável. Para compor o trabalho foi utilizada também uma pesquisa populacional com o intuito de melhor conhecer a opinião dos participantes, para buscar uma solução que siga o ordenamento jurídico brasileiro e que seja justa para aqueles que contraem esse tipo de relacionamento.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Relações afetivas; 2. Relacionamento *sugar*; 3. União estável; 4. Direito de família brasileiro; 5. Evolução do direito de família.

ABSTRACT: This work about affective relationships not regulated by law, with emphasis mainly on the *sugar* relationship, aims to analyze how relationships have been formed and also the developments that have suffered until the present time, in which the *sugar* relationship is gaining more and more space and knowledge in the day to day of society, In this way it has become, for many, a new type of family, which has generated some disputes in the Judiciary, where the parties to this relationship seek to enforce and prove their rights as if they were each other's partners, just as in the stable union. To compose the work, a population survey was also used to better understand

the opinion of the participants, in order to seek a solution that follows the Brazilian legal system and that is fair to those who contract this type of relationship.

KEYWORDS: 1. Affective relationships; 2. Sugar relationships; 3. stable union; 4. brazilian family law; 5. evolution of family law.

1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo científico aborda a relação *sugar* em especial quanto a possibilidade da configuração da união estável a partir desse relacionamento. A relação *sugar* já existe há vários anos, entretanto, passou a ser mais conhecida a partir do ano de 2015, principalmente em razão da sociedade viver agora em um mundo extremamente imediatista e solitário, motivo pelo qual esse relacionamento se tornou tão popular, uma vez que os desejos, esses não necessariamente sexuais, são satisfeitos em pouquíssimo tempo.

É sabido que desde os primórdios da humanidade, os homens passaram a estabelecer relações afetivas, sendo essa uma das principais razões pela qual a espécie se desenvolveu tão esplendorosamente, ocorre que, nesse tempo, as relações eram em sua maioria, senão em sua totalidade, apenas para reprodução, porém, com o desenvolver humano, as pessoas começaram a possuir interesse romântico umas às outras, transformando as relações puramente estratégicas em relações de afeto mais profundo.

Durante muitos anos, foram vistas sociedades que enxergavam as relações, especialmente o casamento, como uma forma de negócio, onde o matrimônio era arranjado com o intuito financeiro e até mesmo tático, nos casos das antigas monarquias, que uniam seus sucessores com a finalidade de firmarem uma aliança.

Conforme o avanço da raça humana foi ficando mais promissor e futuroso, os indivíduos foram cada vez mais se impondo e não mais aceitando uniões ajeitadas, agora unindo-se aos seus parceiros por vontade própria e em decorrência do afeto e da vontade de permanecerem juntos com a finalidade de constituírem família, sendo que com esse avanço e com a evolução do corpo social, diversos institutos familiares foram surgindo.

Uma vez que o Direito de Família passou a aceitar diversas modalidades de família, a presente pesquisa visa desvendar se esse novo modelo de relacionamento será aceito como uma nova entidade e quais os efeitos que dela decorrerão, dado que tal prática vem sendo cada vez mais adotada, podendo vir a ser uma nova alternativa, assim como a união estável foi para o casamento.

2 | FAMÍLIA

A família, no entendimento mais primitivo, é aquele grupo de indivíduos que são ligados pelo sangue e que normalmente residem na mesma casa. De imediato, ao ser mencionada a palavra família, essa é a imagem visualizada, entretanto, após o decorrer de

um certo tempo e talvez após um estudo mais aprofundado, a imagem da família passa a se desenvolver, deixando de ser apenas essas pessoas que moram em uma mesma casa.

Essa primeira ideia de família é assim tão consolidada porque ao realizar buscas nos dicionários, em sua grande maioria, a definição apresentada é “grupo de pessoas que vivem sob o mesmo teto”, ou ainda “grupo de pessoas que possuem ancestralidade em comum”, o que não quer dizer que estejam erradas, porém o instituto familiar vai muito além de morar na mesma casa ou possuir os mesmos ancestrais.

Para o professor Pedro Menezes (MENEZES), “a família representa a união entre pessoas que possuem laços sanguíneos, de convivência e baseados no afeto”, entretanto, ele afirma não se tratar de um conceito engessado e que pode sofrer alterações, da mesma maneira que já foi alterado com o passar do tempo.

Para Francisco Porfírio (PORFIRIO), o conceito de família pode ser abordado da seguinte maneira “A família, além de uma antiga instituição social, é um agrupamento de seres humanos, que se unem pelo **laço consanguíneo e pela afinidade**, ou seja, a família é composta por pessoas que têm o sangue em comum ou que se unem porque gostam umas das outras”.

Ainda, Maria Alice Zaratin Lotufo (2002, p. 22) faz a seguinte alusão sobre a família

Entre nós, entende-se a família, de forma genérica, o grupo formado por todas aquelas pessoas ligadas pelo parentesco seja consanguíneo, civil ou por afinidade. Em uma outra acepção, um pouco mais limitada, entende-se que a família é composta somente por pessoas ligadas por vínculo de sangue. Restritamente, contudo, significa o núcleo formado pelo pai, mãe e sua prole, derivada do casamento, da união estável, da formação monoparental ou da adoção. Por outro lado, no que tange ao direito sucessório, a família abrange o parentesco em linha reta até o infinito e a colateral até o quarto grau, ou seja, não ultrapassa os primos-irmãos. No entanto, o direito de família é mais amplo, não se refere somente às relações entre pessoas ligadas pelo parentesco, mas também a outras figuras que fazem parte do direito assistencial, como forma de assegurar proteção àqueles indivíduos.⁵ (LOTUFO, 2002, p. 22).

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 226, §4º a sua própria definição de família “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (BRASIL, 1988).

Conforme Carlos Alberto Maluf e Adriana Caldas Maluf (2018) mencionam em sua obra, o conceito de família possui um viés mais abrangente, sendo que para esses autores, para uma definição mais próxima do que é família é necessário analisar

[...] o momento histórico e cultural que as relações se encontram inseridas, pois a face da família mudou, no decorrer do tempo histórico, “avançando e retrocedendo, conservando-se e alterando-se, reinventando-se, enfim, para buscar, na atualidade, a recepção incondicional do ser humano, tendo em vista suas necessidades, possibilidades e preferências valorativas, contemplando como objetivo maior o pleno desenvolvimento de sua personalidade, potencialidades, em face de sua intrínseca dignidade, visando o alcance da

Portanto, a maior parte das definições de família desenvolvidas pelos mais diversos autores serão baseadas, em primeira instância, no artigo da Carta Magna, que desenvolveu tal conceito com base na realidade vivida até o momento de sua promulgação, há trinta anos atrás, ficando, por óbvio, defasada, tendo em vista que esse instituto acompanha as frequentes transformações sofridas pela sociedade, porém, alguns outros autores já demonstram um olhar mais límpido para a influência social, cultural e histórica dentro do instituto da família.

2.1 Evolução histórica da família

A entidade familiar surgiu de maneira inesperada, por assim dizer, sendo que os primeiros homens sequer pensavam em seus parceiros de forma amorosa, buscando apenas a procriação e o aumento de pessoas na terra e também a defesa de seus territórios, não havendo nenhum tipo de afeto entre os participantes da relação. Ocorre que a cultura humana sofreu diversas mudanças e, em determinado momento, surgiu o carinho como integrante desse acordo que era firmado entre as pessoas, o que foi sendo aprimorado até o que é conhecido hoje como família.

A estrutura familiar como é conhecida atualmente tem origem principalmente no direito romano e no direito canônico, e essa estrutura é perpetuada até hoje como a mais prestigiada e respeitável forma de família.

No direito romano a família era regida através do poder pátrio, isto é, todos os integrantes da unidade familiar eram submissos ao chefe da casa, que era sempre o homem, não se admitindo mulheres no comando. Aurea Pimentel Pereira (1991) trata dessa estrutura familiar da seguinte forma:

Sob a auctoritas do pater familias, que, como anota Rui Barbosa, era o sacerdote, o senhor e o magistrado, estavam, portanto, os membros da primitiva família romana (esposa, filhos, escravos) sobre os quais o pater exercia os poderes espiritual e temporal, à época unificados. No exercício do poder temporal, o pater julgava os próprios membros da família, sobre os quais tinha poder de vida e de morte (*jus vitae et necis*), agindo, em tais ocasiões, como verdadeiro magistrado. Como sacerdote, submetia o pater os membros da família à religião que elegia. (PEREIRA, 1991, p. 23).

A família romana, portanto, era entendida basicamente como um todo unitário, onde nela se bem satisfaziam todas as necessidades, como por exemplo a economia, religião, e política. Tudo o que os integrantes um dia precisariam, poderiam encontrar em sua própria família, que era sempre regida pelo homem provedor, por assim dizer.

Após os gloriosos tempos romanos, foi a época de o direito canônico entrar em ascensão, direito esse que tem como premissa os regulamentos consumidos pela Igreja, ou seja, passou a legislar sobre a vida dos cristãos, tendo em vista que o cristianismo

passou a ser a religião mais praticada no mundo.

No direito canônico, a família assumiu a feição de ser o grupo formado pelo casal, esse heterossexual, e os filhos advindos dessa união, sendo fundada no matrimônio. Ou seja, a partir do momento em que a Igreja deteve certo tipo de poder sobre o Estado, as relações para a questão familiar deveriam seguir o rito do casamento, para que a consumação não fosse contrária ao que pregava as leis básicas.

Jacqueline Filgueiras Nogueira (2001) define a família canônica como sendo a seguinte:

[...] na Idade Média, embora houvesse a presença de muitos institutos do direito romano antigo, as famílias regeram-se exclusivamente pelo direito canônico, de modo que, entre os séculos X e XV o casamento religioso foi o único reconhecido, sendo o vínculo indissolúvel entre o homem e a mulher, do qual resultavam os filhos legítimos. A igreja transformou a família numa verdadeira instituição religiosa, isto é, "ela própria é igreja em miniatura", com um local de culto, hierarquizada, dominada pela figura paterna, onde homens, mulheres e crianças tinham lugares e funções determinadas; baseava-se na mútua assistência de seus integrantes, na qual a função procriativa era exclusiva da família fundada no casamento.

Na família canônica o homem ainda é visto como o chefe, entretanto, a mulher já adquire mais autonomia, liberdade e influência na relação, sendo, agora, vista como parte da união, porém ainda é mantida em segundo plano no que concerne a tomada de decisões, visto que o homem era o provedor financeiro, e então possuía força diante das vontades da casa.

Durante o período canônico ocorreram inúmeras revoluções, principalmente a Revolução Francesa, onde as pessoas buscavam quase que totalitariamente a igualdade e liberdade, sendo esse anseio trazido para dentro das famílias, onde as mulheres buscavam força para se valerem das suas vontades e também para que suas opiniões fossem ouvidas.

Diante disso, o casamento de uma forma geral deixou de ser obrigatoriamente de acordo com os tramites da Igreja, a partir desse momento as pessoas buscavam serem livres de forma geral, e o compromisso do matrimônio já não era mais tão importante, bastaria que ambas as partes demonstrassem a vontade de estarem juntas para que de fato estivessem, sem se prender em amarras documentais e burocráticas, vivendo, portanto, a vontade que lhes surgia no momento, formando famílias de acordo com suas preferências e com o que imaginavam ser o amor.

Ainda hoje, após um longo aperfeiçoamento das ideias, a maioria das pessoas não demonstram grande conforto ao se verem diante de uma situação em que possa minguar sua liberdade, talvez seja o que as pessoas mais prezam neste momento, então, acabam por se afastarem de compromissos eternos que requeiram documentos como forma de prova, elas apenas se sentem confortáveis e se instalam naquele lugar aconchegante que agora é chamado de família.

O instituto familiar deixou de ser aquele em que o homem exerce o poderio ou

até mesmo o formado apenas pelo casamento, passou a ser a união de pessoas que se sentem felizes umas com as outras, que buscam satisfazer a necessidade básica do ser humano em dividir sua vida com outra pessoa, mas de forma simples e sem regras extremamente delineadas. Isso nada quer dizer que o casamento tenha se encerrado de forma definitiva, pelo contrário, ainda sim é imenso o número de famílias que são formadas pela forma tradicional, seja porque sentem que esse seja o correto, seja porque apenas estão seguindo um costume.

Dessa forma, fica claro que a família, desde o momento em que passou a ser entendida dessa maneira, sofreu incontáveis mudanças e aperfeiçoamentos, para que se enquadrasse da melhor guisa diante da necessidade humana, permanecendo apenas, durante todas as transformações, como a vontade de permanecer na companhia de outra pessoa.

Foi então instituída a união estável, onde os indivíduos seguem perfeitamente a atual ideia de casal. Na união estável, de forma simplificada, os entes da relação se juntam pelo amor, afeto ou carinho uns pelos outros, entretanto, diferente do casamento, nessa relação não há a mesma burocracia, as pessoas só decidem que querem passar a vida juntas, como um casal, e então se unem sem que nada os impeça e sem nenhum documento físico que comprove.

