

Dezembro 2018

# REVISTA

DEFENSORIA PÚBLICA  
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Edição nº 22

Adrian Abi Tapada

Ana Paula Motta Costa

Anna Carolina Meira Ramos

Bianca da Silva Fernandes

Bruno Pugialli Cerejo

Cynthia Barcelos dos Santos

Fabiane Barchet

Fernanda Molinari

Herta Grossi

Maria Izabel Severo

Marilena Baronio

Marilene Marodin

Marina Nogueira Almeida

Raquel Iracema Olinski

Roberta Eifler Barbosa

Coord. Editorial

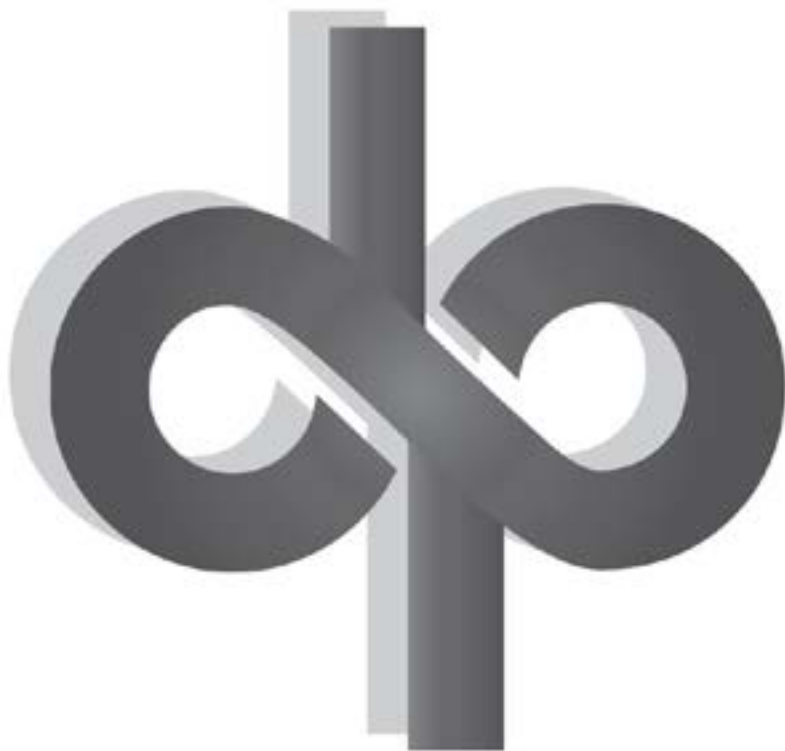
Mariana Py Muniz Cappellari





**REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA**

**do Rio Grande do Sul**



**Porto Alegre/RS  
2019**

ISSN 2177-8116

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [*online*] /  
Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 9, V.22  
(set/out/nov/dez.2018). – Porto Alegre: DPE, 2018 –

Quadrimestral.

Modo de Acesso: <<http://www.dpe.rs.gov.br>>

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.

ISSN 2177-8116

1. Direito - Periódico I. Rio Grande do Sul (estado). Defensoria Pública.

CDD 340.05

CDU 34(05)

---

**DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO**

Cristiano Vieira Heerdt

**CORREGEDORA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA**

Adriana Hervé Chaves Barcellos

**SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS INSTITUCIONAIS**

Liseane Hartmann

**SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS**

Tiago Rodrigo dos Santos

**SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS**

Antonio Flávio de Oliveira

**COORDENADORA DA REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA**

Mariana Py Muniz Cappellari

**CONSELHO EDITORIAL**

Angelita Maria Maders  
Cristiane Achilles Guedes  
Juliano Viali dos Santos  
João Batista Oliveira de Moura  
Jorge Luís Terra da Silva  
Mariana Py Muniz Cappellari  
Paulo Cezar Carbonari  
Sandra Beatriz Moraes da Silveira  
Vanessa Chiari Gonçalves

