



# REDUnB

REVISTA DOS ESTUDANTES DE DIREITO DA UNB

22.<sup>a</sup> EDIÇÃO



UnB

**Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito**

**Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**

**22.<sup>a</sup> Edição**

copyright © 2022 por RED | UnB

**Editoração e Revisão**  
**Equipe Editorial**

**Diagramação: Marcelo Ishii**  
**Capa: Geórgia de Souza Tenorio**

**Apoio:**



**DIREITO**



34(05)	<p>Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília / Universidade de Brasília. – n. 22 (2023) – Brasília: RED   UnB, Semestral</p> <p>ISSN 1981-9684 (impresso) ISSN 2177-6458 (eletrônico)</p> <p>1. Direito – Periódicos. I. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília.</p>
--------	---

## CONSELHO EDITORIAL

Gabriel Pedroza Martins Hernandez  
Letícia de Amorim Santos  
Diego Matos Alves  
Matheus Lopes Dezan  
Rafael Luís Müller Santos  
Sandryelle Cristina Alves da Silva

## EDITORES-ASSISTENTES<sup>1</sup>

Ana Júlia dos Santos Brito	Leonardo Muhammad Luzente Paulo
André Luis Diniz Souza da Silva	Letícia Rejane Duda Moreira
Camila Cristina da Silva	Lorena de Castro dos Anjos
Elma de Oliveira Araujo	Luís Fernando Oliveira de Souza Costa
Fábio Ulisses Sousa	Luís Paulo Cortez Lopes
Felipe Vieira Pontes	Luíza Gatto de Oliveira Baptista da Costa
Gabriel Almeida Cotrim do Nascimento	Maíza Viana de Gusmão Lins
Gabriel Santana Spillari	Maria Clara Teixeira Leitão
Giulia Mariah Pereira Oliveiros Tavares	Maria Helena Fortaleza Vasconcelos Braga
Hemerson Pereira de Souza Alves	Pedro Gualda Garrido Trajano
Igor Marques Caldas Machado	Pedro Henrique Ache Buturi
Isabella Maria Farias Carvalho	Pedro Paulo Trindade Farias
Jéssica da Luz Batista	Rafaela Krauspenhar
João Pedro da Rocha Bessa	Roney Olimpio Barbosa Junior
João Pedro Rezende Tomé	Sâmella Ferreira Gonçalves
João Victor da Silva Amaral	Sofia de Medeiros Vergara
João Victor Figueiredo Soares	Tiago Moreno Paranhos
Júlia Yanis Fidanza Araújo	Victória Lisboa do Nascimento
Kassia Luisi Nogueira	

---

<sup>1</sup> A Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília é composta por alunos de graduação da Faculdade de Direito/UnB.

## **CONSELHO CONSULTIVO**

### **PROFESSORES CONSELHEIROS**

- Profa. Dra. Claudia Rosane Roesler (Universidade de Brasília, DF, Brasil)  
Prof. Dr. Diego Herrera Moraes (Universidade de Brasília, DF, Brasil)  
Prof. Dr. Pedro Felipe de Oliveira Santos (Universidade de Brasília, DF, Brasil)  
Prof. Dr. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

### **PARECERISTAS**

- Prof. Me. Abhner Youssif Mota Arabi (Universidade de São Paulo, SP,, Brasil)  
Profa. Ma. Adriana Avelar Alves (Universidade de Brasília. DF, Brasil)  
Prof. Dra. Adriana Castelo Branco de Siqueira (Universidade Federal do Piauí, PI, Brasil)  
Prof. Esp. Alberto Frederico Teixeira Soares Carbonar (Barral M Jorge Consultores Associados, DF, Brasil)  
Prof. Dr. Alex Lobato Potiguar (Universidade Federal do Pará, PA, Brasil)  
Profa. Dra. Amanda Athayde Linhares Martins Rivera (Universidade de Brasília, DF, Brasil)  
Profa. Dra. Amanda Flávio de Oliveira (Universidade de Brasília, DF, Brasil)  
Profa. Ma. Amanda Nunes Lopes Espiñeira Lemos (Universidade de Brasília, DF, Brasil)  
Profa. Ma. Ana Carolina Trindade Soares Cohen (Centro Universitário Tiradentes, AL, Brasil)  
Profa. Ma. Ana Cláudia Redecker (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, RS, Brasil)  
Profa. Ma. Ana Maria Moreira de Sousa Mendes Bezerra (Centro Universitário Christus, CE, Brasil)  
Prof. Dr. André Rocha Sampaio (Centro Universitário Tiradentes, AL, Brasil)  
Prof. Me. Ângelo Gamba Prata de Carvalho (Universidade de Brasília, DF, Brasil)  
Profa. Dra. Bistra Stefanova Apostolova (Universidade de Brasília, DF, Brasil)  
Profa. Dra. Bruna Feitosa Serra de Araújo (Universidade Federal do Maranhão, MA, Brasil)  
Profa. Esp. Camilli Meira Santos Silva (Universidade Federal do Rio Grande do Sul, RS, Brasil)  
Profa. Dra. Carina Costa de Oliveira (Universidade de Brasília, DF, Brasil)  
Profa. Dra. Christiane Heloísa Kalb (Faculdade CESUSC, SC, Brasil) Paulo, SP, Brasil)  
Prof. Dr. Clarindo Epaminondas de Sá Neto (Universidade Federal de Santa Catarina, SC, Brasil)

Profa. Dra. Cláudia Luiz Lourenço (Universidade Federal de Goiás, GO, Brasil)  
Profa. Dra. Claudia Paiva Carvalho (Universidade Federal do Rio de Janeiro, RJ, Brasil)  
Profa. Dra. Cláudia Rosane Roesler (Universidade de Brasília, DF, Brasil)  
Prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão (Universidade Federal do Paraná, PR, Brasil)  
Profa. Danielle Cevallos Soares (Universidade do Estado de Mato Grosso, MT, Brasil)  
Prof. Dr. Danilo Porfírio de Castro Vieira (Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento, DF, Brasil)  
Prof. Dr. Douglas Verbicaro Soares (Universidade Federal de Roraima, RR, Brasil)  
Prof. Me. Eduardo André Carvalho Schiefler (Schiefler Advocacia, SC, Brasil)  
Profa. Eliana Lima Melo Rodrigues (Universidade Federal do Maranhão, MA, Brasil)  
Prof. Dr. Felipe da Veiga Dias (Faculdade Meridional, RS, Brasil)  
Prof. Dr. Felipe de Melo Fonte (Fundação Getulio Vargas, RJ, Brasil)  
Prof. Me. Felipe Fernandes de Carvalho (Universidade de Brasília, DF, Brasil)  
Prof. Me. Fernando Antônio Barbosa Maciel (Universidade Federal do Alagoas, AL, Brasil)  
Prof. Dr. Francisco Pereira Costa (Universidade Federal do Acre, AC, Brasil)  
Profa. Ma. Giovanna Máisa Gamba (Schiefler Advocacia, SC, Brasil)  
Profa. Esp. Giovanna Milanez Tavares (Universidade de Brasília, DF, Brasil)  
Prof. Me. Guilherme Gomes Vieira (Universidade de Brasília, DF, Brasil)  
Prof. Dr. Gustavo Henrique Carvalho Schiefler (Universidade de São Paulo, SP, Brasil)  
Prof. Me. Gustavo Santana do Nascimento (Faculdade Católica de Rondônia, RO, Brasil)  
Prof. Dr. Iaci Pelaes dos Reis (Universidade Federal do Amapá, AP, Brasil)  
Profa. Ma. Ingrid Cristina Soares (Universidade Federal do Goiás, GO, Brasil)  
Profa. Ma. Isabela Maria Rosal Santos (Universidade Católica de Leuven, Bélgica)  
Profa. Dra. Isabelle de Baptista (Universidade Federal do Maranhão, MA, Brasil)  
Profa. Esp. Ives Nahama Gomes dos Santos (Universidade Federal do Ceará, CE, Brasil)  
Prof. Dr. Jorge Alberto Araújo de Araújo (Universidade Federal do Maranhão, MA, Brasil)  
Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho (Centro Universitário do Estado do Pará, PA, Brasil)  
Profa. Dra. Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya (Universidade Federal do Rio Grande do Norte, RN, Brasil)  
Profa. Ma. Laura Carneiro de Mello Senra (Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados, DF, Brasil)  
Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques (Universidade Federal de Minas Gerais, MG, Brasil)  
Prof. Dr. Leonio José Alves da Silva (Universidade Federal de Pernambuco, PE, Brasil)  
Profa. Dra. Lilian Manoela Monteiro Cintra de Melo (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Prof. Me. Luiz Bruno Lisbôa de Bragança Ferro (Universidade Federal do Oeste da Bahia, BA, Brasil)

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, RS, Brasil)

Profa. Dra. Manuelita Hermes Rosa Oliveira Filha (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Prof. Dr. Marcio Renan Hamel (Universidade de Passo Fundo, RS, Brasil)

Profa. Dra. Maria Carolina Carvalho Motta (Universidade Federal de Goiás, GO, Brasil)

Profa. Ma. Maria Cristine Branco Lindoso (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Profa. Dra. Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino (Universidade Federal do Maranhão, MA, Brasil)

Profa. Dra. Maricí Giannico (Universidade de São Paulo, SP, Brasil)

Prof. Me. Nicolao Dino de Castro e Costa Neto (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Prof. Dr. Otávio Souza e Rocha Dias Maciel (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Profa. Ma. Patrícia Soster Bortolotto (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Profa. Dra. Paulla Christianne da Costa Newton (Universidade Estadual da Paraíba, PB, Brasil)

Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Profa. Ma. Raianne Liberal Coutinho (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Prof. Me. Raimundo Paulino Cavalcante Filho (Universidade Federal de Roraima, RR, Brasil)

Profa. Ma. Renata Santana Lima (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Profa. Dra. Riva Sobrado de Freitas (Universidade do Oeste de Santa Catarina, SC, Brasil)

Prof. Me. Rodrigo Nery (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Prof. Dr. Rubens Beçak (Universidade de São Paulo, SP, Brasil)

Prof. Dr. Sandro Lúcio Dezan (Faculdade de Direito de Vitória, ES, Brasil.)

Prof. Sandro Bortoluzzi Madeira Lamêgo Rodrigues (Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

Profa. Dra. Silvana Beline Tavares (Universidade Federal de Goiás, GO, Brasil)

Profa. Dra. Tanise Zago Thomasi (Universidade Federal de Sergipe, SE, Brasil)

Profa. Ma. Thayse Edith Coimbra Sampaio (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Prof. Dr. Thiago Augusto Galeão de Azevedo (Universidade Federal do Amazonas, AM, Brasil)

Profa. Dra. Trícia Navarro Xavier Cabral (Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

Prof. Bel. Vicente Coelho Araújo (Pinheiro Neto Advogados, DF, Brasil)

Prof. Dr. Vicente de Paula Ataíde Júnior (Universidade Federal do Paraná, PR, Brasil)

Prof. Dr. Walber de Moura Agra (Universidade Federal de Pernambuco, PE, Brasil)

Prof. Dr. Wilson Roberto Theodoro Filho (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

# SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO .....</b>	<b>10</b>
---------------------------	-----------

*Gabriel Pedroza Martins Hernandez, Leticia de Amorim Santos*

<b>BEING RIGHT ABOUT THE LAW ISN'T ENOUGH, AND MAY NOT EVEN BE RELEVANT: IT'S YOUR INFLUENCING AND NEGOTIATION SKILLS THAT MAKE THE REAL DIFFERENCE .....</b>	<b>12</b>
---	-----------

*Graham Massie*

<b>A TUTELA DAS CONDIÇÕES TRABALHISTAS NOS PROCESSOS DE DESCENTRALIZAÇÃO PRODUTIVA: A TERCEIRIZAÇÃO À LUZ DO PRECEDENTE FIRMADO NO TEMA 725 DE REPERCUSSÃO GERAL.....</b>	<b>32</b>
---	-----------

*Maria Cristina Irigoyen Peduzzi*

<b>SUPERENDIVIDAMENTO E ACESSO À JUSTIÇA: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DAS POLÍTICAS DE CONSENSUALIDADE.....</b>	<b>50</b>
---	-----------

*Adailson Pinho de Araújo, José Albenes Bezerra Júnior*

<b>JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE DAS DEMANDAS JUDICIAIS NA COMARCA DE ACOPIARA/CE NOS ANOS DE 2017 A 2019 .....</b>	<b>74</b>
--	-----------

*Agostinho Pinheiro da Silva Neto, Cícera Amanda Guilherme Fernandes*

<b>A CONSTRUÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À CIDADANIA NO BRASIL E A INFLUÊNCIA DA REVOLUÇÃO DE SÃO DOMINGOS: UMA ABORDAGEM SOB O PRISMA DA DECOLONIALIDADE. 90</b>	
--	--

*Caio Pereira Negrão, Raissa de Jesus Nascimento*

<b>A CONSTITUIÇÃO DO OUTRO LADO DO MUNDO: UM ESTUDO ACERCA DO CONSTITUCIONALISMO JAPONÊS.....</b>	<b>117</b>
---	------------

*Carla Cristina de Lima Brasil, Gustavo Cantanhêde dos Reis*

<b>PÚBLICA. GRATUITA. DE QUALIDADE. PARA TODOS: REFLEXÕES PARA AS UNIVERSIDADES PÚBLICAS EXISTIREM, RESISTIREM E SE REINVENTAREM .....</b>	<b>133</b>
--	------------

*Elisa Meirelles Reis*

<b>ALIENAÇÃO PARENTAL: REVISÃO DE LITERATURA EMPÍRICA BRASILEIRA .....</b>	<b>147</b>
--	------------

*Isadora Dourado Rocha*



**A PROBLEMÁTICA DO RECONHECIMENTO DO DIVÓRCIO POR TALAQ NO BRASIL E SUA POSSÍVEL VIOLAÇÃO À ORDEM PÚBLICA.....169**

*Laura Boccardi da Silva, Manuela Thomé da Cruz Bunn, Carla Lerin*

**A RELAÇÃO DA HERANÇA DIGITAL COM AS CARTEIRAS DE CRIPTOATIVOS (CRIPTOMOEDAS E NON-FUNGIBLE TOKENS - NFT) NO DIREITO BRASILEIRO .....185**

*Lucas Brandão Affonso*

**TELETRABALHO: REFLEXÕES INTRODUTÓRIAS NA PERSPECTIVA DA LEI Nº 14.442/2022.....210**

*Marcella Pagani, Caio Afonso Borges, Gabriela Neves Delgado*

**MULHERES NO CÁRCERE, MULHERES DO CRACK: A DELINQUÊNCIA FEMININA COMO AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....226**

*Maria Inês Lopa Ruivo, Eliane Vieira Lacerda Almeida, Lorena Medeiros Toscano de Brito*

**A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTQIFOBIA COMO FERRAMENTA ANTIDISCRIMINATÓRIA: UM DEBATE ACERCA DA EFICÁCIA DO DIREITO PENAL E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS ENQUANTO MEIOS DE PROMOÇÃO DA INCLUSÃO.....243**

*Paulo Henrique Araújo da Silva*

**MULHERES ENCARCERADAS: A VIVÊNCIA DA MATERNIDADE POR MULHERES PRIVADAS DE LIBERDADE NA CIDADE DE VITÓRIA DA CONQUISTA – BAHIA .....257**

*Sabrina Silva Moreira, José Carlos Mélo Miranda de Oliveira*

## APRESENTAÇÃO

É com enorme satisfação que trazemos a público a 22ª Edição da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília (RED | UnB), obra de imensa excelência técnica e que se apresenta para a comunidade acadêmica em momento muitíssimo propício. O lançamento desta edição busca ser um respiro em nome da comunidade jurídico-acadêmica que clama por democracia em meio aos ataques que as universidades brasileiras sofrem diariamente, nos quais a ciência e a pesquisa vêm sendo brutalmente negligenciados.

Preocupados com isso, como jovens estudantes e pesquisadores, a Equipe Editorial da RED | UnB, composta exclusivamente por bacharelandos, quer dar um passo à frente e estar na vanguarda da defesa pela educação. Compreendemos que nosso papel não é apenas o de oferecer uma plataforma de divulgação de pesquisas, mas o de expandir os espaços e incentivar nossos pares, incluindo outros bacharelandos, a participar das discussões acadêmicas mais pertinentes, refinando a técnica científica e jurídica do discurso pelo caminho.

Assim, a RED | UnB cultiva a paixão pelo compartilhamento mútuo de saberes e a esperança de que o conhecimento se constrói dialogicamente ao institucionalizar o espaço de amplo debate que é o periódico há quase trinta anos. Conhecendo a responsabilidade que nos é imbuída, temos a felicidade de tornar pública esta edição que carrega a coragem de autores, do nosso Conselho Consultivo e da Equipe Editorial em participar do debate e pensar um ambiente de diálogo acadêmico acolhedor e equitativo.

Destarte, a 22ª Edição busca honrar a qualidade incomparável e a essência independente que é praxe da RED | UnB ao abordar os mais diversos campos do direito sob uma ótica inovadora e, novamente, corajosa. Assim, brindamos a genialidade dos autores que entre graduandos, graduados, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, transbordam o conhecimentos obtidos junto a instituições importantes, brasileiras e mundiais, como UFERSA, UnB, URCA, UFBA, UNEB, USP, UFSC, UFES, FLACSO, UNICAMP, UFRJ, UFRN, UFPA, FANOIR e UESB.

É com imensa satisfação e honraria que compartilhamos dois artigos inéditos de dois autores de inconcebível referência em suas respectivas áreas de atuação acadêmica e profissional. O primeiro diz respeito ao texto *“Being right about the Law isn’t enough, and may not even be relevant: it’s your influencing and negotiation skills that make the real difference”*, do estimado Professor Graham Massie (Centre for Effective Dispute Resolution). Este artigo propõe uma reflexão necessária sobre métodos de negociação e sua importância e até sobreposição ao próprio direito.

O segundo, de autoria da Professora e Exma. Ministra Maria Cristina Iri-goyen Peduzzi, nos presenteia com uma discussão latente sobre o direito do trabalho sob a ótica do tema 725 de Repercussão geral, discussão de relevante deslinde jurisprudencial no país. O brilhante artigo “*A Tutela das Condições Trabalhistas nos Processos de Descentralização Produtiva: A Terceirização à Luz do Precedente Firmado no Tema 725 de Repercussão Geral*” é o reflexo da construção jurisprudencial sobre o tema de importância social, o qual a RED | UnB possui grande orgulho de oferecer à comunidade acadêmica.

Ainda, no *backstage* de todas essas produções, esteve o trabalho grandioso daqueles que se esforçaram ao longo de todo o processo editorial para que esta edição fosse possível. Enaltecemos o esforço inigualável das pessoas que hoje compõem a nossa querida Revista e são os maiores responsáveis por manter vivo o propósito da RED | UnB: nossos 44 editores e editores-assistentes. Que possamos inspirar nossos pares, incitar mais coragem e manter a paixão editorial viva para que a Revista permaneça e viva para muito além do limitado período de nossas graduações.

Além disso, gostaríamos de agradecer os membros do Conselho Consultivo, formado pelos quatro professores conselheiros e, nessa edição, pelos mais de 70 pareceristas, por todo o auxílio e pelos diversos ensinamentos transmitidos. Em nossa segunda edição seguida, graças ao programa *Elas Avaliam*, garantimos uma maior presença feminina na avaliação de nossos artigos e temos a imensa felicidade de compartilhar que mais de 35 professoras participaram como pareceristas desta edição. Este singelo pontapé é um esforço que demonstra a nossa contínua preocupação para tornar a academia um ambiente de igualdade. Professoras e professores, o alto grau de qualidade do periódico é um reflexo do esmero da avaliação tão criteriosa de cada um e cada uma de vocês.

Por fim, agradecemos aos nossos queridos leitores, que nos acompanham a cada novo lançamento e que demonstram como a coragem de todos esses agentes têm um propósito: o aprendizado. Esperamos contribuir, assim, para a construção de um conhecimento cada vez mais crítico, empoderador e compartilhado.

Com nossos votos de saúde e de uma boa e frutífera leitura,  
*Gabriel Pedroza Martins Hernandez*  
*Letícia de Amorim Santos*

# BEING RIGHT ABOUT THE LAW ISN'T ENOUGH, AND MAY NOT EVEN BE RELEVANT: IT'S YOUR INFLUENCING AND NEGOTIATION SKILLS THAT MAKE THE REAL DIFFERENCE

*Graham Massie<sup>1</sup>*

**Abstract:** Whereas imparting knowledge of the law and its application remains at the heart of legal education, the emergence of Artificial Intelligence technologies is creating a shift in client needs from their lawyers, with a far greater emphasis being placed on their abilities to make best use of the information they hold, particularly in the way that they deploy influencing and negotiation skills to advance their clients' interests. All too often, however, negotiation training courses and textbooks are little more than a series of anecdotes and situational advice. This article seeks to redress the balance by outlining both a mindset and a structure upon which any negotiation might be based. It promotes the value of curiosity, rapport-building and carefully calibrated questioning, rather than tough guy hardball demands, and it provides a five-phase model that gives a structure to a negotiation that highlights the important steps in the process and provides a foundation upon which negotiator can build their practice and skills.

---

1 Director and mediator of Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR) - United Kingdom. Former Chartered Accountant with KPMG.

## INTRODUCTION

Advice to young lawyers throughout the ages has emphasised that knowledge of the law is not the only prerequisite for success in the profession, even when arguing a case in the courtroom. In their classic text of 1911, father and son lawyers from Indiana, Byron and William Elliott relate the following tale:

*If you have a case where the law is clearly on your side, but the facts and justice seem to be against you,” said an old lawyer to his son, who was about to begin the practice of the law, “urge upon the jury the vast importance of sustaining the law. On the other hand, if the law is against you, or doubtful, and the facts show that your case is founded in justice, insist that justice be done though the heavens fall.” “But,” said the young man, “how shall I manage a case where both the law and the facts are dead against me?” “In that case,” replied the old lawyer, “talk around it,” and “the worse it is, the harder you pound the table.”<sup>2</sup>*

This advice has often been repeated, these days in the rather more pithy aphorism attributed to high-profile lawyer Alan Dershowitz that:

“If the facts are on your side, pound the facts into the table. If the law is on your side, pound the law into the table. If neither the facts nor the law are on your side, pound the table.”<sup>3</sup>

This implication of this advice goes to the heart of my thesis, not just for litigators but, in my view, for all lawyers who are representing their clients’ interests. Because prevailing in trial, a debate or a negotiation is not simply a question of being right, of having the law on your side. Rather, it is about being persuasive – persuading juries to accept your arguments, persuading clients to trust you with their important issues, and persuading your counterparts to agree to your proposals in a negotiation.

## NEGOTIATION: A KEY SKILL FOR LAWYERS

It is often said that the three attributes required to be successful as a physician are affability, availability and ability – in that order. The same might be said about what clients are seeking from their lawyers, and certainly there is a growing trend within legal education to teach students a broad range of so-called soft skills in addition to the traditional subjects of knowledge and application of the law.

---

2 ELLIOTT B., ELLIOTT, W. **The work of an advocate: a practical treatise**, Bobbs Merrill Company (2nd edition), 1911, p. 390 ISBN 978-1-34-536197-1

3 NAVARRETTE, R., Pounding the table about border episode, **Fort Worth Star-Telegram**, Fort Worth, Texas, Page E3, Section: Weekly Review, March 4, 2007

Quite why we call them soft skills is beyond me, because so many are really quite hard to master. But it is important that we do, particularly in a changing world where the rapid emergence of Artificial Intelligence (AI) technologies is now taking over some of the traditional roles of lawyers, namely knowledge of the law, review and collation of documentary evidence, and research of precedents. As information processing and analysis becomes easier, and accessible to all, a lawyer's competitive advantage will cease to be based upon their technical knowledge and will, instead, shift towards their abilities to make best use of the information they hold.

One of the key attributes that will be increasingly important in this new legal environment is the ability to deploy information and analysis in order to advance a client's interests. Most commonly used in negotiations, a key skill for lawyers is the ability to influence others, not only by being right on a particular point but more importantly by being effective in the way that they communicate and build relationships with their clients and counterparts.

To give a brief example of the value of these softer skills, based on a case I worked on as a mediator recently. There was a contractual dispute between an asset leasing business ("Lessor") and an equipment broker ("Broker") about the terms of a contract under which a number of mid-size computers had been leased by Lessor to Broker. The problem arose about ten months into the deal when Lessor made contact with Broker with a view to arranging the return of the equipment at the end of the first year of leasing. At this point it emerged that the parties had very different views about the deal they had entered into. Lessor was very clear that they had signed up to a twelve-month deal, and they were able to point to the terms of the contract which said exactly that. However, Broker was adamant that they had a four-year deal; indeed, they had sub-let the computers on to a number of their customers on four-year terms, so they said that, even if they wanted to, they were in no position to return the equipment. Hence, lawyers were instructed. Lessor's lawyers argued that the agreement clearly said twelve months, so they demanded a return of the equipment, whilst Broker's lawyers initially argued that a four-year contract had been agreed, regardless of what they saw as an error in the written document; they also claimed that there had been fraudulent misrepresentation in the way that the deal had been sold to Broker.

From this point onwards, exchanges between the respective lawyers lapsed into endless arguments about the true nature of the contract, and of course they got nowhere, with one side arguing about the law, the other arguing about the underlying facts, and both sides increasingly pounding on the table. Both lawyers believed they were right, but nothing was achieved. Thus, it was only when a mediator

became involved that a series of additional, and very different questions, came to light: Were there in fact two contracts, a written contract for the first twelve months and an oral agreement that further arrangements would be put in place for later years? Or why could a further lease agreement not be put in place? Why was Lessor so anxious to retrieve the equipment? Was there any way that Broker could solve their own problem by doing a deal with their own client? Had they even spoken to them yet? What would happen if agreement could not be reached? Was this really a case to fight through the courts or would it make more commercial sense for the parties to agree a settlement? Is there any particular shape of a deal that might be made to work?

I would accept that these are all good questions which an experienced lawyer might well consider. However, in order to obtain answers, the lawyer needs to do far more than simply think; they need to use their soft skills first to obtain information from the other side and then to influence the course of a negotiation in order to move towards an acceptable settlement of the dispute. Thus the client's need is not only for a lawyer who can analyse their case and give them accurate legal advice but rather, and often more importantly, it is the lawyer who will be expected to take a lead in the negotiations.

Acquiring negotiation skills is, therefore, now becoming an important element within legal education. All too often, however, training courses and the many textbooks upon which they are based are little more than a series of anecdotes and situational advice. These may well be of assistance if a student should happen to come across exactly the same situation in their own career and can remember the story, but otherwise this approach seem to me to be of limited educational value. Rather, I believe that what a student of negotiation needs to be both confident and effective is a methodology, that is, a mindset and structure upon which a negotiation, on any topic, might usefully be based.

Firstly, a word about mindset. Unfortunately, popular culture has promoted the notion that the best negotiators are tough guys, the larger-than-life business moguls who play high stakes poker in their downtime when they're not involved in shoot-outs across the boardroom table. Like most stereotypes there may be some partial truths in here, especially in that difficult negotiations are, by definition, not easy. But that does not mean to say that hardball antagonism is a sensible default strategy. One of the key principles of Fisher and Ury's landmark text, *Getting to Yes*, is to "*separate the people from the problem*".<sup>4</sup> By all means be hard on the problem

---

4 FISHER, R.; URY, W.; PATTON, B. **Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In** (2nd ed). New York: Penguin Books, 1981 ISBN 978-1-84-413146-4

but don't let people issues such as emotions and ego get in the way. As Chris Voss<sup>5</sup> gives us a lesson from an old editor of the Washington Post, Robert Estabrook "*He who has learned to disagree without being disagreeable has discovered the most valuable secret of negotiation.*" This is why so much of the FBI's Crisis Negotiation Unit's Behavioral Change Stairway Model for a negotiation process includes so many key elements of relationship-building:

- **Active Listening** - Listen to their side and make them aware you're listening
- **Empathy** - Get an understanding of where they're coming from and how they feel
- **Rapport** - Empathy is what you feel; rapport is when they feel it back and start to trust you
- **Influence** - Only now have you earned the right to work on problem-solving and recommend a course of action.
- **Behavioural change** - The final step in the process only happens once all of the previous steps have been achieved.

It is not a police negotiator's task to bargain a demand for, say \$5 million and a jet to Cuba down to \$1 million and a helicopter. However, difficult as their job may be, a Crisis Negotiator has one particular advantage, namely that they go into every negotiation already knowing what their objective is, namely to get their hostages freed smoothly and without loss of life. Usually it's also fairly clear what the hostage takers want. But for commercial negotiators, and their legal advisers, it may not always be clear what their clients, or their counterparts, want. Or rather, you may know what everyone says they want but are all the details clear, including what they may be prepared to trade away to get what they want?

For this reason, having a proper preparation is the first phase in any important negotiation. So this is the first step in what I regard as a five-stage process for effective negotiation.

### PHASE ONE - PREPARATION FIRST

I can almost guarantee that one day this will happen to every young lawyer. You'll be sitting at your desk when the telephone rings and your lawyer who is representing your client's counterpart in a negotiation comes on the line and says something like "*Why don't we see if we can settle this matter right now. How's this for an*

---

5 VOSS, C. **Never Split the Difference: Negotiating As If Your Life Depended On It.** New York: HarperCollins, 2016, p.150 ISBN 978-0-06-240780-1



*idea?*” And before you know it, you’re sucked into a negotiation even though thirty seconds earlier you were thinking about an entirely different client’s case. But how can you possibly do your best in such a situation?

Negotiation is a serious business, and yet all too often I see experienced lawyers and businesspeople embark on the process with little or no forethought. As a result, even if they do get to an agreement, more often than not it is not the best agreement that could have been achieved – sometimes money or other value is “left on the table,” and/or relationships are damaged as a result of a haphazard process. Clearly unexpected things happen in a negotiation, but our chances of being able to think on our feet are significantly improved if we start from a solid understanding of what is at stake, where each side is coming from.

At the start of most of my mediations, I try to have a private conversation with each side in which I’ll ask about their proposed negotiation strategy for the day. But all too often all they have to tell me is that “*we’re not going to settle for less than \$x.*” This tells me they have a goal in mind, but they don’t have a plan of how to get there. Nor have they really thought about what may be important to their counterpart – perhaps because people usually see negotiation as an exercise in getting what their side wants, they tend to focus on their own perspectives. This is not a good way to start. Instead, I would encourage you to regard negotiation as an exercise in influencing – to get a good deal you need to work out how to persuade your counterpart to give it to you. So that means not only thinking about what your aide wants but also thinking about the others side’s perspective.

The Program on Negotiation at Harvard Law School publishes a negotiation preparation checklist<sup>6</sup> that has 32 separate questions to consider, far too many to include in this article. So here is my top six:

1. What do I want from this negotiation? List short-term and long-term goals and dreams related to the negotiation.
2. What are my strengths—values, skills, and assets—in this negotiation?
3. What are my weaknesses and vulnerabilities in this negotiation?
4. What are my interests in the upcoming negotiation? How do they rank in importance?
5. What is my best alternative to a negotiated agreement, or BATNA? That is, what option would I turn to if I’m not satisfied with the deal we negotiate or if we reach an impasse? How can I strengthen my BATNA?

---

<sup>6</sup> PROGRAM ON NEGOTIATION, HARVARD LAW SCHOOL. A Negotiation Preparation Checklist. <https://www.pon.harvard.edu/daily/negotiation-skills-daily/negotiation-preparation-checklist/>

6. Are there cultural differences, relationship issues or emotions that we should prepare for?

And once you have answered those questions about your side's views, ask yourself the same questions about what your counterpart's views might be, the classic task of putting yourself in the other person's shoes. Perhaps this process will give you some insight as to where the Zone of Possible Agreement (ZOPA) might be, that is the range of outcomes which would mean that, for both sides, a deal was better than no deal. Alternatively, perhaps you don't yet have information to work out the ZOPA with any degree of accuracy, but can you at least make a best estimate and also work out what questions you need to ask if you are to come up with a clearer view?

Then, and only then, do you start to think about your strategy. Certainly, this will involve thinking about what arguments might be advanced, what concessions offered, and what trade-offs agreed, but the one aspect which is frequently overlooked is to think about the negotiation process. Are you, for example, going to spend any time thinking about whether work needs to be done to establish either the scope or sequencing of the negotiation before detailed discussion begin. Within the diplomatic context, it is quite common for junior officials (sometimes referred to as *"the sherpas"*) to conduct early talks about agendas, timing and attendance before the main players get involved. These are sometimes referred to as *"talks about talks."* You may not always have sherpas to do this work for you, but even than a discussion about process (*"how are we going to do this"*) can be good way to start as it provides an early opportunity for collaborative problem-solving

There are also many occasions on which it can be beneficial to build relationships before the main details of the negotiation get started. For example, a few years ago I facilitated a negotiation between a group of farmers and the factory which bought their crops (sugar beet). Both sides put forward sizeable teams of individuals who were very knowledgeable about their respective businesses, but they did not know each other very well. So, before any detailed negotiations started, I arranged for three semi-social occasions to which everyone was invited. Firstly, we had a purely social lunch for everyone so they could meet outside a professional setting, and with a rule that no business was to be discussed. Then, we went on a tour of a farm and learnt about all of the challenges in growing sugar beet. And finally, we went on a tour of the factory to see how the beet was turned into sugar before sale to consumers. The resultant negotiations then went very smoothly as relationships had been formed and empathy established, particularly in relation to the business challenges faced by each side of the industry.

To summarise the various aspects to consider in preparation for a negotiation, Dr Chamoun-Nicolas<sup>7</sup> coined The 6 P's:

- **People** - the players
- **Process** - the negotiation process and its parts
- **Power** - the sources of power, or leverage in the negotiation
- **Product** - the items under negotiation, or the opportunity to be analysed
- **Problem** - the nature of the dispute or conflict
- **Prognosis** - the forecasted outcomes of the negotiation

Only once all of these issues have been thoroughly considered should the negotiation be opened.

## PHASE TWO - OPENING THE NEGOTIATION

Negotiation is a process of human interaction, and like all interactions you only get one chance to make a good impression. Furthermore, it all happens very quickly. Research<sup>8</sup> has shown that human beings take just one-tenth of a second to judge someone and make a first impression, and that the more time individuals are afforded to form the impression, the more confidence they have in those impressions. Hence, at the outset of a negotiation even in the first split second we will be assessed, and an initial impression formed. Hence, it is vital that we make a positive impact on our counterpart right from the outset of the negotiation (and even before that if there are pre-meeting first interactions about logistics or other practical matters or, of course, the ritual exchanges of robust correspondence between lawyers).

So, with that caution in mind, what needs to go into an effective opening to a negotiation? Again, as with the Preparation phase, don't just think about what you want to say. Instead, think more of the Opening phase as being an opportunity both to gather information and to influence rather than just being about advocating.

Professor Brian Mandell<sup>9</sup> of the Harvard Program on Negotiation talks about the importance of "*The First 180*", the initial 180 seconds of a negotiation. All too often we experience relationships which "*get off on the wrong foot*" and become

---

7 CHAMOUN-NICOLAS, H; LINZOAIN, P. **Deal – Guidelines for a flawless negotiation**. Kingwood, Texas: Keynegotiations LLC, 2004. ISBN 978-0-97-283172-7

8 WILLIS, J.; TODOROV, A. First impressions: Making up your mind after a 10-Ms exposure to a face. **Psychological Science** 17(7) p. 592-598, 2006

9 PROGRAM ON NEGOTIATION, HARVARD LAW SCHOOL. *The First 180* – Prof. Brian Mandell. <https://www.youtube.com/watch?v=2tC8VTc7pps>

problematic as a result of a slight or misstatement right at the outset. But that early time in a negotiation can be very valuable to set the stage for what is to come. Nothing in the first five minutes of a negotiation should be dismissed as “*small talk*” and there is no difference between soft and hard issues.

Here’s some things you might look to achieve in the early exchanges:

- **Set the tone** - is your tone more collaborative than competitive? what about theirs? can you influence the other side to mirror your collaborative approach?
- **Frame expectations** – send signals as to what might be possible even before your first offer and also signal a readiness to make the first offer
- **Start to build rapport and trust** – are you seeking their language? identify low-cost opportunities for trust-building and value creation

Listen, for example, to what former FBI crisis negotiator, Frederick Lanceley<sup>10</sup>, suggests might be the first words spoken by the first officer to arrive at an incident: “*Hello in there. My name is \_\_\_\_\_ with the \_\_\_\_\_ Police (or Sheriff’s) Department. Everything is under control here. Is everything all right in there?*” That simple statement conveys friendliness, concern and, above all, it sends a calming message - “*we’re under control here, so you be too.*”

That introductory statement was devised by the instructors at the FBI Academy and is a good illustration of the point that we can all learn simple phrases that we can use again and again in our negotiations. This is not to say that everything should be scripted. The idea that much of an opening statement can be scripted can be dangerous for, as Mike Tyson famously said, “*everybody has a plan until they get punched in the mouth.*” In other words, it is very hard to think straight, remember your plan, and fight effectively when you’re surprised, angry, or under pressure. But that is not an argument against any preparation at all. Because, although the quotation is usually credited to the US SEALs, it was the Greek lyric poet, Archilochus, who first came up with the aphorism that “*We don’t rise to the level of our expectations, we fall to the level of our training.*” For it really is far easier to come up with the right words to say in a given situation if you have encountered that situation before and/or have thought about what works and what does not. Like all experienced negotiators, I have my list of stock phrases which get used on a regular basis – my favourite list has ten different ways not to give a direct answer to an apparent “*yes or no*” question. In addition, before going into a negotiation I will not only complete the prepara-

---

10 LANCELEY, F. **On-Scene Guide for Crisis Negotiators**. Boca Raton: Florida. CRC Press LLC, 2003. ISBN 978-0-84-931441-4

tion exercises described in the earlier section above, but I will also think about how I am going to frame my language to achieve the maximum influencing impact on my counterparts. For example, if I have a counterpart who clearly wants to push hard for what I would regard as an unacceptable outcome, I will do my best to appear very reasonable but, at the same time, very firm. Whereas if I perceive my counterpart as sensitive, defensive or guarded, I will emphasise my genuine curiosity, openness and transparency. That's not to say that I am ever pretending to be someone that I am not as one of the other golden rules of negotiation is never to lie, not least because there is probably no way back to trust if/when you are found out. There is, however, an element of the chameleon in most effective negotiators. Or, more to the point, whilst we will each have a default style as to how we respond in conflict situations (the Thomas-Kilmann Conflict Mode Instrument<sup>11</sup> identifies five major styles: collaborating, competing, avoiding, accommodating, and compromising), the effective negotiator needs to have the facility not only to respond to individuals displaying differing styles but also to move seamlessly from one style to another according to the situation.

To summarise, too many negotiators see the opening as simply being about setting out their stall and putting their own demands on the table. But the more effective strategy starts from a mindset that your early objectives are both to gently influence and to gather information and understanding. This mindset then continues into the vital Exploration phase of the negotiation.

### PHASE THREE - EXPLORING FOR GOLD

People are involved in negotiations almost every day of their life. As a young child, we negotiate with our parents to get what we want, using the only tactic we know at that time, screaming and shouting. Most of us learn to moderate that behaviour (sometimes) as we grow up, but the underlying approach generally remains the same, namely that human beings negotiate by moving very quickly to the substance of the matter, the price, and focussing on what they want. Even after we learn to trade, usually starting out with *"I'll be your best friend"* as the currency of many deals in the playground, our natural approach is linear and straightforward. Thus, in a market or souk where it is known that goods do not have a fixed price and that haggling is the norm, most people's approach is simply to say *"hello, how much is that urn?"* or, occasionally, *"hello, I'll give you \$10 for that urn"*. Now maybe for

---

11 KILMANN DIAGNOSTICS. An Overview of the TKI Assessment Tool. [www.kilmandiagnostics.com/overview-thomas-kilman-conflict-mode-instrument-tki](http://www.kilmandiagnostics.com/overview-thomas-kilman-conflict-mode-instrument-tki).

a \$10 urn that's all the effort you really want to put into the negotiation, but in my experience that's how many people approach discussions about more important matters as well. They attempt to go straight to the answer.

Even with a \$10 urn there are a lot of questions that you might ask before making a bid. For example, where did it come from, what is it made of, how old is it, are there many of these around? Getting the answers to just those few questions would put you in a better position to haggle for the urn as then you would have information with which to assess, and possibly refute, what the trader was asking for.

How much more powerful would that approach be if we extended the idea to far larger commercial negotiations, asking a lot of questions rather than rushing into haggling? This is what the Exploration phase in negotiation is all about, gathering information and building relationships.

One of the core tenets of current negotiation theory, again explained very clearly in Fisher and Ury's *Getting to Yes*, is the idea of looking beyond what your counterpart says they want (their position), and instead try to learn about why they are saying what they are saying, and what is really important to them (their needs and interests). The Exploration phase addresses this objective, but clearly to find out this sort of information you have to persuade your counterpart to open up to you as they're not going to give you a complete answer if you just ask, "*so what are your needs and interests?*" I don't think a police crisis negotiator would get very far if they put that question to a hostage-taker. The policing metaphor is, however, very apt as Malhotra and Bazerman describe a process of investigative negotiation:

*"Investigative negotiation is both a mindset and a methodology. Investigative negotiators approach negotiations the same way a detective might approach a crime scene: the goal is to learn as much as possible about the situation and the people involved."<sup>12</sup>*

To be clear, however, the objective has to be far more than simply finding out what your counterpart says they want. Chris Voss gives a list of what he calls "*calibrated questions*" that he frequently uses in negotiations:

- *What about this is important to you?*
- *How can I help to make this better for us?*
- *How would you like me to proceed?*
- *What is it that brought us into this situation?*
- *How can we solve this problem?*

---

12 MALHOTRA, D.; Bazerman, M. **Negotiation genius: How to overcome obstacles and achieve brilliant results at the bargaining table and beyond** New York: BantamDell. 2007, pp. 83-102. ISBN 978-0-55-380488-1

- *What's the objective? / What are we trying to accomplish here?*
- *How am I supposed to do that?'*

You may notice that none of these questions begin with the usual word used to seek understanding: “*why*.” Voss suggests that this is because “*why*” can be taken as accusatory. This is about the language you use rather than the intent behind your questioning – “*why did you do it?*” may come across as harsh, but “*what caused you to do it?*” takes away the emotion and makes the question less accusatory. And if you say “*yes*” when your counterpart asks for something, does that mean “*yes, I understand*” or “*yes, I agree*”? For me, this are examples of how just the simplest word can make a big difference. Furthermore, quite often in difficult negotiations, a key factor is not just what you say or ask, but how you do it. It may or may not be true, but Albert Einstein<sup>13</sup> is oft quoted as having said that “*If I had an hour to solve a problem and my life depended on it, I would use the first 55 minutes determining the proper question to ask, for once I know the proper question, I could solve the problem in less than five minutes.*” This speaks to the importance of preparation, but it also raises the notion of asking the right question at the right time and, in particular, not asking it too early. For the right question at the wrong time, for example if it is premature because trust has not been established yet, may trigger a set-back in the negotiation process. Ultimately, it is not what I say but what you hear that matters in sensitive communications, and quite often the subtle or indirect questions are more effective than being those which are too direct.

Of course, what is even more effective in the Exploration phase is if you can encourage your counterpart to open up to you without your even having to ask many questions. This is where Active Listening is so often mentioned. Unfortunately, the term has sometimes been categorised simply as a list of things to say or do when someone is speaking to you but there is actually far more to it than that as the overall objective is for the listener to fully concentrate in order to understand, respond and remember what is being said. This goes way beyond simply hearing the words that another person speaks as it also requires also seeking to understand the meaning and intent those words. It requires being an active participant in the communication process, and that means:

- **Being fully present in the conversation** – listening with all of your senses (sight, sound, etc.) and giving your full attention to the speaker
- **Paying attention to non-verbal cues** – are they talking fast or slow? What is your own body language conveying – are you using open, non-threaten-

---

13 Original source unknown – may be apocryphal

ing body language, smiling while listening, leaning in, and nodding at key junctures?

- **Keeping good eye contact** – but without staring as that can be creepy
- **Asking open-ended questions** – see the previous list of questions from Chris Voss; they all invitations to give thoughtful and expensive responses rather than simple yes or no answers
- **Reflecting what you hear** - after the person has spoken, tell them what you heard, as this ensures that you have understood their thoughts, ideas, and/or emotions accurately.
- **Being patient** – give people the time to say what they are thinking without having you try to finish their sentences for them, and don't jump in with your own ideas, opinions and solutions
- **Withholding judgment** – do all of the above whilst remaining neutral and non-judgmental in what you say and, what is even harder, managing your own mindset so that you remain just as interested, engaged and empathetic regardless of whether or not you agree with anything the other person is saying.

In summary, the goal of the Exploration phase is to gain insights in your counterpart's underlying interests so that you can then assess whether there may be ways of meeting those needs without becoming blocked by what appear to be irreconcilable demands.

The term “*win-win*” is often used to describe the desired outcome but, again, this term has become devalued and misunderstood through over-use. As Ronald Shapiro puts it:

*“The trouble is, it’s unrealistic. The expression win-win has become more of a pop cliché than a negotiating philosophy. It’s either a winner’s rationalisation for lopsided triumph, a loser’s excuse for surrender, or both sides’ phrase for when everybody is equally happy. There’s rarely such thing as both parties winning identically, that is, both getting all of what they want. One party is bound to get more and one less, even if both sides are content with the outcome.”*<sup>14</sup>

So, having worked through all of the above stages, your task is to make sure that, whilst it would be good if both parties could be content with the outcome, if someone is going to come out ahead, it would be great if it was you.

---

14 SHAPIRO, R. **The Power of Nice – How to negotiate so that everyone wins – especially you.** Hoboken, New Jersey: John Wiley & Sons, 2015. p. 47. ISBN 978-1-11-896962-5.



## PHASE FOUR - BARGAINING FOR ADVANTAGE

This is what the Bargaining phase of the negotiation is all about – the best way to get most of what you want is to help the other side get some of what they want. Conventionally this happens by way of a process in which one party puts forward a proposal and then the other responds by saying yes, no or by making a counter-proposal. And often, after a series of proposals and counter-proposals, the parties gradually edge towards each other until a deal is agreed.

This ritual is so well established in our behaviour that anyone who tries to break away from “*the negotiation dance*” is likely to be regarded as a fool. After all, when you make an offer in a bargaining situation, do you really expect people to accept that first offer, and what would you think of them if they did? In my experience, we’re so accustomed to doing the dance that, if anyone did accept a first offer our natural reaction would be to conclude that a mistake had been made. If I’ve offered an amount to buy something and that offer is immediately accepted, I’ll be thinking that I’ve clearly over-pitched my offer; and conversely the seller is thinking that, if only he’d waited longer he could have got a higher offer out of me.

So, there is an expectation that we will do the negotiation dance and going too quickly rarely results in the best outcomes. However, that doesn’t mean that we have to abide by all of the traditional rules. For example, just because or counterpart makes you an offer, you aren’t obligated to say either “*yes*” or “*no*.” There is a third way which is to say, “*thank you for the offer; can you please just explain how you got to that number?*” In other words, you’ve stepped out of Bargaining and gone back in to the Exploration phase to ask another question – and, hopefully, you will be rewarded with a response which gives you more insight as to your counterpart’s thinking. This is a standard piece of negotiation advice wherever you are in the process – if you are ever stuck, go back to Exploration and ask more questions.

However, if we are going to do the negotiation dance as everyone expects, the question arises as to what is the point of making an offer which we know, or at least expect, is not going to be accepted. Are we not just wasting time?

My response to this is that we are not wasting time by making offers that are unlikely to be accepted but, instead, we are engaged in a process of signalling and influencing. So when I make an offer in a negotiation, I’m not necessarily expecting it to be accepted but, instead, I am sending a message as to where I believe a deal might be done. Using the cliché of a negotiation ballpark, my initial offer and any subsequent moves will be designed to shine a spotlight on the ballpark in which the

deal should fall, and ideally on my side of that ballpark. There are two components to this approach, the initial offer and the subsequent movements.

On the question of where an initial offer should be pitched, and who should make it, negotiation literature still reveals some differences of opinion but, in my view, the evidence is gradually coming out in favour of the advice that you should endeavour to make the first offer if at all possible, provided that you know what you are doing (in other words, that your Preparation and Exploration work has gone well). Proponents of this advice point to the effectiveness of Anchoring, the heuristic whereby people rely too heavily on the first piece of information they receive. When we are setting plans or making estimates about something, we interpret newer information from the reference point of our anchor, instead of seeing it objectively. Within a negotiation context, this might mean that a counterpart would focus their attention on our proposal and how that number might need to move in order for it to be acceptable to them, rather than thinking directly about their own target number.

There is substantial experimental evidence that confirms the power of anchoring. However, there is a contrary view, namely that you should endeavour to let the other side go first as you might be surprised by the generosity of their offer. This might particularly be the case if you are negotiating about something on which you have only limited information. So the argument is that you may get lucky by not going first, though of course you have to be very alert to the risk that it will then be you that is at risk of being anchored.

As for the question of how subsequent negotiation moves should be structured, there is an approach called Ackerman Bargaining<sup>15</sup>. Personally, I wouldn't follow it explicitly as I find it too rigid, but it is worth analysing as its underlying theory makes a number of important points.

In essence, Ackerman Bargaining is a process in which, having worked out your target price (in this case, let us assume that you are the prospective purchaser), you first offer 65% of that price then, at later stages, increase it in decreasing increments to 85%, then 95% and finally 100%<sup>16</sup>. At each round of the negotiation dance, use a lot of empathy and different ways of saying “no” to get the other side

---

15 Voss (ibid pp205-206) credits the creation of this approach to a former CIA officer, Mike Ackerman, who went on to found a kidnap-for-ransom consulting company. Perhaps unsurprising given the nature of this work, there does not appear to be any other public document to corroborate this attribution

16 Conversely, if you are the seller, start at 135% and then go down to 115%, 105% and then 100%

to counter-offer before you make another move and, finally, when you get to your final number, give them a precise non-round number. Also, throw in a non-monetary item (that the other side probably don't want) to show that you've reached your limit.

For me, this all sounds a little too formulaic. However, Chris Voss relates that it worked well for him, and I can see that there are a number of important psychological factors at work in the model:

- An aggressive opening offer that, if played well, could have a strong anchoring effect (However, to achieve that, you will most likely have to put a strong explanation around your figure. There is a general rule here – if you are going to make an aggressive proposal, wrap it up with a very strong explanation).
- A series of moves from the opening bid but with each move by a smaller amount, thereby sending a signal that you are getting close to your limit.
- A system designed to encouraged reciprocal movement from your counterpart; since you have moved your offer you might suggest that they now ought to do the same.
- The non-round number conveys a very strong message that the figure has been very carefully worked out, thus giving it additional credibility. For example, the current starting list price of a 2022 Ferrari 296GTB is \$322,986<sup>17</sup>, a figure which makes little objective sense as surely anyone in the market for such a car could just as well afford \$323,000, or even a little more with rounding up. The point, borne out by research such as that of Matti Keloharju<sup>18</sup>, a visiting scholar at Harvard Business School, is that this apparent accuracy adds credibility to the bid and increases the likelihood that it will be accepted.
- The final gesture of the trivial non-monetary amount sends a signal that you have nothing left to offer.

The above approach is clearly simplest in the context of a single-issue negotiation such as the sale and purchase of an asset. However, many commercial negotiations have more complexity in that there are multiple issues to be agreed. As previously discussed, it is commonplace to agree an agenda of topics to be dis-

---

17 CAR AND DRIVER. 2022 Ferrari 296GTB. <https://www.caranddriver.com/ferrari/296-gtb>

18 KELOHARJU, M.; HUKKANEN, P. Initial offer precision and M&A outcomes. **Harvard Business School Working Paper**. No 16-058, 2015.

cussed as part of the planning or opening of a negotiation. However, there is a trap in a written agenda in that it encourages a linear approach in which the first issue is discussed and agreed and only then does the discussion move onto the second topic.

This approach presents particular disadvantages for the negotiator. If issues are dealt with and agreed one by one in as linear fashion, there are no opportunities for logrolling, that is the trading of a concession on one topic for progress on another. As an economist would tell us, any scenario in which one of us places a high value on one thing and the other places a higher value on something else, there is scope for a mutually beneficial trade under which we both get what we most value. However, to achieve that end, firstly, we have to go through a thorough Exploration phase so that our respective priorities can be surfaced and, secondly, we have to agree a bargaining process in which everything is agreed in the round, as a package deal, rather than issue by issue.

In multiple issue negotiations, there is also an advanced version of logrolling known as Multiple Equivalent Simultaneous Offers (MESOs). This technique involves advancing at least three different package deals at the same time on the basis that you will not mind which option your counterpart selects as they are all of equal value in your own mind. For example, in a salary negotiation you might realise that you would be willing to accept any of the following employment packages: \$80,000 per year with two weeks' vacation and 30% travel; \$75,000 with three weeks' vacation and 25% travel; or \$65,000 per year with four weeks' vacation and 5% travel. Research<sup>19</sup> has shown that negotiators who offered MESOs were able to secure more economic and relational value. That is, the presentation of options yielded stronger outcomes because they were more likely to include an economically attractive starting point for recipients. Furthermore, they were perceived as showing a more sincere attempt at reaching agreement, leading to a more co-operative negotiation climate. The only cost of the strategy is that it requires thorough preparation prior to entering into a negotiation.

## PHASE FIVE - CONCLUDING THE DEAL

The example I gave earlier about the problems that Lessor and Broker found even after they thought they had reached a deal is a useful reminder that negotia-

---

19 LEONARDELLI, G.J.; GU, Jun.; et al. Multiple equivalent simultaneous offers (MESOs) reduce the negotiator dilemma: How a choice of first offers increases economic and relational outcomes. **Organizational Behavior and Human Decision Processes**. Vol. 152. pp. 64-83, 2019.

tions can easily go wrong even at this late stage. Sometimes individuals are tired, mistakes are made, and misunderstandings occur which will only be discovered at a later date. There can also be a tendency, when the euphoria of getting to an apparent agreement is high, that we relax and drop our vigilance.

This phase of the negotiation is, therefore, a key moment when the professionalism and thoroughness of legal advisers is required. Do not, however, assume that the negotiation is over and that all that is required is some accurate drafting to record what has been agreed. It is quite common for additional issues to emerge at this stage, whether because a point of detail has been overlooked or because there has been some misunderstanding. And when this happens, the appropriate response is to cycle back to the Exploration phase of the process and ask more questions before arguing about a point.

More positively, just because it appears that agreement has been reached, there is no reason why a discussion cannot be held along the lines of *“how can we make this deal even better?”* Sometimes everyone will be too exhausted to have this further conversation but, in my experience, when it does happen it is quite common for some additional matters to surface – these may not have been mentioned before because they were immaterial in the context of the wider negotiation but, now that the pressure is off and (ideally) there is a spirit of co-operation in the air, additional agreements on these smaller items might become possible.

Finally, a reminder that different cultures place different degrees of emphasis on the importance of a formal written agreement. In the West, a contract is likely to be regarded as an agreement between parties which binds them, and which each can rely upon to police the other’s activity in the future. Here, the contract is viewed as the full-stop at the end of the negotiation sentence. However, in many other cultures, a contract is no more than a statement of the best agreement at a moment in time and if circumstances were to change it would be unreasonable for reasonable people with good relationships to expect anybody to abide by the original terms of the contract. Negotiating across a cultural border creates a considerable number of additional challenges, too many to over here, so I will just make one important point, namely to ensure that these aspects are thoroughly researched and planned for as part of your Preparation phase.

## CONCLUDING REMARKS

It is often said that the law has a life of its own; it adapts with the needs of society, repairs itself and defines its own persistent identity. Clearly a strong knowledge of the law and its application is a key foundational skill for lawyers but so-

called soft skills such as resilience, communication, commerciality, critical thinking, problem-solving and collaboration as equally essential. Negotiation ability plays an important part of this skillset, but lawyers and other professionals often overlook the need for proper training in this area, perhaps because it is one of those things that we instinctively believe that we are good at. An article in London's *Financial Times*<sup>20</sup>, headlined "Negotiation is tough and should be left to professionals" quotes an experienced negotiator as commenting that *"Everyone thinks they're a negotiator and they think they should be wheeled in to save the day...but the more senior the person that does the deal, the worse the deal."* That same article reports that a survey nearly of 5,000 untrained negotiators in 31 countries revealed that less than a quarter of their business negotiations ended in stronger relationships and higher long-term value. Among other weaknesses, inexperienced dealmakers admitted to a lack of preparation and ethical lapses. For instance, 38 per cent of sellers said they thought it was acceptable to lie to their counterparts.

The skills of an effective negotiator are drawn from disciplines as varied as economics, law, psychology, mathematics, game theory, conflict management, organisational development, international relations and law enforcement. Negotiation itself may be as old as the ages, but it is still evolving. Furthermore, effective negotiation is still an art, to be developed through practice and experience, rather than through formal learning from the numerous textbooks and academic papers on the topic. Nevertheless, there are clear foundational blocks which a lawyer should build upon as part of their formal training. As detailed in this article, these include having an enquiring mindset, having a structure upon which to base your practice, and having a clear understanding of the importance of relationships and process rather than merely focussing on your target outcome.

For, as I suggested earlier, negotiation is not a process about fighting for what you want; rather, it is a process of persuading your counterparts to agree to let you have it.

---

20 HILL, A. Negotiation is tough and should be left to professionals: Haggling over detail requires experience, humility and boundless patience. **Financial Times**. 20 January 2020.

## REFERENCES

- CAR AND DRIVER. 2022 Ferrari 296GTB. <https://www.caranddriver.com/ferrari/296-gtb>
- CHAMOUN-NICOLAS, H; LINZOAIN, P. **Deal – Guidelines for a flawless negotiation**. Kingwood, Texas: Keynegotiations LLC, 2004. ISBN 978-0-97-283172-7
- ELLIOTT B., ELLIOTT, W. **The work of an advocate: a practical treatise**, Bobbs Merrill Company (2nd edition), 1911, p. 390 ISBN 978-1-34-536197-1
- FISHER, R.; URY, W.; PATTON, B. **Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In** (2nd ed). New York: Penguin Books, 1981 ISBN 978-1-84-413146-4
- HILL, A. Negotiation is tough and should be left to professionals: Hagglng over detail requires experience, humility and boundless patience. **Financial Times**. 20 January 2020.
- KELOHARJU, M.; HUKKANEN, P. Initial offer precision and M&A outcomes. **Harvard Business School Working Paper**. No 16-058, 2015.
- KILMANN DIAGNOSTICS. An Overview of the TKI Assessment Tool. [www.kilmanndiagnostics.com/overview-thomas-kilman-conflict-mode-instrument-tki](http://www.kilmanndiagnostics.com/overview-thomas-kilman-conflict-mode-instrument-tki).
- LANCELEY, F. **On-Scene Guide for Crisis Negotiators**. Boca Raton: Florida. CRC Press LLC, 2003. ISBN 978-0-84-931441-4
- LEONARDELLI, G.J.; GU, Jun.; et al. Multiple equivalent simultaneous offers (MESOs) reduce the negotiator dilemma: How a choice of first offers increases economic and relational outcomes. **Organizational Behavior and Human Decision Processes**. Vol. 152. pp. 64-83, 2019.
- MALHOTRA, D.; Bazerman, M. **Negotiation genius: How to overcome obstacles and achieve brilliant results at the bargaining table and beyond** New York: BantamDell. 2007, pp. 83-102. ISBN 978-0-55-380488-1.
- NAVARRETTE, R., Pounding the table about border episode, **Fort Worth Star-Telegram**, Fort Worth, Texas, Page E3, Section: Weekly Review, March 4, 2007.
- PROGRAM ON NEGOTIATION, HARVARD LAW SCHOOL. A Negotiation Preparation Checklist. <https://www.pon.harvard.edu/daily/negotiation-skills-daily/negotiation-preparation-checklist/>
- \_\_\_\_\_. The First 180 – Prof. Brian Mandell. <https://www.youtube.com/watch?v=2tC8VTc7pps>
- SHAPIRO, R. **The Power of Nice – How to negotiate so that everyone wins – especially you**. Hoboken, New Jersey: John Wiley & Sons, 2015. p. 47. ISBN 978-1-11-896962-5.
- VOSS, C. **Never Split the Difference: Negotiating As If Your Life Depended On It**. New York: HarperCollins, 2016, p.150 ISBN 978-0-06-240780-1
- WILLIS, J.; TODOROV, A. First impressions: Making up your mind after a 10-Ms exposure to a face. **Psychological Science** 17(7) p. 592-598, 2006

# A TUTELA DAS CONDIÇÕES TRABALHISTAS NOS PROCESSOS DE DESCENTRALIZAÇÃO PRODUTIVA: A TERCEIRIZAÇÃO À LUZ DO PRECEDENTE FIRMADO NO TEMA 725 DE REPERCUSSÃO GERAL<sup>1</sup>

*Maria Cristina Irigoyen Peduzzi<sup>2</sup>*

## 1. INTRODUÇÃO

A revolução tecnológica vem transformando de forma rápida e surpreendente as relações de trabalho e as formas de organização e gestão da produção, tornando obsoletas e arcaicas as legislações produzidas nos contextos do fordismo, taylorismo e toyotismo.

O mundo hoje vem passando por o que alguns chamam de “uberização”<sup>3</sup>, que seria o trabalho via plataformas virtuais que fazem a ponte entre trabalhadores e tomadores de serviços. Há uma mudança de paradigma no século XXI, já iniciada pelos marcos da Revolução Tecnológica 4.0, que altera tanto a forma de trabalhar, quanto os modos de vida em sociedade, atingindo a todos.

Na tentativa de garantir segurança jurídica e regulamentação ao trabalho que é realizado por meio de plataformas virtuais e empresas de tecnologia, o Direito do Trabalho encontra como demanda urgente sua reinvenção, para que não seja considerado ultrapassado e perca sua eficácia.

1 O conteúdo deste artigo foi, em parte, apresentado na forma de duas palestras no XI Congresso Internacional da ABDT (Academia Brasileira de Direito do Trabalho), em 13 de outubro de 2021, e no 30º Colóquio da ABDT e FIESP: “Tendências Trabalhistas: novidades, inquietudes e oportunidade”, em 30 de novembro de 2022. Porém, não foi publicado na forma de artigo, antes desta edição, sendo inédito.

2 Mestre em Estado, Direito e Constituição pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Bacharel em Direito pela UnB. Ministra do Tribunal Superior do Trabalho. Presidente do TST e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho no biênio 2020-2022. Presidente Honorária da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Ex Conselheira do CNJ. Contato eletrônico: gmmcp@tst.jus.br Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4936751846685626>

3 SOUZA, Raíssa Fabris de. Uberização: da Revolução no Mundo Capitalista à Evolução das Novas Formas de Trabalho Humano. Publicado em: 01/10/2019. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/uberizacao-da-revolucao-no-mundo-capitalista-a-evolucao-das-novas-formas-de-trabalho-humano/> > Acesso em 01/07/2020.



A Reforma Trabalhista pela qual o Brasil passou no ano de 2017 – principalmente com a edição das Leis nºs 13.429/17 e 13.467/17 – buscou atualizar a CLT e demais leis que regulamentam a relação de trabalho no país para atender às demandas que surgiram desde o modelo toyotista de produção até as novas exigências da 4ª Revolução Industrial que avançam em todo o mundo.

Uma das principais marcas do modelo toyotista de produção e uma das principais formas de descentralizar a realização do trabalho é justamente a terceirização, que permite que empresas sejam dispostas de modo horizontal para garantir especialização, reduzir custos, otimizar o processo produtivo e ter ganhos de eficiência.

De acordo com o “Novíssimo dicionário de economia” de Paulo Sandroni, terceirização é a “prática empresarial de contratar externamente, isto é, com outras empresas, produtos e serviços necessários ao seu processo produtivo”.<sup>4</sup> Precisamente por essa definição, em inglês a terceirização é conceituada como “outsourcing”, ou seja, a fonte do produto ou serviço vem de fora da empresa que contrata o bem ou a atividade.

A terceirização, como processo de descentralização produtivo, foi inserida com força no sistema econômico a partir do modelo toyotista, no fim da década de 1970. No mundo jurídico, passou a ser reconhecida como um fenômeno que precisava ser regulamentado para definir responsabilidades em relação ao trabalhador e à forma de gestão do próprio trabalho.

Para tanto, vamos analisar as principais mudanças que foram introduzidas pela Reforma Trabalhista e pelo entendimento consolidado pelo E. Supremo Tribunal Federal para tutelar as condições trabalhistas nos processos de descentralização. Nesse percurso, será avaliada a importância dos precedentes, em especial no caso da terceirização, para se garantir maior segurança jurídica e estabilizar expectativas para um bom desenvolvimento do mercado de trabalho.

## 2. A IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES

Em todo o percurso histórico, verificamos que tanto a legislação, quanto a jurisprudência sempre estabeleceram balizas para tutelar as condições de trabalho, na busca por segurança jurídica.

No âmbito da jurisprudência, os precedentes são a principal ferramenta para se garantir previsibilidade por meio da estabilização das respostas oferecidas pelo Poder Judiciário a casos semelhantes.

---

4 SANDRONI, Paulo. **Novíssimo dicionário de economia**. São Paulo, Editora Best Seller, 9ª Edição, 2002, p. 601.

## 2.1. DISTINGUISHING E A TEORIA DOS PRECEDENTES

Quando se fala na importância dos precedentes para garantir maior uniformidade na jurisprudência e até mesmo segurança jurídica para os atores sociais, surge a questão do “*distinguishing*”.

Como salientado pelo Exmo. Ministro Gilmar Mendes, “a distinção, ou *distinguishing* (ou *distinguish*), consiste na confrontação entre os fatos materiais de dois casos, de modo a afastar a aplicação da *ratio decidendi* do precedente ao caso em julgamento em virtude da diversidade fática”<sup>5 6</sup>.

Assim, conclui o Ministro que, para a realização do *distinguishing*, é necessário que se demonstre, “fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução ao caso”<sup>7</sup>.

É importante ressaltar que não se exige uma identidade fática perfeita entre o caso em análise e o precedente que deu origem à tese, pois seria praticamente impossível. Nesse sentido, alertam Didier Jr., Braga e Oliveira, «se o caso concreto revela alguma peculiaridade que o diferencia do paradigma, ainda assim é possível que a *ratio decidendi* (tese jurídica) extraída do precedente lhe seja aplicada”<sup>8</sup>.

Para garantir que os precedentes não sejam aplicados de forma massificada sem considerar as peculiaridades de determinados casos que se diferenciam, o Código de Processo Civil de 2015 prevê ação rescisória em caso de aplicação equivocada de um precedente (Art. 966, V, § 5º, 9º, CPC/15), bem como reconhece a ausência de fundamentação quando um precedente é aplicado de forma irrefletida sem considerar a distinção (Art. 489 do CPC/15).

---

5 Em sentido similar, a definição de DIDIER JR. *et al.*: “Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos concretos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante do precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade do caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil Vol. 2:** Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 604)

6 AR 2702 AgR, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 13-09-2019 PUBLIC 16-09-2019.

7 *Id. Ibid.*

8 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil Vol. 2:** Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 604.

Como bem destaca a Exma. Justice Barret da E. Suprema Corte Americana, o uso do “distinguishing” não pode ser banalizado e utilizado como subterfúgio para afastar a aplicação de um precedente, por configurar abuso dentro de um sistema de precedentes maduro e consolidado.<sup>9</sup> Assim, a magistrada norte-americana recomenda a aplicação do “distinguishing” de forma responsável, jamais podendo ser utilizada para respaldar interpretação heterodoxa de uma lei.<sup>10</sup>

A distinção (*distinguishing*) - ou mesmo a superação (*overruling*) - deve ser trabalhada, assim, dentro da concepção dworkiniana de “romance em cadeia” e “história geral digna de ser contada”, isto é, não deve ser utilizada como mero instrumento para contrariar ou “burlar” o sistema de precedentes, como ensina o professor Scott Hershovitz.<sup>11</sup>

A consciência sobre a importância dos precedentes e a necessidade de cautela na aplicação de “distinguishing” são sustentáculos de um sistema judicial que busca garantir segurança jurídica, aplicar o devido processo legal e reafirmar a unidade e a dignidade do Poder Judiciário de forma a inibir a litigância temerária.

Tendo essas premissas em mente, passaremos à análise de um caso concreto extremamente importante para o Direito do Trabalho e para a Justiça do Trabalho: a possibilidade e os limites da terceirização.

### 3. TERCEIRIZAÇÃO NA REFORMA TRABALHISTA DE 2017

No contexto de atualização do ordenamento jurídico trabalhista, o Brasil contou com dois diplomas normativos: a Lei nº 13.429/17 e a Lei nº 13.467/17.

Além de reformular as regras do trabalho temporário, a Lei nº 13.429/17 regulamentou de forma geral a terceirização, prevendo que não se estabelece vínculo de emprego entre os trabalhadores terceirizados e a empresa tomadora de serviços. Foi fixada também a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias referentes ao período em que se valer da prestação dos serviços pelo trabalhador terceirizado (art. 5º-A, § 5º, da Lei nº 6.019/74).

9 BARRET, Amy Coney. **Stare Decisis and Due Process**. University of Colorado Law Review. Vol. 74. 2003. p. 1020-1023.

10 BARRET, Amy Coney. **Stare Decisis and Due Process**. University of Colorado Law Review. Vol. 74. 2003. p. 1020-1023

11 HERSHOVITZ, Scott. **Integrity and Stare Decisis** (Chapter 5). Exploring Law’s Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin, Scott Hershovitz (ed). Oxford University Press. 2006.

A Lei nº 13.429/17 ainda determinou que a empresa tomadora de serviços poderá oferecer aos empregados terceirizados o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinados a seus empregados diretos (art. 5º-A, § 4º, da Lei nº 6.019/74).

Posteriormente, entrou em vigor a Lei nº 13.467/17 alterando diretamente a CLT, a própria lei do trabalho temporário e da terceirização (Lei nº 6.019/74), a Lei do FGTS (Lei nº 8.036/90) e a Lei da Seguridade Social (Lei nº 8.212/91), fixando um regramento mais abrangente da legislação trabalhista e caracterizando-se como uma reforma de maiores proporções.

Em relação à terceirização, a Lei nº 13.467/17 ampliou a possibilidade de contratação de serviços a terceiros se comparada à Lei nº 13.429/17. A Lei nº 13.429/17 definia que a terceirização seria de serviços determinados e específicos (art. 4º-A, caput, e 5º-A, caput, da Lei nº 6.019/74). Por sua vez, a Lei nº 13.467/17 expandiu a possibilidade de terceirização definindo seu conceito nos seguintes termos:

“Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução”.

A nova legislação também atribuiu às empresas contratantes (tomadora e prestadora) a prerrogativa de escolherem se desejam equiparar os salários pagos aos empregados terceirizados da prestadora aos salários dos empregados diretos da tomadora (Art. 4º-C, § 1º, da Lei nº 6.019/74). Veja a redação do dispositivo:

“§ 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo.”

Observa-se que a Lei nº 13.467/17 regulamentou de forma mais detalhada a terceirização, que é um modo de organização do trabalho entre as empresas típico do sistema toyotista de produção, caracterizado cronologicamente por ser anterior à 4ª Revolução Industrial, mas também presente neste momento produtivo.

#### **4. CAMINHOS DA JURISPRUDÊNCIA NA TUTELA DA TERCEIRIZAÇÃO COMO MODELO DE DESCENTRALIZAÇÃO PRODUTIVA**

As Leis nºs 13.429/17 e 13.467/17 foram inseridas no Direito do Trabalho no ano de 2017. Porém, a terceirização já estava presente há pelo menos três ou

quatro décadas no país e no mundo, gerando conflitos que foram levados à apreciação do Poder Judiciário de forma reiterada.

A princípio a terceirização foi apreciada pela Justiça do Trabalho, galgando suas instâncias até alcançar o Tribunal Superior do Trabalho. Nesta instância extraordinária, foram editadas as Súmulas nº 256, em 1986, posteriormente cancelada, e a Súmula nº 331 em 2003, com alterações em 2011 em razão da decisão do E. Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16 (referente à terceirização na Administração Pública).

A princípio a Súmula nº 256 do TST<sup>12</sup> considerava ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, ressalvados os casos específicos de trabalho temporário e serviço de vigilância. Como consequência da ilegalidade, era reconhecido o vínculo de emprego direto entre o trabalhador e o tomador de seus serviços.

Posteriormente, a Súmula nº 331<sup>13</sup> veio ampliar as hipóteses em que seria permitida a terceirização para os serviços de conservação e limpeza, além de todos

---

12 BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 256 do TST CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003**

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

13 BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331 do TST CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011**

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento

os serviços relacionados à atividade-meio do tomador, quando não houvesse pessoalidade, tampouco subordinação direta entre o trabalhador e o tomador de serviços. Assim, foram ampliados os casos de terceirização lícita além das hipóteses de trabalho temporário e serviço de vigilância.

De toda forma, mesmo com as alterações no entendimento jurisprudencial, sempre foram estabelecidas balizas regulatórias para a terceirização, ante a ausência de um diploma legislativo que o fizesse de forma específica e detalhada.

Porém, essa “regulamentação” pela jurisprudência de forma reiterada encontrou questionamentos, levando a questão à análise do E. Supremo Tribunal Federal.

Ao analisar a matéria, o E. STF firmou o entendimento no RE 958.252<sup>14</sup>, em julgamento pelo Tribunal Pleno, de que não se pode reconhecer fraude às normas

---

das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

14 Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. **CONSTITUCIONALIDADE DA “TERCEIRIZAÇÃO”**. ADMISSIBILIDADE. OFENSA DIRETA. **VALORES SOCIAIS DO TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA (ART. 1º, IV, CRFB)**. **RELAÇÃO COMPLEMENTAR E DIALÓGICA, NÃO CONFLITIVA**. **PRINCÍPIO DA LIBERDADE JURÍDICA (ART. 5º, II, CRFB)**. **CONJECTÁRIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, III, CRFB)**. **VEDAÇÃO A RESTRIÇÕES ARBITRÁRIAS E INCOMPATÍVEIS COM O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE**. **DEMONSTRAÇÃO EMPÍRICA DA NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE ESTRITA DE MEDIDA RESTRITIVA COMO ÔNUS DO PROPONENTE DESTA**. **RIGOR DO ESCRUTÍNIO EQUIVALENTE À GRAVIDADE DA MEDIDA**. **RESTRIÇÃO DE LIBERDADE ESTABELECIDA JURISPRUDENCIALMENTE**. **EXIGÊNCIA DE GRAU MÁXIMO DE CERTEZA**. **MANDAMENTO DEMOCRÁTICO**. **LEGISLATIVO COMO LOCUS ADEQUADO PARA ESCOLHAS POLÍTICAS DISCRICIONÁRIAS**. SÚMULA 331 TST. **PROIBIÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO**. EXAME DOS FUNDAMENTOS. **INEXISTÊNCIA DE FRAGILIZAÇÃO DE MOVIMENTOS SINDICAIS**. **DIVISÃO ENTRE “ATIVIDADE-FIM” E “ATIVIDADE-MEIO” IMPRECISA, ARTIFICIAL E INCOMPATÍVEL COM A ECONOMIA MODERNA**. **CISÃO DE ATIVIDADES ENTRE PESSOAS JURÍDICAS DISTINTAS**. **ESTRATÉGIA ORGANIZACIONAL**. **INEXISTÊNCIA DE CARÁTER FRAUDULENTO**. **PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE DESENHO EMPRESARIAL (ARTS. 1º, IV, E 170)**. CIÊNCIAS ECONÔMICAS E TEORIA DA ADMINISTRAÇÃO. PROFUSA LITERATURA SOBRE OS EFEITOS POSITIVOS DA TERCEIRIZAÇÃO. **OBSERVÂNCIA DAS REGRAS TRABALHISTAS POR CADA EMPRESA EM RELAÇÃO AOS EMPREGADOS QUE CONTRATAREM**. EFEI-

trabalhistas pelo simples fato de empresas fazerem uma gestão de suas atividades

TOS PRÁTICOS DA TERCEIRIZAÇÃO. PESQUISAS EMPÍRICAS. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DE METODOLOGIA CIENTÍFICA. **ESTUDOS DEMONSTRANDO EFEITOS POSITIVOS DA TERCEIRIZAÇÃO QUANTO A EMPREGO, SALÁRIOS, TURNOVER E CRESCIMENTO ECONÔMICO.** INSUBSISTENTÊNCIA DAS PREMISAS DA PROIBIÇÃO JURISPRUDENCIAL DA TERCEIRIZAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS I, III, IV E VI DA SÚMULA 331 DO TST. AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA CONTRATANTE POR OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida para examinar a constitucionalidade da Súmula n.º 331 do Tribunal Superior do Trabalho, no que concerne à proibição da terceirização de atividades-fim e responsabilização do contratante pelas obrigações trabalhistas referentes aos empregados da empresa terceirizada. 2. Interesse recursal subsistente após a aprovação das Leis n.º 13.429, de 31 de março de 2017, e 13.467, de 13 de julho de 2017, as quais modificaram a Lei n.º 6.019/1974 para expressamente consagrar a terceirização das chamadas “atividades-fim”, porquanto necessário não apenas fixar o entendimento desta Corte sobre a constitucionalidade da tese esposada na Súmula n.º 331 do TST quanto ao período anterior à vigência das referidas Leis, como também deliberar a respeito da subsistência da orientação sumular do TST posteriormente às reformas legislativas. 3. **A interpretação jurisprudencial do próprio texto da Carta Magna, empreendida pelo Tribunal a quo, revela a admissibilidade do apelo extremo, por traduzir ofensa direta e não oblíqua à Constituição.** Inaplicável, dessa forma, a orientação esposada na Súmula n.º 636 desta Egrégia Corte. Mais além, não tem incidência o verbete sumular n.º 283 deste Egrégio Tribunal, porquanto a motivação de cunho legal do acórdão recorrido é insuficiente para validar o acórdão de forma autônoma. 4. **Os valores do trabalho e da livre iniciativa, insculpidos na Constituição (art. 1º, IV), são intrinsecamente conectados, em uma relação dialógica que impede seja rotulada determinada providência como maximizadora de apenas um desses princípios, haja vista ser essencial para o progresso dos trabalhadores brasileiros a liberdade de organização produtiva dos cidadãos, entendida esta como balizamento do poder regulatório para evitar intervenções na dinâmica da economia incompatíveis com os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.** 5. O art. 5º, II, da Constituição consagra o princípio da liberdade jurídica, consectário da dignidade da pessoa humana, restando cediço em sede doutrinária que o “princípio da liberdade jurídica exige uma situação de disciplina jurídica na qual se ordena e se proíbe o mínimo possível” (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 177). 6. O direito geral de liberdade, sob pena de tornar-se estéril, somente pode ser restringido por medidas informadas por parâmetro constitucionalmente legítimo e adequadas ao teste da proporcionalidade. 7. O ônus de demonstrar empiricamente a necessidade e adequação da medida restritiva a liberdades fundamentais para o atingimento de um objetivo constitucionalmente legítimo compete ao proponente da limitação, exigindo-se maior rigor na apuração da certeza sobre essas premissas empíricas quanto mais intensa for a restrição proposta. 8. **A segurança das premissas empíricas que embasam medidas restritivas a direitos fundamentais deve atingir grau máximo de certeza nos casos em que estas não forem propostas pela via legislativa, com a chancela do debate público e democrático, restando estéreis quando impostas por construção jurispuden-**

entre mais de uma pessoa jurídica.