3 | DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

Sabe-se que antigamente a família somente era formada através do casamento sacramentado, à vista disso, o antigo Código Civil vigente, o de 1916, originado ainda no século passado, considerava também a família, de acordo com os costumes da época, aquela estabelecida exclusivamente pelo casamento, não fugindo do que era considerado correto.

Nesse tipo de esposório era inadmissível a dissolução conjugal, assim, uma vez contraído o matrimônio com uma pessoa, a vida seria eternamente com ela, pois de acordo com a Igreja, os nubentes eram feitos um para o outro, sendo também impossível vínculos extramatrimoniais, bem como os filhos advindos dessa relação eram considerados ilegítimos.

De acordo com a obra de Maria Berenice Dias (2011, p. 30), o instituto familiar sofreu profundas e frequentes transformações ao longo da história. Primordialmente, como já aludido, a mulher não possuía autonomia dentro do casamento, porém, no ano de 1962 foi outorgado o Estatuto da Mulher Casada que, conforme Maria da Graça Gonçalves Paz Miranda (2013)

[...] garantia entre muitas coisas que a mulher não precisaria mais pedir autorização ao marido para poder trabalhar, receber herança e no caso de separação poderia solicitar a guarda dos filhos. (MIRANDA, 2013, p. 06).

Com a citação de Maria da Graça passa a ser possível identificar que o casamento deixa de ser indissolúvel, pois a mulher “no caso de separação poderia solicitar a guarda dos filhos”, demonstrando mais uma modificação da família. Surge então, de forma regulamentada, conforme a Emenda Constitucional nº 9/77 (1977), a possibilidade do divórcio, sendo o texto legal o seguinte

Art. 1º O § 1º do artigo 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 175 -

§ 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

Art. 2º A separação, de que trata o § 1º do artigo 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda. (BRASIL, 1977).

Então, em 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal, após novas reformas familiares, bem como o advento do feminismo, homens e mulheres passaram a serem iguais perante a lei em qualquer repartição, inclusive dentro da família. Ficou também estatuído a união estável, agora de modo indiscutível, além das famílias formadas por um dos pais e seus filhos, adquirindo o nome de família monoparental.

Após a Constituição Federal, surgiu ainda o mais novo Código Civil (2002), que foi implementado, no tocante ao direito de família, para terminar de refinar as novas concepções de família. Ainda, para Pollyana Ferreira Lisboa Paim Costa (2021)

O Código Civil de 2002 veio trazendo diversos avanços pro conceito de direito de família, celebrando os diversos arranjos familiares, introduzindo normas e princípios constitucionais antes nem mencionados. A mudança do código civil foi resultante das transformações que a constituição de 88 trouxe, porém de forma complementar e abrangente, buscava-se então abarcar os direitos fundamentais. (PAIM, 2021, p. 80).

Portanto, a família agora passa a ter essa modernidade fomentada pelos códigos atualmente vigentes.

4 | UNIÃO ESTÁVEL

Os vínculos afetivos, como já aludido, eram formados, preliminarmente, apenas com o instituto do casamento, porém, com as sucessivas e ininterruptas transfigurações pelas quais a sociedade passou, esse entendimento também sofreu atualizações.

Surgiu então o conceito de união estável, que como bem expressa seu nome, é a união de duas pessoas como se casal fossem, mas sem o nexo contratual do casamento. Essas duas pessoas possuem a vontade de permanecerem juntas, mas não necessariamente com o regimento do matrimônio.

Esse tipo de união surgiu para regulamentar o chamado concubinato, que era a

denominação para as pessoas que mantinham uma relação que não era formada pelo casamento, ou seja, era considerada uma união ilegal.

O concubinato muitas vezes ocorria porque, como não havia a possibilidade de separação das pessoas que contraiam o casamento, essas se uniam a outra pessoa, depois de demonstrado que não possuíam mais interesse em permanecerem juntas, mesmo estando casadas no papel com aquela primeira. Então, de maneira mais popular, o concubinato ficou conhecido como amante, justamente pelo fato de que duas pessoas iniciavam um relacionamento sem que o anterior pudesse ser encerrado.

Com a implantação da união estável, a abordagem da relação como concubinato não é mais utilizada, ficando apenas no conhecimento comum. Portanto, o papel primordial da união estável é regulamentar os relacionamentos contraídos sem o casamento, mas diferentemente do concubinato, a união estável não ocorre durante a vigência de um outro matrimônio, hoje em dia, após o surgimento regulamentado do divórcio, não existe a possibilidade de uma relação ter início concomitantemente a um casamento.

No direito brasileiro, a união estável passou a ser regulamentada, inicialmente, na atual Constituição Federal, no artigo 226, §3, o qual indica que: “§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. (BRASIL, 1988)

Esse artigo, desde a sua publicação até agora, já passou por uma renovação mastodônica, mesmo que sua redação permaneça a mesma. Em 11 de maio de 2011, o STF julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, momento em que passou a aceitar a união estável também para casais homoafetivos, demonstrando minimamente que a sociedade está aberta para múltiplos tipos de entidades familiares.

O Ministro Luís Roberto Barroso (2017) fez, em seu Voto no Recurso Extraordinário nº 878.694 MINAS GERAIS, o seguinte pronunciamento acerca da união estável

Logo, se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para isso, depende da participação da família na formação de seus membros, é lógico concluir que existe um dever estatal de proteger não apenas as famílias constituídas pelo casamento, mas qualquer entidade familiar que seja apta a contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes, pelo amor, pelo afeto e pela vontade de viver junto. Não por outro motivo, a Carta de 1988 expandiu a concepção jurídica de família, reconhecendo expressamente a união estável e a família monoparental como entidades familiares que merecem igual proteção. (BARROSO, 2017, p.08).

Posteriormente, o Direito de Família ganhou mais uma fundamentação para a união estável, agora no Código Civil de 2002, nos artigos 1.723 ao 1.727, sendo que o 1.723 especifica, sem deixar qualquer dúvida, o que é a união estável e quais são os requisitos a serem cumpridos para a sua configuração, sendo o seguinte: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição

de família”. (BRASIL, 2002).

No entendimento de Larissa Paciello Velloso e Marcia Cristina Xavier de Souza, a união estável pode ser caracterizada da seguinte maneira:

Conceitualmente, união estável é a convivência marcada pela informalidade, não adúlterina nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial convivendo como se casados fossem, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato – com a intenção imprescindível de constituir família. (VELLOSO; SOUZA, 2018, p. 16).

Carlos Roberto Gonçalves (2021) também apresenta uma forma de conceituar a união estável, qual seja:

Uma das características da união estável é a ausência de formalismo para a sua constituição. Enquanto o casamento é precedido de um processo de habilitação, com publicação dos proclamas e de inúmeras outras formalidades, a união estável, ao contrário, independe de qualquer solenidade, bastando o fato da vida em comum. (GONÇALVES, 2021, p. 243).

Ainda, para Francisco José Cahali (1996) a definição pode ser a seguinte “o vínculo afetivo entre homem e a mulher, como se casados fossem, com as características inerentes ao casamento, e com a intenção de permanência da vida em comum” (CAHALI, 1996, p. 49-50).

Dessa forma, fica consubstanciado que a união estável é nada mais do que uma relação não burocrática onde as pessoas buscam a segurança de viver como se casadas fossem, sendo também reconhecidos seus direitos perante essa escolha.

4.1 Requisitos para a configuração da União Estável

O instituto da união estável já vem sendo admitido há mais de trinta anos, passando a ser uma prática comum em todo o país, não havendo qualquer discriminação entre o casal que opta pelo casamento e o casal que apenas passa a viver como se casados fossem, ambas as formas passam a ser aceitas pela sociedade atual, ocorre que muitas pessoas ainda não possuem o conhecimento de que para a configuração da união estável não basta juntar, é necessário que alguns requisitos sejam preenchidos.

As condições para que uma união estável exista estão apontadas no já mencionado artigo 1.723 da do Código Civil, quais são: convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com a pretensão de constituir uma família.

4.1.1 Convivência pública

O pressuposto da convivência pública acaba por ser altamente compreensível, pois o próprio nome já faz alusão ao conteúdo. Para tanto, sua configuração se dá por meio da relação que é divulgada, mostrada e exibida para todos, normalmente, com a ascensão da internet, essa divulgação é feita através da publicação de fotos nas redes sociais, esse é

o maior nível de divulgação, uma vez que está disponível para que qualquer pessoa possa ter acesso.

Entretanto, mesmo que inúmeras publicações sejam feitas, apenas isso não basta, dado que as fotos podem ser apenas uma farsa. A convivência pública então, se dá principalmente com a apresentação do (a) companheiro (a) no círculo de amizade e no local de maior convívio da pessoa, visto que ali é o lugar onde a pessoa se sente mais confortável, portanto, é nesse ambiente que será visível a real situação do relacionamento.

4.1.2 Convivência contínua e duradoura

De forma simplificada, a convivência contínua e duradoura pode ser percebida naquele relacionamento onde as partes não rompem e reatam várias vezes, a partir do momento em que decidem ter uma relação amorosa ela perdura para sempre, por assim dizer, ou até que os interesses passem a divergir e a convivência não seja mais harmoniosa.

Essa convivência, com a lei nº 8.971, de 29 de novembro de 1994, tinha um prazo estabelecido para ser configurada, o artigo 1º da lei indicava o período de cinco anos, todavia, a lei 9.278, de 10 de maio de 1996, que também versa sobre união estável, já não menciona qualquer lapso temporal para a qualificação dessa relação, tendo o legislador despendido maior esforço quanto a demonstração da vida como se casados fossem, ficando a definição trazida por essa última norma mais próxima da presente.

4.1.3 Objetivo de constituir família

Este pressuposto talvez seja o mais importante na hora de analisar um relacionamento para averiguar se ele se enquadra como união estável ou como um simples namoro. É um pressuposto abstrato, que não basta apenas as partes anunciarem que agora são uma família, o importante aqui é a percepção do casal perante a sociedade, ou seja, se eles se apresentam como casados sem a necessidade de informarem verbalmente esse cenário.

Dimas Davi Vargas (2020) possui o seguinte entendimento acerca do objetivo de constituir família como pressuposto da união estável, sendo o seguinte

O último requisito, e o mais subjetivo, refere-se ao objetivo de constituir família. Embora o casal tenha planos de construir futuramente uma família, a simples intenção não é suficiente para configurar uma união estável, pois é preciso que o casal tenha posto em prática tal objetivo, ou seja, já viva como se casados fossem. (VARGAS, 2020).

Afinal, pode vir a surgir o questionamento de como far-se-á a relação de como se casados fossem, uma vez que não basta a intenção futura de constituir uma família e também a exteriorização do sentimento.

Muitos autores informam que esse requisito, por ser subjetivo, pode ser vislumbrado no dia a dia do casal, a forma como organizam sua rotina, se essa rotina é de um casamento, como o casal se apresenta ao público, dentre inúmeras outras atitudes que podem revelar

essa intenção, entretanto, não há um roteiro a ser seguido para essa demonstração, esse rol não é taxativo.

Segundo o entendimento de Rolf Madaleno (2022), o pressuposto da constituição de família é representado da seguinte maneira

O propósito de formar família se evidencia por uma série de comportamentos exteriorizando a intenção de constituir família, a começar pela maneira como o casal se apresenta socialmente, identificando um ao outro perante terceiros como se casados fossem, sendo indícios adicionais e veementes a manutenção de um lar comum e os sinais notórios de existência de uma efetiva rotina familiar, que não pode se resumir a fotografias ou encontros familiares em datas festivas, a frequência conjunta a eventos familiares e sociais, a existência de filhos comuns, o casamento religioso, e dependência alimentar, ou indicações como dependentes em clubes sociais, cartões de créditos, previdência social ou particular, como beneficiário de seguros ou planos de saúde, mantendo também contas bancárias conjuntas. (MADALENO, 2022, p. 1.287).

Assim, fica resolvido que a união estável é sim uma nova forma de relacionamento, mas não basta os nubentes decidirem por isso que magicamente sua relação será convertida, como visto, é inescusável a superação de alguns requisitos, sendo o mais importante de todos os mencionados aquele que visa demonstrar que o casal realmente se porta como casados e que possuem o objetivo de constituir uma família, vivendo já como uma.

A satisfação desses requisitos ocorre, entre outras palavras, para a comprovação de que aquelas pessoas não estão apenas valendo-se da facilidade da constituição dessa união para obter os direitos advindos dela, esses direitos são única e exclusivamente para os que contraem esse tipo de relacionamento na boa-fé

5 | RELAÇÃO SUGAR

O relacionamento *sugar* vem adquirindo cada vez mais popularidade no âmbito amoroso, por assim dizer, isso porque esse tipo de relacionamento não tem início com base no afeto, carinho e amor, mas sim no interesse mútuo das partes em satisfazer suas necessidades e interesses, que não necessariamente são sexuais, mas não há impedimento para que, se ambas as partes quiserem, possa vir a ocorrer.

Conceituando de forma mais pragmática, o relacionamento *sugar* é o relacionamento no qual uma pessoa de idade mais avançada, podendo ser um homem ou uma mulher (*sugar daddy* ou *sugar mommy*), e de grande aporte financeiro, busca pessoas mais novas, também podendo ser um homem ou uma mulher (*sugar baby*), para iniciar um relacionamento e em troca oferece vantagem financeira, como o pagamento em dinheiro, viagens ou presentes.