**EQUIPE TÉCNICA**

(Execução, revisão e distribuição)

Morgana dos Santos Becker  
Thiago Silveira de Oliveira  
Virgínia Feix

**DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

Rua Sete de Setembro, 666 – Centro Histórico  
CEP 90010-100 – Porto Alegre/RS  
Tel. 51 3211-2233

[www.dpe.rs.gov.br/site/revista\\_eletronica.php](http://www.dpe.rs.gov.br/site/revista_eletronica.php)



## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	9
<b>EXPROPRIAÇÃO DE TERRAS À LUZ DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E O COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO</b> <i>Raquel Iracema Olinski e Ana Paula Motta Costa</i> .....	12
<b>OS DIREITOS HUMANOS E A IMPLEMENTAÇÃO DAS UNIDADES DE POLÍCIA PACIFICADORA NO BRASIL</b> <i>Roberta Eifler Barbosa</i> .....	30
<b>A FUNÇÃO SOCIAL DO GESTOR PÚBLICO DIANTE DA CRIMINALIDADE: REFLEXÕES PROPOSITIVAS</b> <i>Fabiane Barchet</i> .....	49
<b>TRATAR OU PUNIR? SANÇÕES PENAIS E PSICOPATIA</b> <i>Bianca da Silva Fernandes</i> .....	72
<b>MATERNIDADE E PRISÃO DOMICILIAR: JURISPRUDÊNCIA DO TJ/RS APÓS AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELO ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA</b> <i>Anna Carolina Meira Ramos</i> .....	103
<b>NORMAS APLICÁVEIS AO ACOLHIMENTO DA POPULAÇÃO LGBT PRIVADA DE LIBERDADE: IDENTIDADES INVISÍVEIS</b> <i>Bruno Pugialli Cerejo</i> .....	129
<b>AS FACES DA DISCRIMINAÇÃO: A (DES)IGUALDADE NA ATRIBUIÇÃO DE CRITÉRIOS PARA O RECONHECIMENTO DO STATUS FAMILIAR EM UNIÕES HOMOSSEXUAIS</b> <i>Cynthia Barcelos dos Santos e Marina Nogueira Almeida</i> .....	146
<b>OS REFLEXOS DA UNIÃO ESTÁVEL NO CONTRATO DE NAMORO</b> <i>Fabiane Barchet</i> .....	170
<b>A OBRIGATORIEDADE DA MEDIAÇÃO JUDICIAL NAS AÇÕES DE FAMÍLIA</b> <i>Adrian Abi Tapada</i> .....	186
<b>RELATÓRIOS E OUTROS TEXTOS SÓCIO-JURÍDICOS</b>	
<b>10 ANOS DE PARCERIA ENTRE DEFENSORIA PÚBLICA/RS E CLIP – INSTITUTO DE MEDIAÇÃO</b> <i>Marilene Marodin, Fernanda Molinari, Herta Grossi, Maria Izabel Severo e Marilena Baronio</i> .....	213





## APRESENTAÇÃO

A edição nº 22 de nossa REVISTA, buscando o aprimoramento de teses defensivas fortemente vinculadas aos Direitos Humanos para cumprir o dever constitucional de garantia do acesso à justiça, aborda, em dez textos, muitos temas de interesse de diferentes segmentos de nossa população.

Ponderando **Direitos Humanos** e valores constitucionais como a propriedade, a liberdade e o trabalho em necessária interface, o artigo de **Raquel Iracema Olinski e Ana Paula Motta Costa** analisa diferentes aspectos do trabalho escravo clássico e contemporâneo, destacando a inovação introduzida pela EC 81, que autoriza a EXPROPRIAÇÃO DE TERRAS À LUZ DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE em caso de utilização de mão de obra escrava, como mecanismo de combate e controle do trabalho escravo praticado em nossos dias.