**cial sem comprovação inequívoca dos motivos apontados.** 9. A terceirização não fragiliza a mobilização sindical dos trabalhadores, porquanto o art. 8º, II, da Constituição contempla a existência de apenas uma organização sindical para cada categoria profissional ou econômica, mercê de a dispersão territorial também ocorrer quando uma mesma sociedade empresarial divide a sua operação por diversas localidades distintas. 10. **A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo.** É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as “Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais” (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007). 11. **A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas para fazer frente às exigências dos consumidores, justamente porque elas assumem o risco da atividade, representando a perda de eficiência uma ameaça à sua sobrevivência e ao emprego dos trabalhadores.** 12. Histórico científico: Ronald H. Coase, “The Nature of The Firm”, *Economica (new series)*, Vol. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados “custos de transação”, método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício. 13. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (outsourcing) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor”. 14. **A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii)**



O Tribunal Pleno do STF concluiu que a distinção entre atividade-meio e

**maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xvi) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas.** 15. A terceirização de uma etapa produtiva é estratégia de organização que depende da peculiaridade de cada mercado e cada empresa, destacando a opinião doctorum que por vezes a configuração ótima pode ser o fornecimento tanto interno quanto externo (GULATI, Ranjay; PURANAM, Phanish; BHATTACHARYA, Sourav. “How Much to Make and How Much to Buy? An Analysis of Optimal Plural Sourcing Strategies.” *Strategic Management Journal* 34, no. 10 (October 2013): 1145–1161). Deveras, defensável à luz da teoria econômica até mesmo a terceirização dos Conselhos de Administração das companhias às chamadas Board Service Providers (BSPs) (BAINBRIDGE, Stephen M.; Henderson, M. Todd. “Boards-R-Us: Reconceptualizing Corporate Boards” (July 10, 2013). University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 646; UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 13-11). 16. **As leis trabalhistas devem ser observadas por cada uma das empresas envolvidas na cadeia de valor com relação aos empregados que contratarem, tutelando-se, nos termos constitucionalmente assegurados, o interesse dos trabalhadores.** 17. A prova dos efeitos práticos da terceirização demanda pesquisas empíricas, submetidas aos rígidos procedimentos reconhecidos pela comunidade científica para desenho do projeto, coleta, codificação, análise de dados e, em especial, a realização de inferências causais mediante correta aplicação de ferramentas matemáticas, estatísticas e informáticas, evitando-se o enviesamento por omissão de variáveis (“omitted variable bias”). 18. **A terceirização, segundo estudos empíricos criteriosos, longe de “precarizar”, “reificar” ou prejudicar os empregados, resulta em inegáveis benefícios aos trabalhadores em geral, como a redução do desemprego, diminuição do turnover, crescimento econômico e aumento de salários, permitindo a concretização de mandamentos constitucionais como “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, “redução das desigualdades regionais e sociais” e a “busca do pleno emprego” (arts. 3º, III, e 170 CRFB).** 19. A realidade brasileira, apurada em estudo específico, revela que “os trabalhadores das atividades de Segurança/vigilância recebem, em média, 5% a mais quando são terceirizados”, que “ocupações de alta qualificação e que necessitam de acúmulo de capital humano específico, como P&D [pesquisa e desenvolvimento] e TI [tecnologia da informação], pagam salários maiores aos terceirizados”, bem como afirmou ser “possível que [em] serviços nos quais os salários dos terceirizados são menores, o nível do emprego seja maior exatamente porque o ‘preço’ (salário) é menor” (ZYLBERSTAJN, Hélio et alii. “Diferencial de salários da mão de obra terceirizada no Brasil”. In: CMICRO - N°32, Working Paper Series, 07 de agosto de 2015, FGV-EESP). 20. A teoria econômica, à luz dessas constatações empíricas, vaticina que, verbis: “Quando a terceirização permite às firmas produzir com menos custos, a competição entre firmas que terceirizam diminuirá os preços dos seus produtos. (...) consumidores terão mais dinheiro para gastar com outros bens, o que ajudará empregos em outras indústrias” (TAYLOR, Timothy. “In Defense of Outsourcing”. In: 25 *Cato J.* 367 2005. p. 371). 21. O escrutínio rigoroso das premissas empíricas assumidas pela Corte de origem revela insubsistentes as afirmações de fraude e precarização, não sendo suficiente para embasar a medida restritiva o recurso

atividade-fim utilizava critérios arbitrários para criar restrições à livre iniciativa na organização de sua mão-de-obra, inviabilizando o desenvolvimento econômico, sem considerar os efeitos positivos da terceirização na gestão empresarial, como o ganho em escala de produção, a criação de empregos, o aumento salarial para o empregado terceirizado especializado, etc.

O E. STF reconheceu que houve ofensa não só à liberdade jurídica, mas também violação ao mandamento democrático, na medida em que foi criada uma restrição por meio de um compilado jurisprudencial, sem observância do processo legislativo. Ou seja, foi criada uma proibição à livre iniciativa e ao próprio trabalho, sem previsão legal.

Assim, a construção jurisprudencial afrontou a um só tempo a democracia e a liberdade, ínsitas ao trabalho. Para melhor análise, registra-se trecho da ementa deste importante julgado:

“A segurança das premissas empíricas que embasam medidas restritivas a direitos fundamentais deve atingir grau máximo de certeza nos casos em que estas não forem propostas pela via legislativa, com a chancela do

---

meramente retórico a interpretações de cláusulas constitucionais genéricas, motivo pelo qual deve ser afastada a proibição, em homenagem às liberdades fundamentais consagradas na Carta Magna (art. 1º, IV, art. 5º, II, e art. 170). 22. **Em conclusão, a prática da terceirização já era válida no direito brasileiro mesmo no período anterior à edição das Leis nº. 13.429/2017 e 13.467/2017, independentemente dos setores em que adotada ou da natureza das atividades contratadas com terceira pessoa, reputando-se inconstitucional a Súmula nº. 331 do TST, por violação aos princípios da livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170 da CRFB) e da liberdade contratual (art. 5º, II, da CRFB).** 23. As contratações de serviços por interposta pessoa são hígidas, na forma determinada pelo negócio jurídico entre as partes, até o advento das Leis nº. 13.429/2017 e 13.467/2017, marco temporal após o qual incide o regramento determinado na nova redação da Lei nº. 6.019/1974, inclusive quanto às obrigações e formalidades exigidas das empresas tomadoras e prestadoras de serviço. 24. **É aplicável às relações jurídicas preexistentes à Lei nº. 13.429, de 31 de março de 2017, a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica contratante pelas obrigações trabalhistas não adimplidas pela empresa prestadora de serviços, bem como a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias devidas por esta (art. 31 da Lei nº. 8.212/93), mercê da necessidade de evitar o vácuo normativo resultante da insubsistência da Súmula nº. 331 do TST.** 25. Recurso Extraordinário a que se dá provimento para reformar o acórdão recorrido e fixar a seguinte tese: **“É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”.** (RE 958252, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-199 DIVULG 12-09-2019 PUBLIC 13-09-2019 – grifos acrescentados)

debate público e democrático, restando estéreis quando impostas por construção jurisprudencial sem comprovação inequívoca dos motivos apontados” (Grifos acrescidos)

O RE 958.252, observa-se, foi julgado em sede de repercussão geral no Tema 725 e teve dois selos da Agenda 2030 da ONU: o selo do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 8 (trabalho decente e crescimento econômico) e o selo do ODS nº 10 (redução das desigualdades).<sup>15</sup>

A partir desse julgado do E. STF, em 13 de setembro de 2019, foi fixada a tese de que “é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”.

Além da tese fixada (que possibilitou a terceirização de toda e qualquer atividade), destaco alguns pontos importantes registrados no acórdão do RE 958.252, a partir do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, (que prevaleceu por maioria):

#### **4.1. CONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO E AUSÊNCIA DE CHANCELA DEMOCRÁTICA PARA SUA RESTRIÇÃO:**

O E. STF entendeu que a prática da terceirização é constitucional, por estar de acordo com os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, inscritos no artigo 1º, inciso IV, da Constituição da República, bem como por não haver nenhuma proibição expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a terceirização não estaria em conflito com o princípio da liberdade jurídica, ou princípio da legalidade, previsto no inciso II, do artigo 5º, da Constituição da República. Além disso, essa prática empresarial encontraria respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana, inscrito no artigo 1º, inciso III, da Constituição.

A Corte constitucional brasileira entendeu que a violação ao artigo 5º, inciso II, da Constituição da República não demandaria a interpretação de norma infra-constitucional, mas justamente a análise de uma restrição criada pela jurisprudência sem amparo legal.

O relator, Ministro Luiz Fux, afirmou em seu voto que:

“a ofensa suscitada no Recurso independe da revisão de interpretação de normas constitucionais. Trata-se, sim, de apreciar o conteúdo jurídico das liberdades fundamentalmente albergadas pela Carta Magna, examinando quais os tipos de restrição admitidos por imposição da própria Constituição, do legislador ou de Tribunais”.

15 <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>

Quanto à violação ao artigo 5º, inciso II, da Constituição, o Ministro Fux asseverou que:

**“a medida restritiva em escrutínio (qual seja, a Súmula nº. 331 do TST) não foi estabelecida pela via legislativa, com a chancela do debate público e democrático,** mas imposta por construção jurisprudencial”. E concluiu que “Se a postura do julgador deve ser, *prima facie*, de autocontenção em face do legislador, em homenagem à legítima função que também assiste a este de interpretação da Carta Magna, exige-se com maior razão o minimalismo quando não há vedação expressa a uma conduta nem na Constituição e nem na lei”.

Assim, é possível concluir que o pressuposto para o exercício do trabalho de forma plena é a democracia e vice-versa, ou seja, só há democracia a partir de relações de trabalho livres. Além de o trabalho ser pilar da democracia, é um Estado Democrático de Direito quem garante que o trabalho será livre e, por isso, poderá ser realizado em sua plenitude, sem restrições arbitrárias ou anacrônicas com o desenvolvimento econômico e as revoluções tecnológicas do tempo presente, sem respaldo na razoabilidade, proporcionalidade e legislação vigente.

#### **4.2. RESPALDO DA TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE FIM NA LIBERDADE DE INICIATIVA**

No julgamento do Tema 725, o Relator, Ministro Luiz Fux, também ressaltou que a terceirização de atividade-fim encontra amparo na liberdade de iniciativa, prevista nos artigos 1º, inciso IV, e 170 da Constituição da República. O ilustre Relator ainda registra a importância dos ganhos de eficiência, redução dos custos de transação e maior alavancagem operacional para alcançar competitividade em escala no mercado. Assim, a terceirização configuraria estratégia de gestão empresarial em benefício de toda a sociedade, consumidores e trabalhadores.

Nesse mesmo sentido, parte da doutrina justrabalhista, desde 2012, já defendia a terceirização como mecanismo de gestão e organização da produção para garantir competitividade para as empresas brasileiras a nível internacional inclusive, na medida em que permite a melhor alocação de recursos e a maior produtividade por meio da especialização de segmentos do processo produtivo em empresas com maior expertise para desenvolver cada atividade.<sup>16</sup>

---

16 Nesse sentido, conferir: PINTO, Almir Pazzianotto. Xequemate nas armadilhas que cercam a terceirização. Entrevista. In: **Consulex: revista jurídica**, v. 16, n. 359, p. 4-7, jan. 2012.

O Relator, Ministro Luiz Fux, em seu voto, concluiu pela inconstitucionalidade da Súmula nº 331 do TST “por violação aos princípios da livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170 da CRFB) e da liberdade contratual (art. 5º, II, da CRFB)”.

#### 4.3. PROTEÇÃO AO TRABALHADOR TERCEIRIZADO NA FORMA DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA EMPRESA CONTRATANTE

Para garantir a proteção ao trabalhador terceirizado, o E. STF deixou assente a responsabilidade subsidiária da empresa contratante pelos haveres trabalhistas e previdenciários dos empregados da empresa prestadora de serviços. Nesse sentido, o voto do Ministro Relator ressaltou o dever de:

**“aplicar a solução da reforma trabalhista aos casos pretéritos, a fim de evitar um vácuo normativo quanto à matéria. Por essa razão, também quanto a fatos pretéritos se impõe a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica contratante pelas obrigações trabalhistas não adimplidas pela empresa prestadora de serviços, bem como a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias devidas por esta, na forma do art. 31 da Lei n.º 8.212/93”** (grifos acrescidos).

Mais uma vez pautando-se pela primazia dos frutos democráticos, o Relator, Ministro Luiz Fux, aplicou os mesmos parâmetros da legislação vigente em razão da Reforma Trabalhista para casos judicializados referentes a períodos anteriores.

Os principais instrumentos da Reforma Trabalhista de 2017 foram a Lei nº 13.467/17, que alterou não só dispositivos da CLT, mas também artigos da Lei nº 6.019/74 (que trata do trabalho temporário em empresas urbanas), além de outros diplomas normativos, bem como a Lei nº 13.429/17, que criou disposições para regular o trabalho em empresas de prestação de serviços a terceiros, alterando também parte da Lei nº 6.019/74.

Apenas para situá-los sobre as alterações promovidas pela Reforma Trabalhista, cito os artigos 4º-A, 4º-B, 5º-A, 5º-B, 19-A, 19-B e 19-C que foram inseridos na Lei nº 6.019/74, pela Lei nº 13.429/17. Especificamente sobre o ponto trazido pelo Ministro Luiz Fux no julgamento do Tema 725, a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora dos serviços ficou estabelecida no § 5º, do artigo 5º-A, da Lei nº 6.019/74.<sup>17</sup>

17 Lei nº 6.019/74, art. 5º-A, § 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 .”

Quanto à possibilidade de terceirização de toda e qualquer atividade, o artigo 4º-A, § 1º, da Lei nº 6.019/74, apresenta determinação de que “A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços”. Na sequência, o § 2º estabelece que “Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante”.

Agora vamos retomar a análise constitucional feita pelo E. STF.

A partir da perspectiva de que a democracia e a liberdade precisam ser garantidas em toda relação de trabalho, o E. Supremo Tribunal Federal entendeu que o trabalho só será exercido em sua plenitude quando houver liberdade para sua contratação e gestão.

## **5. INVOCAÇÃO DE DISTINGUISHING NO CASO DA TERCEIRIZAÇÃO PELO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**

Após a decisão do E. STF, foi levado ao Pleno do Eg. Tribunal Superior do Trabalho o E-ED-ED-ARR-242-25.2011.5.04.0102, que propunha a análise de um caso de “distinguishing” em relação à tese do Tema 725 de Repercussão Geral.

Nesse caso, o Ministro Lélvio Bentes Corrêa suscitou a distinção em relação às premissas que levaram o E. STF a firmar as teses do RE nº 958.252, ARE nº 791.932 e ADPF nº 324. Explicou que se tratava da: “possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício com a tomadora dos serviços, quando comprovada a subordinação jurídica direta do empregado terceirizado aos prepostos da tomadora, atraindo a incidência do art. 3º da CLT, com típica relação de emprego”.

Em seu voto, explicou que a premissa analisada pelo E. STF para tratar da licitude da terceirização de atividade-fim no ARE nº 791.932 foi a dinâmica estrutural da subordinação, ou seja, a existência de uma subordinação em razão da terceirização da atividade e não uma subordinação propriamente direta entre empregado terceirizado e empresa tomadora de serviços.<sup>18</sup>

18 Nesse sentido, fundamentou: “Insta assinalar, em princípio, que a questão submetida ao exame do STF no ARE n.º 791.932 teve origem em acórdão prolatado no âmbito da egrégia Primeira Turma do TST que, ratificando o entendimento adotado pelo Tribunal Regional do Trabalho, reputou ilícita a terceirização da atividade de “call center”, em se tratando a tomadora dos serviços de empresa operadora dos serviços de telefonia. Segundo consta da fundamentação consignada no acórdão prolatado pela Suprema Corte, o Tribunal Regional, naquele caso, concluiu que as atividades desenvolvidas pela reclamante “estavam inseridas na dinâmica estrutural da empresa tomadora de serviços, o que revela a presença de subordinação, dado que aponta para ilicitude da terceirização levada a efeito” (grifos acrescentados). Daí a imputação de

Ao esclarecer o caso de “*distinguishing*”, o Ministro Lélío ressaltou que a decisão do E. STF não ampara a terceirização que é utilizada como sistema de burla à tradicional relação de emprego.<sup>19</sup>

Para reforçar sua tese de distinção, invocou a fundamentação do Ministro Roberto Barroso na ADPF 324, pautada na tese fixada no ARE nº 791.932 (Tema 725), no sentido de que a terceirização não pode ser utilizada de forma abusiva e desvirtuada para abolir as contratações diretas.<sup>20</sup>

O Ministro Lélío ainda fez a distinção entre subordinação estrutural e subordinação direta. Ressaltou que a subordinação estrutural é própria e ínsita à terceirização de atividade-fim, porém, não é suficiente para caracterizar qualquer ilicitude ou irregularidade. Por sua vez, a subordinação direta demonstra o vínculo de fato entre o empregado terceirizado e o tomador de serviços em uma relação de ordens diretas, específicas e direcionadas, nos termos dos artigos 2º e 3º da CLT, evidenciando uma relação de emprego direta de fato, pelos elementos da primazia da realidade.<sup>21</sup>

---

fraude à legislação trabalhista, nos termos do artigo 9º da CLT, declarada pelo Tribunal Regional e mantida pela Turma do TST, com fundamento na diretriz sufragada na Súmula n.º 331, III, desta Corte superior. (...) Daí emerge, portanto, que, a partir do julgamento do ARE n.º 791.932 e da fixação do Tema 739 da tabela de Repercussão Geral, cabe ao Tribunal Superior do Trabalho acatar a decisão lavrada pelo Excelso Pretório, afastando todo e qualquer reconhecimento de vínculo de emprego entre empregado da empresa prestadora de serviços e a tomadora, pautado unicamente no reconhecimento da ilicitude de terceirização de atividade-fim da tomadora.”

19 Nesse sentido, teceu os seguintes argumentos: “Vê-se, nesse particular, que, mesmo considerados os respeitabilíssimos fundamentos que levaram a Corte Suprema a fixar a tese de Repercussão Geral quanto à licitude da terceirização em atividade-fim da empresa tomadora dos serviços de *call center*, o Supremo Tribunal Federal em nenhum momento chancelou a conduta ilícita decorrente do desvirtuamento do instituto da terceirização”.

20 Vejam o fundamento do Ministro Barroso: “A atuação desvirtuada de uma empresa terceirizada não macula esse modo de fazer negócio, porque senão a atuação viciada das empresas que contratam diretamente aboliria o mercado de trabalho. Gente que se comporta mal existe em todos os domínios da vida. **A utilização abusiva da terceirização deve ser evitada e reprimida, e os ganhos de eficiência e de empregabilidade trazidos pela terceirização não podem, evidentemente, decorrer do descumprimento de direitos nem muito menos da violação da dignidade do trabalho.**”

21 Vejam os fundamentos: “Não há que se confundir, contudo, a subordinação jurídica com o conceito já suplantado pelo STF, relacionado com a subordinação estrutural dos trabalhadores terceirizados em relação à execução do serviço prestado à tomadora, visto que tal condição é inerente à própria terceirização da atividade-fim, expressamente admitida pela Corte Suprema. A mera constatação da subordinação estrutural não é capaz, portanto, por si só, de justificar

O Ministro Relator, Alexandre Luiz Ramos, assim como eu e os Ministros Brito Pereira, Aloysio Corrêa da Veiga, Márcio Eurico Vitral Amaro, Walmir Oliveira da Costa e Breno Medeiros, divergimos, por considerarmos não ser o caso de distinção, mas de reconhecer a ausência de vínculo de emprego direto entre o empregado terceirizado e a empresa tomadora de serviços, uma vez que constatada a licitude da terceirização de atividade fim.

O recurso começou a ser julgado pela SBDI-1 do Eg. TST, mas teve a proclamação do resultado do julgamento suspenso, em razão do empate verificado no julgamento dessa questão preliminar, com remessa ao Tribunal Pleno.

O julgamento pelo Pleno não ocorreu porque, em setembro de 2021, as partes do processo firmaram acordo, com a extinção do feito.

A decisão do E. STF é aplicável a todos os casos em que se analisa a possibilidade da terceirização de atividade-fim, descartando o reconhecimento do vínculo de emprego direto entre empregado terceirizado e a empresa tomadora do serviço. Prevalece o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade de terceirizar toda e qualquer atividade.

## 6. CONCLUSÃO

Em todo o percurso histórico, verificamos que tanto a legislação, quanto a jurisprudência sempre estabeleceram balizas para tutelar as condições de trabalho nos processos de descentralização produtiva.

Em especial, a terceirização é um dos modos de descentralizar a produção, garantindo que a especialização de cada empresa em uma coordenação horizontal proporcione maior eficiência e ganhos de produtividade, economicidade e qualidade.

O caminho percorrido pela jurisprudência e a evolução legislativa demonstram essa afinidade e harmonia em garantir um regime jurídico adequado à terceirização, como modelo de descentralização produtiva que movimenta a economia, gera empregos e promove o desenvolvimento social.

---

o reconhecimento da ilicitude da terceirização. Por outro lado, uma vez evidenciada, a partir dos elementos de prova coligidos na instância ordinária, a subordinação jurídica, com o efetivo exercício do poder diretivo pelo tomador dos serviços em relação ao trabalhador formalmente contratado pela prestadora - no que tange, por exemplo, à sujeição hierárquica (presencial ou por meio telemático), controle de jornada ou concessão de férias -, resultará evidenciada a fraude à legislação trabalhista, nos termos do artigo 9º da CLT, conducente ao reconhecimento da terceirização ilícita.”



## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRET, Amy Coney. **Stare Decisis and Due Process**. University of Colorado Law Review. Vol. 74. 2003.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 958252, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-199 DIVULG 12-09-2019 PUBLIC 13-09-2019.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil Vol. 2: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

HERSHOVITZ, Scott. **Integrity and Stare Decisis** (*Chapter 5*). Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin, Scott Hershovitz (ed). Oxford University Press. 2006.

PINTO, Almir Pazzianotto. Xeque-mate nas armadilhas que cercam a terceirização. Entrevista. In: **Consulex: revista jurídica**, v. 16, n. 359, p. 4-7, jan. 2012.

SANDRONI, Paulo. **Novíssimo dicionário de economia**. São Paulo, Editora Best Seller, 9ª Edição, 2002.

SOUZA, Raíssa Fabris de. **Uberização: da Revolução no Mundo Capitalista à Evolução das Novas Formas de Trabalho Humano**. Publicado em: 01/10/2019. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/uberizacao-da-revolucao-no-mundo-capitalista-a-evolucao-das-novas-formas-de-trabalho-humano/> > Acesso em 01/07/2020.

# SUPERENDIVIDAMENTO E ACESSO À JUSTIÇA: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DAS POLÍTICAS DE CONSENSUALIDADE

OVER-INDEBTEDNESS AND ACCESS TO JUSTICE: AN ANALYSIS  
FROM THE PERSPECTIVE OF CONSENSUS POLICIES

*Adailson Pinho de Araújo<sup>1</sup>*  
*José Albenes Bezerra Júnior<sup>2</sup>*

Data de Submissão: 15/09/2022

Data de Aceite: 17/12/2022

**Resumo:** Este artigo tem por objetivo analisar o superendividamento e o acesso à justiça sob a perspectiva das políticas de consensualidade. O problema da pesquisa reside no fato das contribuições da recente Lei do Superendividamento para o acesso à justiça e as políticas de consensualidade, com destaque para a atual situação do quadro pandêmico da COVID-19. No capítulo inicial, é feita uma análise da defesa do consumidor à luz do superendividamento. Em seguida, é feita uma análise do acesso à justiça e as contribuições em matéria de superendividamento. Por fim, é feita a análise da Lei do Superendividamento à luz das políticas de consensualidade e suas contribuições para as relações de consumo. A pesquisa, quanto ao tipo, utilizou análise bibliográfica e documental, de caráter qualitativo, com natureza exploratória. Constata-se que o tema é de grande relevância acadêmica e prática em razão da importância das políticas de consensualidade para as relações consumeristas. Como resultados, percebeu-se que as políticas de consensualidade na seara consumerista são fundamentais, visto a necessidade de se buscar soluções adequadas para o público prejudicado pelos efeitos nocivos do superendividamento. A Lei do Superendi-

1 Graduando em Direito pela Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA). Rio Grande do Norte. O trabalho é inédito. Pesquisador do Grupo de Estudos em Conflito e Acesso à Justiça, GECAJ (CNPq/UFERSA). Monitor da disciplina de “Arbitragem e Mediação”. E-mail: adailson.araujo@alunos.ufersa.edu.br.

2 Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Professor do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Semiárido (PPGD/UFERSA). Rio Grande do Norte. Coordenador do Grupo de Estudos em Conflito e Acesso à Justiça, GECAJ (CNPq/UFERSA). E-mail: albenes@ufersa.edu.br.

vidamento é um avanço, contudo precisa vir acompanhada de práticas, de políticas preventivas que possam efetivar o acesso à justiça.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça. Políticas de consensualidade. Superendividamento.

**Abstract:** This article aims to analyze over-indebtedness and access to justice from the perspective of consensual policies. The research problem lies in the fact of the contributions of the recent “Lei do Superendividamento” to access to justice and consensual policies, with emphasis on the current situation of the pandemic picture of COVID-19. In the initial chapter, an analysis is made of consumer protection in light of over-indebtedness. Then, an analysis is made of access to justice and the contributions in matters of over-indebtedness. Finally, an analysis is made of the “Lei do Superendividamento” in light of consensual policies and its contributions to consumer relations. The research, as to the type, used bibliographical and documental analysis, of a qualitative nature, with an exploratory nature. It was found that the theme is of great academic and practical relevance due to the importance of consensual policies for consumer relations. As a result, it was perceived that the policies of consensuality in the consumerist field are fundamental, given the need to seek appropriate solutions for the public harmed by the harmful effects of over-indebtedness. The “Lei do Superendividamento” is a breakthrough, but it needs to be accompanied by practices, by preventive policies that can make access to justice effective.

**Keywords:** Access to justice. Consensus policies. Over-indebtedness.

## 1. INTRODUÇÃO

O superendividamento é um assunto de relevância e destaque, em especial no período de pandemia da COVID-19, uma vez que a população ficou suscetível a fatores diversos de endividamento. Destaca-se, no entanto, que o fenômeno do superendividamento não está associado ao período pandêmico. Essa situação permanente de insuficiência no que se refere a adimplência dos débitos é de longo tempo. Esses fatores colocam em risco a própria subsistência humana.

A Lei do Superendividamento (Lei n. 14.181/2021<sup>3</sup>) foi aprovada com o intuito de aperfeiçoar a questão de crédito ao consumidor, bem como dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Entre as previsões normativas, inclui-se a previsão do mínimo existencial aos gastos de subsistência para manutenção e dos núcleos de conciliação de resolução de conflitos.

Diante desse cenário, surge a problemática relacionada às políticas de consensualidade. Como essas políticas oriundas da Lei do Superendividamento podem contribuir para o acesso à justiça e para uma regular relação de consumo? O objetivo é analisar o superendividamento e o acesso à justiça sob a perspectiva das políticas de consensualidade. O problema da pesquisa reside no fato das contribuições da recente Lei do Superendividamento para o acesso à justiça e as políticas de consensualidade, com destaque para a atual situação do quadro pandêmico da COVID-19.

Para isso, a pesquisa é dividida em três capítulos. No capítulo inicial, é feita uma análise da defesa do consumidor à luz do superendividamento. Em seguida, é elaborada uma análise do acesso à justiça e as contribuições em matéria de superendividamento. Por fim, é efetuada a análise da lei do superendividamento à luz das políticas de consensualidade e suas contribuições para as relações de consumo.

O presente trabalho consiste em uma pesquisa essencialmente descritiva, de cunho fortemente bibliográfico e documental (documentos jurídicos), de caráter qualitativo, com natureza exploratória. Entende-se que a análise do que foi proposto nos objetivos é alcançável por uma metodologia na qual os resultados e discussões obtidos não são, necessariamente, contabilizados em números exatos, daí a necessidade de uma abordagem qualitativa. Constata-se que o tema é de grande relevância acadêmica e prática em razão da importância das políticas de consensualidade para as relações consumeristas.

3 BRASIL. Lei nº 14.181, de 16 de março de 2015. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Brasília, DF, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm). Acesso em: 06 jun. 2022.

## 2. A DEFESA DO CONSUMIDOR À LUZ DO FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO

O Código de Defesa do Consumidor surge de expressa determinação constitucional (art. 48 do ADCT<sup>4</sup>, CFRB/1988<sup>5</sup>). A inserção do direito do consumidor como direito fundamental, art. 5º, XXXII<sup>6</sup>, calcado no princípio da ordem econômica, art. 170, V<sup>7</sup>, fortalece a identificação do consumidor, sujeito titular de um direito subjetivo. Essa referência à relação de consumo constitui uma trajetória legislativa que identifica esses sujeitos e determina-lhes proteção. Não seria, dessa forma, uma previsão constitucional de proteção do consumo, mas, de fato, do consumidor<sup>8</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90<sup>9</sup>, passou a estabelecer em seu artigo 1º que se trata de lei de ordem pública e de interesse social. Esta característica tem fundamento na origem da norma, qual seja, o direito fundamental de uma ação normativa do Estado<sup>10</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor é considerado uma lei principiológica. Como lei principiológica entende-se aquela que ingressa no sistema jurídico, fazendo um corte horizontal, indo, no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regada por outra norma jurídica infraconstitucional.

Esse caráter principiológico específico do CDC é apenas e tão somente um momento de concretização dos princípios e garantias constitucionais vigentes desde a atual Constituição Federal (1988) como cláusulas pétreas. Com efeito, o que a lei consumerista faz é tornar explícitos, para as relações de consumo, os comandos

4 Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

5 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF.

6 Art. 5º (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

7 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V – defesa do consumidor.

8 MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 2000, p.67.

9 BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 21 jun. 2021.

10 MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.68.

constitucionais. Dentre estes destacam-se os princípios fundamentais que norteiam todo o regime constitucional e os direitos e garantias fundamentais<sup>11</sup>.

A abrangência do microsistema do direito do consumidor foi definida pelo legislador brasileiro a partir da definição dos sujeitos da relação de consumo-consumidor e fornecedor do seu objeto-produto ou serviço. A própria estrutura do CDC possui características de codificação, uma vez que dá tratamento abrangente àquela relação jurídica específica que elege para regular.

Estrutura-se a partir da identificação do âmbito de incidência da lei, seus princípios e direitos básicos do sujeito protegido, assim como os aspectos principais do direito material do consumidor (contratos e responsabilidade civil), direito processual (tutela especial do consumidor), direito administrativo (competências e sanções) e direito penal (crimes de consumo). Faz-se, portanto, um corte transversal em diversas disciplinas jurídicas, incorporando em uma só lei aspectos próprios de distintos ramos do direito vinculados logicamente pela ideia-força do CDC, de proteção do consumidor<sup>12</sup>.

Contudo, essa ação positiva que o legislador fixou para o Estado brasileiro não pode ser fundada, de forma exclusiva, sob a perspectiva da norma, haja vista que, ao lado dessas conquistas importantes no plano jurídico, o Brasil observou nas últimas décadas uma das maiores ascensões socioeconômicas de sua história. A literatura<sup>13</sup> aponta que na primeira década do novo século, cerca de 29 milhões de brasileiros passaram para a chamada “nova classe média” e boa parte desta camada<sup>14</sup> obteve maior acesso e disponibilidade do crédito ao consumidor<sup>15</sup>.

Percebeu-se que a maior expansão e facilidade de acesso ao crédito provocou, igualmente, aumentos significativos de endividamento e, por vezes, superendividamento: “consumo e crédito são duas faces de uma mesma moeda: para con-

---

11 NUNES, Rizatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.142.

12 MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.54.

13 SARAIVA, Luis Fernando de Oliveira et al. A “nova classe média”: Repercussões psicossociais em famílias brasileiras. **Revista de Psicologia da Universidade de São Paulo**. v. 26, n. 1, p. 52-61, abr. 2015.

14 SCALON, Celi; SALATA, André. Uma nova classe média no Brasil da última década?: o debate a partir da perspectiva sociológica. **Sociedade e Estado**, v. 27, n. 2, p. 387-407, ago. 2012.

15 MIRAGEM, Bruno. Fundamento e finalidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor as Instituições Financeiras. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 21, n. 82, p. 359-376, abr./jun. 2012, p. 362.

sumir muitas vezes necessita-se de crédito, se há crédito ao consumo, a produção aumenta e a economia ativa-se, há mais emprego e aumenta o ‘mercado’ de consumo brasileiro”<sup>16</sup>.

O endividamento ou a constituição de dívidas com determinados fornecedores, de forma periódica, para consumo de produtos e serviços, são aspectos fáticos comuns e inerentes à sociedade capitalista de consumo<sup>17</sup>. Embora o crédito se caracterize como uma das técnicas da referida “sociedade de consumo”<sup>18</sup>, é através dele que podem ocorrer abusos por parte dos adquirentes<sup>19</sup>, ocasionando o endividamento crônico.

## 2.1. ANÁLISE CONCEITUAL DO SUPERENDIVIDAMENTO

O superendividamento guarda correlação com a incapacidade econômica para a regular quitação das dívidas contraídas. Ele é observado como uma situação permanente, onde o consumidor não consegue adimplir seus débitos sem colocar em risco a própria subsistência<sup>20</sup>. Segundo Marques,

[...] o superendividamento pode ser definido como impossibilidade global do devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com Fisco, oriunda de delitos e de alimentos) em um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio<sup>21</sup>.

O conceito apresentado é relevante na medida em que alcança, outrossim, o consumidor de boa-fé, aquele cujo propósito inicial era quitar os débitos, deixando

16 MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren. **Prevenção e tratamento do superendividamento**. Brasília: DPDC/SDE, 2010. 178 p.

17 Ibidem.

18 Termo utilizado para designar o tipo de sociedade que se encontra numa avançada etapa de desenvolvimento industrial-capitalista. Caracteriza-se pelo consumo massivo de bens e serviços, disponíveis graças a elevada produção destes. TASHNER, Gisela. Cultura do Consumo, cidadania e movimentos sociais. **Revista de Ciências Sociais da Universidade Unisinos**, Vol. 46, n. 1, p. 47-52, janeiro a abril de 2010.

19 COSTA, Geraldo de Farias Martins da. **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: RT, 2002.

20 QUEIROZ, Sheyla Cristina Ferreira dos Santos. **Superendividamento do Consumidor: os contratos de crédito pessoal por idosos e a responsabilidade penal do fornecedor**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016. p. 78

21 MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: RT, 2006.

de adimpli-los por motivos imprevistos e alheios a sua vontade. Porquanto, pelas abordagens apresentadas, nota-se um aspecto comum entre elas: “quando superendividado, o consumidor encontra-se impossibilitado de adimplir as obrigações que contraiu”<sup>22</sup>.

De acordo com Marques *et al*,

O sobreendividamento, também designado por falência ou insolvência de consumidores, refere-se às situações em que o devedor se vê impossibilitado, de uma forma durável ou estrutural de pagar o conjunto das suas dívidas, ou mesmo quando existe uma ameaça séria de que o não possa fazer no momento em que elas se tornem exigíveis<sup>23</sup>.

Extrai-se, com isso, a necessidade de entender que o fenômeno em análise é superior ao endividamento comum cotidiano, sendo superior a este no tocante a impossibilidade de, com os rendimentos mensais, equacionar ou equilibrar o saldo ante às dívidas contraídas e não adimplidas.

Para Pereira e Zaganelli,

[...] pode-se definir o superendividamento como a condição na qual o consumidor, pessoa física, encontra-se numa posição em que contraiu débitos superiores a sua capacidade de adimplemento, não podendo assim honrar com os pagamentos contemporâneos em que é devedor, como também comprometendo os pagamentos futuros referentes às obrigações diferidas que contraiu<sup>24</sup>.

O conceito apresentado pelas autoras é importante na medida em que considera a situação pela qual o consumidor não pode adimplir os seus débitos atuais e também os vindouros, seja pela sua baixa capacidade financeira ou por motivos externos. Somado a isso, o superendividamento pode ser subdividido em ativo e passivo, categorias de classificação que são úteis ao entendimento do fenômeno jurídico-social. É o que se passa a analisar.

---

22 PEREIRA, Andressa; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Superendividamento do consumidor: prevenção e tratamento sob o prisma da dignidade da pessoa humana. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 19, n. 1, p. 89, 9 abr. 2019.

23 LEITÃO MARQUES, Maria Manuel; et al. **O endividamento dos consumidores**. Lisboa: Almeida, 2000, p. 02

24 PEREIRA, Andressa; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Superendividamento do consumidor: prevenção e tratamento sob o prisma da dignidade da pessoa humana. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 19, n. 1, p. 89, 9 abr. 2019.



## 2.2. SUPERENDIVIDAMENTO ATIVO E PASSIVO

Conforme já mencionado, a doutrina classifica dois tipos principais de sobreendividamento ou superendividamento<sup>25</sup>: o ativo e o passivo.

De acordo com Marques,

O superendividado ativo é fruto de uma acumulação inconsiderada de dívidas, desde que de boa-fé, conhecido também como endividamento compulsório. Já o superendividamento passivo é aquele provocado por um imprevisto da vida moderna, ou seja, a dívida proveniente do desemprego, da doença que acomete uma pessoa da família, pela separação do casal, entre outros<sup>26</sup>.

Observa-se que um superendividamento do tipo ativo ocorre quando o consumidor dá causa ao endividamento, sabendo que não terá condições financeiras para adimplir suas obrigações ou, ainda, por falta de controle das próprias finanças pessoais. Assim, tem-se que a causa do tipo em estudo acontece de forma ativa se o indivíduo é o próprio responsável por praticar as ações ou atos exacerbados.

Marques *et al*, ao tratarem do conceito de superendividamento ativo, encontram o elemento da boa-fé contratual para o subdividi-lo em consciente e inconsciente<sup>27</sup>. No primeiro caso, a má-fé é a regra, uma vez que o consumidor realiza as dívidas e celebra contratos de forma consciente que não poderá quitá-las, sabendo que o credor não terá como cobrar-lhe a dívida<sup>28</sup>. Da fórmula oposta, no subtipo do ativo inconsciente, o consumidor encontra-se sem controle dos próprios gastos – compulsório, na dicção de Marques<sup>29</sup> –, e finaliza assumindo mais compromissos financeiros que seus rendimentos mensais são capazes de suportar.

Kirchner discute que, nestes casos, o devedor superestima o seu rendimento por incapacidade de administrar seu orçamento ou por ceder às tentações do

25 Designação do superendividamento em Portugal.

26 MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 55, p. 11-52, jul./set. 2005.

27 LEITÃO MARQUES, Maria Manuel; et al. **O endividamento dos consumidores**. Lisboa: Almeida, 2000.

28 Ibidem.

29 MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos tribunais, n° 55, p. 11-52, jul./set. 2005.

consumo e da publicidade, na busca por um padrão de vida mais elevado, que ele próprio (psicológica e socialmente) se impõe<sup>30</sup>.

Martins-Costa considera que os subtipos de superendividamento, quer seja ativo consciente, quer seja inconsciente, são o resultado da má-gestão do orçamento familiar pelo consumidor<sup>31</sup>. Ao seu turno, Pereira e Zaganelli afirmam que a noção de boa-fé é matéria fundamental para compreensão do superendividamento. Veja-se:

Quando se fala em superendividamento ativo consciente está sendo considerado o caso do consumidor que, sabendo que não possui condições financeiras de adimplir o débito contratado, escolhe mesmo assim concluir o negócio jurídico. Quando se fala em superendividamento ativo consciente está sendo considerado o caso do consumidor que, sabendo que não possui condições financeiras de adimplir o débito contratado, escolhe mesmo assim concluir o negócio jurídico. Situação diferente, contudo, é a do superendividado ativo inconsciente. Nesse caso, a situação do endividamento excessivo surge sem que o consumidor perceba que está contraindo débitos acima de suas capacidades, realizando, assim, seus contratos de boa-fé<sup>32</sup>.

No que se refere ao superendividamento passivo, cumpre mencionar algumas diferenças. O consumidor, neste tipo, é afetado por fatores externos, ao qual não deu causa de modo que deixa de possuir condições para o adimplemento das dívidas, assim, “observado por esse viés, pode-se dizer que a causa do endividamento excessivo não foi um mau gerenciamento por parte do consumidor dos débitos que contratou”<sup>33</sup>. Conclui-se que o fato gerador do inadimplemento é deveras grave na medida que consegue desequilibrar as finanças do agente, recaindo sobre a capacidade financeira que ele antes tinha de honrar ou cumprir com as suas obrigações.

---

30 KIRCHNER, Felipe. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 63-113, jan./mar. 2008.

31 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópico no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

32 PEREIRA, Andressa; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Superendividamento do consumidor: prevenção e tratamento sob o prisma da dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 19, n. 1, p. 89, 9 abr. 2019, p. 07.

33 PEREIRA, Andressa; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Superendividamento do consumidor: prevenção e tratamento sob o prisma da dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 19, n. 1, p. 89, 9 abr. 2019, p. 06.

Observa-se que o superendividamento passivo independe das atividades ou do agir por parte do agente, vez que a influência é alheia a sua vontade. Lucas Rafael Martins afirma que nesta classificação “não se analisa a boa ou má-fé do consumidor e nem sua má gestão em seu orçamento familiar, mas sim a potencialidade de fatores externos e imprevistos conduzir ao desequilíbrio contratual”<sup>34</sup>. Com efeito, Marques, Lima e Bertoncello esclarecem, ao analisarem o direito comparado, que a doutrina europeia tende a considerar o superendividamento passivo quando o consumidor não contribui ativamente para dar-lhe causa, sendo que o ativo é caracterizado pelo abuso consciente da capacidade orçamentária pessoal.<sup>35</sup>

Um fato recente que tem impactado (mais ainda) as discussões acerca do superendividamento é o da pandemia da COVID-19. O insuficiente conhecimento científico sobre o novo coronavírus, sua alta velocidade de disseminação e capacidade de provocar mortes em populações vulneráveis, geram incertezas sobre quais seriam as melhores estratégias a serem utilizadas para o enfrentamento da epidemia em diferentes partes do mundo. No Brasil, os desafios são ainda maiores, pois pouco se sabe sobre as características de transmissão da COVID-19 num contexto de grande desigualdade social, com populações vivendo em condições precárias de habitação, saneamento e em situação de aglomeração<sup>36</sup>.

É possível, dessa forma, pontuar que os efeitos econômicos, sociais e financeiros oriundos da pandemia da COVID-19 podem agravar o sobreendividamento dos consumidores, haja vista a série de demissões concretizadas e os elevados números do desemprego. Segundo Daura,

As consequências econômicas e financeiras causadas pelo endividamento excessivo são evidentes, sobretudo porque o fenômeno começa a ganhar relevância quando uma parcela elevada de consumidores passa a simplesmente não ter mais condições de quitar as suas dívidas, atuais e futuras, além de ser um fator que potencializa o risco do crédito e consequentemente aumenta o seu custo. É justamente esta a conclusão que estudos realizados na Europa têm chegado, informando que as cri-

---

34 MARTINS, Lucas Rafael. **O Superendividamento do Consumidor de Crédito**: um estudo dos fatores desencadeadores do endividamento crônico e análise dos principais modelos de recuperação e do PL 283/2012. 2017. 65 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

35 MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren. **Prevenção e tratamento do superendividamento**. Brasília: DPDC/SDE, 2010. 178 p.

36 WERNECK, Guilhermer Loureiro; CARVALHO, Marília Sá. **A pandemia de COVID-19 no Brasil**: crônica de uma crise sanitária anunciada. Cadernos de Saúde Pública, v. 35, n. 5, maio 2020.

ses e recessões econômicas normalmente são precedidas por elevados índices de endividamento das famílias. Com a pandemia de Covid-19, o aumento do número de superendividados poderá ser um fator de agravamento da inevitável crise que já assola relevantes setores econômicos brasileiros, gerando números alarmantes de desemprego<sup>37</sup>.

Feitas as observações acerca do superendividamento, bem como da atual crise sanitária e econômica que passou a evidenciar (mais ainda) a vulnerabilidade do consumidor superendividamento, mostra-se necessária a discussão sobre o acesso à justiça e as formas ou caminhos para a resolução dos conflitos. Dessa forma, passa-se ao estudo do acesso à justiça em matéria de superendividamento, partindo de premissa de que a autocomposição dos conflitos pode se apresentar como um caminho viável.

### 3. UMA ANÁLISE DO ACESSO À JUSTIÇA E AS CONTRIBUIÇÕES EM MATÉRIA DE SUPERENDIVIDAMENTO

O acesso à justiça, conteúdo de ordem constitucional, exige, para além de uma releitura, a necessidade de interpretação de que este seja um acesso à ordem jurídica justa. Compete ao Poder Judiciário o estabelecimento de medidas públicas de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de modo a organizar, em nível nacional, não apenas os serviços a serem prestados nos processos judiciais contenciosos, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação<sup>38</sup>.

Cappelletti e Garth<sup>39</sup> apontaram as enormes dificuldades na definição do conceito de acesso à justiça. Para os juristas, esta expressão é obviamente difícil de definir, mas ajuda a identificar dois propósitos fundamentais do sistema jurídico: um sistema pelo qual as pessoas possam fazer valer seus direitos e/ou resolver suas disputas sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente aces-

---

37 DAURA, Samir Alves. O Agravamento das Consequências do Superendividamento dos Consumidores Durante as crises geradas pela Pandemia da Covid-19: a boa-fé objetiva como norte para as dívidas de consumo. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 197-222, ago. 2020.

38 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça**: Condicionantes legítimas e ilegítimas. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 28.

39 CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 08.

sível a todos; segundo, deve produzir resultados que sejam pessoal e socialmente justos.

Esses autores oferecem soluções práticas para o problema do acesso à justiça, chamando-as de “ondas renovatórias”. A primeira solução de acesso, ou seja, a primeira onda desse movimento, foi a assistência jurídica. A segunda onda tem a ver com o respeito às reformas voltadas para a representação legal de interesses difusos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor. A terceira, por outro lado, foi simplesmente chamada de maior enfoque no acesso à justiça<sup>40</sup>.

A terceira onda renovatória, que melhor guarda nexos com a pesquisa do artigo, está relacionada a uma concepção mais ampla de acesso à justiça, de um novo enfoque sobre a mesma. Essa onda inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos. Contudo ela vai além, uma vez que centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades. Esse é o novo enfoque do acesso à justiça<sup>41</sup>.

Esse movimento do acesso à justiça busca uma certa simplificação do Direito. Essa simplificação diz respeito à tentativa de tornar mais fácil e/ou acessível o entendimento acerca do conflito e das técnicas de resolução de conflito, permitindo a construção do diálogo. Cumpre destacar que essa ideia de simplificação não é nova. A conciliação e a mediação foram sempre elementos importantes em matéria de solução de conflitos. Entretanto, há um novo elemento que consiste em afirmar que os conflitos (e as pessoas) sejam inseridas nessa realidade. É importante acentuar que essas novas razões incluem a própria essência do movimento de acesso à justiça<sup>42</sup>.

A solução de um conflito nem sempre é alcançada pela sentença. A justiça tradicional, da busca pela sentença, se volta para o passado, enquanto a justiça informal se dirige ao futuro, da busca por meios consensuais de solução de conflitos. A primeira julga e sentencia; a segunda compõe, concilia, previne situações de tensões e rupturas, exatamente onde a coexistência é relevante elemento valorativo. Resulta daí que o método contencioso de solução de controvérsias não é o mais apropriado

---

40 Idem, p. 31.

41 Idem, p.67-68.

42 CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. in WALD, Arnald. **Doutrinas Essenciais: Arbitragem e Mediação**. Vol. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 289.

para todos os conflitos, em que se faz necessário atentar para os problemas sociais que estão à base da litigiosidade<sup>43</sup>.

Essas sinalizações do acesso à justiça, por meio dos métodos consensuais de solução de conflitos, servem a evidenciar que, ao contrário do que a concepção errônea do acesso à justiça possa sugerir (da busca pela sentença), a prestação jurisdicional do Estado não mais pode se apresentar em registro monopolístico, nem tampouco como oferta imediata, sem um prévio estágio perante certos agentes, órgãos e instâncias com aptidão para resolvê-la em modo justo e tempestivo<sup>44</sup>.

A mediação e a conciliação, vistas como métodos ou procedimentos adequados, não têm a finalidade de afastar a utilização do processo judicial e tampouco pretende-se enfocá-la como concorrente do mesmo. A mediação e a conciliação devem ser incentivadas e utilizadas ao lado do processo tradicional, funcionando como verdadeiro filtro. Somente quando as partes não conseguem chegar ao consenso por si sós, aí sim, deverão utilizar-se do processo<sup>45</sup>.

A intenção, com a discussão acerca do acesso à justiça, não é privatizar a justiça. Contudo, é preciso ter a ciência de que os meios adequados não se aplicam a todos os casos, bem como não solucionarão todos os conflitos. Dois fatores justificam a utilização da mediação e da conciliação, quais sejam: 1) o de possibilitar uma outra porta ou caminho de solução para as partes e para o próprio Judiciário; e 2) o de que a solução é encontrada pelas próprias partes, ainda que sejam auxiliadas nesse sentido, e com a vantagem de ser uma solução não-adversarial<sup>46</sup>.

No processo judicial, a solução é imposta pelo Estado-juiz. Trata-se de uma solução impositiva. Verifica-se, pois, uma ação de impor, de estabelecer, de obrigar. O resultado consubstancia-se numa determinação, numa ordem, numa injunção. O juiz, ao pronunciar uma decisão ou proferir um julgamento, ou acolherá ou rejeitará o pedido formulado pelo autor. Quando muito, poderá acolher e rejeitar em parte. Jamais terá, pela sistemática vigente, a possibilidade de julgar empatada a demanda<sup>47</sup>.

---

43 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.70-72.

44 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: Condicionantes legítimas e ilegítimas**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 358.

45 RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação no direito de família e o acesso à justiça. In CASSELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015, p. 285-286.

46 Idem, p. 287.

47 Idem, p.287.

Percebe-se, assim, a necessidade de uma nova mentalidade. Ao se defrontar com uma controvérsia, deve o jurisdicionado, o gestor do sistema de justiça e o aplicador do Direito considerar, em termos amplos, qual é a melhor forma de trata-lo, cotejando não apenas as medidas judiciais cabíveis, mas concebendo também outros meios disponíveis para abordar a controvérsia, especialmente ante a possibilidade de superar resistências e obter algum tipo de consenso entre os envolvidos no conflito (ainda que sobre parte da controvérsia)<sup>48</sup>.

Ao que se percebe, a solução dos conflitos pelos próprios interessados é o caminho a ser seguido, já que se reveste de maior importância, mormente levando-se em conta o aspecto da comunicação, do diálogo. A comunicação entre as pessoas é o caminho que, certamente, abrirá as oportunidades para uma adequada resolução de conflitos. É por motivos como esses que os métodos adequados, em especial a mediação e conciliação, vêm ganhando foros de destaque no cenário jurídico nacional e internacional<sup>49</sup>.

O acesso à justiça, hoje, inspira uma certa crítica ao monopólio estatal de jurisdição pelo Judiciário, visto que, mais do que as recentes mudanças de ordem legal, há uma necessidade de busca por caminhos à dogmática jurídica e à teoria positiva do direito apostando numa extensa concepção de pluralismo jurídico que seja calcada no diálogo e na construção adequada e sadia de solução de conflitos, a exemplo da justiça conciliatória.

Com isso, vislumbra-se, dessa releitura do acesso à justiça, algumas contribuições em matéria de superendividamento. A primeira contribuição, ao invés das práticas constantes de judicialização dos conflitos, é a de estímulo às práticas auto-compositivas, a exemplo da conciliação. A segunda contribuição é a de necessidade de soluções adequadas, participativas e céleres quanto ao superendividamento, em especial nesses tempos de pandemia da COVID-19. As razões do superendividamento são múltiplas e exigem métodos participativos, ou seja, de resultados ou decisões que sejam fruto do diálogo entre as partes envolvidas. A outra contribuição é a de construção de políticas de consensualização de conflitos nas esferas extrajudiciais, permitindo, com isso, uma maior adesão das práticas conciliatórias.

Por fim, é importante destacar que possibilitar o acesso à justiça significa não somente disponibilizar os mecanismos indispensáveis para que as demandas

---

48 TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2ed. São Paulo: Método, 2015, p. 46.

49 RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação no direito de família e o acesso à justiça. In CASSELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015, p. 288.

possam ser judicialmente apreciadas, mas atuar de forma adequada para viabilizar a compreensão dos direitos, dos ritos, das despesas e dos riscos, bem como a construção do diálogo e de um sistema extrajudicial de resolução de conflitos capaz de auxiliar, nos termos da lei, a contenção dos litígios por intermédio de decisões e/ou acordos eficazes, ambos considerados adequados e exequíveis<sup>50</sup>.

Esse mesmo conceito de acesso à justiça incorpora o debate sobre o aperfeiçoamento tanto do sistema processual civil, para uma visão além da instrumentalidade do processo, como da superação de obstáculos às demandas e/ou conflitos por meio de mecanismos adequados de resolução de conflitos em espaços outros.

#### 4. A LEI DO SUPERENDIVIDAMENTO E AS POLÍTICAS DE CONSENSUALIDADE

Entrou em vigor, no dia 01 de julho de 2021, a Lei n. 14.181/21, conhecida por Lei do Superendividamento. A referida lei altera o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso, para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento<sup>51</sup>.

A política nacional das relações de consumo passou a contar com novas contribuições normativas, uma vez que a referida lei acrescentou, entre os seus objetivos, o fomento de ações direcionadas à educação financeira/ambiental dos consumidores, bem como a prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor<sup>52</sup>.

Somado a isso, o legislador proporcionou novos instrumentos para a política nacional de relações de consumo, com o apoio do Poder Público. Entre os instrumentos estão (a) instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial no superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural; e (b) instituição dos núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos do superendividamento<sup>53</sup>.

---

50 MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. **Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 162.

51 BRASIL. Lei n° 14.181, de 16 de março de 2015. Altera a Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei n° 10.741, de 1° de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Brasília, DF, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm). Acesso em: 06 jun. 2022.

52 Idem.

53 Idem.



A referida lei em estudo acentuou a necessidade de se discutir políticas de consensualidade nas relações de consumo. Para além dos problemas observados ao longo do tempo, a pandemia da COVID-19 deixou mais evidente as questões de superendividamento. Visto o quadro pandêmico, algumas medidas de ordem sanitária precisaram ser executadas, visando a proteção da vida e a redução dos números de internamentos e óbitos.

Dessa forma, é importante a discussão e o debate acerca das políticas que devem ser desenvolvidas na esfera pública. Conceituando, a política pública pode ser considerada como um sistema de decisões públicas que visa a ações ou omissões, preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos<sup>54</sup>.

Seguindo essa mesma linha, a política pode ser compreendida como um conjunto de ações e diretrizes políticas empreendidas como função estatal por um governo, a fim de resolver questões gerais e específicas da sociedade, bem ainda como teoria dos fenômenos ligados à regulamentação e ao controle da vida humana<sup>55</sup>.

No caso da pesquisa, a política visa mecanismos de prevenção e outras ações soluções ao fenômeno do superendividamento. Conforme mencionado em capítulos anteriores, a pandemia da COVID-19 acentuou esse fenômeno e, conseqüentemente, alargou o número de consumidores superendividados, seja superendividados ativos seja passivos.

A título de exemplo, segundo dados do SERASA, o nível de inadimplência no país ultrapassou, levando dados do último mês de fevereiro (2022), a marca de sessenta e cinco (65) milhões de pessoas. O número é superado nos dois últimos anos em apenas dois períodos: abril e maio de 2020, ambos, também, com reflexos da pandemia e dos picos de internamentos e mortes por COVID-19<sup>56</sup>.

---

54 SARAIVA, Enrique. FERRAREZI, Elisabete (org.). **Políticas Públicas**. Coletânea. v.1. Brasília: ENAP, 2006, p. 29.

55 HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (Org.). **Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análises**. Brasília: UnB, 2009, p. 28.

56 CNN BRASIL. **Inadimplência volta ao pico da pandemia, mas motores de endividamento são outros**. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/inadimplencia-retoma-pico-da-pandemia-mas-motores-de-endividamento-sao-outros/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

Ainda que o atual cenário permita a retomada da economia com a reabertura de estabelecimentos e a retirada de medidas de restrição, alguns setores ainda permanecem em um elevado quadro de inadimplência e, conseqüentemente, de superendividamento, a exemplo dos bancos e cartões de crédito<sup>57</sup>.

Entre as políticas estabelecidas pela Lei do Superendividamento, estão as políticas de consensualidade. Isso se deve ao estabelecimento ou criação de um capítulo ao Código de Defesa do Consumidor: Capítulo V (Da Conciliação no Superendividamento)<sup>58</sup>.

Essa política de consensualidade, no Código de Defesa do Consumidor, passou a permitir que, a pedido do consumidor superendividado, o magistrado possa instaurar processo de repactuação de dívidas, com o intuito da realização de audiência de conciliação. Cabe, no entanto, destacar que nem todas as dívidas estão incluídas nesse processo de repactuação por meio da audiência de conciliação. Assim, estão excluídas as dívidas de relações de consumo oriundas de contratos celebrados de forma dolosa, sem propósito de realizar pagamento, bem como as dívidas provenientes de contratos de crédito com garantia real, de financiamentos imobiliários e de crédito rural<sup>59</sup>.

Visto que a audiência de conciliação, calcada no princípio da autonomia da vontade das partes, não venha a lograr êxito no acordo ou consenso, estabeleceu-se a possibilidade do magistrado, a pedido do consumidor, instaurar processo por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dí-

---

57 Idem.

58 BRASIL. Lei nº 14.181, de 16 de março de 2015. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Brasília, DF, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm). Acesso em: 06 jun. 2022.

59 Art. 104-A. A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, com vistas à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores de dívidas previstas no art. 54-A deste Código, na qual o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas.

§ 1º Excluem-se do processo de repactuação as dívidas, ainda que decorrentes de relações de consumo, oriundas de contratos celebrados dolosamente sem o propósito de realizar pagamento, bem como as dívidas provenientes de contratos de crédito com garantia real, de financiamentos imobiliários e de crédito rural.

vidas remanescentes por meio de um plano judicial compulsório, procedendo pela citação dos credores que porventura não tenham integrado o acordo celebrado<sup>60</sup>.

Observa-se, nessa política de consensualidade, uma espécie de segundo plano ou opção para os casos não exitosos das audiências de conciliação. Para além das ferramentas oferecidas, diga-se de passagem, louváveis, essa política precisa ser acompanhada de instrumentos de prevenção, conhecimento e colaboração. Os polos da relação de consumo nem sempre são iguais. A tendência é a de que o consumidor esteja numa relação de maior vulnerabilidade econômica e social. A legislação, por si só, não é capaz de oferecer esses resultados práticos. Daí a necessidade de se pensar em ações e parcerias tanto na esfera público como privada.

É imperioso fomentar a informação de que as conciliações podem ser realizadas tanto nas relações privadas ou particulares, como nas relações públicas, com a Administração Pública. O Código de Processo Civil, em seu artigo 174, prevê que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; e promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta<sup>61</sup>.

Um caminho de fomento dessa política de consensualidade é vislumbrado na Recomendação n. 125, de 24 de dezembro de 2021, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A referida Recomendação passou a dispor sobre os mecanismos de prevenção e tratamento do superendividamento e a instituição de Núcleos de Conciliação e Mediação de conflitos oriundos de superendividamento<sup>62</sup>.

---

60 Art. 104-B . Se não houver êxito na conciliação em relação a quaisquer credores, o juiz, a pedido do consumidor, instaurará processo por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes mediante plano judicial compulsório e procederá à citação de todos os credores cujos créditos não tenham integrado o acordo porventura celebrado.

61 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 06 jun. 2022.

62 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 125**. 2021. Dispõe sobre os mecanismos de prevenção e tratamento do superendividamento e a instituição de Núcleos de Conciliação e Mediação de conflitos oriundos de superendividamento, previstos na Lei n o 14.181/2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original-1456372022010761d854a59e2f5.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2022.

A recomendação aos tribunais é no sentido da implementação desses Núcleos, os quais poderão funcionar perante os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) já existentes, responsáveis principalmente pela realização dos procedimentos de conciliação previstos no Código de Defesa do Consumidor.

Somado a isso, recomenda-se que os tribunais unam esforços para celebrar os convênios necessários à consecução dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, em especial com os órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) e instituições financeiras, a fim de promoverem e facilitarem a solução de conflitos oriundos do superendividamento, e também oferecerem oficinas interdisciplinares de educação na área de finanças e preparação de proposta e plano de repactuação, além de prestar serviços de orientação, assistência social e acompanhamento psicológico dos consumidores superendividados, na medida das suas possibilidades econômico-financeiras<sup>63</sup>.

Em março de 2022, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) promoveu uma nova atualização das Tabelas Processuais Unificadas (TPUs) para fins de mapeamento desse fenômeno do superendividamento no país. A criação dessa modalidade passa a permitir que as equipes dos tribunais identifiquem um processo judicial originado do superendividamento. Com isso, poderá ser calculado o número de ações que chegam ao Judiciário a cada ano, por exemplo. A atualização da TPU é um dos primeiros resultados do grupo de trabalho criado pelo CNJ em fevereiro para melhorar e facilitar a tramitação de ações judiciais relacionadas ao assunto<sup>64</sup>.

Para além das políticas de consensualidade, observa-se um caminho que segue, a nosso ver, a linha da “jurisconstrução”, expressão utilizada pelos autores Morais e Spengler<sup>65</sup>.

A “jurisconstrução” é calcada numa forma de se repensar o conceito de jurisdição. Para isso, é preciso ter ciência que, no debate acerca da crise da administração da justiça, além dos aspectos (infra)estruturais, deve-se ter presente que a complexidade contemporânea implica considerar interesses que têm características

---

63 Idem.

64 CONSULTOR JURÍDICO. **CNJ atualiza classificação de processos para mapear superendividamento**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-01/cnj-atualiza-classificacao-acoes-mapear-superendividamento#:~:text=Em%20dezembro%2C%20o%20Plen%C3%A1rio%20aprovou,relativos%20a%20quest%C3%B5es%20de%20superendividamento>. Acesso em: 06 jun. 2022.

65 MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição**. 4ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

totalmente diferenciadas, tais como as individuais e coletivas. Tal fato aprofunda ainda mais o hiato que se apresenta entre a busca de respostas jurídicas suficientes e eficientes para equacionar as demandas e as possibilidades que as fórmulas tradicionais de tratamento de conflitos dispõem para oportunizá-las<sup>66</sup>.

Dessa forma, tais políticas consensuais de tratamento ou solução de conflitos na esfera das relações de consumo se apresentam como um caminho de efetivação da esfera do acesso à justiça, partindo da premissa que este conceito alberga a construção de formas de reivindicação de direitos, seja sob a perspectiva de uma esfera jurisdicional estatal ou não. Esse desenho, no entanto, se encontra numa fase inicial. É importante o acompanhamento contínuo dessas políticas de consensualidade.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao partir do pressuposto de analisar o superendividamento e o acesso à justiça sob a perspectiva das políticas de consensualidade, este estudo pautou-se na metodologia exploratória, comportando análise bibliográfica e documental, de caráter qualitativo, em busca de alusões e indicações dentre de outras pesquisas já realizadas.

Assim, para elucidar as considerações finais deste estudo resgatou-se a pergunta norteadora: como as políticas oriundas da Lei do Superendividamento podem contribuir para o acesso à justiça e para uma regular relação de consumo?

O estudo demonstrou que o tratamento do fenômeno do superendividamento exige uma coesão de institutos jurídicos, medidas, técnicas e atores interinstitucionais. Percebeu-se que o acesso ao crédito, quando concedido de forma temerária e consumido de forma indiscriminada, pode levar a aumentos de endividamento e mesmo ao superendividamento, nas formas ativa ou passiva, e a pandemia de COVID-19 ampliou este quadro.

Além disso, percebeu-se que o conceito de acesso à justiça, interpretado aqui como um acesso à ordem jurídica justa, aponta para os mecanismos de solução de conflito, em especial dos consensuais, a exemplo da conciliação. A Lei do Superendividamento classifica-se, assim, em nosso entender, como uma oportunidade de atenuar e contornar o fenômeno analisado, pois para além de ser uma norma programática e nominalista, esta lei tem o potencial de inserir a discussão das políticas de consensualidade nas relações de consumo e ainda é acompanhada por instrumentos eficazes de prevenção, conhecimento e colaboração ao superendividamento.

---

66 Idem, p. 119.

Considerando o cenário pandêmico que ainda se perpassa no Brasil, e, conseqüentemente o distanciamento social e o número reduzido de pessoal nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), este estudo trouxe algumas limitações, que poderiam ser melhores exploradas através de pesquisa com servidores e atendidos após a sanção da Lei do Superendividamento.

Indica-se, por fim, que estudos posteriores possam ser realizados de forma aplicada em CEJUSCs, investigando os modos e sistemáticas pelas quais a políticas de consensualidade ocorrem concretamente no cotidiano do Poder Judiciário, de forma a compreender com mais exatidão as medidas desta área.

Por fim, percebe-se que as políticas de consensualidade na seara consumista são fundamentais, visto a necessidade de se buscar soluções adequadas para o público prejudicado pelos efeitos nocivos do superendividamento. A Lei do Superendividamento é um avanço, contudo precisa vir acompanhada de práticas, de políticas preventivas que possam efetivar o acesso à justiça.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 06 jun. 2022.
- BRASIL. Lei nº 14.181, de 16 de março de 2015. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Brasília, DF, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm). Acesso em: 06 jun. 2022.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: 21 jun. 2021.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. In WALD, Arnald. **Doutrinas Essenciais: Arbitragem e Mediação**. Vol. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- CNN BRASIL. **Inadimplência volta ao pico da pandemia, mas motores de endividamento são outros**. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/inadimplencia-retoma-pico-da-pandemia-mas-motores-de-endividamento-sao-outros/>. Acesso em: 02 jun. 2022.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 125**. 2021. Dispõe sobre os mecanismos de prevenção e tratamento do superendividamento e a instituição de Núcleos de Conciliação e Mediação de conflitos oriundos de superendividamento, previstos na Lei nº 14.181/2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1456372022010761d854a59e2f5.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2022.
- CONSULTOR JURÍDICO. **CNJ atualiza classificação de processos para mapear superendividamento**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-01/cnj-atualiza-classificacao-acoes-mapear-superendividamento#:~:text=Em%20dezembro%2C%20o%20Plen%C3%A1rio%20aprovou,relativos%20a%20quest%C3%B5es%20de%20superendividamento>. Acesso em: 06 jun. 2022.
- COSTA, Geraldo de Farias Martins da. **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: RT, 2002.
- DAURA, Samir Alves. O Agravamento das Consequências do Superendividamento dos Consumidores Durante as crises geradas pela Pandemia da Covid-19: a boa-fé objetiva como norte para as dívidas de consumo. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 197-222, ago. 2020.

HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (Org.). **Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análises**. Brasília: UnB, 2009.

KIRCHNER, Felipe. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 63-113, jan./mar. 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: Condicionantes legítimas e ilegítimas**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 55, p. 11-52, jul./set. 2005.

MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren. **Prevenção e tratamento do superendividamento**. Brasília: DPDC/SDE, 2010. 178 p.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; et al. **O endividamento dos consumidores**. Lisboa: Almeida, 2000.

MARTINS, Lucas Rafael. **O Superendividamento do Consumidor de Crédito: um estudo dos fatores desencadeadores do endividamento crônico e análise dos principais modelos de recuperação e do PL 283/2012**. 2017. 65 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. **Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça**. São Paulo: Almedina, 2016.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno. Fundamento e finalidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor as Instituições Financeiras. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 21, n. 82, p. 359-376, abr./jun. 2012.

MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição**. 4ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

NUNES, Rizatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2017.



PEREIRA, Andressa; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Superendividamento do consumidor: prevenção e tratamento sob o prisma da dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 19, n. 1, p. 89, 9 abr. 2019.

QUEIROZ, Sheyla Cristina Ferreira dos Santos. **Superendividamento do Consumidor: os contratos de crédito pessoal por idosos e a responsabilidade penal do fornecedor**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016.

RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação no direito de família e o acesso à justiça. In CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (org.). **Políticas Públicas**. Coletânea. v.1. Brasília: ENAP, 2006.

SARAIVA, Luis Fernando de Oliveira et al. A “nova classe média”: Repercussões psicossociais em famílias brasileiras. **Revista de Psicologia da Universidade de São Paulo**. v. 26, n. 1, p. 52-61, abr. 2015.

SCALON, Celi; SALATA, André. Uma nova classe média no Brasil da última década?: o debate a partir da perspectiva sociológica. **Sociedade e Estado**, v. 27, n. 2, p. 387-407, ago. 2012.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2ed. São Paulo: Método, 2015.

TASCHNER, Gisela. Cultura do Consumo, cidadania e movimentos sociais. **Revista de Ciências Sociais da Universidade Unisinos**, Vol. 46, n. 1, p. 47-52, janeiro a abril de 2010.

WERNECK, Guilherme Loureiro; CARVALHO, Marília Sá. A pandemia de COVID-19 no Brasil: crônica de uma crise sanitária anunciada. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 35, n. 5, maio 2020.

# JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE DAS DEMANDAS JUDICIAIS NA COMARCA DE ACOPIARA/CE NOS ANOS DE 2017 A 2019

JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH: AN ANALYSIS OF THE JUDICIAL DEMANDS IN ACOPIARA/CE FROM 2017 TO 2019

*Agostinho Pinheiro da Silva Neto<sup>1</sup>*  
*Cícera Amanda Guilherme Fernandes<sup>2</sup>*

Data de Submissão: 27/06/2022

Data de Aceite: 07/12/2022

**Resumo:** O direito à saúde figura como uma das principais garantias consagradas na Constituição Federal de 1988. Não tratado em cartas constitucionais pretéritas ou superficialmente abordado em outras, o referido direito está intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, símbolo sagrado do Estado Democrático de Direito. Baseado nessa premissa e no aumento de demandas judiciais que possuem como objeto a concretização dessa garantia constitucionalmente prevista, o presente estudo objetiva analisar o fenômeno da judicialização da saúde em suas principais nuances e verificar as demandas judiciais sobre saúde que tramitaram na Comarca de Acopiara/CE no período compreendido entre os anos de 2017 a 2019. A pesquisa é descritiva, galgada na abordagem literária quantiquantitativa, tendo por elemento estrutural a análise de processos judiciais consultados no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, com formulação de roteiro próprio e apontamentos sobre o perfil sociodemográfico dos demandantes, o objeto da demanda e o resultado das ações judiciais. Dentre as conclusões apresentadas, inferiu-se que o fenômeno da judicialização da saúde apresenta desdobramentos diversos

1 Discente do curso de Especialização em Direito Administrativo e Gestão Pública (URCA). Foi orientado pela Prof. Ma. Cícera Amanda Guilherme Fernandes. E-mail: atinho30@hotmail.com.

2 Professora Assistente da Universidade Regional do Cariri, no Curso de Direito, nas disciplinas: Sociologia Geral e do Direito e Direito Constitucional I Coordenadora do curso de pós graduação lato sensu especialização em Direito Constitucional - URCA. Leciona também em cursos preparatórios para concursos públicos nas disciplinas: Direito Constitucional e Direito Administrativo. Pesquisa as áreas da Sociologia Jurídica e Direito Constitucional. Mestre em Direitos Sociais e políticas públicas pela UNISC - RS. Especialista em Direitos Humanos Fundamentais - URCA - CE. E-mail: amanda.guilherme@urca.br.

no âmbito dos três Poderes, tais como reflexos na administração financeira e orçamentária do Estado. No âmbito da Comarca de Acopiara-CE, constatou-se que mais da metade das ações objetivavam o fornecimento de medicamentos, seguido pela realização de exames e designação de cirurgias.

**Palavras-chave:** Direito à Saúde. Judicialização da Saúde. Sistema Único de Saúde.

**Abstract:** The right to health is one of the main guarantees enshrined in the Federal Constitution of 1988. Not addressed in past constitutional charters or superficially addressed in others, this right is intrinsically linked to the principle of human dignity, a sacred symbol of the Democratic State of Law . Based on this premise and on the increase in lawsuits that have as their object the realization of this constitutionally foreseen guarantee, the present study aims to analyze the phenomenon of the judicialization of health in its main nuances and to verify the legal demands on health that were processed in the District of Acopiara/CE in the period from 2017 to 2019. The research is descriptive, based on the quanti-qualitative literary approach, having as a structural element the analysis of judicial processes consulted on the website of the Court of Justice of the State of Ceará, with the formulation of its own script and notes on the sociodemographic profile of the claimants, the object of the claim and the outcome of the lawsuits. Among the conclusions presented, it was inferred that the phenomenon of the judicialization of health has different consequences within the scope of the three Powers, such as reflections on the financial and budgetary administration of the State. Within the scope of the District of Acopiara-CE, it was found that more than half of the actions aimed at the supply of medicines, followed by the performance of exams and appointment of surgeries.

**Keywords:** Right to Health. Health Judicialization. Health Unic System.

## 1. INTRODUÇÃO

Dentre todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde figura como um dos mais discutidos na seara acadêmica, doutrinária e judicial. Com efeito, após a inserção do referido direito na Norma Fundamental e sua elevação ao status de garantia constitucional, a sociedade tem cada vez mais se conscientizado de que, de fato, é a destinatária da proteção conferida pelo Estado.

Nesse sentido, o direito à saúde foi inserido no título destinado à ordem social, que objetiva, em síntese, a promoção do bem-estar e da justiça social. Assim, o art. 6º do referido diploma legal dispõe que: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Por estar intimamente ligado ao direito à vida e intrinsecamente afeto à dignidade da pessoa humana, o direito a saúde recebeu proteção jurídica diferenciada, onde o Estado restou obrigado a promovê-lo por intermédio de ações positivas, bem como a implementá-lo através de políticas públicas visando sua proteção e recuperação.

Traçado perfunctoriamente tal panorama, a temática mostra-se extremamente hodierna, vez que crescem dia a dia as ações judiciais que visam tutelar o direito à saúde. Contudo, vem à tona um questionamento principal: o fenômeno da judicialização é, de fato, um instrumento hábil para a promoção do direito à saúde?

Inexistente a intenção de esgotar o tema e demonstrada a importância conferida ao direito à saúde, bem como delimitados aquele que deve promovê-lo, assim como a quem se destina, o presente estudo tem como escopo analisar a efetividade da prestação desse direito fundamental, verificar a legitimidade da atuação do Poder Judiciário e se sua intervenção se mostra eficiente na consecução desse direito social no Estado Democrático de Direito. Noutras palavras, este trabalho pretende analisar a compatibilidade da intervenção judicial como garantia de acesso às políticas públicas e para a tutela dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal vigente.

Partindo da premissa que o direito à saúde se trata de garantia constitucionalmente concebida e dever do Estado a sua promoção, mostra-se relevante a realização de discussão acerca da matéria, de modo a responder os questionamentos que se mostrem pertinentes, notadamente acerca da utilização do Poder Judiciário como

instrumento garantidor de políticas cuja implementação é de responsabilidade dos outros Poderes.

Considerando que a nível municipal a prestação dos serviços de saúde se mostra não raras vezes defectível, surgiu a necessidade de investigar quais os principais objetos das demandas judiciais que postulam o direito à saúde, qual o desfecho da ação e, principalmente, vislumbrar se a judicialização de tal direito se mostra como caminho hábil à consecução dessa proteção constitucional ou se apresenta como forma de satisfação individual de interesses em detrimento da coletividade, contribuindo ainda mais para a sobrecarga do Estado.

Nessa toada, considerando o caráter fundamental do direito em questão e a notória precariedade na prestação dos serviços atinentes a nível municipal, surgiu a necessidade de investigar se a intervenção do Judiciário é instrumento hábil à consecução da proteção constitucional e representa mecanismo garantidor de princípios basilares previstos na Constituição Federal de 1988.

Como forma de viabilizar a pesquisa e apresentar resultados fidedignos, serão promovidas consultas processuais na base de dados do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, restritas à Comarca de Acopiara/CE no período de 2017 a 2019, a fim de verificar na prática como o fenômeno da judicialização da saúde se estabeleceu em um município do interior do estado do Ceará. Mostra-se de crucial relevância a promoção da discussão com a delimitação acima definida em razão da inexistência de estudos específicos sobre o tema na referida base territorial.

## 1.1 OBJETIVOS

O objetivo geral é discutir a importância do direito à saúde vez que foi elevado a direito fundamental pela CF/88, bem como entender o fenômeno da judicialização do direito à saúde através da pesquisa bibliográfica com análise sobre os principais posicionamentos existentes.

Além disso, a pesquisa é composta por objetivos específicos adiante sintetizados:

- Apresentar os principais pontos de discussão que permeiam o tema, tais como: a intervenção do Poder Judiciário em atividades originariamente de competência de outros Poderes;
- Analisar o cenário de demandas judiciais envolvendo o direito à saúde no município de Acopiara entre os anos de 2017 a 2019, estabelecendo previamente critérios como objeto da demanda e resultado das ações judiciais;

- Correlacionar as informações angariadas e estabelecer, mediante a caracterização de demandas judiciais de saúde na Comarca de Acopiara/CE, a configuração da judicialização a nível municipal.

## 1.2 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Trata-se, em um primeiro momento, de pesquisa com revisão sistemática de literatura de cunho bibliográfico, debruçando-se sobre mecanismos de natureza perceptiva, exploratória e consultiva, de modo a permitir uma maior contextualização do tema, utilizando-se assim, da multidisciplinaridade com o intuito de fornecer subsídios para melhor estruturação e entendimento do conteúdo proposto.

Foram realizadas consultas a sítios da internet, a artigos publicados em periódicos, monografias, e demais mecanismos que envolviam discussões sobre o assunto, com o fito de contribuir no engrandecimento da pesquisa proposta, bem como analisar os diferentes posicionamentos acerca da temática estabelecida. Mediante a utilização da pesquisa qualitativa e explicativa, foi abordada a realidade fática do atual panorama do acesso ao direito à saúde.

Em um segundo momento, a pesquisa consistiu em uma abordagem qualiquantitativa em estudo transversal a partir do entendimento do fenômeno da judicialização da saúde, da compreensão de sua extensão e da delimitação de espaço geográfico para sua melhor adequação, o que foi possível através das consultas aos documentos acima mencionados. Após a compreensão do tema, foram angariadas informações de registros de processos judiciais constantes da base de dados do Judiciário cearense, restrito ao âmbito da Comarca de Acopiara/CE.

O município de Acopiara fica localizado na mesorregião do Centro-Sul Cearense, distante cerca de 350km da capital Fortaleza e possui população de 51.160 pessoas de acordo com dados fornecidos pelo IBGE referentes ao censo demográfico de 2010. É composta por dez distritos incluindo a sede urbana, e conta atualmente com três unidades judiciárias para atender as demandas da população, a saber, Vara Única Criminal, 1ª Vara Cível e 2ª Vara Cível. A comarca também conta com sede da Defensoria Pública e Ministério Público Estaduais.

O período das análises compreendeu os processos de saúde que foram distribuídos entre os anos de 2017 a 2019 nas duas unidades judiciárias existentes, a saber, 1ª a 2ª Varas da Comarca de Acopiara, quando ambas detinham competência para processamento de ações da natureza sob estudo.