Essa contraprestação não precisa ser apenas o pagamento de coisas consideradas

por muitos como fúteis, existem diversos casos em que o *sugar daddy*, que é o mais comum, porém nada impede que seja a *sugar mommy* que patrocine, paga os estudos da (o) *sugar baby*, ou até mesmo financia a abertura de um empreendimento, enfim, os casos são inúmeros, uma vez que, como não há nenhuma regulamentação legal sobre o assunto, o acordo é particular, podem as partes requererem o que imaginarem, dependendo apenas da anuência da remanescente.

Essa relação vem sendo mencionada com mais frequência neste século, entretanto, o primeiro caso registrado ocorreu no ano de 1908, com Alma de Bretteville e Adolph Spreckles. Adolph era um homem bem mais velho que Alma, os relatos informam que a diferença de idade entre os dois era de vinte e quatro anos, e herdou a Spreckles Sugar Company, uma refinaria de açúcar, e então, após o casamento dos dois, Alma passou a chamar Adolph pelo apelido *sugar daddy*, sendo essa a origem do relacionamento bastante conhecido hoje.

Tal tema vem sendo cada vez mais debatido, além dos interessados em entrar nessa relação, juristas tentam entender como é o funcionamento e quais são os efeitos que podem surgir disso. Muito se questiona se esse tipo de relacionamento poderá oferecer às partes algum tipo de direito e até mesmo deveres umas com as outras.

Com toda essa popularidade, o assunto chegou até a TV Justiça, que no ano de 2019 abordou o assunto em um de seus programas, e sintetizou o relacionamento como sendo o aqui replicado

Uma relação *sugar* envolve pessoas endinheiradas, bem sucedidas e generosas que bancam integralmente as despesas do outro, e tudo é acertado de forma transparente e consensual no início da relação. Mas, como isso funciona juridicamente? É preciso fazer um contrato de namoro? Estas, e muitas outras questões a respeito são debatidas no programa Fórum desta semana.

Mesmo que o relacionamento *sugar* seja muito falado, muitas pessoas ainda o enxergam com uma má reputação e de forma pejorativa, pois acreditam se tratar de prostituição, o que não é bem verdade, uma vez que o próprio dicionário caracteriza a prostituição como a prestação de serviços sexuais com a intenção de obter lucro.

Urge salientar, que, embora na relação *sugar* haja o propósito de se obter vantagem econômica de uma das partes e que também possa haver relação sexual, uma coisa não se mistura com a outra, uma vez que o ganho monetário pode ser apenas por uma companhia, se assim ficar acordado.

Entre as pessoas mais jovens esse tipo de relacionamento vem sendo bem comum e não causa estranheza aos ouvidos, inclusive, a prática vem sendo tão comum que em redes sociais como o *Tik tok*, que a passou a ser utilizada com fervor durante a pandemia do Corona vírus –19, *sugar babies* mostram sua rotina e também os presentes que recebem do *sugar daddy*, porém, aos mais velhos, tal desempenho acaba sendo um absurdo, pois

para eles as relações são apenas as tradicionais.

5.1 Abordagem populacional acerca da relação *sugar*

Tendo em vista que a expressão relacionamento *sugar* é ainda extremamente desconhecida, principalmente para as gerações mais velhas, surgiu a ideia de ser realizada uma pesquisa populacional através do Google Forms, com a intenção de averiguar quantas pessoas realmente conhecem o tema e suas opiniões sobre o assunto.

Diante disso, a pesquisa foi realizada com 130 (cento e trinta pessoas) de idade, gênero e regiões diferentes, tendo sido mantido o sigilo dos participantes. Foram então obtidas as seguintes respostas:

Qual a sua idade?

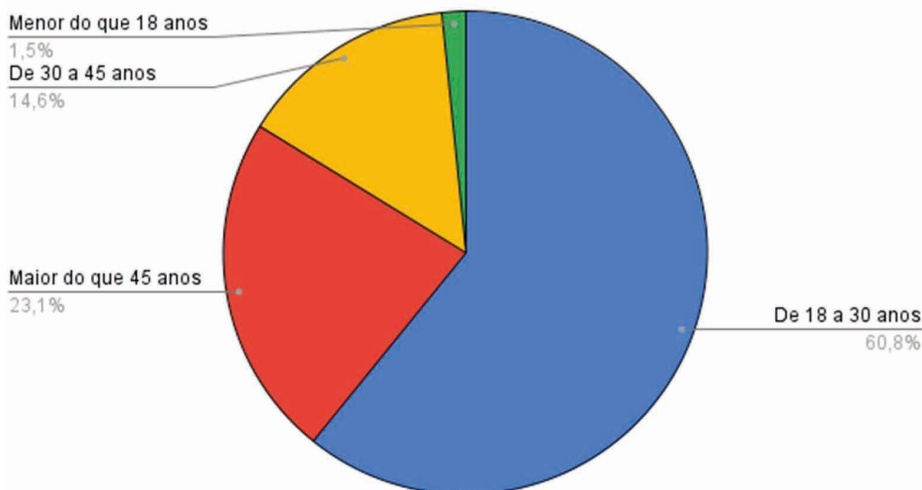


Gráfico 01. Qual a sua idade?

A idade dos participantes da pesquisa variou entre menores de 18 anos e maiores do que 45 anos, abordando praticamente todas as gerações.

Em qual região brasileira você reside?

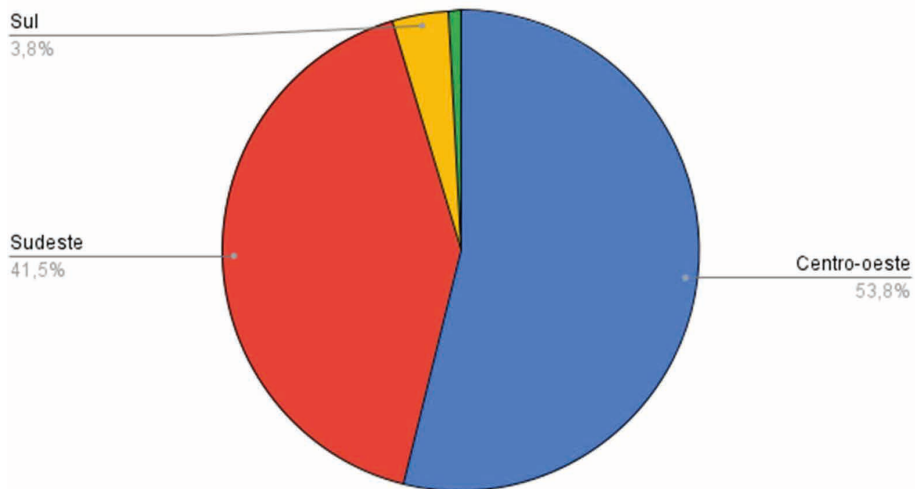


Gráfico 02. Em qual região brasileira você reside?

A maior parte dos participantes residem na região centro-oeste, sendo também grandeparte da região sudeste.

Possui acesso frequente às redes sociais?

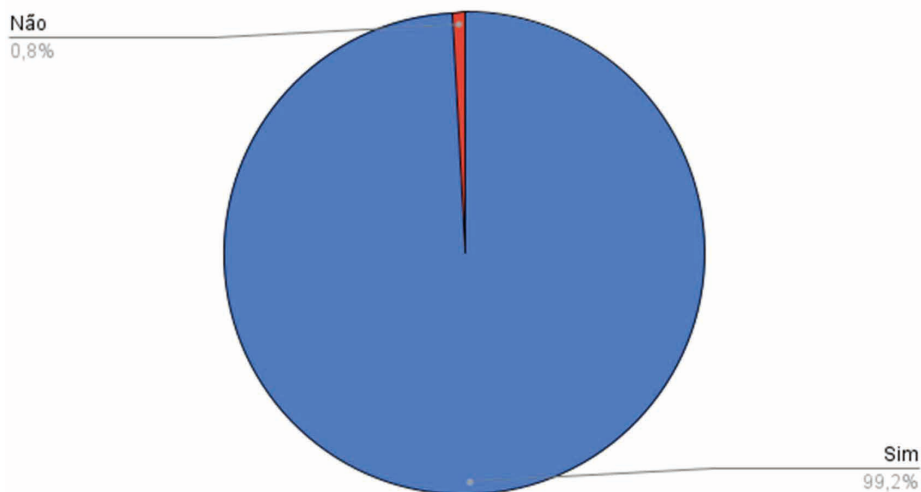


Gráfico 03. Possui acesso frequente às redes sociais?

Quase que a totalidade dos participantes possui acesso frequente às redes sociais, sendoque os que não possuem não chega nem a 1% dos que responderam.

Já ouviu falar da relação *sugar*, ou até mesmo de *sugar daddy/mommy* e *sugar baby*?

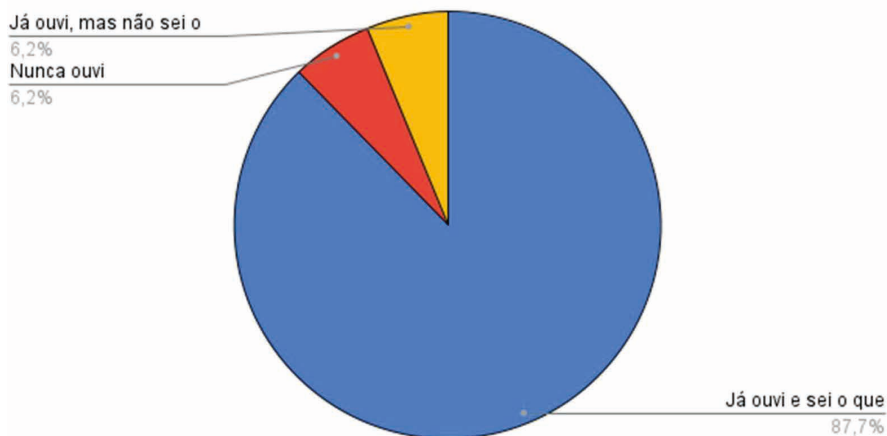


Gráfico 04. Já ouviu falar da relação *sugar*, ou até mesmo de *sugar daddy/mommy* e *sugar baby*?

A grande maioria dos participantes já ouviu algo relacionado a esse tipo de relacionamento, sendo que a predominância sabe o que significa.

Se sim, por qual meio de informação

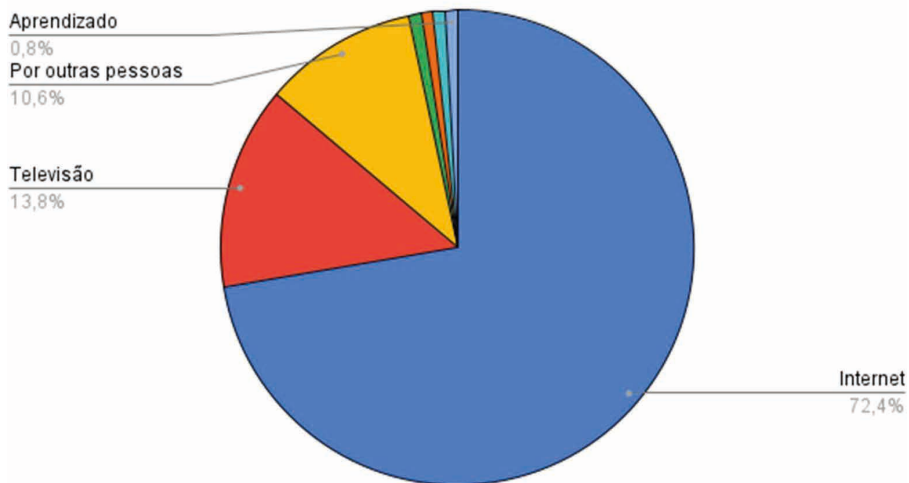


Gráfico 05. Se sim, por qual meio de informação?

De todos os participantes, grande parte já ouvir falar desse tipo de relacionamento, seja pela internet, em maioria, ou pela televisão, ou ainda por outras pessoas, dentre outros meios.

Você acredita que a relação *sugar* se caracteriza com um tipo de relacionamento amoroso?

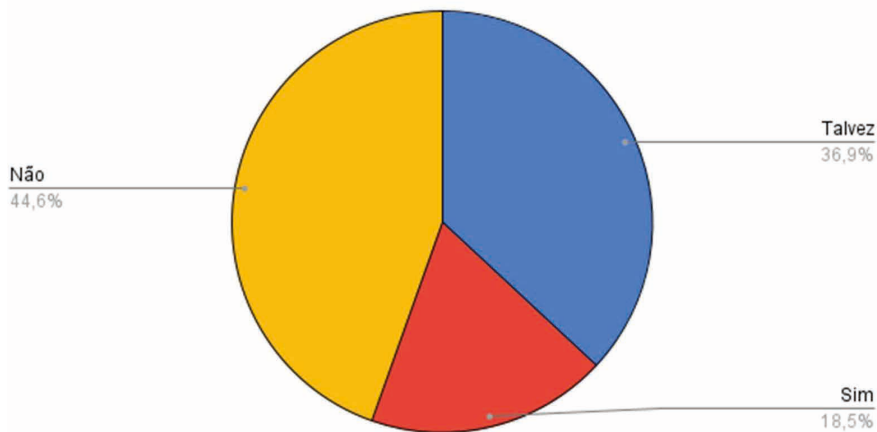


Gráfico 06. Você acredita que a relação *sugar* se caracteriza como um tipo de relacionamento amoroso?