Em se tratando de **Segurança Pública**, dois textos dedicam-se à verificar a validade e eficácia das políticas adotadas pelo Estado. No primeiro, ao analisar A IMPLEMENTAÇÃO DAS UNIDADES DE POLÍCIA PACIFICADORA NO BRASIL, **Roberta Barbosa** destaca que, em que pesem reconhecidos avanços, muitos são os pontos negativos da experiência frente ao baixo nível de treinamento e preparo dos agentes policiais envolvidos, e frente ao limitado papel do estado junto às populações vulneráveis, que se resume quase que unicamente à atividade policial.

Em outro artigo, que complementa a abordagem acima, **Fabiane Barchet** discute O PAPEL DO GESTOR PÚBLICO DIANTE DA CRIMINALIDADE, indicando a importância da implementação estratégica de projetos sociais para enfrentar a complexidade da segurança pública ampliando o papel do Estado na afirmação de valores societários para o afastamento de algumas das causas da violência.

Na seara da **Criminologia**, em TRATAR OU PUNIR? SANÇÕES PENAIS E PSICOPATIA, **Bianca da Silva Fernandes** analisa as duas alternativas apresentadas pela legislação penal ao Magistrado ante a situação da psicopatia. A autora indica, a partir de pesquisa, que tanto a hipótese de redução obrigatória da pena, quanto a de aplicação de Medida de Segurança são ineficazes ao se considerar os propósitos de um ou outro instituto.

Ainda na perspectiva da Criminologia, **Anna Carolina Meira Ramos** trata de MATERNIDADE E PRISÃO DOMICILIAR. A partir de ampla pesquisa jurisprudencial no TJRS e também no STF, busca demonstrar que pela natureza da prisão domiciliar, nas hipóteses de concessão e denegação, o instituto pode ser utilizado como ferramenta de controle sobre as mulheres, manejando a maternidade ora como prêmio, ora como castigo imposto à infratora.

Em se tratando de **Execução Penal**, **Bruno Pugialli Cerejo** aborda a omissão do Estado quanto à adequação do sistema penitenciário ao reconhecimento e manutenção da dignidade das diferentes identidades de gênero. Analisando o ACOLHIMENTO DA POPULAÇÃO LGBT PRIVADA DE LIBERDADE, aborda as normas aplicáveis e sua efetiva aplicabilidade, inclusive por fonte jurisprudencial, bem como a necessária proatividade da Defensoria Pública para defesa deste segmento vulnerável da população.

Os direitos da população LGBT são também examinados à luz do **Direito das Famílias**. O RECONHECIMENTO DO STATUS FAMILIAR EM UNIÕES HOMOSSEXUAIS é abordado por **Cynthia Barcelos dos Santos e Marina Nogueira Almeida** que analisam caso do TJRS. As autoras, com base no histórico do processo e na doutrina da antidiscriminação, demonstram que ao exigir os mesmos critérios para o reconhecimento da união, equiparando casais homossexuais aos padrões heterossexuais, mostra-se a antidiferenciação como mais um meio de discriminação institucional.

Em tema extremamente atual, ainda em relação ao instituto da **União Estável**, **Fabiane Barchet** discute seus reflexos no CONTRATO DE NAMORO. A autora analisa a validade deste documento como instrumento capaz de afastar a comunicabilidade do patrimônio e a proteção em futura meação, ante os reflexos dos elementos caracterizadores da união estável e de um comportamento social reconhecido como “namoro”.

Fechando discussão sobre questões inovadoras em **Direito das Famílias**, **Adrian Abi Tapada**, na pesquisa apresentada pretende demonstrar que a MEDIAÇÃO JUDICIAL é o meio mais adequado para tratamento de conflitos familiares em razão de suas particularidades e da complexidade dos interesses envolvidos, destacando, em que

pesem as divergências doutrinárias, os avanços decorrentes de sua obrigatoriedade, instituída a partir do novo CPC.