A escolha do interregno teve como escopo identificar o espaço temporal no qual os dados coletados fossem os mais fidedignos possíveis, uma vez que em 2017 houve a instalação do novo sistema do Poder Judiciário, SAJ, em substituição ao

SPROC, e, a partir de 2020 teve início a pandemia de Covid-19, quando as demandas de saúde correspondiam a um período de anormalidade.

A fim de possibilitar o levantamento dos dados processuais e seu posterior aprofundamento para fundamentar a pesquisa no sistema processual pertinente, foi confeccionado formulário próprio com parâmetros específicos e entregue a servidor da unidade jurisdicional para preenchimento. No formulário foi disposta a seguinte variável referente à classe e assunto processual: Obrigação de Fazer/Não fazer, Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos, no período acima compreendido e contemplando os processos de primeira instância.

A partir da lista processual disponibilizada, foi possível a consulta na plataforma E-SAJ com aferição de informações pormenorizadas, tais como a natureza do pedido, as partes litigantes, tipo de representação processual (advogado constituído ou defensor público), bem como o resultado do processo (procedência, improcedência e extinção).

Frise-se que, em razão de a coleta de dados ter sido realizada em banco de dados público disponível na internet, é despicienda a aprovação de projeto em comitês de ética em pesquisa, sem prejuízo de obediência pelos pesquisadores das normas adequadas à espécie.

## **2. DIREITO À SAÚDE, DISPOSIÇÕES NORMATIVAS, ORÇAMENTÁRIAS E ADMINISTRATIVAS**

A base constitucional e de onde decorrem os regramentos infraconstitucionais está prevista no art. 196 da CF/88 (BRASIL, 1988), no qual a saúde é atribuída como direito pertencente a todos e elencada como dever do Estado, que deve implementá-la por intermédio de políticas sociais e econômicas que objetivem a diminuição do risco de doenças e dispõe sobre características primordiais, como o acesso universal e igualitário.

Tendo em vista que após a promulgação da Constituição Federal de 1988 vivenciamos o denominado Estado Democrático de Direito, as normas constitucionais devem ser obedecidas, e a saúde, erigida ao status de direito fundamental, deve ser estabelecida por intermédio de políticas públicas a fim de mitigar as desigualdades sociais, isto é, como mecanismo de obediência ao cumprimento dos direitos sociais.

Pressupõe-se que com a promoção de tais direitos sejam garantidas as condições mínimas para o bem-estar da sociedade, atendendo-se as necessidades basilares dos indivíduos, de forma que é imperiosa a ação positiva de alguém que coloque em prática as disposições previstas na Constituição Cidadã, no caso, o Estado.

Para Schwartz (2001) a saúde pode ser conceituada como um processo sistêmico que tem como objetivo o tratamento de enfermidades e que simultaneamente visa o estabelecimento da melhor qualidade de vida possível de se atingir e tem como parâmetro o estado de realidade do indivíduo e a possibilidade desse sujeito acessar aos meios necessários ao seu bem-estar individual.

A saúde é um direito de todos e sua promoção é de incumbência do Estado, cuja garantia se torna possível através da adoção de políticas sociais e econômicas com objetivos predefinidos. Nessa toada, emerge o sistema único de saúde, que por intermédio de uma rede caracterizada pela regionalização e hierarquização de tratativas e serviços de saúde, possibilita ao Poder Público a efetivação da proteção à saúde em prol de qualquer pessoa e/ou comunidade (SILVA, 2005).

O direito em tela, portanto, apresenta-se como um direito público inerente aos sujeitos e protegido expressamente pela Constituição Federal vigente, a qual determina ao Estado o planejamento, desenvolvimento e efetivação de políticas de caráter social e econômico com vistas a garantir a todos os cidadãos o acesso às assistências médica e hospitalar, com a implementação de práticas de fornecimento de medicamentos, consultas, cirurgias e demais tratamentos suportadas pelo erário.

Tais diretrizes são aperfeiçoadas pelas disposições normativas constantes da Lei n. 8.080/90 (BRASIL, 1990) que trata sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Em seu art. 2º o regramento estabelece que a saúde é um direito fundamental do ser humano, cabendo ao Estado dispor das condições indispensáveis ao seu integral exercício.

No art. 3º, por sua vez, estabelece-se que os níveis de saúde são indicadores da organização social e econômica do país e que fatores como alimentação, moradia, saneamento básico, trabalho, renda, educação, dentre outros, são determinantes e condicionantes da saúde. Até então, resta mais que evidente que incumbe ao Estado a concretização do direito à saúde através da implementação de políticas específicas e, no âmbito público, mediante ações por intermédio do Sistema Único de Saúde, o SUS.

Todavia, a própria Constituição Federal dispõe que a responsabilidade referente aos serviços de saúde são de responsabilidade de todos os entes federados, isto é, a União, os Estados e o Distrito Federal, bem como os Municípios, na forma do art. 23, II, do sobredito Diploma (BRASIL, 1988), de modo que cabe a tais entes a efetivação do direito à saúde dentro de sua competência administrativamente estabelecida.



Infere-se, pois, que ao Estado, representado pelos entes federados, incumbe criar mecanismos que proporcionem a garantia das necessidades da sociedade, devendo, ademais, proteger os direitos constitucionalmente previstos, sendo vedado silenciar-se diante de eventuais lacunas que possam obstar ou infirmar a consecução de tais direitos (SILVA, 2007). Na Seção III da Constituição Federal destinada à saúde, há no art. 198 (BRASIL, 1988) o estabelecimento de diretrizes para a organização desse direito no sentido de serem promovidas ações que devem integrar uma rede regional e hierárquica formando um sistema único, garantida com recursos da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, possibilitando ainda o custeio advindo de fontes diversas.

Nessa conjuntura, a assistência pública e a saúde foram dispostas como de competência comum dos entes federados, consoante disposto no art. 23, II, da CF/88. Por conseguinte, o art. 24, XII, da CF/88, veicula que é de competência concorrente da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a atividade legiferante quanto à previdência social, proteção e defesa da saúde. Em continuidade, o art. 30, VII, da CF/88, atribui aos Municípios prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

A Lei Complementar n. 141/2012, engendrada com o objetivo de regular o art. 198, §3º, da CF/88, estabeleceu os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde, bem como estabeleceu diretrizes para a distribuição dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Sem adentrar nas especificidades do tema ora em discussão, denota-se que há a distribuição de competências administrativas, orçamentárias, dentre outros aspectos referentes à consecução de ações voltadas à implementação do direito à saúde, entretanto, é de conhecimento comum que não raras vezes os cidadãos não têm acesso à garantia fundamental prevista, pelo que necessita pleitear na via judicial bem jurídico imprescindível à sua condição de pessoa humana, tema que será abordado no capítulo subsequente.

### **3. O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

É de conhecimento comum que a sociedade é um organismo dinâmico por sua natureza, e o Direito, como ciência social, acaba por moldar-se de acordo com as transformações havidas ao longo do tempo. Nesse mister, é ínsita da vida em comunidade a existência de conflitos, seja entre particular e particular, seja entre

particular e Estado. Na última hipótese, dentre as possibilidades existentes, o ente público pode ser demandado em decorrência em razão de, por exemplo, não implementar direito legalmente previsto pela via administrativa reputada adequada e típica.

De acordo com Wang (2009), a judicialização da saúde se trata da utilização de ações que obrigam o Poder Público a implementar serviços e fornecer bens relacionados à saúde.

Magalhães e Bonadiman (2020) conceituam a judicialização da saúde como uma série de fenômenos que culminam na intervenção do Poder Judiciário, em seu exercício típico de jurisdição, em questões de natureza social e política que não foram solucionadas através de ações a serem promovidas pelos demais Poderes.

Dentre algumas causas do fenômeno em análise, incluem-se o processo de redemocratização oriundo da consciência, por parte dos indivíduos, sobre os direitos constitucionalmente previstos e a possibilidade de efetivá-los a partir da atividade jurisdicional, bem como em decorrência da fortificação institucional do Ministério Público e da Defensoria Pública que fortalecem a demanda pela justiça (BARROSO, 2012).

O tema ora em comento divide opiniões tendo aqueles que defendem a judicialização como forma de assegurar o direito à saúde, bem como os que veem a opção pela via judicial como uma espécie de intromissão do Poder Judiciário em matéria que, a princípio, não seria de sua alçada.

Sobre a judicialização da saúde, Grinover (2009) entende que ao Judiciário é permitido o exercício do controle de políticas públicas a fim de dimensionar sua compatibilidade com os objetivos fundamentais previstos na Constituição Federal, de modo que pode o referido Poder, galgado no anseio de concretizar tais objetivos, intervir nessas ações do Poder Público com o fito de implementá-las quando inexistentes ou corrigi-las quando equivocadas.

Em contrapartida, afiguram-se frequentes críticas promovidas pelos próprios entes públicos no sentido de que a judicialização da saúde, notadamente como mecanismo de ingerência do Poder Judiciário, poderá em um futuro não distante impactar negativamente no sistema público de saúde, considerando os dispêndios ocasionados ao ser dar cumprimento às decisões exaradas e que consomem parte do orçamento destinado à saúde (ORDACGY, 2007).

Ordacgy (2007) assevera que o fenômeno da judicialização do direito à saúde tem origem, sobremaneira, em razão da precariedade do sistema único de saúde na oferta de medicamentos que são acentuadamente onerosos até para indivíduos mais

abastados, conjuntura que tem fomentando a procura de tutela jurisdicional pela população como mecanismo garantidor do seu tratamento médico.

Com efeito, a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo incutem no aumento das ações judiciais de saúde e estas figuram como uma espécie de resposta à crise de saúde pública que o país vivencia e como instrumento garantidor de acesso a tal direito. Deveras, ante a essencialidade do direito em tablado, os cidadãos recorrem ao Judiciário objetivando serem concedidas determinações como fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos, circunstâncias que se coadunam ao exercício da cidadania (FRANCO, 2012).

De mais a mais, parcela da doutrina pátria vê na judicialização da saúde uma espécie de violação ao princípio da tripartição dos Poderes, da reserva do possível e do princípio orçamentário, ocasionado, assim, grandes desfalques nos cofres públicos. Nesse teor, Barroso (2009, p. 2) sustenta que o Poder Judiciário está cada vez mais complacente com ações de tal natureza e que geram prejuízo ao erário:

[...] o sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento.

Diante do exposto, vê-se que o fenômeno da judicialização é um tema bastante controverso nas searas acadêmica, jurídica e jurisprudencial, cujas discussões estão longe de chegar a um consenso. O processo decisório, no Poder Judiciário, é tarefa deveras abstrusa, tendo em vista ser abalizado por legislação esparsa e densa, portarias, resoluções, recomendações, enunciados, dentre outros, situação que demanda a existência de estrutura de organização complexa.

#### **4. ANÁLISE DAS DEMANDAS JUDICIAIS NO MUNICÍPIO DE ACOPIARA ENTRE OS ANOS DE 2017 E 2019 - RESULTADOS**

Dada a abrangência do tema e seus desdobramentos, e o anseio de dimensionar o fenômeno da judicialização da saúde no município de Acopiara/CE, foi realizada pesquisa de processos judiciais que tramitaram na da Comarca entre o período de 2017 e 2019.

Utilizando-se dos parâmetros de pesquisas aplicados, no espaço de tempo descritos foram distribuídos 24 processos envolvendo o direito à saúde na Comarca de Acopiara/CE. Em relação aos processos analisados, houve um equilíbrio entre os gêneros dos demandantes, uma vez que 50% dos autores eram do sexo masculino e os outros 50% do sexo feminino.

Não foi possível obter um perfil sociodemográfico dos litigantes, uma vez que informações pormenorizadas como idade, local de residência (zona urbana e rural), profissão e outras variáveis não são disponibilizadas na consulta pública do portal do E-SAJ do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, carecendo de solicitação de senha aos cartórios judiciais para cada processo.

No que se refere ao objeto das demandas, foi possível sua identificação através da movimentação processual do processo, na qual consta o requerimento autoral. Do espaço amostral analisado, mais da metade das ações (54,2%) requeriam o fornecimento de medicamentos por parte do município de Acopiara/CE e/ou do estado do Ceará. Dentre os quais a visualização foi possível, os medicamentos solicitados foram: Codaten, Cloridrato de Paroxetina, Alprazolam, Galantamina, Insulina (Lantus), Mobiflex, Lornoxicam e Ursacol.

O segundo objeto mais demandado (20,8%) foi a realização de cirurgia, pelo menos três delas relacionadas a problemas na coluna. Em terceiro, a solicitação de agendamento de exames (16,7%), todos de ressonância magnéticas. Em uma ação foi solicitada a disponibilização de vaga em leito de UTI e em outra demanda a disponibilização de fraldas geriátricas, que representam 8,7% dos processos analisados.

Em relação à representação processual, 14 ações eram patrocinadas pela Defensoria Pública, totalizando mais da metade das demandas (58,3%), enquanto o restante dos demandantes (41,7%) eram representados por advogados particulares.

Por fim, no que se refere ao resultado da demanda, 9 processos (37,5%) foram julgados procedentes, enquanto 1 (4,2%) foram julgados improcedentes e 14 (58,3%) foram extintos sem resolução de mérito. Sobre esses últimos, os motivos foram os seguintes: 2 por desistência, 3 por óbito da parte autora, 1 por abandono, 1 por perda do objeto (fornecimento do medicamento pela via administrativa), 2 por indeferimento da petição inicial e 5 por ausência dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Todos os dados encontram-se dispostos na tabela abaixo:

Tabela 1<sup>3</sup> – Quantidade de processos judiciais, objeto, tipo de representação e resultado da demanda judicial.

<b>Número total de ações</b>	<b>24</b>	
<b>Variável</b>	<b>N<sup>A</sup></b>	<b>%</b>
<b>Gênero</b>		
Masculino	12	50
Feminino	12	50
<b>Variável</b>	<b>N<sup>A</sup></b>	<b>%</b>
<b>Objeto</b>		
Medicamentos	13	54,2
Cirurgias	5	20,8
Exames	4	16,7
Outros	2	8,3
<b>Variável</b>	<b>N<sup>A</sup></b>	<b>%</b>
<b>Rep. Processual</b>		
Defensoria Pública	14	58,3
Advogado particular	10	41,7
<b>Variável</b>	<b>N<sup>A</sup></b>	<b>%</b>
<b>Resultado</b>		
Procedente	9	37,5
Improcedente	1	4,2
Extinção	14	58,3

Os dados acima dispostos permitem fazermos uma análise acerca do fenômeno da Judicialização do direito à saúde no município de Acopiara/CE e, sobremaneira, ter um vislumbre sobre a conjuntura na qual a prestação de tal direito encontra-se inserida na Comarca. Inicialmente, vê-se que no espaço amostral analisado não há diferenças na quantidade de homens e mulheres que optaram pela via judicial a fim de satisfazerem sua pretensão.

De acordo a variável do objeto da demanda, isto, concebido como o motivo pelo qual as partes litigantes buscaram amparo do Estado para garantir o direito pleiteado, denota-se que mais de cinquenta por cento dos processos analisados versam sobre a solicitação de medicamentos, o que, excluindo-se os remédios de alto custo, levanta o questionamento mais profundo sobre a distribuição de renda no país e a (im)possibilidade de os cidadãos adquirirem medicamentos reputados essenciais para seus tratamentos com seus próprios recursos financeiros.

Ainda na referida variável, a designação de cirurgias e exames figuram com o segundo e terceiro objetos mais requeridos, e, pela natureza dos exames solicitados,

3 NA – Número de ações.

Outros – Requerimento de disponibilização de leito de UTI e requerimento de fralda geriátrica  
Extinção – Desistência, Ausência dos pressupostos processuais, Abandono, Indeferimento da petição inicial.

Fonte: Autoria própria.

ressonância magnética, emerge a dúvida acerca de qual justificativa apresentada pela parte de não ter conseguido realizar tal procedimento sem a intervenção do Poder Judiciário, já que tal exame é disponibilizado pelo SUS.

A variável seguinte, representação processual, responde em parte o questionamento acima suscitado, uma vez que quase sessenta por cento dos autos dos processos judiciais foram acompanhados pela Defensora Pública, de modo que mais da metade dos litigantes eram declaradamente hipossuficientes, isto é, não poderiam arcar com as taxas e custas exigidas para a tramitação de um processo judicial sem prejudicar o seu sustento.

Por derradeiro, no que se refere ao resultado da demanda, infere-se que nove dos vinte e quatro processos analisados foram julgados procedentes, um improcedente e o demais foram extintos na forma já explicitada em linhas pretéritas. Apesar de não representar a maioria do resultado, os processos que tiveram seus pedidos apreciados favoravelmente indicam que a prestação de serviços de saúde pode ser conseguida através da judicialização da causa.

Embora não se possa afirmar que a judicialização do direito à saúde é a medida mais acertada, já que isso não é objeto do presente trabalho, é inegável que a opção por tal via representa o cumprimento de princípios basilares, como a dignidade da pessoa humana, uma vez que é possibilitada ao demandante ver satisfeito direito reputado imprescindível a sua existência, bem como o princípio do acesso à justiça, considerando que, embora o direito à saúde seja constitucionalmente previsto, por vezes incumbe ao Judiciário promover sua realização, ainda que tal intervenção repercuta em outras searas também de gerência do Estado, como a orçamentária.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem dúvidas, o fenômeno da judicialização da saúde envolve muitas nuances e repercute não somente na área jurídica, mas em outras áreas, como a ciência, política e economia. O direito em questão é um dos principais existentes na Constituição Federal de 1988, razão pela qual foi elevado à condição de direito fundamental, com expressa disposição de incumbência ao Estado o dever de promovê-lo por intermédio de políticas públicas.

De um lado, tem-se que levar ao Poder Judiciário demandas pela oferta de medicamentos, tratamentos, consultas, concretiza o direito estabelecido pelo legislador e confere ao cidadão os mecanismos mínimos para a existência de qualidade de vida. De outro, tal fenômeno coloca em cheque todo o planejamento orçamentário e administrativo proposto pelo Estado, seja a nível federal, seja a nível municipal.

Não se desconhece que o tema em debate é permeado de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais que ficam na linha tênue da concretização do direito à saúde por intermédio da atividade jurisdicional e o aumento dos gastos pelo erário no cumprimento das decisões judiciais individuais em detrimento da coletividade.

O panorama que se estabelece é pelo aumento de demandas judiciais que buscam na via judicial a satisfação do direito à saúde e assim ser garantido o mínimo existencial concebido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, todavia, o crescente número de processos dessa natureza levantam a discussão sobre a necessidade de reformulação ou adequação das tratativas referentes à matéria.

Sobre as demandas de saúde no município de Acopiara/CE, conclui-se que mais da metade das ações são pelo fornecimento de medicamentos, em sua grande maioria com valores de custo elevados. Na mesma banda, vê-se que mais da metade dos demandantes são assistidos pela Defensoria Pública, concluindo-se pela sua condição de hipossuficientes e, em consequência disso, pela incapacidade do pagamento das custas processuais sem prejuízo à sua subsistência.

Tal conjuntura levanta o questionamento sobre a desigualdade social que assola nosso país e como o Estado tem agido para dirimir tal discrepância. Na área da saúde é possível visualizar de forma mais acentuada a deficiência do Poder Público em concretizar o que a própria Constituição Federal vigente estabelece, de modo que vive-se em um ciclo vicioso de o Estado não conseguir atender às demandas sociais e ao mesmo tempo ser impelido, gerando mais custos, a cumprir ao que é previsto na Lei Maior através do Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis R. **Nova interpretação Constitucional: ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 78.
- BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista de Direito Social, Porto Alegre, v. 34, p. 11-43, 2009.
- BARROSO, L. R. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 02 de fev. de 2022.
- BRASIL. Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 set. 1990.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 22 de setembro de 1988. Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília, DF, ano 125, p. 1-130, 22 set. 1988.
- DE VASCONCELOS, Francisco José Leal et al. Judicialização da Saúde: Análise de ações judiciais demandadas na comarca de Sobral, Ceará. **SANARE-Revista de Políticas Públicas**, v. 16, n. 2, 2017.
- DINIZ, Debora; MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho; PENALVA, Janaina. A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 19, p. 591-598, 2014.
- FRANCO, Lafaiete Reis. **A judicialização do direito constitucional à saúde no Brasil**. Jus Navigandi 2012 Disponível em :<<http://jus.com.br/artigos/25377/ajudicializacao-do-direito-constitucional-a-saude-no-brasil/3#ixzz3V2y1wXrs>> Acesso em: 15 mar. 2022.
- IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA . **Censo Brasileiro de 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.
- LEITE, Ivan Corrêa; DE OLIVEIRA BASTOS, Paulo Roberto H. Judicialização da saúde: aspectos legais e impactos orçamentários. **Argumentum**, v. 10, n. 1, p. 102-117, 2018.
- MAGALHÃES, Jairo Farley Almeida; BONADIMAN, Heron Laiber. **Judicialização do ensino superior: considerações preliminares**. In: Anais do Encontro Virtual de Documentação em Software Livre e Congresso Internacional de Linguagem e Tecnologia Online. 2020.
- MARQUES, Silvia Badim. Judicialização do direito à saúde. **Revista de direito sanitário**, v. 9, n. 2, p. 65-72, 2008.
- ORDACGY, André da Silva. **O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À SAÚDE PÚBLICA**. Disponível em [ceap-rs.org.br/wp-content/uploads/2014/02/DireitoHumano-a-saude-oupublica.pdf](http://ceap-rs.org.br/wp-content/uploads/2014/02/DireitoHumano-a-saude-oupublica.pdf) Acesso em 20 mar. 2022.
- ORDACGY, André da S. **A tutela de saúde como um direito fundamental do cidadão**. 2007. Disponível em <[http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo\\_saude\\_andre.pdf](http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf)> Acesso em: 20 abr. 2022.



GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo: estudos e pareceres**. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 250-251

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 24<sup>a</sup> edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, p. 831.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001. p. 97.

WANG, D. W. L. **Poder Judiciário e Políticas Públicas de Saúde: participação democrática e equidade**. Cadernos Gestão Pública e Cidadania, v. 54, p. 48-89,2009.

# A CONSTRUÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À CIDADANIA NO BRASIL E A INFLUÊNCIA DA REVOLUÇÃO DE SÃO DOMINGOS: UMA ABORDAGEM SOB O PRISMA DA DECOLONIALIDADE

THE CONSTRUCTION OF THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO CITIZENSHIP IN BRAZIL AND THE INFLUENCE OF THE SÃO DOMINGOS REVOLUTION: AN APPROACH FROM THE PRISM OF DECOLONIALITY

*Caio Pereira Negrão<sup>1</sup>*

*Raissa de Jesus Nascimento<sup>2</sup>*

Data de Submissão: 18/09/2022

Data de Aceite: 15/12/2022

**Resumo:** A historiografia do Direito Constitucional é, ainda hoje, articulada a partir de uma narrativa eurocentrada, existindo poucos estudos e articulações teóricas que analisem de que maneira a conjuntura de outros episódios históricos, que ocorreram fora do continente europeu, influenciaram na construção do constitucionalismo brasileiro. Segundo Winnie Bueno, o silêncio sobre a Revolução Haitiana na historiografia constitucional não se dá por mero acaso; essa invisibilidade é decorrente de uma das faces do racismo estrutural, compreendido em três dimensões: econômica, política e ideológica, mesmo reconhecendo a diversidade étnica de sua constituição, a sociedade da época legitimava a escravidão. Viu-se a necessidade de compreender: os aspectos históricos e a forma como se deu a Revolução Haitiana; quais as repercussões

1 Bacharelado em Direito na Universidade Federal da Bahia. Colaborador da Comissão de Direitos Sociais da Ordem dos Advogados do Brasil Seção Bahia. Diretor de Direitos Humanos na União dos Estudantes da Bahia. Membro da Clínica de Combate à Superexploração do Trabalho. Membro do grupo de pesquisa “Historicidade do Estado, Direito e Direitos Humanos: interações sociedade, comunidades tradicionais e meio ambiente”. E-mail: caiopneg@gmail.com.

2 Bacharelada em Direito na Universidade do Estado da Bahia. Membro dos grupos de pesquisa “Processo Penal e Democracia” e “Culpabilidade e Responsabilidade no Direito Penal Econômico”. Vice-Presidente do Diretório Central dos Estudantes da Uneb. Presidente do Conselho Fiscal do Diretório Acadêmico Cosme de Farias. E-mail: rainascimento920@gmail.com.

e contribuições da Revolução Haitiana no Direito Constitucional brasileiro e; o que é a Cidadania e de que forma ela foi construída na Assembleia Constituinte de 1823. Para atender a este propósito, a pesquisa teve caráter exploratório-descritivo e qualitativo. Assim, há o compromisso de amplificar os conhecimentos produzidos a partir de outras lógicas, dimensões sociais e epistemologias, que foram vilipendiadas e sufocadas pelo sistema colonial, capitalista e escravagista. Dessa forma, vê-se necessário (re)semantizar o direito constitucional nacional e a ideia de cidadania a partir dos processos de luta dos movimentos e diversos aspectos da Revolução de São Domingos, visando uma epistemologia afrodiaspórica e trazendo a afroperspectiva como estrutura para repensar a narrativa constitucional brasileira.

**Palavras-chave:** Revolução Haitiana. Cidadania. Direito Constitucional.

**Abstract:** The historiography of Constitutional Law is, even today, articulated from a Eurocentric narrative, with few studies and theoretical articulations that analyze how the conjuncture of other historical episodes, which occurred outside the European continent, influenced the construction of Brazilian constitutionalism. According to Winnie Bueno, the silence on the Haitian Revolution in constitutional historiography does not happen by chance; this invisibility is due to one of the faces of structural racism, understood in three dimensions: economic, political and ideological, even recognizing the ethnic diversity of its constitution, the society of the time legitimized slavery. There was a need to understand: the historical aspects and the way in which the Haitian Revolution took place; what are the repercussions and contributions of the Haitian Revolution on Brazilian Constitutional Law and; what is Citizenship and how it was built in the Constituent Assembly of 1823. To meet this purpose, the research had an exploratory-descriptive and qualitative character. Thus, there is a commitment to amplify the knowledge produced from other logics, social dimensions and epistemologies, which were vilified and suffocated by the colonial, capitalist and slave system. In this way, it is necessary to (re)semantize the national constitutional law and the idea of citizenship from the processes of struggle of the movements and various aspects of the São Domingos Revolution, aiming at an Afro-diasporic epistemology and bringing the Afroperspective as a structure to rethink the Brazilian constitutional narrative.

**Keywords:** Haitian Revolution. Citizenship. Constitutional right.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe um debate a respeito da desconsideração da experiência revolucionária do Haiti (1791-1804) no Direito Constitucional brasileiro. Os modelos de educação da grande maioria das ex-colônias que faziam parte da periferia do mundo colonial e que hoje constituem a periferia do capitalismo globalizado, continuam a ter seu referencial teórico-dogmático ou teórico-hermenêutico baseado nos conhecimentos produzidos a partir de uma visão eurocêntrica. Entretanto, existiram outras experiências históricas, de países libertos da dominação, que desenvolveram projetos de sociedades que não se amoldam nos processos da construção da cidadania e na educação que são ensinados na atualidade.<sup>3</sup> Assim, é perceptível que pouco se estuda sobre como episódios históricos que ocorreram fora do continente europeu influenciaram a construção do constitucionalismo brasileiro, ensejando, assim, a necessidade de construção de empreendimentos acadêmicos e concepções que rompam com esse paradigma.

O Haiti foi a primeira República negra das Américas. Nascida da revolução armada contra a colonização da França, em 1804. Os revoltosos lograram êxito em derrotar as tropas de Napoleão Bonaparte e conquistar sua independência. Para Santos, “No campo do Direito Constitucional brasileiro, prevalece até os dias de hoje um silêncio ensurdecido a respeito da experiência histórica ocorrida na colônia francesa de São Domingos [...] que deu início ao constitucionalismo haitiano do século XIX”.<sup>4</sup> De acordo com Winnie Bueno, o silêncio sobre a Revolução de São Domingos no Direito Constitucional do Brasil não se dá por mero acaso.<sup>5</sup> Para a autora, a marginalização das experiências da negritude integra o complexo processo de negação de direitos a grupos subalternizados, bem como constitui uma ferramenta de supressão do pensamento intelectual negro.

A partir dessa situação surge a inquietação que impulsionou a construção deste trabalho, qual seja, a ausência de referências bibliográficas focadas em perspectivas que não tenham as narrativas eurocêntricas, com o seu monopólio da produ-

3 MUNANGA, Kabengele. Prefácio. In: SANTOS, Maria do Carmo Rebouças dos. **Constitucionalismo e justiça epistêmica: o lugar do movimento constitucionalista haitiano de 1801 e 1805**. Rio de Janeiro: Telha, 2021. p. 13-15. ISBN 978-65-86823-69-1.

4 SANTOS, Maria do Carmo Rebouças dos. **Constitucionalismo e justiça epistêmica: o lugar do movimento constitucionalista haitiano de 1801 e 1805**. Rio de Janeiro: Telha, 2021. ISBN 978-65-86823-69-1. p. 17.

5 BUENO, Winnie de Campos. **A revolução silenciada: o atlântico negro e a teoria constitucional**. Teoria constitucional. Porto Alegre, 2018. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/9a74g9mn/1x2H369h0o0mrn6p.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

ção do conhecimento, como única fonte histórica para tratar do constitucionalismo brasileiro. Assim sendo, o presente trabalho tem como objetivo estudar as repercussões e contribuições da Revolução de São Domingos no Direito Constitucional do Brasil, como forma de ontologizar as existências negras. Pensar a Revolução Haitiana em uma perspectiva que desarticule a lógica dos vencidos e dos vencedores corresponde ao desafio estratégico de superação da subordinação que é imposta às nações que não estão inscritas no norte global. Acolher essa perspectiva enquanto um empreendimento acadêmico relevante pode representar a constituição de novos olhares e paradigmas a respeito do Direito Constitucional do Brasil. Compreender, portanto, as influências da Revolução Haitiana no Direito Constitucional do Brasil é uma forma de situar as experiências negras enquanto uma outra possibilidade de leitura a respeito da construção do Direito e não apenas como uma nota de rodapé na história.<sup>6</sup>

Nesse esteio, percebe-se que é necessário analisar o constitucionalismo sob a perspectiva decolonial, que nasce para complementar o sentido de descolonização. Maldonado-Torres argumenta que os países latino-americanos, no processo de independência de suas potências europeias, iniciaram a descolonização das estruturas do poder colonial, sem se apoderar, nesse processo, da narrativa histórica, da cultura e do modo de produção do conhecimento, de modo que a Europa continuou a exercer esse papel, se tornando uma espécie de modelo a ser seguido pelos países latino-americanos nos campos político, econômico, social, científico, cultural etc.<sup>7</sup> Desse modo, Thula Pires argumenta que o projeto decolonial:

Trata-se de uma abordagem que, além de trabalhar as origens do colonialismo, pretende traçar as continuidades das estruturas de dominação econômicas, políticas e culturais fundadas nesse período e reproduzidas na contemporaneidade. Nesse sentido, a crítica ao eurocentrismo e à sua adoção como modelo de universalidade é crucial para esse projeto. Complementarmente, há o compromisso de amplificar perspectivas epistemológicas, culturais, políticas e econômicas silenciadas nos últimos séculos.<sup>8</sup>

6 BUENO, Winnie de Campos. **A revolução silenciada: o atlântico negro e a teoria constitucional.** Teoria constitucional. Porto Alegre, 2018. Disponível em: <http://conpedi.danilojr.info/publicacoes/34q12098/9a74g9mn/1x2H369h0o0mrn6p.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

7 MALDONADO-TORRES, Nelson. **La descolonización y el giro des-colonial.** Tábula rasa, Bogotá, n. 9. p. 61-72. 2008.

8 PIRES, Thula. **Por um constitucionalismo ladino-amefricano.** In: BERNARDINO-COSTA, Joaze; MALDONADO-TORRES, Nelson; GROSGOUEL, Ramón. Decoloniali-

Para sustentar o objetivo geral, como objetivos específicos foi observada a necessidade de se compreender o que é a decolonialidade e como esse fenômeno é utilizado para amplificar as perspectivas negras. Ademais, se fez preciso entender os aspectos históricos e a forma como se deu a Revolução Haitiana, além de depreender quais as repercussões e contribuições da Revolta de São Domingos no Direito Constitucional brasileiro, a fim de tecer críticas ao eurocentrismo e amplificar os conhecimentos produzidos a partir de outras lógicas, dimensões sociais e epistemológicas.

Por fim, a metodologia utilizada possui caráter exploratório-descritivo: exploratória por não haver muita produção científica sobre a temática abordada, e, por meio do estudo exploratório, buscou-se conhecer com maior profundidade a questão da marginalização das experiências revolucionárias do Haiti no Direito Constitucional brasileiro, de modo a torná-la mais clara; descritivo, porque identificou e descreveu características de determinado fenômeno, estabelecendo relação entre variáveis, quais sejam: o processo revolucionário haitiano e o direito constitucional brasileiro. Ademais, a pesquisa teve caráter qualitativo na medida em que buscou descrever a complexidade do problema apresentado, além de analisar a interação de certas variáveis e compreender e classificar processos dinâmicos vividos por grupos sociais.

## 2. O PROJETO DECOLONIAL E A COLONIALIDADE DO PODER

A formação do conceito de eurocentrismo ou, como nomeia Coronil, do ocidentalismo,<sup>9</sup> se deu a partir do século XVI, considerado o imaginário dominante do mundo moderno/colonial que permitiu legitimar a dominação e a exploração imperial. Com base nisso, o outro (não europeu) foi visto como atrasado, e sob essa perspectiva se desenvolveu o “mito da modernidade”, em que a civilização moderna se autodescreveu como a mais desenvolvida e superior e, por isso, com a obrigação moral de desenvolver os primitivos, a despeito da vontade daqueles que são nomeados como primitivos e atrasados. Esse discurso de superioridade esteve presente nos processos de dominação/colonização e posteriormente na constituição

---

dade e Pensamento Afrodiaspórico. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2020. p. 285-304. ISBN 978-85-513-0605-5. p. 289.

9 CORONIL, Fernando. **Beyond Occidentalism: Toward Nonimperial Geohistorical Categories.** In *Cultural Anthropology*, Vol. 11, N° 1, fev. 1996.

das ciências humanas e sociais, impondo classificações de povos e o silenciamento de outras formas de conhecimento que dinamizaram outras sociedades.<sup>10</sup>

Associado a essa trajetória e anteriormente ao capitalismo mundial na história, segundo Quijano, é possível verificar que certos atributos da espécie tiveram um papel central na classificação social das pessoas, como por exemplo sexo, idade e força de trabalho.<sup>11</sup> A partir da América, foi acrescentado o fenótipo. Assim, a racialização das relações de poder entre as novas identidades sociais e geoculturais foi o pilar e a referência legitimadora fundamental do caráter eurocêntrico do padrão de poder, material e intersubjetivo. Ou seja, da sua colonialidade.<sup>12</sup> Nesse sentido, a teoria decolonial propõe que a sociedade moderna se alicerça e se estrutura nessa ideia de raça e produz uma classificação social que passou a ser utilizada como modelo para interpretação da América e de toda a população mundial. Em decorrência disso, é difundido o mito da superioridade branca, que ganha cada vez mais eficácia devido ao efeito da fragmentação da identidade racial e da negação da própria cultura, e como consequência, em alguns países como o Brasil, tem-se a exclusão e invisibilização dos movimentos negros nos processos de construção dos seus sistemas e estruturas, a fim de se obter uma falsa sensação de embranquecimento.<sup>13</sup>

Nesse sentido, a modernidade/colonialidade experimentada faz parte de um projeto supostamente civilizatório, que se produz no calor da violência e a difunde em uma escala planetária que gerou a expansão colonial europeia. A chamada “modernidade” é, então, a civilização que se cria a partir da expansão colonial europeia e que se produz na relação de dominação do “Ocidente” sobre o “não Ocidente”.<sup>14</sup>

---

10 GROSFOGUEL, Ramón. **Para uma visão decolonial da crise civilizatória e dos paradigmas da esquerda ocidentalizada.** In: BERNARDINO-COSTA, Joaze; MALDONADO-TORRES, Nelson; GROSFOGUEL, Ramón. *Decolonialidade e Pensamento Afrodiaspórico*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2020. p. 55-77. ISBN 978-85-513-0605-5.

11 QUIJANO, Aníbal. **Coloniality of Power, Ethnocentrism, and Latin America.** *Nepantla: Views from the South*, 1 (3), p. 533-580, 2000.

12 SILVA, Mayana Hellen Nunes da. **Da crítica à Améfrica Ladina crítica: para uma genealogia do conhecimento a partir de Lélia González.** *Cad. Gên. Tecnol.*, Curitiba, v.12, n. 40, p. 143-155, jul./dez., 2019. ISSN: 2674-5704.

13 GONZALEZ, Lélia. **A categoria político-cultural de amefricanidade.** In: *Tempo brasileiro*, Rio de Janeiro, n. 92/93, p. 69-82, jan./jun. 1988.

14 GROSFOGUEL, Ramón. **Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global.** In: MENESES, Maria Paula; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Epistemologias do Sul*. Coimbra, Biblioteca Nacional de Portugal, 2009. ISBN 978-972-40-3738-7.

Diante desse contexto, é importante destacar ainda a diferença entre colonialismo e colonialidade. De acordo com Grosfoguel:

Dizer colonialidade não é o mesmo que dizer colonialismo. Não se trata de uma forma decorrente nem antecedente da modernidade. Colonialidade e modernidade constituem duas faces de uma mesma moeda. Da mesma maneira que a revolução industrial europeia foi possível graças às formas coercivas de trabalho na periferia, as novas identidades, direitos, leis e instituições da modernidade, de que são exemplo os Estados-nação, a cidadania e a democracia, formaram-se durante um processo de interação colonial, e também de dominação/exploração, com povos não-ocidentais.<sup>15</sup>

Portanto, para o autor, o colonialismo pode ser compreendido como a formação histórica dos territórios coloniais, pelos modos específicos pelos quais os impérios ocidentais colonizaram a maior parte do mundo desde a “descoberta”; e colonialidade pode ser compreendida como uma lógica global de desumanização que é capaz de existir até mesmo na ausência de colônias formais. Consequentemente, a ideia de descolonização não se confunde com a ideia de decolonialidade, se a descolonização se refere a momentos históricos em que os sujeitos coloniais se insurgiram contra os ex-impérios e reivindicavam a independência, a decolonialidade refere-se à luta contra a lógica da colonialidade e seus efeitos materiais, epistêmicos e simbólicos.

Dessa forma, a ideia de colonialidade estabelece que o racismo é um princípio organizador ou uma lógica estruturante de todas as configurações sociais e relações de dominação da modernidade. O racismo é um princípio constitutivo que organiza, a partir de dentro, todas as relações de dominação da modernidade, desde a divisão internacional do trabalho até as hierarquias epistêmicas, sexuais, de gênero, religiosas, pedagógicas, médicas, junto com as identidades e subjetividades, de tal maneira que divide tudo entre as formas e os seres superiores (civilizados, hiper humanizados, etc., acima da linha do humano) e outras formas e seres inferiores (selvagens, bárbaros, desumanizados, etc., abaixo da linha do humano). Ao contrário, na perspectiva decolonial o racismo é um princípio organizador, o que não significa que seja um fator determinante em última instância, que substituiria a determinação de classe pela racial. Ademais, o racismo organiza as relações de dominação da

---

15 GROSFOGUEL, Ramón. **Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais:** Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. In: MENESES, Maria Paula; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Epistemologias do Sul*. Coimbra, Biblioteca Nacional de Portugal, 2009. ISBN 978-972-40-3738-7. p. 383.



modernidade, mantendo a existência de cada hierarquia de dominação sem reduzir umas às outras, porém ao mesmo tempo sem poder entender uma sem as outras, numa perspectiva interseccional.<sup>16</sup>

E esse fenômeno, associado ao conceito de colonialidade do poder, ajuda a compreender o motivo de a descolonização da América ter acontecido de forma incompleta, ao passo que foi alcançada apenas a independência jurídico-política. É necessário um segundo movimento descolonizador, o qual “(...) tendrá que dirigirse a la heterarquía de las múltiples relaciones raciales, étnicas, sexuales, epistémicas, económicas y de género que la primera descolonización dejó intactas”.<sup>17</sup> E para lograr sucesso nessa segunda etapa, faz-se imprescindível desmistificar o fato de que as formas eurocêntricas de conhecimento são os únicos saberes verdadeiros. Este modelo, de acordo com Quijano, trata-se de um modo de produção de conhecimento que está à serviço das demandas cognitivas do capitalismo.<sup>18</sup>

A colonialidade do poder influenciou não apenas na classificação social dos indivíduos, mas também no modo de dominação dos territórios, na distribuição mundial do trabalho e na relação salarial, além de influir nas relações de gênero.<sup>19</sup> O lugar onde as raças ocupavam se tornou decisivo para definir os espaços que seriam dominados e como as fronteiras seriam definidas. A distribuição mundial de trabalho em torno da colonialidade do poder também foi determinante para o capitalismo eurocentrado. A partir dele foi possível organizar a exploração do trabalho num sistema complexo em torno do predomínio da relação capital-salário. No “centro” (eurocentro), a relação salarial foi predominante, estrutural e demograficamente. Na “periferia colonial”, ao contrário, as outras formas de exploração do trabalho foram as dominantes: escravidão, servidão, produção mercantil simples, reciprocidade. Quanto às relações de gênero, é possível afirmar que a hierarquia sexual já existia no patriarcado europeu, onde os homens exerciam poder e influência sobre

---

16 GROSFOGUEL, Ramón. **Colonial Difference, Geopolitics of Knowledge and Global Coloniality in the Modern/Colonial Capitalist World-System**. *Review*, 25 (3), P. 203-224, 2002.

17 CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFOGUEL, Ramón. **El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007. p. 17.

18 QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. In: LANDER, Edgar (org). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais perspectivas latino-americanas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2015.

19 *Idem*. **Coloniality of Power, Ethnocentrism, and Latin America**. *Nepantla: Views from the South*, 1 (3), p. 533-580, 2000.

as mulheres. Com a colonialidade do poder, na nova matriz de poder colonial, surge a hierarquia étnico-sexual, em que algumas mulheres, de origem europeia, possuem um estatuto mais elevado e um maior acesso aos recursos do que alguns homens, de origem não-europeia.<sup>20</sup> E essa herança colonial é perpetuada até os dias de hoje, tanto nas relações de trabalho quanto nas relações de gênero.

Fanon observa em sua obra *Pele Negra, Máscaras Brancas* um mundo dominado econômica e politicamente pelos brancos, em que os negros, destituídos de resistência ontológica, não conseguem estabelecer um sistema de representação capaz de gerar resistência ao sistema de representação dominante.<sup>21</sup> Para que um indivíduo possa afirmar sua existência, é preciso que seja reconhecido pelo outro, e por essa falta de reconhecimento, o negro internaliza o sistema de representação do branco, procurando imitá-lo. Diante disto, Fanon visualiza uma solução: afirmar-se como negro, vestir a máscara negra: “Desde que era impossível livrar-me de um complexo inato, decidi me afirmar como negro. Uma vez que o outro hesitava em me reconhecer, só havia uma solução: fazer-me conhecer”.<sup>22</sup> Se o homem negro era invisibilizado pelos estereótipos e reduzido ao silêncio e à não-existência, cabia a ele mesmo se afirmar e se reconhecer. Esta afirmação, como um ato político, consistirá em tornar o invisível, visível. O corpo negro passa a significar, então, resistência e intervenção política e cultural.

A partir dessa perspectiva, é possível vislumbrar na pluralidade da América Latina a proliferação e intensificação de resistências sociais e culturais à imposição de um padrão único de pensar e de agir, que representa o modelo civilizatório a ser obedecido. No que diz respeito aos processos de resistência ao colonialismo, levando em consideração o âmbito de investigação de experiências históricas que foram silenciadas e ofuscadas pela tradição europeia, infere-se uma riqueza de elementos teóricos e práticos do pensamento latino-americano.<sup>23</sup> Portanto, a investi-

---

20 GROSFOGUEL, Ramón. **Colonial Difference, Geopolitics of Knowledge and Global Coloniality in the Modern/Colonial Capitalist World-System.** *Review*, 25 (3), P. 203-224, 2002.

21 FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas** - tradução de Renato da Silveira. Salvador: EdUfba, 2008.

22 *Ibidem.* p. 108.

23 BELLO, Enzo; VAL, Eduardo Manuel. **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latinoamericano.** In: BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natália Martinuzzi. A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-americano. Caxias do Sul, RS: Educs, 2014. p. 11-25. Disponível em: [https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/332/o/pensamento\\_pos.pdf#page=12](https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/332/o/pensamento_pos.pdf#page=12). Acesso em: 17 jul. 2021.

gação das resistências latino-americanas, somadas às reflexões pós-coloniais nos âmbitos africano e asiático, além de aprofundarem a crítica à construção etnocêntrica do conhecimento, albergam novas possibilidades e propostas diante do modelo de desenvolvimento capitalista, que subjetivamente impõe o sentimento de uma comunicação individual e coletiva global já alcançada, e, por sua vez encobre as desigualdades e exclusões promovidas e acentuadas por essa expansão globalizada.

Para além do projeto decolonial, também se faz necessário uma atitude decolonial. Através desse giro ativista, o indivíduo anteriormente marginalizado e condenado emerge como agente da mudança social e passa a atuar de maneira significativa para a luta pela descolonização e pela completude do projeto. Para que isso seja possível, “O giro decolonial requer [...] uma renúncia das instituições e práticas que mantêm a modernidade/colonialidade”.<sup>24</sup>

### 3. ASPECTOS HISTÓRICOS DO HAITI E DA REVOLUÇÃO DE SÃO DOMINGOS

Cristóvão Colombo pisou pela primeira vez em terras do Novo Mundo à procura de ouro em 12 de outubro de 1492, na ilha de Guanahani (atual Bahamas), na América Central. Os nativos indicaram-lhe o *Ayiti*,<sup>25</sup> uma grande ilha, rica - diziam - do metal amarelo.<sup>26</sup> Em dezembro de 1492, o navegador espanhol estabeleceu a primeira capitania na região que seria conhecida como colônia de São Domingos. Nos primeiros anos, a exploração das riquezas naturais concentrou-se na extração de ouro obtido pelo trabalho compulsório da população indígena local.<sup>27</sup>

No século XVI, o cultivo de cana-de-açúcar substituiu a extração de ouro como principal atividade econômica da ilha. Paul Farmer relata que a escassez de mão-de-obra indígena entre os anos de 1517 e 1540, fez com que aproximadamente trinta mil homens fossem trazidos do continente africano para trabalharem compulsoriamente nas lavouras de cana da região.<sup>28</sup>

24 MALDONADO-TORRES, Nelson. **Analítica da colonialidade e da decolonialidade:** algumas dimensões básicas. In: BERNARDINO-COSTA, Joaze; MALDONADO-TORRES, Nelson; GROSGOUEL, Ramón. *Decolonialidade e Pensamento Afrodiaspórico*. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. p. 30-60. p. 58.

25 Em *Arawak*, língua dos nativos da região, *Ayiti* significa “terras altas”.

26 JAMES, Cyril Lionel Robert. **Os Jacobinos Negros:** Toussaint L’Ouverture e a revolução de São Domingos. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 15-17. ISBN 978-85-8593-448-4.

27 MATIJASCIC, Vanessa Braga. **Haiti:** Uma história de Instabilidade Política. *Cenário Internacional*, São Paulo, 14 jul. 2009.

28 FARMER, Paul. **The Uses of Haiti**. Monroe: Common Courage Press, 2006. ISBN 978-15-6751-344-8.

A riqueza do novo território despertou o interesse da França. Ao final do século XVI, os franceses ocuparam a porção noroeste da ilha, e, em meados do século XVII, atingiram um terço do território da ilha. Em 1697, o Tratado de Ryswick<sup>29</sup> oficializou aos franceses a dominação do território já ocupado. A França denominou a nova colônia como *Saint-Domingue*: “Conhecida como a Pérola das Antilhas, a mais rica colônia da monarquia francesa contava, na época, com sete mil e oitocentas propriedades agrícolas, onde se produziam café, algodão e, sobretudo açúcar”.<sup>30</sup> A cultura do açúcar e o sistema de mão-de-obra escravizada garantiram vultosas vantagens financeiras à metrópole francesa. Para assegurar tal fonte de riquezas econômicas, a estrutura social da colônia era extremamente rígida. Williams aponta que, ao final do século XVIII, a estrutura social haitiana era dividida em cinco grupos:<sup>31</sup> (i) no topo da hierarquia estavam os brancos que eram os proprietários e comerciantes de monoculturas; (ii) o segundo estamento era composto pelos funcionários da monarquia francesa; (iii) o terceiro estrato era composto por brancos que exerciam ofícios que requeriam conhecimentos específicos, como professores e artesãos (esses três primeiros grupos somavam um total aproximado de 40 mil pessoas); Em seguida, a sociedade colonial se dividia entre mulatos e negros: (iv) os mulatos eram cidadãos livres que costumavam exercer ofícios de baixa remuneração e não tinham o mesmo status social e direitos políticos desfrutados pelos brancos, formando um contingente de aproximadamente 28 mil pessoas; (v) por último, a maior classe social era constituída por mais de 450 mil pessoas escravizadas.

Diante desse quadro social, de acordo com James, a desigualdade da sociedade de São Domingos tornou-a propícia ao desencadeamento de rebeliões.<sup>32</sup> O autor destaca que, apesar de a colônia ter um histórico de revoltas, a Revolução Francesa foi o fator decisivo para desestabilizar a antiga estrutura social de *Saint-Domingue*. Iniciada em 1791, no território onde hoje localiza-se a República do Haiti, a Revolução haitiana ocorreu passados dois anos da Revolução Francesa e dos seus reflexos na colônia francesa. Os escravos se revoltaram, em uma luta que se estendeu por doze anos. Após longas batalhas travadas contra os brancos locais, tropas francesas,

---

29 O Tratado de Ryswick foi o acordo de paz celebrado entre os países europeus após a Guerra dos Nove Anos (1688-1697).

30 SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Haiti: a soberania dos ditadores**. Porto Alegre: Só Livros, 1994. p. 1.

31 WILLIAMS, 1970 *apud* FARMER, Paul. **The Uses of Haiti**. Monroe: Common Courage Press, 2006. ISBN 978-15-6751-344-8.

32 JAMES, Cyril Lionel Robert. **Os Jacobinos Negros: Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 15-17. ISBN 978-85-8593-448-4.

inglesas e espanholas, os revoltosos lograram êxito em instalar o Estado negro do Haiti, que permanece até a contemporaneidade. Entre todas as numerosas revoltas de pessoas escravizadas ocorridas desde a Antiguidade até os tempos atuais, somente essa foi vitoriosa.<sup>33</sup> Nesse sentido, James afirma que:

Essa foi a única revolta de escravos bem-sucedida da História, e as dificuldades que tiveram de superar colocam em evidência a magnitude dos interesses envolvidos. A transformação dos escravos que, mesmo às centenas, tremiam diante de um único homem branco, em um povo capaz de se organizar e derrotar as mais poderosas nações europeias daqueles tempos é um dos grandes épicos da luta revolucionária e uma verdadeira façanha.<sup>34</sup>

A historiografia do Haiti e suas lutas por independência estão umbilicalmente ligadas à Revolução Francesa. De acordo com Gorender, “as ideias da Revolução Francesa foram acolhidas pelas mentes receptivas dos escravos rebelados, os jacobinos negros”.<sup>35</sup> Nessa orientação, Noronha argumenta que, “ao defender o direito à liberdade e à igualdade dos homens, a Revolução Francesa logo provocaria agitações na ilha de São Domingos”.<sup>36</sup> Assim, em relação à disseminação das ideias francesas em *Saint-Domingue*, o pesquisador Dale Tomich argui que:

As ideias do Iluminismo e da Revolução Francesa não viajaram até o Haiti para exercer sua influência. Ideias, movimentos e instituições reverberaram do outro lado do Atlântico e interagiram umas com as outras porque eram parte do mesmo complexo de relações transatlânticas. De formas diferentes, as condições eram maduras para elas em cada polo do complexo metrópole-colônia. As mesmas ideias puderam ter consequências muito distintas em cada contexto particular. Grupos diversos apropriaram-se delas, adaptaram-nas e mobilizaram-nas de várias formas em locais geográficos e sociais específicos. Os mesmos Direitos

33 GORENDER, Jacob. Orelha do livro. In: JAMES, Cyril Lionel Robert. **Os Jacobinos Negros: Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2010. ISBN 978-85-8593-448-4.

34 JAMES, Cyril Lionel Robert. **Os Jacobinos Negros: Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 15-17. ISBN 978-85-8593-448-4.

35 GORENDER, Jacob. Orelha do livro. In: JAMES, Cyril Lionel Robert. **Os Jacobinos Negros: Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2010. ISBN 978-85-8593-448-4.

36 NORONHA, Aline Garcia Chaves. **Mesmos ideais, rumos diferentes: um paralelo entre a Revolução francesa e a Revolução do Haiti**. Revista Ameríndia, v. 8, ed. 1, 1 Maio 2010. ISSN 1980-4806. Disponível em: [http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/14988/1/2010\\_art\\_agcnoronha.pdf](http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/14988/1/2010_art_agcnoronha.pdf). Acesso em: 28 jun. 2021. p. 5.

do Homem podiam ser interpretados de maneiras diferentes em cada local e em cada conjunto de condições, e as pessoas delas podiam se apropriar, interpretá-las e aplicá-las de maneiras originais e surpreendentes para se referirem às suas situações imediatas.<sup>37</sup>

No momento que se iniciou a Revolução Francesa, os grandes proprietários e comerciantes de São Domingos aproveitaram-se do contexto convulsivo da metrópole para assumir o controle da Assembleia Colonial e excluir os mulatos e os “brancos pobres” de qualquer participação no processo decisório. Os grandes proprietários romperam também com a subordinação de *Saint-Domingue* à Assembleia de Paris. Em 1791, insatisfeito com a vigência daquele *status quo* mantido pelos grandes proprietários de terra, um grupo de mulatos incitou a revolta de escravos. Aproximadamente 400 negros participaram da insurgência de liderança mulata. Porém, a insurreição foi controlada pela milícia colonial. Mesmo diante da primeira investida fracassada, outras rebeliões foram organizadas e se proliferaram pela colônia tomando proporções cada vez maiores.

Nesse esteio, James afirma que para se entender a história da revolta do Haiti, é necessário compreender a história de Toussaint L’Ouverture porque sua “liderança individual foi responsável por essa proeza singular” que foi a Revolução de São Domingos.<sup>38</sup> Desse modo, Beauchamp chama Toussaint L’Ouverture de um dos mais notáveis homens de uma época repleta de homens notáveis, acreditando que, com a exceção de Napoleão Bonaparte, nenhuma outra pessoa foi tão bem dotada quanto L’Ouverture, dominando as mais difíceis situações desde sua entrada em cena até às circunstâncias retirarem-no dela.<sup>39</sup> Assim, a história da Revolução de São Domingos é, portanto, um registro de suas ações e da sua presença no cenário político. À vista disso, Soares e Silva mencionam que Toussaint foi um dos muitos negros que aderiram à Revolução.<sup>40</sup> Por suas habilidades, foi aproveitado desde jo-

37 TOMICH, Dale. **Pensando o “Impensável”**: Victor Schoelcher e o Haiti. *Mana: Estudos de Antropologia Social*, Rio de Janeiro, v. 15, ed. 1, p. 183-212, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/mana/a/z8cTk9kqNBsD5sWZMXpyqBv/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 28 jun. 2021. p. 11.

38 JAMES, Cyril Lionel Robert. **Os Jacobinos Negros**: Toussaint L’Ouverture e a revolução de São Domingos. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 15-17. ISBN 978-85-8593-448-4. p. 15.

39 BEAUCHAMP, Alphonse. **Tome troisième**. In: MICHAUD, Louis-Gabriel; MICHAUD, Joseph-François. *Biographie Universelle: Ancienne et moderne*. Paris: Librairie de F. A. Brockhaus, 1842. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k51674f>. Acesso em: 28 jun. 2021.

40 SOARES, Ana Loryn; SILVA, Elton Batista da. **A revolução do Haiti**: um estudo de caso (1791-1804). *Revista Ameríndia: História, cultura e outros combates*, Fortaleza, v. 1, ed. 1, p.

vem em atividades administrativas nas fazendas de cana-de-açúcar, condição que possibilitou a Toussaint certa liberdade, permitindo-lhe dentre outros benefícios, acesso à alfabetização. Como letrado Toussaint participava das discussões ocorridas na Europa através das leituras que realizava de textos franceses.

Toussaint L'Ouverture assume o posto de líder da revolução ao se negar a aceitar um acordo que seria realizado entre os líderes dos rebelados e os senhores brancos, sabendo ele que, com esse acordo nada do que pretendiam seria conseguido, e que a pretensão da elite com a negociação era ganhar tempo para que pudessem organizar a repressão ao levante e seu conseqüente esmagamento. Colocando-se contra esta situação, em agosto de 1793, ele se proclama como representante e líder negro. Nesse contexto de rebeliões, L'Ouverture ficou conhecido por comandar a mais importante revolta dos escravos, declarando-se Governador em 1796. Aproveitando-se da fragilidade política da França para controlar as revoltas na colônia naquele período, L'Ouverture instituiu novas diretivas para o Haiti. O líder propôs substituir a mão-de-obra escravizada pela remunerada e exigiu o fim do monopólio comercial francês visando expandir relações comerciais com a Inglaterra e os Estados Unidos da América. Além disso, apoiou o banimento das autoridades francesas que ainda se encontravam na ilha.

A partir desse momento, liderados por Toussaint L'Ouverture, os haitianos continuaram intrepidamente sua luta revolucionária. Os haitianos derrotaram 43 mil soldados do exército de Napoleão Bonaparte, à época, tido por muitos como invencível. James narra que, após a França estabilizar-se politicamente em 1801, Napoleão enviou missão militar liderada pelo General Charles Leclerc visando conter a insurgência na colônia francesa e retirar Toussaint L'Ouverture do comando do Haiti.<sup>41</sup> As tropas francesas eram compostas por aproximadamente 28 mil homens. Entre estes estavam franceses, além de mercenários poloneses, dinamarqueses, prussianos e suíços. A expedição capturou L'Ouverture e mandou-o para a França, onde faleceu em uma prisão. Matijascic relata que:

Integrantes das tropas francesas e mercenárias morreram na guerra e muitos sucumbiram a doenças tropicais, como a febre amarela. Até mesmo o próprio General Leclerc foi acometido pela doença e morreu em 1802. Naquele momento, a França não dispunha de número sufi-

---

1-8, 2006. Disponível em: [http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/13911/1/2006\\_art\\_alsoares.pdf](http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/13911/1/2006_art_alsoares.pdf). Acesso em: 29 jun. 2021.

41 JAMES, Cyril Lionel Robert. **Os Jacobinos Negros: Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 15-17. ISBN 978-85-8593-448-4.

ciente de soldados para enviar outra missão a Saint-Domingue, porque estava em guerra na Europa (guerras napoleônicas).<sup>42</sup>

As batalhas entre os negros escravizados e os brancos duraram 12 anos, até que, em 1804, o Haiti conseguiu infringir derrotas importantes, tanto às forças locais formadas pelos senhores de escravos, quanto às forças inglesas enviadas à ilha, que chegavam a 60 mil soldados. Assim, o intento inglês e francês para conter a rebelião e se apossar do território haitiano fracassou e São Domingos pavimentou seu caminho rumo à independência.

Embora tenha tido líderes letrados, que foram influenciados pelos ideais revolucionários franceses, a revolução foi levada a cabo pela maioria escrava analfabeta, que não compartilhava de tais ideais e que realmente lutava contra seus opressores brancos e contra a condição de escravização a que estavam submetidos. Para um dos líderes da revolução, Jean Jaques Dessalines: “A liberdade, antes de tudo, queria dizer o fim da escravidão” narra a historiadora Maria Ligia Prado.<sup>43</sup> E sendo liderados por Dessalines, negro analfabeto, substituto de Toussaint L’Ouverture, após a sua captura pelas tropas francesas, ocorreu a vitória dos escravos haitianos sobre seus senhores. Assim, em primeiro de janeiro de 1804 é proclamada a independência do Haiti e, no final daquele ano, Dessalines torna-se o primeiro chefe do Estado haitiano, sendo coroado imperador.

A Revolução haitiana se transformou no maior movimento negro de revolta contra a exploração e a dominação colonial das Américas. O caso do Haiti tornou-se único em todo o continente americano. O país foi a primeira colônia das Américas a conseguir a independência e abolição da escravatura sendo que todo processo de revolução e libertação foi conduzido pelos próprios escravizados. Estes conseguiram, além de realizar a libertação de seu país da dominação colonial, realizar também, a própria libertação. O acontecimento singular derruba a ideia defendida à época pelas potências europeias de que as populações negras não podiam se organizar e que, por isso, necessitavam ser dominadas pelas populações brancas. Com a Revolução, o Haiti se torna a primeira república negra do mundo.

#### 4. O CONSTITUCIONALISMO HAITIANO

Logo após concretizar sua Revolução, o Haiti, por meio de suas várias cartas constitucionais, expressaria uma modernidade heterogênea diante de um mundo no

42 MATIJASCIC, Vanessa Braga. **Haiti**: Uma história de Instabilidade Política. Cenário Internacional, São Paulo, 14 jul. 2009. p. 9.

43 PRADO, Maria Ligia Coelho. **A formação das nações latino-americanas**. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1987.



qual o colonialismo, e a escravidão eram a norma. Nessas constituições, era possível observar as indecisões, contendas, os desejos e as tendências políticas da época, nos quais distinções, tão comuns aos discursos modernos, emergiam no calor dos eventos: universalismo em defesa da igualdade racial; ética internacionalista de combate a escravidão; e liberdade individual versus poder do Estado sobre os indivíduos.<sup>44</sup> Nesse sentido, Queiroz argumenta que:

[...] logo no preâmbulo da Constituição pós-independência de 1805, fica expresso o tema da igualdade racial, mas em um complicado arranjo entre universalismo e particularismo. Afirma-se, por um lado, o princípio da igualdade universal e, no mesmo gesto, a diversidade e diferença da humanidade. Ou seja, determina-se a igualdade racial e se reconhece o exclusivismo daqueles que foram escravizados. O ápice desse paradoxo é a determinação de que todos os habitantes haitianos devem ser tratados como “negros”, em uma verdadeira reapropriação da linguagem do colonizador pelo colonizado.<sup>45</sup>

Além disso, para as cartas políticas do Haiti, a escravidão “nunca foi uma divagação abstrata ou uma metáfora, como costumeiramente ocorria nas discussões constitucionais europeias, muito menos fonte de legitimidade filosófica do Estado”.<sup>46</sup> A escravidão era um elemento concreto, necessariamente vinculado ao colonialismo. Assim, argui Sibylle Fischer, é possível perceber que o tema da escravidão é trazido para a cerne do Estado, sendo que o Haiti é fundado para garantir a liberdade e acabar com a sujeição racial.<sup>47</sup> Desse modo, o fim da escravidão não é nem metáfora nem uma lista abstrata de direitos políticos, mas está no programa constitutivo da estrutura estatal haitiana.

Nesse sentido, o Haiti se pensava e se colocava dentro da conjuntura internacional, adotando uma postura de antiescravismo radical, propondo um movimento transnacional e transimperial. O transnacionalismo antiescravista deveria, eventualmente, confrontar as restrições que os poderes coloniais do momento impunham. Deste modo, as constituições procuraram duas formas de lidar com a questão. A

44 QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. **Constitucionalismo brasileiro e o atlântico negro: a experiência constitucional de 1823 diante da Revolução Haitiana**. Orientador: Evandro Charles Piza Duarte. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/23559>. Acesso em: 10 jul. 2021.

45 *Ibidem*. p. 72.

46 *Ibidem*. p. 74.

47 FISCHER, Sibylle. **Constituciones haitianas: ideología y cultura posrevolucionarias**. In: “Casa de las Américas”. Outubro-diciembre, 2003, p. 16-35.

primeira postura foi não regular, de maneira concreta e evidente, as formas de aquisição, definição e naturalização da cidadania haitiana, oferecendo cidadania para todos os indígenas, africanos e respectivos descendentes que viessem a residir em seu território. A segunda maneira são os artigos que expressam diretamente a política absenteísta do Haiti de não interferir nos assuntos de outros territórios.<sup>48</sup> E, particularmente sobre a postura absenteísta, o artigo 36 da primeira Constituição haitiana diz que “Art. 36. O imperador nunca realizará qualquer empreendimento com o propósito de fazer conquistas ou perturbar a paz e o regime interno de colônias estrangeiras”.<sup>49</sup> De acordo com Fischer, essas disposições eram um recado do Haiti à comunidade internacional e uma tentativa de obter o reconhecimento diplomático.<sup>50</sup> Diante do medo que a “onda negra” causou nos brancos que formavam as elites coloniais de outros países, a recente nação deixava expresso que ela própria não iria expandir a sua revolução para outros lugares.

Bouffartigue traz novas concepções a respeito da cidadania na Constituição de 1805.<sup>51</sup> Para ela, a Carta projetou um modelo de cidadão baseado nas Constituições francesas de 1789 e 1795, sendo considerado uma versão normativa de cidadania. A autora argumenta que, com o fim do modelo colonial, era necessário instituir uma forma de se adquirir a cidadania. Para ela, a cidadania na Carta de 1805 se baseou, acima de tudo, na afirmação do princípio da liberdade dos habitantes do Haiti, o que resultou num conceito amplo e abrangente de cidadania.

Ademais, as constituições haitianas reformularam as bases políticas do iluminismo. No Estado haitiano, a concepção de liberdade não se limitava apenas à ideia de possuir uma porção de terra, mas trazia um novo conceito de raça e da relação entre igualdade e liberdade. Devido a essas questões, aponta-se a importância das

---

48 QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. **Constitucionalismo brasileiro e o atlântico negro: a experiência constitucional de 1823 diante da Revolução Haitiana**. Orientador: Evandro Charles Piza Duarte. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/23559>. Acesso em: 10 jul. 2021.

49 HAITI. [Constituição (1805)]. **Constitution Imperiale d’Haiti. El pensamiento constitucional hispanoamericano hasta 1830**. v. 42, t. III. ed. Caracas: Academia Nacional de la Historia, 1961. p. 159-170. Disponível em: <https://decolonialucr.files.wordpress.com/2014/09/constitucion-imperial-de-haiti-1805-biblioteca-ayacucho.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.

50 FISCHER, Sibylle. **Constituciones haitianas: ideología y cultura posrevolucionarias**. In: “Casa de las Américas”. Outubro-diciembre, 2003, p. 16-35.

51 BOUFFARTIGUE, 2008 *apud* SANTOS, Maria do Carmo Rebouças dos. **Constitucionalismo e justiça epistêmica: o lugar do movimento constitucionalista haitiano de 1801 e 1805**. Rio de Janeiro: Telha, 2021. ISBN 978-65-86823-69-1.

experiências políticas e ideológicas do Haiti para a construção dos discursos da modernidade.<sup>52</sup> Assim sendo, argumenta Fischer que:

[...] o trabalho dos revolucionários haitianos é importante não só porque nenhum relato da modernidade estaria completo sem ele, mas porque demonstra, além disso, que alguns dos conceitos-chaves do discurso político e social moderno, sem excluir a própria modernidade, necessita ser exaustivamente revisitada se desejamos introduzir os temas da diferença e da igualdade racial em nosso pensamento sobre a liberdade.<sup>53</sup>

Dessa maneira, Susan Buck-Morss argui que o resgate da Revolução do Haiti no contexto das produções acadêmicas, reverberou nos próprios fundamentos do que se entende como modernidade, porque retira o projeto de liberdade e igualdade universal das mãos dos vencedores (brancos) para reconstruí-lo sobre novas bases, a partir dos vencidos.<sup>54</sup>

Além disto, a Constituição de 1805 institui o que Sauray chama de constitucionalismo filantrópico.<sup>55</sup> Sob influência do Direito Constitucional francês, esse instituto “explora toda a herança da filosofia e do Iluminismo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”.<sup>56</sup> Ademais, o autor ainda traz que a Constituição haitiana de 1805 inaugura o constitucionalismo salvaguardador (constitucionalismo defensivo), elevando os pais, filhos magistrados e militares à condição de guardiões da Constituição, tornando-se um constitucionalismo “que colabora para o enriquecimento do conceito de Constituição com a contribuição do pactismo - o

---

52 QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. **Constitucionalismo brasileiro e o atlântico negro: a experiência constitucional de 1823 diante da Revolução Haitiana**. Orientador: Evandro Charles Piza Duarte. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/23559>. Acesso em: 10 jul. 2021.

53 FISCHER, Sibylle. **Constituciones haitianas: ideología y cultura posrevolucionarias**. In: “Casa de las Américas”. Outubro-diciembre, 2003, p. 16-35. p. 35.

54 BUCK-MORSS, Susan. **Hegel e Haiti**. Trad. Sebastião Nascimento. In. “Novos Estudos”, 90, 2011. p. 35.

55 SAUARY, 2015 *apud* SANTOS, Maria do Carmo Rebouças dos. **Constitucionalismo e justiça epistêmica: o lugar do movimento constitucionalista haitiano de 1801 e 1805**. Rio de Janeiro: Telha, 2021. ISBN 978-65-86823-69-1.

56 SANTOS, Maria do Carmo Rebouças dos. **Constitucionalismo e justiça epistêmica: o lugar do movimento constitucionalista haitiano de 1801 e 1805**. Rio de Janeiro: Telha, 2021. ISBN 978-65-86823-69-1. p. 59.

pacto reforçará a noção de pacto de família entre os poderosos e representará um constitucionalismo paternalista”.<sup>57</sup> Assim sendo, destaca a autora:

Este advento do cidadão guardião da Constituição prenuncia o papel que será posteriormente transferido para órgãos responsáveis por garantir o cumprimento da Constituição. A elevação de pai, filho, magistrados e soldados como guardião da Constituição já nos permitiria inferir a construção da universalidade dos cidadãos como povo e a transformação desse povo em um estado e, portanto, em um soberano.

A elevação desses atores como guardiões da Carta maior do Haiti, diferencia o constitucionalismo haitiano do europeu e estadunidense, tornando-se em uma das principais contribuições à modernidade política.

A Constituição Imperial do Haiti está dividida em 10 capítulos, com 53 artigos ao todo. Apesar de ter influência liberal, declarando o Estado livre, soberano e independente, aclamando os direitos de igualdade perante a lei (art. 3º e 4º), garantindo o direito de propriedade (art. 6º) e tornando o Estado laico, com liberdade de culto (art. 50º e 51º), esta Carta mostra certo conservadorismo no que diz respeito ao papel atribuído ao Poder Executivo, por concentrar as normas de organização e funcionamento do Estado haitiano na figura do Imperador.<sup>58</sup> O Estado Imperial haitiano foi fortemente inspirado no regime francês nascido após 1804 com o advento da Constituição Imperial do ano XII. De acordo com Santos, “Na organização do Estado, não há estrutura legislativa, cabendo somente ao Imperador aprovar leis nacionais, o que nos leva a pensar num Estado autocrático e num constitucionalismo conservador”.<sup>59</sup>

## 5. REPERCUSSÕES DA REVOLUÇÃO HAITIANA NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Na historiografia do constitucionalismo, as revoluções burguesas foram decisivas para a criação dos estados nacionais. E, da mesma forma, as guerras de in-

57 *Ibidem.*

58 HAITI. [Constituição (1805)]. **Constitution Imperiale d’Haiti. El pensamiento constitucional hispanoamericano hasta 1830.** v. 42, t. III. ed. Caracas: Academia Nacional de la Historia, 1961. p. 159-170. Disponível em: <https://decolonialucr.files.wordpress.com/2014/09/constitucion-imperial-de-haiti-1805-biblioteca-ayacucho.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.

59 SANTOS, Maria do Carmo Rebouças dos. **Constitucionalismo e justiça epistêmica: o lugar do movimento constitucionalista haitiano de 1801 e 1805.** Rio de Janeiro: Telha, 2021. ISBN 978-65-86823-69-1. p. 59.

dependência colonial são o ponto de partida do constitucionalismo lato-americano. Nesse sentido, Duarte e Queiroz argumentam que:

A mediação entre o constitucionalismo europeu, estadunidense e latino-americano teria sido feita por elites locais com a leitura dos iluministas. Tudo se passa como se as mentes pensantes agissem sobre uma realidade “bruta”, moldando, com sua capacidade e inteligência, um novo mundo que nasce com fronteiras jurídicas bem constituídas. Entretanto, o colonialismo e a luta anticolonial foram formados por inúmeros espaços e fluxos hoje esquecidos que transbordam a imagem do mapa e das alegorias presentes na ideia de “recepção teórica” e de “protagonismo das elites”.<sup>60</sup>

Portanto, teorizar o Direito Constitucional brasileiro a partir da lógica afro-diaspórica é, sobretudo, um ato de deslocamento das narrativas que hoje são utilizadas para se compreender o mundo ocidental como discursos legitimadores e justificadores do colonialismo historicamente.<sup>61</sup> Os fluxos de pessoas e ideias no período colonial propiciam um meio valioso para se reexaminar os problemas de nacionalidade, posicionamento, identidade e memória histórica dos negros escravizados, permitindo “compreender certa especificidade da formação política e cultural moderna, em que o desejo de transcender as estruturas do estado-nação, da etnia e da particularidade nacional se faz presente”.<sup>62</sup>

Desse modo, ainda distante da existência do barco a vapor, as correntes planetárias facilitaram a transmissão circular da experiência humana através do Oceano Atlântico. Entretanto, apesar de a Revolução de São Domingos ter influenciado diversos movimentos no Brasil,<sup>63</sup> as elites coloniais foram as maiores beneficiá-

---

60 DUARTE, Evandro Piza; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. **A Revolução Haitiana e o Atlântico Negro**: o constitucionalismo em face do lado oculto da modernidade. *In*: DUARTE, Evandro Piza; SÁ, Gabriela Barreto de; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. *Cultura Jurídica e Atlântico Negro: história e memória constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. v. I, cap. 4, p. 117-139. ISBN 978-85-519-1635-3.

61 *Ibidem*.

62 *Ibidem*.

63 Em 1805, um ano após a declaração de independência do Haiti, no Rio de Janeiro, negros foram vistos usando broches com o retrato de Dessalines, primeiro governante do Haiti. Em 1814, em Itapoã, Bahia, os escravos responsáveis por uma sublevação comentavam abertamente sobre os acontecimentos do Haiti. No ano de 1817, a revolução pernambucana tinha forte participação de negros que enxergavam a revolta como uma forma de se buscar a igualdade racial. MOTT, Luiz Roberto de Barros. **Escravidão, Homossexualidade e Demonologia**. São Paulo: Ícone, 1988.

rias dessa facilidade de trocas de informação, utilizando o Atlântico como canal de aprendizado, as quais, a partir de diversas experiências de conhecimento-exploração, seja na África ou nas Américas, foram desenvolvendo maneiras de impedir o fortalecimento dos grupos subalternizados. Assim sendo, com a forte circulação de ideias e notícias e a constante migração de pessoas, os impactos da revolução de São Domingos no Brasil são mais profundos do que aparentam ser. O espectro da onda negra, seja como medo ou alerta, como esperança de um outro futuro ou de um fato a ser negado, tendo como símbolo máximo a Revolução Haitiana, permeava o imaginário das elites brasileiras oitocentistas, agindo como um mediador transatlântico de identidades da transição brasileira para a independência.<sup>64</sup>

### 5.1. A CIDADANIA E A ASSEMBLEIA CONSTITUINTE DE 1823

A primeira Assembleia Constituinte do Brasil foi convocada por Pedro de Alcântara em 1822, mesmo antes da independência. Tendo uma função instável, delicada e contraditória, a Constituinte serviu como instrumento de transição para um país independente, sendo forte garantidor de direitos compatíveis com a formação de um Estado-nação,

ao mesmo tempo em que não podia avançar de mais sobre medidas liberais e igualitárias, haja vista o risco de potencializar “paixões” no seio do povo. Havia, portanto, uma sombra revolucionária que pairava sobre os parlamentares, a qual é constantemente evocada, sob o signo do medo, nos discursos dos congressistas.<sup>65</sup>

Toda uma gama de movimentos anteriores alijada ao medo de uma revolta negra resultou nas opções hermenêuticas adotadas pelos constituintes de 1823 a respeito da igualdade, liberdade e do conceito de cidadania. E é justamente da posição de uma elite colonial transatlântica que os eventos de São Domingos serão trazidos ou evitados na discussão sobre cidadania e direitos políticos no Brasil. Nesse sentido, a discussão sobre cidadania é o maior exemplo de como os marcadores de raça, articulados pelos fluxos atlânticos, “operam nas definições do que é tido como

64 AZEVEDO, Celia Maria Marinho de. **Onda Negra, Medo Branco: o negro no imaginário das elites - séc. XIX.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

65 DUARTE, Evandro Piza; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. **Para inglês ver: a cidadania na Constituinte Brasileira de 1823 e as tensões sociais do Império Português no Atlântico Negro.** In: DUARTE, Evandro Piza; SÁ, Gabriela Barreto de; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. *Cultura Jurídica e Atlântico Negro: história e memória constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. v. I, cap. 4, p. 117-139. ISBN 978-85-519-1635-3.

nação brasileira; cidadão; homem elegível; cidadania ativa; cidadania passiva etc.”.<sup>66</sup> Assim, argumentam Duarte e Queiroz, ainda que de maneira não expressa, a branquitude age como universal, estabelecendo distinções perante “os outros”.

O simples debate sobre uma possível cidadania para os negros era temido pelos parlamentares constituintes, pois muitos acreditavam que a Revolução Haitiana, considerada o símbolo máximo de afronta a ordem racial e social do regime escravocrata, havia começado justamente porque os franceses levantaram a possibilidade de emancipação desses escravos, o que teria levado a sublevação em São Domingos. Ainda que as posições de alguns deputados fossem no sentido da gradual reforma do sistema escravista, a cidadania para negros é vista nada mais do que uma forma de lhes conquistar a obediência e não como um imperativo do sentido universal dos direitos humanos. O que se tem é a defesa de mudanças paulatinas justamente para se evitar qualquer tipo de inflamação que rompa com as hierarquias oriundas do regime colonial escravocrata.<sup>67</sup>

Nesse ínterim, Duarte e Queiroz argumentam que:

O espectro de São Domingos rondava a Constituinte de 1823, sendo uma forma de fazer falar aquele medo bem doméstico dos movimentos negros por liberdade e igualdade. Nela, delineavam-se impasses estruturais de uma nação que precisava lidar com a potencialidade universal dos discursos sobre direitos perante estruturas escravocratas. Gestavam-se também estratégias das elites brancas para constituir uma nação grande, única e rica, mas da qual apenas as elites senhoriais pudessem se beneficiar. Percebe-se também a dificuldade de qualquer construção da “nacionalidade” brasileira em que negros e brancos estejam em pé de igualdade, justamente porque esse tipo de construção nunca sequer foi projetada pelo Estado nacional, mas sim o seu oposto.<sup>68</sup>

A Constituinte de 1823 delineou o pacto social que as elites consideravam necessárias não somente para evitar a revolta das classes populares, mas também para administrar e dividir as riquezas nacionais, e para aumentar as posições de domínio já existentes. A ideia que estava sendo vendida de formação de um povo era falsa e a civilização brasileira que surgia naquele momento garantiria a continuidade

66 *Ibidem.*

67 DUARTE, Evandro Piza; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. **Para inglês ver:** a cidadania na Constituinte Brasileira de 1823 e as tensões sociais do Império Português no Atlântico Negro. In: DUARTE, Evandro Piza; SÁ, Gabriela Barreto de; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. *Cultura Jurídica e Atlântico Negro: história e memória constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. v. I, cap. 4, p. 117-139. ISBN 978-85-519-1635-3.