A maioria dos participantes não entendem que o relacionamento *sugar* é uma forma amorosa, se baseando puramente no interesse financeiro.

Sendo caracterizada como relacionamento, acredita que ocupará um novo espaço como entidade familiar?

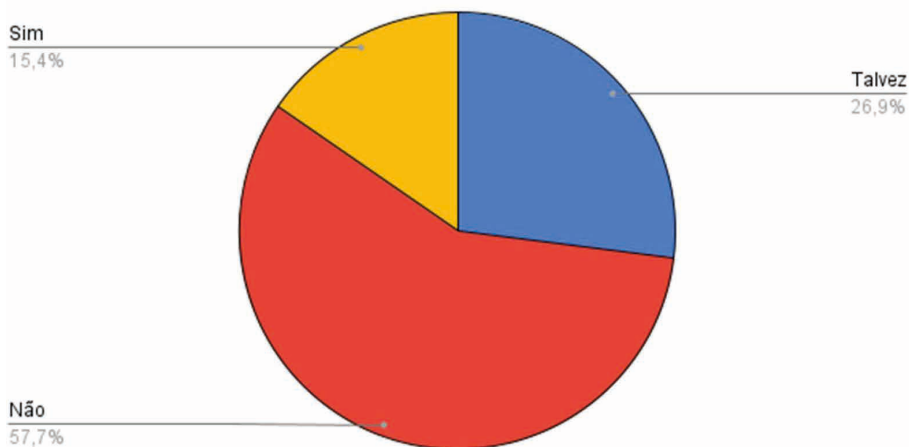


Gráfico 07. Sendo caracterizada como um relacionamento, acredita que ocupará um novo espaço como entidade familiar?

Desses, mais da metade não acha que o relacionamento se enquadrará, algum dia, como uma forma de família.

Você acredita que essa relação deve ser regulamentada por lei?

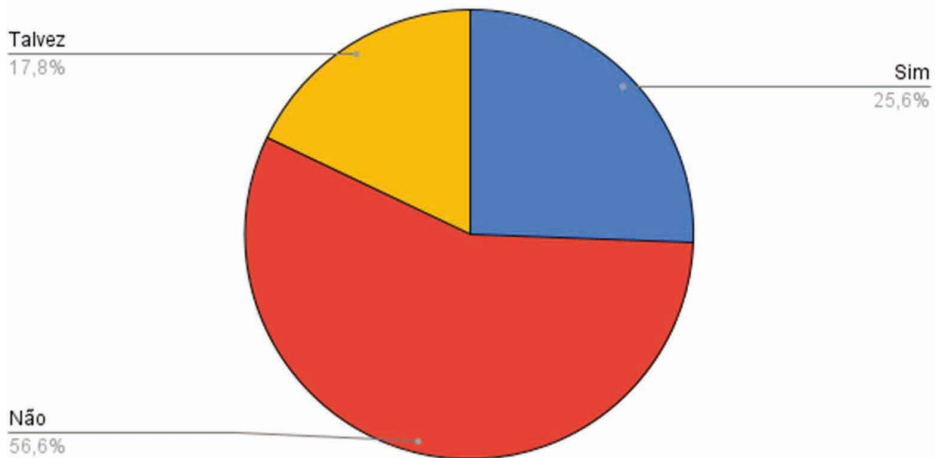


Gráfico 08. Você acredita que essa relação deve ser regulamentada por lei?

Por fim, a maior parte dos participantes não acredita que esse tipo de relação deva ocupar um espaço no ordenamento jurídico.

Tal tema tem ficado tão popular que no ano de 2019, a emissora de televisão Globo, uma das maiores do país, exibiu em horário nobre a novela chamada “A dona do pedaço” retratou de forma clara o relacionamento *sugar* com os personagens Otávio Guedes, interpretado por José de Abreu, que foi o *sugar daddy*, e Sabrina, interpretada por Carol Garcia, atuando no papel de *sugar baby*.

Fica evidente que as pessoas vêm buscando cada vez mais formas de inserirem essa relação na sociedade, tentando explicar de forma lúdica, na medida do possível, o que significa esse relacionamento. No caso da novela, muitas pessoas continuaram vendo a relação como uma prostituição ou algum outro tipo de relação ilegal, isso porque o *sugar daddy* possuía um matrimônio e encontrava a *sugar baby* de forma extraconjugal, não passando nenhum tipo de credibilidade.

5.2 Relação *sugar* confrontada com a união estável

Como foi visto, para a configuração da união estável é necessário a superação dos requisitos de convivência pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família. Em uma relação amorosa acaba sendo fácil reconhecer cada um desses pressuposto, entretanto, no relacionamento *sugar* alguns desses pontos podem ficar controvertidos.

Durante uma relação *sugar* o principal requisito passível de ser vislumbrado é a convivência pública, isso porque, conforme já tratado neste trabalho, a relação *sugar* é normalmente buscada pelo (a) *sugar daddy/mommy* para a companhia em eventos público, justamente para não ficar desacompanhado durante aquele tempo de sociabilidade. Assim,

nesses casos, a convivência é pública.

Ocorre que para a configuração dos outros requisitos a situação fica mais nebulosa, uma vez que nem sempre essa convivência é contínua e duradoura e, quase nunca, com o objetivo de constituir uma família.

O relacionamento *sugar* pode ser contínuo e duradouro no caso de a (o) *sugar baby* manter contato frequente com o (a) *sugar daddy/mommy*, isso pode ocorrer quando surge um acordo entre as partes para que sempre se encontrem e troquem benefícios, ou ainda quando essas mesmas partes desenvolvem afinidade entre elas, entretanto, na maioria das vezes, ainda que essa relação seja pública, contínua e duradoura, remanesce um requisito, considerado talvez o mais importante.

Quanto ao objetivo de constituir família, o relacionamento *sugar* dificilmente irá chegar nesse patamar, visto que é uma relação consolidada em interesses de ambas as partes e dificilmente esses interesses evoluirão para algo além, como o interesse amoroso. Sendo assim, as partes desse relacionamento não buscam constituir uma família, essa possibilidade passa longe de seus pensamentos, sendo, talvez, a última coisa que queiram ao firmarem o acordo.

Diante disso, ao realizar uma análise crítica entre a união estável e o relacionamento *sugar*, é concebível dizer que em nada se assemelham, pois embora possa existir alguns dos pressupostos necessários, o relacionamento *sugar* não é uma relação amorosa, os contraentes não buscam ali um companheiro de vida, suas rotinas nada se assemelham com a de um casal, sequer possuem qualquer dedicação amorosa entre eles, sendo a relação estruturada na afinidade e respeito.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das alegações e fundamentos sobre o tema, fica depurado que a relação *sugar* é um tipo de relacionamento baseado em trocas mútuas para melhor beneficiação de ambos os contraentes, sendo que uma ponta da relação é a patrocinadora financeira e a outra é a companhia e também os tipos de serviços a serem combinados.

Diante disso, tendo em vista que o alicerce desse relacionamento é econômico e não romântico, não há a possibilidade dele se enquadrar nos moldes da união estável descritos no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, pois poderia ser visto como uma desvalorização dos relacionamentos amorosos, uma vez que as pessoas passariam a se unir, em grande maioria, apenas pela nova facilidade e não mais como uma família.

Além disso, a chance de uniões serem firmadas apenas com o interesse de adquirirem direitos, sejam esses sucessórios, partilha de bens, alimentos, entre outros possíveis entre cônjuges e companheiros aumentariam exorbitantemente, abarrotando o Poder Judiciário de ações infundadas e com resquícios de má-fé, podendo vir a ocorrer diversas trapaças, principalmente com relação aos reais detentores dos direitos.

Isso não significa que tal relação não deva ganhar espaço no ordenamento jurídico, muito pelo contrário, tendo surgido cada vez mais casos retratando o tipo de relacionamento mencionado nesse trabalho, não haver uma normatização deixa os julgadores a mercê de opiniões subjetivas e pessoais, não garantindo o acesso eficiente à justiça. Dessa forma, não existe a possibilidade do relacionamento *sugar* vir a ser comparado com a união estável.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L.R. Voto no Recurso Extraordinário 878.694 MINAS GERAIS. Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644> >. Acesso em 17.05.2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em 07.04.2022.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 9, de Junho de 1977. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm >. Acesso em 10.05.2022.

CAHALI, Francisco José. União estável e alimentos entre companheiros. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 49-50.

COSTA, Pollyana Ferreira Lisboa Paim. A evolução histórica do direito de família e sua relação com a pluralidade familiar. Disponível em < <http://www.revistacontemporanea.com/index.php/home/article/view/47/29> >. Acesso em 10.05.2022.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias/ Maria Berenice Dias – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 30.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro – volume 6 : direito de família / Carlos Roberto Gonçalves. – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 243.

LOTUFO, Maria Alice Zartin. **Curso avançado de Direito Civil, volume 5: direito de família / Maria Alice Zartin Lotufo** – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 22.

MADALENO, Rolf. Direito de família / Rolf Madaleno. – 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 202. P. 1.287).

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de Direito de Família/ Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf** – 3. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 27.

MENEZES, Pedro. Família: conceito, evolução e tipos. Disponível em < <https://www.todamateria.com.br/familia-conceito-tipos/> >. Acesso em 07.04.2022.

MIRANDA, Maria da Garça Gonçalves Paz. O Estatuto da Mulher Casada. Disponível em < <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/90299> >. Acesso em 10.05.2022.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. *Filiação Que Se Constrói: Reconhecimento Do Afeto Como Valor Jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

PEREIRA, Aurea Pimentel. *A nova Constituição e o Direito de Família*, Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 23.

PORFÍRIO, Francisco. *Família*. Disponível em < <https://mundoeducacao.uol.com.br/psicologia/familia.htm> >. Acesso em 07.04.2022.

TV Justiça. Fórum desta semana trata dos relacionamentos contemporâneos. Disponível em < <https://www.tvjustica.jus.br/index/detalhar-noticia/noticia/402406> >. Acesso em 19.05.2022.

VARGAS, Dimas Davi. Os requisitos que caracterizam a união estável. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2020-set-17/dimas-vargas-uniao-estavel-requisitos> >. Acesso em 19.05.2022.

VELLOSO, Larissa Paciello, SOUZA, Marcia Cristina Xavier de. União estável e casamento no Novo Código de Processo Civil: Mudanças e repercussões no direito material. Disponível em < <https://revistaelectronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2018/09/Artigo.UNI%C3%83O-EST%C3%81VEL-E-CASAMENTO-NO-NOVO-C%C3%93DIGO-DE-PROCESSO-CIVIL.pdf> >. Acesso em 16.05.2022.

ESSÊNCIA OU APARÊNCIA DE DEMOCRACIA À LUZ DA CÁTEDRA ARISTOTÉLICA

Data de aceite: 01/03/2023

Mário Luiz Silva

Bacharel em Direito
Bacharel em Segurança Pública
Especialista em Direito Constitucional
Mestre em Direito
Professor Universitário (Direito)
Tenente-Coronel da Polícia Militar da
Santa Catarina
<http://lattes.cnpq.br/4378386697661462>

PALAVRAS-CHAVE: Aristóteles;
democracia; essência; aparência.

ESSENCE OR APPEARANCE OF DEMOCRACY IN THE LIGHT OF THE ARISTOTÉLIC CATHEDRA

KEYWORDS: Aristóteles; democracy;
essence; appearance.

O presente texto tem por desiderato analisar a democracia hodierna em cotejo com a teoria proposta por pelo filósofo grego Aristóteles. Busca-se responder se a sociedade contemporânea aperfeiçoou-a ou deturpou-a. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo, partindo de premissas gerais para se chegar a uma conclusão

específica. Como procedimento, adota-se o monográfico e a técnica de pesquisa usada é a bibliográfica, já que se estuda detalhadamente o tema através da doutrina (LAKATOS e MARCONI, 2003).

Aristóteles, em sua milenar obra intitulada Política, ao tratar das diversas formas de governo, afirma peremptoriamente que o governo é o exercício do poder supremo do Estado, contudo destaca que esse poder pode estar nas mãos de apenas uma pessoa, de uma minoria ou da maioria. Essa titularidade e exercício do poder é que irá definir a forma de governo. Estar-se-á frente a uma monarquia quando o poder é concentrado em uma única pessoa. Na oligarquia o poder é atribuído a uma minoria, em regras os mais ricos. Já na democracia o poder é distribuído garantido à maioria, via de regras, os mais pobres (ARISTÓTELES, 2007, p. 62).