Fechando o conjunto de dez textos que compõem esta edição, apresentamos em forma de artigo, sob a coordenação de **Marilene Marodin**, o relatório sobre a PARCERIA INSTITUCIONAL COM A CLIP – INSTITUTO DE MEDIAÇÃO para instituição do atendimento no Serviço de Mediação de Conflitos da Defensoria Pública do Estado do RS. O relatório demonstra o compromisso e reconhecimento da importância da mediação e sua perspectiva extrajudicial no campo do **Direito das Famílias**, já antevista pela Defensoria Pública há mais de dez anos, antes mesmo da inovação imposta pelo novo Código de Processo Civil de 2015.

Porto Alegre, março de 2019.

**MARIANA PY MUNIZ CAPPELLARI**

Defensora Pública

**Coordenadora da Revista**

# EXPROPRIAÇÃO DE TERRAS À LUZ DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E O COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

Raquel Iracema Olinski<sup>1</sup>

Ana Paula Motta Costa<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo inicia por uma breve, porém importante, reflexão acerca do valor social do trabalho. Após a referida abordagem, passa-se a discorrer sobre o trabalho escravo contemporâneo no Brasil, no que concerne às diferenças e similitudes entre o trabalho escravo clássico e o contemporâneo. Pontuam-se as principais características deste, incluindo-se aqui, um breve perfil do vitimado e de como se dá o seu aliciamento, assim como do ambiente e do local do trabalho. Por fim, analisa-se a promulgação da Emenda Constitucional nº 81 – que inovou no ordenamento jurídico ao introduzir a possibilidade de expropriação de terras em caso de utilização de mão de obra escrava em determinada propriedade – à luz da Função Social da Propriedade, como mecanismo de combate ao trabalho escravo contemporâneo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Trabalho escravo contemporâneo. Valor social do trabalho. Expropriação de terras. Função social da propriedade.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 O valor social do trabalho. 3 O trabalho escravo contemporâneo no Brasil. 4 A expropriação de terras à luz da função social da propriedade. 5 Considerações finais. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende analisar, na perspectiva da Emenda Constitucional n. 81, como a novel medida de expropriação de terras, à luz da função social da propriedade, poderá contribuir para o combate ao trabalho escravo

---

<sup>1</sup> Advogada, mestre em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis.

<sup>2</sup> Advogada, professora do programa de Pós-graduação e Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e professora do programa de Pós-graduação – Mestrado - do Centro Universitário Ritter dos Reis.

contemporâneo.

Em que pese a escravidão ter sido formalmente abolida pela Lei Áurea, em 1888, em verdade, tal prática tem se perpetuado no solo brasileiro, ainda que institucionalmente já se tenha despendido inúmeros esforços para combater o trabalho escravo contemporâneo.

Inclusive, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional de nº 81, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro, especificadamente no art. 243 da Constituição Federal de 1988, a possibilidade de expropriação das terras onde haja exploração de mão de obra escrava à luz do que já ocorria em propriedades onde são localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas.

Para desenvolvimento deste estudo, inicialmente, discorre-se acerca do valor social do trabalho, como fundamento e princípio basilar da República Federativa do Brasil, uma vez que reconhece a centralidade do trabalho na vida dos seres humanos. Faz-se uma análise sobre importância do trabalho como forma de dignificar a existência humana e não apenas como meio de acumulação de capital.

A seguir, verifica-se a situação do trabalho escravo no Brasil, traçando um paralelo entre o trabalho escravo clássico e o trabalho escravo contemporâneo, bastante semelhante àquele, porém, agora, com novas práticas de exploração, analisando suas características e o perfil das vítimas para compreender, de forma ampla, o que é a prática hodierna de redução do ser humano à condição análoga a de escravo.

Por fim, analisa-se a possibilidade de expropriação de terras à luz da função social da propriedade, onde haja a exploração de mão de obra escrava, como um instrumento de combate ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil. E aqui, questiona-se: qual a importância dessa expropriação efetivamente para combater o trabalho escravo?