68 *Ibidem.*

de uma ordem colonial, pelo medo de uma revolta como a que ocorreu em São Domingos ou da universalização dos direitos humanos.<sup>69</sup>

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O resgate ao período histórico colonial indica que o racismo, associado ao modelo mercantil do tráfico transatlântico e, posteriormente, o modelo capitalista, foi e continua sendo mecanismo fundamental para os processos de exclusão e exploração da população negra. A difusão do saber e da cultura europeia como verdade absoluta para os povos colonizados (considerados inferiores) gerou consequências como desconhecimento e negação das influências negras nos sistemas vigentes atuais, fenômeno observado também nas relações de trabalho e de gênero. Relacionado a isso, é possível afirmar que toda a população passa a ser interpretada de acordo com a classificação social gerada pelo capitalismo entrelaçado com o conceito de “raça”, como propõe a teoria decolonial.

A dificuldade de ser reconhecido como indivíduo causada pela dominação branca no mundo colonial e a imposição de um modelo único de agir que deveria ser obedecido silenciou muitos processos de resistência ao colonialismo. Entretanto, o ato político de autoafirmação e autoconhecimento na América Latina gerou a intensificação de revoluções sociais e culturais e o negro passou a protagonizar seus processos de luta. Dentre tantas investidas revolucionárias, a única revolta escrava bem-sucedida no mundo foi a Revolução Haitiana.

A exploração das riquezas da colônia de São Domingos pelos franceses foi marcada por uma estrutura social bem delimitada e desigual, onde os escravizados tiveram retirados seus direitos políticos, sua dignidade e atuação nos processos de decisão. A insatisfação na manutenção dessa estrutura de poder juntamente com a incorporação dos ideais do Iluminismo e da Revolução Francesa nesse contexto levou a insurgência dos escravos, que após 12 anos de luta lograram sucesso e puderam instituir a primeira república negra do mundo. Esse movimento foi possível devido ao sentimento de revolta que crescia cada vez mais contra a exploração e dominação colonial, a partir do momento em que os colonizados passaram a se reconhecer como indivíduos e a buscar sua libertação e a libertação do seu território.

O medo das repercussões dessa onda negra chegou ao Brasil e ele delineou o pacto social desenvolvido pelas elites dirigentes em seu processo de transição para a independência. A civilização brasileira que então surgia, reconhecia que o processo de escravidão se encerrava, porém, houve diversas articulações políticas para

69 MATTOS, Ilmar Rohloff de. **O tempo saquarema**. São Paulo: HUCITEC, 1987. p. 281-283.



manter as posições hierárquicas, aumentar os domínios e evitar a revolta das classes populares, como ocorreu na colônia de São Domingos.

Tendo isso em vista, a Constituinte de 1823 foi pensada a partir de uma perspectiva branca, perpetuando ainda mais a hierarquia existente e dificultando a incorporação dos ideais de liberdade e igualdade para os negros. O medo da universalização dos direitos humanos foi uma das causas da marginalização das classes mais baixas e da perpetuação do poder político e social das elites, e, esse passado ainda se faz presente não apenas quando ocorre a manutenção dessas desigualdades, mas também quando as lutas negras são negadas e invisibilizadas nos processos de construção dos sistemas e das sociedades atuais.

## REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Celia Maria Marinho de. **Onda Negra, Medo Branco**: o negro no imaginário das elites - séc. XIX. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- BEAUCHAMP, Alphonse. **Tome troisième**. In: MICHAUD, Louis-Gabriel; MICHAUD, Joseph-François. *Biographie Universelle: Ancienne et moderne*. Paris: Librairie de F. A. Brockhaus, 1842. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k51674f>. Acesso em: 28 jun. 2021.
- BELLO, Enzo; VAL, Eduardo Manuel. **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latinoamericano**. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natália Martinuzzi. *A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2014. p. 11-25. Disponível em: [https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/332/o/pensamento\\_pos.pdf#page=12](https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/332/o/pensamento_pos.pdf#page=12). Acesso em: 17 jul. 2021.
- BOUFFARTIGUE, 2008 apud SANTOS, Maria do Carmo Rebouças dos. **Constitucionalismo e justiça epistêmica**: o lugar do movimento constitucionalista haitiano de 1801 e 1805. Rio de Janeiro: Telha, 2021. ISBN 978-65-86823-69-1.
- BUCK-MORSS, Susan. **Hegel e Haiti**. Trad. Sebastião Nascimento. In. “Novos Estudos”, 90, 2011.
- BUENO, Winnie de Campos. **A revolução silenciada**: o atlântico negro e a teoria constitucional. Teoria constitucional. Porto Alegre, 2018. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/9a74g9mn/1x2H369h0o0mrn6p.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón. **El giro decolonial**: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007.
- CORONIL, Fernando. **Beyond Occidentalism**: Toward Nonimperial Geohistorical Categories. In *Cultural Anthropology*, Vol. 11, N° 1, fev. 1996.
- DUARTE, Evandro Piza; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. **Para inglês ver**: a cidadania na Constituinte Brasileira de 1823 e as tensões sociais do Império Português no Atlântico Negro. In: DUARTE, Evandro Piza; SÁ, Gabriela Barreto de; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. *Cultura Jurídica e Atlântico Negro: história e memória constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. v. I, cap. 4, p. 117-139. ISBN 978-85-519-1635-3.
- FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas** - tradução de Renato da Silveira. Salvador: EdUfba, 2008.
- FARMER, Paul. **The Uses of Haiti**. Monroe: Common Courage Press, 2006. ISBN 978-15-6751-344-8.
- FISCHER, Sibylle. **Constituciones haitianas**: ideología y cultura posrevolucionarias. In: “Casa de las Américas”. Outubro-diciembre, 2003, p. 16-35.
- GONZALEZ, L. **A categoria político-cultural de amefricanidade**. In: *Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro, n 92/93, p 69-82, jan./jun. 1988.

GORENDER, Jacob. Orelha do livro. In: JAMES, Cyril Lionel Robert. **Os Jacobinos Negros: Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2010. ISBN 978-85-8593-448-4.

GROSFOGUEL, Ramón. **Colonial Difference, Geopolitics of Knowledge and Global Coloniality in the Modern/Colonial Capitalist World-System**. *Review*, 25 (3), P. 203-224, 2002.

GROSFOGUEL, Ramón. **Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global**. In: MENESES, Maria Paula; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Epistemologias do Sul*. Coimbra, Biblioteca Nacional de Portugal, 2009. ISBN 978-972-40-3738-7.

GROSFOGUEL, Ramón. **Para uma visão decolonial da crise civilizatória e dos paradigmas da esquerda ocidentalizada**. In: BERNARDINO-COSTA, Joaze; MALDONADO-TORRES, Nelson; GROSFOGUEL, Ramón. *Decolonialidade e Pensamento Afrodiaspórico*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2020. p. 55-77. ISBN 978-85-513-0605-5.

HAITI. [Constituição (1805)]. **Constitution Imperiale d'Haiti**. *El pensamiento constitucional hispanoamericano hasta 1830*. v. 42, t. III. ed. Caracas: Academia Nacional de la Historia, 1961. p. 159-170. Disponível em: <https://decolonialucr.files.wordpress.com/2014/09/constitution-imperial-de-haiti-1805-biblioteca-ayacucho.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.

JAMES, Cyril Lionel Robert. **Os Jacobinos Negros: Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 15-17. ISBN 978-85-8593-448-4.

MALDONADO-TORRES, Nelson. **Analítica da colonialidade e da decolonialidade: algumas dimensões básicas**. In: BERNARDINO-COSTA, Joaze; MALDONADO-TORRES, Nelson; GROSFOGUEL, Ramón. *Decolonialidade e Pensamento Afrodiaspórico*. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. p. 30-60.

MALDONADO-TORRES, Nelson. **La descolonización y el giro des-colonial**. *Tábula rasa*, Bogotá, n. 9. p. 61-72. 2008.

MATIJASCIC, Vanessa Braga. **Haiti: Uma história de Instabilidade Política**. *Cenário Internacional*, São Paulo, 14 jul. 2009.

MATTOS, Ilmar Rohloff de. **O tempo saquarema**. São Paulo: HUCITEC, 1987.

MUNANGA, Kabengele. Prefácio. In: SANTOS, Maria do Carmo Rebouças dos. **Constitucionalismo e justiça epistêmica: o lugar do movimento constitucionalista haitiano de 1801 e 1805**. Rio de Janeiro: Telha, 2021. p. 13-15. ISBN 978-65-86823-69-1.

NORONHA, Aline Garcia Chaves. **Mesmos ideais, rumos diferentes: um paralelo entre a Revolução francesa e a Revolução do Haiti**. *Revista Ameríndia*, v. 8, ed. 1, 1 Maio 2010. ISSN 1980-4806. Disponível em: [http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/14988/1/2010\\_art\\_agcnoronha.pdf](http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/14988/1/2010_art_agcnoronha.pdf). Acesso em: 28 jun. 2021.

PIRES, Thula. **Por um constitucionalismo ladino-amefricano**. In: BERNARDINO-COSTA, Joaze; MALDONADO-TORRES, Nelson; GROSFOGUEL, Ramón. *Decolonialidade e*

Pensamento Afrodiaspórico. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2020. p. 285-304. ISBN 978-85-513-0605-5.

PRADO, Maria Ligia Coelho. **A formação das nações latino-americanas**. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1987.

QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. **Constitucionalismo brasileiro e o atlântico negro: a experiência constitucional de 1823 diante da Revolução Haitiana**. Orientador: Evandro Charles Piza Duarte. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/23559>. Acesso em: 10 jul. 2021.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. In: LANDER, Edgar (org). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais perspectivas latino-americanas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2015.

QUIJANO, Aníbal. **Coloniality of Power, Ethnocentrism, and Latin America**. *Nepantla: Views from the South*, 1 (3), p. 533-580, 2000.

SANTOS, Maria do Carmo Rebouças dos. **Constitucionalismo e justiça epistêmica: o lugar do movimento constitucionalista haitiano de 1801 e 1805**. Rio de Janeiro: Telha, 2021. ISBN 978-65-86823-69-1.

SAUARY, 2015 apud SANTOS, Maria do Carmo Rebouças dos. **Constitucionalismo e justiça epistêmica: o lugar do movimento constitucionalista haitiano de 1801 e 1805**. Rio de Janeiro: Telha, 2021. ISBN 978-65-86823-69-1.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Haiti: a soberania dos ditadores**. Porto Alegre: Só Livros, 1994.

SILVA, Mayana Hellen Nunes da. **Da crítica à América Latina crítica: para uma genealogia do conhecimento a partir de Lélia González**. *Cad. Gên. Tecnol.*, Curitiba, v.12, n. 40, p. 143-155, jul./dez., 2019. ISSN: 2674-5704.

SOARES, Ana Loryn; SILVA, Elton Batista da. **A revolução do Haiti: um estudo de caso (1791-1804)**. *Revista Ameríndia: História, cultura e outros combates*, Fortaleza, v. 1, ed. 1, p. 1-8, 2006. Disponível em: [http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/13911/1/2006\\_art\\_alsoares.pdf](http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/13911/1/2006_art_alsoares.pdf). Acesso em: 29 jun. 2021.

TOMICCH, Dale. **Pensando o “Impensável”**: Victor Schoelcher e o Haiti. *Mana: Estudos de Antropologia Social*, Rio de Janeiro, v. 15, ed. 1, p. 183-212, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/mana/a/z8cTk9kqNBsD5sWZMXpyqBv/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 28 jun. 2021.

WILLIAMS, 1970 apud FARMER, Paul. **The Uses of Haiti**. Monroe: Common Courage Press, 2006. ISBN 978-15-6751-344-8.

# A CONSTITUIÇÃO DO OUTRO LADO DO MUNDO: UM ESTUDO ACERCA DO CONSTITUCIONALISMO JAPONÊS

THE CONSTITUTION OF THE OTHER SIDE OF THE WORLD: A STUDY OF JAPANESE CONSTITUTIONALISM

*Carla Cristina de Lima Brasil<sup>1</sup>*  
*Gustavo Cantanhêde dos Reis<sup>2</sup>*

Data de Submissão: 23/09/2022

Data de Aceite: 15/12/2022

**Resumo:** Este artigo propõe investigar o paradigma constitucional do outro lado do mundo, com foco na experiência do Japão, a partir do cotejo de produções acadêmicas nacionais e internacionais sobre a consolidação político-jurídica constitucional do Estado japonês. Para tanto, estuda-se, primeiro, a história constitucional do país, as principais normas jurídicas produzidas e o papel dos atores institucionais. Em seguida, concentra-se os holofotes sobre a Suprema Corte Constitucional Japonesa e sua atividade jurisdicional.

**Palavras-chaves:** Japão. constituição, direito constitucional comparado. Suprema Corte. Democracia.

**Abstract:** This article proposes to investigate the constitutional paradigm of the other side of the world, focusing on Japan experience, from the comparison of national and international academic productions about the political and legal constitutional consolidation of Japanese state. Therefore, we first study the country's constitutional history, the main legal norms produced and the role of institutional actors. Next, we focus on the Japanese Supreme Constitutional Court and its jurisdictional activity.

**Keywords:** Japan. Constitution. Comparative law. Supreme Court. Democracy.

1 Graduada em Direito pela Universidade de Brasília. E-mail: [brasilclcarla@gmail.com](mailto:brasilclcarla@gmail.com).

2 Graduando em Direito pela Universidade de Brasília, pesquisador em nível de iniciação científica. E-mail: [gustavocdr@outlook.com](mailto:gustavocdr@outlook.com).

## 1. INTRODUÇÃO

O Japão é um país oriental, posicionado do outro lado do Meridiano de Greenwich, no ponto exatamente oposto ao Brasil no mapa-múndi. Os ordenamentos jurídicos orientais tradicionalmente são pouco estudados no Brasil, o que pode ser explicado pela barreira linguística e pelo distanciamento cultural. A expectativa comum é de um ordenamento jurídico japonês exótico e incompreensível, estranho aos padrões jurídicos ocidentais, tal como sua história cultural.

O estudo do sistema jurídico japonês, entretanto, é particularmente interessante, diante do seu contexto histórico, com participação ativa no cenário geopolítico mundial, sendo hoje a terceira maior potência, atrás apenas dos Estados Unidos e da China, apesar das limitações geográficas e das dificuldades decorrentes da derrota na Segunda Guerra Mundial.

Nesse sentido, este artigo propõe investigar o paradigma constitucional do outro lado do mundo, com foco na experiência do Japão, a partir do cotejo de produções acadêmicas nacionais e internacionais sobre a consolidação político-jurídica constitucional do Estado japonês. Para tanto, estuda-se, primeiro, a história constitucional do país, numa tentativa de alcançar seu contexto social e político, as principais normas jurídicas produzidas e o papel dos atores institucionais, bem como os efeitos de poder decorrentes da construção normativa de uma ordem de estabilidade hegemônica<sup>3</sup>. Em seguida, concentra-se os holofotes sobre a Suprema Corte Constitucional Japonesa e sua atividade jurisdicional, para identificar sua estrutura, composição e contribuição para a estabilidade democrática japonesa.

No esforço inicial, nota-se as particularidades do direito japonês: uma coexistência de elementos de sistemas jurídicos que, a princípio, são completamente antagônicos. Há adoção do modelo *civil law* com forte influência alemã e francesa, com um constitucionalismo que bebe das fontes austríaca e americana, ao passo que intenta preservar o tradicionalismo imperial. Assim, busca-se também compreender as relações produzidas pelo conjunto de instituições tipicamente ocidentais, como parlamento bicameral soberano, de composição escolhida pelo voto popular, e corte constitucional, na sua interação com uma forte preservação política cultural na figura do imperador.

## 2. HISTÓRIA CONSTITUCIONAL JAPONESA

A história constitucional japonesa parte do direito consuetudinário com elementos mitológicos, assentados no histórico cultural da nação, passando por duas

3 KOERNER, Andrei. Sobre a história constitucional. **Estudos Históricos** (Rio de Janeiro), v. 29, p. 525-540, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/S2178-14942016000200011>.

constituições escritas a partir de um longo processo de ocidentalização, seja voluntário ou por imposição do contexto político-econômico internacional.

As instituições japonesas foram ocidentalizadas, rapidamente, nos séculos XIX e XX, pois o ordenamento jurídico japonês foi consolidado gradualmente através de técnicas de cópia e adaptação de legislações estrangeiras<sup>4</sup>.

Os primeiros indícios do direito escrito no país foram baseados em premissas do Budismo chinês e do Confucionismo, com a criação de dezessete máximas como regras dirigidas aos administradores imperiais do Japão, visando criar um código de ética profissional do alto escalão com base nessas religiões, sem, contudo, deixar de conferir uma identidade própria aos valores normativos transplantados<sup>5</sup>.

A sistemática jurídica japonesa possui raízes asiáticas, com cópias não apenas no campo principiológico: o sistema *Ritsuryou*, com comandos legais de direito penal, civis e administrativos, também foi transportado da China, com ajustes aos costumes japoneses<sup>6</sup>.

Neste sentido, a gênese das ordenações japonesas partem do transplante das regras jurídicas chinesas com as adaptações necessárias próprias a esse tipo de procedimento, uma vez que há contradições entre o direito recepcionado e o direito tradicional. As incompatibilidades que surgem reforçam a necessária observância do contexto cultural na adaptação das regras transplantadas aos costumes locais, de sorte que não houve prejuízo na manutenção de uma identidade cultural nacional.

O sistema jurídico japonês recepcionou o direito ocidental a partir de 1853 com fim da era *Edo*<sup>7</sup> - período feudal em que o Japão rejeitou o contato com Estados estrangeiros pelo medo de uma invasão. Antes disso, o Japão já tinha tido contato com estrangeiros: os primeiros foram os portugueses com as espingardas, e posteriormente os missionários jesuítas com objetivo de evangelizar os japoneses. Após o período fechado, o Japão estabeleceu tratados com países ocidentais, entre eles: Estados Unidos, Reino Unido, Rússia, França e os Países Baixos, nos quais o Japão deveria admitir a jurisdição extraterritorial<sup>8</sup>.

4 ALVES, Eduardo Mesquita Pereira. **Construção e Constitucionalismo no Japão: reflexões em torno do art. 9º, renúncia à guerra e autodefesa.** Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

5 *Ibidem*.

6 *Ibidem*.

7 O contato com o ocidente foi praticamente encerrado com o Edito de 1633, que também banuiu o catolicismo e censurou qualquer influência européia possível na área do direito no período. *Ibidem*, pp. 12-13.

8 ALVES, Eduardo. *Op. Cit*; NISHITANI, Yuko. **Introdução à História do Direito Japonês.** Baseado em seminário proferido na Università Statale di Milano, 06/03/2000. Tradução li-

Esses tratados, somados à revolução de Meiji em 1868, deram início às iniciativas para “modernizar” completamente o sistema jurídico nacional, de modo que este começou a recepcionar, de forma apressada, normas jurídicas ocidentais. Juristas estrangeiros foram convidados, ao mesmo passo que juristas japoneses foram mandados ao exterior para estudar os sistemas ocidentais, no esforço de consolidação das normas escritas<sup>9</sup>. O esforço resultou na Constituição de Meiji como marca da entrada formal do Japão no rol dos conhecidos Estados Modernos.

## 2.1. A CONSTITUIÇÃO DE MEIJI (1889)

A Constituição de Meiji, de 1889, primeira constituição escrita do Japão, foi promulgada pelo imperador Meiji e baseada na Constituição austríaca-alemã. Isso porque o Estado alemão se aproximava do Japão com a figura do imperador com poderes fortes em relação ao parlamento; logo, parecia ajustada para preservação do império japonês.

Nesse processo de ocidentalização, duas foram as preocupações essenciais: a manutenção do poder e do apoio popular e uma forma de governo estável e duradoura. Sob a Constituição de Meiji, toda a soberania era concentrada nas mãos do imperador, ainda que houvesse diversos órgãos modernos do Estado. O governo permanecia sob o controle do Conselho da Coroa e os poderes do parlamento eram limitados. E o imperador era a autoridade de comando supremo das forças armadas<sup>10</sup>.

A principal inovação foi a criação da Dieta, órgão legislativo do novo governo, que possibilitou a pequena parcela de participação popular, numa organização bicameral, em que a Câmara Baixa era eleita pela população, enquanto a Alta era reservada aos nobres. A administração do governo continuou altamente burocrática e centralizada<sup>11</sup>.

Não havia garantia de direitos fundamentais e os poucos expressamente previstos necessitavam de reserva legal. Havia inúmeras possibilidades de constrição de direitos individuais e concentração de poderes na figura do imperador, que acumulava as funções legislativas, executivas e judiciárias, em última instância. Esse quadro

---

vre autorizada de Maitê Schimidtz, revisão de Cláudia Lima Marques, UFRGS. ORCID: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.87047>.

9 NISHITANI, Yuko. *Op. Cit.*

10 *Ibidem.*

11 ALVES, Eduardo. *Op. Cit.*



levou autores como Kobayashi<sup>12</sup> a dizer que a Carta política fundamental de 1889 do Japão não passava de um constitucionalismo de fachada.

No entanto, apesar de garantir a soberania do imperador e suas decisões, o texto constitucional abre espaço para um Estado de direitos, a ser governado por leis, em determinado nível, consentida pela população, demonstrando uma contradição em termos de liberalismo e absolutismo.

A origem dessa Constituição se afasta da maioria das constituições modernas, no sentido de não resultar de uma pressão popular por garantias tampouco de constrangimento do governo para ampliação de suas prerrogativas, mas de uma necessidade de reconhecimento e afirmação da soberania perante a comunidade internacional, diante de questões políticas e comerciais externas<sup>13</sup>. Nessa perspectiva, muitos dos direitos previstos na legislação constitucional e infraconstitucional foram meramente formais, como pretexto para revisão dos tratados e justificativa para atitudes imperialistas.

## 2.2. A CONSTITUIÇÃO JAPONESA DO PÓS-GUERRA (1947)

A Constituição do Império do Japão (1889) viveu até ser substituída pela Constituição de 1947, após a derrota japonesa na Segunda Guerra Mundial, encerrada em 15 de agosto de 1945 com a rendição japonesa às Forças Aliadas. Nesse contexto, o Japão aceitou os termos da Declaração de Potsdam<sup>14</sup> (1945), que determinou ao Japão a abolição do militarismo e a redemocratização com a soberania popular e a extinção da soberania do imperador<sup>15</sup>.

O texto da Constituição foi redigido pelos americanos no Quartel General da Ocupação Americana. Neste documento, é explícito o princípio da soberania do povo e o papel estritamente simbólico do imperador, o qual não pode exercer quaisquer funções políticas como tomada de decisões. Seu papel é restrito à atuação em atos formais e cerimoniais, enumerados, e que ainda devem ser autorizados pela Assembleia, que se responsabiliza por eles<sup>16</sup>.

12 KOBAYASHI, Takeshi. **Youkoso Nihonkokukempou**, Japão: Editora Hougakushoin, 7ª Edição, 2006, p. 24.

13 ALVES, Eduardo. *Op. Cit.*

14 Foi o documento que reuniu os termos da rendição de todas as forças armadas japonesas durante a Segunda Guerra Mundial.

15 The Constitution: Principles and Problemas. About **Japan Series: Japan's Constitution and Civil Law**. 2 tir. n. 20. Foreign Press Center: Tokyo, 1999. Tradução livre por Jesus Tupã Silveira Gomes.

16 SMJ #89 - Direito Japonês. Convidados: Eduardo Mesquita Kobayashi, Rodrigo Kanayama. Podcast. **Salvo Melhor Juízo**. Publicado em 18/07/2019. Disponível em: <https://salvo-melhor-juizo.com.br/episodes/89>

A Constituição de 1947, além dos princípios da soberania popular já citados, rege-se pelo respeito aos direitos humanos, à renúncia à guerra e a separação de poderes. O desenho institucional estabelecido com esta Constituição em muito se assemelha a uma monarquia constitucional europeia, com influências do sistema jurídico americano.

Trata-se de uma democracia representativa, com atuação do povo por meio dos representantes eleitos. O poder do Estado é dividido, com separação estrita, entre três órgãos distintos: o poder legislativo é conferido à Assembleia, o poder executivo ao Gabinete e o poder judicial aos tribunais, com conexões de freios e contrapesos mútuos.

A relação entre executivo e legislativo é governada por um sistema parlamentarista, como na Inglaterra. A Assembleia é o mais alto órgão do poder estatal e consiste num parlamento dividido em duas Casas: a Câmara Baixa, com mais poderes, e a Câmara Alta, com menos representantes. Ambas com membros eleitos pelo povo. É importante observar que o Japão é um Estado Unitário, então a Câmara Alta não representa um Senado. A dualidade do parlamento foi conferida para fins de limitação recíproca. A Casa Baixa pode ser dissolvida a qualquer momento pelo Primeiro-ministro com a conseqüente chamada para novas eleições<sup>17</sup>.

Por outro lado, a legislatura e o Judiciário estão relacionados em um modelo mais próximo aos Estados Unidos, pelo poder da Assembleia de afastar juízes e pelo poder da Suprema Corte de revisão judicial (*judicial review*), podendo decidir sobre a constitucionalidade da legislação. Portanto, a maior característica do sistema japonês, na nova ordem, é a união de institutos dos sistemas inglês e norte-americano.

O Gabinete é o mais alto órgão executivo do Estado, formado pela administração do governo. A Constituição japonesa adota o modelo parlamentar britânico, em que o chefe do poder executivo (o Primeiro-ministro) é escolhido pelos representantes do povo. É designado pela Assembleia dentre seus membros. E então o escolhido forma um Gabinete composto por mais de vinte ministros estaduais indicados, sob sua liderança<sup>18</sup>. Esse modelo se distancia do modelo adotado no Brasil: o presidencialismo, em que o chefe do executivo é eleito diretamente pelo povo. Outro ponto de divergência é que no Brasil não há possibilidade de dissolver o parlamento pela vontade do chefe de governo.

---

vomelhorjuizo.com/post/187802726298/smj-89-direito-japon%C3%AAs-quais-s%C3%A3o-as-origens-do Acesso em 17.9.2022.

17 The Constitution... *Op. Cit.*

18 *Ibidem.*

Quanto ao Judiciário, a Constituição assegura sua independência por suas formas: que os juízes são independentes no exercício de sua consciência e devem ser limitados apenas pela Constituição e pelas leis; e, segundo, por restringir a demissão dos juízes por meio de afastamento ou se declarados incompetentes para a função.

Entretanto, a independência do Judiciário pode ser questionada: desde a promulgação da Constituição atual (1947), a Suprema Corte raríssimas vezes, por volta de 9 (nove), declarou inconstitucionalidade de uma lei, quase sempre prefere não se envolver nos assuntos afetos aos outros poderes, alegando discricionariedade, quando se trata do executivo, ou legitimidade, quando há decisão por representantes do povo, quando se trata do legislativo<sup>19</sup>.

Os juízes são promovidos pela Suprema Corte sem critérios objetivos, não há progressão de carreira por antiguidade, por exemplo. Disso se formam juízes expostos e limitados, pois, caso decidam contra uma lei ou contra interpretação das cortes superiores, podem não ser promovidos. Os juízes passam ainda por avaliação periódica a cada 10 anos, podendo ser demitidos - embora isso seja muito raro. A falta de garantias plenas aos magistrados podem ser a motivação para a fraqueza do Judiciário japonês<sup>20</sup>.

Quanto à estabilidade, a Constituição Japonesa está vigente desde sua outorga, em 1947, e até o momento não foi emendada. Destaca-se, de igual modo, que até 2005 não havia sido editada a Lei que prevê o procedimento para a modificação do texto constitucional<sup>21</sup>.

À primeira vista, pode parecer que a Constituição japonesa atual foi estritamente imposta. Entretanto, embora outorgada, ela também foi aprovada à época, pelos parlamentares japoneses. O contexto pós-guerra foi muito significativo e limitou a resistência popular às condições impostas pelos vencedores, proporcionando a aceitação e incorporação da Constituição pelo povo. A preocupação imediata não era essa, sobretudo no contexto bélico da época, envolvendo armas nucleares. Da mesma forma, não se vislumbra movimentos republicanos crescentes no contexto japonês.

Portanto, considera-se a democracia e a Constituição japonesas estáveis, ao atender os dois princípios da estabilidade constitucional de Barry Weingast (2006)<sup>22</sup>:

19 SMJ #89. *Op. Cit.*

20 The Constitution... *Op. Cit.*

21 SMJ #89. *Op. Cit.*

22 Barry Weingast, 'Designing Constitutional Stability' in Roger Congleton and Birgitta Swedenborg (ed.), **Democratic Constitutional Design and Public Policy Analysis and Evi-**

a limitação da ação governamental e o apoio popular à proteção das normas constitucionais.

Apenas recentemente, impulsionado pelo governo atual, o parlamento japonês começou a discutir a possibilidade da primeira emenda à Constituição japonesa para modificar a restrição absoluta à constituição de um exército, sob o argumento do direito de defesa<sup>23</sup>. O procedimento é rígido para garantir a supremacia constitucional e exige maioria qualificada de 2/3 (dois terços) da Assembleia.

Também não se vislumbra uma crescente autocrática no Japão, pois não há, no cenário nacional, indicativos de produção de mecanismos de mudanças constitucionais com foco na diminuição da democracia<sup>24</sup>. A esfera eleitoral é ampla e a oposição é assegurada, embora o partido atual esteja no poder há um tempo significativo. No entanto, isso se deve à fraqueza da oposição em se mostrar mais vantajosa que o partido atual e não a possíveis burlas ao jogo eleitoral. E a extensão dos direitos fundamentais é ampla, sob o contexto de formulação da constituição no pós-guerra; o que assegurou ampla garantia nesse sentido, configurando inviolabilidade na nova Constituição.

Em síntese, as disposições do novo texto constitucional reúnem a compreensão de três princípios essenciais que informam todo o ordenamento constitucional: soberania popular, garantia dos direitos fundamentais e renúncia à guerra; as cláusulas pétreas da nova ordem política.

Embora o discurso tenha pregado uma suposta promulgação sob observância das normas de revisão constitucionais do texto de 1889, o que houve, na verdade, foi uma ruptura constitucional, com um texto outorgado pelos vencedores da guerra recheado de valores incompatíveis com a ordem anterior e até mesmo com o contexto cultural do povo japonês. Apesar disso, malgrado as tentativas de revisão, tem-se esta “até os dias de hoje como umas das Constituições mais estáveis no mundo”<sup>25</sup>, com incorporação gradual dos princípios constitucionais e oxigenação recíproca do texto constitucional pela gramática social, na atividade de interpretação e aplicação do direito.

---

dence, MIT Press 2006.

23 Reuters. No Japão, governistas não conseguem maioria suficiente para mudar a Constituição. **G1**. Notícia. Publicado em 21/07/2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/07/21/no-japao-partido-do-governo-deve-sair-vitorioso-das-eleicoes.ghtml>>. Acesso em: 17 set. 2022.

24 LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **UC Davis Law Review**, Vol. 47, p. 195-96, 2014

25 ALVES, *Op. Cit.* p. 47.

### 3. A SUPREMA CORTE JAPONESA

#### 3.1. A ESTRUTURA DA CORTE

A Suprema Corte japonesa (*Saikō-Saibansho*) é a corte de jurisdição constitucional máxima do Japão, como determinado pelo art. 81 da Constituição japonesa de 3 de novembro de 1946<sup>26</sup>. No Capítulo VI da Magna Carta, o poder constituinte estabelece os poderes e deveres do Judiciário, com enfoque na organização da Corte mais poderosa do país. Além do dispositivo originário, a Suprema Corte tem sua organização e composição postas por meio da Lei n.º. 59, de 16 de abril de 1947<sup>27</sup>; também intitulada “Lei do Judiciário”.

O art. 79 da Constituição determina que a Suprema Corte será constituída de um presidente e demais membros. Pela Lei do Judiciário de 1947, estabeleceu-se que seriam 14 juizes da Corte além do presidente; totalizando 15 juizes em sua composição. Ainda, a mesma Lei fixou a localização da Corte na metrópole de Tóquio.

Todos os integrantes da Suprema Corte são indicados pelo Gabinete, com exceção do presidente, apontado pelo imperador. Os indicados devem ter ao menos 40 anos de idade e apresentarem vasto conhecimento do direito. O imperador, por outra via, atesta a indicação ou a remoção dos membros da Corte, aposentados compulsoriamente ao atingirem a idade de 70 anos<sup>28</sup>.

A aprovação popular se faz presente nesse processo, uma vez que a indicação dos membros da Corte é referendada na primeira eleição dos membros da Casa dos Representantes posterior à indicação. Se a maioria dos votos for pela remoção do juiz, ele é demitido da Corte. Essa revisão ocorre novamente, após 10 anos, e se repete de forma sucessiva, seguindo esse intervalo<sup>29</sup>.

A Suprema Corte, no que lhe concerne, é incumbida de formar uma lista de candidatos para a jurisdição das cortes inferiores — os nomes são analisados e, posteriormente, dali são selecionados os juizes indicados pelo Gabinete. A Suprema

26 JAPÃO. Constituição (1946). A Constituição do Japão: promulgada em 03 de novembro de 1946. Disponível em: <[https://japan.kantei.go.jp/constitution\\_and\\_government\\_of\\_japan/constitution\\_e.html](https://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html)>. Acesso em 10 set. 2022.

27 *Id.* Lei n.º 59, de 16 abril de 1947. Lei do Judiciário. Disponível em: <<5461726F2D8D-D994BB8F8A96408169897081434832302E352E3794C5816A20>(cas.go.jp)>. Acesso em 11 set. 2022.

28 HALEY, J.O. The Japanese Judiciary. In: SIMPÓSIO *Law in Japan: At the Turning Point*, 2002, Seattle. **Tópico temático...** Seattle: Washington University in St. Louis, 2002, p. 4.

29 BRITANICCA (Ed.). Supreme Court of Japan. **Encyclopedia Britannica**, 18 fev. 2011. Disponível em: <<https://www.britannica.com/topic/Supreme-Court-of-Japan>>. Acesso em: 14 set. 2022.

Corte é também responsável pela prerrogativa legislativa no que tange às matérias jurisdicionais: a ela cabe o regulamento interno das cortes, o estabelecimento de regras na atividade advocatícia e na prática administrativa de assuntos judiciais.

A Corte pode se organizar para discutir as questões a ela trazidas de duas formas. Como *daihōtei*, a Corte se reúne inteiramente, composta pelos 15 juizes-membros juntos e apresentando o quórum mínimo de 9 juizes. Como *shōhōtei*, a Corte se divide em três tribunais menores, cada um composto de, no mínimo, 3 juizes. Se o assunto em pauta é de cunho da administração do Judiciário, no entanto, a Corte se reúne na forma de uma assembleia judicial (*saiban-kan kaigi*). Geralmente, a divisão da Corte como *shōhōtei* é a que se apresenta para análise das questões que chegam ao tribunal.

Todavia, em situações que a Suprema Corte decide pelo seu precedente em matéria constitucional, ou quando revisa a constitucionalidade de um estatuto ou regulamento baseada na argumentação de um partido, ou, ainda, quando acredita que o estatuto ou o regulamento é inconstitucional; nesses casos, normalmente, a discussão é levada ao plenário inteiro (*daihōtei*)<sup>30</sup>. Uma decisão proferida pelo plenário em *daihōtei* também pode discutir vereditos contraditórios por parte de *shōhōtei*, sendo que sua deliberação e julgamento prevalecem sobre o precedente ou decisão proferida em *shōhōtei*.

### 3.2. A REVISÃO CONSTITUCIONAL

Pode-se realizar o controle constitucional por meio de dois processos: controle por ação ou controle por exceção. No controle por ação, uma ação especial é trazida à Corte por um indivíduo ou por uma autoridade pública, referente a alguma lei. Se a lei é declarada inconstitucional, é anulada com efeitos *erga omnes*, ou seja, não somente para as partes do caso em específico, mas para todos os cidadãos.

O controle por exceção, por sua vez, é aplicado quando, existindo um caso em corte ordinária, uma das partes do processo pede que seja declarada inconstitucional a lei que seria aplicada naquela situação. Desta forma, caso seja declarada a inconstitucionalidade do dispositivo, este é assim afastado apenas naquele processo em específico, não anulando a norma do ordenamento e permitindo que ela seja aplicada em outras decisões<sup>31</sup>.

30 MATSUI, S. Why is the Japanese Supreme Court so Conservative? **Washington University Law Review**, v. 88, n. 6, pp. 1375–1423, 2011, p. 1381.

31 NODA, Y. **Introduction to Japanese Law**. Tradução e edição de Anthony H. Angelo. [S.l.]: University of Tokyo Press, 1976, p. 120.

Na prática, a Suprema Corte recusa-se a julgar demandas de inconstitucionalidade pautadas fora de casos concretos, seguindo entendimento firmado pelo próprio tribunal, em outubro de 1952:

A função nos dada pela presente legislação é o exercício do poder judicial, e, para que esse exercício seja possível, deve haver um conflito real perante nós. **Não detemos poder para realizar um julgamento abstrato** ou exercitar autoridade sobre casos futuros, que possam resultar da interpretação da Constituição e das leis e regulamentos, **se eles não provêm de um caso concreto.**<sup>32</sup>

Para o exame de um problema de inconstitucionalidade, a Corte se reúne inteiramente, em *daihōtei*. A lei é somente declarada inconstitucional se ao menos 8 dos 15 juízes assim votarem. Ao declarar um dispositivo contrário à Constituição, a Suprema Corte encaminha uma cópia da decisão ao Gabinete e ao Parlamento<sup>33</sup>. Quando a declaração é pela constitucionalidade do dispositivo, no entanto, a concordância majoritária é dispensada.

Em todas as decisões da Suprema Corte, enquanto o julgamento ocorre, deve-se mostrar o parecer de cada juiz sobre o caso. Essa medida permite que os cidadãos saibam como os juízes estão julgando e quais são suas tendências de voto, para posterior análise no referendo e publicidade do processo judicial.

### 3.3. O (NÃO) ATIVISMO DA SUPREMA CORTE

A Suprema Corte japonesa é bastante criticada no que tange a sua rigidez como corte constitucional. Além de dificultar o acesso ao recurso constitucional, a ação da Corte é, na maioria esmagadora das vezes, uma ação limitada à letra da lei e ao processo constitucional, muito mais focada em discutir competências do que, propriamente, a constitucionalidade material das pretensões normativas e dos casos judiciais próprios.

Ainda, mesmo ao versar a constitucionalidade de um regulamento ou estatuto, a jurisprudência da Corte se orientou em privilegiar o “bem-estar” público acima dos direitos individuais. Quando se trata de regulamento administrativo ou caso em que se questione a ação administrativa, essa acepção se mostra incisiva, uma vez que é necessário que os afetados consigam provar que seus direitos estão sendo constrangidos e, mesmo que a situação seja de uma lesão de fato; o lesado não pode

32 MAKI, J. M (Ed). XXIV. The Supreme Court and Constitutional Review (The Suzuki Decision). In: **Court and Constitution in Japan: Selected Supreme Court Decisions, 1948-1960**. Seattle: University of Washington Press, 1964, pp. 362-365, tradução e grifo nossos.

33 NODA, *Op. Cit.*, p. 122.

desafiar o ato administrativo a menos que haja um estatuto que claramente preveja a proteção do direito do cidadão como sendo de interesse legal<sup>34</sup>.

Visto que a maioria dos estatutos estabelecidos pela Dieta não possuem previsão explícita para o acionamento das cortes, é extremamente difícil que o cidadão comum consiga convencer a Corte a interpretar essas previsões como protetoras dos direitos individuais. Nos primeiros 25 anos em que operou, por exemplo, foi anulado apenas um dispositivo por razões de inconstitucionalidade: o art. 200 do Código Penal à época, que previa uma pena mais dura para homicídio de um ascendente, no julgamento de 4 de abril de 1973<sup>35</sup>. E, durante seus primeiros 60 anos de operação, considerou apenas 8 provisões estatutárias como inconstitucionais.

Embora exista a teoria de que o conservadorismo da Corte teve sua origem na própria sociedade nipônica, não há um consenso firmado entre os estudiosos do constitucionalismo japonês. Shigenori Matsui<sup>36</sup> reconhece a busca pela harmonia inerente à cultura nacional, sob a qual a Suprema Corte seria inclinada a respeitar a deliberação da Dieta e dos atos administrativos; mas aponta que outros motivos teriam um papel bem maior na consolidação da postura passiva da Suprema Corte.

Para o professor, a Suprema Corte guardaria, em suas raízes, a herança histórica de juízes conservadores, acostumados com a Constituição de Meiji, que não foram destituídos de seus empregos ao término da Segunda Guerra. Os juízes, advogados e procuradores positivistas da Constituição de Meiji — que se orientavam pela tradição constitucional alemã e pela obediência à lei — foram os membros iniciais da Suprema Corte recém-estabelecida. Deste modo, não havia espaço para o ativismo constitucional e o julgamento contrário às decisões legislativas e do executivo, haja vista a falta de experiência do judiciário de se impor contra a Dieta.

A organização da Suprema Corte, orientada pela construção política, também é importante para caracterizar essa atrofia jurisdicional. A título de exemplo, quase todos os juízes nomeados para a Corte, no período de 1955 a 2009, foram indicados pelo Partido Liberal Democrata (LDP), conservador e fortemente influente. Na própria busca pela indicação, é necessário o processo de seleção inicial, promoção e recondução, que acaba filtrando apenas os juristas que mantêm uma

---

34 MATSUI, *Op. Cit.*, p. 1384.

35 ITOH, H.; BEER, L. W. (Eds.). **The Constitutional Case Law of Japan: Selected Supreme Court Decisions, 1961-70.** [S.l.]: University of Washington Press, 1978. (Asian Law Series, n. 6).

36 Professor da *Peter A. Allard School of Law*, da Universidade da Colúmbia Britânica. É internacionalmente renomado pelos seus trabalhos sobre direito constitucional, direito midiático e direito da internet.



postura mecânica na aplicação das leis, não se envolvendo em matéria política e com inclinação a seguir os precedentes conservadores<sup>37</sup>.

Outros fatores, como a estratégia de atuação limitada como garantidora de respeito institucional, a presença de outros órgãos e a previsão de competências constitucionais em outros poderes, e mesmo a relutância dos juízes em ver a Constituição como lei positiva; também são analisados por Matsui como possíveis razões para a postura não-ativista da Corte, que, na visão do especialista, precisa ser repensada pelos seus membros, questionando o próprio dever da Suprema Corte perante a aplicação dos princípios democráticos no Japão.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O constitucionalismo japonês é resultado de uma extensa e complexa história institucional, com particularidades socioculturais que influenciam, desde o estabelecimento da Constituição à aplicação dos tribunais, o processo e o caráter constitucional e democrático do Japão. Vislumbrando sua herança cultural ao longo do tempo, nota-se a peculiaridade de um país com fortes raízes feudais, de intensa tradição imperialista, ao qual foi imposta uma guinada democrática, com uma Constituição quase inteiramente formulada nos moldes ocidentais.

O judiciário japonês, que outrora era subordinado à administração, adquire, com a Constituição de 1947, poderes e prerrogativas inovadoras, e disso resulta uma experimentação técnica de revisão de constitucionalidade, que, desde então, permeia os tribunais e a Suprema Corte do país. Junto à prática jurisdicional, a Constituição atual do Japão, como Carta Magna, passa pelo desafio, desde sua promulgação, de se valer de forma positiva nos ditames nacionais: não só como valor abstrato, mas para a aplicação do sonho democrático.

O processo de aplicação constitucional e de controle de constitucionalidade, assim, cresceu de forma tímida no Japão, fruto de um rompimento político-institucional bruto com a antiga conjuntura jurídico-administrativa. E, ainda que, em um primeiro vislumbre, a Carta Magna aparente uma sociedade totalmente conforme a perspectiva democrática, na prática, há críticas ao controle de constitucionalidade no país; principalmente direcionadas à Suprema Corte, que, devido a uma série de fatores culturais, políticos e institucionais, adota uma postura passiva e rigorosamente limitada à letra da lei.

Desta forma, percebe-se que, apesar dos imbróglis enfrentados na democracia japonesa e da estranheza de uma Constituição imposta por diretrizes oci-

37 MATSUI, *Op. Cit.*, p. 1407.

dentais, o Japão consolida, a seu modo, uma sociedade constitucional democrática, que, no entanto, carrega profunda tradição imperialista. As críticas a essa aplicação constitucional conservadora e ao caráter autoritário estão cada vez mais presentes no cenário nacional e no estudo constitucional comparado; demonstrando, por si mesmo, a revisão por parte da sociedade, dos intelectuais e cidadãos, do processo e da aplicação constitucional: característica indispensável a todo e qualquer regime democrático.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Eduardo Mesquita Pereira. **Construção e Constitucionalismo no Japão: reflexões em torno do art. 9º, renúncia à guerra e autodefesa**. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

Barry Weingast, 'Designing Constitutional Stability' in Roger Congleton and Birgitta Swendenborg (ed.), **Democratic Constitutional Design and Public Policy Analysis and Evidence**, MIT Press 2006.

BRITANICCA (Ed.). Supreme Court of Japan. **Encyclopedia Britannica**, 18 fev. 2011. Disponível em: <<https://www.britannica.com/topic/Supreme-Court-of-Japan>>. Acesso em: 14 set. 2022.

HALEY, J.O. The Japanese Judiciary. In: SIMPÓSIO *Law in Japan: At the Turning Point*, 2002, Seattle. **Tópico temático...** Seattle: Washington University in St. Louis, 2002.

ITOH, H.; BEER, L. W. (Eds.). **The Constitutional Case Law of Japan: Selected Supreme Court Decisions, 1961-70**. [S.l.]: University of Washington Press, 1978. (Asian Law Series, n. 6).

JAPÃO. Constituição (1946). A Constituição do Japão: promulgada em 03 de novembro de 1946. Disponível em: <[https://japan.kantei.go.jp/constitution\\_and\\_government\\_of\\_japan/constitution\\_e.html](https://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html)>. Acesso em 10 set. 2022.

JAPÃO. Lei nº 59, de 16 abril de 1947. Lei do Judiciário. Disponível em: <<5461726F2D8D-D994BB8F8A96408169897081434832302E352E3794C5816A20>(cas.go.jp)>. Acesso em 11 set. 2022.

KOBAYASHI, Takeshi. **Youkoso Nihonkokukenpou**, Japão: Editora Hougakushoin, 7ª Edição, 2006, p. 24.

KOERNER, Andrei. Sobre a história constitucional. **Estudos Históricos** (Rio de Janeiro), v. 29, p. 525-540, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/S2178-14942016000200011>.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **UC Davis Law Review**, Vol. 47, p. 195-96, 2014.

MAKI, J. M (Ed). XXIV. The Supreme Court and Constitutional Review (The Suzuki Decision). In: **Court and Constitution in Japan: Selected Supreme Court Decisions, 1948-1960**. Seattle: University of Washington Press, 1964, pp. 362-365.

MATSUI, S. Why is the Japanese Supreme Court so Conservative? **Washington University Law Review**, v. 88, n. 6, pp. 1375-1423, 2011.

NISHITANI, Yuko. **Introdução à História do Direito Japonês**. Baseado em seminário proferido na Università Statale di Milano, 06/03/2000. Tradução livre autorizada de Maitê Schmidtz, revisão de Cláudia Lima Marques, UFRGS. ORCID: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.87047>.

NODA, Y. **Introduction to Japanese Law**. Tradução e edição de Anthony H. Angelo. [S.l.]: University of Tokyo Press, 1976.

PORT, K. L. **Comparative Law: Law and the Legal Process in Japan**. 2 ed. Durham: Carolina Academic Press, 2003.

SMJ #89 - Direito Japonês. Convidados: Eduardo Mesquita Kobayashi, Rodrigo Kanayama. Podcast. **Salvo Melhor Juízo**. Publicado em 18/07/2019. Disponível em: <<https://salvomehorjuizo.com/post/187802726298/smj-89-direito-japon%C3%AAs-quais-s%C3%A3o-as-origens-do>>. Acesso em 17 set. 2022.

Reuters. No Japão, governistas não conseguem maioria suficiente para mudar a Constituição. **G1**. Notícia. Publicado em 21/07/2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/07/21/no-japao-partido-do-governo-deve-sair-vitorioso-das-eleicoes.ghtml>>. Acesso em: 17 set. 2022.

The Constitution: Principles and Problemas. About **Japan Series: Japan's Constitution and Civil Law**. 2 tir. n. 20. Foreign Press Center: Tokyo, 1999. Tradução livre por Jesus Tupã Silveira Gomes.

# PÚBLICA. GRATUITA. DE QUALIDADE. PARA TODOS: REFLEXÕES PARA AS UNIVERSIDADES PÚBLICAS EXISTIREM, RESISTIREM E SE REINVENTAREM

PUBLIC. FREE. QUALITY EDUCATION. FOR EVERYONE: REFLECTIONS FOR PUBLIC UNIVERSITIES TO EXIST, RESIST, AND REINVENT THEMSELVES

*Elisa Meirelles Reis<sup>1</sup>*

Data de Submissão: 02/05/2022

Data de Aceite: 07/12/2022

**Resumo:** Neste centenário de Darcy Ribeiro, o presente ensaio discorre sobre a importância de a universidade pública existir, resistir e se reinventar. Entendendo o acesso à educação superior como um direito, o ensaio parte de Darcy Ribeiro para refletir sobre a universidade necessária; dialogando com José Geraldo de Sousa Júnior e José Murilo de Carvalho sobre as desigualdades brasileiras e seu enfrentamento; unido à conversa Paulo Freire e bell hooks, em diálogo sobre a educação autoral e transformadora; e contando também com Márcia Abrahão Moura e Mônica Nogueira, ao falar sobre o papel histórico e atual da Universidade de Brasília (UnB) na luta por direitos e na construção de uma universidade possível e verdadeiramente emancipadora.

**Palavras-chave:** Educação Pública. Universidade de Brasília. Darcy Ribeiro.

**Abstract:** Celebrating the centenary of Darcy Ribeiro, this essay debates the importance of public universities exist, resist, and reinvent themselves. Understanding access to higher education as a right, the essay starts with Darcy Ribeiro, discussing the necessary university; dialoguing with José Geraldo de Sousa Júnior and José Murilo de Carvalho about Brazilian inequalities and their confrontation; together with Paulo Freire and bell hooks, in a dialogue about transformative education; and also including Márcia Abrahão Moura and

1 Graduada em Comunicação Social - Jornalismo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005) e pós-graduada em Gestão da Comunicação pela Escola de Comunicação e Artes da Universidade de São Paulo (2010). Aluna especial da disciplina O Direito Achado na Rua, do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília (2022). Jornalista, atuando há 20 anos na área de Comunicação, com ênfase em Educação, Direitos Humanos e Políticas Públicas. E-mail [elisa.meirelles.reis@gmail.com](mailto:elisa.meirelles.reis@gmail.com).

Mônica Nogueira, talking about the historical and current role of UnB in fighting for rights and in building a possible and truly emancipatory university.

**Keywords:** Public Education. University of Brasilia. Darcy Ribeiro.

## 1. INTRODUÇÃO

No ano em que Darcy Ribeiro completaria um século de vida, somos convidados a refletir sobre o papel das universidades públicas, entre elas a Universidade de Brasília (UnB), na garantia do direito à Educação,

no enfrentamento das crises contemporâneas e na construção de um projeto nacional democrático, popular, antissexista, antirracista, anticapacitista, inclusivo e progressista.

Tomando como linha de reflexão as bases do Direito Achado na Rua, o presente ensaio se propõe a refletir sobre essa universidade emancipadora partindo de quatro pilares essenciais ao direito à educação: a importância da universidade pública; a importância da universidade gratuita; a importância da universidade de qualidade; e a importância da universidade para todos. Juntos, esses quatro campos ajudam a traçar uma linha de análise sobre a importância de a universidade pública existir, resistir e se reinventar.

Sabemos que cada desses conceitos é, em si, um campo extremamente amplo e complexo do saber, que vem, há séculos, sendo investigado pelas maiores referências da Educação, do Direito, dos Direitos Humanos, da Sociologia, da Antropologia e de diversas outras áreas acadêmicas. Seria impossível, então, dar conta de tal complexidade em um ensaio.

O presente texto se propõe apenas a utilizar essas grandes áreas como fio condutor para uma conversa inicial com leitoras e leitores sobre essa universidade pública tão necessária no século XXI. Este ensaio é um convite a pensar sobre os significados por trás das palavras – pública, gratuita, de qualidade, para todos – e seus impactos na vida de cada um e na construção de um projeto nacional.

A conversa se inicia contextualizando o momento em que este ensaio está sendo escrito: o terceiro ano da pandemia de Covid-19, marcado pela queda nos números de mortes causadas pelo vírus – o que nos traz esperança – e pela constatação, cada vez mais clara, dos impactos profundos da pandemia na garantia dos direitos humanos, com um olhar especial para a adolescência e a juventude, atores essenciais na construção da universidade que queremos.

Em seguida, o texto se divide nos quatro campos citados acima. Dentro deles, procura-se refletir sobre a universidade necessária de Darcy Ribeiro (RIBEIRO, 1969); dialogando com José Geraldo de Sousa Júnior e José Murilo de Carvalho, entre outros, sobre as desigualdades brasileiras e seu enfrentamento; unido à conversa Paulo Freire e bell hooks, em diálogo sobre a educação transformadora; e contando também com a geóloga e atual reitora da UnB, Márcia Abrahão Moura, e a profes-

sora e antropóloga Mônica Nogueira, da Faculdade UnB Planaltina (FUP), ao falar sobre o papel histórico e atual da UnB na luta por direitos e na construção de uma universidade possível e verdadeiramente emancipadora.

Permeando a conversa, trazemos, também, algumas estatísticas da educação nacional, a fim de contextualizar, em números, um pouco do cenário do ensino superior no País.

## **2. QUATRO REFLEXÕES SOBRE A UNIVERSIDADE NECESSÁRIA PARA O BRASIL**

Para situar o presente ensaio no tempo, inicia-se este capítulo com uma pequena contextualização. Este ensaio começou a ser escrito no segundo semestre de 2021, quando o País estava ainda imerso na pandemia da Covid-19, e está sendo finalizado em maio de 2022. Quando o texto foi iniciado, o País já havia passado pelo pior momento da crise – março e abril de 2021, quando as mortes chegaram a 3 mil por dia –, mas ainda estava em estado de alerta. Morriam, em média, 500 pessoas por dia, e as vacinas ainda não chegavam a todos. Hoje, momento em que o texto é finalizado, a pandemia parece estar arrefecendo, com uma média de 100 mortes por dia no Brasil, em queda, e milhares de pessoas recebendo já a quarta dose de imunização contra a Covid-19.

Se o País pode começar a respirar aliviado com relação à doença em si, o mesmo não se pode dizer sobre os impactos que a pandemia deixou na vida de cada brasileira e brasileiro. Até hoje, a doença matou 664 mil pessoas no País, devastando a vida de milhões de pais, mães, irmãos, avós, netos e famílias. A isso se soma mais uma tragédia: desemprego, aumento da fome, da pobreza e da miséria, aumento exponencial das desigualdades sociais são alguns dos imensos problemas que hoje preocupam o Brasil e que, já se sabe, irão permanecer por um longo tempo.

Falando de educação, junto com a reabertura de escolas e universidades veio a constatação dos impactos da pandemia na aprendizagem e no direito à educação. Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) 2021 – os últimos disponíveis – há pelo menos 1,4 milhões de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos fora da escola no País. A eles se somam outros milhões que estão, oficialmente, matriculados, mas perderam o vínculo com a escola, não conseguiram aprender e estão em risco iminente de evasão. A exclusão escolar – com grande parte dos desafios enfrentados pela infância, adolescência e juventude brasileiras – foi maior entre meninas e meninos negros e indígenas. Embora, no momento em que este texto está sendo finalizado, não existam ainda estatísticas consolidadas e dispo-



níveis sobre evasão no ensino superior, tudo indica que o cenário comportou-se de forma semelhante entre os universitários.

A pandemia escancarou como o acesso universal a direitos está longe de ser realidade no Brasil e em grande parte dos países do hemisfério sul. Em um contexto de crise, o fosso das desigualdades se ampliou ainda mais, fazendo com que direitos fossem realidade apenas para uma minoria branca, rica e eurocentrada. Como já colocava Boaventura de Santos Sousa, ao falar sobre a frágil hegemonia dos direitos humanos, a maioria da população do mundo hoje não é sujeito de direitos. Eles são apenas objeto dos discursos de direitos humanos:

The large majority of the world population is not the subject of human rights. They are rather the object of human rights discourses. The question is, then, whether human rights are efficacious in helping the struggles of the excluded, the exploited and the discriminated against, or whether, on the contrary, they make them more difficult. In other words, is the hegemonic claimed by human rights today the outcome of a historical victory, or rather a historical defeat? (SANTOS, 2013)

É partindo desse cenário de aumento de desigualdades e desafios que reflete-se sobre a importância fundamental da universidade pública, gratuita, de qualidade e para todos no enfrentamento das crises contemporâneas e na construção de um projeto nacional democrático, popular, inclusivo e progressista.

## 2.1. A IMPORTÂNCIA DA UNIVERSIDADE PÚBLICA

Começa-se falando sobre a importância da universidade pública. Como conta Darcy Ribeiro, historicamente, o Brasil não se destacou por um investimento consistente no ensino superior público. Enquanto nossos vizinhos da América Latina espanhola começaram a investir em universidades ainda no período colonial, o Brasil somente foi autorizado a ter as primeiras escolas de ensino superior pouco antes da independência e avançou de forma lenta ao longo dos séculos. No final dos anos 1960, em *A Universidade Necessária*, Darcy Ribeiro pontuava que, naquele momento, o Brasil era a nação latino-americana o menor percentual de estudantes no ensino superior:

Quando foi proclamada a república (1889), [o Brasil] contava apenas com cinco faculdades, duas de Direito, em São Paulo e Recife, duas de Medicina, na Bahia e no Rio de Janeiro e uma Politécnica nessa mesma cidade. A matrícula destes estabelecimentos era de 2.300 estudantes. O progresso posterior foi muito lento nas primeiras décadas, pois ainda em 1940 contava apenas com 21.235 estudantes de nível superior. Em

1950, ao contrário, já tinha cerca de 600 cursos e 15 universidades, embora a matrícula global somasse apenas 37.548 estudantes. Ainda hoje, o Brasil se ressentia da estreiteza do colonialismo português. Seus efeitos são visíveis no fato de que continua sendo a nação latino-americana com menor percentagem de população entre 19 e 22 anos matriculada em escolas de nível superior. (RIBEIRO, 1969)

O ensino superior tem sido, portanto, uma conquista recente na história brasileira, dentro de um processo ainda em curso. Nas últimas décadas, o País obteve avanços importantes na ampliação do acesso à universidade, aliado a políticas essenciais voltadas para a democratização desse acesso.

Dentro desse cenário, algumas universidades têm papel de destaque – entre elas, a Universidade de Brasília (UnB). Como conta Ribeiro, o primeiro projeto orgânico de criação de uma universidade integrada no Brasil surgiu em 1960 em Brasília, “do esforço de uma centena de cientistas e intelectuais brasileiros reunidos para repensar o próprio plano estrutural de universidade, ante a oportunidade oferecida pela construção da nova capital do Brasil” (RIBEIRO, 1969)

Ao longo de seus 61 anos, a UnB vem consolidando o projeto de Ribeiro, reforçando seu compromisso com a construção de uma sociedade mais justa e emancipatória. Como explicam Moura e Nogueira, desde sua criação, a UnB vem investindo em opções para ampliar e democratizar o acesso à universidade (MOURA e NOGUEIRA, 2021). Na década de 1990, abriu cursos noturnos, mais acessíveis para estudantes trabalhadores. Nos anos 2000, investiu em campi fora do plano piloto (zona central e mais rica de Brasília) e foi pioneira nas políticas de cotas.

Na estruturação de seus currículos e áreas, o UnB buscou ultrapassar os muros da universidade e chegar à rua, aos debates necessários, aos saberes que emergem das ruas, das florestas, das aldeias, dos quilombos e das favelas. Exemplo emblemático dessa identidade da UnB é *O Direito Achado Na Rua*, que há 30 anos – sob liderança dos professores José Geraldo de Sousa Júnior, Nair Heloisa Bicalho de Sousa, Roberto Armando Ramos de Aguiar e Alexandre Bernardino Costa, seguindo a proposta de Roberto Lyra Filho – vem mostrando como o direito deve ser a expressão de uma legítima organização da liberdade.

Iniciativas como essa e tantas outras surgidas dentro da UnB mostram como a universidade seguiu os passos de Darcy Ribeiro e a defesa feita por ela da universidade pública e de sua função social. Nas palavras de Moura e Nogueira, em artigo para o volume 10 de *O Direito Achado na Rua*:

É parte da função social das instituições de ensino superior garantir que a educação esteja a serviço da formação e transformação do indivíduo,

pelo desenvolvimento de competências técnicas e também de pensamento crítico e valores humanísticos para atuação na sociedade. A universidade oferece um bem público. Sendo assim, podemos evidenciar a estreita relação da universidade com a promoção da cidadania e dos direitos humanos. (MOURA e NOGUEIRA, 2021).

### 2.1.1. UNIVERSIDADE PÚBLICA OU PRIVADA?

As falas das duas professoras atentam para a importância das universidades como bens públicos, como um direito que deve estar acessível a todo estudante que, ao terminar a educação básica, queira dar continuidade a seus estudos no ensino superior público.

Investir na Educação pública de qualidade, na universidade pública, é uma escolha política. Como relembra Paulo Freire, que completaria 100 anos em 2021: “A educação não vira política por causa da decisão deste ou daquele educador. Ela é política” (FREIRE, 1996).

Além de uma decisão política, investir na educação superior pública é um dever do Estado. Como está na Meta 12 do Plano Nacional de Educação (PNE), o Brasil deve, até 2024: “Elevar a taxa bruta de matrícula na educação superior para 50% (cinquenta por cento) e a taxa líquida para 33% (trinta e três por cento) da população de 18 (dezoito) a 24 (vinte e quatro) anos, assegurada a qualidade da oferta e expansão para, pelo menos, 40% (quarenta por cento) das novas matrículas, no segmento público”.

A última frase de meta 12 é a que faz-se necessário destacar: ampliar as matrículas no segmento público. Ela reflete os desafios do cenário educacional brasileiro e de como se deu a ampliação do ensino superior no País. Antes de continuar, vale olhar para o ensino superior brasileiro em números.

Diferentemente da educação básica – que passou por um processo de universalização alicerçado, majoritariamente, no ensino público – a ampliação do ensino superior no Brasil se deu com o importante crescimento das universidades públicas, mas principalmente com um crescimento exponencial do ensino superior privado. Como mostra o Censo da Educação Superior, a partir do início dos anos 2000, o ensino superior privado foi o que mais cresceu no País.

Ao falar sobre o longo caminho para a cidadania no Brasil, José Murilo de Carvalho afirma que, entre os direitos sociais conquistados no País a partir dos anos 2000, o acesso ao ensino superior merece grande destaque. Esse acesso, no entanto, ocorreu mais via ampliação de universidades particulares, que recebem do governo dinheiro para custear bolsas de estudo a estudantes com menor renda, do que por

um investimento maior na ampliação e no fortalecimento da universidade pública. Diz ele:

No ensino superior, em 2000, estavam matriculados na graduação 2,7 milhões de pessoas, 67% das quais em universidades particulares. Em 2011, esse número tinha subido para 6,7 milhões, respondendo as particulares por 74%. Um dos fatores do aumento foi o Programa Universidade para Todos (Prouni), introduzido em 2005. Consiste ele na distribuição de bolsas integrais ou parciais a alunos aprovados no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), cuja renda familiar esteja entre 1  $\frac{1}{2}$  e 3 salários mínimos, para se inscreverem em universidades privadas. (CARVALHO, 2020)

O cenário de 2011 apontado pelo autor é bastante semelhante ao cenário atual. Segundo dados do Censo da Educação Superior de 2019 (o último disponível), o ensino superior no Brasil atualmente é composto por 2.608 instituições universitárias – incluindo universidades, centros universitários, faculdades, institutos federais (IF) e centros federais de educação tecnológica (CEFET). Dessas, 89% (2.306) são instituições privadas e 11% (302) públicas.

Com relação às matrículas, o ensino superior conta atualmente com 8,6 milhões de estudantes. Desses, 76% estão na rede privada e 24% na pública. O cenário contrasta com a realidade da educação básica, em que a situação é inversa: 81% dos mais de 47 milhões alunos estão matriculados na rede pública e apenas 19% na privada, segundo o Censo da Educação Básica 2020.

Entendendo a educação como um direito, o cenário brasileiro levanta pontos de alerta. Não há dúvidas que a criação do Prouni e do Fundo de Financiamento Estudantil (Fies) foram iniciativas de grande importância para a democratização do acesso à universidade no Brasil. No entanto, concordando com Carvalho e com as entidades estudantis por ele citadas, “A crítica aqui, vinda sobretudo das entidades estudantis, é que o Prouni reforça o ensino privado em vez de ampliar o número das instituições públicas” (CARVALHO, 2020).

## 2.2. A IMPORTÂNCIA DA UNIVERSIDADE GRATUITA

Seguindo a mesma linha de reflexão, passamos ao segundo ponto dessa análise: a importância da universidade gratuita. No Brasil, a universidade pública é gratuita – o que é um avanço com relação a outros países – mas essa universidade pública ainda é para poucos: 24%, como vimos anteriormente.

Os outros 76%, cerca de 6,5 milhões de estudantes, estão em instituições de ensino superior privadas. Desses, pouco menos da metade, 2,9 milhões, tem acesso

a algum tipo de financiamento, incluindo ProUni, FIES e outras políticas nacionais, municipais ou estaduais. Os outros pouco mais de 3,6 milhões pagam integralmente por sua educação de nível superior.

Mais uma vez, a escolha por um modelo privado de ensino superior, em que é preciso pagar para ter acesso ao conhecimento universitário, merece atenção. Os dados mostram que essa política de uma educação superior gratuita apenas para poucos foi e ainda é realidade no Brasil.

Segundo Moura e Nogueira, no cenário atual do País, as universidades públicas enfrentam tentativas sistemáticas de enfraquecimento. Nas palavras delas:

As universidades brasileiras vêm sendo submetidas a uma ofensiva crescente por parte de atores que sustentam discursos contrários aos direitos humanos e questionam os resultados apresentados por essas instituições”. Cortes orçamentários, cerceamento da liberdade de cátedra, acusações infundadas, ataques às ciências sociais e humanas, nomeações políticas e proposta de reorganização da gestão das universidades de caráter privatista compõem a ofensiva que, em última instância, investe contra o princípio da autonomia universitária e ameaça desconstruir um sistema de excelência erguido ao longo de tantas décadas. (MOURA e NOGUEIRA, 2021)

### 2.3. A IMPORTÂNCIA DA UNIVERSIDADE DE QUALIDADE

Diante dos aspectos apresentados, faz-se ainda mais necessário refletir sobre a importância da universidade de qualidade para contribuir para enfrentar as crises atuais e para a construção de um projeto nacional democrático, popular, inclusivo e progressista.

Como coloca Paulo Freire, uma das tarefas mais importantes da prática educativo-crítica é propiciar as condições em que os educandos em suas relações uns com os outros e todos com o professor ou professora ensaiam a experiência profunda de assumir-se. “Assumir-se como ser social e histórico, como ser pensante, comunicante, transformador, criador, realizados de sonhos, capaz de ter raiva porque capaz de amar”. (FREIRE, 1996)

Em consonância com esse papel social fundamental da universidade, Darcy Ribeiro elenca as funções desse novo modelo de universidades que ele propõe:

- a) fornecer um elenco explícito de alternativas e opções para o planejamento da renovação estrutural de seus órgãos e a revisão dos procedimentos através dos quais exercei suas funções.
- b) proporcionar uma imagem global de como deve ser e operar uma universidade capaz de atender aos princípios reitores da nova reforma;

- c) atuar como um corpo de contrastes para o diagnóstico e a crítica das estruturas vigentes e para uma justa apreciação das conquistas já alcançadas pelas universidades latino-americanas, que devem ser preservadas em qualquer futura reforma estrutural;
- d) oferecer um quadro de valores que permita avaliar a eficácia e importância de cada projeto parcial de mudança que a universidade se proponha realizar;
- e) mobilizar os corpos universitários para um esforço conjunto de reforma, capaz de contrapor a universidade real à universidade necessária e de formular um projeto específico de transição progressiva de uma à outra;
- f) opor aos projetos de colonização cultural da América Latina e de perpetuação de seu subdesenvolvimento e dependência através da modernização reflexa, um projeto próprio que preencha, no âmbito universitário, os requisitos fundamentais de desenvolvimento autônomo da nação. (RIBEIRO, 1969)

Esse modelo de universidade, capaz de contribuir com o desenvolvimento autônomo da nação, pressupõe também um investimento constante na superação do racismo, do sexismo, do imperialismo e da visão eurocêntrica do saber. Como colocava a autora norte-americana bell hooks, falecida em dezembro de 2021:

Se examinarmos criticamente o papel da universidade na busca da verdade e na partilha de conhecimento e informação, ficará claro, infelizmente, que as parcialidades que sustentam e mantêm a supremacia branca, o imperialismo, o sexismo e o racismo distorcem a educação a tal ponto que ela deixou de ser uma prática de liberdade. (HOOKS, 2013)

Leitora e admiradora de Paulo Freire, hooks defendia uma mudança estrutural no ensino superior, voltado para uma educação de fato multicultural. A mudança incluía não apenas revisões nos currículos, mas a revisão da relação professor-estudante, com todo um processo de formação dos educadores para que conseguissem, de fato, trabalhar uma educação multicultural, em que o saber do branco não seja colocado como superior aos demais. Como pontua a autora, muitos educadores se perturbam com as implicações políticas de uma educação multicultural, pois têm medo de perder o controle da turma caso não haja um modo único de abordar um tema, mas sim modos múltiplos e referências múltiplas (HOOKS, 2013). É essa a cultura que precisa mudar para falarmos, de fato, em uma universidade de qualidade.

À fala da autora norte-americana, une-se a reflexão da atual reitoria da UnB. Em artigo conjunto com Monica Nogueira, elas afirmam que, contra os mais

recentes ataques às universidades, há que se defender o exercício do pensamento crítico e da investigação científica. Elas trazem à luz problemas estruturais da sociedade, “que alguns atores parecem querer negar ou evitar, como a violência contra as mulheres, o racismo estrutural, a degradação ambiental, entre tantos outros. Cabe também destacar que a defesa da autonomia da universidade não visa a distanciá-la do contexto no qual se insere” (MOURA e NOGUEIRA, 2021).

## 2.4. A IMPORTÂNCIA DA UNIVERSIDADE PARA TODOS

Todos esses aspectos levam ao quarto e último ponto: a importância da universidade para todos. Sabe-se que os direitos humanos não são algo dado, estanque, que se coloca no papel e passa a ser verdade. Os direitos humanos são conquistados por meio de lutas, podem ser perdidos, e precisam sempre ser defendidos de forma ativa. Isso inclui o direito de todas e todos à educação. Falar em uma universidade para todos é reafirmar direitos e trazer à tona todos aqueles que, hoje, ainda não tem seu direito de aprender efetivado.

Como mostrava Darcy Ribeiro, ao falar de uma universidade para todos, estamos em um campo de disputa, em que elites acostumadas a seu lugar de privilégio lutam para não perde-lo. E o fazem usando argumentos diversos, incluindo o suposto cuidado com a qualidade das universidades. Trazendo novamente Ribeiro, falando sobre Elitismo e Política de Clientela, ele explica que:

Dentro deste marco clientelístico, muitas das razões solenemente invocadas em defesa do padrão acadêmico de pesquisa e de ensino apenas disfarçam interesses inconfessáveis de corpos docentes, unicamente empenhados em defender seus empregos e preservar sua área de poder e de prestígio, ou interesses gremiais que não desejam ver seus quadros ampliados. (RIBEIRO, 1969)

Entendendo essas disputas, fica mais nítido o enorme esforço necessário para ampliar o acesso à educação.

Olhando um período histórico maior, é importante perceber que o Brasil avançou consideravelmente nesse ponto, mesmo que de forma lenta. Da década de 1990 até hoje, o acesso à universidade se tornou realidade para cada vez mais pessoas. Isso não aconteceu do nada, foi fruto de muita luta. Ampliação de vagas, políticas de cotas, unificação de ingresso na universidade pública via Sistema de Seleção Unificada (Sisu) e Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), políticas de financiamento estudantil, incluindo Prouni e Fies, são todas conquistas que merecem destaque.

Por meio delas, hoje o País conta com 8,6 milhões de estudantes em instituições de ensino superior, a grande maioria egressos de escola pública – sendo 3,2 milhões deles pretos ou pardos e 56 mil indígenas (na classificação usada pelo Censo Escolar). Embora ainda não seja esse um reflexo da população brasileira, e ainda exista muito a melhorar, os dados merecem crédito.

Novamente, fica a ressalva sobre quanto dessas matrículas “para todos” se dão em universidades particulares, pagas e nem sempre de boa qualidade. Tema que merece um olhar alerta e constante quando se quer falar em direito à educação pública, gratuita, de qualidade e para todos.

Finaliza-se este subtítulo falando especificamente da UnB, e de como ela vem, nesses 61 anos de existência, empreendendo esforços importantes para ser, cada vez mais, uma universidade para todos – investindo em práticas e políticas que servem de inspiração para outras universidades dentro e fora do País.

Como explicam Moura e Nogueira, no artigo já citado anteriormente, como resultados de suas políticas de cotas e ações afirmativas, e da expansão para outras áreas geográficas da cidade, a face da Universidade se modificou, tornando-se cada vez mais plural e multiétnica. Em dez anos, o número de estudantes autodeclarados pretos ou pardos triplicou na UnB. E não parou por aí. A UnB se manteve ativa, investindo em diversas políticas, entre as quais destacam-se resoluções para o nome social na instituição, programas de auxílio-creche para estudantes em situação de vulnerabilidade com filhos de até 5 anos, e políticas de acessibilidade para pessoas com deficiências. Tudo isso contribuiu e contribui, sobremaneira, para possibilitar que a universidade pública exista, resista e se reinvente, contribuindo com um projeto nacional democrático, popular, antissexista, antirracista, anticapacitista, inclusivo e progressista.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste ensaio, procurou-se mostrar como os quatro aspectos nele reunidos são fundamentais para que as universidades sejam, de fato, emancipadoras, e contribuam para o enfrentamento das crises contemporâneas e a construção de um projeto nacional democrático, popular, inclusivo e progressista.

Como mostrado, o Brasil não se destaca, historicamente, por um grande investimento na universidade pública – que apenas começou a ter espaço no País depois da Independência, e mesmo assim caminhando a passos lentos. A grande expansão do ensino superior no Brasil se deu a partir de finais dos anos 1990, muito puxada pelo crescimento do ensino superior privado – financiado em grande parte com recursos públicos via programas como Prouni e FIES. Sem, de maneira algu-



ma, deixar de lado a importância dessas políticas para a democratização do acesso ao ensino superior, vale atentar para a decisão política do País, ao optar por investir em ensino superior privado com maior ênfase do que no ensino superior público.

Seguindo essa linha de argumentação, o texto destaca a importância do ensino superior gratuito, entendido como um direito humano pelo qual é preciso lutar. Como apontado pelos dados do Censo da Educação Superior, a educação superior gratuita ainda não é realidade para mais de 3,6 milhões de estudantes universitários, hoje matriculados em instituições privadas e sem receber apoio de financiamento público.

O terceiro ponto é essencial para reverter esse cenário: a qualidade da educação. Entender a universidade como um espaço plural, de debate, troca e aprendizagem, é fundamental para que ela possa, de fato, contribuir para mudanças sociais profundas. Para tanto, é fundamental enfrentar o racismo, o sexismo e a visão eurocêntrica do saber, buscando de fato promover uma educação multiétnica, inclusiva e progressista.

Por fim, a universidade deve ser para todos. Ela é um direito que precisa ser garantido a toda pessoa que conclua a educação básica obrigatória e queira continuar seguir seus estudos no ensino superior. Vale, aqui, destacar os avanços que o País teve, nas últimas décadas, com a ampliação e democratização do acesso ao ensino superior, hoje contando com mais de 8,6 milhões de estudantes, a grande maioria egressos de escola pública – 3,2 milhões deles pretos ou pardos e 56 mil indígenas. Fica a ressalva para o papel do ensino privado nesses números e a necessidade de o Brasil investir para ampliar o acesso à universidade pública, como expresso no Plano Nacional de Educação.

Dentro de todo esse cenário complexo e permeado por disputas, o projeto de Darcy Ribeiro de uma educação necessária vai avançando a passos lentos, e graças a muita luta. A Universidade de Brasília e outras universidades públicas (e até privadas), dentro de seus campi e em seus arredores, mostram que essa educação emancipadora e transformadora é possível e necessária se queremos um projeto nacional democrático, popular, inclusivo e progressista. Ouvindo as vozes das ruas, das favelas, dos quilombos, das florestas, dos migrantes, de quem vem de longe e de perto, a universidade pública segue – a passo a passo lentos, mas firmes – tentando mudar a realidade do Brasil.

#### 4. REFERÊNCIAS

CARVALHO, José M. de. **Cidadania no Brasil - O longo caminho**. (26ª ed.). Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2020.

CGI.br/NIC.br. **Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros - TIC Domicílios 2020**. Brasília, 2020. Disponível em: < <http://pne.mec.gov.br/18-planos-subnacionais-de-educacao/543-plano-nacional-de-educacao-lei-n-13-005-2014> >. Acesso em: 27.09.2021.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa**. Paz e Terra. São Paulo, 1996.

HOOKS, bell. **Ensinando a transgredir: a educação como prática da liberdade**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. Editora WMF Martins Fontes. São Paulo, 2013.

INEP. **Sinopse Estatística da Educação Superior 2019**. Brasília: Inep, 2020.

Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/basica-censo-escolar-sinopse-sinopse>>. Acesso em: 25.09.2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Painel Coronavírus**. Brasília: MS, 2021. Disponível em: < <https://covid.saude.gov.br/> >. Acesso em: 27.09.2021.

MOURA, Márcia A. e NOGUEIRA, Mônica. **As universidades e seu papel para a promoção da cidadania e a defesa dos direitos fundamentais**. In: SOUSA JÚNIOR, José G. (Org.). *O Direito Achado na Rua: Introdução crítica ao direito como liberdade*. OAB Editora; Editora Universidade de Brasília. Brasília, 2021.

RIBEIRO, Darcy. (1969). **A Universidade Necessária** (1ª ed.). Paz e Terra. Rio de Janeiro, 1969

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Human Rights: A Fragile Hegemony**. In: CRÉPEAU, François; SHEPPARD, Colleen. *Human Rights and Diverse Societies: Challenges and Possibilities*. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 17-25, 2013.

UNICEF. **Impactos Primários e Secundários da Covid-19 em Crianças e Adolescentes**. Brasília, 2021. Disponível em: < <https://www.unicef.org/brazil/relatorios/impactos-primarios-e-secundarios-da-covid-19-em-criancas-e-adolescentes-segunda-rodada> >. Acesso em: 25.09.2021.