Convém ressaltar que o referido filósofo aponta que a justeza do governo não está ligada a sua forma, mas sim a sua finalidade:

Quando o monarca, a minoria ou a maioria não buscam, uns ou outros, senão a felicidade geral, o governo é necessariamente justo. Mas, se ele visa ao interesse particular do príncipe ou dos outros chefes, há um desvio. O interesse deve ser comum a todos ou, se não o for, não são mais cidadãos. (ARISTÓTELES, 2007, p. 63).

O lendário filósofo grego propõe as características de uma democracia, partindo do pressuposto da igualdade do povo para deliberar sobre as questões de seu interesse. “Quando todos são admitidos na deliberação sobre qualquer matéria, há democracia; o povo ostenta a igualdade em tudo [...] delibera-se melhor quando todos deliberam em comum, o povo com os nobres e os nobres com a multidão”. (ARISTÓTELES, 2007, p. 76-77).

Salienta-se que a concepção de democracia proposta por Aristóteles parte da premissa que o povo é o protagonista na tomada de decisões do Estado, contudo não necessariamente para todas as deliberações políticas toda população deveria ser convocada.

Estas deliberações são necessariamente da alçada de todos os cidadãos, ou então são todas confiadas a alguns funcionários, quer a um só, quer a vários, quer ainda umas a alguns, ou algumas a todos, ou algumas a alguns. Mas todos podem participar das deliberações de várias maneiras. A primeira, quando, ao invés de virem todos juntos, comparecem por seção e sucessivamente, como no sistema de Tecelões de Dileto. Além disso, quem delibera é a Assembléia dos magistrados, mas todos chegam por seu turno a magistraturas, venham da tribo que vierem e tenham a condição que tiverem, sem excetuar os últimos, até que todos as tenham ocupado. A Assembléia geral do povo só ocorre quando da feitura das leis, para retocar a Constituição ou para ouvir as proclamações dos magistrados. A segunda maneira consiste em deliberar todos em conjunto e em Assembléia geral, mas só reunir esta para as escolhas ou eleições de magistrados, para a legislação, para a paz ou para a guerra, para a auditoria das contas ou para a censura dos contadores. Tudo o mais permanece em poder e sob a decisão, cada um segundo a sua competência, dos magistrados escolhidos dentre o povo, ou por meio de sorteio ou por eleição. A terceira maneira é que a Assembléia geral dos cidadãos só aconteça para a nomeação e para a censura dos magistrados, para a guerra e para as alianças, sendo o resto administrado pelos magistrados eletivos e nomeados pelo povo, como todos cujo cargo exige saber. A quarta é reunirem-se todos para deliberação, sem que os magistrados possam decidir coisa alguma, mas apenas opinar em primeiro lugar, maneira usual na última espécie de democracia, que corresponde, como dissemos, à oligarquia despótica e à monarquia tirânica. Todas estas maneiras de deliberar são democráticas. (ARISTÓTELES, 2007, p. 76).

Ainda, o filósofo grego estabelece uma relação íntima entre democracia e a qualificação como “cidadão”, asseverando que grau de cidadania está em uma razão diretamente proporcional ao nível de participação popular em um Estado.

Alguém que é cidadão numa democracia não o é numa oligarquia. [...], o cidadão não pode ser o mesmo em todas as formas de governo. É sobretudo na democracia que é preciso procurar aquele de que falamos; não que ele

não possa ser encontrado também nos outros Estados, mas neles não se acha necessariamente. [...] A definição do cidadão, portanto, é suscetível de maior ou menor extensão, conforme o gênero do governo. [...] É cidadão aquele que, no país em que reside, é admitido na jurisdição e na deliberação. É a universalidade deste tipo de gente, com riqueza suficiente para viver de modo independente, que constitui a Cidade ou o Estado. (ARISTÓTELES, 2007, p. 29).

Como apresentado, vê-se em Aristóteles a preponderância da democracia direta, porém consentindo com a democracia indireta para determinadas deliberações.

Convém aqui abrir um parêntese para definir democracia direta e indireta:

Democracia direta é aquela em que o povo exerce, por si, os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando; consiste reminiscência histórica. Democracia indireta, chamada de democracia representativa, é aquela na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do Estado diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente (SILVA, 2014, p. 138).

Nesse sentido, a concepção de democracia direta, como desenvolvida nas Cidades-Estados da Grécia – em especial Atenas – onde o povo reunido na praça pública tomava as decisões do Estado, se torna inexecutável nos estados modernos. Exurgindo, então as democracias indiretas, caracterizada pelo sistema representativo.

Da concepção de democracia direta da Grécia, na qual a liberdade política expirava para o homem grego desde o momento em que ele, cidadão livre da sociedade, criava a lei, com a intervenção de sua vontade, e à maneira quase de um escravo se sujeitava à regra jurídica assim estabelecida, passamos à concepção de democracia indireta, a dos tempos modernos, caracterizada pela presença do sistema representativo. (BONAVIDES, 2017, p. 293).

A democracia é a expressão do poder do povo por excelência. Na definição lincolniana é o “governo do povo, para o povo, pelo povo”¹. Seu efeito principal é de que as ações do governo retratem as vontades, as decisões tomadas pelo povo. As leis elaboradas pelos governantes são a positivação da vontade do povo.

Contudo, nos estados modernos, de larga base territorial e populacional, é ineficaz que todas as decisões políticas sejam tomadas aos moldes de como se dava na *Ágora*² da Grécia antiga, tomando a vontade de todos os cidadãos para editar leis e para administrar o estado. “Evidentemente, só há uma saída possível, solução única para o poder consentido, dentro do Estado moderno: um governo democrático de bases representativas” (BONAVIDES, 2017, p. 294).

Assim, o regime democrático se apresenta como o governo do povo exercido pelo povo, sendo, em uma concepção realística, de modo indireto, através de representantes

1 Expressão proferida pelo presidente norte-americano Abraham Lincoln no Discurso de Gettysburg em 19 de novembro de 1863.

2 *Ágora* era a praça pública onde ocorriam as reuniões dos cidadãos das cidades-estados da Grécia Antiga.

escolhidos.

Há de se destacar que a característica imanente da democracia é a soberania popular guiando o governo (como o próprio nome sugere), qualquer regime que refuta tal característica não é digno de ser chamado de democracia.

Atílio Boron discorre sobre democracia em seu texto intitulado *Aristóteles em Macondo: notas sobre el fetichismo democrático em América Latina*, no qual cria a fábula de trazer o filósofo grego Aristóteles para os dias de hoje e o questionar sobre como ele avalia as democracias da América Latina. Atílio afirma que Aristóteles responderia que tais regimes podem ser qualquer coisa, menos democracia. Assim sugere que Aristóteles responderia:

No olviden que, tal comolo escribí en mi Política, la democracia –nos diría ya con un ligero tonode reproche– es el gobierno de los más, de las grandes mayorías, enbeneficio de los pobres, que en todas las sociedades conocidas, no porcasualidad sino por razones estructurales, siempre son mayoría. Así eraen mi tiempo, y aunque abrigaba la esperanza de que tal cosa pudieraser superada con el paso de los siglos, veo con mucha desilusión que loque parecía ser una desgracia del mundo griego reaparece, con rasgosaún más acusados y escandalosos, en la sociedad actual, llegando a extremos jamás vistos en mi época (BORON, 2007, p. 50).

Seguindo na alegoria, Boron (2007, p. 50) ilustra que um dos presentes iria ficar intrigado com a resposta de Aristóteles e iria confrontá-lo questionando se as eleições periódicas e o sufrágio universal não são símbolos inequívocos de que se está em uma democracia. Aristóteles, então responderia que há uma distinção entre essência e aparência de democracia. A essência da democracia é o governo da maioria em prol dos mais necessitados, os quais, em todas as sociedades, são sempre a maioria. A aparência de democracia se mostra quando há eleições diretas, sufrágio universal, estado de direito, entre outros, porém não correspondem à essência democrática.

Pela dicção de Boron, só há democracia verdadeiramente (essência da democracia) quando há efetiva representação da vontade popular. Os instrumentos constitucionais que materializam a soberania popular, a saber, eleições diretas e periódicas e sufrágio universal, por si só, não dão azo a verdadeira democracia.

Assim, por essa perspectiva proposta, vê-se que a democracia aristotélica, firmada no princípio da igualdade e da representatividade popular efetiva, desnaturou-se com a evolução da sociedade perdendo a sua principal característica, qual seja, de ser o governo que retrata os anseios do povo (leia-se: da maioria) e não de uma minoria privilegiada. Em larga medida, a essência da democracia quedou-se subsistindo a aparência de democracia.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo, SP: Martin Claret, 2007.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORON, Atilio. Aristóteles en Macondo: notas sobre el fetichismo democrático en América Latina. In: **Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía**.

Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales: Buenos Aires. 2007, p. 49 – 67.. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20101012123413/04Boron.pdf>. Acesso em: 07 set 2021.

LAKATOS, Eva Maria, MARCONI Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**.. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DUELO DE OLHARES: O ESTRANHAMENTO AOS OLHOS DE MADEIRA SOB AS LENTES DE TOLSTÓI E DE DOSTOIÉVSKI

Data de submissão: 07/02/2023

Data de aceite: 01/03/2023

Roberta Puccini Gontijo

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais
Belo Horizonte – Minas Gerais
<http://lattes.cnpq.br/4961263249535393>

RESUMO: Viktor Chklóvski, crítico literário russo, atribui à experiência artística a capacidade de afastar as percepções automatizantes reproduzidas pelo hábito e pela linguagem cotidiana. Na medida em que a arte restitui ao objeto sua unicidade, na medida em que capta suas singularidades, ocultadas pelo véu do automatismo, provoca o estranhamento entre o que é observado e a ideia dele introjetada como familiar. À luz de Chklóvski, Carlo Ginzburg focaliza o estranhamento como procedimento literário usufruído por Tolstói: ante o reconhecido, seu olhar distante e circunspecto torna-o opaco e adventício, transpondo-o para a esfera da recriação. Assim, a literatura pode decodificar a lógica que enlaça o aparato jurídico ao imaginário social mediante a familiaridade de suas práticas. Essa potência manifesta-se quando a execução penal russa oitocentista é revisitada – e contestada – nos romances *Escritos da*

casa morta, de Dostoiévski, e *Ressurreição*, de Tolstói. Sob esse ângulo, este trabalho busca compreender a maneira pela qual a tessitura do estranhamento ao aparato jurídico se dá em ambas as narrativas. Ante esta investigação, observa-se o germe de um duelo de olhares capaz de aguçar a catarse do direito – o renascimento de seus *olhos de madeira*.

PALAVRAS-CHAVE: Estranhamento; Execução penal; Fiódor Dostoiévski; Liev Tolstói; *Olhos de madeira*.

A DUEL OF VISIONS: THE STRANGENESS OF WOODEN EYES THROUGH THE LENSES OF TOLSTOY AND DOSTOYEVSKY

ABSTRACT: Viktor Chklovsky, a Russian literary critic, attributes to the artistic experience the ability to drive away the automatizing perceptions reproduced by habit and everyday language. In the measure in which art restores to the object its uniqueness, in the measure in which it captures its singularities, hidden by the veil of automatism, it provokes strangeness between what is observed and the idea of it introjected as familiar. In the light of Chklovsky, Carlo Ginzburg focuses on

strangeness as a literary procedure used by Tolstoy: faced with the recognized, his circumspect gaze turns it opaque and adventitious, transposing it to the sphere of recreation. Thus, literature can decode the logic that binds the legal apparatus to the social imaginary through the familiarity of its practices. This power manifests itself when the 19th century Russian criminal prosecution is revisited in the novels *Notes from the Dead House*, by Dostoyevsky, and *Resurrection*, by Tolstoy. This article seeks to understand the way in which the weaving of estrangement takes place in both narratives. From this investigation, it is observed a duel of visions capable of sharpening the catharsis of the juridical practice – the rebirth of its *wooden eyes*.

KEYWORDS: Criminal prosecution; Fiodor Dostoyevsky; Lev Tolstoy; Strangeness; *Wooden eyes*.

O hábito nos priva de ver o verdadeiro rosto das coisas.

Montaigne e a liberdade espiritual, Stefan Zweig

1 | INTRODUÇÃO

Ao se deparar com o título deste trabalho, é bastante provável que, no leitor, haja um despertar de curiosidade seguido pelo questionamento: “olhos de madeira” refere-se a quê?

A expressão primeira aparece em *As aventuras de Pinocchio*, quando Geppetto, ao observar o boneco, questiona-lhe: “Grandes olhos de madeira, por que olham para mim?”

Viajando no tempo, mas não no espaço, os olhos de madeira bordados por Carlo Collodi dão nome à obra do historiador italiano Carlo Ginzburg *Olhos de madeira: nove reflexões sobre a distância*, cujo primeiro ensaio evoca o estranhamento como pré-história de um procedimento literário capaz de operar uma ressurreição; nele, Ginzburg rememora um apontamento tecido por Viktor Chklóvski (*apud* GINZBURG, 2001, p. 16) acerca da psicologia humana: “todos os nossos hábitos provêm da esfera do inconsciente e do automatismo”. Sob essa ótica, para o crítico literário russo, o peso dos hábitos inconscientes seria tamanho que, diante dele, a vida se anula, pois a automatização a tudo contempla com sua aura mórbida.