Para o desenvolvimento do tema proposto empregou-se o método dedutivo, iniciando-se da análise de normativas, utilizando-se de uma interpretação teleológica com intuito de identificar seus objetivos e de uma interpretação axiológica, ao explicitar os valores concretizados pelas respectivas normativas; e de obras doutrinárias, extraindo-se conceitos, fontes e fundamentos que expliquem como, a partir da Emenda Constitucional n. 81, é possível pensar no combate ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil.

## 2 O VALOR SOCIAL DO TRABALHO

No regime capitalista, os seres humanos estão condicionados a trabalhar para obter tudo aquilo que lhes é, minimamente, necessário para sobreviver. Somente pelo trabalho é que se dá a existência e a permanência do modo de produção capitalista.

Não obstante, se o capitalismo tenta reduzir o trabalho apenas a uma forma de consecução do seu objetivo maior, qual seja, a obtenção do lucro, em contrapartida, em uma economia de mercado, apenas através do labor é que alguém poderá realizar seus objetivos, bem como garantir a sua sobrevivência. Assim, a dimensão social que tem o trabalho transpassa, em muito, a de mero elemento produtivo, pois a valorização do trabalho é umbilicalmente ligada à dignidade da pessoa humana (MARQUES, 2007, p.111).

Em reconhecimento disso, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inovou em matéria de salvaguarda dos direitos fundamentais, tendo alçado o valor social do trabalho a fundamento da República Federativa do Brasil.

Com efeito, a Constituição Federal exige do Estado que este garanta tanto a eficácia dos direitos fundamentais, bem como a sua proteção. Não obstante, esta garantia não pode se dar apenas no campo formal, há de se materializá-la (NEVES, 2012, p. 27).

Cumprir observar, que os direitos sociais, nos quais incluem-se os direitos básicos dos trabalhadores (art. 7º da Constituição Federal/1988), estão inseridos entre os direitos fundamentais, direitos e garantias que exigem do Estado um comportamento ativo (função prestacional).

Nesse diapasão, deve-se interpretar o art. 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988<sup>3</sup>, o qual possui em seus incisos as cláusulas pétreas, assim conceituadas como a parte imutável da Constituição, com a inclusão, no inciso quarto (IV – direitos e garantias individuais), dos direitos sociais.

Tal interpretação adequa-se ao modelo de Estado adotado pela Constituição Federal de 1988, baseado na garantia dos direitos fundamentais (Constituição Cidadã), uma vez que com a interpretação literal do inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição Federal de 1988, não há como se chegar à valorização social do

---

3 O art. 60, § 4º da Constituição Federal dispõe: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”.

trabalho nem à uma sociedade livre, fraterna e solidária, sendo estes, respectivamente, fundamento e objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (arts. 1º, IV e 3º, I, da CF/88)<sup>4</sup>.

Nessa senda, a valorização do trabalho passa, antes de mais nada, pelo reconhecimento do trabalhador como ser humano, como pessoa e não como coisa (MARX, 1867), uma vez que o trabalho é elemento medular necessário à materialização da dignidade da pessoa humana. Não por outro motivo é que o subemprego está intimamente ligado a (des)valorização do trabalho, pois é notório que onde há relações de subemprego, o desrespeito à dignidade é banalizado, uma vez que são retirados dos trabalhadores os direitos sociais básicos, componentes do mínimo existencial e pertencentes aos direitos fundamentais de segunda geração.

À vista disso, a Constituição Federal é salutar ao elevar o trabalho humano a fundamento da República Federativa do Brasil, declarando ser ele não somente um princípio da ordem econômica, mas, igualmente, da ordem social. Assim, ainda que em uma economia de mercado, a ordem econômica evidenciou o valor social do trabalho sobre todos os demais valores econômicos e mercantis (PETTER, 2005, p. 159).