\_\_\_\_\_. **Cenário da Exclusão Escolar no Brasil**. Brasília, 2020. Disponível em: < <https://www.unicef.org/brazil/relatorios/cenario-da-exclusao-escolar-no-brasil> >. Acesso em: 25.09.2021.

# ALIENAÇÃO PARENTAL: REVISÃO DE LITERATURA EMPÍRICA BRASILEIRA

PARENTAL ALIENATION: BRAZILIAN EMPIRIC-BASED LITERATURE REVIEW

*Isadora Dourado Rocha<sup>1</sup>*

Data de Submissão: 06/09/2022

Data de Aceite: 15/12/2022

**Resumo:** O objetivo deste artigo foi revisar a literatura brasileira de base empírica sobre a utilização do instituto de alienação parental pelo poder judiciário. A revisão de literatura encontrada em periódicos científicos *online* nacionais da área do direito e da psicologia trouxe alertas quanto à forma de administração de conflitos parentais complexos pelo judiciário. Foram formuladas três categorias de classificação da análise a partir da literatura: medicalização, judicialização-punição e simplificação de problema complexo. Quanto à função de medicalização do conflito, a literatura revisada traz tensionamentos quanto à forma de comprovação da alienação parental e o papel da equipe multidisciplinar. Ao debater sobre a função de judicialização-punição, a literatura revisada alerta quanto à diminuição da autorresponsabilidade do par parental na administração do conflito. Por sua vez, a função de simplificação de problema complexo traz a inquietação da literatura quanto à desconsideração de fatores histórico-culturais ao se utilizar a lente da alienação parental.

**Palavras-chave:** Alienação parental. Parentalidade. Guarda. Autoridade parental. Direito das Famílias.

**Abstract:** This article aims to review the brazilian empiric-based academic literature about the judiciary uses of parental alienation concept. The literature review (articles found at online and national scientific journals, on the areas of law or psychology) brought alerts about the way the judiciary deals with complex parental conflicts. Three categories of analyses were created: medicalization, judicialization-punition and a complex problem simplification. Regarding

---

1 Mestranda em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (DF). É advogada em famílias e sucessões com perspectiva de gênero. Especialista em direito processual e material das famílias pela ATAME-DF, e em “Ordem Jurídica e Ministério Público” pela FESMPDFT-DF. E-mail: isadoradouradoadvogada@gmail.com.

the medicalization function, the reviewed literature brought up tensionings as the parental alienation way of proof and the multidisciplinary team role. Debating about the judicialization-punition function, the reviewed literature alerts about the decreasing of the parental couple's self-responsability on the conflict management. On the other hand, the complex problem simplification function brings the literature restlessness about the historic-cultural factors disregard when the parental alienation lenses are used.

**Keywords:** Parental Alienation. Parenthood. Child custody. Parental authority. Family law.

## INTRODUÇÃO

Alienação parental é o ato ou conduta caracterizado, segundo a Lei 12.318/2010, pela

[...] interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010, artigo 1º).

Segundo a legislação brasileira – em consonância com a teoria acerca da síndrome de alienação parental e da alienação parental -, a causa de rejeição de um filho a um dos pais é imputada apenas a uma conduta deliberada de um dos pais, desconsiderando outros fatores possíveis para a reação da criança ou do adolescente ao conflito parental (SOUSA, 2019). Entretanto, é importante pontuar a distinção entre alienação parental e síndrome de alienação parental, mesmo havendo interligação e continuidade entre elas.

Alienação parental seria um termo “guarda-chuva”, que contemplaria qualquer situação em que há deliberada instigação de uma criança ou adolescente a estar contra um dos pais, sendo esta alienação motivada ou não<sup>2</sup>. A síndrome<sup>3</sup>, por sua vez, seria uma “programação”, “lavagem cerebral” efetuada contra um genitor (alienado) em uma criança, pelo outro genitor (alienador), ou seja, existiria a ideia de um responsável, e de um sofrimento equiparável a doença (BERG, 2011, p. 9; SOTTOMAYOR, 2011, p. 76)<sup>4</sup>.

---

2 “Nesse contexto tortuoso, Richard Gardner propõe a existência de uma dinâmica (ele a chama de alienação parental), que seria uma tentativa deliberada e maliciosa de um dos pais em colocar a criança contra o outro pai, efetivamente alienando a criança do outro pai”, em tradução livre de “In this tortuous context, Richard Gardner proposes the existence of a dynamic (he called it Parental Allienation) which would be a deliberate and malicious attempt by one parent to turn the child against the other parent, effectively alienating the child from the other parente” (MENDES, BUSCHER-MALUSCHSKE, 2017, p. 2). Para Analicia Sousa (2019, p. 2), a alienação parental seria “misto de conduta e transtorno psíquico indistinto”.

3 “A SAP é definida como uma campanha, sistemática e intencional, levada a cabo por um dos pais para denegrir o outro progenitor, acompanhada de uma lavagem no cérebro da criança com o objetivo de destruição do vínculo afetivo ao outro progenitor” (SOTTOMAYOR, 2011, p.76).

4 Segundo Analicia Sousa (2019, p. 3), a divulgação da teoria no país se daria através da alienação parental e não da síndrome de alienação parental, para desvio do foco da contestada cientificidade. As punições impostas aos pais na legislação brasileira de alienação parental – dentre elas a alteração da guarda ou a proibição do contato – todavia, muito se parecem com as

A partir destas explicações, o objetivo deste artigo é revisar a literatura brasileira de base empírica sobre a utilização do conceito de alienação parental pelo poder judiciário. A pergunta de pesquisa é como esta literatura descreve e analisa as funções deste instrumento jurídico de regulação dos conflitos parentais que é o instituto da alienação parental. Estudar a forma com que é aplicado o instituto da alienação parental pelo sistema de justiça importa diante da relevância do debate público e das críticas sobre alienação parental, diante da relevância da defesa do melhor interesse da criança e do adolescente, e também diante da pouca presença de dados nacionais sobre a matéria, como se demonstrará.

A Lei nº 12.318/2010 (Lei de Alienação Parental) completou dez anos de vigência no país – e um dos argumentos em defesa de sua promulgação seria a intervenção para a diminuição dos supostos altos índices de práticas alienadoras. Seu trâmite legislativo é criticado, por não ter sido precedido de debate público diverso, por ter pretendido a criminalização da conduta, e, além disso, a lei vem sendo alvo de crítica pelos campos jurídico e psicológico, pela forma com que instrumentalizou o conceito, também criticado, de alienação parental (SOUSA, 2019).

Ainda que os conflitos relativos ao exercício da autoridade parental durante ou após a ruptura da conjugalidade não sejam tema novo (SOUSA, 2019), a sua análise, pela via da alienação parental, tem sido apontada como redutora, dada a contestada cientificidade, a presença de estereótipos de gênero no desenvolvimento da teoria, os impactos desiguais em sua estrutura e aplicação frente a mulheres, crianças e homens, bem como a desconsideração de outros aspectos culturais e sociais referentes a maternidade, paternidade e relacionamentos na análise (MONTEZUMA, PEREIRA, MELO, 2017; SOUSA, 2019).

Especificamente quanto à contestada cientificidade, tem-se a rejeição da teoria de síndrome de alienação parental pelos critérios de validade científica dos tribunais estadunidenses<sup>5</sup> – mesmo tendo sido inicialmente difundida naquele país – (SOTTOMAYOR, 2011, p. 77; DV LEAP), e a rejeição pela Organização Mundial da Saúde e pela Associação Americana de Psiquiatria (SOUSA, 2019, p. 6). São

---

sugeridas pelos estudos de Richard Gardner. A formação de alianças entre crianças e pais em contexto pós-divórcio é tema estudado há longo tempo, de forma holística pelas ciências da saúde mental, considerando contexto cultural, histórico e os jogos de poder na relação – como por exemplo na parentificação ou triangulação – diferentemente do que faz a teoria acerca da alienação parental (MENDES, BUSCHER-MALUSCHKE, 2017; SOUSA, 2019)

5 No México, lei similar à brasileira foi declarada inconstitucional e revogada por não atender aos fins a que se destinava. Portugal e Espanha ainda não tem legislação própria, entretanto, o conceito vem sendo aplicado (e contestado) em demandas familiares de guarda (SOTTOMAYOR, 2011).

questionados os critérios diagnósticos da síndrome de alienação parental, por sua circularidade e reducionismo – deixando de analisar outros motivos que poderiam existir para que a criança ou adolescente rejeitasse um dos pais –, e pela presença de estereótipos de gênero deletérios à imagem da mulher-mãe (SOTTOMAYOR, 2011).

Em reforço a estas críticas está a ausência de descrição metodológica nos estudos do teórico fundador da síndrome de alienação parental, Richard Gardner, de modo a possibilitar a replicação, além da falta de marcador teórico, e de revisão cega, instrumentos importantes de confiabilidade científica. Também é apontada a ausência de estatísticas confiáveis e a ausência de comprovação dos seus dados sobre os supostos altos números de síndrome de alienação parental (MENDES, BUSCHER-MALUSCHKE, 2017; SOUSA, 2019).

Partindo destas críticas, em audiências públicas orientadas à investigação de crimes contra crianças na chamada Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) dos Maus Tratos (SENADO FEDERAL, 2018), a lei brasileira foi questionada, principalmente em relação a sua utilização para perpetuar guarda e convívio de pais-homens em situações de suspeita de abuso sexual ou maus tratos contra crianças e adolescentes. O artigo 2º, VI, da Lei de Alienação Parental prevê como indício da prática de alienação a apresentação de “falsa denúncia” de crime sexual cometido contra filho, bastando ao juiz indícios – e não provas<sup>6</sup> – de que a denúncia criminal não subsista, mesmo que feita de boa-fé, para determinar medidas protetivas à criança – como a inversão da guarda ou a ampliação do tempo de convívio com o suposto genitor “alienado” – o que pode submeter crianças e mulheres-mães a novas violências (SENADO FEDERAL, 2018).

O relatório final desta CPI, que deu origem ao Projeto de Lei do Senado nº 498/2018, teve como proposta a revogação da Lei de Alienação Parental (SENADO FEDERAL, 2018). Tal projeto foi emendado em fevereiro de 2020, e hoje, seu objetivo é não mais a revogação, mas sim a reforma da lei, com a justificativa de evitar que as “brechas” sejam indevidamente utilizadas (SENADO FEDERAL, 2018). No fim de 2019, foi proposto, junto à Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 6.371/2019, pela revogação da lei de alienação parental (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019). Ambos os projetos de lei, que ainda estão em fase de deliberação junto às comissões legislativas, demonstram a mobilização da sociedade civil – pela participação em audiências públicas – e a controvérsia em torno da temática.

---

6 E aqui também se pontua a diferença da prova criminal e da prova civil, bem como a dificuldade em se comprovar crimes sexuais ocorridos em contexto doméstico (SOTTOMAYOR, 2011).

Ainda fruto das críticas à lei, em novembro de 2019, foi ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6273/DF pela Associação de Advogadas pela Igualdade de Gênero, também fruto de mobilização da sociedade civil, especificamente de movimentos de mães e crianças (como os pedidos de *amici curiae* da ONG Vozes de Anjos, a atuação do Núcleo de Defesa da Mulher da Defensoria Pública de São Paulo), e de estudos questionando a aplicação desigual do conceito de alienação parental pelo sistema de justiça (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019). Neste ponto, argumenta-se que a lei violaria, dentre outros princípios, a proporcionalidade, para tanto trazendo não só estudos científicos demonstrando as incongruências da teoria que gerou a lei, como também dados sobre a realidade social brasileira que podem demonstrar a desigualdade de gênero na aplicação da lei – mulheres-mães serem mais tomadas como “alienadoras” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

Os argumentos acima mencionados, trazidos nos debates políticos e nos estudos revisados gravitam em torno do impacto diferenciado da legislação em mulheres e crianças, na falta de aceitação científica do conceito de alienação parental, no incumprimento da proteção integral da criança, e na expectativa de que o judiciário possa ser a única porta para resolução de problemas sociais complexos. Justificou-se, assim, a realização do presente estudo, com o objetivo de revisar a literatura nacional de base empírica sobre a aplicação da legislação de alienação parental.

Quando da promulgação da Lei 12.318/2010, afirmava-se que os dados de alienação parental seriam altos (SOUSA, 2019). Entretanto, neste estudo, constatou-se existirem poucos estudos empíricos nacionais sobre a temática de alienação parental. Eles se concentram na análise de jurisprudência (CUNHA DE ANDRADE, NOJIRI, 2016; SOUSA, 2019) ou sobre os discursos de juízes, promotores, advogados, defensores públicos, mediadores e equipe psicossocial – psicólogos e assistentes sociais do juízo (MENDES, BUCHER-MALUSCHKE, 2013; MENDES, 2017; MONTEZUMA, PEREIRA, MELO, 2017). Ou seja, os estudos se concentram apenas na aplicação da lei de alienação parental – sendo a apreensão dos casos pelo judiciário apenas um recorte da realidade total.

Após a revisão de literatura dos estudos empíricos encontrados, foram elaboradas três categorias de análise, consistentes na descrição e análise das funções da aplicação, pelo judiciário, do instituto de alienação parental, a partir das quais o artigo se desenvolverá: medicalização do conflito, judicialização-punição do conflito e simplificação de problema complexo. A função de medicalização do conflito estaria relacionada à forma de se lidar com o conflito parental através da ideia de uma patologia, que poderia ser identificada e à qual se recorreria a tratamento uniformizado, sem considerar as demais dinâmicas culturais, históricas e os jogos de poder



envolvidos no conflito. Neste ponto, a literatura revisada ressalta a dificuldade na comprovação da alienação parental e a dificuldade em se interpretar a perícia multidisciplinar como verdade, diante das incongruências da teoria de alienação parental.

Já quanto à função de judicialização-punição do conflito, tem-se a terceirização ao poder judiciário de um problema familiar oriundo da dificuldade de comunicação. A forma da legislação de alienação parental lidar com o conflito, por sua vez, propiciaria aumento do conflito. Não se nega a existência de conflitos com relação ao exercício da parentalidade, especialmente no pós-divórcio – inclusive, eles já são estudados há muito pela psicologia (MENDES, BUSCHER-MALUSCHKE, 2017; SOUSA, 2019). Entretanto, o questionamento se dá quanto a ser a teoria – e posterior legislação – acerca da alienação parental a melhor forma de lidar com estes conflitos, dado que a formação de alianças poderia envolver outros fatores, não só uma manipulação deliberada das crianças por um dos pais, o culpabilizando (SOUSA, 2019).

A última categoria de análise levantada na presente revisão de literatura é a função da utilização do instituto de alienação parental como a simplificação de um problema social complexo. Neste sentido, tem-se como apontado um culpado para a rejeição do filho, desconsiderando-se a própria autonomia da criança, deslocando-se a análise da causa da rejeição para a conduta de um dos pais – que pode, inclusive, ser protetiva -, bem como desconsiderando fatores culturais, históricos e dinâmicas de poder da relação. Mesmo que o poder judiciário e a própria prática jurídica tenham limitações quanto a recursos e tempo, os riscos de se trazer soluções simples a problemas complexos, dentro de conflitos parentais, são apontados pelos estudos revisados como sendo o aumento do conflito, o uso de estereótipos que mantém a desigualdade de gênero e o deslocamento do melhor interesse da criança.

Conclui-se pela necessidade de fomento a estudos de base empírica de amplitude regional e nacional para que haja mais dados quanto à utilização do instituto de alienação parental dentro e fora do judiciário, e também quanto aos seus reflexos para a administração judicial de conflitos parentais complexos. Também se demonstram necessários tais estudos para que se continue a investigar a possibilidade científica de continuidade de utilização da teoria da alienação parental, diante dos apontamentos acerca do melhor interesse da infância e adolescência.

## 1. METODOLOGIA

Objetivando analisar a literatura acadêmica existente sobre a aplicação judicial do conceito de alienação parental para responder à pergunta sobre como esta literatura descreve e analisa as funções do instrumento jurídico de regulação dos conflitos parentais - o instituto da alienação parental -, foram procurados trabalhos

acadêmicos nas bases de dados do Scielo e do Google Scholar<sup>7</sup>. Os termos utilizados na pesquisa foram “alienação parental”, “síndrome da alienação parental”, “parental alienation” e “parental alienation syndrome”. O recorte de pesquisas com bases empíricas se deu pela necessidade de serem visualizados os dados concernentes à aplicação jurídica do conceito de alienação parental, pelo alerta de que não haveria dados confiáveis quanto à teoria (MENDES, 2017; SOUSA, 2019).

Os trabalhos encontrados foram verificados quanto à confiabilidade metodológica: foram eliminados trabalhos incoerentes com relação ao que objetivavam, que não traziam pesquisa empírica ou sem descrição metodológica a possibilitar a confiança do relatado. Após esta verificação, restaram quatro trabalhos, dos quais dois artigos de profissionais da psicologia, um artigo escrito por profissionais da área do direito e da psicologia, e um artigo escrito apenas por profissionais da área do direito. Os quatro trabalhos analisaram material empírico de 2009 a 2017, coincidindo com o período da promulgação da lei brasileira – em 2010<sup>8</sup>. Entretanto, diante do tempo de vigência da lei – quase onze anos – a quantidade de pesquisas empíricas encontradas não é alta e é praticamente restrita ao centro-sul brasileiro, onde se concentram os principais tribunais estaduais brasileiros de grande e médio porte (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 28, 29)<sup>9 10</sup>.

7 A restrição às bases de dados *online* se deu pela impossibilidade de frequentar biblioteca que disponibilizasse periódicos e livros físicos durante a pandemia do COVID-19, período em que este trabalho foi escrito.

8 Ambos trabalhos que tiveram como material empírico decisões judiciais apontaram a existência de discussão acerca de alienação parental em processos judiciais pouco tempo antes da promulgação da lei, em 2009 e 2010 (SOUSA, 2019, p. 6; CUNHA, NOJIRI, 2016, p. 4). O estudo de Mariana Cunha e Sérgio Nojiri objetivava comparar a utilização judicial da alienação parental enquanto conceito antes e depois da promulgação da lei, entretanto, obteve apenas resultados imediatamente anteriores à publicação da lei. Este mesmo estudo identificou série de decisões anteriores à promulgação da lei, de mesmo desembargador que alertava as partes quanto à possibilidade de instauração, por ele, de incidente de alienação parental (CUNHA, NOJIRI, 2016, p. 15).

9 Não foram encontradas pesquisas relativas à aplicação do conceito de alienação parental em tribunais dos estados do norte brasileiro. Apenas uma das pesquisas analisadas levou em conta a aplicação em um tribunal do nordeste brasileiro – o TJBA – (SOUSA, 2019). Interessa ainda pontuar que a classificação dos tribunais entre grande, médio e pequeno porte leva em conta não só o número de processos novos e pendentes, mas também critérios relativos a sua estrutura (número de magistrados, unidades e servidores). Os cinco maiores tribunais estaduais, segundo estes critérios, são o TJSP, TJRJ, TJMG, TJPR, TJRS. O TJBA é o maior tribunal entre os de médio porte (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, pp. 28, 30).

10 Os próprios trabalhos revisados pontuaram que as análises efetuadas devem ter em conta as particularidades das localidades: a maior estrutura e visão progressista do Tribunal de Justiça

Os trabalhos a serem analisados foram classificados segundo o material empírico utilizado: (i) decisões judiciais, (ii) entrevistas e questionários. Dois trabalhos analisaram decisões judiciais (CUNHA, NOJIRI, 2016; SOUSA, 2019). O trabalho de Mariana Cunha de Andrade e Sérgio Nojiri (2016), profissionais da área jurídica, analisou acórdãos de apelação e de agravos de instrumento dos tribunais de justiça de Minas Gerais (TJMG) e de São Paulo (TJSP) publicadas no período de 2009 a 2014<sup>11</sup>. O trabalho de Analicia Sousa (2019), profissional da área da psicologia, por sua vez, analisou acórdãos dos tribunais de justiça de Minas Gerais (TJMG), de São Paulo (TJSP), do Rio Grande do Sul (TJRS) e da Bahia (TJBA) publicados no período de 2010 a 2016.

Os dois outros trabalhos revisados tiveram como material empírico entrevistas e questionários, sendo que ambos passaram por prévia aprovação em Comitê de Ética em Pesquisa e assinatura de termo de consentimento livre e esclarecido pelos participantes. O trabalho de Josimar Mendes (2013), em conjunto com Julia Buscher-Maluschke (2017), profissionais da área da psicologia, utilizou instrumento de entrevista semi-estruturada com as técnicas da foto-elicitação<sup>12</sup> e do processo de conversação<sup>13</sup>. Foram participantes “dois juízes [titulares], duas promotoras [titula-

---

do Distrito Federal e Territórios (MENDES, BUCHER-MALUSCHKE, 2013; MENDES, 2017), diversos desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul serem membros do Instituto Brasileiro de Direito das Famílias (IBDFAM), que divulgou amplamente o tema da alienação parental, bem como o tamanho do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Tribunal de Justiça de São Paulo (SOUSA, 2019).

11 Este trabalho pontuou não terem encontrado decisões anteriores a 2009. O escopo inicial da pesquisa era o ano de 2003, ano de promulgação do Código Civil, entretanto não foram encontrados acórdãos entre 2003 e 2008 no TJMG e TJSP com a temática de alienação parental.

12 Segundo o autor, esta técnica visa serem invocadas as percepções dos participantes a partir de imagens, sendo que as por ele utilizadas faziam alusão às etapas do ciclo de vida familiar (jovens adultos, casal/ vida a dois, pais, adolescência, meia idade e a saída dos filhos de casa, envelhecimento), o divórcio e o percurso de uma família até o judiciário, de modo a perceber as imagens dos atores judiciais quanto à família em situação de disputa de guarda envolvendo alienação parental (MENDES, 2013, p. 83/84).

13 Segundo o autor, esta técnica não estabelece prévio roteiro de perguntas, mas sim de tópicos de conversação que promovem a interação e diálogo mais subjetivos entre os participantes (MENDES, 2013, p. 84), sendo, depois, gerados núcleos de sentido e “nuvens de palavras”, demonstrando a recorrência de percepções (MENDES, 2013, p. 91-93). Ou seja, a combinação da técnica de foto elicitação com a de conversação proporcionava tópicos acerca do ciclo da vida familiar, dentre eles o divórcio e a atuação do judiciário, o que possibilitava coletar as impressões ideias e valores dos atores judiciais entrevistados. Zonas de sentidos, com nuvens de palavras, foram formadas

res], dois psicólogos, dois assistentes sociais, uma defensora pública e dois advogados particulares” (MENDES, 2013, p. 80), com tempo de atuação entre um ano e dezessete anos em varas de família e com experiência em casos de disputa parental quanto a guarda e convivência, em Brasília e outra região administrativa do Distrito Federal.

O trabalho de Márcia Montezuma, Elza Machado de Melo e Rodrigo da Cunha Pereira (2017), profissionais da área jurídica e da psicologia, também analisou material empírico oriundo de entrevistas semiestruturadas, por meio da técnica de análise de conteúdo<sup>14</sup>. Os tópicos abordaram amplamente a alienação parental, judicialização e as atuações dos profissionais, sendo os entrevistados cinco juízes, dois mediadores, seis psicólogos e dois assistentes sociais da equipe psicossocial, todos do Fórum Lafayette, de Belo Horizonte/MG.

Comparando-se os trabalhos revisados, foram formuladas três categorias de análise para se pensar como a literatura descreve e analisa as funções do instrumento jurídico de regulação dos conflitos parentais - o instituto da alienação parental. São elas: medicalização do conflito, judicialização-punição do conflito e simplificação de problema complexo<sup>15</sup>. A seguir, serão descritas tais funções.

## **2. COMO A LITERATURA DESCREVE E ANALISA AS FUNÇÕES DO INSTITUTO DE ALIENAÇÃO PARENTAL**

### **2. A. FUNÇÃO DE MEDICALIZAÇÃO**

As pesquisas empíricas revisadas neste trabalho apontam que uma das funções da utilização do instituto da alienação parental é a medicalização. É definida como uma atitude propícia a tratar uma dificuldade da vida como um problema médico, através de uma receita pronta, de um rótulo que possibilita um diagnóstico da situação e intervenção externa - diversa da tomada de consciência e responsabilidade dos indivíduos aos quais aquele conflito afeta (MONTEZUMA, PEREIRA, MELO, 2017, p. 7). A medicalização não seria atitude circunscrita à alienação parental, sendo, em verdade, tendência generalizada em diversas áreas da vida, que

---

14 Segundo os autores, o discurso dos entrevistados foi dividido entre três dimensões: conceitual (conceito médico de síndrome e legal de ato ilícito e ato de litígio), poder (medicalização, judicialização, intervenção do estado) e operativa (proteção e punição nas perícias e estudos psicossociais ou acompanhamentos terapêuticos) (MONTEZUMA, PEREIRA, MELO, 2017, p. 4). Os entrevistados foram intencionalmente selecionados e a duração da entrevista se deu até saturação.

15 Todas as categorias estão também relacionadas a movimentos de dificuldade na tomada de responsabilidade para si, na autorresponsabilidade.

poderia ser aumentada por profissionais jurídicos e da saúde que lidam com o conflito (MONTEZUMA, PEREIRA, MELO, 2017, p. 8).

A função de medicalização é tensionada pela literatura revisada: as diretrizes trazidas pela lei de alienação parental não seriam a melhor abordagem ao problema, por criar uma oposição entre vilão e vítima, por desconsiderar reações de raiva que as crianças podem normalmente ter (MONTEZUMA, PEREIRA, MELO, 2017), e pela pouca cientificidade na teoria originária da síndrome de alienação parental (MENDES, BUCHER-MALUSCHKE, 2017, SOUSA, 2019). Perpassa também a função de medicalização a constante preocupação, nos estudos revisados, quanto à forma de se identificar e/ou provar a alienação parental. Os dados divergem também em consequência das diferentes unidades de análise, mas a preocupação constante nos estudos empíricos revisados é saber se houve perícia, estudo psicossocial, laudo, a demonstrar e subsidiar o julgamento.

Neste sentido, o estudo de Analicia Sousa (2019, p. 9) pontuou que, nos julgados por ela analisados, houve parecer de psicólogo, psiquiatra, outro profissional de saúde ou assistente social em apenas 11% (onze por cento) dos casos, para tentativa de comprovação da alienação parental. Já o estudo de Mariana Cunha e Sérgio Nojiri (2016, p. 8, 14), com diferente unidade de análise<sup>16</sup>, apontou a realização de perícia multidisciplinar em 63% (sessenta e três por cento dos casos), ao passo em que os juízes deixaram de reconhecer a alienação parental por insuficiência de provas em 91% (noventa e um por cento dos casos).

A Lei 12.318/2010 deixa a critério do juiz a utilização ou não de procedimento conduzido por profissional da saúde mental e/ou da assistência social<sup>17</sup>. Não há, assim, uniformidade no procedimento – o que pode, inclusive, ser mais um in-

---

16 Para lembrar: o estudo conduzido por Analicia Sousa (2019) analisou mais acórdãos em mais tribunais que o estudo de Mariana Cunha e Sérgio Nojiri (2016), em diferentes períodos de tempo. O objetivo não é compará-los, mas apenas apontar a preocupação quanto à necessidade de se comprovar a alienação parental.

17 “Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

dicativo oriundo dos diferentes dados acima pontuados. Nesta seara, a atuação dos profissionais de saúde mental e de assistência social para comprovação de alienação parental é vista com ressalvas pelos próprios profissionais.

Em um dos estudos revisados em que houve entrevista, há inquietação quanto a como a palavra dos profissionais vai ser utilizada, se será interpretada como diagnóstico conclusivo passível de punição ou responsabilização a um dos pais (MONTEZUMA, PEREIRA, MELO, 2017, p. 12). Ou seja, ao mesmo tempo em que se busca uma solução rotulada, médica, ao conflito nomeado de alienação parental, há desconfiança quanto à possibilidade de comprovação da alienação parental e quanto aos limites da prática psicológica ou de assistência social em determinar a sua ocorrência ou inoocorrência.

Noutro estudo empírico revisado, é ressaltado pelos entrevistados a impossibilidade de um diagnóstico “fechado” em termos de alienação parental ou de matérias de saúde mental, diante da complexidade dos poderes envolvidos na questão familiar e nos seus subsistemas (MONTEZUMA, PEREIRA, MELO, 2017; SOUSA, 2019). Ou seja, a preocupação com a forma de produção de verdades: neste ponto, tem-se que os trabalhos revisados divergem quanto à forma com que se interpretam autos judiciais e laudos. Enquanto no estudo que teve como autores apenas profissionais da área jurídica os laudos são vistos como passíveis de trazer certeza<sup>18</sup>, a posição é diferente nos três outros estudos, que contaram com autores profissionais da área da saúde mental – nestes, pontua-se a impossibilidade de determinação de verdades:

Seguindo o pensamento de Foucault (2007,1995), entendemos que, por meio das técnicas de exame, os psicólogos, assim como outros profissionais mencionados anteriormente extraem uma suposta verdade dos indivíduos avaliados, ao mesmo tempo em que objetificam a SAP, encaixando os comportamentos do grupo familiar em litígio no quadro de sintomas da teoria de Richard Gardner. Ou ainda comparam tais comportamentos com as “formas exemplificativas de alienação parental”, listadas no artigo 2º daquela lei (SOUSA, 2019, p. 159).

---

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.” (BRASIL, 2010).

18 Mesmo que devam ser vistos com desconfiança em alguns casos, já que os profissionais da saúde mental poderiam, supostamente, criar memórias ou participar, reforçando, o processo de alienação (CUNHA, NOJIRI, 2016, p. 7).

Neste sentido, a Lei 12.318/2010 traz condutas de um ou outro pai que podem ser indicativas de alienação: ao analisar os dados de sua pesquisa, Analicia Sousa (2019) pontua a necessidade de que os profissionais da área da psicologia estejam alertas quanto às consequências dos seus pareceres e não somente procurem encaixar um fato a um inciso legal, mas sim contextualizar a família envolvida no conflito, as suas relações de poder. Ou seja, é ressaltada a responsabilidade do profissional da área de psicologia, e os limites da prática psicológica na determinação de ocorrência ou não de alienação parental – cuidados para não se retroalimentar a função de medicalização.

## 2. B. FUNÇÃO DE JUDICIALIZAÇÃO-PUNIÇÃO

Ainda relacionada à dificuldade na tomada de responsabilidade sobre o conflito e sua resolução, a literatura revisada aponta como função da utilização do instituto de alienação parental a judicialização-punição do conflito. Tal atitude seria de terceirizar os problemas oriundos da falta de diálogo ou dos ressentimentos e sofrimentos pós divórcio (MENDES, BUCHER-MALUSCHKE, 2017), ou mesmo de utilização do judiciário para prolongar o sofrimento e aumentar o conflito, punindo o outro (MONTEZUMA, PEREIRA, MELO, 2017). A punição, ou penalização, também não é tendência da lida dos conflitos restrita aos juízos de família (SOUSA, 2019).

Nos estudos revisados que analisaram julgados sobre alienação parental, tem-se que a questão da alienação parental já era trazida ao judiciário ou por ele debatida pouco antes da promulgação da lei – fruto de divulgações e debates doutrinários (CUNHA, NOJIRI, 2016; SOUSA, 2019). Os dados de Analicia Sousa (2019) demonstraram crescente número de processos entre 2010 – ano de promulgação da lei – e 2016<sup>19</sup>.

Houve questionamento se a intensificação da judicialização da alienação parental estaria ligada apenas à promulgação da lei ou se esta veio a responder um anseio social, o nomeando, o ressaltando (MENDES, BUCHER-MALUSCHKE, 2017; MONTEZUMA, PEREIRA, MELO, 2017; SOUSA, 2019). Entretanto, houve dificuldade em se chegar a uma conclusão diante da ausência de dados sobre a judicialização dos conflitos parentais pretérita à legislação sobre alienação parental para fins de comparativo, e diante da ausência destes mesmos dados de caráter nacional pretéritos ou posteriores à legislação (MENDES, BUCHER-MALUSCHKE,

19 Os dados de Mariana Cunha e Sérgio Nojiri (2016) não apontam aumento. Entretanto, como já informado, as unidades de análises e os tamanhos de amostras de ambos os estudos são diferentes, sendo os de Analicia Sousa (2019) mais amplos. Ver nota nº 15.

2017; SOUSA, 2019). Neste ponto, é ressaltado o fato de que as pessoas passaram a perceber seus conflitos e nomeá-los a partir da ideia de alienação parental, o que nem sempre pode ser construtivo diante da perspectiva medicalizante, adversarial e punitiva, levando, por vezes, ao agravamento do conflito ou a medidas que nem sempre podem se revelar as melhores às crianças (MENDES, BUCHER-MALUSCHKE, 2017; SOUSA, 2019).

Em um dos estudos empíricos revisados, juízes entrevistados em Belo Horizonte apontaram os atos de alienação como atos ilícitos, o que implicaria penalização<sup>20</sup>, enquanto que a equipe multidisciplinar também entrevistada os apontava como atos de litígio, o que implicaria chamada à responsabilidade (MONTEZUMA, PEREIRA, MELO, 2017, p. 5-7). Seja através de uma ou de outra percepção, tem-se atitude tendente à utilização do judiciário para buscar responsáveis pelo conflito parental. De outro lado, os dados de Mariana Cunha e Sergio Nojiri (2016) a demonstrarem a advertência judicial ou o reconhecimento judicial quanto à ocorrência de alienação parental sem prévia provocação pode também demonstrar a assunção desta responsabilidade quanto à identificação de culpados, de alienadores, pelo judiciário.

Tal busca de responsáveis, através da utilização do instituto da alienação parental no judiciário, está relacionada a demandas de guarda e convivência, em sua maioria<sup>21</sup>. No estudo carreado por Analicia Sousa (2019), 57% (cinquenta e sete por cento) dos julgados analisados, em que houve utilização de teses acerca de alienação parental, se tratavam de demandas de guarda e/ou convivência. Por sua vez, no estudo de Mariana Cunha e Sergio Nojiri (2016), tem-se que em 72% (setenta e dois por cento) dos julgados analisados em que houve utilização do instituto de alienação parental, tratavam de guarda e/ou convivência<sup>22</sup>.

Os estudos revisados relacionaram os conflitos de parentalidade a divórcios (CUNHA, NOJIRI, MENDES, BUCHER-MALUSCHKE, 2017; MONTEZUMA, PEREIRA, MELO, 2017; SOUSA, 2019), mesmo que outras formas de pa-

---

20 Neste estudo, a percepção dos juízes é a de que a punição – entendida como a modificação de guarda ou proibição de contato – seria adotada apenas em último caso (MONTEZUMA, PEREIRA, MELO, 2017). Entretanto, em um conflito parental, a ideia de dizer quem está certo e quem está errado – advertindo a parte “alienadora”, se o caso – é também postura que caracteriza punição, quando vista pela parte advertida.

21 Interessa pontuar que o próprio teórico da alienação parental, Richard Gardner, relacionava a sua teoria aos conflitos de parentalidade envolvendo guarda e convivência (MENDES, BUCHER-MALUSCHKE, 2017)

22 Ver nota de rodapé nº 15.



rentalidade conflituosa que não passaram por uniões estáveis, casamentos, namoros sejam possíveis e comuns. Especificamente quanto aos fins de uniões, o estudo de Josimar Mendes e Julia Bucher-Maluschke (2017) trouxe como a não reflexão entre o par parental acerca das responsabilidades comuns pelo conflito, a dificuldade em lidar com o sofrimento e com os sentimentos de frustração, bem como a tendência em culpabilizar o outro, podem aumentar o conflito, levando a um divórcio destrutivo. Dialogam, assim, com outro estudo que pontua nem sempre a judicialização-punição propiciar melhor administração do conflito nas famílias em crise (MONTEZUMA, PEREIRA, MELO, 2017, p. 10).

A função da judicialização-punição, então, estaria ligada a uma diminuição da autorresponsabilidade do par parental. Ainda que se tenha como importante a verificação, pelo poder judiciário, das demandas que envolvem direitos de crianças e adolescentes, se questiona até que ponto esta utilização estaria beneficiando a infância e a adolescência ou estaria apenas aumentando conflitos entre os genitores, colocando-os enquanto adversários. Como alternativas aos problemas gerados pela função de judicialização-punição e de modo a chamar à responsabilidade o par parental em conflito, os textos analisados trouxeram a guarda compartilhada e a mediação (MONTEZUMA, PEREIRA, MELO, 2017), ou o fomento da cultura de planos parentais (CUNHA, NOJIRI, 2016).

## **2. C. FUNÇÃO DE SIMPLIFICAÇÃO DE PROBLEMA COMPLEXO**

Aliada à medicalização e à judicialização-punição, a literatura revisada analisou e descreveu como uma das funções da utilização do instituto da alienação parental a simplificação de problema complexo. O divórcio ou fim da união entre os pais de uma criança ou adolescente é um período de desafio e crise no ciclo da vida familiar e, nem sempre, a família consegue superar e se adaptar ao novo estágio, preservando coletividade e indivíduos (MENDES, BUCHER-MALUSCHKE, 2017).

Entretanto, a teoria sobre a síndrome de alienação parental/ alienação parental, incorporada pela Lei 12.318/2010, atua de forma a procurar um culpado – haveria um alienador – vilão -, um alienado - vítima. Além disso, descreve condutas, por vezes normais a uma criança que passa pelo luto de uma separação dos pais, como sendo doença provocada por um dos pais (MENDES, BUCHER-MALUSCHKE, 2017; MONTEZUMA, PEREIRA, MELO, 2017; SOUSA, 2019).

Ou seja, sem investigação quanto ao histórico familiar, quanto às disputas de poder ali envolvidas, a análise da causa da rejeição, da aliança da criança a um dos pais, seria tomada com uma resposta simples – alienação parental. Seria sempre a conduta de “lavagem cerebral” ou de implantação de falsas memórias feita por um

dos pais (SOUSA, 2010), com conseqüentes respostas muito drásticas dadas pela legislação - a mudança da guarda, a proibição do convívio (SOTTOMAYOR, 2011). A simplificação trazida pela teoria desconsidera também a diferença entre a efetiva e intencional conduta direcionada a prejudicar o relacionamento de um dos filhos com o outro pai, dificuldades passadas por um divórcio, e possibilidades reais de que a criança ou adolescente esteja reagindo de forma motivada a um comportamento do pai “alienado” que a colocou em desconforto ou em risco.

Esta postura maniqueísta - em se pensar alienador e alienado e não na contribuição de cada ente familiar pelo conflito - não contribuiria para a solução do conflito, para a tomada de responsabilidade ou mesmo para ser evitado um divórcio destrutivo (MENDES, BUCHER-MALUSCHKE, 2017). A polarização e estabelecimento de adversários, natural em um processo judicial, tampouco contribuiria. Não é recente o trabalho das ciências da saúde mental sobre a formação de alianças entre pais e filhos durante períodos conflituosos, mesmo que seja recente nomeá-los de alienação parental. Assim, não seria somente através da teorização da alienação parental que o problema teria passado a ser visualizado<sup>23</sup>. Analicia Sousa (2019, p. 149) pontua contribuições da psicologia que estudavam o fenômeno com abordagem holística, considerando fatores culturais e históricos da família, de modo a problematizar a razão da existência e surgimento de alianças com os filhos em contextos de conflitos parentais.

No mesmo sentido, Josimar Mendes e Julia Bucher-Maluschke (2017, p. 7) questionam-se como a diminuição da complexidade ou a busca por um único responsável pelo conflito poderia ignorar o histórico do sistema familiar (inclusive, como era a dinâmica do relacionamento antes da formação de alianças) e as disputas de poder<sup>24</sup>. Quanto às dinâmicas de poder no relacionamento, uma das preocu-

---

23 Afirmções quanto ao volume de casos de alienação parental antes ou depois da teoria sobre alienação parental e de sua legislação, assim, devem ser vistas com cautela. Não só pela falta de dados nacionais e internacionais a respeito, como também pelos alertas quanto a ausência de precisão científica na teorização da questão.

24 “De a cordo com a revisão de literatura e a visão de alguns dos atores de justiça entrevistados, as teorias de alienação parental tendem a ignorar a história dos relacionamentos familiares e dos subsistemas familiares. O modelo proposto por Gardner e o seus seguidores revela um relacionamento marcado por uma luta de poder e vingança, usando a criança como meio para chegar até este fim. Mas o que este relacionamento parental ou marital era antes da separação e antes da decisão de ir à justiça? Os jogos de poder e discussões começaram apenas com as considerações acerca de separações e acionamento do judiciário? Eles começaram a olhar para seus filhos como objeto apenas após o divórcio?” Em tradução livre de “Regarding the literature review and also the perceptions of some legal actors, PA theories tend to ignore the

pações dos dois estudos revisados que tiveram como unidade de análise julgados, foi o gênero da pessoa que fazia as alegações de alienação parental ou delas seria acusada. Em 63% (sessenta e três por cento) dos julgados analisados por Analicia Sousa (2019, p. 154) as alegações são feitas pelo pai não residente.

Já no estudo de Mariana Cunha e Sérgio Nojiri (2016, p. 191), tem-se que a pessoa apontada como alienadora, em 66% (sessenta e seis por cento) dos julgados é uma mulher, seja ela mãe guardiã, avó, tia, madrasta<sup>25</sup>. Além disso, este estudo também trouxe que “64% das acusações foram procedentes contra homens, ao passo que apenas 42% foram identificadas contra mulheres. Homens também fizeram mais acusações infundadas (58%) do que as mulheres (36%)” (CUNHA, NOJIRI, 2016, p. 192).

Tais dados devem ter em conta a realidade brasileira relativa à maioria de guardas concedidas a mulheres quando de divórcios (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2015), não traduzindo, assim, naturalidade em serem as mulheres mais “alienadoras” – como era apontado nas teorias originárias de alienação parental. Apontariam, em verdade, a desigual distribuição do cuidado nas sociedades patriarcais, sendo tal responsabilidade entendida como feminina (SOUSA, 2019, p. 154)<sup>26</sup>. Neste sentido,

Assim, enquanto a guarda unilateral é concedida comumente às mães, cabe aos pais o direito à visitação, o qual se traduz frequentemente em encontros quinzenais com os filhos. Nos casos em que há desentendimentos entre os genitores, ou a mãe se opõe à participação do ex-parceiro na vida dos filhos, a convivência familiar entre estes últimos pode ser ainda mais escassa (OLIVEIRA, 2003; SOUSA; SAMIS, 2008). É certo que há situações em que os pais se afastam dos filhos após o divórcio, apesar da insistência das mães para que participem dos cuidados e responsabilidades para com seus pequenos. Contudo, na análise dessa suposta deserção paterna, é fundamental, mais uma vez, considerar os diferentes fatores presentes na história e cultura das sociedades que

---

history of family relationships and family subsystems. The model proposed by Gardner and his supporters reveals a parental relationship marked by a struggle for power and revenge, using the children as a means towards achieving it. But what was this parent-marital relationship like before the separation and before the decision to go to court? Did the parents’ power struggles and arguing only begin once separation and lawsuits were considered? Did they start looking at their children as objects Only after the divorce?” (MENDES, BUCHER-MALUSCHKER, 2017.p. 7).

25 Diferenças entre os estudos: ver nota de rodapé nº 15.

26 A forma com que são socialmente vistos mães e pais também é pontuada pela equipe psicossocial entrevistada por Marcia Montezuma, Rodrigo Pereira e Elza Melo (2017, p. 10).

envolvem a tríade pai-filho-mãe, uma vez que podem contribuir para que muitos homens-pais ajam da forma mencionada. Dito de outro modo, entendemos que, no exame da questão, quando são consideradas apenas características de ordem pessoal, pode-se fomentar o julgamento e a condenação moral destes últimos (SILVEIRA, 1998; HURSTEL, 1999). [...] Com isso, pensamos que o dado inicialmente apontado sobre a prevalência dos homens-pais como autores das alegações de AP nos Tribunais de Justiça é condizente com o fato de que, na maioria dos casos de rompimento conjugal, eles permanecem na condição de não residente, como já sinalizado. Acrescentamos ainda o fato de que, atualmente, aquelas alegações, feitas pelos pais não residentes, podem ser tanto uma forma de desqualificar as mães guardiãs, como também uma tentativa de apontar para o julgador a necessidade de preservar sua participação na vida dos filhos (SOUSA, 2019, pp. 155 e 157).

Ainda sobre as dinâmicas de poder em um relacionamento e a função de simplificação de problema complexo exercida pela utilização do instituto de alienação parental, os estudos revisados apontam tendência de deslocamento da análise do foco no melhor interesse da criança. Isto porque, em contexto de conflito parental com alegação de alienação parental, cada atitude da criança ou adolescente é tratada como reflexo da alienação. Ela deixa de ser vista como um ser autônomo, passível de também contribuir no conflito, de também estabelecer alianças, passando a ser vista apenas como objeto a ser tratado (MENDES, BUCHER-MALUSCHKE, 2017; MONTEZUMA, PEREIRA, MELO, 2017; SOUSA, 2019).

## CONCLUSÃO

A presente revisão da literatura acadêmica de base empírica acerca da utilização do conceito de alienação parental pelo poder judiciário se justificou diante do alerta quanto à ausência de dados confiáveis acerca da ocorrência do fenômeno de alienação parental ou de síndrome de alienação parental. Os estudos existentes não representam a totalidade da aplicação do instituto no país, dado que tem como unidades de análise julgados, entrevistas/questionários de atores judiciais/equipe multiprofissional de tribunais, em sua maioria, da região centro-sul do país<sup>27</sup>.

---

27 Conforme explanação no trecho de metodologia, não foram acessadas bases de dados restritas, tampouco bibliotecas com acervo em papel, o que pode ter limitado a unidade de análise da presente pesquisa. Entretanto, dois dos estudos revisados pontuaram a ausência de dados nacionais acerca da temática, dentro ou fora de sua aplicação pelo judiciário (BUSCHER-MALUSCHKE, 2017; SOUSA, 2019).

Nos estudos empíricos revisados, categorizou-se como funções de utilização do instituto da alienação parental, a medicalização, a judicialização-punição e a simplificação de problemas complexos. Em relação à medicalização, os estudos apresentam a preocupação acerca da utilização das ciências de saúde mental para produção de verdades jurídicas, e as limitações, dificuldades e responsabilidades para que os psicólogos, psiquiatras ou assistentes sociais possam determinar a ocorrência ou inoocorrência de alienação parental. Quanto à função de judicialização-punição, concluiu-se que os estudos revisados pontuaram dificuldade na tomada de autorresponsabilidade pelos pais em conflito de guarda e convivência. Assim, estes procurariam terceirizar problemas ao judiciário, intensificando, por vezes, o conflito, diante da postura adversarial do processo judicial – o que poderia levar a um divórcio destrutivo ou potencializá-lo.

Por fim, quanto à função de simplificação de problema social complexo, os estudos revisados apontaram as dificuldades na forma da teoria/legislação acerca da alienação parental lidar com o conflito, dado que procuraria culpados, desconsiderando outros fatores – históricos, sociais, culturais, abusos no exercício da parentalidade – para a rejeição demonstrada por uma criança. Pontua-se o deslocamento do melhor interesse da criança ao tomar cada uma de suas atitudes como sendo fruto apenas de prática deliberada de um ou de outro genitor em colocar a criança contra o outro. Também se critica o olhar simplista sobre os dados que apontam grande números de demandas dirigidas contra mulheres-mães, acusando-as de alienação parental – o que deve ser analisado diante do contexto histórico nacional em que o cuidado com a infância é tido como responsabilidade feminina e as mulheres são as principais guardiãs em divórcios.

Apesar dos alertas de que a teoria da síndrome de alienação parental não teria embasamento científico e reforçaria desigualdades de gênero nas famílias, a presente revisão de literatura de base empírica verificou a presença de poucos estudos no país. Isto mesmo após mais de dez anos de vigência da Lei de Alienação Parental no país e dos alertas internacionais quanto aos riscos a mulheres e crianças a partir da aplicação desta lei. Dado que a responsabilidade sobre o cuidado de crianças costuma estar no feminino e que modelos de guarda compartilhada não significam divisão de tarefas, a permissão da legislação é de apontar um só alvo, de forma simples e, por vezes, sem considerar o contexto: a mãe.

Já sobrecarregada com os cuidados diários, a acusação de alienação parental é outro ônus, outra carga passível de ser utilizada apenas como forma de prolongar o litígio, de controle de mulheres-mães após o fim de relacionamentos<sup>28</sup>. Neste sen-

28 Sobre este tema, confira: MENDES, DOURADO, 2022.

tido, estudos de base empírica com maior abrangência territorial sobre a aplicação da lei podem ser capazes de demonstrar como são tratadas mulheres e crianças e qual o interesse a ser preservado. Estes estudos podem potencializar lutas pela alteração ou revogação de legislação, bem como avanços na proteção infanto-juvenil não só centrada na medicalização, punição ou sobrecarga de mulheres-mães.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERG, R. Parental Alienation Analysis, Domestic Violence, and Gender Bias in Minnesota Courts. **Law & Inequality**. University of Minnesota Libraries Publishing: 2011. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1157&context=lawineq>

BRASIL. **Lei nº 12.318/2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm)

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 6.371/2019. Revoga a Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010 – Lei de Alienação Parental. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020191218002280000.PDF#page=668> Acesso em 26/08/2020

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: < [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf) >. Acesso em 13 de janeiro de 2021.

CUNHA DE ANDRADE, Mariana; NOJIRI, Sérgio. Alienação parental e o sistema de justiça brasileiro: uma abordagem empírica. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 3, n. 2, 1 ago. 2016. Disponível em: <https://revistareed.emnuvens.com.br/reed/article/view/132/118>

DV LEAP (org.). Pesquisa subsidiada pelo Office on Violence Against Women, U.S. Department of Justice. Disponível em: <https://www.dvleap.org/legal-resource-library-categories/custody-resources> Acesso em janeiro de 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas Brasileiras do Registro Civil. 2003-2013**. Publicado em 2015. Disponível em: <https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=10&op=0&vcodigo=RGC403&t=divorcios-responsavel-pela-guarda-filhos-menores> Acesso em 25/08/2020

MENDES, Josimar Antônio de Alcântara; BUCHER-MALUSCHKE, Julia Sursis Nobre Ferro. Destructive Divorce in the Family Life Cycle and its Implications: Criticisms of Parental Alienation. *Psicologia: Teoria e Pesquisa.*, Brasília, v. 33, e33423, 2017. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-37722017000100421&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722017000100421&lng=en&nrm=iso) >. Acesso em 05/08/2020.

\_\_\_\_\_. **Reflexões sistêmicas sobre o olhar dos atores jurídicos que atuam nos casos de disputa de guarda envolvendo alienação parental**. Dissertação (Mestrado em Psicologia). UnB: Brasília, 2013.

MENDES, Soraia. DOURADO, Isadora. **Lawfare de gênero: o uso do direito como arma de guerra contra mulheres**. Agência Patrícia Galvão. Publicado em 01/02/2022. Disponível em: [https://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2022/02/SoraiMendesIsadora-Dourado\\_LAWFAREDEGENEROfevereiro2022.pdf](https://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2022/02/SoraiMendesIsadora-Dourado_LAWFAREDEGENEROfevereiro2022.pdf) Acesso em 16/12/2022

MONTEZUMA, Márcia Amaral; PEREIRA, Rodrigo da Cunha; MELO, Elza Machado de. Abordagens da alienação parental: proteção e/ou violência?. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 4, p. 1205-1224, dez. 2017. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-73312017000401205&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312017000401205&lng=en&nrm=iso) >. Acesso em agosto de 2020.

SENADO FEDERAL. **Parecer nº 1/2018 da CPI dos Maus Tratos – 2017** [...]. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7892940&ts=1549309753527&-disposition=inline> Acesso em 25/08/2020.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 498/2018**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134835> Acesso em 25/08/2020.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos tribunais de família. **Revista Julgar**, n. 13, p. 73-107, 2011. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/59199145b3db2b3cdad51775/t/59c8db81017db-21354241f4d/1506335617661/073-107-Aliena%C3%A7%C3%A3o-parental.pdf>

SOUSA, Analicia Martins de. Alegações de alienação parental: uma revisão sobre a jurisprudência brasileira. In: BORZUK, Cristiane Souza; MARTINS, Rita de Cássia Andrade (org.). **Psicologia e processos psicossociais: teoria, pesquisa e extensão**. Goiânia: Editora da Imprensa Universitária, 2019, cap. VII, pp. 145-166.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6273/DF**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5823813> Acesso em 25/08/2020.



# A PROBLEMÁTICA DO RECONHECIMENTO DO DIVÓRCIO POR TALAQ NO BRASIL E SUA POSSÍVEL VIOLAÇÃO À ORDEM PÚBLICA<sup>1</sup>

THE PROBLEM OF RECOGNITION OF DIVORCE BY *TALAQ* IN BRAZIL AND ITS POSSIBLE PUBLIC ORDER VIOLATION

*Laura Boccardi da Silva*<sup>2</sup>  
*Manuela Thomé da Cruz Bunn*<sup>3</sup>  
*Carla Lerin*<sup>4</sup>

Data de Submissão: 24/09/2022

Data de Aceite: 15/12/2022

**Resumo:** O divórcio é um instituto considerado bastante recente na história do Brasil, tendo sua criação tardia muita relação com princípios pregados pela Igreja Católica, os quais influenciaram o suficiente a opinião dos congressistas até o ano de 1977, quando finalmente foi criada a Lei do Divórcio. Portanto, além de ser um importante marco para o rompimento da grande influência da Igreja Católica sobre o Estado, também representou uma grande conquista social. Com a criação do instituto do divórcio e suas especificidades, sentenças estrangeiras de divórcio passaram a ser homologadas no país. Para isso, foram criadas regras a fim de garantir que preceitos constitucionais do ordenamento brasileiro não fossem violados com o reconhecimento das sentenças estrangeiras. Assim, surge uma controvérsia: podem sentenças estrangeiras de divórcio por *talaq* serem homologadas no Brasil, visto que o *talaq* consiste no homem muçulmano repudiar sua então esposa, para divorciar-se dela? A controvérsia, portanto, está centrada na possível violação à ordem pública brasileira pelo divórcio por repúdio (*talaq*), visto que pode vir a ferir a dignidade da mulher,

1 O presente trabalho é inédito e foi desenvolvido no âmbito do Núcleo de Pesquisas em Direito Internacional Privado UFSC/CNPq e contou com apoio da CAPES.

2 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). E-mail: laura.boccardi@grad.ufsc.br.

3 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). E-mail: manuelabunn09@gmail.com.

4 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). E-mail: carla\_lerin@hotmail.com.

além de considerá-la inferior ao marido dentro do casamento, situações inadmitidas pela Constituição Federal de 1988.

**Palavras-Chave:** Sentença estrangeira. Divórcio. *Talaq*. Ordem pública.

**Abstract:** The divorce is an institute considered quite recent in Brazil's history, and its late creation is very related to principles preached by the Catholic Church, which sufficiently influenced the opinion of congressmen until 1977, when the Divorce Law was finally created. Therefore, in addition to being an important milestone for breaking the great influence of the Catholic Church on the State, it also represented a great social achievement. Because of the creation of the divorce institute and its specificities, foreign divorce judgments began to be ratified in the country. In this sense, rules were created to ensure that constitutional precepts of the Brazilian legal system were not violated by the recognition of foreign sentences. Thus, a controversy arises: can foreign sentences of divorce by *talaq* be approved in Brazil, even though *talaq* consists of Muslim man repudiating his then wife, in order to divorce her? This controversy, herefore, is centered on the possible violation of Brazilian public order by divorce by repudiation (*talaq*), since it may harm the dignity of the woman, in addition to considering her inferior to her husband within the marriage, situations that are not allowed by the Federal Constitution from 1988.

**Keywords:** Foreign sentence. Divorce. *Talaq*. Public order.

## 1 INTRODUÇÃO

A homologação de sentenças estrangeiras é um processo cada vez mais comum frente ao mundo globalizado que existe hoje e é neste contexto, que se encontram as sentenças estrangeiras de divórcio. Assim como outras categorias de sentença, as sentenças de divórcio são motivadas, justificadas e validadas a partir de diferentes perspectivas e pré-requisitos, variando de ordenamento para ordenamento. Portanto, para ser homologada em um Estado diferente ao seu originário, a sentença deve estar ou ser adequada aos requisitos do ordenamento onde pretende-se que ela obtenha validade.

Nesse sentido, existe uma grande discussão, não só no Brasil, mas no mundo ocidental como um todo, quanto ao reconhecimento de sentenças estrangeiras de divórcio por *talaq*, uma prática típica de países muçulmanos. A discussão está centrada na adequação (ou falta dela) desse tipo de justificativa de divórcio aos ordenamentos ocidentais, principalmente no que tange à igualdade de gênero, à violação à ordem pública e ao ferimento à dignidade da pessoa humana. Apesar de, atualmente, a questão representar um grande impasse dentro da União Europeia, também se caracteriza como uma controvérsia no Brasil, principalmente com relação à jurisprudência existente.<sup>5</sup>

Assim, o presente artigo procura abordar o processo de homologação de sentença estrangeira de divórcio no Brasil, com seus pré-requisitos, de modo a buscar uma melhor compreensão acerca do possível reconhecimento de sentença estrangeira de divórcio por *talaq*. Partindo de um breve histórico do processo de divórcio no Brasil e as modalidades que ele pode assumir, é abordado minuciosamente o processo de homologação de sentença estrangeira de divórcio. Ademais, busca-se explicar o que é o *talaq*, como é utilizado e suas consequências, a fim de verificar se ele ofende de alguma forma a legislação brasileira vigente.

Portanto, este artigo objetiva averiguar se o reconhecimento de divórcio por *talaq* fere à ordem pública brasileira, os princípios constitucionais, como o da dignidade humana, ou o próprio ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que os ordenamentos em que esse processo se encontra sejam reconhecidos como legítimos pelo

---

5 CALMON, Patrícia Novais; SANTANA, Luiz Felipe Costa. **O reconhecimento de sentença estrangeira, a ordem pública material e o “divórcio por repúdio” (“talak divorce”)**. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1670/O+reconhecimento+de+senten%C3%A7a+estrangeira%2C+a+ordem+p%C3%BAblica+material+e+o+%E2%80%9C-div%C3%B3rcio+por+rep%C3%BAdio%E2%80%9D+%28%E2%80%9Ctalak+divorce%E2%80%9D%29>. Acesso em: 10 ago. 2022.

Brasil; se por serem reconhecidos dessa forma, devem por isso ser obrigatoriamente aceitos pelo ordenamento brasileiro, e, em caso negativo, por que não precisam.

## 2 A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA DE DIVÓRCIO NO BRASIL

Desde o primeiro projeto de lei apresentado por congressistas, em 1893, 82 anos se passaram até que uma emenda constitucional fosse apresentada (EC n. 5, de 12.03.1975), permitindo a dissolução matrimonial de fato, com algumas condições. Ainda que não tenha sido aprovada por não atingir o quorum suficiente, de dois terços, mesmo recebendo a maioria dos votos, foi a principal responsável por abrir espaço para que a Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977) fosse aprovada, em 1977. De fato, o Brasil foi um dos últimos países componentes da Organização das Nações Unidas (ONU) a estabelecer o instituto do divórcio, tal fato, para além de cessar o sofrimento de diversos maridos e esposas brasileiros, também representou um marco no rompimento do Estado Brasileiro com a Igreja Católica, uma das entidades mais fortes que se opunham à instituição do divórcio no país.<sup>6</sup>

Atualmente, regulamentados pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil (CC) de 2002, os divórcios no Brasil podem ocorrer de três formas, sendo elas o divórcio litigioso (ou judicial), o divórcio extrajudicial (ou amigável) e o divórcio judicial consensual. O primeiro ocorre onde há situações complexas envolvendo o casamento, como filhos menores, devendo ser realizado por intermédio de advogados por ambas as partes por via judicial. O divórcio extrajudicial é feito por meio de escritura pública em cartório, sem a necessidade de advogados, e é possível quando não há discordâncias entre cônjuges ou situações complexas envolvendo o casamento. O terceiro, o divórcio judicial consensual, apesar de ser realizado judicialmente, não envolve discordância ou situações mais complexas.<sup>7</sup>

Quanto ao reconhecimento de divórcios no estrangeiro pelo Brasil, existem algumas situações com diferentes procedimentos. No ano de 2016, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) deferiu o provimento n° 53, o qual autorizava a homologação de divórcios consensuais simples ou puros (consiste apenas na dissolução do vínculo matrimonial, excluindo partilha de bens ou guarda de filhos, por exem-

6 BELTRÃO, Tatiana. **Divórcio demorou a chegar no Brasil**. 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/divorcio-demorou-a-chegar-no-brasil>. Acesso em: 05 ago. 2022.

7 COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL (São Paulo). **Divórcio: conheça os tipos e como funcionam cada um deles**. 2020. Disponível em: <https://cnbsp.org.br/2020/10/13/divorcio-conheca-os-tipos-e-como-funciona-cada-um-deles/>. Acesso em: 05 ago. 2022.

plo) ocorridos no estrangeiro, em cartórios do país. A decisão foi baseada na atual redação do § 5º do art. 961 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC) de que “a sentença estrangeira de divórcio consensual produz efeitos no Brasil, independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça” (STJ). Desse modo, os divórcios feitos no exterior podem ser validados de maneira mais rápida e menos burocrática.<sup>8</sup>

Nesse sentido, a partir do ano de 2016, divórcios consensuais puros ou simples ocorridos no estrangeiro seriam reconhecidos no Brasil sem a homologação pelo STJ, que era o procedimento padrão para qualquer sentença estrangeira ser homologada no país. Esse procedimento padrão havia sido estabelecido com o artigo 4º da Resolução n.09 de 2005 do STJ e passou a admitir essa exceção com o provimento supracitado. Portanto, o processo tornou-se mais adequado às demandas da atualidade, principalmente ao se considerar a maior agilidade na homologação em cartório quando comparada à feita pelo STJ.<sup>9</sup>

A documentação necessária para a realização da homologação de sentença estrangeira de divórcio consensual simples ou puro se resume à certidão de casamento, à cópia integral da sentença estrangeira de divórcio e de seu trânsito em julgado, o que consiste na comprovação de que não há mais como recorrer da sentença, e à tradução juramentada da sentença, para aqueles países que não compõe a Comunidade dos países de Língua Portuguesa (CPLP). Para além disso, todo documento não brasileiro, para ser legalizado no país, precisa passar pelo apostilamento, procedimento previsto na Convenção de Haia de 1965, o qual concede o reconhecimento mútuo de documentos estrangeiros no Brasil e brasileiros no exterior.<sup>10</sup>

Divórcios que envolvem situações mais complexas, como partilha de bens, filhos ou alimentos, ou ainda os litigiosos, por outro lado, continuam a seguir o procedimento estabelecido pelo artigo 105, I, “i”, da Constituição Federal, que coloca que a homologação de decisões estrangeiras cabe ao STJ. Nesse sentido, a Emenda

8 CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento nº 53, de 16 de maio de 2016. **Provimento Nº 53, de 16 de Maio de 2016**. Brasília, DF, 16 maio 2016. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento\\_53\\_16052016\\_19032018110036.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_53_16052016_19032018110036.pdf). Acesso em: 06 ago. 2022.

9 GALVÃO E SILVA ADVOCACIA. **Homologação de divórcio consensual puro ou simples**. 2018. Disponível em: <https://www.galvaoesilva.com/divorcio-consensual-puro-ou-simples/#:~:text=um%20advogado%20especialista.,O%20que%20%3%A9%20div%3%B3rcio%20consensual%20puro%20ou%20simples%3F,filhos%20ou%20presta%3%A7%C3%A3o%20de%20alimentos>. Acesso em: 05 ago. 2022.

10 GALVÃO E SILVA ADVOCACIA. 2018.

Regimental 18 do Regimento Interno do STJ (RISTJ) introduziu esse procedimento, disciplinado nos artigos 216-A a 216-X. Assim, institui o documento que, para ser devidamente homologada, deverá a sentença preencher alguns pré-requisitos, presentes nos artigos 216-B a 216-D do RISTJ e no artigo 963 do CPC, que são: ter sido proferida por autoridade competente (I), conter elementos que comprovem terem sido as partes regularmente citadas ou ter sido legalmente verificada a revelia (II) e ter transitado em julgado (III).<sup>11</sup>

Não havendo citação do requerido, o Presidente do STJ mandará que seja citada a outra parte através de carta rogatória, caso a parte a ser citada resida no exterior, ou através de carta de ordem, caso a outra parte resida em território brasileiro. A carta rogatória, quando necessária, deverá ser traduzida por um tradutor juramentado por uma junta comercial; os documentos necessários à sua instrução estão listados em acordos internacionais ou no artigo 260 do CPC, a depender do país. Quando imprescindível o uso de carta rogatória, o processo torna-se muito mais longo, visto que a carta, depois de traduzida, será enviada pelo Ministério da Justiça ao país rogado. Assim que cumprida a carta no exterior, o Ministério da Justiça é intermediário para o encaminhamento dela ao STJ, instituição que intimará a parte para que essa providencie a tradução das informações sobre o cumprimento ou não da carta pelo país rogado.<sup>12</sup>

Independentemente da utilização de carta rogatória ou carta de ordem, as sentenças homologadas pelo STJ, conforme o artigo 265 do CPC, têm sua execução perante a Justiça Federal de primeiro grau.<sup>13</sup>

Outra determinação importante estabelecida na Emenda Regimental 18 do RISTJ está colocada no artigo 216-F, que determina que “não será homologada a sentença estrangeira que ofender a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e/ou a ordem pública”. Esse artigo estabelece, portanto, que não basta o Brasil reconhecer o país de origem da sentença e sua legislação como legítima para que ela seja homologada e produza seus efeitos em território brasileiro. É necessário

---

11 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Emenda Regimental N° 18, de 17 de Dezembro de 2014**. Brasília, DF, Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/83924/Emr\\_18\\_2014\\_pre.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/83924/Emr_18_2014_pre.pdf). Acesso em: 09 ago. 2022.

12 Supremo Tribunal de Justiça. **Sentença estrangeira**. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portals/Processos/Sentenca-estrangeira>. Acesso em: 07 ago. 2022.

13 Supremo Tribunal de Justiça. **Sentença estrangeira**. 2022.

que ela seja adequada à ordem pública, à soberania nacional e ao entendimento de dignidade humana estabelecido pelo Ordenamento brasileiro.<sup>14</sup>

Nesse viés, o conceito de “dignidade da pessoa humana”, apesar de estar o termo presente na Constituição Federal de 1988 e reger como princípio base o CC de 2002, não é taxativo, de modo a apresentar algumas divergências quanto ao que realmente a viola. A soberania nacional é um conceito notório dentro do assunto de direito internacional privado e se relaciona estreitamente com o tema em questão. Isso posto, é necessário, primeiramente, estabelecer um panorama da soberania nacional do Estado brasileiro. Ela consiste no exercício de vontade soberana de um povo organizado em um Estado, se trata da vontade máxima, demonstrada através do exercício de órgãos constitucionais dirigentes (para o Brasil, o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, por exemplo).<sup>15</sup>

Desse modo, quando há desrespeito ou violação à soberania nacional surgem conflitos. Quando se trata de questões como direitos humanos, o preceito da não interferência da soberania em assuntos internos é revisto (no Brasil, o direito de não interferência é estabelecido pela Carta Magna). A manutenção da paz entre os Estados Soberanos expressa-se como objetivo majoritário do direito internacional público.<sup>16</sup>

Dentro da ótica do direito internacional, a soberania possui uma conceitualização um tanto diferente da explicitada anteriormente. Trata-se do monopólio e da integralidade do Estado. Portanto, dentro do direito internacional, os Estados possuem plenitude em suas decisões e não são subordinados a nenhum outro poder externo, a não ser que se submetam. Os Estados são todos iguais dentro desse ponto de vista. Desse modo, o conceito de soberania precisa estar vinculado ao de dinamicidade, com vistas a abarcar diferentes culturas e a pluralidade das sociedades, logo, mantendo a ordem internacional e o *status quo*. Há igualdade, não superioridade entre Estados.<sup>17</sup>

O conceito de ordem pública, termo que é citado cinco vezes no Texto Constitucional, segundo o Deputado Ricardo Fiúzia, redator do capítulo da Segu-

---

14 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Emenda Regimental N° 18, de 17 de Dezembro de 2014.**

15 BORGES, Ana Cláudia *et al.* Soberania no Direito Internacional. **XVII Seminário Internacional de Educação no Mercosul**, Cruz Alta, p. 1-13. 2015. Disponível em: <https://home.unicruz.edu.br/mercosul/pagina/anais/2015/1%20-%20ARTIGOS/SOBERANIA%20NO%20DIREITO%20INTERNACIONAL.PDF>. Acesso em: 09 ago. 2022.

16 BORGES, Ana Cláudia *et al.* 2015.

17 BORGES, Ana Cláudia *et al.* 2015.

rança Pública na Assembleia Constituinte, é “o grau de normalidade da vida social, sendo no sentido mínimo entendida como aquele conjunto de condições elementares, sem as quais não é possível a vida em comunidade civilizada. A ordem pública abrange a salubridade, a tranquilidade e a própria segurança pública.” Ferreira Filho, ex-Professor de Direito Constitucional na Universidade de São Paulo (USP), por outro lado, conceitua a expressão como “ausência de desordem, a paz, de que resultam a incolumidade da pessoa e do patrimônio.”<sup>18</sup>

Nesse sentido, como se entende a partir do conceito de ordem pública dado pelo Deputado Ricardo Fúzia, a doutrina entende o referido conceito como o agrupamento da segurança pública, salubridade e tranquilidade pública. Por segurança pública deve-se compreender a ação do Estado que protege os bens jurídicos relevantes ao Ordenamento, como a vida e o patrimônio. Já por salubridade, compreende-se questões relativas à garantia de uma vida saudável à população. E, por fim, com tranquilidade pública o legislador se refere à sensação de paz em uma sociedade.<sup>19</sup>

Assim, o Decreto-Lei 88.777/83, referente ao regulamento das polícias militares e corpos de bombeiros militares, conceitua a ordem pública no art. 2º, item 21, como

Conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo poder de polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum.” (FOUREAUX, 2020)

Apesar do exposto, o Decreto-Lei supracitado traz consigo um conceito de ordem pública vago, limitado e abstrato, como colocado por Moreira Neto, e que foi duramente criticado e, posteriormente, abolido pela doutrina, de maneira a se encontrar, hoje, o conceito de ordem pública esparsos no ordenamento em diversos códigos legais. Dessa forma, o direito civil entende por ordem pública a função social dos bens jurídicos, especialmente no que tange o interesse social acima das vontades das partes. Portanto, o CC, assim como a Constituição Federal, traz o termo cinco vezes em sua redação, sendo utilizado na composição de normas que visam à convivência pacífica e harmoniosa da pessoa humana em sociedade.<sup>20</sup>

18 FOUREAUX, Rodrigo. **O que é ordem pública?** 2020. Disponível em: <https://atividade-depolicia.com.br/2020/04/20/o-que-e-ordem-publica/>. Acesso em: 10 ago. 2022.

19 FOUREAUX, Rodrigo. 2020.

20 FOUREAUX, Rodrigo. 2020.



Nesse sentido, Álvaro Lazzarini entende que “A ordem pública é mais fácil de ser sentida do que definida, mesmo porque ela varia de entendimento no tempo e espaço. (...) A ordem pública existirá onde estiver ausente a desordem, isto é, os atos de violência de que espécie for, contra as pessoas, bens ou o próprio Estado. A ordem pública não é figura jurídica, embora dela se origine e tenha a sua existência formal.” Portanto, como coloca Rodrigo Foureaux, o conceito de ordem pública será moldado pelo intérprete da lei em seu tempo, de acordo com os valores morais e sociais reinantes, não se tratando, enfim, de um conceito jurídico estático e fechado.<sup>21</sup>

A partir desse contexto, existe uma discussão presente no Brasil e em outras regiões do mundo, como a União Europeia, quanto ao reconhecimento da sentença estrangeira de divórcio por *talaq*, centrada principalmente na questão do possível ferimento à ordem pública desses Estados.<sup>22</sup>

### 3 A CONTROVÉRSIA ACERCA DO RECONHECIMENTO DO DIVÓRCIO POR TALAQ

O dicionário inglês Collins traduz o *talaq*, em tradução livre, como “uma forma de divórcio sob a lei islâmica em que o marido repudia seu casamento dizendo *talaq* três vezes.”. Nessa concepção, a dissolução do casamento é motivada pelo repúdio, que dentro do direito romano é conhecido como *repudium*, o rompimento do vínculo matrimonial por vontade de um só cônjuge (CALIXTO, 1983). Atualmente esse modelo de divórcio prevalece em países muçumanos, ou seja, de religião islâmica, independentemente de sua orientação política, como Irã, Paquistão, Jordânia, entre outros. O *talaq*, além da poligamia, é reforçado e legitimado pela interpretação do Alcorão, o texto sagrado da religião supracitada.

Ou seja, o casamento anterior não impede o homem de contrair outros matrimônios subsequentes. Outrossim, o divórcio pode ser obtido fácil e rapidamente, todavia, não a simples dissolução do casamento, e sim o direito do esposo ao repúdio. Dentro do sistema patriarcalista e altamente misógino muçulmano, tal direito é praticamente absoluto e incontestável. Posto isso, é possível concluir o fato dessa cultura admitir abertamente a separação através da vontade unilateral. Cabe ressaltar o fato de a religião estar diretamente entrelaçada com a Constituição e, por consequência, com o estilo de vida e os direitos dos indivíduos nos quais habitam tais países.<sup>23</sup>

21 FOUREAUX, Rodrigo. 2020.

22 CALMON, Patrícia Novais; SANTANA, Luiz Felipe Costa. 2021.

23 CALMON, Patrícia Novais; SANTANA, Luiz Felipe Costa. 2021.

A crescente globalização trouxe consigo a ocidentalização, e embora a cultura pouco tenha se alterado, muitos debates acerca do matrimônio, sua ruptura e consequentes problemáticas envolvidas nesse processo foram suscitados. Esses debates surgiram especialmente com o desenvolvimento do feminismo, um movimento social que busca, principalmente a partir da segunda metade do século XIX no Brasil, direitos mais igualitários entre homens e mulheres. Nesse sentido, somente em 2002, com o novo CC, foi que a “não virgindade” feminina deixou de ser uma justificativa aceitável para anulação do casamento, de forma que, até então, caso o marido descobrisse essa situação, era legalmente permitido a ele anular seu casamento em decorrência disso.<sup>24</sup>

Portanto, com a Constituição de 1988 em vigor, que declara que homens e mulheres são iguais perante a lei, em direitos e obrigações, e para além disso, a Emenda Regimental 18 do RISTJ determinar taxativamente que sentenças que venham a ferir a ordem pública brasileira ou que firam a dignidade da pessoa humana não serão aqui reconhecidas, é possível um homem mulçumano, estrangeiro, ter seu divórcio por repúdio homologado no Brasil? O tratamento desigual entre homens e mulheres em uma relação matrimonial, e, mais especificamente, em uma justificativa de divórcio, mesmo que resguardado por uma religião e diversos ordenamentos jurídicos pelo mundo, pode ser considerado, visto o ordenamento nacional, como uma ameaça à ordem pública brasileira? O reconhecimento de uma sentença como essa, não estaria admitindo que o Brasil não assegura materialmente uma igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que a dignidade das últimas não representa o mesmo que a dos homens para o Judiciário brasileiro?<sup>25</sup>

A exemplo do que hoje a União Europeia tem enfrentado no que tange ao reconhecimento de sentença estrangeira de divórcio por *talaq*, o Tribunal da Relação de Lisboa, no ano de 2019, negou o pedido de homologação de uma sentença de tal caráter por unanimidade em um processo de revisão de sentença. Dentre os argumentos presentes no Acórdão, é citado o fato de não ter sido dada a oportunidade da mulher se manifestar ou intervir em oposição à dissolução do casamento, como também é colocado que o processo em questão não julga o mérito da decisão, apenas sua adequação aos princípios formais estabelecidos em seu ordenamento,

---

24 FOLHA DE S. PAULO. **Virgindade não é mais requisito para a anulação de casamento**. 2003. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/especial/2003/codigocivil/familia-1.shtml>. Acesso em: 08 ago. 2022.

25 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Emenda Regimental N° 18, de 17 de Dezembro de 2014**.

esclarecendo que o caso em questão não se adequa, pois fere, de fato, à ordem pública internacional do Estado português.<sup>26</sup>

Como já foi colocado, sentenças estrangeiras de divórcios consensuais mais complexos ou os não consensuais, como é o caso do divórcio por repúdio, precisam ser homologadas pelo STJ para obterem validade em território brasileiro. Nesse sentido, sabendo das normas estabelecidas pela Emenda Regimental 18 do RISTJ, principalmente no que tange os aspectos referentes ao respeito à dignidade da pessoa humana e ao não ferimento à ordem pública brasileira, surge a problemática do reconhecimento da sentença de divórcio por repúdio no Brasil. A controvérsia está centrada em alguns aspectos que caracterizam essa modalidade islâmica de divórcio, que são a possibilidade de apenas o marido realizá-la e a humilhação da mulher ao ter sua relação, e, por extensão, a si própria, repudiada pelo então marido.<sup>27</sup>

Esse instituto, fundamentado na interpretação do Alcorão, é o originador histórico do divórcio na cultura islâmica, que posteriormente contribuiu no desenvolvimento da dissolução de casamentos em outras culturas. Apesar de inegavelmente ter exercido um papel fundamental na criação do instituto do divórcio historicamente, o repúdio hoje não é bem visto por diversas culturas, inclusive em algumas culturas islâmicas, visto que tem caído em desuso se comparado há algumas décadas atrás. Ainda, diversos motivos podem justificar o uso do *talaq* para dissolução do casamento, e eles podem ser extremamente fúteis e torpes, como a infertilidade da mulher ou ainda ela falar com o marido com “azedume” em seu tom de voz. Portanto, existe uma clara superioridade hierárquica do homem em relação à mulher nesses casos, visto que por nada muito relevante ela pode vir a ser rejeitada publicamente pelo marido.<sup>28</sup>

Antes da publicação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, competia ao Supremo Tribunal Federal (STF), como expresso na Constituição de 1988, a homologação de sentença estrangeira. Nesse sentido, a referida emenda foi a responsável por afastar o STF e atribuir essa função exclusivamente ao STJ, por entenderem os legisladores, na época, que a homologação de sentença estrangeira é uma atribuição não vinculada à preservação da Constituição, portanto não cabendo sua designação ao STF. Entretanto, há jurisprudência anterior ao ano de 2004 no que se refere à

26 PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão nº 1378/18.YRLSB-7. Lisboa, novembro de 2019. **Tribunal da Relação de Lisboa**. Lisboa. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/399835ae3583a5c7802584d3004a0652?OpenDocument>. Acesso em: 19 ago. 2022.