Todavia, a percepção já automatizada é passível de renascimento: o retorno da sensibilidade das coisas adviria daquilo que se denomina *arte*.

O propósito da arte é nos dar uma sensação da coisa, uma sensação que deve ser visão e não apenas reconhecimento. Para obter tal resultado, a arte se serve de dois procedimentos: o estranhamento das coisas e a complicação da forma, com a qual tende a tornar mais difícil a percepção e prolongar sua duração. (CHKLÓVSKI *apud* GINZBURG, 2001, p. 16)

Para se constituir como um instrumento capaz de reavivar as percepções tornadas inertes pelo hábito, explica Chklóvski, a arte – enquanto meio de se experimentar o devir

de uma coisa – pode valer-se do estranhamento diante do conhecido. Dele germinaria um combate de olhares – caracterizado pelo enfrentamento entre a morbidez do costumeiro e a vivacidade do inédito. Assim, a lente artística aguça o *pode ser* latente na realidade do *agora* para o possível aperfeiçoamento futuro; inquire o *que é* a partir do *novo* ainda não germinado, mas decifrável no próprio existente.

Assim, a exposição pela arte do duplo *pode ser-é* estabelece uma engrenagem dialética voltada a uma transformação possível do plano concreto – não utópica –, uma vez que essa mutação já está assente em si, mas é diluída por obstáculos intrínsecos ao instante presente, dentre os quais se destaca o próprio automatismo.

O olhar arguto da arte, ao mesmo tempo em que desnuda ineficácias estatais e indica a necessidade de se reinventar o paradigma político vigente, oferece ao presente caminhos para reformá-lo, para lapidá-lo. O estranhamento enquanto procedimento artístico, então, traz consigo uma hipótese de *polimento* do presente, de maneira a impelir as engrenagens político-burocráticas rumo aos ventos da mudança.

Sob esse ângulo, acrescentando-lhe um novo sentido, este trabalho toma a liberdade de usufruir a expressão “olhos de madeira”: aqui, ela refere-se à engrenagem jurídica e aos hábitos imiscuídos nas vivências da sanção-pena, os quais tornam inertes percepções da vida observadas por olhos argutos, de sorte a reduzi-las a um olhar unilateral – corporificado na diluição da subjetividade humana ante o relevo da figura do réu. Assim, emerge um duelo de olhares entre esses olhos míopes e olhos vívidos, inquisidores da redução humana operada no interior da execução penal. Aqui, esse outro olhar, situado para além do olhar burocrático, é representado pelas lentes penetrantes de Liev Tolstói e de Fiódor Dostoiévski.

O estranhamento se ergue quando os olhos há muito distanciados da vivacidade – isto é, os olhos da execução penal – estreitam-se à investigação burocrático-penal realizada pelos autores russos. Daí, eis que o duelo de olhares nascente aguça a catarse do direito, o renascimento de seus *olhos de madeira*, e escancara a consciência acerca da morbidez que permeia o sistema prisional.

A *Casa Morta* então torna-se passível de ressurreição – ou, ao menos, passível de submeter-se a freios – quando envereda por espaços outrora delineados pela arte como objetos de investigação. Eis o potencial catártico do estranhamento enquanto procedimento literário presente nos romances *Ressurreição* e *Escritos da casa morta*.

À luz de ambos os romances, busca-se compreender a maneira pela qual o estranhamento aos *olhos de madeira* do cárcere se dá em ambas as narrativas.

A um tempo simultâneo, este trabalho procura realçar a automatização na qual a execução penal se situa, inibidora do acesso à vastidão humana na medida em que restringe a complexa subjetividade às engrenagens que integram a masmorra.

Michel Foucault (2014, p. 88-89) expressa-se nesse tom ao discorrer sobre a concepção do crime e sobre a concepção do criminoso sob o viés da teoria contratualista:

Supõe-se que o cidadão tenha aceitado de uma vez por todas, com as leis da sociedade, também aquela que poderá puni-lo. O criminoso aparece então como um ser juridicamente paradoxal. Ele rompeu o pacto, é portanto inimigo da sociedade inteira, mas participa da punição que se exerce sobre ele. O castigo penal é então uma função generalizada, coextensiva ao corpo social e a cada um de seus elementos. [...] Efetivamente a infração lança o indivíduo contra todo o corpo social; a sociedade tem o direito de se levantar em peso contra ele, para puni-lo. Luta desigual: de um só lado todas as forças, todo o poder, todos os direitos. E tem mesmo de ser assim, pois aí está representada a defesa de cada um. Constitui-se assim um formidável poder de punir, pois o infrator se torna o inimigo comum. Até mesmo pior que um inimigo, é um traidor, pois ele desfere seus golpes dentro da sociedade.

Ao isentar-se do pacto reciprocamente forjado pelos membros da comunidade, o transgressor desqualifica-se como cidadão e traz em si um fragmento selvagem; “aparece como o celerado, o monstro, o louco talvez, o doente e logo o ‘anormal.” (FOUCAULT, 2014, p. 100)

Atento ao objetivo geral supracitado, este trabalho primeiro se debruça sobre o enredo de *Ressurreição* e sobre o modo com que o olhar tolstoiano delineia o estranhamento aos *olhos de madeira* no romance; depois, sobre *Escritos da casa morta*, relato autobiográfico de Dostoiévski assinalado pela constante insígnia do *duelo*.

A despeito da distância histórica que separa as narrativas do presente, é certo que o automatismo, longo e, ainda ronda o aparato jurídico. Daí a sede de desnudá-lo.

2 | NEKHLIÚDOV DIANTE DOS OLHOS DE MADEIRA

No ensaio *Estranhamento: Pré-história de um procedimento literário*, Carlo Ginzburg (2001, p. 22) declara que Tolstói

Via as convenções e as instituições humanas com olhos de um cavalo ou de uma criança: como fenômenos estranhos e opacos, vazios dos significados que lhes são geralmente atribuídos. Ante seu olhar, ao mesmo tempo apaixonado e distante, as coisas se revelavam [...] “como realmente são”.

O olhar perscrutador de Tolstói, em *Ressurreição*, ratifica a dicção de Ginzburg quando, penetrando nos mais recônditos meandros da burocracia judiciária, encontra as descobertas do nobre Nekhliúдов acerca da naturalização do iníquo pela ótica carcerária mecanicista – promotora da despersonalização do encarcerado.

No romance, Nekhliúдов escamoteia seus *olhos de madeira* de outrora – olhos que, há muito, perderam a capacidade de penetrar na raiz daquilo que os assombram para questioná-lo; olhos que saltaram da observação arguta ao automatismo, do entusiasmo à percepção inerte. Esses olhos despediram-se da sensibilidade das coisas e se apresentaram diante da resignação. No rápido compasso dos acontecimentos iníquos que lhe são direcionados, não há espaço para a reflexão, para o questionamento, pois a visão contínua de um mesmo objeto traz comodidade; assim a revolta de outrora se torna

morbidez; a reivindicação, ante o indigno que atravessa a vida, silêncio.

Contudo, ao longo do romance, esse olhar truncado da personagem cede espaço a uma observação diligente, ao questionamento e à inquietude.

Ao participar do Tribunal do Júri, o príncipe Nekhlíú dov percebe-se responsável pelo destino de Ekaterina Máslova, apelidada de Katiucha. Espécie de pupila das tias afortunadas de Nekhlíú dov, Katiucha é escoraçada da propriedade em que residia ao se descobrir grávida – gravidez essa fruto de um relacionamento fugidio com Nekhlíú dov. Só, Katiucha se aventura em uma miríade de atividades mal-sucedidas até, enfim, enredar-se nas teias da prostituição, caminho que a conduz ao seu grande infortúnio.

Em uma noite de trabalho, deparando-se com um homem agressivo e induzida a erro, misturou ópio à sua bebida, o que o levou à morte por envenenamento. Diante do tribunal, Máslova se defende das acusações:

Quería que ele largasse do meu pé. Simon Mikháilovitch respondeu-me: “Nós também estamos cheios dele. A gente podia lhe dar um pó para dormir, ele dormia e você ia embora” [...] Falei: “Está bem”. Pensei que era um pó inofensivo. Eu entrei, ele estava deitado e na mesma hora pediu para lhe dar um conhaque. Peguei na mesa uma garrafa de *fine champagne*, enchi duas taças, a minha e a dele, e na taça dele entornei o pó. *Nunca teria dado, se eu soubesse*. (TOLSTÓI, 2020, p. 55. Grifos meus.)

Na sala de deliberações, entretanto, ante a indagação

A pequeno-burguesa Ekaterina Mikháilova Máslova, de vinte e quatro anos, é culpada de ter premeditadamente tomado a vida do comerciante Smelkov quando, a fim de roubá-lo, deu a ele veneno misturado no conhaque e roubou-lhe cerca de dois mil e quinhentos rublos em dinheiro e um anel brilhante? (TOLSTÓI, 2020, p. 91),

declararam-na culpada, sem a intenção de roubar, e também afirmaram que não havia se apropriado de nenhum bem alheio; pois, há pouco, a ré havia afirmado que Smelkov lhe dera o anel como presente e que pegara o dinheiro a mando do próprio comerciante. E acrescentaram à decisão: “mas merece indulgência.”

O presidente manifestou surpresa ao lê-la: os jurados, se ressaltaram a condição “sem a intenção de roubar”, não ressaltaram a condição “sem a intenção de tirar a vida”. Logo, a inverossímil sentença asseverava que Máslova não havia roubado ou furtado, mas que envenenara o comerciante sem nenhum propósito aparente.

Para o destino de Máslova não havia meio-termo: aguardava-o ou uma quase absolvição, com uma pena de prisão que poderia ser reduzida em virtude de detração, ou os trabalhos forçados. Se os jurados acrescentassem à decisão as palavras “mas sem a intenção de causar morte”, Katiucha receberia o primeiro paradeiro.

Diante da ausência de lógica da sentença, o presidente então propôs aos dois juízes que o acompanhavam a aplicação do art. 818 do Código de Processo Criminal vigente, o qual afirmava que, caso o tribunal considerasse a sentença injusta, haveria a possibilidade

de revogar a decisão dos jurados. Ante a proposta, porém, um dos juízes respondeu em tom resolutivo: “em nenhuma hipótese. Os jornais dizem que os jurados absolvem os criminosos, o que não vão dizer quando os juízes absolverem?” (TOLSTÓI, 2020, p. 94). À Katiucha, então, coube a privação de todos os direitos civis e o degredo para cumprimento de trabalhos forçados durante quatro anos.

Conforme esclarece Rubens Figueiredo, tradutor do romance para o português, Tolstói o idealizou em junho de 1887, após travar uma conversa com Anatóli Fiódorovitch Kóni, jurista russo, quando de sua visita à Iásnaia Poliana, a propriedade rural do escritor. Kóni, à época, comentou com Tolstói que um jovem da nobreza russa lhe solicitara a prestação de seus serviços advocatícios. Convocado para integrar o júri, o jovem teria reconhecido na ré uma criada que ele próprio engravidara na propriedade de uma tia. Dali expulsa, teria se enveredado pelos trilhos da prostituição até sua prisão, fruto de uma acusação de roubo. Não é necessário comentar a similaridade entre essas personagens reais e a criação ficcional tolstoiana de Katiucha e de Nekhlíudov; a descrição acima já a revela por si mesma.

Para a composição da narrativa, com o objetivo de reunir informações precisas, Tolstói frequentou tribunais, visitou prisões distantes, leu tratados jurídicos, estudou o sistema penitenciário russo, adquiriu conhecimento acerca da condição circundante dos degredados à Sibéria e entrevistou condenados a trabalhos forçados. Assim, ainda que situado na esfera literária, o romance transcende o mero plano imaginativo, de sorte a alcançar a realidade do cárcere russo oitocentista.

Eis a tessitura do primeiro estranhamento: Tolstói revela a proeminência da burocracia, dos ritos formais e do egoísmo mais grosseiro e mais absurdo em detrimento do valor atribuído ao aproveitamento da vida humana. Sob essa lente, a voz do escritor se imiscui no romance e declara:

Rabelais escreveu que um jurista a quem procuravam para fazer um julgamento, depois de citar todas as leis possíveis e após a leitura de vinte páginas num latim jurídico absurdo, propôs aos litigantes tirar a sorte nos dados: par ou ímpar. Se fosse par, a razão estaria com o autor, se fosse ímpar, a razão estaria com o réu. O mesmo ocorria agora. Aquela decisão foi tomada não porque todos estivessem de acordo, mas sim, acima de tudo, porque todos estavam cansados, com vontade de se livrar o mais depressa possível e, por isso mesmo, dispostos a concordar com a decisão que mais rapidamente pusesse um fim a tudo aquilo. (TOLSTÓI, 2020, p. 93)

Ao penetrar, cada vez mais, nessa engrenagem, Nehlíudov deduz que ali

Não observavam a regra de perdoar dez culpados para não culpar um inocente, ao contrário, pois, para extirpar a planta podre terminavam por cortar a viçosa – por meio do castigo, eliminavam-se dez pessoas inofensivas, a fim de eliminar uma verdadeiramente perigosa. (TOLSTÓI, 2020, p. 301)

Mais uma vez, o estranhamento insurge contra os *olhos de madeira*. Tolstói procura desmistificar o condenado enquanto figura quimérica; procura elucidar a ausência de uma

eleição ao mal: o criminoso não carrega consigo, já ao nascer, a chaga do pecado que viria a cometer, pois todo homem é passível de cometê-lo em algum momento da vida.