Nesse esteio, o valor social do trabalho deve ser entendido como a valorização do ser humano trabalhador, assegurando-lhe condições, pelo menos, mínimas de dignidade, na qual incluem-se tratamento adequado, mínimo existencial, meio ambiente do trabalho respaldado em condições de higiene, saúde e segurança, assim, reconhecendo-o como aquele que efetivamente faz gerar o capital e a riqueza.

Ressalta-se, porém, que valorizar o trabalho humano não é apenas criar políticas que protejam os trabalhadores, é, antes de mais nada, reconhecer o trabalho e o obreiro como parte de uma fórmula mágica de transformação econômica e de inclusão social (BOCORNÝ, 2003, p. 59-60).

Nessa senda, Rafael Marques conclui que:

[...] a proteção ao trabalho humano deve ser levada às mais extremas consequências, pois dele depende o funcionamento do modo de produção capitalista. Sem labor humano não há acúmulo de capital, quando a recíproca nem sempre é verdadeira. Então, para

---

4 O art. 1º da Constituição Federal estabelece que: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa"; e o art. 3º preconiza que "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária".

que este modo de produção permaneça operando, e ele tem por base principalmente o aspecto econômico, mister se faz a valorização do trabalho humano, alçando o valor social do trabalho, fundamento da República, à condição de direito fundamental, protegido de forma rígida, não podendo ser mitigado ou atingido por qualquer elemento que não seja de valorização ou de destaque a ele (MARQUES, 2007, p. 116).

Diante disso, verifica-se que o valor social do trabalho é elemento basilar e, portanto, norteador da ordem econômica e social. O trabalho valorizado está umbilicalmente ligado à prestação do trabalho em um ambiente saudável, em condições decentes, onde haja a justa contraprestação pecuniária pelo serviço prestado, onde se reconheça o trabalhador como forma única de manutenção do modo de produção capitalista, sendo inadmissível a exploração do trabalhador de forma análoga à escravidão.

### **3 O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NO BRASIL**

A abolição formal da escravatura no Brasil possui como fonte principal a Lei Áurea, de 1988<sup>5</sup>. Caracteriza-se essa abolição em seu conceito formal, pois o trabalho análogo ao de escravo continua presente em nossas terras. De lá para cá, muitos anos se passaram, porém as condições de trabalho as quais são submetidos os trabalhadores encontrados nessa situação, pouco mudaram.

A mão de obra escrava ainda é utilizada, de forma velada, por empresas e fazendas, visando à obtenção de lucro com a diminuição dos custos de produção, o que faz com que a riqueza seja obtida com o sacrifício do ser humano, voltando-se ao absurdo de tratamento do trabalhador como coisa e não como pessoa (coisificação do ser humano).

A sociedade evoluiu, mas os valores desvirtuaram-se. O homem continua buscando aumentar sua riqueza, sem se preocupar com o fato de poder estar sacrificando a vida de outrem, gerando e acumulando a miséria.

Nesse sentido, a frase citada por Thomas Hobbes em *Leviatã* (1651): *o homem é o lobo do homem*, se mostra bastante atual, posto que persistem os meios de exploração do homem pelo homem.

---

<sup>5</sup> Conforme Livia Mendes Moreira Miraglia, a abolição da escravatura perpetrado pela princesa Isabel, foi precedido por diversos outros atos abolicionistas, como a Lei Euzébio de Queirós em 1850, a Lei do Ventre Livre em 1871 e previa a libertação para os filhos nascidos de mãe escrava e, por fim, em a Lei do Sexagenários em 1885 (2011, p.119).



A definição de trabalho escravo contemporâneo encontra-se em diversas fontes, como no Direito Internacional, na Constituição Federal e no Código Penal.