27 CALMON, Patrícia Novais; SANTANA, Luiz Felipe Costa. 2021.

28 CALMON, Patrícia Novais; SANTANA, Luiz Felipe Costa. 2021.

homologação de sentença de divórcio por repúdio no Brasil, tendo sido realizada, portanto, na competência do STF.<sup>29</sup>

Nesse sentido, no ano de 1978 o STF homologou uma sentença de divórcio por repúdio (SE 2416 PQ), deferida por legislação muçulmana, na qual os dois cônjuges eram estrangeiros. O pedido de homologação partiu do ex-marido, um cidadão de nacionalidade paquistanesa, residente e domiciliado em Washington, EUA, no interesse de contrair novo casamento com cidadã de nacionalidade brasileira residente em seu país de origem. O Relator do caso, o então Ministro Presidente Carlos Thompson Flores entendeu ser procedente e válido o pedido, concedendo-o, sob alguns argumentos, dentre eles uma jurisprudência de um parecer favorável a homologação de um pedido muito semelhante, emitido por Haroldo Valadão, enquanto Procurador Geral da República, nos autos da sentença Estrangeira nº 45 do Líbano.<sup>30</sup>

Da última referida jurisprudência se destaca o seguinte trecho:

Se o direito brasileiro admite o reconhecimento de um divórcio decretado, sem fraude, em um Estado segundo suas leis, por seus tribunais, para seus nacionais, é um princípio, indiferente apurar se o divórcio ali é litigioso e por que causas, se por mútuo consentimento e em que forma e condições, ou se, na qual espécie, pela simples vontade de um dos cônjuges. (BRASIL, 1978)

Tal citação advoga o entendimento de que o divórcio por repúdio não fere à ordem pública. Por outro lado, ao decorrer da argumentação do Min. Relator da Sentença Estrangeira 2416 PQ, é abordado que já vinha-se a abrandar os abusos do *talaq* nos próprios países onde ele ocorre; em outras palavras, os próprios ordenamentos que o permitem começam a perceber, mesmo que aos poucos e sutilmente, como é problemático.<sup>31</sup>

Nesse sentido, a decisão homologada pelo STF em 1978, como colocam Patrícia Novais e Luiz Felipe Santana, partiu da interpretação apenas dos elementos objetivos processuais necessários para ser deferida. Assim, como todos os documentos necessários previstos em lei foram anexados e a sentença original não havia ocorrido em fraude processual, o Tribunal não analisou o mérito, o conteúdo

29 CALMON, Patrícia Novais; SANTANA, Luiz Felipe Costa. 2021.

30 BRASIL. Superior Tribunal Federal. Sentença Estrangeira nº 2416. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 1978. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19164248/sentenca-estrangeira-se-2416-pq-stf>. Acesso em: 09 ago. 2022.

31 BRASIL. Superior Tribunal Federal. Sentença Estrangeira nº 2416.

propriamente dito da sentença, ademais, havia jurisprudência válida que já havia analisado o mérito.<sup>32</sup>

Não obstante ao anteriormente exposto, em 1977, ano anterior à homologação da Sentença Estrangeira 2416 PQ, o mesmo Tribunal (STF), ainda sob a presidência do Ministro Thompson Flores, negou o provimento, unanimemente, de sentença, a SE 2373-Egito, muito semelhante à anteriormente referida. Nessa ocasião, o STF entendeu haver violação da ordem pública brasileira pelo repúdio, por tratar-se de manifestação unilateral do marido. Portanto, cabe a interpretação de que a depender da ótica a ser analisada nesses casos, diferentes serão as decisões, principalmente devido à ambiguidade e imprecisão do conceito de “ordem pública”, discutido no capítulo anterior.<sup>33</sup>

Compreende-se, portanto, que na decisão da SE n° 2416-PQ o STF utilizou, em sua análise, o conceito de ordem pública processual, ou seja, analisou se haveriam violações aos direitos fundamentais dentro e durante o processo legal. Dessa forma, como os direitos processuais haviam sido garantidos, o Tribunal não entendeu haver qualquer ferimento à ordem pública. Entretanto, na decisão da SE n° 2373-Egito foi considerada na análise dos ministros a ordem pública material, ou seja, foi analisado o mérito da decisão, no intento de verificar se a sentença feriria, de alguma forma, os direitos fundamentais estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, na última sentença, a análise constatou que os direitos fundamentais da mulher, segundo o ordenamento brasileiro, estavam sendo violados no divórcio por *talaq*.<sup>34</sup>

Reitera-se, no entanto, que a análise da possível ameaça à ordem pública material não julga a legitimidade da decisão em seu país de origem, até mesmo porque o Brasil reconhece as legislações e os ordenamentos dos países que proferiram essas sentenças como legítimos. Nesses casos, a análise centra-se em aferir se cabe dentro do ordenamento brasileiro essa decisão estrangeira, e não sua legitimidade original.<sup>35</sup>

---

32 CALMON, Patrícia Novais; SANTANA, Luiz Felipe Costa. 2021.

33 BRASIL. Superior Tribunal Federal. Sentença Estrangeira n° 2373. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 1977. Disponível em: <https://jurisprudencia.juristas.com.br/jurisprudencias/post/stf-se-2373-agr-repc3bablica-c3a1rabe-do-egito-ag-reg-na-sentenc3a7a-estrangeira>. Acesso em: 09 ago. 2022.

34 CALMON, Patrícia Novais; SANTANA, Luiz Felipe Costa. 2021.

35 CALMON, Patrícia Novais; SANTANA, Luiz Felipe Costa. 2021.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As duas decisões emitidas pelo STF e aqui abordadas, que são a totalidade de decisões requeridas e deferidas no Brasil, seguiram rumos opostos e conflitantes. Nesse sentido, a depender da análise feita sobre a sentença, poderá ela vir a ser homologada de acordo com um entendimento jurisprudencial, a partir do caso da SE 2416 PQ, ou, caso a análise se dê de forma diferente, pode vir a ser indeferido o pedido de homologação, também sob um entendimento jurisprudencial, com o caso da SE 2373-Egito. Portanto, não há como afirmar se um homem mulçumano hoje terá sua sentença estrangeira de divórcio por repúdio homologada no Brasil, podendo-se afirmar, no entanto, que ele pode vir a ter.<sup>36</sup>

Essa suposição é muito complexa, pois, além de existirem duas jurisprudências conflitantes entre si, as quais poderiam embasar tanto um deferimento quanto um indeferimento do pedido de homologação de sentença estrangeira de divórcio por *talaq*, como foi observado, não há jurisprudência recente acerca da problemática discutida, ou seja, posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, o entendimento acerca do respeito à dignidade humana e à ordem pública hoje são diferentes aos vigentes à época das decisões.

Por outro lado, no que tange ao tratamento desigual entre homens e mulheres dentro do divórcio por *talaq*, principalmente quanto à possível violação da ordem pública brasileira decorrente desse tratamento discrepante, a análise das jurisprudências brasileiras revela, mais uma vez, uma controvérsia. Ao decidir homologar uma sentença estrangeira de divórcio por repúdio, o STF não analisou o mérito da questão, o que revela o caráter pouco relevante que tinha a questão à época dos julgados. Ao contrário, com a Constituição de 1988 e os julgados subsequentes a ela, a igualdade nas relações entre homens e mulheres adquiriu maior relevância e, conseqüentemente, maior preocupação. Portanto, como o divórcio por *talaq* concretiza explicitamente desde o conceito à prática uma relação desigual entre homem e mulher, infere-se que é um instituto que é inconstitucional.

Nesses termos, a homologação de uma sentença como as até aqui discutidas no Brasil atualmente poderia levar a interpretação de que a Justiça brasileira não assegura materialmente a igualdade de direitos entre homens e mulheres, contrariando o que sustenta a Constituição. Estendendo o campo interpretativo, poder-se-ia dizer que a dignidade das mulheres não tem o mesmo valor que a masculina para o Judiciário, visto que seria reconhecido como válido e legítimo o ato de uma mulher ser repudiada publicamente por um homem, seu então ex-marido.

36 BRASIL. Superior Tribunal Federal. Sentença Estrangeira nº 2416.

## REFERÊNCIAS

- BELTRÃO, Tatiana. **Divórcio demorou a chegar no Brasil**. 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/divorcio-demorou-a-chegar-no-brasil>. Acesso em: 05 ago. 2022.
- BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **A trajetória do divórcio no Brasil: A consolidação do Estado Democrático de Direito**. 2010. Disponível em: <https://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/2273698/a-trajetoria-do-divorcio-no-brasil-a-consolidacao-do-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 06 ago. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. Sentença Estrangeira nº 2373. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 1977. Disponível em: <https://jurisprudencia.juristas.com.br/jurisprudencias/post/stf-se-2373-agr-repc3bablica-c3a1rabe-do-egito-ag-reg-na-sentenc3a7a-estrangeira>. Acesso em: 09 ago. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. Sentença Estrangeira nº 2416. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 1978. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19164248/sentenca-estrangeira-se-2416-pq-stf>. Acesso em: 09 ago. 2022.
- BORGES, Ana Cláudia *et al.* Soberania no Direito Internacional. **XVII Seminário Internacional de Educação no Mercosul**, Cruz Alta, p. 1-13. 2015. Disponível em: <https://home.unicruz.edu.br/mercosul/pagina/anais/2015/1%20-%20ARTIGOS/SOBERANIA%20NO%20DIREITO%20INTERNACIONAL.PDF>. Acesso em: 09 ago. 2022.
- CALIXTO, Negi. O “repúdio” das mulheres pelo marido no direito muçulmano, visto pelo Supremo Tribunal Federal. **Informação Legislativa**, Brasília, v. 77, n. 20, p. 279-296, mar. 1983. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181411/000398334.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 09 ago. 2022.
- CALMON, Patrícia Novais; SANTANA, Luiz Felipe Costa. **O reconhecimento de sentença estrangeira, a ordem pública material e o “divórcio por repúdio” (“talak divorce”)**. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1670/O+reconhecimento+de+senten%C3%A7a+estrangeira%2C+a+ordem+p%C3%BAblica+material+e+o+%E2%80%99Cdiv%C3%B3rcio+por+rep%C3%ADio%E2%80%9D+%28%E2%80%99Ctalak+divorce%E2%80%9D%29>. Acesso em: 10 ago. 2022.
- COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL (São Paulo). **Divórcio: conheça os tipos e como funcionam cada um deles**. 2020. Disponível em: <https://cnbsp.org.br/2020/10/13/divorcio-conheca-os-tipos-e-como-funciona-cada-um-deles/>. Acesso em: 05 ago. 2022.
- CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento nº 53, de 16 de maio de 2016. **Provimento Nº 53, de 16 de Maio de 2016**. Brasília, DF, 16 maio 2016. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento\\_53\\_16052016\\_19032018110036.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_53_16052016_19032018110036.pdf). Acesso em: 06 ago. 2022.
- COSTA, Christian Bezerra. **A homologação de divórcio estrangeiro e o Novo Código de Processo Civil**: breves comentários. Breves comentários. Disponível em: <https://christiancosta.jusbrasil.com.br/artigos/322760243/a-homologacao-de-divorcio-estrangeiro-e-o-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 07 ago. 2022.

FOLHA DE S. PAULO. **Virgindade não é mais requisito para a anulação de casamento.** 2003. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/especial/2003/codigocivil/familia-1.shtml>. Acesso em: 08 ago. 2022.

FOUREAUX, Rodrigo. **O que é ordem pública?** 2020. Disponível em: <https://atividadepolicial.com.br/2020/04/20/o-que-e-ordem-publica/>. Acesso em: 10 ago. 2022.

GALVÃO E SILVA ADVOCACIA. **Homologação de divórcio consensual puro ou simples.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/80429/homologacao-de-divorcio-consensual-puro-ou-simples>. Acesso em: 06 ago. 2022.

GALVÃO E SILVA ADVOCACIA. **Homologação de divórcio consensual puro ou simples.** Disponível em: <https://www.galvaoesilva.com/divorcio-consensual-puro-ou-simples/#:~:text=um%20advogado%20especialista.,O%20que%20%C3%A9%20div%C3%B3rcio%20consensual%20puro%20ou%20simples%3F,filhos%20ou%20presta%C3%A7%C3%A3o%20de%20alimentos>. Acesso em: 05 ago. 2022.

HARPERCOLLINS PUBLISHERS (ed.). **Definição de ‘talaq’.** In: PUBLISHERS, Harpercollins (ed.). **Collins English Dictionary.** Londres: Harpercollins Publishers, 2022. Disponível em: <https://www.collinsdictionary.com/pt/dictionary/english/talaq>. Acesso em: 10 ago. 2022.

PESOTTI NETO, Leandro. **Homologação de sentenças estrangeiras, por que o STJ?** Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/75/47>. Acesso em: 10 ago. 2022.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão n.º 1378/18.YRLSB-7. Lisboa, novembro de 2019. **Tribunal da Relação de Lisboa.** Lisboa, . Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/399835ae3583a5c7802584d3004a0652?OpenDocument>. Acesso em: 19 ago. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Emenda Regimental n.º 18, de 17 de dezembro de 2014. **Emenda Regimental N.º 18, de 17 de Dezembro de 2014.** Brasília, DF, Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/83924/Emr\\_18\\_2014\\_pre.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/83924/Emr_18_2014_pre.pdf). Acesso em: 09 ago. 2022.

Supremo Tribunal de Justiça. **Sentença estrangeira.** Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Sentenca-estrangeira>. Acesso em: 07 ago. 2022.



# A RELAÇÃO DA HERANÇA DIGITAL COM AS CARTEIRAS DE CRIPTOATIVOS (CRIPTOMOEDAS E NON-FUNGIBLE TOKENS - NFT) NO DIREITO BRASILEIRO

THE RELATIONSHIP OF DIGITAL HERITAGE WITH CRYPTO  
ASSETS PORTFOLIOS (CRYPTOCURRENCIES AND NON-  
FUNGIBLE TOKENS) IN BRAZILIAN LAW

*Lucas Brandão Affonso*<sup>1</sup>

Data de Submissão: 03/09/2022

Data de Aceite: 07/12/2022

**Resumo:** O desenvolvimento do mundo virtual chegou a um ponto em que, através da criptografia, é plenamente possível a posse e a propriedade de bens de caráter patrimonial, transmissíveis, portanto, por vontade das partes ou por previsão legal (sucessão *causa mortis*). O presente estudo, a fim de verificar o estado da arte das sucessões de criptoativos e de bens digitais no direito brasileiro, apresentará como os atuais institutos estão, apesar da necessidade de modernização, aptos a lidar com os desafios emergentes da nova tecnologia, visando traçar quais serão os próximos passos para a evolução do tema, revisitando desde o Código Civil, em seu capítulo referente às Sucessões, até os debates acadêmicos mais atuais sobre a propriedade de bens intangíveis. A pesquisa científica realizada, a fim de encontrar desafios e soluções já existentes na legislação pátria, possui caráter básico estratégico. O objetivo, buscado através da abordagem qualitativa, por leitura bibliográfica e por método indutivo (análise de problemas práticos da criptografia para o seu posterior encaixe na norma jurídica existente), é exploratório, visando desbravar — sem pretensões de esgotamento — o mundo da sucessão *causa mortis* de ativos virtuais.

**Palavras-chave:** Direito sucessório. Criptografia. Criptoativos. Non-fungible tokens (NFT). Direito brasileiro.

---

1 Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pesquisador acadêmico do grupo de pesquisa NEAPI - Núcleo de Estudos em Processo e Tratamento de Conflito, coordenado pelo Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei. Ex-membro pesquisador do grupo de pesquisa LABCODEX - Labirinto da Codificação do Direito Processual Civil Internacional, coordenado pela Prof. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen. E-mail: lucasbrandaoaffonso@gmail.com.

**Abstract:** The development of the virtual world has reached a point where, through cryptography, it is fully possible to have possession and ownership of assets of a patrimonial nature, which can be transferred, therefore, by the will of the parties or by legal provision (succession causa mortis). The present study, in order to verify the state of the art of the succession of cryptoactive and digital assets in Brazilian law, will present how the current institutes are, despite the need for modernization, able to deal with the emerging challenges of the new technology, aiming to trace which will be the next steps for the theme, revisiting from the Civil Code, in its chapter regarding Successions, to the most current academic debates on the ownership of intangible assets. The scientific research carried out, in order to find challenges and solutions that already exist in Brazilian legislation, has a basic strategic character. The objective, sought through a qualitative approach, by bibliographical reading and the inductive method (analysis of practical problems of cryptography for their subsequent fitting into the existing legal norm), is exploratory, aiming to unravel - with no pretensions of exhaustion - the world of succession causa mortis of virtual assets.

**Keywords:** Inheritance law. Cryptography. Cryptoactive. Non-fungible tokens (NFT). Brazilian law.

## INTRODUÇÃO

A explosão de interesse que a humanidade vivencia no mundo digital atingiu níveis inimagináveis nos últimos anos, invadindo o mundo dos investimentos de ativos financeiros, da vivência na realidade virtual aumentada e até na compra e venda de imóveis e objetos exclusivamente virtuais. Todas essas coisas, através do que permitiu a tecnologia de criptografia, agora pertencem (com posse e propriedade) àquele que a detém em sua carteira digital e em sua conta em plataformas e ambientes digitais criptografados.

E, havendo algo no patrimônio de um sujeito, é óbvia a possibilidade de que haja sucessão *inter vivos* (comércio) e *causa mortis* (sucessão hereditária) por vontade do detentor da coisa ou de determinação legal. Por isso, o objetivo deste estudo será analisar, no direito brasileiro, como está a regulação desta última em relação à entrada dos criptoativos e dos objetos “*mintados*” (vinculados a um *token* criptografado individualizador — NFT) no espólio, no inventário e em eventual testamento.

Para isso, serão analisadas as peculiaridades e diferenças destes bens digitais criptografados (patrimoniais) em relação ao patrimônio memorial e sentimental do falecido (coisas estas que estão fora do comércio), haja vista que os primeiros possuem valor econômico mensurável e, portanto, não são direitos personalíssimos. Além disso, será exposto o conceito da criptografia das criptomonedas e dos NFTs a fim de obter uma visão completa dos desafios que esses novos bens trazem para a sucessão hereditária, aí incluindo a sua maleabilidade de disposição em testamento.

Por fim, serão estudados os mecanismos que a legislação brasileira já possui para enfrentar os desafios encontrados, inclusive com os limites previstos no ordenamento para controle de fraudes de herdeiros interessados na omissão dos bens digitais. Somado a isso, o estudo também passará por casos práticos relevantes para a recepção dos efeitos benéficos da criptografia no Direito das Sucessões, a fim de se verificar como a ordem jurídica pátria está se projetando, em relação ao tema, para o futuro.

A pesquisa científica realizada, ao estudar o estado da arte da sucessão hereditária de bens patrimoniais digitais na legislação brasileira, a fim de encontrar desafios e soluções nela já existentes, possui caráter básico estratégico. O objetivo, buscado através da abordagem qualitativa, por leitura bibliográfica e por método indutivo (análise de problemas práticos da criptografia para o seu posterior encaixe na norma jurídica existente), é exploratório, visando desbravar — sem pretensões de esgotamento — o mundo da sucessão *causa mortis* de ativos virtuais.

## 1. CRIPTOATIVOS: CRIPTOMOEDAS, TERRENOS DIGITAIS E OS TOKENS INFUNGÍVEIS (NFT) COMO OBJETOS DA SUCESSÃO

O conceito de *blockchain* é elementar para se entender como os criptoativos ganharam tamanha relevância no mundo virtual, principalmente quando se trata de sua valoração econômica que já equivale a um mercado de 2 trilhões de dólares em investimentos<sup>2</sup>. Essa tecnologia se baseia na criptografia de ‘blocos’ através de algoritmo matemático *hash* que cria uma espécie de banco de dados verificável publicamente para qualquer interessado (para fins de registro de autenticidade). Através dela é eliminada a necessidade de terceiros validadores das operações de transferência entre usuários, já que a segurança é garantida por processos computadorizados ligados à internet<sup>3</sup>.

Tal tecnologia permitiu a rápida análise de *timestamps* (registro de data e hora) dos arquivos aos quais a *blockchain* se vinculou, a eliminação de taxas de serviços de terceiros<sup>4</sup>, a criação de cláusulas autoexecutáveis em contratos digitais<sup>5</sup> e a incorporação de *tokens* à itens digitais, tornando-os únicos e individualizados. Tudo isso em decorrência de processos consensuais de *hardwares* voltados à solução de programas criptografados, como o *Proof-of-Work*, *Proof-of-Stake* e *Delegated-Proof-of-Stake*<sup>6</sup>.

A mais famosa aplicação da *blockchain* foi utilizada em 2008 na criação da criptomoeda Bitcoin. Desenvolvida com intenção de se tornar dinheiro virtual sem lastro em qualquer tipo de economia estatal<sup>7</sup>, a moeda é acessível mediante chaves

---

2 CRIPTOMOEDAS retomam valor de mercado de US\$ 2 trilhões com salto de altcoins, Cardano é destaque. **Infomoney** - CoinDesk Brasil, 2022. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/criptomoedas-retomam-valor-de-mercado-de-us-2-trilhoes-com-salto-de-altcoins-cardano-e-destaque/>. Acesso em: 16, abr. de 2022.

3 ULRICH, Fernando. **Bitcoin, a moeda na era digital**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014. 17.

4 ULRICH, Fernando. *op. cit.* página 63.

5 DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. **Conceitos, limitações, aplicabilidade e desafios**. IN: *Juris Plenum - Doutrina - Jurisprudência*. Ano 4, n. 6. 2018, páginas 2771-2808. Disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018\\_06\\_2771\\_2808.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_2771_2808.pdf). Acesso em: 11, abr. 2022. página 2785.

6 D’AVILA, Stenislav Soares. **Relação entre tipos de tokens e modelos de negócios em blockchain**. Tese (Mestrado em Gestão) - Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Out. de 2019. página 22.

7 MAFFINI, Maylin; FREITAS, Cinthia Obladen de Almeida. **A Herança Digital no Brasil e o Tratamento das Criptomoedas e Bitcoins como Bens Digitais**. IN: *Prim@ Facie - João Pessoa*, PB. v. 19. n. 40. 2020. Universidade Federal da Paraíba, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/>

privadas disponíveis apenas ao seu proprietário (semelhante a uma senha), mas todas as transações são registradas em blocos públicos pelos quais se verifica a veracidade da operação (*blockchain*)<sup>8</sup>. Com o sucesso do ativo, centenas de diversos bens semelhantes foram criados através de técnicas similares, como a Ethereum, Solana e ADA.

Ao tornar escasso um bem, seja de forma natural ou artificial, os sujeitos que o demandam irão competir por ele e, no estágio atual da economia, o farão através do dinheiro. Percebendo que os ativos digitais possuem finitude com base em cálculos matemáticos e que a demanda por eles tende a crescer com a desconfiança na ruína das economias estatais, cada vez mais populistas e distantes das teorias de mercado, as criptomoedas adquirem ‘valor’<sup>9</sup>. Valor esse que é parte do patrimônio dos indivíduos, portanto transmissível por quaisquer meios, inclusive a sucessão.

A evolução da *blockchain* não se contentou em estagnar nas moedas virtuais fungíveis, surgindo dela a criação de criptografias que se vinculam a um bem material ou imaterial, tornando-o infungível (ou seja, insubstituível por outro da mesma espécie sem diminuição de valor). Como exemplo: são utilizados em jogos para dar a propriedade de um item ao dono da conta<sup>10</sup>, se integram a um colecionável para torná-lo único<sup>11</sup> ou se registram em uma arte digital para que o seu possuidor detenha a cópia autêntica vendida pelo autor da obra. São os então chamados ‘NFT’, ou *non-fungible token* (*token* infungível).

Outra funcionalidade dos NFT foi a criação de ‘metaversos’, espécies de mundos virtuais que são loteados e onde cada imóvel se vincula a um *token*, adquirindo singularidade (escassez) e, portanto, valor. Além disso, permitem a interação

---

issue/download/2437/Prim%40%20Facie%2C%20n.%2040%2C%20v.%2018%2C%202019. Acesso em: 16, abr. de 2022. página 18.

8 NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System**. 31 de outubro de 2008. Disponível em: <https://git.dhimmel.com/bitcoin-whitepaper/>. Acesso em: 13, abr. de 2022.

9 MENGER, Carl. **Princípios da economia política**. Tradução de Luiz João Baraúna. 3 ed. Nova Cultural Editora, 1988. 185 páginas. página 130.

10 FANTINI, Laiane M. Caetano. **Precisamos realmente de Jogos Blockchain? Estudo a partir dos reflexos jurídicos da propriedade de criptoativos em jogos digitais**. IN: XIX SBC Games - Recife, PE. 7 - 10 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.sbgames.org/proceedings2020/IndustriaFull/210059.pdf>. Acesso em: 11, abr. de 2022.

11 FUNKO, Inc. **Funko enters NFT market with majority stake in TokenHead developer. Press release details**. 1 de abr de 2021. Disponível em: <https://investor.funko.com/news-and-events/press-releases/Press-Releases/2021/Funko-Enters-NFT-Market-with-Majority-Stake-in-TokenHead-Developer/default.aspx>. Acesso em: 11, abr. de 2022.

dos usuários em atividades cibernéticas como *chat*, criação de mascotes e prestação de atividades remuneradas para outros jogadores, como um verdadeiro mundo imaterial<sup>12</sup>. As mais famosas prestadoras desse tipo de serviço são a The Sandbox e a Decentraland que, além dos terrenos propriamente ditos, também são plataformas (mercados) em que os usuários transacionam ‘coisas’ virtuais, como carros, decoração e avatares para uso na vida *on-line*.

Portanto, semelhante às ações empresariais listadas nas bolsas de valores, os criptoativos baseiam seu valor em uma escassez criada artificialmente, a diferença é que estes utilizam mecanismos matemáticos (criptografia) para se esquivar do gasto-duplo, caso contrário qualquer usuário poderia fazer cópias digitais dos arquivos por simples comandos de cópia e cola<sup>13</sup>. Como exemplos, cite-se a obra vinculada à NFT do artista Mike Winkelmann vendida por 69 milhões de dólares<sup>14</sup> e o meme ‘Disaster Girls’ transacionada por 500 mil dólares<sup>15</sup>.

Como se observa, todos os itens mencionados acima são bens intangíveis, mas que, de fato, estão em propriedade de alguém. Seus valores exorbitantes nos provam que são coisas desejáveis no mercado, passíveis de contratos de compra e venda, cessão, exploração e, possuindo economicidade, também transmissíveis *causa mortis*. É inegável que boa parte do patrimônio do morto que invista em criptoativos possa estar em moedas, NFT, terrenos digitais e quaisquer outros derivados da *blockchain*.

Pois bem, analisadas as premissas básicas para compreensão dos termos técnicos da criptografia dos criptoativos, ver-se-á a sua aplicabilidade no Direito Sucessório brasileiro a fim de constatar suas vantagens, desvantagens e efeitos práticos.

## 2. PANORAMA ATUAL DA HERANÇA DIGITAL NO BRASIL

As discussões sobre a transmissão dos bens corpóreos móveis e imóveis já é antiga e trata da continuação do patrimônio do *de cuius*. Como situação fática e

12 WANG, Qin; LI, Rujia; WANG, Qi; CHEN, Shiping. **Non-Fungible Token (NFT): Overview, Evaluation, Opportunities and Challenges**. IN: arXiv preprint arXiv:2105.07447, Cornell University. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.48550/arXiv.2105.07447>. Acesso em: 13, abr. de 2022. página 12.

13 ULRICH, Fernando. *op. cit.* página 17.

14 KASTRENAKES, Jacob. **Beeple sold an NFT for \$69 million**. The Verge, 11 de março de 2021. Disponível em: <https://www.theverge.com/2021/3/11/22325054/beeple-christies-nft-sale-cost-everydays-69-million>. Acesso em: 11, abr de 2022.

15 IGNACIO, Bruno. **“Disaster Girl” vende meme como arte digital NFT por US\$ 500 mil**. Tecnoblog, 30 de abril de 2021. Disponível em: <https://tecnoblog.net/438066/disaster-girl-vende-meme-como-arte-digital-nft-por-us-500-mil/>. Acesso em: 11, abr de 2022.

palpável que é, a sucessão dos objetos físicos já possui todos os princípios e panoramas de estudo que os institutos de Direito merecem, contando com até uma parte inteira do Código Civil brasileiro dedicada a ela. Mas os ventos mudam quando entramos na sucessão de bens imateriais, cada qual protegido de uma maneira diversa pelo ordenamento.

Quando se fala de bens imateriais, vêm à mente os Direitos Autorais, os direitos de Propriedade Industrial e, em estudos mais recentes, as relações dos humanos com os bens digitais. Interessam a este trabalho os bens digitais e suas eventuais relações com os direitos autorais, importantes quando se fala na sucessão de carteiras de criptoativos e tokens infungíveis (NFTs). Neste último, quando usado no meio artístico, podem-se enxergar tanto relações de propriedade sobre uma arte digital, como o domínio dos direitos autorais de seu criador.

É claro que, no Brasil, a força do tema da herança digital caminha a passos mais lentos, já que a cultura de investimentos está presa às famílias mais abastadas que possuem tempo e dinheiro para manter uma carteira de criptoativos. Desse modo, o patrimônio virtual dos falecidos brasileiros gira em torno, principalmente, de seus perfis em redes sociais como *Instagram*, *Facebook* e *Twitter* que, na grande maioria das vezes, não possuem valor econômico. Como representam a memória do morto, está-se diante de direitos personalíssimos e de imagem, melhor protegidos através do parágrafo único dos Arts. 12 e 20 do Código Civil, por seus legitimados parentes sobreviventes<sup>16</sup>, e não pela transmissão sucessória<sup>17</sup>.

Portanto, quando se fala das contas do *de cuius* sem valor de mercado, acertadas parecem ser as iniciativas das redes sociais em permitir aos familiares que administrem as contas do falecido, encerrem-nas ou transformem-nas em memoriais<sup>18</sup>, protegendo por ações cíveis as eventuais lesões ou ameaças às imagens de seus entes queridos. Mas o assunto não está esgotado, pois entende-se que, quando o falecido proprietário de perfil em redes sociais for uma personalidade famosa (como um *influencer*, por exemplo), os familiares têm total interesse econômico em receber os frutos pendentes do trabalho do morto como parte na herança<sup>19</sup>.

16 TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das sucessões** / Flávio Tartuce. – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. página 65.

17 BUFULIN, Augusto Passamani; CHEIDA, Daniel Souto. **Direito Sucessório e a Herança Digital: uma análise em perspectiva e os desafios do ordenamento jurídico brasileiro**. IN: Revista de Direito Privado. Vol. 105 - 2020. página 225 - 235. Jul - Set - 2020. São Paulo: Revista dos Tribunais Online, 2020. página 6.

18 TARTUCE. *op. cit.* página 66.

19 SILVEIRA, Sabrina Bicalho; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *op. cit.* página 16.

Diante de um perfil que recebe receitas contínuas das plataformas (como é o caso do *Instagram* e do *YouTube*) em decorrência do trabalho do *de cuius*, está-se claramente à frente dos frutos recebidos por Direito Autoral das obras (vídeos, *reels*, *tiktoks*) do morto. O conteúdo produzido de forma original se desprende de seu suporte físico (ou digital) e pertence ao patrimônio do falecido, bem como seus rendimentos<sup>20</sup>. Ocorrida a morte, passam esses bens para o espólio, aí incluindo o direito dos sucessores em receberem a senha e administração da conta para dela perceberem os ganhos pendentes e futuros pelos 70 anos seguidos do falecimento<sup>21</sup>.

A proteção das obras deixadas pelo morto, seja por seu espólio ou seus sucessores, possui limitações legais, de modo que seria plenamente aceitável que as plataformas proibissem, por exemplo, a adição, exclusão ou modificação do acervo artístico do falecido pelos futuros administradores, permitindo apenas que os ganhos patrimoniais fossem colhidos. Isso acontece em respeito ao Art. 24, §1º, da Lei de Direitos Autorais que veda a modificação da obra (inciso V), a sua retirada de circulação (inciso VI) ou o acesso a exemplar único e raro que esteja legitimamente em poder de outrem (inciso VII), mas permite a reivindicação da obra e sua conservação (incisos I e III).

Outros dos bens digitais passíveis de transmissão *causa mortis* são os presentes na carteira de ativos virtuais do falecido, como as criptomoedas e os arquivos digitais vinculadas a um *token* individualizado (*non-fungible tokens* - ou NFT). Diferente da memória e do perfil de rede social do morto (ressalvado o caso das contas de artistas) os criptoativos possuem valor econômico objetivamente acessível, com preço variável verificado na lei da oferta (artificialmente tornados escassos) e da procura. Não é à toa que algumas moedas já são precificadas em valor de mercado que supera a casa dos milhares de reais, bem como artes e terrenos digitais ultrapassam o montante de milhões de dólares<sup>22</sup>. Inegável o interesse dos sucessores em os trazerem ao inventário, como já discutido anteriormente.

Além disso, as artes vinculadas a *tokens* não são única e exclusivamente protegidos por suas tecnologias criptografadas (*blockchain*), mas também pela já re-

---

20 NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. página 47

21 Cf. Art. 41 da Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (Lei de Direitos Autorais).

22 **METAVERSO: Vendas de imóveis superam US\$ 500 milhões e devem dobrar em 2022, mas há quem chame de 'pirâmide'**. Investing.com, 2022. Disponível em: <https://br.investing.com/news/cryptocurrency-news/metaverso-vendas-de-imoveis-superam-us-500-milhoes-e-devem-dobrar-em-2022-mas-ha-quem-chame-de-piramide-971172>. Acesso em: 16, abr. de 2022.



ferida Lei de Direitos Autorais. Como os NFT são apenas *tokens* vinculado a algum objeto (e não o próprio objeto) o que se transmite pela compra e venda é apenas a propriedade da cópia. Lembrando que a arte se separa de seu substrato, de modo que a ideia abstrata segue pertencendo ao autor. Portanto, não estará autorizado o detentor do NFT a explorar economicamente o bem, nem modificá-lo, salvo se expressamente previsto em contrato.

Sendo assim, quando se fala de sucessão, os NFT artísticos possuem duas faces: uma é do sujeito que o possui sem ser o seu criador, na qual a transmissão hereditária da propriedade da cópia será operada unicamente pelas regras dos Direito das Sucessões; a outra face se apresenta quando o falecido foi o criador da obra vinculada ao *token* que não está mais em sua posse, de modo que seguirá transmitindo aos seus herdeiros os direitos morais do autor e eventuais frutos monetários, recebidos e pendentes, *post mortem*. É o caso do pagamento de *royalties* ou de bônus de revenda quando há valorização do bem, o que se pode dar, principalmente nos NFT, por cláusulas autoexecutáveis em *smart contracts*<sup>23</sup>. Se o criador do NFT for também o seu possuidor ao tempo do óbito, será o caso de transmissão aos herdeiros tanto do objeto virtual como do direito de defender sua integridade e exploração financeira.

Os bens digitais, então, dividem-se em econômicos e não econômicos. Os não econômicos, como a memória do morto na sua vida digital e seus perfis, seguem as regras dos direitos da personalidade e não entram no inventário e na partilha, pois são relativos à intimidade do *de cuius*<sup>24</sup>. Os econômicos, caros para este estudo, fazem parte do patrimônio do morto e devem ser partilhados pelos herdeiros legítimos, devem ser passíveis de disposição em testamento, com respeito às regras do limite de 50% (cinquenta por cento) da herança e devem responder pelas dívidas do falecido. Sabendo disso, é extremamente importante que o ordenamento jurídico possua meios para fazer suceder as coisas virtuais, haja vista o crescente valor que os investidores estão atribuindo a elas.

23 ZHAO, Sijia. O'MAHONY, Donal. **BMCProtector: A blockchain and Smart Contract Bases Application for Music Copyright Protection**. IN: Proceedings of the 2018 International Conference on Blockchain Technology and Applicaton. 2018. Disponível em: <https://dl.acm.org/doi/abs/10.1145/3301403.3301404>. Acesso em: 31, mar. de 2022. página 2.

24 DE SOUZA, Josiara Correia. **Herança dos Bens Digitais frente o Direito Personalíssimo do de cuius**. Orientadora: Profa. Ms. Luciângela Ferreira do Brasil. 2021. 25 páginas. TCC (Graduação). Curso de Direito, Faculdade Evangélica de Goianésia, Goianésia-GO. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/18520/1/2021-TCC-JOSIARA%20CORREIA%20DE%20SOUZA%202%20-%20Josiara%20Correia.pdf>>. Acesso em: 09, abr. de 2022. página 20.

As criptomoedas, os NFTs e os terrenos digitais, quando presentes no inventário, cumprem a função social da herança, ou seja, permitem ao espólio, aos sucessores legítimos ou testamentários e aos credores do *de cuius* buscarem a redistribuição da riqueza<sup>25</sup>, além de evitar o enriquecimento ilícito, quando há passivo. Impede-se, como se verá quando se tratar dos desafios do tema, que os criptoativos se percam para sempre em carteiras inacessíveis.

### 3. DESAFIOS NA SUCESSÃO DAS CARTEIRAS DE ATIVOS DIGITAIS

Os bens digitais com valor econômico entram na sucessão como quaisquer outros bens, ou seja, independem de disposição voluntária e serão distribuídos conforme o quinhão legalmente atribuído a cada um dos herdeiros. Mas existe uma peculiaridade quando se fala de criptoativos: ou eles estão na posse exclusiva de seu proprietário, que só os acessa através de chaves criptografadas ou estão em carteiras digitais, através de serviço prestado por um terceiro corretor (como Binance e Coinbase), acessíveis pela senha da conta nos respectivos sites.

No segundo caso, inexistindo testamento ou qualquer outro meio pelo qual tenha o *de cuius* deixado as senhas das carteiras, é possível a solicitação extrajudicial - para a própria empresa - a fim de sacar os valores nela depositados e disponibilizá-los ao espólio para futura partilha. Como pessoas jurídicas prestadoras de serviço, algumas, como a Binance e a Coinbase, já disponibilizam os criptoativos aos herdeiros do proprietário da carteira através de um procedimento interno em que são exigidos os documentos comprobatórios (como a certidão de óbito)<sup>26</sup>.

Nada impediria que, negado a prestação injustificada do serviço pela corretora, fosse cobrado judicialmente a retirada dos valores nela presentes. Se ela pode fazer isso extrajudicialmente, então pode cumprir ordem judicial no mesmo sentido. As ações devem ser movidas pelo espólio em seu próprio interesse, quando realizadas antes da efetivação da partilha<sup>27</sup>, ou pelos sucessores, após a partilha e em interesse próprio (limitado ao seu quinhão) ou antes de aberta a sucessão, em benefício do espólio<sup>28</sup>.

25 TARTUCE. *op. cit.* página 23.

26 PARTZ, Helen. Cointelegraph Brasil. **O que acontece com seu Bitcoin quando você morre?**, 27 de novembro de 2020. Disponível em: <https://cointelegraph.com.br/news/what-happens-to-your-bitcoin-when-you-die>. Acesso em: 31, mar. de 2022.

27 TARTUCE. *op. cit.* página 38.

28 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ - 3.<sup>a</sup> Turma). **Recurso Especial n. 1.645.672/SP**. Recorrente: ICB Comércio Locação e Serviços LTDA - ME e Italian Coffee do Brasil Indústria e Comércio LTDA. Recorrido: José Vicente Aliberti Mammana. Relator: Min. Mar-

Busca e desenvolvimento de soluções para a morte dos investidores-clientes são louváveis na tentativa de resolver esse impasse, evitando ao máximo demandas burocráticas no judiciário. Nesse sentido, a *exchange* americana Coinbase disponibiliza um guia à seus usuários para facilitar a transferência, mas ainda assim segue impossível a nomeação de um ‘beneficiário’ para a conta, o que só poderá ser feito em testamento<sup>29</sup>.

A mais desafiadora situação habita, entretanto, no caso dos usuários que guardam seus NFTs e moedas digitais sem qualquer tipo de intermediário. Quando acessíveis unicamente pelas chaves criptografadas e, morto seu proprietário sem deixá-las com qualquer pessoa, o acesso aos criptoativos se torna tarefa tão dispendiosa que beira o impossível. Somente através de ferramentas de hackeamento seria possível a recuperação das chaves e, devido a sua dificuldade, os ataques hoje existentes ficam restritos aos terceiros (*exchanges*) depositários dos bens digitais<sup>30</sup>, e não à *blockchain* em si.

Tanto é assim que não é incomum a perda permanente de NFTs e criptomonedas<sup>31</sup> quando usado esse método de depósito<sup>32</sup>. Não há qualquer forma de solicitar judicialmente a recuperação desses bens para sua posterior distribuição em partilha, todas as medidas executivas seriam inúteis e os herdeiros e credores se veem impotentes sobre a perda.

Por isso, como se verá no próximo tópico, o meio mais eficaz para redistribuir o patrimônio do morto, em ambos os casos analisados acima, é a disposição

---

co Aurélio Bellizze. Brasília, 22 de agosto de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/493426870/recurso-especial-resp-1645672-sp-2016-0326070-6/inteiro-teor-493426894>. Acesso em: 16, abr. de 2022.

29 **HOW do I gain access to a deceased family member’s Coinbase account?**. Coinbase, Coinbase help center. Disponível em: <https://help.coinbase.com/en/coinbase/managing-my-account/other/how-do-i-gain-access-to-a-deceased-family-members-coinbase-account>. Acesso em: 16, abr. de 2022.

30 ORCUTT, Mike. **Once hailed as unhackable, blockchain are now getting hacked**. MIT Technology Review, 2019. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/2019/02/19/239592/once-hailed-as-unhackable-blockchains-are-now-getting-hacked/>. Acesso em: 16, abr. de 2022.

31 GREGORIO, Rafael. **Mais de R\$ 162 bilhões em bitcoins podem ficar ‘perdidos’ após pioneiro morrer afogado**. Valor Interesse, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/mercados/cripto/noticia/2021/07/15/mais-de-r-162-bilhoes-em-bitcoins-podem-ficar-perdidos-apos-pioneiro-morrer-afogado.ghtml>. Acesso em: 16, abr. de 2022.

32 SAISSE, Renan Cabral. **Bitcoin: A (R) Evolução Monetária Mundial**. IN: *Revista Eletrônica Direito & TI*. vol. 1, n. 6. 2016. Disponível em: <https://www.direitoeti.com.br/direitoeti/article/view/46>. Acesso em: 16, abr. de 2022.

de um testamento que contenha as senhas das carteiras com os criptoativos ou as chaves criptografadas dos bens que estejam armazenados de modo descentralizado.

#### 4. A IMPORTÂNCIA DO TESTAMENTO E DOS TESTAMENTOS DIGITAIS

A fim de fugir da dependência exclusiva das corretoras e evitar que o patrimônio do morto seja perdido, haja vista que seus investimentos podem representar uma parte (ou até a maioria) de seus ativos, é recomendável a disposição testamentária dos bens digitais. Poderá o autor deliberar, conforme a lei, por ato personalíssimo e revogável, sobre o destino de suas economias para além de sua morte - o que se pode dar parcialmente (sobre alguns dos bens) ou *in totum*<sup>33</sup>. Os testamentos podem tanto se referir aos herdeiros legítimos (aqueles que possuem quinhão previsto por lei) quanto aos herdeiros exclusivamente testamentários (aqueles que só podem suceder aos bens por expressa vontade do autor).

Sendo o desejo do autor da herança, será lícita a disposição de vontade no sentido de dividir o quanto de ativos será atribuído a cada herdeiro, desde que respeitadas as porcentagens legais. Como o testamento pode ser parcial, poderá o autor deliberar apenas sobre os seus bens digitais e, sendo individualizáveis, conceder ativos determinados aos sucessores (*v.g.*, deixo meus ETH para o herdeiro A, deixo minhas BTC para o herdeiro B). Além disso, pode deixar as chaves de suas carteiras registradas em documento a ser aberto após a sua morte, bem como outorgar a um testamenteiro<sup>34</sup>/inventariante<sup>35</sup>, ou a um curador especial (quando houver sucessor menor)<sup>36</sup>, a administração da carteira digital e das respectivas chaves.

Optando o autor pelo registro das chaves em seu testamento, é importante verificar qual a melhor forma de que as senhas da carteira não fiquem disponíveis a qualquer um em cartório, haja vista que existem modalidades que exigem escritura pública. São categorias do testamento comum: o público, o cerrado e o particular;

33 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 6. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

34 SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018. página 991.

35 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (4ª Câmara Cível) **Agravo de Instrumento n. 1.0024.13.269618-8/001 - MG**. Agravante: Darcy Bessone, Alexandre Garcia Blanco Bessone e outros, Ana Paula Bessone Reis. Agravado: Guilherme Coelho Colen. Relatora: Des. Heloisa Combat. Belo Horizonte, 6 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/937722529/agravo-de-instrumento-cv-ai-10024132696188001-belo-horizonte>. Acesso em: 16, abr. de 2022.

36 Cf. Art. 1693, III, e 1733 do Código Civil de 2002.

e do especial: marítimo, aeronáutico e militar. Para os objetivos deste trabalho, será limitada a análise dos ordinários.

O testamento público se caracteriza pela lavratura, por Tabelião de Notas ou substituto, das disposições de vontade do autor da herança. Esse testamento seguirá as formalidades legais e obterá fé pública, sendo lido para o testador e mais duas testemunhas não interessadas na sucessão.

A problemática desta modalidade, em se tratando das carteiras digitais, é a sua publicidade, de modo que todas as chaves e senhas dos ativos digitais estarão disponíveis à coletividade - o que torna completamente desprovida de benefícios tal categoria na herança virtual. Por mais que exista corrente doutrinária que defenda a não publicização dos testamentos públicos<sup>37</sup>, a matéria não é pacífica e parece mais prudente não arriscar que mal intencionados possam ter acesso à carteira digital do testador.

O testamento cerrado, sigiloso ou secreto, é aquele em que o testador guarda suas disposições de vontade em documento selado, escrito à mão ou digitalizado (CC, Art. 1868, par. único), só sendo passível de abertura por um juiz após a morte do autor. Assim como no testamento público, existe a exigência legal de que o testamento seja lavrado em cartório diante de duas testemunhas desinteressadas na herança<sup>38</sup>. Como se nota de plano, essa forma apresenta confiabilidade similar à anterior e ainda guarda silêncio sobre seu conteúdo interno, impedindo que o público em geral tenha acesso às chaves e senhas de carteiras contendo ativos digitais.

As desvantagens, entretanto, do testamento cerrado merecem menção. Como, após a lavratura, o documento permanecerá na posse do testador, é necessária extrema cautela em seu depósito, pois há risco de perecimento ou perda que o tornaria inviável de cumprimento no momento oportuno<sup>39</sup>. Além disso, a lei exige formalidades em sua abertura pelo juiz (CPC, Art. 735) que tornam o testamento passível de invalidação insanável (pois já falecido o escritor), quais sejam: a verificação da integridade do documento e da presença de vícios externos que o torne suspeito de falsidade ou nulidade.

---

37 TARTUCE. *op. cit.* página 454.

38 OLIVEIRA, Moisés de. **O Testamento Digital sob a ótica do Direito brasileiro**. Orientadora: Profa. Ms. Évelyn Cintra Araújo. 2020. 31 páginas. TCC (Graduação). Curso de Direito, Centro Universitário de Goiás (UNIGOIÁS). Goiânia-GO. Disponível em: <http://repositorio.anhanguera.edu.br:8080/handle/123456789/393>. Acesso em: 10, abr. de 2022. página 12.

39 TARTUCE. *op. cit.* página 455.

Por último, tem-se a existência do testamento particular. Essa modalidade possibilita que o testador escreva (ou digite) seu testamento por si próprio, desde que o assine e leia perante 3 testemunhas. Quando morto, o documento será levado a juízo pelos herdeiros (legítimos ou testamentários) ou pelo testamenteiro, onde terá início a execução de sua vontade subscrita<sup>40</sup>.

As vantagens do modelo para a herança digital são o sigilo do que nele será escrito, já que permanecerá com o sujeito ao qual o autor confiará sua guarda, bem como há a possibilidade de escolha das testemunhas de confiança. De qualquer forma, as desvantagens também residem na possível existência de má-fé destes três sujeitos, ao poderem se utilizar das chaves e senhas das quais tomaram ciência, sem contar que a exclusão do notário (e a consequente fé pública do documento) pode servir de argumento, em favor dos mais formalistas, em tentativas de anulação do ato.

#### 4.1. TESTAMENTO DIGITAL E USO DE ASSINATURA AUTENTICADA POR BLOCKCHAIN

A confiança que os documentos digitais vêm trazendo nos tempos atuais, somado à primazia da vontade do *de cuius*, podem impulsionar a flexibilização dos formalismos testamentários em alguns casos práticos<sup>41</sup>. Nesse sentido, de extrema relevância são os precedentes que já vêm desconsiderando as exigências legais dos testamentos particulares no que se refere à presença de testemunhas, mesmo nos casos em que a tecnologia *blockchain* não foi utilizada, valorizando mais o princípio da operabilidade do Código Civil do que o da primazia da solenidade exagerada.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (em Apelação Cível 0042062-25.2015.8.19.0002), repita-se, mesmo sem a utilização de criptografia, confirmou testamento particular que inequivocamente registrava a vontade do morto, mesmo que ausentes quaisquer dos três atestadores exigidos pelo Art. 1.876 do CC<sup>42</sup>. Com a mesma essência, decidiu o Superior Tribunal de Justiça (em Recurso Especial 828616-MG) que “[...] o rigor formal deve ceder ante a necessidade de se atender

40 Cf. Art. 737 do Código de Processo Civil de 2015.

41 TARTUCE. *op. cit.* página 465.

42 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro (11º Câmara Cível). **Apelação Cível n. 0042062-25.2015.8.19.0002-RJ**. Apelante: Sunamita Harrison Lima de Araújo Prado. Apelados: Adriana Short Soares dos Santos; Rodrigo Short Soares; Marcelo Short Soares. Relator: Desembargador Fernando Cerqueira Chagas. Rio de Janeiro, 08 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tj-rj-valida-testamento-mao-testemunhas.pdf>. Acesso em: 06, abr. de 2022.

à finalidade do ato, regularmente praticado pelo testador”<sup>43</sup>, bem como que (em Agravo Regimental no Recurso Especial 1401087-MT) “[...] ao se examinar o ato de disposição de última vontade, deve-se sempre privilegiar a busca pela real intenção do testador a respeito de seus bens, feita de forma livre, consciente e espontânea, atestada sua capacidade mental para o ato”<sup>44</sup>.

Espera-se que, com a possibilidade de armazenagem das últimas disposições em *blockchain* e sua abertura futura em juízo, evitando as perdas e deteriorações que um documento físico poderia sofrer, ganhe força a tese exposta nos julgados. Além disso, com a utilização da criptografia, a necessidade legal do testemunho presente nas três modalidades de testamento, bem como a obrigatoriedade da atuação do notário nas duas primeiras, se tornaria inócua. O testamento em *blockchain*, junto à assinatura digital de seu autor, fariam provas de si mesmas, haja vista que qualquer alteração no documento seria registrada nos blocos e passível de prova pericial<sup>45</sup>.

Não seria sequer necessária a guarda da chave do testamento com outrem, pois é possível adicionar cláusula inteligente contendo ‘prova de vida’. Com ela, o testador deverá digitar senha pessoal em determinados períodos de tempo (*e.g.* anualmente ou semestralmente) que irá adiar a abertura do documento digital. Quando morto, tal comando não será providenciado na data correta e o testamento será automaticamente executado, transferindo os criptoativos para as contas dos herdeiros testamentários. A empresa *Google* possui mecanismo semelhante para transferência de conteúdos em suas redes sociais, mas está vinculada à inatividade da conta. Não respondendo o usuário por certo tempo e, tendo este autorizado o benefício, seus dados serão prontamente excluídos ou cedidos a quem o utente determinou<sup>46</sup>.

43 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Terceira Turma). **Recurso Especial n. 828616-MG**. Recorrente: Tatiana Nesaralla Ribeiro Guimarães e outros. Recorrido: Ana Cristina Guerra Moreira. Relator: Ministro Castro Filho. Brasília, 5 de setembro de 2006. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9054539/recurso-especial-resp-828616-mg-2006-0053147-2/inteiro-teor-14234205>. Acesso em: 06, abr. de 2022.

44 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1401087-MT**. Agravante: Adriana Cristina Masotti e outro. Agravado: Maria Estela Nasser de Albuquerque Vianna. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 6 de agosto de 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863995072/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1401087-mt-2013-0290454-9/inteiro-teor-863995084>. Acesso em: 06, abr. de 2022.

45 BRIDGET, J. Crawford. **Blockchain wills**. Elisabeth Haub School of Law at Pace University, 01 de julho de 2020. Disponível em: <https://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/1158/>. Acesso em: 07, abr. de 2022. página 784.

46 **SOBRE o Gerenciador de Contas Inativas**. Google, Ajuda da Conta do Google. Disponível em: <https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=pt-BR>. Acesso em:

Se atendo a este tema, não se pode esquecer do que trouxe o provimento nº 100 do CNJ, adaptação essencial feita para a pandemia de Covid-19, mas que pode trazer reflexos futuros bastante benéficos com a criação do e-Notariado. Tal ato normativo regulamentou e permitiu que, entre outras, fosse possível a elaboração de escritura pública por meio digital, através de videoconferências e assinaturas digitais. Ou seja, hoje é completamente possível que um testamento, público ou cerrado, seja lavrado pelo notário à distância e com o auxílio de chamadas virtuais, presentes o autor e as testemunhas. A importância, nestes casos, é de que o autor siga as formalidades legais de forma digital para que sua disposição de última vontade adquira a segurança que a lei atribui aos testamentos que exigem atos cartorários<sup>47</sup>.

Inclusive, o uso de assinatura digital — que é realizada por chaves criptografadas<sup>48</sup> — potencializa a ideia exposta acima, qual seja, a permissibilidade na adoção de *blockchain* para registro de testamento privado. O assunto, de certa forma, já avançou no PL 5820 de 2019 do deputado federal Elias Vaz (PSB-GO), em que se debate a possibilidade dos codicilos serem validados através de assinatura digital. Se contiverem herança virtual, como criptoativos e suas respectivas senhas e chaves de acesso, o testamento deverá ser gravado em vídeo de forma clara e nítida, devendo exibir a data da gravação. A realização em sons e imagens, como prevê a proposta, é bem-vinda para permitir a acessibilidade de pessoas portadoras de deficiência que se utilizam de LIBRAS em sua comunicação<sup>49</sup>.

O texto original, como dito, tratava apenas dos codicilos, mas a proposta de alteração realizada pela deputada federal Alê Silva (PSL-MG) incluiu as disposições para aplicação, também, em testamentos particulares. Foi adicionada a previsão de testamento assinado digitalmente com *blockchain*, *SSL Certificate* e SHA-512, além

---

16, abr. de 2022.

47 CHIABRANDO, Camilla. Testamento **Digital e o Provimento n. 100-2020 do CNJ - validade e abertura**. In: IBDFAM - Artigos, 03 de junho de 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1468/Testamento+digital+e+o+provimento+n%C2%BA+100-2020+-do+CNJ+-+validade+e+abertura>. Acesso em: 07, abr. de 2022.

48 Cf. Art. 2º, inciso III. In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n. 100, de 26 de maio de 2020**. Dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado, cria a Matrícula Notarial Eletrônica-MNE e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3334>. Acesso em: 07, abr. de 2022.

49 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5.820, de 31 de outubro de 2019**. Dá nova redação ao art. 1.881 da Lei nº 10.406, de 2002, que institui o Código Civil. Proponente: Elias Vaz (PSB-GO). Brasília, Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1829027&filename=PL+5820/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1829027&filename=PL+5820/2019). Acesso em: 07, abr. de 2022.



de reconhecimento facial.<sup>50</sup> A desvantagem, entretanto, é que seguirá necessária a presença das testemunhas para validação do ato, na contramão da extração de todo o potencial da tecnologia, haja vista que a criptografia *blockchain* já garante a inviolabilidade do testamento.

De qualquer forma, não podemos negar que o Projeto de Lei é extremamente benéfico e avança demais na discussão do tema dos testamentos digitais particulares. Falta-lhe se enriquecer apenas no quesito de confiança, com a eliminação das formalidades testemunhais, assim como as vêm suprindo os tribunais brasileiros. Se assim fosse, o testamento particular digital criptografado se mostraria o mais seguro para disposição de chaves e senhas de carteiras de criptoativos.

#### 4.2. DA LIMITAÇÃO NA DISPOSIÇÃO VOLUNTÁRIA DOS BENS COM VALOR ECONÔMICO

Como foi destacado no tópico anterior, o testamento deve ser realizado em conformidade com a lei, ou seja, o autor da herança não pode dispor de seus bens sem qualquer tipo de limitação, já que o ordenamento jurídico brasileiro se prende a ideia de que os filhos e cônjuges do morto têm direitos certos sobre o seu patrimônio. É o que se chama de ‘legítima’, em que 50% dos bens particulares do falecido devem ser ofertados, necessariamente, ao cônjuge, descendentes e ascendentes conforme distribui a ordem de preferência do Art. 1829 do Código Civil.

Ao testar, portanto, deverá o autor se atentar à parte de seus bens que será entregue ao cônjuge, em meação, se casado em regime de comunhão parcial/ universal de bens e em participação final nos aquestos. Também não poderá dispor livremente de seus ativos digitais se superarem o quinhão obrigatório dos herdeiros legítimos (Art. 1857, §1º, CC/02). A atenção na elaboração e cálculo de valores no testamento deverá ser o mais preciso possível, evitando futura anulação ou redução judicial da disposição de vontade do *de cuius* por desrespeito a essa formalidade<sup>51</sup>.

Outra limitação decorre do caráter de bem imóvel indivisível da herança, pelo qual os coerdeiros formam um condomínio sobre a universalidade até que feita a partilha, momento em que cada quinhão se individualiza aos sucessores. O

50 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer do Relator do Projeto de Lei 5.820, de 31 de outubro de 2019**. Dá nova redação ao art. 1.881 da Lei nº 10.406, de 2002, que institui o Código Civil. Relatora: Alê Silva (PSL-MG). Parecer apresentado em 10 de agosto de 2021. Brasília, Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2054299&filename=Tramitacao-PL+5820/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2054299&filename=Tramitacao-PL+5820/2019). Acesso em: 07, abr. de 2022. página 5.

51 TARTUCE. *op. cit.* página 427.

herdeiro não pode, portanto, optar pela aceitação parcial da herança (escolhendo os criptoativos que estão valorizando e rejeitando os que estão em queda, ou preferindo somente os bens digitais em detrimento dos físicos, por exemplo), deverá fazer a aceitação ou a renúncia de forma completa e incondicional (Art. 1.808, CC/02). Há uma peculiaridade, no entanto, pois é cabível a recusa de herança a títulos diversos, consentindo na legítima e se negando à testamentária (ou *vice-versa*)<sup>52</sup>.

Outro ponto é relativo à cessão, na qual é obrigatória a outorga conjugal se o casamento se der em regimes em que há comunhão de bens com meação, pois a transferência dos criptoativos de um herdeiro de forma arbitrária poderá estar retirando do patrimônio de seu companheiro o que a ele é devido no capital comum. Isso ocorre novamente pelo caráter de bem imóvel da herança, sendo vedada a alienação ou doação sem a prévia manifestação favorável do consorte. A previsão se encontra nos incisos I e IV do Art. 1.647 do Código Civil.

Os coerdeiros também possuem obrigações entre si, como condôminos da herança que são. Não será possível ao co-sucedor dispor de seu contingente a terceiro estranho ao condomínio sem antes ofertá-lo aos demais herdeiros tanto por tanto<sup>53</sup>, ou seja, nas mesmas condições de preço, lugar, tempo e condição. O STJ adotou decisão, entretanto, que limita essa linha de raciocínio até que o bem seja, mesmo que informalmente, dividido, haja vista que extinto o condomínio e o consequente direito de preempção<sup>54</sup>. Assim sendo, se os herdeiros já houverem acordado a partilha dos criptoativos, é de cada um a liberdade de deles dispor à parte alheia.

Deve o testador, no momento de confecção do testamento, observar a situação passiva de seu patrimônio. De nada adiantará gastar tempo anotando as disposições de vontade sobre os criptoativos se existirem dívidas que inviabilizam a divisão aos herdeiros, levando em consideração que, até a feitura da partilha, o espólio responde pelos débitos do morto e, feita a partilha, respondem os herdeiros na força de seu quinhão, na proporção do que lhes cabe<sup>55</sup>.

52 Cf. §2º do Art. 1.808 do Código Civil de 2002.

53 Cf. Art. 1.794 do Código Civil de 2002.

54 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ - Quarta Turma). **Recurso Especial n. 1535968 PR 2014 0225665-3**. Recorrente: Luiz Sambugaro, Maria Vinhote Sambugaro. Recorrido: Estefano Bartchechen, Luisa Odete Bartchechen, Maria Gilda Valarini Toigo, Valdir Antônio Toigo. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 18 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://stj.jus-brasil.com.br/jurisprudencia/862023451/recurso-especial-resp-1535968-pr-2014-0225665-3/inteiro-teor-862023462>. Acesso em: 16, abr. de 2022.

55 Cf. Art. 796 do Código de Processo Civil de 2015 c/c Art. 1.792 do Código Civil de 2002.

Outro fato que não deve ser ignorado, quando se trata de criptoativos, é de que suas transações são anônimas, podendo haver casos de conluio entre o falecido e algum de seus herdeiros para transferência secreta dos criptoativos por fora da herança. O caso parece de difícil (ou quase impossível) solução por meio de medidas executivas judiciais, principalmente quando se está diante de carteira de ativos descentralizada, pois não há terceiro ao qual se possa impelir atos de anulação ou retrocessão da operação - sequer há como provar vinculação de uma carteira ao seu real proprietário, pois todas as ações em *blockchain* são criptografadas.

O único modo plausível de contornar o problema parece ser a ciência prévia de um dos herdeiros sobre a existência da carteira digital. Sabendo desse fato e, percebendo enriquecimento anormal de seu condômino, será cabível ação autônoma para, em processo judicial de conhecimento, alegar e provar que os criptoativos estão em poder ilegítimo de outrem, a fim de forçar o próprio co-sucedor a trazer tais bens ao inventário<sup>56</sup> (com fixação de multas ou transformação da quantia em perdas e danos - segundo o Art. 1.995 do CC/02).

De mais a mais, o ordenamento brasileiro não distingue os bens tangíveis e intangíveis<sup>57</sup> quanto à integração no inventário, de modo que os criptoativos do *de cuius* devem ser trazidos ao espólio e partilhados entre os herdeiros<sup>58</sup>. Pensamento contrário negará acesso aos sucessores de parte significativa dos bens do falecido, diminuindo injustificadamente o quinhão de cada um. Conseqüentemente, também lesará eventuais credores que possuíam, no patrimônio pessoal do morto, a garantia de adimplemento das dívidas contraídas em vida. Ou seja, aquele (terceiro ou próprio herdeiro) que ocultar ou se negar a inserção, no inventário, dos criptoativos de que tiver ciência ou deter consigo, estará incorrendo em sonegação de bens.

O herdeiro que sonegar (ocultar) os ativos que estiverem em sua posse, ou deles tiver ciência sem se manifestar, se presumirá de má-fé<sup>59</sup> e os perderá em benefício dos coerdeiros (CC/02, Art. 1.992). A ação pode ser movida tanto pelos

56 Cf. Art. 1.824 do Código Civil de 2002.

57 SILVEIRA, Sabrina Bicalho; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A Herança Digital: considerações sobre a possibilidade de extensão da personalidade civil post mortem**. IN: Revista dos Tribunais. Vol. 986 - 2017. páginas 277 - 306. Dez - 2017. São Paulo: Revista dos Tribunais online, 2017. página 11.

58 CASTELAN, Mayelen. **Herança Digital - Direito Sucessório no Ambiente Virtual**. Orientadora: Profa. Doutora Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão. 2021. 21 páginas. TCC (Graduação). Curso de Direito, Universidade Cesumar (UNICESUMAR), Maringá - PR. Disponível em: <https://rdu.unicesumar.edu.br/handle/123456789/9309>. Acesso: 11, abr de 2022. página 6.

59 TARTUCE. *op. cit.* página 665.

demais condôminos da herança ou pelos credores do *de cuius* e a sentença favorável aproveita aos demais herdeiros que não integravam a ação (CC/02, Art. 1994).

## CONCLUSÃO

Enfim, viu-se que, apesar das peculiaridades dos bens patrimoniais digitais, inexistem grandes diferenças em relação aos bens materiais a ponto de tornar impossível a sua disposição em testamento ou de sua inclusão no inventário. Os criptoativos e os objetos virtuais vinculados a NFT, tornando-se parte da universalidade do espólio, serão recursos passíveis de responder pelas dívidas deixadas pelo *de cuius* e, restando patrimônio ativo, poderão ser transmitidos, respeitada a porcentagem da herança legal, aos herdeiros testamentários e aos legatários.

Sendo os criptoativos bens partilháveis, devem respeitar, como quaisquer outros bens, a herança legítima e a ordem legal preferencial, bem como serem colacionados, se recebidos anteriormente por herdeiros obrigatórios (inexistindo cláusula de dispensa de colação), a título de doação como adiantamento da legítima. Aquele herdeiro que ocultar o bem verá sua quota-parte na herança passível de sofrer pena de sonegados e, sendo impossível forçá-lo a trazer os bens, poderão ser utilizadas as mais diversas medidas de execução (inclusive atípicas).

Para finalizar, vale destacar a importância da feitura de testamento dispendo sobre os bens digitais, evitando que se percam para sempre em carteiras e contas inacessíveis, sempre ponderando as vantagens e desvantagens de cada modalidade (público, cerrado e particular).

Através dos testamentos digitais, novo procedimento regulado pelo CNJ, a disposição dos bens se tornou ainda mais fácil e célere, modificações estas que ainda carecem dos aprimoramentos que estão sendo discutidos pelo Poder Legislativo e ganhando operabilidade por meio de recentes julgados do Poder Judiciário brasileiro, com destaque para o potencial que os testamentos grafados em *blockchain* podem trazer na eliminação de formalidades (como a testemunhal e cartoraria).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5.820, de 31 de outubro de 2019**. Dá nova redação ao art. 1.881 da Lei nº 10.406, de 2002, que institui o Código Civil. Proponente: Elias Vaz (PSB-GO). Brasília, Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1829027&filename=PL+5820/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1829027&filename=PL+5820/2019). Acesso em: 07, abr. de 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer do Relator do Projeto de Lei 5.820, de 31 de outubro de 2019**. Dá nova redação ao art. 1.881 da Lei nº 10.406, de 2002, que institui o Código Civil. Relatora: Alê Silva (PSL-MG). Parecer apresentado em 10 de agosto de 2021. Brasília, Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2054299&filename=Tramitacao-PL+5820/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2054299&filename=Tramitacao-PL+5820/2019). Acesso em: 07, abr. de 2022.

BRASIL. Código Civil; **Lei. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 16, abr. de 2022.

BRASIL. Código de Processo Civil; **Lei. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 16, jul. de 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n. 100, de 26 de maio de 2020**. Dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado, cria a Matrícula Notarial Eletrônica-MNE e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3334>. Acesso em: 07, abr. de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16, abr. de 2022.

BRASIL. Lei dos Direitos Autorais; **Lei. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm). Acesso em: 16, jul. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1401087-MT**. Agravante: Adriana Cristina Masotti e outro. Agravado: Maria Estela Nasser de Albuquerque Vianna. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 6 de agosto de 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863995072/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1401087-mt-2013-0290454-9/inteiro-teor-863995084>. Acesso em: 06, abr. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ - 3.<sup>a</sup> Turma). **Recurso Especial n. 1.645.672/SP**. Recorrente: ICB Comércio Locação e Serviços LTDA - ME e Italian Coffee do Brasil Indústria e Comércio LTDA. Recorrido: José Vicente Aliberti Mammana. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 22 de agosto de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/493426870/recurso-especial-resp-1645672-sp-2016-0326070-6/inteiro-teor-493426894>. Acesso em: 16, abr. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Terceira Turma). **Recurso Especial n. 828616-MG**. Recorrente: Tatiana Nesaralla Ribeiro Guimarães e outros. Recorrido: Ana Cristina Guerra Moreira. Relator: Ministro Castro Filho. Brasília, 5 de setembro de 2006. Disponível em: <https://stj>.

jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9054539/recurso-especial-resp-828616-mg-2006-0053147-2/inteiro-teor-14234205. Acesso em: 06, abr. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ - Quarta Turma). **Recurso Especial n. 1535968 PR 2014 0225665-3**. Recorrente: Luiz Sambugaro, Maria Vinhote Sambugaro. Recorrido: Estefano Bartchechen, Luisa Odete Bartchechen, Maria Gilda Valarini Toigo, Valdir Antônio Toigo. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 18 de fevereiro de 2016. Disponível: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862023451/recurso-especial-resp-1535968-pr-2014-0225665-3/inteiro-teor-862023462>. Acesso em: 16, abr. de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (4ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento n. 1.0024.13.269618-8/001 - MG**. Agravante: Darcy Bessone, Alexandre Garcia Blanco Bessone e outros, Ana Paula Bessone Reis. Agravado: Guilherme Coelho Colen. Relatora: Des. Heloisa Combat. Belo Horizonte, 6 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/937722529/agravo-de-instrumento-cv-ai-10024132696188001-belo-horizonte>. Acesso em: 16, abr. de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro (11º Câmara Cível). **Apelação Cível n. 0042062-25.2015.8.19.0002-RJ**. Apelante: Sunamita Harrison Lima de Araújo Prado. Apelados: Adriana Short Soares dos Santos; Rodrigo Short Soares; Marcelo Short Soares. Relator: Desembargador Fernando Cerqueira Chagas. Rio de Janeiro, 08 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tj-rj-valida-testamento-mao-testemunhas.pdf>. Acesso em: 06, abr. de 2022.

BRIDGET, J. Crawford. **Blockchain wills**. Elisabeth Haub School of Law at Pace University, 01 de julho de 2020. Disponível em: <https://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/1158/>. Acesso em: 07, abr. de 2022.

BUFULIN, Augusto Passamani; CHEIDA, Daniel Souto. **Direito Sucessório e a Herança Digital: uma análise em perspectiva e os desafios do ordenamento jurídico brasileiro**. IN: Revista de Direito Privado. Vol. 105 - 2020. páginas 225 - 235. Jul - Set - 2020. São Paulo: Revista dos Tribunais Online, 2020.

CASTELAN, Mayelen. **Herança Digital - Direito Sucessório no Ambiente Virtual**. Orientadora: Profa. Doutora Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão. 2021. 21 páginas. TCC (Graduação). Curso de Direito, Universidade Cesumar (UNICESUMAR), Maringá - PR. Disponível em: <https://rdu.unicesumar.edu.br/handle/123456789/9309>. Acesso: 11, abr. de 2022.

CHIABRANDO, Camilla. **Testamento Digital e o Provimento n. 100-2020 do CNJ - validade e abertura**. in: IBDFAM - Artigos, 03 de junho de 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1468/Testamento+digital+e+o+provimento+n%C2%BA+100-2020+do+CNJ+-+validade+e+abertura>. Acesso em: 07, abr. de 2022.

COINBASE, Coinbase help center. **HOW do I gain access to a deceased family member's Coinbase account?**. Disponível em: <https://help.coinbase.com/en/coinbase/managing-my-account/other/how-do-i-gain-access-to-a-deceased-family-members-coinbase-account>. Acesso em: 16, abr. de 2022.

D'AVILA, Stenislav Soares. **Relação entre tipos de tokens e modelos de negócios em blockchain.** Tese (Mestrado em Gestão) - Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Outubro de 2019.

DE SOUZA, Josiara Correia. **Herança dos Bens Digitais frente o Direito Personalíssimo do de cujus.** Orientadora: Profª. Ms. Luciângela Ferreira do Brasil. 2021. 25 páginas. TCC (Graduação). Curso de Direito, Faculdade Evangélica de Goianésia, Goianésia-GO. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/18520/1/2021-TCC-JOSIARA%20CORREIA%20DE%20SOUZA%2020%20-%20Josiara%20Correia.pdf>. Acesso em: 09, abr. de 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões.** v. 6. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. **Conceitos, limitações, aplicabilidade e desafios.** In: Juris Plenum - Doutrina - Jurisprudência. Ano 4, n. 6. 2018, páginas 2771-2808. Disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018\\_06\\_2771\\_2808.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_2771_2808.pdf). Acesso em: 11, abr. de 2022. página 2785.

FANTINI, Laiane M. Caetano. **Precisamos realmente de Jogos Blockchain? Estudo a partir dos reflexos jurídicos da propriedade de criptoativos em jogos digitais.** In: XIX SBC Games - Recife, PE. 7 - 10 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.sbgames.org/proceedings2020/IndustriaFull/210059.pdf>. Acesso em: 11, abr. de 2022.

FUNKO, Inc. **Funko enters NFT market with majority stake in TokenHead developer. Press release details.** 1 de abril de 2021. Disponível em: <https://investor.funko.com/news-and-events/press-releases/Press-Releases/2021/Funko-Enters-NFT-Market-with-Majority-Stake-in-TokenHead-Developer/default.aspx>. Acesso em: 11, abr. de 2022.

GOOGLE, Ajuda da Conta do Google. **Sobre o Gerenciador de Contas Inativas.** Disponível em: <https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=pt-BR>. Acesso em: 16, abr. de 2022.

GREGORIO, Rafael. **Mais de R\$ 162 bilhões em bitcoins podem ficar 'perdidos' após pioneiro morrer afogado.** Valor Interesse, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/mercados/cripto/noticia/2021/07/15/mais-de-r-162-bilhoes-em-bitcoins-podem-ficar-perdidos-apos-pioneiro-morrer-afogado.ghtml>. Acesso em: 16, abr. de 2022.

IGNACIO, Bruno. **"Disaster Girl" vende meme como arte digital NFT por US\$ 500 mil.** Tecnoblog, 30 de abril de 2021. Disponível em: <https://tecnoblog.net/438066/disaster-girl-vende-meme-como-arte-digital-nft-por-us-500-mil/>. Acesso em: 11, abr. de 2022.

INFOMONEY, CoinDesk Brasil. **CRÍPTOMOEDAS retomam valor de mercado de US\$ 2 trilhões com salto de altcoins, Cardano é destaque.** Infomoney – Publicado em 22 de março de 2022. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/criptomoedas-retomam-valor-de-mercado-de-us-2-trilhoes-com-salto-de-altcoins-cardano-e-destaque/>. Acesso em: 16, abr. de 2022.

INVESTING.COM. **METAVERSO: Vendas de imóveis superam US\$ 500 milhões e devem dobrar em 2022, mas há quem chame de ‘pirâmide’.** Publicado em 04 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3iSzMS7>. Acesso em: 16, abr. de 2022.

KASTRENAKES, Jacob. **Beeple sold an NFT for \$69 million.** The Verge, 11 de março de 2021. Disponível em: <https://www.theverge.com/2021/3/11/22325054/beeple-christies-nft-sale-cost-everydays-69-million>. Acesso em: 11, abr. de 2022.

MAFFINI, Maylin; FREITAS, Cinthia Obladen de Almeida. **A Herança Digital no Brasil e o Tratamento das Criptomoedas e Bitcoins como Bens Digitais.** IN: Prim@ Facie - João Pessoa, PB. v. 19. n. 40. 2020. Universidade Federal da Paraíba, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/issue/download/2437/Prim%40%20Facie%2C%20n.%2040%2C%20v.%2018%2C%202019>. Acesso em: 16, abr. de 2022.

MENGER, Carl. **Princípios da economia política.** Tradução de Luiz João Baraúna. 3 ed. Nova Cultural Editora, 1988.

NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System.** 31 de outubro de 2008. Disponível em: <https://git.dhimmel.com/bitcoin-whitepaper/>. Acesso em: 13, abr. de 2022.

NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil.** 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Moisés de. **O Testamento Digital sob a ótica do Direito brasileiro.** Orientadora: Profa. Ms. Évelyn Cintra Araújo. 2020. 31 páginas. TCC (Graduação). Curso de Direito, Centro Universitário de Goiás (UNIGOIÁS). Goiânia-GO. Disponível em: <http://repositorio.anguera.edu.br:8080/handle/123456789/393>. Acesso em: 10, abr. de 2022.

ORCUTT, Mike. **Once hailed as unhackable, blockchain are now getting hacked.** MIT Technology Review, 2019. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/2019/02/19/239592/once-hailed-as-unhackable-blockchains-are-now-getting-hacked/>. Acesso em: 16, abr. de 2022.

PARTZ, Helen. Cointelegraph Brasil. **O que acontece com seu Bitcoin quando você morre?**, 27 de novembro de 2020. Disponível em: <https://cointelegraph.com.br/news/what-happens-to-your-bitcoin-when-you-die>. Acesso em: 31, mar. de 2022.

SAISSE, Renan Cabral. **Bitcoin: A (R) Evolução Monetária Mundial.** IN: *Revista Eletrônica Direito & TI*. vol. 1, n. 6. 2016. Disponível em: <https://www.direitoeti.com.br/direitoeti/article/view/46>. Acesso em: 16, abr. de 2022.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo.** - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVEIRA, Sabrina Bicalho; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A Herança Digital: considerações sobre a possibilidade de extensão da personalidade civil post mortem.** In: *Revista dos Tribunais*. Vol. 986 - 2017. páginas 277 - 306. Dez - 2017. São Paulo: Revista dos Tribunais online, 2017.



TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das sucessões** / Flávio Tartuce. – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021

ULRICH, Fernando. **Bitcoin, a moeda na era digital**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014.

WANG, Qin; LI, Rujia; WANG, Qi; CHEN, Shiping. **Non-Fungible Token (NFT): Overview, Evaluation, Opportunities and Challenges**. In: arXiv preprint arXiv:2105.07447, Cornell University. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.48550/arXiv.2105.07447>. Acesso em: 13, abr. de 2022.

ZHAO, Sijia. O'MAHONY, Donal. **BMCProtector: A blockchain and Smart Contract Bases Application for Music Copyright Protection**. In: Proceedings of the 2018 International Conference on Blockchain Technology and Application. 2018. Disponível em: <https://dl.acm.org/doi/abs/10.1145/3301403.3301404>. Acesso em: 31, mar. de 2022.

# TELETRABALHO: REFLEXÕES INTRODUTÓRIAS NA PERSPECTIVA DA LEI Nº 14.442/2022<sup>1</sup>

TELEWORK: INTRODUCTORY REFLECTIONS FROM THE  
PERSPECTIVE OF LAW Nº 14.442/2022

Marcella Pagan<sup>2</sup>  
Caio Afonso Borges<sup>3</sup>  
Gabriela Neves Delgado<sup>4</sup>

Data de Submissão: 26/10/2022

Data de Aceite: 07/12/2022

**Resumo:** Este artigo analisa as alterações promovidas pela Lei n.º 14.442/2022 no tocante à regulamentação do teletrabalho, buscando avaliar se a referida legislação se adequa aos parâmetros constitucionais de proteção ao trabalho. A partir da identificação das mudanças ocorridas nessa modalidade de trabalho à distância, busca-se compreender os efeitos da invisibilidade digital, sobretudo

1 Artigo integrado ao conjunto das atividades de pesquisa realizadas no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UnB, na linha de pesquisa Internacionalização, Trabalho e Sustentabilidade.

2 Pós-Doutoranda em Internacionalização, Trabalho e Sustentabilidade pela Universidade de Brasília - UnB. Doutora e Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-MINAS. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Faculdade Gama Filho/RJ. Professora do Centro Universitário UNA. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa *Trabalho, Constituição e Cidadania* (UnB/CNPq). Advogada sócia do Kumaira Advogados Associados. E-mail: marcellapagani@hotmail.com

3 Mestrando e Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Membro do Grupo de Pesquisa *Trabalho, Constituição e Cidadania* (UnB/CNPq). Membro do Grupo de Pesquisa *Trabalho, Interseccionalidades e direitos* (UnB/CNPq). Assessor Jurídico no Ministério Público do Trabalho. E-mail: amancaio27@gmail.com

4 Professora Associada de Direito do Trabalho dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Pós-Doutorado em Desigualdades Globais e Justiça Social pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais e seu Colégio Latino-Americano de Estudos Mundiais (FLACSO). Pós-Doutorado em Sociologia do Trabalho pelo Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Doutora em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Pesquisadora Coordenadora do Grupo de Pesquisa *Trabalho, Constituição e Cidadania* (UnB/CNPq). Advogada. E-mail: gnevesdelgado@gmail.com

no que concerne aos riscos de não efetivação do direito fundamental à limitação da jornada de trabalho.