Ante o julgamento de um rapaz pobre e pródigo em relação à bebida que arrombara a fechadura de uma taberna, julgado como uma criatura perigosa, diante da qual é necessário proteger a sociedade, proteger os demais partícipes do *pacto* supradescrito, o protagonista é tomado pelo seguinte pensamento:

Para que não existam meninos assim, é preciso esforçar-se para eliminar as condições em que se formam essas criaturas infelizes. E o que fazemos? Agarramos um menino desses que, por acaso, caiu nas nossas mãos, sabendo muito bem que milhares iguais a ele continuam à solta, e o metemos na prisão, em condições de completa ociosidade, ou então o mandamos para o trabalho mais insalubre e absurdo, em companhia de outros que, como ele, perderam as forças e emaranharam-se na vida. (TOLSTÓI, 2020, p. 131-132)

E o arremate final dessa epifania – o questionamento acerca de como os homens mantêm suas traves, acerca de como mantêm seus *olhos de madeira* intactos:

“Que horror! Não se sabe o que é maior, aqui: a crueldade ou o absurdo. Mas parece que tanto uma coisa como a outra alcançaram o último grau.” *Admirou-se de como pôde ficar sem perceber tudo isso antes, como outros podiam não perceber.* (TOLSTÓI, 2020, p. 132-133. Grifos meus)

A certa altura do romance, é preciso que os condenados percorram a travessia estendida da prisão à estação de trem que os levará ao campo de trabalho forçados. Realizada sob um sol escaldante, a travessia produz mortes de condenados em virtude de insolação.

Nekhliúdiv, ao observar um cadáver morto de exaustão, percebe que “o único sentimento que sua morte despertou em todos foi o aborrecimento com as preocupações causadas pela necessidade de remover aquele corpo ameaçado pela decomposição”. (TOLSTÓI, 2020, p. 337-338)

No caminho da prisão para a estação, outros homens haviam morrido de insolação. O narrador, a voz de Tolstói que se imiscui no romance e que delinea mais outro estranhamento aos *olhos de madeira*, então assinala a feição perversa do automatismo:

Os soldados da escolta estavam preocupados não por terem morrido, sob sua escolta, cinco pessoas que poderiam estar vivas. Interessava-lhes executar tudo aquilo que, pela lei, se exigia naqueles casos: remover os mortos para o lugar devido, assim como seus documentos e os seus pertences, subtraí-los da contagem dos que era preciso levar para Níjni. (TOLSTÓI, 2020, p. 339)

Em um dos vagões, uma mulher estava a dar à luz. À intervenção de Nekhliúdiv, em uma tentativa de amenizar o parto, entretanto, seguiu-se um “ora, deixe que dê à luz. Depois veremos”. (TOLSTÓI, 2020, p. 339)

Ao recordar a face do cadáver que vira por último, o protagonista vê-se entremeadado por assassinatos cuja culpa talvez fosse indecifrável:

O médico da prisão que examinava os prisioneiros cumpriu com rigor a sua obrigação, separou os debilitados e ninguém poderia prever nem aquele calor terrível nem que os prisioneiros seriam levados à rua já tão tarde e tão aglomerados. O diretor?... Mas o diretor apenas cumpriu a determinação de, em tal dia, encaminhar tantos condenados aos trabalhos forçados, tantos deportados, homens e mulheres. Também não se pode ser culpada a escolta, cuja obrigação consistia em receber, segundo uma contagem, tantos prisioneiros em tal lugar e entregar o mesmo número em outro lugar [...] Ninguém é culpado, mas pessoas foram assassinadas, e assassinadas, apesar de tudo, por aquelas mesmas pessoas que não são culpadas de tais mortes. (TOLSTÓI, 2020, p. 347)

Nekhlíúfov chega à conclusão de que aquelas mortes seriam frutos do julgamento de que há circunstâncias em que a atitude humana ante outros homens não figura uma obrigação. Se um homem vê, à sua frente, não outro homem, igual a si, e sua obrigação perante ele, mas um cargo oficial e suas exigências, posiciona-as acima das exigências das relações humanas. Logo, segundo o *alter ego* de Tolstói,

Se for possível reconhecer que alguma coisa, seja o que for, é mais importante do que o sentimento de amor ao ser humano, ainda que seja por uma hora, ainda que seja só num caso excepcional, então não haverá crime que não possa ser cometido contra as pessoas, e ninguém vai se considerar culpado. (TOLSTÓI, 2020, p. 347)

A partir do convívio com os degredados, questionava a si mesmo: “será que estou louco e vejo coisas que os outros não veem, ou loucos são aqueles que fazem o que estou vendo?”

Mas as pessoas (e como eram numerosas) faziam aquilo, que tanto o espantava e horrorizava, com uma convicção tão tranquila de que era não apenas necessário, mas também muito útil e importante, que era difícil admitir que toda aquela gente estivesse louca; também não podia admitir que ele mesmo estivesse louco, porque tinha consciência da clareza dos seus pensamentos. (TOLSTÓI, 2020, p. 405)

Os *olhos de madeira* principiam-se como uma cegueira voluntária – preferível à visão do abominável, porque quem entende desorganiza a casa em que habita, porque os gemidos dos famintos por efetiva justiça perturbam o sono dos *sonsos essenciais* (LISPECTOR, 2016, p. 388).

O incômodo causado pelas reflexões de Nekhlíúfov impulsiona o (dolorido) renascimento dos *olhos de madeira* e ilustra o estranhamento enquanto procedimento literário usufruído por Tolstói, cuja lente circunspecta, ante o já reconhecido, torna-o opaco e adventício, transpondo-o ao plano da recriação. Assim, mediante *Ressurreição*, o escritor recria o sistema penitenciário russo, desnuda o automatismo no qual ele está imerso e aponta direções para que se inicie a necessária remodelação dessa engrenagem burocrática.

Isaiah Berlin, em *The Hedgehog and The Fox*, declara que o gênio de Tolstói

Encontra-se na percepção de propriedades específicas, a qualidade individual quase inexpressiva em que dado objeto é unicamente diferente de todos os outros. Mesmo assim ele almejou um princípio universal explicativo; que é a percepção das semelhanças ou origens comuns, ou meta única, ou unidade na aparente variedade dos fragmentos e pedaços mutuamente exclusivos que compõem a mobília do mundo. (BERLIN *apud* STEINER, 2006, p. 180),

Na concepção de George Steiner (2006, p. 180),

A percepção do específico e integral é marca característica da artesanaria de Tolstói, de sua concretude sem rival. Em seus romances, cada peça da mobília do mundo é distinta e permanece com solidez individual. Mas, ao mesmo tempo, Tolstói foi possuído pela fome da compreensão última, pelo desfecho totalmente inclusivo e justificado dos caminhos de Deus. Foi essa fome que o impeliu para seus trabalhos polêmicos e exegéticos.

Essa unidade pretendida pode ser captada a partir da construção (ou da repetição) do personagem Nekhlíúдов na obra tolstoiana:

Quando Tolstói chegou a escrever *Ressurreição* [último romance de sua produção], o professor e o profeta violentaram o artista. O sentido de arquitetura e equilíbrio que até então controlara sua invenção foi sacrificado pelas urgências da retórica. Nesse romance, a justaposição de dois modos de vida e o tema da peregrinação da falsidade à salvação são expostos com o despojamento de um panfleto. E, ainda assim, *Ressurreição* marca a concepção definitiva dos temas que Tolstói já havia anunciado em suas histórias iniciais. Nekhlíúдов é o Príncipe Nekhlíúдов do romance inacabado de juventude *A Manhã de um Proprietário de Terras*. Há, entre as duas obras, trinta e sete anos de reflexão e criação; mas o fragmento já contém, em contornos reconhecíveis, muitos dos elementos do último romance [...] De fato, esse personagem parece ter servido ao romancista como uma espécie de autorretrato, cujos traços ele podia alterar na medida em que sua própria experiência se aprofundava. (STEINER, 2006, p. 67)

Espécie de panfleto do tolstoísmo – movimento advindo sobretudo das concepções religiosas do Tolstói senil acerca da necessidade de se alcançar a *Recompensa* não em uma vida futura, mas na vida presente, acerca da rejeição a formalismos e à burocracia das instituições estatais e eclesiásticas, acerca do desapego à matéria e acerca da descoberta da vivência num ambiente rural como meio de salvação espiritual –, *Ressurreição* assinala o retorno ao campo como correlato físico do renascimento da alma.

Antes de seguir Máslova rumo à Sibéria, Nekhlíúдов resolve visitar suas propriedades e vendê-las aos camponeses. Seus sentidos exauridos desabrocham para a vida, ele se vê mais uma vez como era antes da "queda" [...] A cena pastoril reforça a total compreensão de Nekhlíúдов de que a moralidade da vida urbana é fundada na injustiça. Pois na dialética tolstoiana, a vida rural cura o espírito do homem não apenas por sua beleza tranquila, mas também porque abre seus olhos para a frivolidade e exploração inerentes a uma sociedade e classes [...] A terra é, ao mesmo tempo, o despertar e a recompensa do herói tolstoiano. (STEINER, 2006, p. 68)

O romance, porém, não se reduz à apologia às ideias tolstoístas; evidencia, em

outra medida, todo o automatismo do qual o homem deve se libertar para tornar-se capaz de penetrar as mazelas que o circundam, para tornar-se capaz de oferecer-lhes soluções. Rememorando-se Chklóvski, o olhar tolstoiano reacende a sensibilidade do cárcere, reaviva percepções que o hábito tornou inertes.

Ao remover o automatismo, ao afastar a observação míope, as coisas se revelam, ante o olhar de Tolstói, como realmente são. Daí a *Casa Morta* ser passível de ressurreição, de submeter-se a freios, no instante em que envereda pelo espaço delineado pela arte tolstoiana como objeto de investigação: quando os *olhos de madeira* estreitam-se à narrativa literária, cujo olhar profundo e penetrante esmiúça a completude – o *todo* humano, não somente *certa parte* –, germina-se o estranhamento, do qual a verve russa constitui cara fiandeira.

3 I A RUPTURA COM O AUTOMATISMO A PARTIR DE DOSTOIÉVSKI

Se Tolstói visitou prisões distantes, leu tratados de Direito Penal e entrevistou condenados a trabalhos forçados para compor *Ressurreição*, Dostoiévski, também mestre na arte de estranhar o conhecido, duela com o olhar distante de Tolstói – testemunha ocular, não testemunha viva dos campos – quando transpõe sua profunda escavação da memória para *Escritos da casa morta*, reflexão aguda acerca dos limites do humano em face de experiência tão grosseira.

Em 1849, o autor, já em frente ao pelotão de fuzilamento, teve sua pena de morte comutada para quatro anos de trabalhos forçados no presídio de Omsk, seguidos de mais quatro anos de serviços como soldado raso em virtude de sua participação no Círculo de Pietrachévski, grupo formado por membros da chamada *intelligentsia* russa contrários ao regime czarista.

Guiorgui Friedlénder (*apud* DOSTOIÉVSKI, 2020, p. 24), grande estudioso soviético do escritor, declara que

Em *Escritos da Casa Morta*, Dostoiévski aplicou um golpe demolidor na concepção romântica do criminoso e do crime como grandezas psicológicas sempre equivalentes. Destruiu com destreza o chavão melodramático da representação do homem como um facínora nato ou vítima amorfa do desarranjo social. O mundo da fortaleza de Omsk aparece em sua representação para o leitor como um mundo que reflete de alto a baixo a Rússia inteira daquela época, na infinita diversidade e singularidade das individualidades humanas que o compõem.

Ainda que haja vislumbrado a facilidade com que o homem renuncia à ténue película da civilização – a facilidade, em condições tão brutais quanto à dos galés, com que o homem esquece-se de que é homem –, Dostoiévski revela a essência humana posta à prova, escamoteando qualquer tentativa de reduzi-la. Empreende uma escalada rumo à espoliação da alma, mergulha no fundo da dimensão humana. Retira do indivíduo todo o

conforto; retira-lhe seu esconderijo para tecer o ser desnudo ante a própria existência. A literatura dostoievskiana, em *Escritos da casa morta*, adentra a capacidade de resistência do homem, a sua tentativa de permanecer humano. Procura, em si e nos outros condenados, a humanidade sombreada pelo véu da condenação.