Ao falar em proteção de direitos humanos, não obstante pode-se citar o Pacto da Sociedade das Nações de 1919, que já previa a proibição de trabalho escravo em seu art. 22, no ordenamento internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, destaca em seu preâmbulo, como fundamento, a dignidade do ser humano, a liberdade, a justiça social e a paz. Merecem destaque, ainda, os artigos 1º, 3º, 4º, 5º e 23, que trazem em seu bojo ideias de liberdade, igualdade, fraternidade, proibição de tortura e escravidão e direito ao trabalho digno.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), na Convenção n. 29 de 1930, ratificada por meio do Decreto n. 41.721/57, aduz que “a expressão ‘trabalho forçado obrigatório’ compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente”. Ainda, a Convenção 105 de 1957 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada por meio do Decreto n. 58.822/66 em 18/06/1965, trata da abolição do trabalho forçado, de forma semelhante à Convenção 29.

Cumpram-se, ainda, a Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998, a qual prevê como um dos princípios relativos aos direitos fundamentais a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório (item 2, b)<sup>6</sup>. Ressalta-se que todos os membros da Organização Internacional do Trabalho, ainda que não tenham ratificado as convenções relativas às matérias constantes da referida Declaração, devem respeitar, promover e tornar realidade seus direitos e princípios.

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu bojo, diversos dispositivos que auxiliam na compreensão do tema, bem como no combate do mesmo, mediante o princípio da força normativa da Constituição. Nesse sentido, são os fundamentos de valor social do trabalho e dignidade da pessoa humana (art. 1º), os objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais (art. 3º), bem

---

<sup>6</sup> O item 2, b estabelece que: “todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é: a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

como os princípios da liberdade e igualdade (art. 5º, caput).

No que concerne à tipificação penal do trabalho escravo, esta se encontra prevista na redação do artigo 149 do Código Penal Brasileiro<sup>7</sup>.

Quando falamos de trabalho escravo, estamos nos referindo a muito mais do que o descumprimento da lei trabalhista. Sinteticamente, pode-se afirmar que a escravidão é uma prática na qual um ser humano tem sua liberdade usurpada sendo obrigado a desempenhar atividades com fins de auferimento de lucro para terceiros.

Segundo Klester Cavalcanti (2015, p.197) a exploração contemporânea de mão de obra escrava mostra-se, inclusive, mais perversa do que aquela praticada durante o regime escravagista clássico, pois neste o trabalhador escravizado era adquirido pelo seu senhor, e, por conseguinte, passava a integrar o patrimônio deste. Logo, o que se buscava era um escravo saudável para que pudesse produzir muito. Um escravo moribundo reverberava negativamente no patrimônio do senhorio. Matar um escravo era a *ultima ratio*, pois um cativo custava muito, e sua morte representava a perda de uma propriedade, bem como uma inevitável diminuição do patrimônio, pois a riqueza, à época, era aferida, também, pela quantidade de escravos pertencentes a uma família.

Na escravidão contemporânea, se um trabalhador adoece ou fica aleijado, pouco importa para quem explora sua mão de obra, pois não pagou nada por ele e há um exército de reserva de trabalhadores vulneráveis facilmente aliciados para o trabalho escravo o que torna o trabalhador descartável.

Assim, segundo Marcelo José Ferlin D'Ambroso (2013, p. 269), diferentemente da escravidão clássica que o escravo era considerado uma propriedade, e para tanto deveria receber cuidados para sua manutenção (apesar da violência da sua sujeição) o escravo contemporâneo é reduzido a um bem de consumo descartável.

Quando da escravidão colonial, o aliciamento dos escravos africanos era

---

7 O art.149 do Código Penal dispõe: "Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão da dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem: I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I – contra criança e adolescente; II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

realizado pelos europeus, que se aproveitavam de situações de conflitos no território, ou até mesmo geravam estes, para que em situação de vulnerabilidade os próprios conterrâneos capturassem seus rivais e os entregassem para serem escravizados.