**Palavras-chave:** Teletrabalho. Jornada de trabalho. Tempo de trabalho. Lei n.º 14.442/2022.

**Abstract:** This article analyzes the changes promoted by Law n.º 14.442/2022 regarding the regulation of telework, seeking to evaluate whether this legislation fits the constitutional parameters of protection to work. From the identification of the changes that occurred in this modality of distance work, we seek to understand the effects of digital invisibility, especially regarding the risks of not realizing the fundamental right to limit the working hours.

**Key-words:** Telework. Working time. Time of work. Law n.º 14.442/2022.

## 1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento de novas tecnologias de comunicação digital aliado a recursos informáticos e telemáticos<sup>5</sup> possibilitou modalidades novas de comunicação em vários seguimentos da vida humana, permitindo uma reorganização empresarial e do próprio trabalho desenvolvido.

O teletrabalho tem sua origem no final do século XX, com o desenvolvimento de uma série de tecnologias de informação e comunicação que possibilitaram a realização de trabalhos em espaços geográficos alheios às dependências das empresas.

Com as inovações da era digital e o aprimoramento dos aparatos tecnológicos pelo impulso da indústria 4.0<sup>6</sup>, o teletrabalho se expandiu significativamente, sobretudo no contexto da pandemia da Covid-19 e a consequente política de distanciamento social.

Essa nova modalidade de trabalho desafia a compreensão tradicional da arquitetura espaço-tempo de trabalho<sup>7</sup>, o conceito de alteridade trabalhista e o direito à limitação da jornada de trabalho, com consequências diretas na proteção justrabalhista, considerada a perspectiva paradigmática do direito fundamental ao trabalho digno.

As reflexões deste artigo se concentrarão, primeiramente, nos parâmetros regulatórios brasileiros para o teletrabalho promovidos no pós-pandemia, com destaque para a Lei nº 14.442, de 2 de setembro de 2022. Assim, pela análise dos dispo-

5 Segundo o Dicionário Houaiss da língua portuguesa, o epíteto telemático corresponde a: “Telemática s.f. (sxx) 1. conjunto de serviços informáticos fornecidos através de uma rede de telecomunicações. 2. ciência que trata da transmissão, a longa distância, de informações computadorizadas. 3. esse tipo de transmissão ETIM fr. *télématique* (1978) “técnicas e serviços em que se associam meios de informática e de telecomunicações”, formado com o el. inicial de *télécommunication* e o el. final de *informatique*; cp. port. *tele*(comunicação) + (infor)*mática* SIN/VAR teleinformática.”. HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

6 Entende-se como Indústria 4.0 um modelo em que a tecnologia é responsável pela estruturação econômica, via rede mundial de computadores hipertrofiada. A respeito, consultar: PEREIRA, Alberto Luiz Bresciani de Fontan. *Algoritmos: caminhos ou descaminhos para o trabalho digno*. In DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Direito fundamental ao trabalho digno no século XXI: desafios e ressignificações para as relações de trabalho na era digital**. São Paulo: LTr, 2020. p. 115-125.

7 DELGADO, Gabriela Neves; BORGES, Caio Afonso. A arquitetura do espaço-tempo no teletrabalho: desafios de concretização do direito fundamental à limitação da jornada de trabalho no contexto pandêmico. **Revista Palavra Seca**, Belo Horizonte, v. 1, n.º 1, mar/ago, pp. 41-55, 2021.

sitivos alterados, propõe-se a fazer uma reflexão inicial sobre a Lei n° 14.442/2022, de forma a contribuir para se pensar em possíveis repercussões da regulação do teletrabalho em outras esferas. Em um segundo momento, a partir da identificação das mudanças ocorridas nessa modalidade de trabalho à distância, busca-se compreender os efeitos da invisibilidade digital, sobretudo no que se refere ao direito fundamental à limitação da jornada de trabalho.

## 2. TELETRABALHO NA PERSPECTIVA DA LEI N.º 14.442/2022: APONTAMENTOS GERAIS

O instituto do teletrabalho foi incluído na Consolidação das Leis do Trabalho a partir da Lei n.º 13.467/2017, que inseriu os artigos 75-A ao 75-E no texto consolidado, sendo que o primeiro artigo estabelece, de plano, que a prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto no Capítulo II-A, da CLT.

O teletrabalho foi definido inicialmente como a prestação de serviços estruturada por tecnologias de informação e comunicação, que viabilizam o trabalho fora das dependências empresariais, sem se constituir como uma modalidade de “trabalho externo”.

Assim, é preciso compreender o teletrabalho enquanto uma das espécies de “trabalho a distância”, sendo figura com regulação específica e características marcantes. Essa distinção é importante para se melhor entender as alterações postas no conceito de teletrabalho pela Lei n.º 14.442/2022.

Segundo Denise Fincato, a principal característica do teletrabalho é que ele se efetiva mediante uso de tecnologias da informação e comunicação, fora do espaço físico da empresa, cabendo ao empregador organizar sua estrutura produtiva para integrar o trabalhador remoto à sua rede de empregados, no conjunto de ações e estratégias empresariais<sup>8</sup>.

Enquanto o trabalho em domicílio se caracteriza pela realização de atividades laborais exclusivamente no ambiente doméstico, o teletrabalho pode ser executado em qualquer lugar fora do espaço físico da empresa, seja no domicílio do trabalhador ou não.

Portanto, a identificação do espaço doméstico como um espaço de trabalho é característica marcante do trabalho em domicílio, mas não necessariamente identificada no teletrabalho. Nos termos da Lei n° 13.467/2017, a configuração espacial

---

8 FINCATO, Denise. Teletrabalho na reforma trabalhista brasileira. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 8, n. 75, fev. 2019. p. 64.

do teletrabalho é eleita por critério de exclusão, ou seja, é todo lugar que não coincida com as dependências do empregador.

Contudo, com a nova redação do art. 75-B, *caput*, da CLT, dada pela Lei n.º 14.442/2022, considera-se teletrabalho “a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não configure trabalho externo”. Assim, “o comparecimento, ainda que de modo habitual, às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho ou trabalho remoto” (art. 75-B, §1º).

Este fator é preocupante quando analisado em conjunto com as duas figuras criadas pela Lei n.º 14.442/2022: o teletrabalho por jornada e o teletrabalho por produção ou tarefa (conforme redação do art. 75-B, §2º, da CLT).

Em seguida, o art. 75-B, § 3º, da CLT determina que, na hipótese de prestação de serviços em regime de teletrabalho por produção ou tarefa, não sejam aplicadas as normas de controle de jornada presentes no Capítulo II do Título II da CLT. Essa última disposição, por sua vez, é confirmada pela alteração do inciso III, do art. 62, da CLT, que elenca as hipóteses não abrangidas pela regulação da jornada de trabalho.

A modalidade de trabalho regulada por produção incide tanto em questões relacionadas à jornada de trabalho quanto na remuneração do trabalhador<sup>9</sup>. Nesse regime, se, por um lado, o controle do tempo de trabalho fica vinculado à satisfação total das demandas as quais se esperam ver cumpridas, de outro lado, a remuneração do trabalhador pode variar de acordo com a sua capacidade de produção e não de acordo com a sua disponibilidade de tempo perante o empregador.

Jornada e remuneração são vetores básicos que compõem a vivência de trabalho e, portanto, não podem ser dissociadas. Ao destituir a forma de regulação do trabalho que considera o tempo de execução e o tempo de disponibilidade do empregado perante o empregador em prol de um estatuto que se baseia apenas e exclusivamente na capacidade produtiva do trabalhador, acaba-se por desconsiderar o conceito completo de “tempo de trabalho”, enquanto elemento constitutivo da experiência humana.

---

9 Para uma discussão mais aprofundada sobre o tema da estruturação da precificação e do assalariamento por peça, ver: OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Dependência econômica e plataformas digitais de trabalho: desvendando as estruturas da precificação e assalariamento por meios digitais. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, v. 31, n.1, pp. 33-76, jan-jun 2021.

Foram identificados, então, três elementos na regulação dada pela Lei n.º 14.442/2022: (i) a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não; (ii) a criação da modalidade de teletrabalho por produção ou por tarefa; e (iii) a exclusão da incidência do controle de jornada sobre o teletrabalho na modalidade por produção ou tarefa.

Portanto, desenha-se um cenário em que o empregador pode exigir que o trabalhador esteja de forma proporcional mais presente nas dependências empresariais do que fora dela e, ainda assim, não realizar o controle da sua jornada de trabalho por submetê-lo ao regime de teletrabalho por produção ou tarefa, inviabilizando, por completo, a efetivação do direito fundamental à limitação da jornada de trabalho.

Essa nova forma de regulação do teletrabalho abre espaço para uma subversão do tempo e do espaço de trabalho ao franquear a possibilidade de que o trabalhador esteja presencialmente nas dependências da empresa, sem controle de jornada.

Não obstante a flexibilização em relação à jornada de trabalho na modalidade de teletrabalho por produção ou tarefa, nos moldes da Lei n.º 14.442/2022, houve avanço na compreensão do uso das tecnologias digitais como meios de trabalho.

Com a criação da figura do teletrabalho por jornada, a nova legislação reconheceu a possibilidade de controle da jornada do teletrabalhador, por meio de ferramentas digitais à disposição.

Acresça-se, ainda, que o legislador, com o intuito de afastar qualquer celexima jurídica, estabeleceu que o teletrabalho não pode ser confundido ou equiparado ao trabalho realizado em telemarketing ou em teleatendimento, como se depreende do § 4º, do art. 75-B, da CLT.

De toda forma, algumas dificuldades permanecem. Por exemplo, se porventura se considerar que a situação em que o teletrabalhador utilize equipamentos tecnológicos fora de sua jornada normal não será considerado tempo à disposição ou de prontidão/sobreaviso (art. 75-B, §5º, CLT). Assim, assenta-se terreno para que ele seja acionado a qualquer momento pelo empregador e imediatamente comece a trabalhar, sem que seja devidamente remunerado.

Esse dispositivo é representativo das dificuldades impostas pelas tecnologias digitais aplicadas ao âmbito do trabalho. Do mesmo modo que a desconsideração da prontidão, do sobreaviso ou do tempo à disposição favorece a dinâmica empresarial em detrimento do tempo de desconexão do trabalhador, essa previsão pode impor dificuldades probatórias para definir se de fato o trabalhador se ativou imediatamente após o acionamento pelo empregador. Além disso, não se pode des-

considerar a hipótese de o trabalhador seguir trabalhando mesmo que oficialmente após (fora) da jornada de trabalho normal pactuada com seu empregador. Neste caso, há de se considerar este tempo como tempo de jornada para todos os efeitos justralhistas.

Outro ponto de reflexão a ser destacado está no § 6º, do art. 75-B, da CLT, incluído pela Lei n.º 14.442/2022, que permite a adoção do regime de teletrabalho ou trabalho remoto para estagiários e aprendizes, o que precisa ser visto com prudência, em razão das dificuldades de efetivação da finalidade educacional-profissionalizante do trabalho nesses casos.

Para fins de dirimir controvérsias sobre qual legislação seria aplicável ao teletrabalhador, a Lei n.º 14.442/2022 estabelece, pela inclusão do § 7º, do art. 75-B, da CLT, que ao empregado em teletrabalho serão aplicadas as disposições previstas na legislação local e nos acordos coletivos de trabalho tendo como base territorial a do estabelecimento de lotação do empregado.

Já nos casos de possíveis conflitos de aplicação de normativas internacionais, o § 8º, do art. 75-B, da CLT consagrou a legislação brasileira como a regente do contrato de trabalho admitido no Brasil, “excetuadas as disposições constantes da Lei n.º 7.064, de 6 de dezembro de 1982, salvo disposição em contrário estipuladas entre as partes”.

O último dispositivo incluído no art. 75-B, da CLT, pela Lei n.º 14.442/2022, foi o § 9º, que estabelece que os horários e os meios de comunicação entre empregado e empregador poderão ser dispostos por meio de acordo individual, “desde que assegurados os repousos legais”.

Apesar deste dispositivo permitir que matérias relacionadas à jornada de trabalho sejam negociadas por meio de acordo individual entre empregado e empregador, é oportuno destacar que a Constituição da República, em seu art. 7º, inciso XIII, já determinou que temas afetos à duração do trabalho devem ser transacionados por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho. Ademais, a CLT assentou expressamente, em seu art. 611-A, que essa matéria será objeto de convenção ou acordo coletivo de trabalho, de modo que referida previsão da Lei n.º 14.442/2022 encontra-se eivada de vício constitucional e legal.

Ainda que a opção pelo teletrabalho seja objeto de pactuação individual, demais temas afetos aos direitos fundamentais trabalhistas não podem ser transacionados sem que haja mediação sindical, sobretudo considerando a vulnerabilidade do empregado em face do empregador.



Por outro lado, o legislador estabeleceu formalidades na contratação do teletrabalhador, na medida em que se exigiu que tal modalidade de prestação de serviço esteja expressamente prevista no contrato de trabalho (art. 75-C, da CLT).

Com efeito, permitiu-se a alteração do regime presencial para o teletrabalho, desde que haja acordo mútuo entre as partes, devidamente registrado por aditivo contratual (§ 1º, do art. 75-C, da CLT). Já no que diz respeito à alteração do teletrabalho para o regime presencial, o legislador permitiu que o empregador o faça, independentemente da concordância do empregado, desde que observado o prazo mínimo de transição de quinze dias (§ 2º, do art. 75-C, da CLT). Contudo, nesse último caso, não haverá responsabilidade do empregador pelas despesas que, por ventura, possam surgir em razão do retorno ao regime presencial, desde que tenha sido opção do empregado realizar o teletrabalho fora da localidade prevista no contrato (§ 3º, do art. 75-C, da CLT).

Avançando nas normas do Capítulo II-A da CLT, o art. 75-D dispõe que as responsabilidades pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e de infraestrutura para a prestação do trabalho remoto e pelo reembolso de eventuais despesas arcadas pelo empregado devem ser definidas em contrato de trabalho.

Ocorre que a indefinição legislativa pode gerar impasses, notadamente quando o contrato de trabalho não fixar nada a respeito. Além do mais, contrariando o princípio da proteção e o da imperatividade das normas trabalhistas, atribuiu-se aos sujeitos da relação de emprego irrestrita autonomia para estipulação contratual. Bruno Fonseca inclusive adverte para os riscos decorrentes desse dispositivo legal, já que o contrato de trabalho é um típico contrato de adesão em que, a princípio, inexistente espaço de negociação de suas cláusulas por parte do trabalhador<sup>10</sup>.

Em acréscimo, o art. 75-D abre margem a uma possível permissão legal para a transferência ao empregado dos riscos do negócio, o que, de certo modo, contra-

---

10 Em seu artigo, o autor sustenta a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal por entender que, além de criar um fator injustificado de discriminação quando cotejado com os empregados em regime presencial, viola o direito fundamental ao trabalho digno (CR/1988, arts. 1º, III, 6º e 170), o valor social do trabalho (CR/1988, arts. 1º, IV, e 170), o direito fundamental ao meio ambiente laboral adequado e/ou o direito a saúde e segurança no trabalho (CR/1988, arts. 7º, XXII, 196, 200, VIII, e 225) e a proibição de discriminação nas relações trabalhistas (CR/1988, arts. 5º, *caput*, 7º, XXX, XXXI e XXXII). FONSECA, Bruno Gomes Borges da. (In)Constitucionalidade de preceitos do regime de teletrabalho na CLT – Parte I. **Jornal ESHoje**. Disponível em: <https://eshoje.com.br/2022/09/inconstitucionalidade-de-preceitos-do-regime-de-teletrabalho-na-clt-parte-i/> Acesso em: 21 out. 2022.

diz o disposto no art. 2º, da CLT, que determina a alteridade do empregador nessas situações.

É claro que na hipótese do fornecimento de equipamentos e infraestrutura necessários para o teletrabalho ficar a cargo do empregador, tais utilidades não integrarão a remuneração do empregado, visto se tratar de parcela meramente instrumental, imprescindível à realização do trabalho remoto (§ único, do art. 75-D, da CLT).

O art. 75-E, da CLT, inalterado pela Lei n.º 14.442/2022, atribui ao empregador o dever de instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a serem tomadas para evitar doenças e acidentes de trabalho, o que conta com uma contrapartida do empregado de assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador (§ único, do art. 75-E, da CLT). Essa disposição, conforme destaca Bruno Fonseca, não se mostra suficiente para “cumprir com o sistema normativo de saúde e segurança no trabalho”<sup>11</sup>. As meras instruções pelo empregador e a assinatura de termo pelo empregado não são capazes de garantir o equilíbrio do meio ambiente de trabalho, podendo implicar em violações a direitos fundamentais como o do meio ambiente laboral adequado e a saúde no trabalho, inscritos nos arts. 7º, inciso XXII, 196, 200, inciso VIII e 225, do Texto Constitucional<sup>12</sup>.

Por fim, não houve alteração da CLT quanto ao critério de prioridade a ser seguido pelos empregadores na alocação de empregados em vagas para atividades que possam ser efetuadas por meio do teletrabalho ou do trabalho remoto. O art. 75-F confere essa prioridade de alocação a empregados com deficiência e aos empregados com filhos ou criança sob guarda judicial de até quatro anos de idade.

Diante disso, percebe-se que a Lei n.º 14.442/2022 traz ao mundo jurídico questões controversas quanto à regulação de direitos fundamentais trabalhistas na modalidade de teletrabalho.

11 FONSECA, Bruno Gomes Borges da. (In)Constitucionalidade de preceitos do regime de teletrabalho na CLT – Parte II. **Jornal ESHoje**. Disponível em: <https://eshoje.com.br/2022/10/inconstitucionalidade-de-preceitos-do-regime-de-teletrabalho-na-clt-parte-ii/> Acesso em: 21 out. 2022.

12 FONSECA, Bruno Gomes Borges da. (In)Constitucionalidade de preceitos do regime de teletrabalho na CLT – Parte II. **Jornal ESHoje**. Disponível em: <https://eshoje.com.br/2022/10/inconstitucionalidade-de-preceitos-do-regime-de-teletrabalho-na-clt-parte-ii/> Acesso em: 21 out. 2022.

### 3. TELETRABALHO: ALGUNS RISCOS JURÍDICOS DECORRENTES DA INVISIBILIDADE DIGITAL

Conceber o Direito do Trabalho a partir das lentes constitucionais é central para a proteção ampla e suficiente do trabalhador, principalmente quando ele se integra a um trabalho amparado pela tecnologia informacional, como é o caso do teletrabalho. Daí a necessidade de compreender os artigos 75-A e seguintes, da CLT, com as alterações promovidas pela Lei n.º 14.442/2022, a partir dos parâmetros constitucionais de proteção ao trabalho.

Excluir o teletrabalhador que presta serviço por produção ou tarefa do regramento do capítulo II, do título II, da CLT, que trata do controle da jornada de trabalho – como estabelecido no inciso III, do art. 62, da CLT, com as alterações da Lei n.º 14.442/2022 – além de violar o princípio da não discriminação, dificulta a concretização do direito fundamental à limitação da jornada de trabalho (art. 7º, inciso XIII, da CR/88).

Em razão da centralidade da limitação constitucional da jornada, o seu desrespeito pode comprometer o direito à saúde, ao lazer, ao descanso e à desconexão laboral. Portanto, mister estabelecer um padrão civilizatório mínimo, de modo que o teletrabalhador, seja ele contratado por produção ou por jornada, esteja submetido a um trabalho eficazmente regulado e protegido.

As inovações tecnológicas aplicadas às novas morfologias de trabalho permitem uma disponibilidade ilimitada do trabalhador, já que se tem verificado que todo o tempo disponível tem se tornado tempo de trabalho. Tal situação se acentua quando se trata de teletrabalhadores que trabalham na própria residência. Além de não haver uma delimitação do espaço de trabalho, também não há clareza sobre o tempo de trabalho, sendo que todo o tempo é direcionado à realização do trabalho.

A partir de dados colhidos em 2021 pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) identificou que 20,4 milhões de pessoas desempenham atividades que podem ser realizadas de forma remota<sup>13</sup>. A pesquisa ainda indicou que, nesse grupo, há um predomínio de

13 GÓES, Geraldo Sandoval; MARTINS, Felipe dos Santos; ALVES, Vinícius de Oliveira. **O teletrabalho potencial no Brasil revisitado: uma visão espacial**. Rio de Janeiro: Ipea, 2022. (Carta de Conjuntura, n. 55), p. 1. Disponível em: <[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/220526\\_nota\\_20\\_teletrabalho\\_no\\_brasil\\_final.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/220526_nota_20_teletrabalho_no_brasil_final.pdf) > Acesso em 12 dez 2022.

mulheres (58,3%); de pessoas brancas (60%), com nível superior completo (62,8%), e tem idade entre 20 e 49 anos (71,8%)<sup>14</sup>.

Muito embora o recorte metodológico do artigo não seja a análise a respeito das consequências do teletrabalho e sua regulação sobre o trabalho da mulher, os dados acima servem como um indicador de que a nova regulamentação do teletrabalho implica em um maior impacto sobre o segmento feminino. Seja pela tendência do capital de mercadorizar e transpor atividades da esfera do trabalho reprodutivo (historicamente associadas às mulheres) para a do trabalho produtivo, seja pela tendência correlatada de precarização dos postos de trabalho assumidos por mulheres, conforme aponta Ursula Huws<sup>15</sup>.

O tempo no teletrabalho é, conforme aponta Denise Fincato, atemporal e flexível<sup>16</sup>, uma vez que ele vai perdendo suas delimitações rígidas antes estabelecidas pela jornada de trabalho. A falta de controle da jornada faz com que a métrica do trabalho seja a execução de demandas, independentemente do tempo utilizado para cumpri-las.

A partir dessa constatação, Gabriela Neves Delgado e Caio Borges apontam que “as fronteiras temporais do trabalho se esfumam, ficando o trabalhador de frente a uma jornada excessiva habitual, na medida em que é patente a necessidade de cumprir as metas impostas”, metas essas que sempre se avolumam, em razão das exigências empresariais de qualidade total e desempenho ininterrupto<sup>17</sup>.

As alterações promovidas pela Lei n.º 14.442/2022 acentuaram essa distorção, já que os limites conceituais do teletrabalho foram ampliados, permitindo compreender como tal aquele trabalho que não seja realizado preponderantemente fora das dependências do empregador, como estatuído no *caput*, do art. 75-B, da CLT.

---

14 GÓES, Geraldo Sandoval; MARTINS, Felipe dos Santos; ALVES, Vinícius de Oliveira. **O teletrabalho potencial no Brasil revisitado: uma visão espacial**. Rio de Janeiro: Ipea, 2022. (Carta de Conjuntura, n. 55), p. 4. Disponível em: <[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/220526\\_nota\\_20\\_teletrabalho\\_no\\_brasil\\_final.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/220526_nota_20_teletrabalho_no_brasil_final.pdf)> Acesso em 12 dez 2022. O Instituto esclarece que não existem dados oficiais de quantas pessoas no Brasil trabalham remotamente.

15 HUWS, Ursula. **A formação do cibertariado: trabalho virtual em um mundo real**. Campinas: Editora da Unicamp, 2017. p. 53-54, 58-59, 72, 79-81 e 86.

16 FINCATO, Denise. Teletrabalho na reforma trabalhista brasileira. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 8, n. 75, fev. 2019, p. 70

17 DELGADO, Gabriela Neves; BORGES, Caio Afonso. A arquitetura do espaço-tempo no teletrabalho: desafios de concretização do direito fundamental à limitação da jornada de trabalho no contexto pandêmico. **Revista Palavra Seca**, Belo Horizonte, v. 1, n.º 1, mar/ago, 2021. p. 48.

Além disso, a previsão do § 1º, do art. 75-B, da CLT, que permite que o teletrabalhador compareça habitualmente às dependências do empregador sem que tal situação descaracterize o instituto do teletrabalho, pode contribuir para o excesso do tempo de trabalho. Isso porque a pseudo ausência de controle de jornada possibilita que o teletrabalhador, submetido a um regime de produção, tenha que comparecer à sede da empresa para a realização de atividades que podem não ser tipicamente computadas nas suas metas, mas que necessariamente são consideradas como trabalho.

Um exemplo, é o teletrabalhador que realiza a edição de vídeos para o setor de *marketing* da empresa, cuja métrica de trabalho normalmente leva em consideração a quantidade de material produzido, o que guarda semelhanças com um trabalho por peça. No entanto, se esse mesmo trabalhador tiver que dispender parte do seu tempo para comparecer habitualmente à empresa para participar de reuniões com a equipe, aquele tempo representaria um elástico da sua jornada de trabalho sem nenhuma contrapartida econômica, visto que o cálculo salarial tem como parâmetro exclusivo a produtividade e o não o tempo à disposição.

Geralmente, o teletrabalho se vincula à produtividade do trabalhador, circunstância que tende a levar ao elástico da jornada de trabalho. Contudo, o aumento do tempo de trabalho não proporciona aumento da remuneração. Ao contrário, implica no rebaixamento do valor do preço do trabalho.

Além disso, as novas tecnologias de informação e comunicação podem contribuir para mascarar a exploração no trabalho, na medida em que permitem que o teletrabalhador fique conectado ao trabalho ininterruptamente, ocasionando o que se chama de **invisibilidade digital no trabalho**.

A invisibilidade digital no trabalho está fortemente atrelada ao uso da tecnologia como mediadora dessa atividade laboral. Segundo Winifred Poster, em determinados contextos, “a tecnologia impede que o trabalhador seja visto por usuários ou consumidores finais e, às vezes, pelo empregador que o contrata. Também obscurece quais tarefas são realizadas por humanos e quais são realizadas por computadores”, podendo chegar ao limite de eliminar as fronteiras entre lazer e trabalho. Esse processo, no entanto, implica riscos aos trabalhadores, uma vez que “perdem a compreensão de seu papel nos processos produtivos e conexão com o trabalho”<sup>18</sup>.

---

18 POSTER, Winifred; GROHMANN, Rafael. Trabalho invisível e lutas de trabalhadores em contextos digitais: entrevista com Winifred Poster. **DIGILABOUR**. Disponível em: <https://digilabour.com.br/2020/08/23/trabalho-invisivel-e-lutas-de-trabalhadores-em-contextos-digitais-entrevista-com-winifred-poster/> Acesso em 21 out 2022.

Desse modo, quando analisada à luz da dissolução dos limites de jornada de trabalho do teletrabalho, a invisibilidade digital no trabalho permite compreender dinâmicas de desvalorização do trabalho, à proporção que o trabalhador labora muito mais sem a correspondente contraprestação remuneratória. Além disso, a circunstância de autogestão do tempo de trabalho, que tende a ser ilusória, implica na possibilidade real de elastecimento da jornada de trabalho

Assim, é importante descortinar a falácia de não ser possível o controle da jornada na modalidade de teletrabalho por produção ou tarefa. Ora, a Revolução Digital possibilitou o surgimento de novas formas automatizadas que permitem o gerenciamento algorítmico do trabalho, com a identificação de todas as ações tomadas pelo trabalhador durante o uso dos aparelhos eletrônicos, bem como o horário de cada uma delas. Se esse controle minucioso das tarefas elaboradas pelo trabalhador é facilmente viável, contando com um suporte tecnológico de vigilância altamente sofisticado, também seria possível o controle da jornada em qualquer modalidade de teletrabalho, de forma a permitir seu controle e garantir sua limitação conforme parâmetros constitucionais vigentes.

Portanto, é seguro afirmar que as alterações na regulamentação do teletrabalho, promovidas pela Lei n.º 14.442/2022, exacerbaram as possibilidades de elastecimento da jornada sem que haja parâmetros máximos e consequente contrapartida remuneratória em favor do trabalhador, evidenciando a pertinência da invisibilidade digital para caracterizar e apontar os riscos da nova regulamentação dessa modalidade de trabalho.

#### 4. CONCLUSÃO

Conforme visto, o teletrabalho é resultado das novas morfologias de trabalho surgidas a partir do final do século XX e início do XXI, em virtude da popularização das tecnologias de informações e comunicação, bem como do uso de instrumentos telemáticos no ambiente de trabalho.

Por outro lado, não há como negar que as tecnologias digitais contribuem para a fusão da vida privada com a vida profissional dos teletrabalhadores, exigindo deles trabalho incessante, produtividade exacerbada e dedicação para além dos limites da jornada de trabalho, de modo que a vida fora do trabalho tende a se confundir com a vida dentro do trabalho.

Desse modo, na modalidade de teletrabalho, tem-se verificado significativo esvaziamento da proteção trabalhista pela imposição de (des)regulamentações que visam a afastar a incidência de parâmetros protetivos de proteção ao trabalho pau-

tados nos direitos fundamentais, como a limitação da jornada, a saúde e a segurança no trabalho e o meio ambiente de trabalho equilibrado.

É nesse cenário que a Lei n.º 14.442/2022, que deu nova roupagem aos contornos do teletrabalho, trouxe ao mundo jurídico questões controversas quanto à regulação de direitos fundamentais trabalhistas na modalidade de teletrabalho. Entre as consequências dessas novas regras pode-se identificar um aprofundamento dos processos de invisibilidade digital pela aguda exclusão das balizas temporais no teletrabalho, que acabam impondo riscos e desafios ao teletrabalhador, sobretudo quanto à efetivação do direito fundamental à limitação da jornada de trabalho.

Pensar caminhos para superar a invisibilidade digital e os novos parâmetros regulatórios do teletrabalho é tarefa que exige a defesa intransigente das conquistas sociais constitucionalmente postas. Para tanto, sustentar a aplicação da jornada constitucional ao teletrabalhador é imprescindível para se assegurar proteção ampla aos direitos fundamentais, além de conferir substância à essência teleológica do Direito do Trabalho como instrumento civilizatório e de dignidade ao trabalho humano.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DELGADO, Gabriela Neves; BORGES, Caio Afonso. A arquitetura do espaço-tempo no teletrabalho: desafios de concretização do direito fundamental à limitação da jornada de trabalho no contexto pandêmico. **Revista Palavra Seca**, Belo Horizonte, v. 1, n.º 1, mar/ago, pp. 41-55, 2021

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

FINCATO, Denise. Teletrabalho na reforma trabalhista brasileira. **Revista eletrônica do TRT 9ª Região**. Curitiba, PR, v. 8, n. 75, p. 58-72, fev. 2019. Disponível em: <http://hdl.handle.net/20.500.12178/152290>. Acesso em: 30/03/2021.

FINCATO, Denise. Saúde, higiene e segurança no teletrabalho. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 3, n. 9, p. 101-123, 2009. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/467>. Acesso em: 30/03/2021.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. (In)Constitucionalidade de preceitos do regime de teletrabalho na CLT – Parte I. **Jornal ESHoje**. Disponível em: <https://eshoje.com.br/2022/09/inconstitucionalidade-de-preceitos-do-regime-de-teletrabalho-na-clt-parte-i/> Acesso em: 21 out. 2022

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. (In)Constitucionalidade de preceitos do regime de teletrabalho na CLT – Parte II. **Jornal ESHoje**. Disponível em: <https://eshoje.com.br/2022/10/inconstitucionalidade-de-preceitos-do-regime-de-teletrabalho-na-clt-parte-ii/> Acesso em: 21 out. 2022.

GÓES, Geraldo Sandoval; MARTINS, Felipe dos Santos; ALVES, Vinícius de Oliveira. **O teletrabalho potencial no Brasil revisitado: uma visão espacial**. Rio de Janeiro: Ipea, 2022. (Carta de Conjuntura, n. 55). Disponível em: <[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/220526\\_nota\\_20\\_teletrabalho\\_no\\_brasil\\_final.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/220526_nota_20_teletrabalho_no_brasil_final.pdf) > Acesso em 12 dez 2022.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUWS, Ursula. **A formação do cibertariado: trabalho virtual em um mundo real**. Campinas: Editora da Unicamp, 2017.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Dependência econômica e plataformas digitais de trabalho: desvendando as estruturas da precificação e assalariamento por meios digitais. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, v. 31, n.1, pp. 33-76, jan-jun 2021

PEREIRA, Alberto Luiz Bresciani de Fontan. Algoritmos: caminhos ou descaminhos para o trabalho digno. In DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Direito fundamental ao trabalho digno no século XXI: desafios e ressignificações para as relações de trabalho na era digital**. São Paulo: LTr, 2020.

POSTER, Winifred; GROHMANN, Rafael. Trabalho invisível e lutas de trabalhadores em contextos digitais: entrevista com Winifred Poster. **DIGILABOUR**. Disponível em: <https://>



[digilabour.com.br/2020/08/23/trabalho-invisivel-e-lutas-de-trabalhadores-em-contextos-digi-  
tais-entrevista-com-winifred-poster/](https://digilabour.com.br/2020/08/23/trabalho-invisivel-e-lutas-de-trabalhadores-em-contextos-digita-<br/>tais-entrevista-com-winifred-poster/) Acesso em 21 out 2022.

# MULHERES NO CÁRCERE, MULHERES DO CRACK: A DELINQUÊNCIA FEMININA COMO AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

WOMEN IN PRISON, CRACK WOMEN: FEMALE DELINQUENCY  
AS A LACK OF PUBLIC POLICY

*Maria Inês Lopa Ruivo<sup>1</sup>*

*Eliane Vieira Lacerda Almeida<sup>2</sup>*

*Lorena Medeiros Toscano de Brito<sup>3</sup>*

Data de Submissão: 25/03/2022

Data de Aceite: 31/08/2022

**Resumo:** Apesar de contestável pelo poder hegemônico, a mulher também pode ter um perfil recorrente no envolvimento de ilícitos penais. Todavia, por muito tempo os estudos de criminologia se restringiam a explicar a participação criminal da mulher ao seu envolvimento amoroso com homens que delinquem. Partindo da premissa que essa justificativa não dá conta de explicar o aumento do encarceramento de mulheres por envolvimento no tráfico de drogas, este estudo objetiva analisar o perfil das mulheres encarceradas no Brasil de forma a oferecer subsídios para melhor compreensão da criminalidade feminina. A hipótese que sustenta o estudo é que a feminização da pobreza tem uma influência na delinquência feminina, de forma que o gênero não é um fator que deva ser desprezado nos estudos de criminologia. Partindo de procedimento

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Transformação Social (PPGD/UNIRIO). E-mail: inesruivocp2@gmail.com.

2 Doutoranda em Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismo pela Universidade Federal da Bahia, com bolsa pela CAPES. Mestra em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Transformação Social e do Projeto Countering the Backlash, Reclaiming Gender Justice. Pesquisadora externa do Painel Acessibilidade. E-mail: eliane.lacerda@ufba.br.

3 Mestranda em Direito Constitucional na Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Constitucional pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Bolsista CAPES. Integrante do grupo de pesquisa Direito, Estado e Feminismos (PPGD/UFRN) e Direito e Transformação Social (PPGD/UNIRIO). E-mail: toscanolorena@gmail.com.

metodológico de levantamento bibliográfico e documental, este estudo analisou o perfil feminino a partir das seguintes categorias de análise: idade, raça, escolaridade, renda, maternagem e estado civil. A conclusão a que se chegou é que a delinquência feminina é resultado da ausência de políticas públicas e insuficiência do Estado de forma sistêmica e, ainda que haja relação entre o crime cometido pelas mulheres e seus parceiros amorosos, essa escolha afetiva parece decorrer de uma situação de pobreza anterior.

**Palavras-chave:** Tipo penal. Tráfico de Drogas. Encarceramento Feminino. Seletividade Penal.

**Abstract:** Although questionable by hegemonic power, women may also have a recurring profile in the involvement of criminal offences. However, for a long time, criminology studies limited themselves to explaining the criminal involvement of women to their romantic involvement with men they delineate. Assuming that this justification does not explain the increase in the incarceration of women for involvement in drug trafficking, This study aims to analyze the profile of women incarcerated in Brazil in order to offer subsidies for a better understanding of female crime. The hypothesis that supports the study is that the feminization of poverty has an influence on female delinquency, so that gender is not a factor that should be disregarded in criminology studies. Based on a methodological procedure of bibliographic and documentary survey, this study analyzed the female profile from the following categories of analysis: age, race, schooling, income, maternal status and marital status. The conclusion reached is that female delinquency is the result of the absence of public policies and insufficiency of the state in a systemic way and, although there is a relationship between the crime committed by women and their loving partners, this affective choice seems to stem from a previous poverty situation.

**Keywords:** Criminal type. Drug Trafficking. Female Incarceration. Criminal Selectivity.

## INTRODUÇÃO

O cárcere no Brasil perpassa uma violação massiva de direitos fundamentais. Isso porque, além de uma população prisional acentuada, o Poder Público se omite quanto a efetivação de políticas públicas nas prisões e a consequência da resolução desse problema público frente aos seres humanos aprisionados. Ao estudar a população encarcerada, quando aplicamos o recorte de gênero, podemos perceber a dinâmica de desvantagem que a mulher ocupa em sociedade. Por razões histórico-sociais o espaço público não lhe foi concedido, tampouco a possibilidade de ser vista em outros papéis, como fora do lar e do comportamento afetivo que deveria demonstrar.

Então, rotineiramente, quando mencionamos o sistema prisional também resgatamos com ele o peso do estereótipo. Desde o ano 2000 até o ano de 2017, dados do último levantamento do Relatório Temático de Mulheres Privadas de Liberdade, em que percebe-se um crescimento exponencial dos números, em torno de 675%, considerando o número de detentas no fim de 2017<sup>4</sup>. Essas, em sua maioria, são jovens, possuindo entre dezoito e vinte e quatro anos (22,11%) e se autodeclararam negras (63,55%), por fim, há alto índice de evasão escolar, com parcela que nem sequer completou o ensino fundamental (44%).

Ao lado dos dados sobre o aprisionamento, tem-se que o Brasil tem uma política combativa ao uso de drogas repressivas, que representa o crime que mais encarcera mulheres. Nessa perspectiva, também ressalta-se a feminização da pobreza, no qual o gênero feminino experimenta, já que lida com a informalidade do mercado de trabalho e precisaria recorrer a atividades diversas e, em alguns casos, ilícita. A partir disso, indaga-se: a pobreza e baixa escolaridade das mulheres que compõem os dados acima, estariam dentro do conceito de feminização da pobreza?

Assim, o objetivo deste artigo é analisar o perfil das mulheres encarceradas no Brasil por delitos relacionados ao tráfico de drogas, de forma a oferecer subsídios para melhor compreensão da criminalidade feminina, entendendo a mulher como um sujeito autônomo e não diretamente relacionada às práticas criminosas de seu parceiro amoroso. A hipótese que sustenta o estudo é que a feminização da pobreza tem uma influência na delinquência feminina, de forma que o gênero não é um fator que deva ser desprezado nos estudos de criminologia.

---

4 Dado recolhido através do Ministério da Justiça e Segurança Pública, avaliado a partir de 2005, mediante catalogação gráfica. Disponível em: <http://observatoriodesigualdades.fjp.mg.gov.br/?p=975> Acesso em: 13 de out. 2021.

Para tanto, foi desenvolvido um levantamento bibliográfico em livros e artigos científicos sobre criminalidade, em especial os estudos que traziam o gênero como categoria de análise. De igual forma, foi realizada pesquisa documental junto aos órgãos públicos que tratam de segurança pública.

Por ser um tema inacabado, de problemática atual e crescente, ele se reveste de justificativa suficiente para se mostrar relevante, trazendo chances metodológicas para suprirem as lacunas acadêmicas sobre o super encarceramento feminino, o delito que mais encarcera, a seletividade penal e a feminização da pobreza como consequência que alimenta os dados deste estudo.

A pesquisa que segue foi dividida, em um primeiro momento, para analisar a mulher encarcerada, a divisão entre idade, raça, escolaridade, renda, maternagem e estado civil. Por ser condições que influenciam a inserção social e, ao mesmo tempo, também pode ser motivo para que elas venham a recorrer a várias fontes de renda para conseguir o mínimo existencial. Em seguida, foram apresentados dados sobre o sistema prisional brasileiro.

## 1. CRIMINALIDADE, MULHERES E A DINÂMICA SOCIAL

Tradicionalmente, ao retratar a criminalidade feminina e masculina, as diferenças se baseiam na imagem pré-definida da mulher como “naturalmente dócil, passiva e menos suscetível à prática de comportamentos violentos” (WALKER, 2003, p. 306). A ausência de atenção aos crimes femininos se deve às expectativas sobre os papéis desenhados pelas posições sociais, reconhecendo as mulheres a ausência de uma figura violenta (GOETTING, 1988).

Ainda que se questione a existência de uma imagem universal de mulher, há fatores biológicos que especialmente vulnerabilizam pessoas do sexo feminino. Nesse sentido, Nicolau *et al* (2012) destacaram que, em comparação aos homens presos, as mulheres encarceradas são mais suscetíveis às doenças sexualmente transmissíveis e a contrair o vírus HIV. O mesmo estudo apontou ainda a precariedade da prestação dos serviços de prevenção no cárcere. De forma que o ambiente prisional, do ponto de vista da saúde, é especificamente desfavorável para as mulheres.

Nesse sentido, dados recentes mostram o oposto da visão tradicional, bem assim, o aumento do encarceramento feminino em presídios sob violação de direitos humanos. Enquanto as estruturas patriarcais tentam esculpir as mulheres universalmente na docilidade, diversas estudiosas de gênero questionam uma falsa noção de uma mulher universal. Em que pese esse embate teórico, o perfil epidemiológico das mulheres encarceradas compõe características bem específicas: “(...) jovem, de nível socioeconômico e educacional baixo, desempregada, prostituta, solteira ou

separada, procedente de centros urbanos e com dificuldade de acesso aos serviços de saúde, tendo sido presa, em sua maioria, em razão do tráfico de drogas.” (NICOLAU *et al*, 2012, p. 387).

Restando-lhes, não só a criminalidade, mas, também, a precariedade existencial. Essa possui conexão tanto com a feminização da pobreza, que é acarretado por desigualdade de gênero e também tem contribuições da divisão sexual do trabalho, já que a esfera reprodutiva se coloca para as mulheres como o espaço da “identidade primária das mulheres, sendo a maternidade e o ambiente doméstico como atribuições “naturais” as mulheres. Porém, trata-se de uma identidade naturalmente forjada, já que pressupõe uma construção social. Posto isso, passa a seguir a análise do perfil da mulher que é submetida ao cárcere.

Em um contexto amplo, a taxa de ocupação média das unidades prisionais é de 197,4%, com déficit de 358.663 vagas (BRASIL, 2017), resultando no encarceramento em massa no âmbito das violações generalizadas de direitos fundamentais nos presídios (STF, 2021). A seguir, o detalhamento do perfil das encarceradas.

### 1.1. IDADE

Segundo o Infopen (2017), 25,22% possuem entre 18 a 24 anos e 22,11% entre 25 a 29 anos, ou seja, 47,33% da população carcerária feminina é jovem. A questão etária foi semelhante à observada por Nicolau *et al* (2012) em que 39,4% das mulheres tinham entre 18 a 24 anos e a média total das participantes foi de 29,4 anos. Logo, tem-se que o maior número de encarceradas são de jovens mulheres adultas.

### 1.2. RAÇA

O recorte racial é ainda mais revelador: 63,55% se declaram negras (somatório entre pardas e pretas); enquanto apenas 35,59% se declaram brancas (INFOPEN, 2017). A disparidade racial foi corroborada com o estudo especificamente desenvolvido em Pernambuco que apontou uma incidência de 78,9% de mulheres não brancas encarceradas (FERREIRA *et al*, 2014).

Em uma análise mais subjetiva, Barcinski (2009a, p. 1846) perguntou a uma mulher encarcerada se ela achava que tinha mais negros que brancos atuando junto ao tráfico de drogas, ocasião em que a entrevistada respondeu no sentido de apontar a falta de opção dos moradores da comunidades: “(...) Tem mais preto. Por que? Porque já é discriminado na rua, não tem mais nada a perder, “pô, vou formar no

morro, vou ser soldado no morro””. De forma que, novamente, a questão racial se interliga diretamente com a (falta) de renda.

Não por serem condições intrínsecas, mas por razões histórico-sociais, em que o sistema penal brasileiro foi fundado em cima de uma sociedade, sobretudo, racista, desigual, machista e que mantém e reproduz privilégios de uma minoria de homens brancos e burgueses, os quais ocupam os espaços de poder (SILVA, 2018).

### 1.3 Escolaridade

Os dados gerais sobre escolaridade comprovam a baixa escolaridade dessas mulheres, uma vez que 2,4% não completou o Ensino Médio, sendo que 44% não chegou sequer a completar o ensino fundamental (INFOPEN, 2017). Informações estas também constatadas no estudo específico de Nicolau *et al* (2012), que verificou que mais da metade das participantes da pesquisa não tinham concluído o Ensino Fundamental, o que significa dizer que elas tiveram menos de 9 anos de tudo na vida. A média educacional das mulheres foi de 7,2 anos de estudo. A baixa escolaridade não só foi apontada como um fato no perfil da mulher encarcerada em Pernambuco, como Ferreira *et al* (2014) questionou a implantação da Lei de Execuções Penais por não haver uma melhoria no percentual educacional dessas mulheres.

### 1.3. RENDA

No que toca os trabalhos exercidos antes do encarceramento, 23,9% não exercia atividade remunerada; 12,9% estava desempregada; e as que trabalhavam exerciam atividades de baixa remuneração e que quase não exigiam capacitação, tais quais como: “(...) empregada doméstica, vendedora e faxineira” (NICOLAU *et al*, 2012, p. 388). A análise sobre a renda mensal familiar revelou um aspecto ainda mais alarmante: 56,1% possuía renda de até um salário mínimo; 12,3% tinha R\$ 200,00 como renda máxima e em 80% dos casos, a renda familiar mensal variava entre R\$ 82,00 a R\$ 1.530,00. Especificamente em Pernambuco a maioria das mulheres também recebiam menos de um salário mínimo (FERREIRA *et al*. 2014).

A não-remuneração e/ou a precariedade remuneratória é um fator relevante não apenas para conhecimento do perfil das mulheres encarceradas, mas também para melhor compreensão dos motivos que levam à delinquência. Isto porque, “(...) A dificuldade de inserção no mercado formal de trabalho e a necessidade de sustentarem seus filhos e suas famílias aparecem como elementos determinantes de suas escolhas (ou falta de escolhas).” (BARCINSKI, 2009a, p. 1846).

## 1.4. MATERNAGEM

Ao verificar o crime que é recorrente ao gênero feminino, percebe-se que 64% é por tráfico de drogas. Dados sobre a América Latina apontam que, em geral, essas são chefes de família e responsáveis pelo sustento da prole, sendo 80% mães, ou seja, quanto privadas de liberdade, além de serem abandonadas por seus companheiros, são privadas – forçosamente – do contato diário dos seus filhos e filhas (BOITEUX, 2015). Essas mulheres fazem parte do setor mais vulnerável da sociedade, e ainda sobrecarregada pelo sustento de seus filhos (BOITEUX, 2015).

## 1.5. ESTADO CIVIL

Nicolau *et al* (2012) classificou como relevantes as informações acerca do estado civil das mulheres, tendo em vista que é comum a participação dos parceiros no cometimento do crime e o envolvimento afetivo ser a justificativa para as mulheres aceitarem delinquir. Naquela pesquisa, 45,2% eram casadas ou possuíam união e 55,5% possuíam parceiros sexuais fixos.

Barcinski (2009a), por sua vez, critica essa explicação da criminologia da subordinação das mulheres aos seus parceiros para o cometimento de crimes. Para a autora, isso cria uma lacuna na literatura sobre as mulheres, uma vez que os estudos se centram na criminalidade masculina para explicar a criminalidade feminina. Ainda que o envolvimento amoroso para a autora não possa ser a única justificativa para o cometimento de crime pelas mulheres, as relações afetivas aparecem como um fato relevante, seja em razão da mulher ter descoberto posteriormente que o seu parceiro tinha envolvimento com o crime e não pode romper com a relação, seja pela figura que a autora chama de “mulher de malandro”, classificada como a mulher que conscientemente busca um relacionamento com homens envolvidos com a criminalidade em busca de status social ou recursos financeiros. De forma que, até mesmo quando o tópico é relação afetiva, a especial vulnerabilidade econômica das mulheres aparece com relevância.

Outro aspecto importante acerca das relações amorosas estabelecidas é a dinâmica de incidência de violência contra a mulher, isto porque o estudo realizado por Ferreira *et al* (2014) apontou que nos 24 meses anteriores ao aprisionamento de mulheres envolvidas com tráfico de drogas, mais de 44% indicou ter sofrido violência. De igual forma, o mesmo percentual de mulheres identificou o companheiro como o agressor mais frequente.

Dialogando o estado civil com a feminização da pobreza suscitada neste estudo, não se pode ignorar o estudo de Costa *et al* (2005, p. 36) que ao testar diferen-



tes hipóteses do que poderia classificar essa feminização, não conseguiu identificar um padrão no período de 1983 a 2003. Contudo, o levantamento foi conclusivo no sentido de constatar um aumento no percentual de famílias compostas por mulheres sem cônjuge entre as camadas mais pobres da sociedade. Ainda que haja a possibilidade desse fenômeno ocorrer por razões demográficas, ele corrobora a hipótese de que a escolha por parceiros amorosos pode decorrer de uma busca para sair do estado de maior vulnerabilidade econômica.

Em outras considerações, levando em conta o perfil da mulher presa, tem-se que ainda há a contribuição cumulativa desempenhada pela discriminação social e pela pobreza (CHESNEY-LIND, 1989; GILFUS, 1992), criado por relações patriarcais de poder – que garantem a manutenção da informalidade feminina – vitimização, marginalização e invisibilidade, criando um cenário propício à criminalidade. Portanto, é a manutenção de um poder criado por homens e sustentado por eles, fazendo uso das mulheres como coadjuvantes nesse cenário, vivendo e suportando o contexto da feminização da pobreza e, em seguida, no cárcere.

Isso porque as diversas condições apresentadas atuam sobre o indivíduo de forma enovelada, como se estivessem enlaçadas em um nó, sendo certo que não é um fenômeno isolado, mas sim de uma dinâmica, condicionada pelas variadas realidades (SAFFIOTI, 2004). Logo, percebe-se que a mulher não é antagônica ao crime, embora tenha sido imposto a elas a figura do ambiente doméstico. Todavia, o seu ingresso na criminalidade possui indicadores sociais, como a vulnerabilidade. Quadro esse que é agravado quando a mulher, por imposição social, ocupa múltiplas jornadas – trabalho produtivo e reprodutivo – o que faz ser atrativa o trabalho ilícito para ascensão econômica com fins de manter o seu mínimo existencial e o de sua família.

Por fim, o específico perfil das mulheres aprisionadas (jovem, negra e de condições financeiras precárias) é resultado da insuficiência de políticas públicas, que trazem o aumento da marginalização da vida feminina. O resultado disso é visto a partir da política criminal repressiva adotada pelo país, que promove um encarceramento em massa, que pode ser observado com a crescente superlotação dos presídios brasileiros, que atuam com quase o dobro da sua capacidade (DORNELLAS, 2017).

## 2. O TIPO PENAL QUE ENCARCERA: TRÁFICO DE DROGAS

Segundo o Centro de Justiça Internacional (2007) o delito que mais encarcera mulheres é o tráfico de drogas. No estudo desenvolvido por Nicolau *et al* (2012), esse foi o motivo do encarceramento de 52,9% das mulheres entrevistadas. Sua

participação na rede do tráfico é resultado da opressão, do medo e da falta de opção que caracterizam a vida de mulheres afetivamente envolvidas com esses homens (FRINHANI; SOUZA, 2005). Logo, a partir dos dados expostos outrora, conclui-se que o ponto chave para a compreensão do estudo é o gênero, a criminalização feminina a partir do tráfico de drogas e, como consequência, a seletividade penal.

Isso porque a estrutura do mercado de drogas ilícitas reproduz um padrão muito similar ao do mundo do trabalho legal. Em geral, as mulheres ocupam as posições mais subalternas, como mula, avião, bucha, vendedora, “fogueteira”, vapor, etc. Estas posições são também as mais vulneráveis, pois demandam contato direto com a droga, e como, em geral, estas mulheres são pobres, a margem de negociação (ou “arregos”) com os policiais é muito limitada (CHERNICHARO, 2014)

Deve-se considerar, também, que o tráfico de drogas, por ser delito sem violência ou grave ameaça, é constantemente revisitado no que tange a descriminalização das drogas (NASCIMENTO, 2016), muito embora tenha servido como o motivador maior para aprisionar a mulher no cárcere. Então, apesar de condenadas por crimes sem violência, elas são mais facilmente selecionadas pelo sistema penal justamente por estarem em situação de extrema vulnerabilidade (BOITEUX, 2015).

Portanto, o gênero, nesse contexto, surge como um instrumento para entender a experiência de mulheres que ingressam no mercado das drogas ilícitas, já que as relações sociais, as funções, as atividades, as formas de comportamento, as crenças, as normas que regem a vida da mulher devem ser analisadas nestes processos. Percebe-se que ao delinquir, a mulher rompe não só com a lei penal, mas também com as normas sociais e com o seu papel cultural e social pré-estabelecidos e, desta forma, ela viola a norma duplamente, razão pela qual é duplamente punida quando adentra as esferas formais de controle.

Usa-se da premissa que a penalidade desse delito remete à saúde pública. Porém, em verdade, por detrás de qualquer pretensão de “proteção à saúde pública”, encontra-se um sistema que revela a manutenção de um poder hegemônico, que permite à mulher sua continuidade no conceito de feminização da pobreza, mediante uma política preserva de contenção controle de pobres em geral, mas especialmente da mulher pobre. Esse conceito remete a situação de desvantagem em relação a homens, maior carga de trabalho, ao nível de remuneração, é o teor da mobilidade socioeconômica e as barreiras socioculturais<sup>5</sup>.

---

5 Alguns autores vão afirmar que essa forte relação entre feminização da pobreza e chefia feminina de domicílios vai criar a “culture of single motherhood”, o que vem sendo chamado, em alguns círculos, de “Novo Paradigma da Pobreza” (Thomas apud Chant, 2004, p.20).

Quanto a isso é salutar frisar que o tráfico de drogas é uma atividade geradora de capital, detendo um forte e organizado esquema de produção e mercantilização, configurando-se, hoje, uma prática atrativa (FARIA; BARROS, 2011), por isso sua relação com as mulheres de extrema vulnerabilidade que recorrem a essa atividade para a manutenção do seu mínimo existencial e da sua família, como mães solteiras, daí a relevância da interseccionalidade<sup>6</sup> para compreender o fenômeno da crescente nos números do encarceramento do gênero feminino.

Observa-se que as mulheres encarceradas por delitos de drogas raramente constituem uma verdadeira ameaça para a sociedade; a maioria é detida por realizar tarefas de pouca importância, mas de alto risco. No entanto, as mulheres estão presas com sentenças excessivamente longas, quando não em prisão provisória (INFOPEN, 2017). A consequência desse encarceramento desmedido é que, uma vez terminada a pena e postas em liberdade, seus antecedentes penais prejudicam a possibilidade de encontrarem emprego formal decente, o que perpetua o círculo vicioso de exclusão social e encarceramento no qual estão inseridas

### **3. CONTROLE SOCIAL E SELETIVIDADE PENAL - REFLETINDO O ENCARCERAMENTO**

Acontece que, embora haja a divulgação dos dados acima, os estudos quanto a criminalidade feminina são superficiais, uma vez que ao invés de atestar as experiências de mulheres que decidem entrar para os crimes, se ocupam, primeiro, em retratar a disparidade dos dados, portanto, as particularidades do envolvimento feminino em tais atividades ficam obscurecidas por dados estatísticos que atestam para uma relevância periférica dos crimes cometidos por mulheres (BARCINSKI, 2012). Até mesmo para as próprias mulheres, o limiar entre protagonistas e vítimas é muito nebuloso: “As contradições reconhecidas no discurso das participantes, que ora posicionam-se como agentes, ora como vítimas inocentes, apontam para a complexidade do fenômeno da criminalidade feminina.” (BARCINSKI, 2009b, p. 585)

Passado isso, tem-se que um dos meios de oprimir as mulheres se materializa, entre outros aspectos, na dificuldade de inserção no mercado de trabalho, nos salários menores, nas posições desvalorizadas e na chefia familiar (IPEA, 2015, p.3). Esses problemas estruturais levam as mulheres aos trabalhos informais, nos quais se situa o comércio ilícito de drogas, o que mais encarcera mulheres. Outro

---

6 O conceito apresenta que, no âmbito social, existem várias formas de opressão: as de raça, etnia, classe social e outros. Todos esses fatores relacionam-se entre si, se sobrepondo e apresentando a tendência de discriminar e excluir os indivíduos pertencentes a este grupo (CRENSHAW, 2002).

aspecto são os marcadores sociais que fazem com que haja um perfil, um tipo penal específico e uma prisão provisória ou uma sentença definitiva que retire a mulher da sociedade.

A questão é que a política de drogas tem como ideário o resguardo à saúde pública coletiva. Porém ao constar a natureza da prisão e o tipo de regime em que essas mulheres se encontram, tem-se que 37,67% das mulheres presas no Brasil são presas em regime provisórios, ou seja, sem condenação, seguidos de 36,21% composta por presas sentenciadas em regime fechado e 16,87% presas sentenciadas em regime semiaberto (INFOPEN, 2017) Em junho de 2017, do total da população carcerária feminina, 61,4% encontra-se condenada.

Portanto, nota-se que se há prisão provisória, é porque, em tese, a custodiada apresentaria riscos à sociedade, conforme o artigo 310 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1940). Sendo o outro percentual de sentenciadas e condenadas. Então, a criminalização oriunda do superencarceramento dessas mulheres decorre da secundária.

E a criminalização secundária é sustentada pela seletividade penal, já que há a participação conjunta das agências policiais, que são referendadas pela agência judicial e, juntas, são condicionadas pela cultura, comunicação social, políticas e entre outros fatores que são produtos sociais. Produtos esses resultantes do poder hegemônico que decide quem deve sair da sociedade. Isso porque essa seleção, em suma, vai se dar pelo estereótipo, sobre aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social de delinquentes, prestando-se à criminalização – mediante suas obras toscas – como seu inesgotável combustível.” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2013)

Ainda Alessandro Baratta (2016) entende que o Sistema Penal não defende a todos, pelo contrário, vem a punir, de maneira desigual, os indivíduos. A punibilidade quando aplicado o recorte de classe, raça e gênero, repercute na seletividade da criminalidade, salvaguardando os interesses daqueles – poder hegemônico – que detém o poder (FOUCAULT, 2014). Logo, nesse cenário de recrudescimento da norma penal, o encarceramento passou a ser a única resposta ao delito de tráfico de drogas, impulsionando de sobremaneira o crescimento da população carcerária brasileira.

Especificamente o gênero no tráfico de drogas, Barcinski (2009a) sobre a justificativa das mulheres nesse delito disse que:

De formas diversas, ao justificarem a entrada no tráfico de drogas, as participantes oscilam entre assumir a responsabilidade pelas suas escolhas e posicionarem-se como vítimas de um sistema social injusto, que

não lhes deixa outra opção senão a criminalidade. Em outras palavras, protagonismo e vitimização estão simultaneamente presentes no discurso acerca do seu ingresso na atividade. (BARCINSKI, 2009a, p. 1846)

Embora, como dito, seja um delito sem violência ou grave ameaça e, ainda, usado por muitos para ascender socialmente, terminam por sofrerem com a estrutura institucional do aprisionamento sendo separados entre os traficantes e os que são “usuário”, retomando, aqui, o papel da feminização da pobreza.

Percebe-se, então, que o crescimento acelerado da população carcerária em todo o país nos últimos anos, em decorrência do endurecimento da política criminal, incide justamente sobre os delitos hediondos, dentre eles o tráfico de entorpecentes. Isso porque o Estado aposta na criminalização em massa. A atual política criminal de drogas no Brasil é um dos fatores que mais contribuíram para o agravamento da população carcerária, assim como se notou nos efeitos da política norte-americana. (BOITEUX, 2006, p. 233).

Ademais, em que pese as mulheres serem mais afetadas pelas políticas punitivas, raramente essas representam uma séria e real ameaça à sociedade, uma vez que a maioria delas desempenha atividades de menor relevância na cadeia do tráfico. Tais ações são conhecidas como “microtráfico” que, em suma, trata-se da pequena distribuição de drogas ou do transporte da mesma (OEA, 2014).

E referente a esta seletividade da mulher negra, além dos fatores acima delineados, infere-se que a Lei nº. 11.343/06 ao atribuir condutas semelhantes na disposição dos artigos 28 (consumo) e 33 (tráfico), repetindo os verbos nucleares da conduta de uso na conduta de tráfico, acabou deixando então a cargo do intérprete a diferenciação entre o usuário e o traficante (LIMA; MIRANDA, 2018).

Com isso, a proximidade dos verbos fomenta a diferença entre o tratamento penal destinado as duas figuras típicas, sendo possível afirmar que as duas figuras normativas traduzidas pelo senso comum como porte e tráfico de drogas, estabelecem as consequências jurídicas mais ou menos severas previstas no ordenamento penal brasileiro (CARVALHO, 2013).

Por fim, cláusulas abertas são marcadores sociais seletivos de “quem será preso”; quem sofrerá com o cárcere em estado inconstitucional de coisas, sendo o perfil que mais aprisiona o de mulheres, pobres e que se auto determinam pretas. Esse sistema contribui com a manutenção da pobreza. Pobreza essa experimentada desde antes do ingresso da mulher na criminalidade, e que, após, amplia sua vulnerabilidade, sendo penalizada duas vezes: pelo sistema e pela negligência durante o período de encarceramento.

Conforme preconizado por Simone de Beauvoir (1949), os privilégios masculinos estão alicerçados pelo Direito, haja vista que estes são os responsáveis pela confecção das leis. Para além da confecção das leis, a estrutura do cárcere não foi pensada para o feminino, sendo ambientes pensados e projetados para homens (VALOIS, 2021).

De acordo com dados oficiais, apenas 14,2% do espaço carcerário recebe mulheres gestantes e lactantes; 3,2% possuem berçário; 0,6% creche (Infopen, 2019). Além disso, a ausência de produtos de higiene feminina denota a vivência de violência múltipla, em que as encarceradas sequer contam com absorventes para o período menstrual (DINIZ, 2015). Então, a partir do ingresso na criminalidade marcado por indicadores sociais de vulnerabilidade, esses se repetem quando a mulher está imersa no sistema penitenciário, sendo um ambiente que não está preparado para recebê-la.

A gravidade disso é que, se a natureza jurídica e os objetivos da Execução Penal são o de ressocialização e a permissão ao apenado de melhores condições quando retornar ao convívio social, esse se resta frustrado, ao devolver uma mulher que entrou mediante a feminização da pobreza e sai em condições agravadas de precariedade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da premissa de que o encarceramento feminino subiu demasiadamente nos últimos anos, percebe-se que a maioria dessas mulheres são pertencentes a grupos marcados pela vulnerabilidade social e econômica, que buscam o ingresso a criminalidade como forma de subsistência, de aproveitamento financeiro, por decorrermos do que se caracteriza a “feminização” das causas de pobreza.

Dito isso, entende-se que há um problema estrutural, tendo em vista que tais mulheres não têm acesso a espaços de poder, vínculos trabalhistas e, muito menos, à classe economicamente privilegiada, sofrendo, inclusive, com a divisão sexual do trabalho por ocuparem tarefas produtivas e reprodutivas. Por esse motivo, o delito do tráfico de drogas e entorpecentes é uma possibilidade de ascensão social às mulheres periféricas, sendo essa a sua única renda ou adicional para agregar ao sustento do lar.

Conclui-se que o cerne dos estudos acerca da criminalidade feminina está interligada ao gênero, a partir da seletividade penal. A participação feminina no tráfico de drogas é resultado da opressão, medo e falta de opção, pois o mercado de drogas ilícitas reproduz um padrão similar ao trabalho formal, impondo posições de subalternidade para as mulheres. Até mesmo quando o relacionamento afetivo aparece

em discussão, a vulnerabilidade econômica das mulheres se revela, tendo em vista que elas escolhem ou permanecem com parceiros envolvidos com a criminalidade para adquirir status e melhores condições financeiras.

Quando delinque, a mulher rompe não somente com a lei penal, mas também com as normas sociais e culturais pré-estabelecidas – afastando-se da maternidade e do ambiente doméstico – sendo, portanto, duplamente punida quando adentra o cárcere. Nesse ponto, a sistemática por detrás da penalidade pelo tráfico de drogas está explicada pela manutenção do poder hegemônico, que permite que a mulher siga na condição pré-estabelecida pelo contexto social.

O sistema penal não defende a todos, mas pune de modo desigual os indivíduos, aplicando o recorte de classe, raça e gênero, culminando na seletividade penal projetada por aqueles que detém o poder. O fato é que, ainda que as mulheres sejam mais afetadas por tais políticas criminais, dificilmente estas representam uma verdadeira ameaça à sociedade, tendo em consideração a sua posição de menor relevância na traficância.

Isso pode ser percebido a partir do perfil delimitado, já que a delinquência feminina não é gratuita, é onerosa, ela é resultado da ausência de políticas públicas e insuficiência do Estado de forma sistêmica, na mesma proporção em que ele não é protagonista para a melhoria do sistema prisional, resultando em um ciclo de ingresso na criminalidade por questões sociais e que, por essa mesma razão, impede a mulher de não ser penalizada.

Predominantemente, elas se declaram pretas, são de baixa escolaridade e mães. O motivo é que a mesma mulher que não tem acesso aos espaços de poder, às vias formais de vínculo trabalhista e, tão pouco, pertence à classe economicamente privilegiada, é a mesma que irá fazer parte da lotação prisional por crimes de tráfico de drogas (64%), já que há – de forma massiva – a dificuldade dela se inserir no mercado de trabalho formal, restando a atividades subalternas, precárias.

Quanto ao tipo penal que recebe destaque temos os crimes que envolvem o tráfico de drogas e entorpecentes é uma possibilidade de ascensão social às mulheres periféricas, sendo essa sua única renda ou, ainda, uma forma de renda adicional, situação essa agravada pela divisão sexual do trabalho. Com isso, quando adentra o sistema carcerário, a mulher encontra um modelo projetado para homens, denotando graves violações ao direito das presas.

O que resta ao entendimento é que o aprisionamento do homem e da mulher é distinto, não sendo suficiente relegar os presídios masculinos ao feminino, aplicando regras gerais a ambos. De fato, quando se aplicam a mesma disposição normativa, o sistema aplica, duplamente, o estado de coisas inconstitucional – grave

violação de direitos fundamentais - das prisões e retira a possibilidade de saída da mulher do mundo do crime, alimentando a precarização da vida feminina e a impossibilidade de meios formais para subsistência e capacitação técnica.

Assim, percebeu-se que ingressar na criminalidade mediante o crime de tráfico de drogas possibilita a mulher valorização social, retorno financeiro e distanciamento da vulnerabilidade econômica. Muito embora a posição no microtráfico não seja privilegiada, mas, ainda assim, resulta em maior autonomia do que trabalhos formais, precários, conjugado com o peso do trabalho reprodutivo das mulheres que chefiam os lares.

Atualmente nem o Poder Executivo, tão pouco o Legislativo e Judiciário, parecem levar em consideração os motivadores e marcadores sociais, por isso há insuficiência de orçamento, políticas públicas e sentenças que reconheçam a feminização das causas de pobreza, sendo os poderes comprometidos com outro poder, o hegemônico, e a exploração desumana. Então, elas adentram ao crime buscando dignidade, mas saem piores do que entraram, porque, ao serem submetidas a Execução Penal, se deparam com violações de direitos fundamentais e estruturas que não as inclui, as quais agravam o quadro socioeconômico pelo qual as perseguem durante a vida.

Dessa forma, o punitivismo aumenta a quantidade e a qualidade do controle sobre esses indivíduos e mantém a estrutura vertical da sociedade. E, por oportuno, conclui-se que o sistema carcerário é precário, está em constante Estado Inconstitucional, conforme ADPF n. 347, que foi revisitada em 2021, ADPF n. 822, bem como é seletivo e perverso com o perfil mais encarcerado que são de mulheres jovens, que têm pouca ou nenhuma instrução (baixa escolaridade), que vivem em condições de pobreza e são responsáveis pelo cuidado de dependentes, recorrendo ao mercado ilícito de drogas por necessidade, necessidade de garantir o mínimo existencial da sua família, quando não são coagidas a traficar drogas aos presídios como renda adicional.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- BARCINSKI, Mariana. Centralidade de gênero no processo de construção da identidade de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas. **Ciência & Saúde Coletiva**. 14(5), 2009a. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/PXJqwc3bQYTMJSY6MdwHfqf/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 07 mar. 2022.
- BARCINSKI, Mariana. Protagonismo e vitimização na trajetória de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas no Rio de Janeiro. **Ciência & Saúde Coletiva**. 14(2), 2009b. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/XJWGQt5nxjGmNfGsmhwWpsb/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 07 mar. 2022.
- BOITEUX, Luciana. **Encarceramento Feminino e Seletividade Penal**. Revista Liberdades IBBCRIM, 2015. n. 28. dez. 2019.
- BOITEUX, Luciana. **Mujeres y Encarcelamiento por delitos de drogas**. CEDD – Colectivo de Estudios Drogas y Derecho, 2006. Disponível em: [bit.ly/boiteuxCEDD](http://bit.ly/boiteuxCEDD). Acesso em: 05 jul. 2021.
- CHERNICHARO, L.P. Sobre Mulheres e Prisões: Seletividade de Gênero e Crime de Tráfico de Drogas no Brasil. 2014. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.
- CARVALHO, Salo de. **Nas Trincheiras de uma Política Criminal com Derramamento de Sangue: depoimento sobre os danos diretos e colaterais provocados pela guerra às drogas**. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v. 16, n. 63, p. 46-69, 2013.
- COSTA, J. S; PINHEIRO; L., MEDEIROS, M., & Queiroz, C. (2005). **A Face Feminina da Pobreza: Sobre Representação e Feminização da Pobreza no Brasil**. Brasília, DF: IPEA. Recuperado de [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4726](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4726). Acesso em 13 out. 2021
- DINIZ, D. **Cadeia: Relatos sobre mulheres**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2015.
- FERREIRA, Valquíria Pereira; SILVA, Maria Arleide da; NORONHA NETO, Carlos; FALBO NETO, Gilliatt Hanois; CHAVES, Cynthia Vasconcelos; BELLO, Rodrigo Pereira. Prevalência e fatores associados à violência sofrida em mulheres encarceradas por tráfico de drogas no Estado de Pernambuco, Brasil: um estudo transversal. **Ciência & Saúde Coletiva**. v. 19, n. 7, p. 2257-2264, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/44ZXP5fDqWdYP4xNr5Ys5wt/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 14 mar. 2022.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 36ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014.
- GILFUS, M. 1992. **From victims to survivors to offenders: Women's routes of entry and immersion into street crime**. In: L.F. ALAIRD; P. CROMWELL (eds.), *In her own words: Women offenders' views on crime and victimization*. Los Angeles, Roxbury Publishing Company, p. 5-14.

GOETTING, A. 1988. **Patterns of homicide among women**. Journal of Interpersonal Violence, 3:3-20. <http://dx.doi.org/10.1177/088626088003001001>

LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS (INFOPEN). **Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional**. 2018. 2ª edição. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio\\_2016\\_22-11.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf). Acesso em 13 out. 2021.

MEDEIROS, Marcelo; COSTA, Joana. **Is There a Feminization of Poverty in Latin America?** (Há uma feminização da pobreza na América Latina?). World Development. 36 (1): 115-127. 2008.

NICOLAU, Ana Izabel Oliveira Nicolau RIBEIRO, Samila Gomes; LESSA, Paula Renata Amorim; MONTE, Alana Santos; FERREIRA, Rita de Cássia do Nascimento; PINHEIRO, Ana Karina Bezerra Pinheiro. Retrato da realidade socioeconômica e sexual de mulheres presidiárias. **Acta Paul Enferm**. 25(3), 2012, p. 386-92. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ape/a/BCfqMqLp9q8NVwfvXyvd8SB/?format=pdf&lang=pt> . Acesso em: 25 fev. 2022.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Mujeres y drogas en las Américas: Un diagnóstico de política enconstrucción**. 2014.

RELATÓRIO TEMÁTICO SOBRE MULHERES PRIVADAS DE LIBERDADE. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen). Jun. de 2017. Organização: Marcos Vinícius Moura Silva. Brasília: **Ministério da Justiça e Segurança Pública**, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf). Acesso em 13 out. 2021.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC nº 165.704/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes. 2021. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/HC\\_165704\\_DESPACHO\\_COMPLEMENTCAO\\_14\\_05\\_2021.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/HC_165704_DESPACHO_COMPLEMENTCAO_14_05_2021.pdf). Acesso em: 06 jul. 2021.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 3ª ed. 4ª reimp. - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. 4. ed. 1ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

WALKER, G. 2003. **Crime, gender and social order in early modern England**. Cambridge, Cambridge University Press, 306 p. <http://dx.doi.org/10.1017/CBO9780511496110>

# A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTQIFOBIA COMO FERRAMENTA ANTIDISCRIMINATÓRIA: UM DEBATE ACERCA DA EFICÁCIA DO DIREITO PENAL E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS ENQUANTO MEIOS DE PROMOÇÃO DA INCLUSÃO

THE CRIMINALIZATION OF LGBTQIFOBIA AS AN ANTI-DISCRIMINATION TOOL: A DEBATE ABOUT THE ACTION OF CRIMINAL LAW AND PUBLIC POLICIES AS MEANS OF PROMOTING INCLUSION

*Paulo Henrique Araújo da Silva<sup>1</sup>*

Data de Submissão: 22/05/2022

Data de Aceite: 15/12/2022

**Resumo:** O presente artigo pretende analisar a eficácia da criminalização de condutas enquanto ferramenta antidiscriminatória no âmbito da população LGBTQI+. Para tanto, a primeira parte do artigo consistirá em pesquisa empírica que analisará as ações de controle concentrado de constitucionalidade julgadas no Supremo Tribunal Federal envolvendo a diversidade sexual, enquanto que a segunda e a terceira partes do artigo consistirão em pesquisa bibliográfica de caráter qualitativo, que investigarão, respectiva e dialeticamente, a necessidade de utilização do Direito Penal no combate à discriminação e como se dá a atuação das políticas públicas enquanto vias antidiscriminatórias alternativas à solução penal. Assim, o objetivo da presente pesquisa é analisar a possibilidade de tanto a utilização do Direito Penal como forma de combate à LGBTQIFobia com quanto as políticas públicas enquanto alternativas à atuação crimi-

---

1 Mestrando em Constitucionalismo, Políticas Públicas e Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD/UFGPA). Bolsista da Fundação de Amparo e Desenvolvimento da Pesquisa do Estado do Pará (FADESP). Pós-Graduando em Direitos Humanos e Movimentos Sociais pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Bacharel em Direito, com distinção, pela Universidade Federal do Pará (UFGPA). Advogado (OAB/PA nº 34.407). Integra o Projeto de Pesquisa “Trabalho, Emprego e Renda Trans: um estudo sobre o acesso ao mercado de trabalho de pessoas transgêneras no estado do Pará”, vinculado ao Ministério Público do Trabalho no Pará e no Amapá (MPT/PA-AP). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4670640679092282>. E-mail: paulo.silva@icj.ufpa.br.

nal consistirem, na verdade, em atuações estatais complementares na promoção da igualdade sexual e de gênero.

**Palavras-chave:** LGBTQIfobia. Criminalização. Supremo Tribunal Federal. Políticas Públicas.

**Abstract:** This article aims to analyze the effectiveness of criminalizing conduct as an anti-discrimination tool within the LGBTQI+ population. To this end, the first part of the article will consist of empirical research that will analyze the concentrated constitutionality control actions judged in the Federal Supreme Court involving sexual diversity, while the second and third parts of the article will consist of a qualitative bibliographical research, which they will investigate, respectively and dialectically, the need to use Criminal Law in the fight against discrimination and how public policies work as alternative anti-discriminatory ways to criminal solutions. Thus, the objective of this research is to analyze the possibility that both the use of Criminal Law to combat LGBTQIphobia and public policies as alternatives to criminal action actually consist of complementary state actions in the promotion of sexual equality and gender equality.

**Keywords:** LGBTQIphobia. Criminalization. Federal Court of Justice. Public Policies.

## 1. INTRODUÇÃO

Frente ao desenho político de maioria parlamentar conservadora no Congresso Nacional, o reconhecimento dos direitos relativos à diversidade sexual no Brasil ocorreu por meio da atuação contundente do Supremo Tribunal Federal, após o ajuizamento de ações na corte por parte dos movimentos sociais e das organizações da sociedade civil (VIEIRA; EFREM FILHO, 2020, p. 1086-1088).

Nessa seara, os onze ministros do STF já decidiram sobre uma série de questões moralmente sensíveis, seja no âmbito do Direito Civil ou do Direito Penal: em maio de 2011, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 debateram as uniões estáveis de pessoas do mesmo sexo; em outubro de 2015, a ADPF 291 discorreu acerca da criminalização da “pederastia ou outro ato de libidinagem”, presente no Código Penal Militar; em março de 2018, a Corte discutiu, na ADI 4275, a alteração de registro civil de travestis e transexuais; em maio de 2020, a ADI 5543 versou acerca da possibilidade de doação de sangue por homossexuais<sup>2</sup>.

Além dessas decisões, há também a decisão da Corte envolvendo a criminalização da homofobia em junho de 2019, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADI) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733, julgado este que será o objeto de investigação do presente artigo. Na oportunidade, por 8 votos a 3, a Suprema Corte brasileira determinou a equiparação da LGBTQIfobia ao crime de racismo (Lei nº 7716/89).

A produção acadêmica em âmbito jurídico e sociológico após o proferimento da decisão é marcada por fortes questionamentos acerca da escolha da criminalização como ferramenta principal para a proteção da integridade físico-moral da população LGBTQI+, de modo a ponderar, de um lado, entre o forte efeito simbólico e a consequente mudança significativa do tecido social provocada pela criminalização de condutas, sobretudo as incompatíveis com preceitos constitucionais e, de outro lado, as dúvidas contundentes que cercam o poder punitivo estatal como forma de combate à LGBTQIfobia, dado o seu caráter não apenas LGBTQIfóbico, mas também misógino e racista (CASTILHO; BORGES, 2021, p. 412).

Partindo desse cenário, esta pesquisa pretende analisar a eficácia da criminalização de condutas enquanto ferramenta antidiscriminatória. Assim, pretende-se confrontar a utilização do Direito Penal como forma de combate à LGBTQIfobia

---

2 Para além desses casos, o Supremo Tribunal Federal ainda possui no seu rol de ações pendentes casos emblemáticos envolvendo a liberdade sexual, tais como o Recurso Extraordinário (RE) 845779, que discute o uso de banheiros por pessoas trans de acordo com a sua identidade de gênero.

com as políticas públicas enquanto alternativas à atuação criminal com o objetivo de desvendar se esses métodos são eficazes de modo excludente ou então podem consistir, na verdade, em atuações estatais complementares.