Quase ao término da narrativa, os prisioneiros veem o voo de uma águia que, machucada, teve de ficar algum tempo sob a companhia dos prisioneiros – a grande metáfora dostoievskiana, no romance, para a incerteza quanto à recuperação da liberdade perdida:

- Olha como voa! – proferiu um com ar meditativo.
- E nem olha para trás! – acrescentou outro. – Não olhou nenhuma vez, maninhos, está indo embora [...]
- Conheço isso, é a independência. Farejou a independência.
- Quer dizer, a liberdade.
- Já a perdemos de vista, maninhos... (DOSTOIÉVSKI, 2020, p. 304)

Dostoiévski esmiúça o homem como poucos o fazem e o esmiúça em sua inteira complexidade quando descreve a oportunidade concedida aos condenados de montarem um espetáculo e de nele atuarem. Comenta o narrador, *alter ego* do escritor:

Ao término da peça a alegria geral chega ao auge. Imagine-se os grilhões, o cativo, os longos anos tristes ainda pela frente, a vida monótona [...] – e de repente todos esses oprimidos e encarcerados ganham permissão de uma horinha para expandir-se, divertir-se, esquecer o pesadelo, montar um verdadeiro espetáculo, e como montaram: para orgulho e admiração da cidade inteira! “Vejam só”, diriam, “que tipo de presos são os nossos!” [...] Bastou que deixassem aqueles pobres homens viver um pouco a seu modo, divertir-se como gente, viver ao menos por uma hora fora das normas do presídio – e o homem experimenta uma mudança moral, ainda que seja por apenas alguns minutos... (DOSTOIÉVSKI, 2020, p. 202; 209)

De fato, a experiência “ensinou-lhe a saber ver não apenas um irmão até no homem mais desprovido de importância, como no filantropismo socializante, mas sobretudo um infeliz no criminoso; a experiência da condenação ensinou-lhe o caráter revelador da morte, da dor, do crime”. (PAREYSON, 2012, p. 24)

A restituição da *marca humana* ao condenado constitui a tônica de todo o romance. Dostoiévski escancara a desumanização à qual o prisioneiro é submetido, desvela o automatismo circundante da redução do *eu múltiplo* ao *eu prisioneiro*. Tenta ressurgir a *madeira*, a resignação para a consciência de que, ainda que criminoso, ainda que facínora, não se lhe pode negar ser rebento humano. A reafirmação de si e dos outros prisioneiros como *gente* assume essa tonalidade quando exprime:

Os presidiários [...] todo dia levavam à igreja seu mísero coque para comprarem uma vela ou depositarem no cofrinho. “Ora, eu também sou gente”, talvez pensasse ou sentisse na hora de fazer o depósito, “perante Deus somos todos iguais” [...] Quando o sacerdote [...] dizia as palavras

"mas mesmo eu sendo um bandido, aceita-me", quase todos desabavam no chão, fazendo retinirem seus grilhões, como se tomassem essas palavras literalmente, para si. (DOSTOIÉVSKI, 2020, p. 278)

A tentativa de Dostoiévski quanto à ruptura do automatismo ressoa nestas palavras de Clarice Lispector (2016, p. 387-390):

Meu erro é o meu espelho, onde vejo o que em silêncio eu fiz de um homem [...] Tudo o que nele foi violência é em nós furtivo, e um evita o olhar do outro para não corrermos o risco de nos entendermos [...]; essa coisa, que em Mineirinho se tornou punhal, é a mesma que em mim faz com que eu dê água a outro homem, não porque eu tenha água, mas porque, também eu, sei o que é sede; e também eu, não me perdi, experimentei a perdição [...] Se adivinhamos o que seria a bondade de Deus é porque adivinhamos em nós a bondade, aquela que vê o homem antes de ele ser um doente do crime.

O estranhamento se dá, de modo alucinante, no capítulo *O banho*: quando Aleksandr Pietróvitch, *alter ego* de Dostoiévski, adentra uma espécie de inferno dantesco, desnuda-se o ambiente insalubre destinado aos condenados e o não reconhecimento do criminoso enquanto homem, mas como estrangeiro em relação à própria natureza humana:

Quando abrimos a porta que dava para os banhos, pensei que tínhamos entrado no inferno [...] No chão inteiro não havia um espacinho de um palmo em que os presidiários não se sentassem curvados para se lavar. Outros ensaboavam-se em pé: a água suja escorria de seus corpos diretamente para as cabeças raspadas dos que estavam embaixo [...] O vapor aumentava a cada minuto. Aquilo já não era calor; era uma fornalha [...] A sujeira escorria de todos os lados. Nas costas vaporizadas, cicatrizes provenientes dos açoites ou das vergastadas outrora recebidas costumam sobressair com uma nitidez peculiar, de modo que agora pareciam feridas reabertas [...] Passou pela minha cabeça que, se algum dia estivermos todos juntos no inferno, será muito parecido com este lugar aqui. (DOSTOIÉVSKI, 2020, p. 165-166; 168)

O estranhamento à naturalização da redução do humano pela engrenagem carcerária mecanicista também se manifesta quando se exprime que muitos condenados sem nenhuma enfermidade fingiam-se de doentes porque, em comparação ao hospital, a estadia nos presídios fazia com que o repouso nas enfermarias fosse vislumbrado como um deleite; porque os médicos não os diferiam enquanto lhes direcionavam os tratamentos adequados: o doente – sendo ou não prisioneiro – é doente em todo lugar. Assim, viam na doença uma maneira de lhes restituírem a humanidade negada.

À luz do contato com descrições semelhantes, pensa-se ser possível o ressurgimento dos *olhos de madeira*.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

George Steiner (2006, p. 255) enumera diferenças entre ambos os autores:

Tolstói, a mente intoxicada de razão e fato; Dostoiévski, o que desprezou o racionalismo, o grande amante do paradoxo; Tolstói, o poeta da terra, do

ambiente rural e do espírito pastoral; Dostoiévski, o arquicidadão, o mestre construtor da metrópole moderna na província da linguagem; Tolstói, sedento da verdade, destruindo a si e aos que o rodeavam em sua procura excessiva; Dostoiévski, antes contra a verdade do que contra Cristo, desconfiado do entendimento total e partidário do mistério.

À parte as distinções de estilo e de vivência, é certo que ambos são mestres na *arte de estranhar* o conhecido, o já familiarizado. A seu modo, ambos (re)constróem um terreno adventício no lugar comum tornado familiar pelo hábito. A lente penetrante de ambos restitui ao objeto investigado sua unicidade, capta suas singularidades, ocultadas pelo véu do automatismo. Assim são capazes de decodificar a lógica que enlaça o aparato jurídico ao imaginário social mediante a familiaridade de suas práticas.

Se a prisão, enquanto aparelho administrativo, constitui-se como uma “máquina para modificar os espíritos” (FOUCAULT, 2014, p. 124), se se torna uma “espécie de observatório permanente que permite distribuir as variedades do vício ou da fraqueza” (FOUCAULT, 2014, p. 125), “organiza-se todo um saber individualizante que toma como campo de referência não tanto o crime cometido, mas a virtualidade de perigos contida num indivíduo e que se manifesta no comportamento observado cotidianamente”. (FOUCAULT, 2014, p. 125)

O transgressor do *pacto*, já então metamorfoseado em inimigo do povo, adquire uma feição quimérica, monstruosa, que beira o demoníaco. Daí a perda, ante os *olhos de madeira* do coletivo, de sua condição humana.

Ressurreição e Escritos da casa morta intervêm nesse entendimento automático, isento de deliberação, e apontam para a multiplicidade do homem e para a impossibilidade de se lhe negar a condição que lhe é inata:

Uma das superstições mais costumeiras e difundidas é a de que cada pessoa tem determinadas qualidades só suas [...] As pessoas são como rios: a água é a mesma para todos e é igual em toda parte, mas cada rio é ora estreito, ora rápido, ora largo, ora calmo, ora limpo, ora frio, ora turvo, ora morno. Assim também são as pessoas. Cada um traz em si o germe de todas as qualidades. (TOLSTÓI, 2020, p. 199)

Negar a complexidade humana, reduzir o homem a uma só face, é cair no maniqueísmo mais ingênuo.

Pico della Mirandola (2021) concebe o homem como o ser mais admirável que repousa sobre o palco deste grande teatro que é o mundo; pois, distinto dos outros seres, não tem nenhuma imagem que lhe seja inata: animal de natureza multiforme, ele mesmo se fabrica. Se as demais criaturas estão encerradas no interior das leis da natureza prescritas pelo Supremo Artífice, o homem, por sua vez, não é constrangido por quaisquer limites: é ele quem definirá, para si, a sua lei. Na concepção do filósofo, “o Pai inseriu no homem, em seu nascimento, as sementes de todas as possibilidades e de todas as espécies de vida; e elas hão de crescer em cada um que as tiver cultivado, e nele produzirão seus frutos.”

(MIRANDOLA, 2021, p. 37)

Tolstói e Dostoiévski seguem, nos romances estudados, cada um à sua maneira, a direção apontada por Mirandola. A partir do confronto entre a vastidão humana e a sua redução ao arquétipo do prisioneiro, tornam-se capazes de frear o automatismo, de operar a catarse do direito.

Eis a potência do estranhamento enquanto procedimento literário.

REFERÊNCIAS

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Escritos da casa morta**. Trad. Paulo Bezerra. São Paulo: Editora 34, 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GINZBURG, Carlo. Estranhamento: Pré-história de um procedimento literário. In: GINZBURG, Carlo. **Olhos de madeira**: nove reflexões sobre a distância. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 15-41.

LISPECTOR, Clarice. Mineirinho. In: LISPECTOR, Clarice. **Todos os contos**. Org. Benjamin Moser. Rio de Janeiro: Rocco, 2016. p. 386-390.

MIRANDOLA, Pico della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Trad. Elaine Cristine Sartorelli. Belo Horizonte, Veneza: Âniyé, 2021.

PAREYSON, Luigi. **Dostoiévski**: Filosofia, Romance e Experiência Religiosa. Trad. Maria Helena Nery Garcez e Sílvia Mendes Carneiro. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012.

STEINER, George. **Tolstói ou Dostoiévski**: um ensaio sobre o Velho Criticismo. Trad. Isa Kopelman. São Paulo: Perspectiva, 2006.

TOLSTÓI, Liev. **Ressurreição**. Trad. Rubens Figueiredo. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

ZWEIG, Stefan. Montaigne e a liberdade espiritual. In: ZWEIG, Stefan. **O mundo insone e outros ensaios**. Trad. Kristina Michahelles. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 54-57.

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: orcid.org/0000-0002-5472-8879.

A

Agentes jurídicos 1, 2

C

Consumo pessoal 2, 90, 92, 93, 95, 97

Crime de estupro de vulnerável 2, 31, 32, 33, 36, 37, 39

D

Democracia 2, 5, 77, 202, 203, 204, 205

Direito 1, 2, 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 22, 25, 26, 27, 31, 32, 34, 36, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 47, 49, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 62, 63, 65, 67, 68, 69, 72, 73, 74, 76, 79, 81, 83, 85, 87, 89, 94, 96, 99, 100, 101, 102, 103, 105, 106, 108, 109, 110, 111, 114, 115, 116, 117, 118, 120, 121, 122, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 132, 133, 134, 137, 138, 139, 140, 142, 145, 147, 148, 149, 151, 152, 153, 166, 168, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 193, 200, 201, 202, 205, 207, 209, 210, 216, 220, 221

Direito de ir e vir 2, 1, 3, 6, 7, 8, 9, 102

Direitos reprodutivos 2, 15, 17, 19, 20, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30

Drogas ilícitas 2, 88

E

Enfermagem 2, 117, 118, 119, 122, 124, 125, 128

F

Filiação 2, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 201

Função social da propriedade 2, 129, 130, 143, 145, 147, 148, 149, 151

H

Homotransfobia 2, 41, 42, 43, 44, 45, 49, 50, 52, 53, 54

I

Ideias 1, 2, 68, 78, 109, 113, 187, 215

Instituições 1, 2, 21, 23, 26, 29, 64, 76, 109, 113, 151, 162, 163, 171, 181, 210, 215

J

Justiça 2, 15, 16, 20, 25, 26, 27, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 76, 91, 135, 147, 148, 151, 175, 193, 200, 201, 214

L

Literatura 2, 60, 68, 77, 169, 207, 217, 221

M

Maioridade penal 2, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106

P

Piso salarial 2, 117, 118, 119, 124, 128

Práticas 1, 2, 18, 22, 27, 29, 77, 87, 112, 113, 115, 156, 161, 162, 164, 170, 207, 219

R

Racismo 2, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 41, 42, 48, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 114

Relação sugar 2, 182, 183, 192, 193, 194, 196, 197, 198, 199

Relações afetivas 182

S

Saúde 2, 2, 4, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 81, 82, 83, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 96, 97, 100, 102, 103, 114, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 128, 177, 192

Segurança pública 2, 107, 108, 115, 202

U

Unidade de conservação 2, 153, 155, 162, 164, 169

Usucapião urbana coletiva 2, 129

V

Vingança privada 2, 56, 59, 60, 61, 64, 65, 66

Violência contra a mulher 2, 82

DIREITO: IDEIAS, PRÁTICAS, INSTITUIÇÕES E AGENTES JURÍDICOS

 www.atenaeditora.com.br

 contato@atenaeditora.com.br

 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)

 www.facebook.com/atenaeditora.com.br

DIREITO: IDEIAS, PRÁTICAS, INSTITUIÇÕES E AGENTES JURÍDICOS

 www.atenaeditora.com.br

 contato@atenaeditora.com.br

 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)

 www.facebook.com/atenaeditora.com.br