Para tanto, a primeira parte do artigo consistirá em pesquisa empírica que analisará as ações de controle concentrado de constitucionalidade julgadas no Supremo Tribunal Federal envolvendo a diversidade sexual, com atenção especial ao julgado da ADO 26 e do MI 4733, tema central da presente investigação, como forma de determinar como o Supremo, a partir das similitudes e interconexões que produzem a uniformidade das decisões judiciais, interpreta a atuação constitucional em prol do combate à LGBTQIfobia, identificando se o STF restringe a atuação do Estado brasileiro nessa seara à criminalização ou elenca também modos alternativos de enfrentamento.

A segunda e a terceira parte do artigo consistirão em pesquisa bibliográfica de caráter qualitativo, que investigarão, respectiva e dialeticamente, a necessidade de utilização do Direito Penal no combate à discriminação e como se dá a atuação das políticas públicas enquanto vias antidiscriminatórias alternativas à solução penal.

## **2. CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTQIFOBIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O DIREITO PENAL COMO ÚNICA SOLUÇÃO?**

O julgamento da ADO 26 e do MI 4733 postulou a equiparação do crime de racismo nos casos de homofobia e transfobia como forma de assegurar um tratamento isonômico para a população LGBTQI+ em relação aos demais casos de discriminação e preconceito. A discussão girava em torno da omissão parlamentar do Congresso Nacional em regular leis de combate à discriminação sofrida pela população LGBTQI+, que são tratados pelo Direito brasileiro como destituídos de respeito e consideração, uma vez que discursos autoritários e excludentes negam a essas minorias o acesso à justiça e ao reconhecimento de sua própria existência (BRASIL, 2019, p. 14), apesar do fato de que o Brasil é um dos campeões mundiais nas agressões motivadas pela orientação sexual e pela identidade de gênero (BRASIL, 2019, p. 37).

Desse modo, a atuação do Supremo Tribunal Federal se justificaria pela necessidade de suprir a violação das diretrizes constitucionais pela inércia estatal em regular tamanha desigualdade, de maneira que proteger os direitos fundamentais de grupos minoritários que sofrem preconceito, discriminação e exclusão jurídica é, no fim, proteger a saúde da própria democracia (BRASIL, 2019, p. 151), contexto esse que põe em relevo a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado de Direito (BRASIL, 2019, p. 142).

Na oportunidade, os ministros elencam uma série de tratados e convenções internacionais que colocam o combate à discriminação como uma forma de alcançar níveis aceitáveis de dignidade humana, além de que a igualdade formal de tratamento, enquanto forma de reconhecimento, consiste em uma demanda pelos Direitos Humanos dos grupos minoritários em todo o mundo em prol de que a orientação sexual e a igualdade de gênero sejam consideradas exercícios das liberdades fundamentais<sup>3</sup> (BRASIL, 2019, p. 5-6).

A partir dessa concepção, o Estado passa a ser considerado o agente ativo para a resolução da questão da discriminação, seja na forma de medidas protetivas ou de ações positivas. Ademais, o julgado considera a inevitabilidade do sistema punitivo como meio para a resolução deste e de outros problemas graves da sociedade, de forma que o art. 5º, inciso XLI da Constituição Federal, que consagra o repúdio estatal a todas as formas de preconceito e de intolerância, é interpretado pela Corte como a vinculação do Poder Público a instituir, por meio de normas penais, um sistema protetivo de liberdades fundamentais ameaçadas pela discriminação (BRASIL, 2019, p. 17).

O Direito Penal, dessa forma, é elencado como o instrumento adequado para a proteção de bens jurídicos expressamente previstos na Constituição dada a sua potência para promover mudanças culturais na sociedade, de modo que categorizar os atentados à orientação sexual e identidade de gênero como modalidades de crimes de ódio torna esses grupos minoritários legalmente protegidos e legitima as suas demandas por reconhecimento e as consequentes alterações no tecido social provocadas por essas reivindicações (BRASIL, 2019, p. 15).

O mandamento constitucional de criminalização do racismo e todas as formas de discriminação, a fim de evitar uma caracterização continuada de discriminação, promoveu a equiparação ao racismo baseada na compreensão de que não era possível uma hierarquização de preconceito, de modo que as várias minorias devem ser tratadas igualitariamente no que tange à proteção das leis e do sistema político-jurídico desenhado pela Constituição da República (BRASIL, 2019, p. 32).

---

3 Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal retoma argumentação já desenvolvida na ADPF 291, em que considerou que o uso de expressões pejorativas e discriminatórias pela lei era uma manifestação inadmissível de intolerância que não poderia ser permitida frente a um texto constitucional que reconhece o direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo (BRASIL, 2015, p. 1). Nesta ação, por mais que não haja um desenvolvimento conceitual mais detalhado, evidencia-se que o direito personalíssimo à orientação sexual demanda, na visão dos ministros, uma reforma em toda a gramática jurídica de conotação discriminatória.

Todavia, os ministros reconhecem que a criminalização em geral de atos discriminatórios e o temor social provocado pelo Direito Penal não são instrumentos que, sozinhos, rompem com a estrutura ideológico-social que resulta no preconceito. Assim, combater a discriminação significaria também a formulação de políticas públicas voltadas a essa finalidade, de maneira a assegurar o completo reconhecimento dessas minorias sociais e garantir o completo desenvolvimento de suas personalidades, estas que devem atuar conjuntamente com um modelo mínimo de proteção institucional (BRASIL, 2019, p. 16).

A discussão na seara penal retoma pontos já discutidos no plano civil dos direitos LGBTQI+ no STF. No julgamento da ADPF 132, existe a preocupação por parte da Corte de que o mero reconhecimento da igualdade das minorias sexuais seria insuficiente para assegurar o tratamento justo e materialmente igualitário a esses grupos (BRASIL, 2011, p. 67-69).

Nesse mesmo julgado, o STF, munido da compreensão de que o sistema jurídico brasileiro precisaria de ajustes internos para aperfeiçoar o alcance de sua proteção ao público LGBTQI+, pontua a necessidade de políticas públicas afirmativas destinadas a esse grupo como forma de garantir a igualdade em plano cívico-moral (BRASIL, 2011, p. 94).

Entretanto, seja nesse julgado ou nos seguintes, a Corte não desenvolve categoricamente o modo como essa política pública se daria limitando o seu escopo de atuação à igualdade formal, em plano civil, a partir do reconhecimento da união estável homoafetiva, e da equiparação das formas de discriminação pela criminalização da LGBTQIfobia, na esfera penal.

Considerando que o próprio Supremo Tribunal Federal suscita o debate envolvendo as políticas públicas, cabe a partir do que foi posto analisar como ambas as estratégias, a criminalização e as políticas públicas, podem atuar e serem eficazes no combate à discriminação, considerando, neste último, as demandas na seara penal em prol da não criminalização de condutas.

### **3. A QUESTÃO DO DIREITO PENAL COMO SOLUÇÃO PARA A DISCRIMINAÇÃO SEXUAL E DE GÊNERO**

Nesse ponto, no momento em que os movimentos sociais passaram a adotar a linguagem dos direitos em seus marcos interpretativos, passa a existir certa ambivalência entre os movimentos sociais e o Direito, de forma que, ao mesmo em que se critica e se desconfia do Direito dada a sua ineficácia em certa situação, as mobilidades dos movimentos são pautadas em um fetichismo legal, ou seja, em de-



mandas por reformas jurídico-sociais a partir da existência de certa jurisprudência progressista (RIPOLL, 2009, p. 87-88).

A partir de pesquisa que realizou entrevistas dialogadas com ativistas LGBTs, Clara Masiero (2018, p. 117) identifica que os próprios membros desse movimento defendem a criação de uma legislação penal específica como forma de combate à discriminação. O uso do Direito Penal é visto por essas pessoas como ferramenta necessária a avanços que ganham dimensões institucionais, em grande parte, pela via do Poder Judiciário e, portanto, têm no Direito um agente emblemático em conferir visibilidade às violências dos conflitos sociais.

A criminalização de condutas preconceituosas torna certa violência percebida social e politicamente, ao mesmo tempo em que o agente estatal reconhece determinada violação como incompatível com os preceitos constitucionais de determinada nação. Criminalizar cria um marco para além do tipo penal, de maneira que, por mais que a lei por si só não acabe com o preconceito, a tipificação possui em si uma dimensão educativa capaz neutralizar e até mesmo inibir a exteriorização da discriminação. Nesse cenário, a criminalização consiste em um avanço político-pedagógico na dimensão institucional do reconhecimento identitário. O Direito, ao mediar as relações sociais, é capaz também de produzir sentidos em prol da emancipação e da mudança social (MASIERO, 2018, p. 99-102).

No caso específico do Brasil, reconhece-se a abertura dada pela Constituição de 1988 para a utilização do Direito Penal como ferramenta antidiscriminatória e, para além disso, a capacidade de um novo aparato legal-punitivo de criar novos espaços de participação de movimentos sociais e de Direitos Humanos no processo de mudança institucional que acompanha necessariamente um novo tipo (MACIEL, 2011, p. 105-106).

Nesse sentido, a legitimidade do novo tipo penal é vinculada não só à discriminação em si, mas também em quanto essa tipificação reflete e acompanha as demandas e discussões produzidas no interior dos movimentos sociais diretamente afetados. Desse modo, a criminalização, além de uma dimensão jurídica, possui também uma conotação simbólica, compreendendo-se que a sanção manifesta uma solidariedade do grupo social em relação à vítima e também uma defesa da ordem pública, estruturada com base na democracia, na dignidade, na inclusão e no reconhecimento. Assim, a dimensão simbólica da violação reconhece a ofensa ao indivíduo enquanto cidadão e à coletividade como um reflexo de um avanço civilizatório que compartilha de certos valores, o que permite, a partir da absorção pelo tipo do discurso das pessoas afetadas pela norma, a condenação coletiva do preconceito e o apoio às comunidades afetadas (MASIERO, 2018, p. 108-109).

A necessidade de interferência estatal pela criminalização considera a ascensão e a intensificação de ondas conservadoras e de uma espécie de cruzada moral na última década, esta que, atualmente, é difundida por um Poder Executivo Federal extremamente conservador que coloca a diversidade sexual e de gênero como estigmas e que tem como apoio um Poder Legislativo federal que barra as reivindicações pró-diversidade a partir da atuação da bancada fundamentalista religiosa. Além disso, a criminalização considera também a demonstração fática de que a legislação em voga, na forma do homicídio, da lesão corporal e dos crimes contra a honra, é insuficiente para a efetiva proteção dos integrantes da comunidade LGBTQI+ (QUINALHA, 2019).

Por outro lado, mesmo vislumbrando-se que a criminalização, de dimensão jurídico-política, ressoe moral e socialmente para a edificação de condutas e de relações pautadas na tolerância e na alteridade, destaca-se a necessidade de superação de uma racionalidade estritamente penal, de modo que os objetivos da criminalização devem ser dialogados e programados de modo a conceber outras saídas para além do aumento do encarceramento, que já conta com um volume demasiado de pessoas (MELLO; RIOS, 2015, p. 113).

Nesse horizonte, o Direito Penal enquanto mecanismo antidiscriminatório enfrenta o paradoxo de ter, em um extremo, a realidade social a ser combatida, com marcas de violência e preconceito e, em outro, um aparato penalizador que está imbrincado na seletividade, na brutalidade e na discriminação (MASIERO, 2018, p. 138). Mesmo entre os ativistas do movimento LGBTQI+, que defendem a criminalização como um avanço importante, existem demandas que transcendem a seara penal, tais como uma educação não-sexista e antidiscriminatória e a criação e a ampliação de políticas públicas voltadas para além da violação da integridade físico-moral do indivíduo, mas sim para a formação de uma coletividade pró-diversidade (MASIERO, 2018, p. 118-119). No fim, por mais que o Direito Penal seja visto como parte importante nas demandas LGBTQI+, considera-se também que a proteção discriminatória não deve ser reduzida exclusivamente ao punitivismo.

#### **4. AS LIMITAÇÕES DA CRIMINALIZAÇÃO ANTIDISCRIMINATÓRIA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO VIA ALTERNATIVA**

Os ministros do Supremo Tribunal Federal, ao decidirem pela via da criminalização enquanto solução para a resolução do problema da discriminação, demonstram como o debate público brasileiro dá muita ênfase às vias penais como soluções sociais, além de não considerarem no julgado a seletividade das medidas

penais, que reproduz preconceitos raciais e de classe do Brasil (MONICA, 2021, p. 1382).

A partir da seletividade, em vez do poder punitivo voltar a sua atuação para a reação social da conduta desviante, a atuação concentra-se na pessoa do autor em si, como se o crime fosse uma qualidade atribuída a determinados sujeitos como resultado de processos históricos, sociológicos e ideológicos de interação. Assim, a seletividade incide sobre a criminalização desde o legislador, atingindo a Polícia, o Poder Judiciário e também outros mecanismos diretos e indiretos de controle social (ANDRADE, 2014, p. 28-29). Em suma, considerando que o próprio poder punitivo traz consigo estratificações de vários âmbitos, seria contraditório visualizar no Direito Penal a estrita solução para a questão da discriminação, especialmente ao refletir que a discriminação é em partes sustentada pelo mesmo poder estatal que supostamente tenta combatê-la.

Nesse sentido, a seletividade é abarcada pela própria estrutura do Direito liberal, que possui um aparato jurídico que tem a sua funcionalização baseada em um universalismo principiológico, em institutos normativos abstratos e baseados em um princípio formal de igualdade que, para além do seu caráter ficcional, produz um Direito que é desassociado do contexto social no qual ele atua. Com isso, são produzidos ilegalismos na organização do poder social, ou seja, o Direito é fundado a partir de uma função manifesta, que é o tratamento com base na igualdade, mas na verdade utiliza isso apenas como justificativa social tranquilizadora para o exercício de sua função latente, que é a manutenção e o gerenciamento dos estratos sociais de desigualdade e exclusão (SANTOS, 2012, p. 56-57). Assim, a criminalização seria apenas mais um processo de dominação que opera apenas em favor do Estado.

Definida essa estrutura, o sistema punitivo é desenhado para atingir as pessoas negras e de classes sociais mais baixas, impedindo, pela discrepância entre pessoas punidas e as que não o são, a possibilidade de uma visão coletiva e de uma sociedade efetivamente antidiscriminação. Em outras palavras, a criminalização seletiva impede a construção de uma ética capaz de abolir o cerne da opressão, que é o preconceito enraizado (PASSOS, 2014). Ademais, considerando mesmo as pessoas efetivamente punidas pelo novo tipo penal, destaca-se a incapacidade do sistema carcerário em reintegrar e ressocializar os seus egressos, especialmente considerando o cárcere como um ambiente em que pensamentos discriminatórios de raça, classe e gênero são igualmente reproduzidos e são responsáveis em manter viva a ideologia que mantém os ciclos de privilégios dos grupos hegemônicos (FERNANDES, 2019, p. 28).

Considerados tais fatores, por mais que a lei penal possa ser vista como uma das estratégias de combate à discriminação, as suas falhas em decorrência da seletividade chamam a atenção para o fato de que outras medidas devem ser tomadas, estas que devem extrapolar a seara penal, na forma de políticas antidiscriminatórias não punitivas de reconhecimento, propiciando a exposição do problema sofrido pela população LGBTQI+, além da ampliação de possibilidades em termos de dignidade dessa minoria, indo para além da reparação da vítima, mas também de promoção da cidadania, questão essa que pode ser vislumbrada no âmbito das políticas públicas (CARVALHO, 2012, p. 208-209).

Em abordagem distinta, as políticas públicas, na acepção do termo, são definidas como o campo de conhecimento que busca, simultaneamente, diagnosticar um problema social, colocar o governo em ação e revisar periodicamente a necessidade e o modo de atuação do Poder Público de forma a modular o espaço de participação do ente estatal. As ações governamentais nesse âmbito, desenhadas para articularem vários atores estatais e/ou sociais, pretendem gerar resultados latentes na sociedade não apenas nas mudanças em plano fático, mas também na alteração da mentalidade social após a reflexão propiciada pela política em questão (SOUZA, 2006, p. 26). No caso dos países de frágil tradição democrática, como o Brasil, as políticas públicas devem considerar primordialmente a garantia de desenvolvimento econômico e a promoção da inclusão social das minorias abarcadas (SOUZA, 2003, p. 13-15).

No caso específico das políticas públicas voltadas à população LGBTQI+, o histórico remonta à 2001, com a criação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, vinculado ao Ministério da Justiça. Essa entidade teve como um de seus principais produtos o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-2) em 2002, que trouxe quinze ações governamentais no combate ao preconceito por orientação sexual. Em 2004, foi desenvolvido o Programa Brasil Sem Homofobia (BSH), com a intenção de promover a plena cidadania das pessoas LGBTs a partir de sessenta objetivos que envolviam a atuação de oito ministérios. Em 2008, ocorreu a I Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, que lançou o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e de Direitos Humanos de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais. Em 2009, foi publicado um novo Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), que tinha como eixos orientadores o diálogo entre Estado e Sociedade Civil, acesso à justiça e combate à violência, educação e cultura e o direito à memória e à verdade, além da importante ampliação das políticas voltadas para travestis e transexuais (MELLO; AVELAR; MAROJA, 2012, p. 301-307).

Essas medidas, que concentravam boa parte de suas ações na esfera de competência do Poder Executivo, tiveram a sua efetividade comprometida por fatores secundários que envolvem as complexas disputas políticas de poder, a indefinição de previsão orçamentária das medidas, a LGBTQIfobia institucional e a dificuldade envolvendo a articulação entre diversos órgãos e níveis de governo, sem esquecer que o fator primário para o não cumprimento dessas medidas reside no fato de que as suas iniciativas são formuladas por meio de atos normativos secundários, o que dá às medidas antidiscriminatórias um caráter essencialmente programático, ou seja, apenas em uma meta a ser atingida, uma norma que produz apenas expectativa de direitos, sem indicar os fins para alcançá-los, apenas princípios que virão a orientar ações futuras (MELLO; AVELAR; MAROJA, 2012, p. 295-298).

Assim, demonstra-se que por mais que seja válido o apelo pelas medidas para além da seara penal no combate à discriminação, a experiência brasileira que a ausência de vinculação direta das políticas públicas a determinações sancionatórias de respeito aos preceitos constitucionais e a outras prestações do Poder Judiciário torna as ações governamentais inconstantes e ineficazes.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo que a criminalização detenha o simbolismo de chamar a atenção de toda a sociedade para condutas incompatíveis com o Estado Democrático de Direito a partir do direcionamento do enfático poder punitivo estatal com fins de reprimir determinada conduta, essa não deve ser vista como a única estratégia de combate à discriminação sofrida pela população LGBTQI+, considerando, dentre outros fatores, a seletividade do sistema penal.

A partir das políticas públicas não mais como vias alternativas, mas complementares, uma mudança macroestrutural do preconceito enraizado culturalmente pode vir a ser realizada, a partir de medidas direcionadas ao coletivo que considerem, por exemplo, novos planos pedagógico-educacionais, a ampliação judicial e administrativa do atendimento e do acompanhamento às vítimas de violência e a facilitação, além da facilitação, na área cível, para alteração de registro civil e outros procedimentos jurídicos pertinentes à população LGBTQI+ e, em âmbito médico, das cirurgias de readequação social.

Entretanto, por mais que se consiga superar em próximos governos as tendências discriminatórias institucionais agora vigentes, as recorrentes in experiências deste governo e dos anteriores em políticas públicas intersetoriais referentes à gênero e sexualidade, além da constante falta de orçamento destinado a essas medidas, a criminalização ainda se faz necessária no cenário brasileiro para não condicionar as

políticas antidiscriminatórias às vontades governamentais. A partir das possibilidades de convencimento social por meio da criminalização de que a população LGBTQI+ não deve ser objeto de ódio e violência dado o inequívoco reconhecimento da dignidade e da cidadania dessa minoria, a legitimidade, as repercussões e as cobranças pela formulação ampliação e efetivação das políticas públicas destinadas a essas minorias são cada vez maiores.

Uma efetiva política antidiscriminatória deve ser capaz de conciliar as diretrizes da Constituição, dos mandamentos internacionais de Direitos Humanos, as demandas do movimento LGBTQI+ por proteção e respeito, além da ideia de superação da mentalidade de utilização exaustiva do poder punitivo, de modo a promover não só medidas pontuais, mas toda uma agenda política em nome da dignidade e da própria democracia.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Criminologia e Feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 18, n. 35, p. 42-49, 1997

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão do Tribunal Pleno na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**. ADPF 132. GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Relator: Ministro Ayres Britto. 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 28 jan. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão do Tribunal Pleno na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 291**. ADPF 291. PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 28 de outubro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627>. Acesso em: 28 jan. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão do Tribunal Pleno na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. ADO 26. PARTIDO POPULAR SOCIALISTA. Relator: Ministro Celso de Mello. 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 28 jan. 2022

CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 99, p. 187-211, 2012

CASTILHO, Bruno Medinilla de; BORGES, Paulo César Corrêa. Entre a criminalização da LGBTfobia e a responsabilização não-criminal. **Revista Vertentes do Direito**, Palmas, v. 8, n. 1, p. 410-445, 2021

FERNANDES, Luciana Costa. Criminalização da LGBTQI+fobia no Brasil pós-democrático: possíveis discussões a partir da crítica criminológica. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 322, p. 27-29, 2019. Disponível em: [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim\\_sumario/364-322-Setembro2019](https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_sumario/364-322-Setembro2019). Acesso em: 30 jan. 2022

MACIEL, Débora Alves. Ação coletiva, mobilização do Direito e instituições políticas: o caso da Campanha da Lei Maria da Penha. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 26, n. 77, p. 97-111, 2011

MASIERO, Clara Moura. **Lutas sociais e política criminal: os movimentos feminista, negro e LGBTQ e a criminalização das violências machista, racista e LGBTQfóbica no Brasil**. 2018. 389 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale dos Sinos, São Leopoldo, 2018

MELLO, Lawrence Estivalet de; RIOS, Roger Raupp. Direito da Antidiscriminação, Criminalização da Homofobia e Abolicionismo Penal. **Revista Crítica do Direito**, v. 65, n. 5, p. 99-121, 2015

MELLO, Luiz; AVELAR, Rezende Bruno; MAROJA, Daniela. Por onde andam as políticas públicas para a população LGBT no Brasil. **Revista Sociedade e Estado**, Brasília, v. 27, n. 2, p. 289-312, 2012

MONICA, Eder Fernandes. A hegemonia do discurso liberal sobre direitos homossexuais no STF. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 1358-1390, 2020

PASSOS, Aline. Criminalização das opressões: a quem estamos sendo levados a servir? **Revista Rever**, 23 jan. 2014. Disponível em: <https://revistarever.wordpress.com/2014/01/23/criminalizacao-das-opressoes-a-que-estamos-sendo-levados-a-servir/>. Acesso em: 30 jan. 2022

QUINALHA, Renan. Por que precisamos criminalizar a LGBTfobia no Brasil. **Revista Cult**, 12 fev. 2019. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/lgbtfobia-criminalizacao/>. Acesso em: 29 jan. 2022

RIPOLL, Julieta Lemaitre. O amor em tempos de cólera: direitos LGBT na Colômbia. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 79-89, 2009

SANTOS, André Leonardo Copetti. Gestão penal da exclusão e o caráter ideológico do sistema penal. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.) **Leituras de um realismo jurídico-penal marginal**: homenagem à Alessandro Baratta. São Paulo: Cultura Acadêmica Editora, 2012, p. 53-78

SOUZA, Celina. Políticas públicas: questões temáticas e de pesquisa. **Cadernos CRH**, Salvador, v. 16, n. 39, p. 11-24, 2003

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Revista Sociologias**, v. 8, n. 16, p. 20-45, 2006

VIEIRA, Adriana Dias; EFREM FILHO, Roberto. O rei está nu: gênero e sexualidade nas práticas e decisões no STF. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 1084-1136, 2021



# MULHERES ENCARCERADAS: A VIVÊNCIA DA MATERNIDADE POR MULHERES PRIVADAS DE LIBERDADE NA CIDADE DE VITÓRIA DA CONQUISTA – BAHIA<sup>1</sup>

IMPRISONED WOMEN: THE EXPERIENCE OF MOTHERHOOD BY WOMEN DEPRIVED OF LIBERTY IN THE CITY OF VITÓRIA DA CONQUISTA – BAHIA

*Sabrina Silva Moreira<sup>2</sup>*

*José Carlos Mélo Miranda de Oliveira<sup>3</sup>*

Data de Submissão: 13/09/2022

Data de Aceite: 15/12/2022

**Resumo:** Experiência afetiva entre mães privadas de liberdade com seus filhos e filhas, na cidade de Vitória da Conquista – Bahia. Apesar da existência de normas, constitucionais e internacionais, que disciplinam a dinâmica do encarceramento, a literatura sobre o tema parte da perspectiva de que as instituições prisionais favorecem a violação de direitos humanos. Assim, a presente pesquisa intenta investigar as condições para a vivência da maternidade por mulheres privadas de liberdade em Vitória da Conquista, na Bahia. Desse modo, surgiram as seguintes hipóteses: se ocorre a materialização dos direitos garantidos às mães encarceradas ou se existe algum obstáculo para a manutenção do vínculo afetivo entre essas mulheres com seus filhos e filhas, em razão da condição de aprisionamento. À vista disso, o presente estudo, visa, portanto, conhecer as circunstâncias fáticas em que estas mulheres estão inseridas e, por fim, analisar se existe efetiva materialização dos direitos que são garantidos pelo ordenamento jurídico vigente. Nesse viés, a pesquisa empírica foi conduzida pelo método dialético, por meio da abordagem qualitativa. De igual modo, a pesquisa explo-

1 Trabalho apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito na Faculdade Independente do Nordeste – FAINOR.

2 Pós-graduanda em Direito e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Estagiária de pós-graduação do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Mentora em Trabalho de Conclusão de Curso em Direito. Bacharel em Direito pela Faculdade Independente do Nordeste – FAINOR, aprovada no XXXIII Exame da Ordem Unificado. E-mail: sssabrinamoreira@gmail.com.

3 Doutor e Mestre em memória: linguagem e sociedade pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Atualmente, é professor do curso de Direito da UESB.

ratória permitiu o estudo do tema sob diversos aspectos, objetivando uma melhor compreensão sobre o problema proposto, como levantamento bibliográfico, documental e entrevistas com pessoas que possuem experiência prática com o problema pesquisado. Desse modo, estima-se que o debate sobre a vivência da maternidade por mulheres na condição prisional seja imprescindível para o conhecimento civil e acadêmico e, ainda, contribuirá com possíveis reflexões acerca dos principais obstáculos à efetivação de direitos formalmente garantidos a uma maternidade saudável e, também, pensar em possíveis soluções práticas.

**Palavras-chave:** Aprisionamento Feminino. Maternidade. Prisão Domiciliar. Direitos Humanos.

**Abstract:** Affective experience between mothers deprived of freedom with their sons and daughters, in the city of Vitória da Conquista – Bahia. Despite the existence of constitutional and international norms that regulate the dynamics of incarceration, the literature on the subject is based on the perspective that prison institutions favor the violation of human rights. Thus, this research intends to investigate the conditions for the experience of motherhood by women deprived of freedom in Vitória da Conquista, Bahia. Thus, the following hypotheses emerged: whether the rights guaranteed to incarcerated mothers materialize or whether there is any obstacle to maintaining the affective bond between these women and their sons and daughters, due to the imprisonment condition. In view of this, the present study, therefore, aims to know the factual circumstances in which these women are inserted and, finally, to analyze whether there is an effective materialization of the rights that are guaranteed by the current legal system. In this bias, the empirical research was conducted using the dialectical method, through a qualitative approach. Likewise, the exploratory research allowed the study of the theme under several aspects, aiming at a better understanding of the proposed problem, such as a bibliographic and documental survey and interviews with people who have practical experience with the researched problem. Thus, it is estimated that the debate on the experience of motherhood by women in prison conditions is essential for civil and academic knowledge and will also contribute with possible reflections on the main obstacles to the realization of formally guaranteed rights to a healthy and, also, think of possible practical solutions.

**Keywords:** Female Imprisonment. Maternity. Home Prison. Human Rights.

## 1. INTRODUÇÃO

A maternidade, semanticamente, pode ser identificada enquanto a qualidade ou condição de ser mãe, assim como, juridicamente, é o laço de parentesco que une a mãe à filha ou filho. Assim, entende-se que a sua vivência sob a ótica dos direitos humanos, deve ser voluntária, amparada e segura, tendo em vista que é intrínseca à positividade dos direitos reprodutivos e à saúde.

No entanto, constata-se a inexistência de vários suportes na realidade de muitas mulheres, tornando a experiência da maternidade mais vulnerável, principalmente as que estão mais sujeitas à discriminação social, como aquela vivida por mulheres encarceradas, tendo em vista que a construção social impõe que feminilidade e criminalidade são auto-excludentes.

Assim, no contexto do aprisionamento feminino, o estágio da vivência da maternidade transita entre presas grávidas (gestantes), mães recentes (lactantes ou puérperas), e aquelas que possuem filhos fora do estabelecimento prisional, sendo que o ordenamento jurídico dispõe sobre todos esses estágios, elencando normas que garantem a vivência de uma maternidade digna e saudável por mães e crianças imersas nesse cenário.

Mesmo com a existência de normas internacionais e constitucionais que conferem direitos e disciplinam a dinâmica da vivência da maternidade por mulheres privadas de liberdade, o tema é complexo e deve ser colocado em posição de desafio, na medida em que o sistema punitivo reflete os preconceitos sociais, fazendo com que exista de maneira insuficiente a materialização de direitos positivados, conforme demonstra o referencial bibliográfico utilizado enquanto parâmetro para o presente artigo.

Nesse sentido, na primeira seção é contextualizada a luta histórica das mulheres acerca de seus direitos humanos, com ênfase nos direitos reprodutivos. Posteriormente, na segunda seção, é apresentado, inicialmente, como a vivência da maternidade por mulheres na condição prisional é regulamentada pelo ordenamento jurídico brasileiro e internacional, a fim de orientar a observação do problema proposto.

À vista disso, a pesquisa empírica objetivou conhecer a realidade e condições acerca da experiência da maternidade por mulheres privadas de liberdade na cidade de Vitória da Conquista, na Bahia. Quanto ao método, foi conduzida pela perspectiva dialética, uma vez que houve o confronto dos fatos observados através da pesquisa empírica com o referencial teórico previamente estudado.

Igualmente, por meio da abordagem qualitativa analisaram-se as informações sobre a vivência da maternidade no aprisionamento feminino, a fim de estudá-la em seus aspectos mais variados: pesquisar a condição da mulher gestante e lactante no sistema prisional e a aplicação de prisão domiciliar; conhecer o regime de visitas e a manutenção dos laços entre a mulher presa e seus filhos e filhas; e verificar a ocorrência da perda do poder familiar por mulheres privadas de liberdade.

No que tange aos objetivos e procedimentos técnicos, a pesquisa exploratória permitiu o estudo do tema sob diversos aspectos, a exemplo do levantamento bibliográfico, documental e entrevistas com pessoas que possuem experiência prática com o problema pesquisado, dentre eles, 04 (quatro) funcionários do estabelecimento prisional, e 08 (oito) internas que são mães, objetivando uma melhor compreensão sobre o problema proposto.

Assim sendo, o debate sobre a vivência da maternidade por mulheres na condição prisional é imprescindível para o conhecimento civil e acadêmico e, ainda, contribuirá com possíveis reflexões acerca dos principais obstáculos à efetivação de direitos formalmente garantidos às presas mães, bem como aos seus filhos e filhas, a uma maternidade saudável e, também, pensar em possíveis soluções práticas.

## **2. A VIVÊNCIA DA MATERNIDADE SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS E REPRODUTIVOS**

Inicialmente, antes de apresentar os resultados obtidos através da pesquisa *in loco*, é necessário tecer algumas considerações relativas à construção histórica dos direitos reprodutivos, tendo em vista que engloba discussões acerca da maternidade a partir da perspectiva de que esta deve ser encarada enquanto direito e não mais como um dever (CARLOS, 2019).

Assim sendo, a proteção dos direitos humanos, teve como marco inicial a Declaração Universal de 1948, a qual estabelecia proteção geral e abstrata pautada na condição do ser humano, com base na igualdade formal. Posto isso, os direitos reprodutivos e sexuais passaram a ser reconhecidos no âmbito internacional, após inúmeras reivindicações, em especial a partir da compreensão de que o tratamento a todos os indivíduos de forma genérica seria insuficiente a sujeitos que necessitavam de tratamento diferenciado, tendo em vista suas necessidades específicas, como as mulheres, por exemplo (CARLOS, 2019).

Inicialmente, especula-se que os direitos reprodutivos, com ênfase na autodeterminação reprodutiva, teriam sido debatidos pela primeira vez na Conferência Internacional de Direitos Humanos, que ocorreu em Teerã, no Irã, em 1968. À época, discutiu-se sobre a escolha responsável para o planejamento familiar, ou seja,

acerca da necessidade de informação, meios e educação para a tomada de decisões acerca do número e o espaçamento de filhos. Posteriormente, estes ideais foram reafirmados na Conferência Mundial sobre População de 1974, ocorrida em Bucareste, na Romênia (MATTAR, 2018).

Apenas durante a I Conferência Internacional da Mulher, a qual ocorreu no México, em 1975, é que a autonomia reprodutiva foi incluída enquanto pauta na Declaração da Conferência, além da previsão do direito à escolha reprodutiva a partir da ótica do controle e integridade corporal, ou seja, os direitos reprodutivos, agora, passavam a ser observados a partir da autonomia reprodutiva e não mais enquanto apenas balizador para o planejamento familiar (MATTAR, 2018).

Sob essa ótica, a nomenclatura “direitos reprodutivos” foi debatida pela primeira vez no I Encontro Internacional de Saúde da Mulher ocorrido em Amsterdã, Holanda, em 1984. Na ocasião, houve um consenso global de que o termo contemplava de forma mais completa a importância da escolha reprodutiva das mulheres (MATTAR, 2008), englobando, portanto, a “desconstrução da maternidade como um dever, por meio da luta pelo direito ao aborto e anticoncepção em países desenvolvidos” (MATTAR, 2008, p. 63).

Entretanto, apenas na II Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos, ocorrida em Viena, no ano de 1993, é que a sexualidade das mulheres foi pela primeira vez discutida. Nesse sentido, entende-se por direitos sexuais “a liberdade sexual relativa à forma como se obtém prazer” (MATTAR, 2018, p. 75), sendo necessário a proteção estatal para que esse direito pudesse ser exercido plenamente, sem discriminação, coerção ou violência. No entanto, constata-se que esta pauta esteve oculta em diversos discursos das Conferências Internacionais da ONU (MATTAR, 2018).

Assim sendo, como já mencionado, a luta pelo reconhecimento de tais direitos teve como pressupostos as reivindicações femininas em torno da questão reprodutiva, em especial a partir do paradoxo da maternidade obrigatória e a necessidade de informações acerca do acesso à saúde contraceptiva, e a possibilidade de escolhas por parte da mulher em relação à saúde reprodutiva e exercício da sua sexualidade (PIOVESAN; PIROTTA, 2018).

Desse modo, somente mais tarde, em 1994, é que os direitos reprodutivos, os quais também englobavam os direitos sexuais foram, de fato, consagrados, sendo reconhecidos enquanto direitos humanos. Durante a Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), a qual ocorreu no Cairo, Egito, 184 Estados reconheceram o direito às questões relativas à sexualidade, à saúde sexual e repro-

dutiva, além da decisão livre de coerção, discriminação e violência, enquanto direito fundamental (PIOVESAN; PIROTTA, 2018).

Igualmente, a Conferência do Cairo reconheceu, ainda, que enquanto os homens têm “responsabilidade pessoal e social, a partir de seu próprio comportamento sexual e fertilidade, pelos efeitos desse comportamento na saúde e bem-estar de suas companheiras e filhos”, as mulheres possuem a responsabilidade social de decidir sobre a vivência da maternidade, além do direito à informação e acesso aos serviços para a efetivação de seus direitos reprodutivos (PIOVESAN; PIROTTA, 2018, p. 482).

Posteriormente, no de 1995, tais direitos foram reafirmados na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, ocorrida em Pequim, na China (MATTAR, 2018). Dessa forma, assevera-se que o conceito de direitos reprodutivos foi ampliado, englobando a reprodução e sexualidade humanas, alcançados no âmbito dos direitos humanos (PIOVESAN; PIROTTA, 2018).

Nesse sentido, tem-se que, hoje, os direitos reprodutivos é gênero, do qual os direitos sexuais é espécie, tendo em vista que o primeiro engloba o “conjunto de direitos básicos relacionados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana” (PIOVESAN; PIROTTA, 2018, p. 479). No entanto, cumpre salientar que o reconhecimento jurídico dos direitos sexuais sofreu vários entraves, principalmente em razão da posição da Igreja Católica nas Conferências Internacionais, em razão da perspectiva da moral católica (PIOVESAN; PIROTTA, 2018).

No direito brasileiro, os princípios fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao consagrar a cidadania e a dignidade da pessoa humana enquanto direitos fundamentais, além de elencar enquanto objetivos fundamentais a promoção do bem de todos, sem quaisquer outras formas de discriminação, entende-se que os direitos reprodutivos fazem parte do seu rol de proteção, tendo em vista que estes “constituem verdadeiro exercício de cidadania e de dignidade da pessoa humana, opondo-se a quaisquer formas de preconceitos ou discriminações” (PIOVESAN; PIROTTA, 2018, p. 488).

De igual modo, o título VIII da CRFB/88, ao tratar sobre a ordem social, elenca a maioria das normas constitucionais relativas aos direitos reprodutivos, em especial aquelas relacionadas ao direito à saúde e ao planejamento familiar. Dentre elas, destaca-se o artigo 196, o qual estabelece que o direito à saúde deve ser garantido pelo Estado, mediante políticas públicas; artigo 201, que estabelece que os planos de previdência social, atenderão à proteção à maternidade; artigo 203, o qual dispõe sobre a assistência social que tem como um dos seus objetivos à proteção à

maternidade; e artigo 226, §3º, §5º, §7º, os quais reiteram a igualdade entre os gêneros e apresentam o planejamento familiar (PIOVESAN; PIROTTA, 2018).

Ainda a título de direito social, a CRFB/88 confere proteção à maternidade em seus artigos 6º, e 7º, inciso XVIII. No tocante às mulheres encarceradas, o artigo 5º, inciso L, garante a permanência com seus filhos durante o período de amamentação. De forma esparsa, os direitos reprodutivos também são regulamentados nas normas infraconstitucionais, como a Lei nº 11.108/2005, a qual dispõe sobre o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, e a Lei nº 11.634/2007, que afirma o direito da gestante em ser assistida no âmbito do Sistema Único de Saúde (ALMEIDA; PEREIRA, 2019).

De igual modo, normas previstas nos artigos 8º e 9º do ECA, conferem garantias ao acesso, programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo, atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal no âmbito do Sistema Único de Saúde, além de dispor acerca do aleitamento materno e crescimento infantil, buscando o desenvolvimento integral da criança (BRASIL, 1990).

Dessa maneira, a maternidade, semanticamente, pode ser identificada enquanto a qualidade ou condição de ser mãe, assim como, juridicamente, é o laço de parentesco que une a mãe à filha ou filho. Assim, uma das importantes contribuições dos ideários feministas para libertar a mulher das amarras de uma sociedade patriarcal como observado, fora exatamente a discussão acerca da saúde reprodutiva e sexual vista, sobretudo, como inerente aos direitos humanos de mulheres e, em razão disso, deveria ser positivada (ALMEIDA; PEREIRA, 2019).

Igualmente, a partir das mudanças em espaços e posições sociais, além da introdução do conceito de gênero nas ciências sociais, foi possível uma compreensão relacional da maternidade, através da construção social das diferenças entre os sexos e não mais como um fator exclusivamente biológico, o que possibilitou abordá-la em suas múltiplas versões (SCAVONE, 2016).

Assim, a presente pesquisa parte do pressuposto de que a experiência da maternidade sob a ótica dos direitos humanos, deve ser voluntária, socialmente e juridicamente amparada e, também, segura. Insta salientar, ainda, que o direito a uma maternidade saudável é intrínseco à positivação dos direitos reprodutivos e à saúde enquanto direitos humanos, logo, cabe ao Estado garanti-lo (ALMEIDA; PEREIRA, 2019).

### **3. APRISIONAMENTO FEMININO E A EXPERIÊNCIA DA MATERNIDADE**

Mesmo com a existência das Regras de Bangkok, postulado internacional que traça diretrizes mais humanizadas para o tratamento de mulheres em situação

prisional, normas elencadas na CRFB/88, no Código de Processo Penal Brasileiro, na Lei de Execuções Penais e, ainda, no Estatuto da Criança e do Adolescente, a dinâmica da vivência da maternidade por mulheres privadas de liberdade é complexa e deve ser colocada em posição de desafio.

A partir de pesquisas prévias foi possível constatar a inexistência de vários suportes na realidade de muitas mulheres, tornando, portanto, a experiência da maternidade mais vulnerável, principalmente aquelas que são menos aceitas socialmente ou não possuem efetivo amparo estatal, o que impacta, conseqüentemente, no exercício de direitos por essas mulheres. Dentre as maternidades vulneráveis à discriminação, menos aceitas socialmente, destacam-se aquelas vividas por mulheres encarceradas (BRAGA; ANGOTTI, 2019).

Isso porque, socialmente, feminilidade e criminalidade são auto-excludentes. A mulher que se insere no universo do crime rompe com os ideais tradicionais do ser feminino, tendo em vista que este espaço é reservado e dominado por homens no discurso histórico. Igualmente, a resposta estatal para a criminalidade assim como o direito penal, ambos foram pensados a partir do referencial masculino e, somente a partir dos anos de 1970, as demandas das mulheres passaram a ser estudadas pela criminologia a partir da perspectiva de gênero (SANTA RITA, 2006).

Em que pesem as influências feministas no direito, em específico na criminologia, enquanto responsável por fomentar uma reforma político-social na concepção de gênero e incentivar o questionamento acerca da onipotência masculina como referencial ideal para a criação de ciência e direito, o sistema punitivo ainda é influenciado e reflete os preconceitos sociais, corroborando com o seu status perverso e seletivo, “na medida em que não cumpre suas funções manifestas” (ESPINOZA, 2004, p. 53).

Desse modo, é imprescindível o estudo acerca da experiência da maternidade em condições de privação de liberdade para que, a partir da realidade, possa estimular a reflexão acerca dos principais obstáculos à efetivação de direitos formalmente garantidos às mães no contexto de aprisionamento feminino, tendo em vista que a literatura sobre o tema demonstra realidades análogas: a vulnerabilidade social da maioria das mulheres em situação prisional no Brasil (BRAGA; ANGOTTI, 2019).

Nesse sentido, tendo em vista que a experiência da maternidade no sistema carcerário, sob a ótica dos direitos humanos, é considerada vulnerável, uma vez que as instituições prisoniais favorecem a violação de direitos humanos<sup>4</sup>, sendo agravada no aprisionamento feminino pelo simples fato do Sistema de Justiça Criminal

4 O Supremo Tribunal Federal, em setembro de 2015, apreciando o pedido liminar da ADPF 347, ajuizada pelo Partido Socialista e Liberdade, reconheceu que dentro do sistema prisional



não compreender em sua integralidade as especificidades da mulher, dentre elas, a maternidade (SANTA RITA, 2006), inicialmente, indagou-se qual seria o suporte estatal prestado às mulheres encarceradas, na cidade de Vitória da Conquista – Bahia, para vivenciar uma maternidade saudável.

Acresça-se a isso, em que pese existir um coletivo de pesquisas sobre o cárcere feminino, a maioria destas fortemente influenciadas por ideologias feministas (ESPINOZA, 2004), há escassas produções acerca da condição das mulheres privadas de liberdade na cidade de Vitória da Conquista – Bahia, referente à experiência da maternidade, então, são quase nulas.

Assim sendo, a pesquisa empírica em direito estuda um “determinado fenômeno jurídico por meio da investigação prática ou experimental”, sendo conduzida de forma interdisciplinar. Desse modo, estima-se que as investigações empíricas na área do direito devem “testar teorias jurídicas; contribuir com informações para as decisões políticas e à construção de políticas públicas” além de “preparar professores e estudantes, nos cursos jurídicos, para desenvolver novos estudos empíricos” (GUSTIN; DIAS; NICÁCIO, 2020, n/p).

À vista disso, a metodologia utilizada para a presente pesquisa foi a empírica, tendo em vista que buscou-se compreender o contexto e o fenômeno, qual seja, investigar a realidade e condições acerca da experiência da maternidade por mulheres privadas de liberdade na cidade de Vitória da Conquista, na Bahia, levando-se em consideração: a condição da mulher gestante e lactante no sistema prisional e a aplicação de prisão domiciliar; o regime de visitas e a manutenção dos laços entre a mulher presa e seus filhos e filhas; a ocorrência da perda do poder familiar por mulheres privadas de liberdade.

Posto isso, a pesquisa empírica, comumente conhecida como “pesquisa de campo”, envolveu a coleta de dados durante o período compreendido entre os dias 11 e 12 de agosto de 2021, no Conjunto Penal Advogado Nilton Gonçalves. Posteriormente, foi realizada a análise das informações de acordo com o método dialético, por meio da abordagem qualitativa, uma vez que buscou-se relacionar e confrontar os fatos observados através da pesquisa empírica com o referencial teórico previamente estudado (PRODANOV; FREITAS, 2013).

No que tange aos objetivos e procedimentos técnicos, a pesquisa exploratória permitiu o estudo do tema sob diversos aspectos, como levantamento bibliográfico, documental e entrevistas com pessoas que possuem experiência prática com o problema pesquisado, dentre eles, 04 (quatro) funcionários do estabelecimento

---

brasileiro há a violação de inúmeros direitos fundamentais de presos e reiterada inércia estatal, reconhecendo, portanto, o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro.

prisional, além de 08 (oito) internas que são mães, objetivando uma melhor compreensão sobre o problema proposto (PRODANOV; FREITAS, 2013).

Quanto às entrevistas, destaca-se que estas ocorreram presencialmente nos dias já mencionados, caracterizando-se como “entrevistas semiestruturadas”, tendo em vista que apesar de possuir um roteiro pré-estabelecido, do qual a pesquisadora não se afastou em nenhuma oportunidade, houve certo grau de flexibilidade na ordem das questões a serem exploradas, bem como a adaptação da linguagem para uma melhor compreensão dos entrevistados e entrevistadas (GUSTIN; DIAS; NICÁCIO, 2020).

### **3.1. A EXPERIÊNCIA DA MATERNIDADE VIVIDA POR INTERNAS DO CONJUNTO PENAL ADVOGADO NILTON GONÇALVES NA CIDADE DE VITÓRIA DA CONQUISTA – BAHIA**

De acordo com o artigo 82 da LEP, as unidades penais destinam-se ao preso provisório, aos condenados, aqueles submetidos à medida de segurança, bem como ao egresso. De igual modo, dispõe, ainda, que uma mesma unidade poderá ser composta por estabelecimentos de destinação diversa desde que devidamente isolados, sendo que a mulher será submetida a instalações adequadas à sua condição pessoal (BRASIL, 1984).

Na realidade do Conjunto Penal Advogado Nilton Gonçalves, na cidade de Vitória da Conquista – Bahia, ocorre que a unidade possui um módulo feminino e outro masculino, ambos devidamente separados. Inicialmente, foi constatado que o módulo feminino destina-se às presas provisórias, mas, eventualmente, por decisão judicial e por aproximação familiar, pode ocorrer da unidade receber alguma presa em regime fechado ou semiaberto por algum tempo.

Durante a pesquisa *in loco* foi verificado que a unidade possuía 28 (vinte e oito) mulheres presas, sendo constatado que, aproximadamente, 13 (treze) eram mães. De igual modo, das 08 (oito) internas mães entrevistadas, apenas 1 (uma) encontrava-se gestante de gêmeos, a qual estava por volta do sexto mês de gravidez. Vale ressaltar que, por se tratar de unidade em regime provisório, o estabelecimento não possui berçário, ala materno-infantil ou creche, por esse motivo não existe a possibilidade de nenhuma criança permanecer em companhia da mãe.

Acresça-se a isso, por meio das entrevistas realizadas com os funcionários da unidade, foi observado que, dentro do módulo feminino, cerca de 70% das mulheres são mais jovens, possuindo, aproximadamente, entre 20 a 35 anos, sendo que a maioria está presa em razão do envolvimento com o tráfico de drogas, incursas especificamente no artigo 33 da Lei nº 11.343/06 (lei de drogas).

De igual modo, de acordo com um dos entrevistados, a grande maioria das internas foram “cooptadas para o crime, levadas ao tráfico de drogas ou por maridos ou por namorados e, posteriormente, acabaram cometendo outros delitos”. Quanto à escolaridade, foi constatado que a maioria das internas possuíam apenas o ensino fundamental concluído, algumas concluíram o ensino médio e, aproximadamente, 02 (duas) possuíam ensino superior.

Cumprir destacar, também que, atualmente, a unidade está sob responsabilidade da Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização – SEAP, sendo que, no que tange especificamente à maternidade e seus desdobramentos, a unidade não possui berçário, creche ou qualquer outra estrutura para receber crianças, nos termos dos artigos 83, §2º, e 89, respectivamente, ambos da LEP.

### 3.1.1. CONDIÇÕES PARA GESTANTES E LACTANTES

A literatura acerca do tema observa que há diferenciação no tratamento conferido entre mães presas pautado no estágio da vivência da maternidade, o qual transita entre presas grávidas (gestantes), mães recentes (lactantes ou puérperas), e aquelas que possuem filhos extramuros, sendo que todas estão imersas à análise social de gênero estigmatizada (BRAGA; ANGOTTI, 2019).

Isso ocorre pelos seguintes motivos: conceitos associados à feminilidade como a maternidade e infância são contrários à representação de “criminosa”, sendo que esta última se sobrepõe ao estado de gravidez da presa, situação esta que se inverte após o nascimento do bebê, momento em que “a categoria mãe ganha força, e, por conta dos cuidados da criança (ínocente), essa mulher acaba merecendo (temporariamente) um espaço ‘mais humano’” (BRAGA; ANGOTTI, 2019, p. 187).

No geral, inclusive de acordo com a LEP, após o nascimento do bebê, geralmente, ocorre um tratamento mais humanizado em relação à presa e o recém-nascido, tendo em vista que o artigo 83, §2º, da referida legislação dispõe sobre a necessidade de berçário nas unidades que recebem mulheres, “onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade” (BRASIL, 1984).

No entanto, em pesquisa prévia, entre as presas puérperas e lactantes entrevistadas no Estado de Minas Gerais, Ceará e Bahia fora uníssono o relato da vivência de um período denominado hipermaternidade: nesses espaços só é possível exercer os cuidados com o bebê 24 horas por dia, não havendo outras atividades voltadas para a remição da pena, por exemplo. Aqui, cumpre destacar que a permanência de crianças no ambiente prisional enseja a discussão sobre a institucionalização destas (BRAGA; ANGOTTI, 2019).

Assim, passado o período legal, estabelecido na LEP, de permanência da filha ou filho com a mãe, há o rompimento imediato do vínculo afetivo, sem qualquer período de adaptação, ocasionando, por certo, mais danos psicológicos à mulher privada de liberdade, que, agora, não sabe qual será o destino da sua criança, a qual poderá ser entregue a um familiar que a queira ou ao abrigo, esse momento é chamado de hipomaternidade (BRAGA; ANGOTTI, 2019).

Durante a pesquisa *in loco*, também foi observada uma tendência parecida, tendo em vista que mesmo a unidade não possuindo instalação adequada para gestante, nos termos do artigo 89 da LEP, o estabelecimento penal recebe mulheres grávidas, sendo que, na grande maioria dos casos, estas só são beneficiadas pelo instituto da prisão domiciliar após o parto, em virtude da inexistência do berçário. De acordo com duas das funcionárias entrevistadas:

Quando a interna vem e está em período gestacional, ela permanece na unidade até o momento em que a domiciliar dela sai ou quando ela sai em trabalho de parto. Ela vai para a unidade de saúde e “automaticamente” ela recebe a domiciliar, pois ela não tem como voltar para a unidade com a criança.

Nós tivemos uma que saiu daqui porque a juíza não “deu” a domiciliar. Ela saiu daqui para ir para o Hospital. Agora, recente, tem uns 15 dias. Inclusive, ela teve o bebê e a juíza não quis “dar” a domiciliar depois que ela teve o bebê. Teve que ter a interferência de vários órgãos para que tivesse a domiciliar, que é um direito dela.

Cumprе destacar que, de acordo com os artigos 318 e 318-A, do Código de Processo Penal, o magistrado pode substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando, dentre outros casos, a agente for: gestante, desde que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa, tampouco tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente (BRASIL, 1941).

Assim sendo, durante a entrevista com a interna, a qual estava grávida de gêmeos e já se aproximava do sétimo mês gestacional, esta informou que estava na unidade prisional há duas semanas, não tendo sido beneficiada pela prisão domiciliar durante a audiência de custódia. Cumprе destacar que a interna foi presa em flagrante aqui no Estado da Bahia, em razão do tráfico de drogas, não possuindo qualquer parente no município de Vitória da Conquista, pois a mesma residia anteriormente no Estado de Minas Gerais.

Posto isso, ao ser questionada se seria adequado à mulher gestante permanecer dentro do estabelecimento prisional, esta respondeu que não, assim como outras 5 (cinco) das 8 (oito) internas entrevistadas, sendo uníssono entre elas que a

unidade não possui infraestrutura e que “gerar um filho nessas condições é muito sacrificante”. Apenas 01 (uma) não soube responder, e 01 (uma) avaliou o presídio enquanto adequado, sob o argumento de que existe toda a assistência médica necessária e enfermeiras dentro da unidade, além da escolta, caso fosse necessário o deslocamento da grávida para algum hospital.

Quanto às lactantes, os 04 (quatro) funcionários entrevistados informaram que, antes da pandemia, o estabelecimento prisional recebeu algumas mulheres em período de amamentação, em especial em situação de prisão em flagrante. Dessa forma, ressaltaram que, nesses casos, um familiar da interna deveria levar a criança até a unidade uma ou duas vezes por dia, sendo que o aleitamento ocorria no setor do serviço social. De igual modo, 2 (dois) desses entrevistados pontuaram que “foram casos raros e por pouco tempo, sendo que a tendência é o juiz conceder a aplicação de prisão domiciliar”.

Assim, hoje, o que se tem no módulo feminino, relativo ao suporte estatal prestado às internas está atrelado unicamente à assistência à saúde e social, nos termos do que é estabelecido no artigo 14 da LEP: assistência médica, odontológica, psiquiátrica e farmacêutica, sendo que, segundo uma das funcionárias entrevistadas “quando passa disso, a assistência social verifica junto à família acerca das condições destes arcarem com o pagamento dos exames”.

No caso de presas gestantes, por exemplo, estas têm acesso à clínicos e ginecologistas, sendo, ainda, a cada 15 (quinze) dias, levadas à alguma unidade de saúde para realização de exames que não são feitos dentro da unidade, além de serem acompanhadas por psicólogos. Assim, foi verificado que a unidade prisional conta com o apoio de médicos, enfermagem, além de 02 (duas) psicólogas, mas nada específico ao bebê ou à maternidade e, em razão disso, todos os funcionários entrevistados afirmaram acreditar que a parte física do estabelecimento não é adequada à vivência da maternidade por mulheres privadas de liberdade.

### **3.1.2. REGIME DE VISITAS E MANUTENÇÃO DE LAÇOS**

O regime de visita está elencado enquanto direito do preso em algumas legislações esparsas, dentre elas vale destacar o artigo 41, da LEP, assim como o artigo 33, §3º, do ECA. De forma mais específica, orientando as visitas que envolvam crianças, as regras nº 26 e 28 das Regras de Bangkok, respectivamente, estabelecem que “será incentivado e facilitado por todos os meios razoáveis o contato das mulheres presas com seus familiares, incluindo seus filhos/as”, bem como dispõe que “visitas que envolvam crianças devem ser realizadas em um ambiente propício a

uma experiência positiva [...] onde possível, deverão ser incentivadas visitas que permitam uma permanência prolongada dos/as filhos/as (BRASIL, 2016, p. 28-29).

No entanto, relativo aos filhos e filhas extramuros, por vezes, a pena restritiva de liberdade acaba estendendo a estes, tendo em vista que na nova organização familiar, a mulher além de cuidar dos filhos, provê o sustento e administra a família. Assim, “quando o Estado a retira desse núcleo, causa um problema estrutural, deixando essas crianças sem recursos e sem cuidados, onerando, muitas vezes, pessoas alheias à relação familiar” (ALMEIDA; PEREIRA, 2019, 270-271).

Assim, observam-se inúmeras fragilidades ignoradas pelos órgãos públicos, uma vez que, por vezes, essas mães acabam sendo afastadas de suas crianças. Os motivos, são os mais variados: seja porque suas famílias oferecem resistência em levá-los aos estabelecimentos prisionais ou porque não possuem condições financeiras para se deslocar até o estabelecimento se for em outra localidade diferente do domicílio, por exemplo, seja por falta de locais adequados em recebê-los dentro dessas unidades (ALMEIDA; PEREIRA, 2019).

Acresça-se a isso, muitas presas recusam a visitação de filhas e filhos por acreditarem que, fazendo a carteirinha de visita para as crianças, podem prejudicá-las futuramente, estigmatizando-as de alguma forma e, ainda, porque as visitas aos estabelecimentos ocorrem em dias úteis, prejudicando-as em atividades escolar e pedagógica (BRAGA; ANGOTTI, 2019).

Igualmente, a revista vexatória realizada em crianças também foi um dos argumentos utilizados para a recusa das mães em recebê-las nos estabelecimentos. Dessa forma, todos esses fatores culminam com a perda do vínculo familiar entre a presa e sua família, em especial com filhas e filhos (BRAGA; ANGOTTI, 2019).

Na realidade do Conjunto Penal Advogado Nilton Gonçalves, por determinação do Juiz da Vara da Infância e Juventude desta Comarca, uma vez a cada trinta dias, geralmente no último domingo do mês, as visitas eram realizadas pelo público infantil, acompanhado por um adulto da família. Entretanto, advinda a pandemia, as visitas foram suspensas, sendo que, no período em que se realizou a pesquisa *in loco*, a visitação por parte das crianças ainda não havia retornado.

Quanto à revista em crianças, foi dito por 02 (dois) dos funcionários entrevistados que esta somente se procedia mediante detectores de metais, mas em caso de bebês utilizando fralda, seria necessário trocá-la dentro da unidade com o auxílio da mãe. Já em relação às visitas por parte de adolescentes, foi informado que antes do período pandêmico, em casos excepcionais, estas ocorriam mediante prévia avaliação do serviço social.

Nesse sentido, das 07 (sete) internas questionadas sobre o recebimento de visitas por parte dos seus filhos e filhas, somente 01 (uma) informou que antes da pandemia recebia a visita de sua filha, avaliando este momento como de intensa felicidade. Apenas 01 (uma) também mencionou que não recebe visita do seu filho, porque este também se encontra recluso.

Assim, ressalta-se que, das 07 (sete) internas, 05 (cinco) disseram que não recebem visitas de suas crianças por conta da distância entre a unidade e o local onde a família reside, muitas, inclusive, em outras cidades. Dessas 05 (cinco), a maioria esclareceu que prefere não receber visitas, sustentando que “não gostaria que os filhos a vissem naquela situação”.

Já sobre a manutenção do vínculo familiar, 05 (cinco) das 08 (oito) internas questionadas, responderam acreditar que não há preservação do vínculo familiar com a criança, principalmente porque não existe mais a presença materna no cotidiano delas. Apenas 01 (uma) interna não soube responder este quesito, e 02 (duas) informaram que este vínculo ainda persiste, pois mantem contato com seus filhos e filhas através de ligações telefônicas e também por meio de chamadas de vídeo realizadas pela assistência social da unidade.

De igual modo, entre os 4 (quatro) funcionários entrevistados, foi unânime que é possível constatar a existência de impactos no núcleo familiar de mulheres em situação de aprisionamento feminino, em especial em relação aos filhos e filhas, e de ordem financeira. De acordo com uma das entrevistadas, o impacto emocional também é muito grande, principalmente porque:

Os filhos não são bem assistidos lá fora. Tem internas que ficam meio depressivas porque o processo demora, ainda não foi sentenciada, tem filho pequeno que tá na mão de avô e de avó, de amigos ou de parentes que não possuem aquele mesmo carinho que a mãe.

Acresça-se a isso, após a decretação do estado pandêmico, a SEAP não permitiu mais que houvessem visitas, então, o serviço social da unidade, visando diminuir o distanciamento familiar, começou a realizar chamadas de vídeo, sendo apontado por uma das funcionárias entrevistadas que é observado um sofrimento maior por parte das internas que têm filhos em relação às que não possuem.

### **3.2. PRÁTICAS DO PODER JUDICIÁRIO, DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR**

A realidade do cárcere feminino é, sobretudo, o da mulher que rompeu com os ideais de “feminilidade tradicionais ao praticar uma conduta que tradicionalmente se caracterizou como masculina, em um espaço amplamente dominado por ho-

mens”, principalmente em virtude do principal delito cometido por estas mulheres na atualidade, qual seja: o tráfico de drogas (BRAGA; FRANKLIN, 2016, p. 349).

Na prática, pesquisas prévias apontam que o Sistema de Justiça Criminal, ao lidar com o encarceramento feminino, faz com que estas mulheres sofram uma dupla punição, tendo em vista que as punem em virtude da violação da norma penal incriminadora, mas, também, pela quebra das expectativas sociais atreladas ao gênero feminino, como o comportamento passivo, e nos caos de presas que são mães, a falta de preocupação ou responsabilidade com as crianças é “como se o crime de tráfico de drogas já denunciasse, por si, uma maternidade irresponsável” (BRAGA; FRANKLIN, 2016, p. 355).

Por esse motivo, considera-se que na grande maioria dos julgamentos criminais que envolve mulheres que são mães, a maternidade está atrelada ao conceito de gênero, sendo observadas duas tendências majoritárias: “ora os julgadores creditam à maternidade uma espécie de ‘salvação moral’ [...], e portanto, reconhecem os direitos de maternagem”, ou a utilizam para denegar a prisão domiciliar às presas com filhos menores, desde que não sejam bebês “baseados na crença de que a conduta ‘criminosa’ da ré não condiz com a de uma mãe que é imprescindível aos cuidados de seu filho” (BRAGA; FRANKLIN, 2016, p. 351).

Assim sendo, a literatura sobre o tema aponta que a situação de aprisionamento feminino tem ensejado a destituição do poder familiar dessas mães em relação às suas crianças. Por falta de interseccionalidade entre o juízo cível e criminal, muitas mães sequer são intimadas e ouvidas no processo de destituição do poder familiar, sendo a revelia entendida como falta de interesse, acarretando a perda da guarda. Por outro lado, quando intimadas, o estigma de “criminosa ou bandida” tem sido o suficiente para ensejar a destituição da guarda pelo judiciário (BRAGA; ANGOTTI, 2019).

Apesar disso, durante a pesquisa *in loco*, foi observado que nenhuma das 08 (oito) internas entrevistadas haviam perdido o poder familiar relativo à filha ou filho, em razão da condição de aprisionamento. Aqui, vale frisar que todas as internas participantes estavam em situação de aprisionamento feminino em virtude do suposto envolvimento com o tráfico de drogas.

De igual modo, 01 (uma) das funcionárias entrevistadas informou que a única situação que ensejaria a perda do poder familiar por parte da presa seria em função de violência doméstica contra a criança. Ressaltou que, inclusive, recentemente, a unidade recebeu uma interna que se enquadrava nessas condições, tendo em vista que havia agredido a sua própria filha e, consequência disso, perdeu a guarda da mesma.



Outra funcionária entrevistada informou que conheceu uma presa que após ser sentenciada a doze anos de reclusão, em virtude do tráfico de drogas, também perdeu o poder familiar relativo aos seus dois filhos e estes acabaram sendo adotados por outra família, tendo em vista que a avó materna não quis ficar com a guarda das crianças.

Referente à prisão domiciliar, a regra 64 das Regras de Bangkok, estabelece que as penas não privativas de liberdade são mais adequadas às mulheres grávidas ou com filhos e filhas dependentes, desde que não apresente ameaça contínua ou o crime praticado não tenha sido grave e violento (BRASIL, 2016).

No mesmo sentido, o artigo 5º, inciso L, da CRFB/88, estabelece que às presas é assegurado que fique com o filho durante o período de amamentação. Assim, fazendo uma interpretação mais benéfica às presas, cumpre destacar que a condição mais adequada a partir da norma constitucional seria a concessão da prisão domiciliar (BRASIL, 1988).

Dessa forma, como já mencionado anteriormente, de acordo com o artigos 318 e 318-A, do Código de Processo Penal, o juiz pode substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando, dentre outros casos, a agente for: gestante, mulher com filho ou filha de até 12 (doze) anos de idade incompletos ou, ainda, responsável por pessoa com deficiência, desde que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa, tampouco tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente (BRASIL, 1941).

Mas, na prática, o judiciário brasileiro demonstra postura paternalista e punitivista, corroborando com a cultura do encarceramento através do discurso de “combate ao crime”, porquanto esses argumentos são utilizados na denegação do pedido de prisão domiciliar, além de outros como a falta de estrutura social, do domicílio e econômica da mulher, demonstrando que existe a “seletividade da seletividade” na aplicação da referida medida cautelar (BRAGA; ANGOTTI, 2019).

Na realidade do município de Vitória da Conquista – Bahia, foi observado que existe a aplicação do instituto da prisão domiciliar por parte do Judiciário, no entanto, é mais fácil uma mãe com um recém-nascido ser beneficiada com a referida medida cautelar do que uma gestante, por exemplo, conforme constatado através da pesquisa de campo.

Posto isso, pode-se afirmar que por vezes o sujeito de direito não é a presa, mas sim a criança, asseverando “como no discurso jurídico essa defesa é feita a partir de julgamentos morais e de padrões sócio-familiares rígidos; e sob um raciocínio binário que associa a criança à pureza e inocência, em contraponto da mulher culpada” (BRAGA; FRANKLIN, 2016, p. 357).

Ainda referente à prisão domiciliar, dos 04 (quatro) funcionários entrevistados, 02 (dois) avaliaram como sendo “boa e útil”, ao passo que 02 (duas) entrevistadas pontuaram que o instituto não é a melhor opção, tendo em vista que impede a mulher de trabalhar para recorrer a outros meios de estrutura financeira.

Quanto às internas, todas as 08 (oito) entrevistadas apontaram a referida medida cautelar como sendo a solução para a maioria dos problemas enfrentados por presas gestantes, lactantes e mães com filhos extramuros, em especial levando-se em consideração a realidade do Conjunto Penal Advogado Nilton Gonçalves, o qual não possui berçário, creche e cela adequada para gestantes.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, a partir da reivindicação, principalmente de mulheres, é que os direitos reprodutivos e sexuais foram reconhecidos no ordenamento jurídico internacional. Assim sendo, somente a partir da sua positivação é que a mulher passou a poder decidir acerca da saúde reprodutiva e o exercício da sua sexualidade de forma voluntária, livre de coerção, discriminação e violência.

Desse modo, a positivação desses direitos engloba, também, a maternidade, agora vista como um direito e não mais enquanto dever. Assim, tem-se que a experiência da maternidade sob a ótica dos direitos humanos, deve ser voluntária, socialmente e juridicamente amparada, cabendo ao Estado oferecer suportes para que todas as mulheres que decidam viver a experiência da maternidade gozem desse momento de forma segura e prazerosa.

No ordenamento jurídico brasileiro existem inúmeras normas constitucionais e infraconstitucionais, além de diplomas internacionais que estabelecem conexão com a positivação dos direitos reprodutivos e sexuais, mas, na realidade de muitas mulheres a experiência da maternidade é mais frágil e vulnerável, conforme constatado no presente estudo.

Na realidade do módulo feminino do Conjunto Penal Advogado Nilton Gonçalves, no município de Vitória da Conquista – Bahia, o qual, em regra, destina-se às presas provisórias, foi observado que não há o espaço físico destinado ao convívio entre mães, recém-nascidos ou crianças, nos termos dos artigos 83, §2º, e 89, ambos da LEP.

Em relação à maternidade vivenciada dentro da própria unidade prisional, foi observado que apesar da inexistência do espaço físico adequado, destinado ao berçário ou creche, o serviço social da unidade atende às necessidades das internas e, eventualmente, de suas famílias, em relação à assistência médica, psiquiátrica e farmacêutica.

No entanto, dentro da unidade, inexistiu seção adequada às gestantes, ou qualquer outra política pública que atenda à orientação sobre aleitamento materno, alimentação, crescimento e desenvolvimento infantil, por exemplo, nos termos do que é estabelecido pelos artigos 5º, inciso I, da CRFB/88, artigos 8º e 9º do ECA, além de outros diplomas internacionais.

De igual modo, foi constatado que é mais comum uma presa puérpera ou lactante ser beneficiada com a prisão domiciliar do que uma presa gestante, o que não se distancia muito do que apontam outras pesquisas prévias: como as grávidas da Penitenciária Feminina Madre Pelletier, no Estado do Rio Grande do Sul, as quais permaneciam na cela até o nono mês de gestação (SANTA RITA, 2006), o que demonstra a insuficiência de políticas públicas voltadas especialmente às gestantes dentro das unidades, o que pode ser configurado enquanto abandono material e emocional.

À vista disso, observa-se que, na prática, o judiciário demonstra postura paternalista, pois a prática da concessão da prisão domiciliar somente após o nascimento da criança corrobora com a ideia de que a mulher presa e gestante não necessita de cuidados e atenção especial, mas somente após o nascimento da criança, e em razão dos cuidados com esta, é que ela necessita ainda que temporariamente um espaço mais humanizado.

Ainda na realidade de Vitória da Conquista – Bahia, não foi constatado que a situação de aprisionamento feminino por si só enseja a perda do poder familiar relativo aos filhos e filhas extramuros. Quanto à manutenção de laços e o regime de visitas, observa-se que, anterior à pandemia, era oportunizado à visita de crianças na unidade. Apesar disso, foi possível constatar a existência de impactos no núcleo familiar dessas mulheres, em especial em relação aos filhos e filhas, de ordem financeira ou emocional.

Desse modo, hoje, o suporte estatal prestado às mulheres encarceradas, na cidade de Vitória da Conquista – Bahia, para vivenciar uma maternidade saudável está unicamente atrelado à concessão da prisão domiciliar, apesar de todos os entraves já apontados e, ainda, com a agravante de que tal medida cautelar impede que essa mulher trabalhe, o que, por vezes, acaba fazendo com esta retorne ao mundo do tráfico de drogas. Assim sendo, imperioso admitir a necessidade de políticas públicas voltadas para a maternidade vivida no cárcere, bom senso jurídico no que tange a proporcionalidade e razoabilidade do encarceramento e, ainda, políticas sociais que incentivem o trabalho manufaturado enquanto estrutura de renda por partes destas mulheres que estão em prisão domiciliar.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, M. N. de; PEREIRA, L. U. O julgamento do Habeas Corpus n. 143.641 a partir de uma perspectiva de direitos reprodutivos. **Revista de Direito Sanitário**, Universidade de São Paulo – Brasil, v. 20, n. 1, p. 263-282, 2019. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v20i1p263-282. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/164220>. Acesso em: 31 mar. 2021.
- BRAGA, A. G.; ANGOTTI, B. **Dar à luz na sombra: exercício da maternidade na prisão**. São Paulo: editora Unesp Digital, 2019.
- BRAGA, A. G.; FRANKLIN, N. I. C. Quando a casa é a prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011. **Revista Quaestio Iuris**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Brasil, v. 9 n. 1, p. 349-375, 2016. DOI: 10.12957/rqi.2016.18579. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18579>. Acesso: 20 abr. 2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 nov. 2021.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 19 nov. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execuções Penais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 15 mai. de 2021.
- BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm). Acesso em: 23 nov. 2021.
- BRASIL. **Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras**. Coordenação: Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/tratados/>. Acesso em: 18 nov. 2021.
- CARLOS, P. P. Gênero, maternidade e direitos sexuais e reprodutivos. **Revista Jurídica Luso - Brasileira**, Faculdade de Direito – Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 5, n. 1, p. 1745-1781, 2019. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-5-2019-n-1/186>. Acesso em: 21 set. 2021.
- CORRÊA, S.; PETCHESKY, R. Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1/2, p. 147-177, 1996. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-73311996000100008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/phys/a/K7L76NSSqymrLxfsPz8y87F/#>. Acesso em: 02 nov. 2021.
- ESPINOZA, O. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: Ibccrim, 2004.

PRODANOV; C. C. FREITAS; E. C. de. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico** (recurso eletrônico). 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

GUSTIN, M. B. S.; DIAS, M. T. F.; NICÁCIO, C. S. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Almedina, 2020.

MATTAR, L. D. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 5, n. 8, p. 60-83, 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452008000100004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/CwLVRN4HBQzfcPsGb8WJc9q/?lang=pt>. Acesso em: 28 out. 2021.

PIOVESAN, F.; PIROTTA, W. R. B. A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno. In: PIOVESAN, F. **Temas de direitos humanos**. 11th edição, Editora Saraiva, 2018, p. 480-510. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600298/>. Acesso em: 01 nov. 2021.

SANTA RITA, R. P. **Mães e crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2006. Dissertação (Mestrado em Política Social) – Programa de Pós-Graduação em Política Social, Departamento de Serviço Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/6377>. Acesso em: 31 mar. 2021.

SCAVONE, L. A maternidade e o feminismo: diálogo com as ciências sociais. **Cadernos Pagu**, Campinas, SP, n. 16, p. 137–150, 2016. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8644543>. Acesso em: 11 mar. 2021.

## APÊNDICE A - LEVANTAMENTO DE DADOS SOBRE CONDIÇÃO MATERNA EM SITUAÇÃO PRISIONAL

1. Período do preenchimento deste formulário: \_\_\_\_\_

I – Dados quantitativos	II – Estrutura física, período de permanência e profissionais
a) Total de mulheres presas:	a) Existe alguma estrutura física de atendimento ao recém-nascido/criança?
b) Total de mulheres grávidas:	b) Qual o período máximo de permanência da criança na Unidade Prisional?
c) Total de mulheres em lactação:	c) Existem profissionais que atuam no atendimento ao recém-nascido/criança? Quais?
d) Total de mulheres que tiveram filhos e estes estão em sua companhia:	d) Existe serviços de assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, ou políticas públicas de saúde da mulher? Quais?
e) É possível mensurar quantas presas possuem filhos?	

## APÊNDICE B - ROTEIRO DE ENTREVISTA COM FUNCIONÁRIOS DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL

1. É possível constatar o perfil das presas? (idade, escolaridade, delito imputado, se estão cumprindo pena ou são presas provisórias)
2. É possível constatar se existe algum impacto no núcleo familiar de mulheres em situação de aprisionamento feminino, em especial em relação aos filhos e filhas?
3. Existe algum suporte estatal prestado às gestantes e lactantes em situação prisional na cidade de Vitória da Conquista – Bahia, em observância ao que dispõe os artigos 8º e 9º do ECA? Como ocorre? (assistência à saúde, psicológica, orientação sobre aleitamento materno, alimentação, crescimento e desenvolvimento infantil)
4. O estabelecimento prisional já recebeu alguma presa provisória que estivesse gestante? Em caso positivo, qual foi o desfecho?
5. O estabelecimento prisional já recebeu alguma presa provisória que estivesse em período de amamentação? Como foi o desfecho?
6. No caso da presa engravidar dentro do estabelecimento prisional qual seria o desfecho?
7. Conhece algum estabelecimento prisional que possua condições mais propícias para gestantes, lactantes e à vivência da maternidade no Estado da Bahia?
8. É comum as presas receberem visitas de filhos ou filhas menores de 12 (doze) anos? Em caso negativo, ao que atribui tal fato?
9. Em quais dias e como ocorre as visitas?
10. Como é realizada a revista em crianças? (até 12 anos incompletos)
11. Como é realizada a revista em adolescentes? (até 18 anos incompletos)
12. Tem conhecimento de alguma presa que tenha perdido o poder familiar relativo à filha ou filho em decorrência da situação prisional? Saberá informar os motivos?
13. Como avalia a substituição de prisão preventiva pela domiciliar aplicável à mãe presa, nos termos do artigo 318 e 318-A do CPP ou a substituição do regime aberto em prisão domiciliar aplicável à mãe presa, nos termos do artigo 117 da LEP?
14. Tem conhecimento acerca da aplicação de prisão domiciliar em Vitória da Conquista - Bahia? Como a avalia?

15. O que pensa sobre a permanência da criança dentro da unidade prisional? (em creches ou ala materno-infantil)
16. Na sua opinião, o estabelecimento prisional de Vitória da Conquista - Bahia é adequado à mulher gestante ou lactante e à vivência da maternidade?
17. Conhece ou possui alguma proposta (nos âmbitos do Legislativo, Judiciário e Executivo) para melhorar o acesso à justiça e os direitos básicos de gestantes, mães presas e de seus filhos e filhas?



## APÊNDICE C - ROTEIRO DE ENTREVISTA COM MÃES EM SITUAÇÃO PRISIONAL

1. Presa provisória ou definitiva?
2. Vivenciou gestação dentro do ambiente prisional ou em prisão domiciliar? Como foi a experiência? (pré-natal, parto, período para ficar com a criança, amamentação e alimentação, auxílio médico, etc)
3. Possui filhos? Quantos? Qual idade? Quem cuida/detém a guarda destes?
4. Recebe visita dos filhos no ambiente prisional? Como é essa experiência/como ocorre? Caso não receba, qual o motivo?
5. Há preservação do núcleo familiar?
6. No geral, acredita que ocorre a manutenção do vínculo afetivo com a criança dentro e fora do estabelecimento prisional?
7. Na hipótese de um familiar não querer levar a criança para visitar sua mãe no estabelecimento prisional, na sua opinião, qual a melhor solução?
8. Na hipótese do Judiciário não conceder prisão domiciliar à gestante, na sua opinião seria adequado que esta permanesse no estabelecimento prisional?
9. Na hipótese do Judiciário não conceder prisão domiciliar à mãe presa que precisa amamentar o recém-nascido (lactante), na sua opinião qual a melhor alternativa: I- transferir a presa juntamente com a criança para outra cidade/estado onde tenha um presídio que possua ala materno-infantil, mesmo sendo uma localidade distante da sua família, o que impediria que recebesse visitas de familiares ou II- entregar o recém-nascido à familiares/instituições e permanecer no mesmo estabelecimento prisional? Por quê? Possui outra possível solução?
10. O que pensa sobre a permanência da criança dentro da unidade prisional?
11. Carolina está presa e seu filho de 06 (seis) anos encontra-se com a avó, em uma cidade distante. A mãe de Carolina não possui condições financeiras para viajar e levar a criança para visitá-la. Aponte uma possível solução para o caso de Carolina.
12. Renata tem quatro filhos menores e foi condenada por tráfico de drogas. Por não ter parentes que pudessem deter a guarda dos menores, o Judiciário determinou que as crianças fossem enviadas à adoção. Renata está muito triste e indignada, pois teme que jamais possa recuperar a convivência com as crianças.

Em sua opinião, qual seria a solução para que os filhos de Renata não fossem enviados à adoção?



DIREITO

ISSN: 1981-9684 (IMPRESSO)  
ISSN: 2177-6458 (ELETRÔNICO)