Já, na escravidão contemporânea, surgiu a figura dos “gatos”, os quais intermedeiam a aliciamento dos trabalhadores, aproveitando-se da miséria e da ignorância para ludibriar-lhes. Assim, aponta-se como uma diferença importante, o fato de que na escravidão clássica era utilizada força no arregramento, sendo que, contemporaneamente, este se dá por falsas promessas de um futuro melhor.

Em relação às condições em que vivem os trabalhadores escravizados, quando a escravidão é realizada em zona rural, geralmente, estes são colocados laborando em fazendas isoladas, em barracões em meio ao mato, para dificultar a fiscalização por parte dos agentes do Ministério do Trabalho, sob vigilância dos capatazes, em condições degradantes. Dessa maneira, o trabalho análogo à escravidão está associado a condições subumanas de trabalho, ameaças, violência, cerceio do uso de transporte, retenção de documentos e bens dos trabalhadores, dentre outras práticas abomináveis.

No que tange ao perfil das pessoas vítimas por essa modalidade de trabalho aviltante, pode-se dizer que a vulnerabilidade é uma das principais características. As vítimas são pessoas que ficam à margem da sociedade, normalmente desprovidas de recursos econômicos e com parca instrução. Assim, muitas delas são:

a) As que compõem os bolsões de miséria no entorno das cidades e no meio rural; b) As analfabetas ou de pouca instrução e formação, qualificação profissional; c) As que não possuem referência familiar; d) As que vivem à margem do Estado, como imigrantes ilegais (“fantasmas”); e e) As que, por condições históricas de marginalização ou exclusão social encontram-se em zonas de desfavorecimento na sociedade, como indígenas, braçais rurícolas (também chamados de “trabalhadores invisíveis”), pessoas sem emprego, ex-presidiários etc (D'AMBROSO, 2013, p. 270).

Segundo o relatório da Organização Internacional do Trabalho (2006, p. 11), os principais motivos para que os trabalhadores sejam escravizados é pela servidão por dívida, pelo isolamento geográfico e pela ameaça às suas vidas.

Ressalta-se, ainda, que não há o que se falar em consentimento da vítima para trabalhar em condições análogas às de escravo, posto que os trabalhadores

aliciados são pessoas em situação de extrema vulnerabilidade, que não fazem escolhas, são, antes de mais nada, vítimas (D'AMBROSO, 2013, p. 272). Então, “pouco importa que haja consentimento por parte do sujeito passivo. Vale dizer, o consentimento da vítima não tem o condão de excluir a antijuridicidade do fato, visto que a liberdade humana não é passível de disposição” (SENTO-SÉ, 2000, p. 88).

Além disso, faz-se necessário pontuar que é irrelevante a afirmação por parte do explorador de que este de nada teria a ver com a condição social daqueles que abusa, pois é notório que ele lucra através da exploração do trabalhador vulnerável que alicia, tratando-o como mero bem descartável (D'AMBROSO, 2013, p. 271).

O processo que garante a manutenção do trabalho escravo no Brasil contemporâneo está destacado em dois fatores expressos pela Organização Internacional do Trabalho:

[...] de um lado, a impunidade de crimes contra direitos humanos fundamentais aproveitando-se da vulnerabilidade de milhares de brasileiros que, para garantir sua sobrevivência, deixam-se enganar por promessas fraudulentas em busca de um trabalho decente. De outro, a ganância de empregadores, que exploram essa mão-de-obra, com a intermediação de “gatos” e capangas (OIT, 2006, p. XI).

Dessa maneira, resta claro que ao trabalhador escravizado não são garantidos os mais fundamentais direitos. A escravidão é construída em cima do desprezo da dignidade da pessoa humana. E assim, o regime escravagista contemporâneo é caracterizado por diversas condutas nefastas, praticadas contra indivíduos vulneráveis expostos a condições degradantes de trabalho, que não podendo ser toleradas.

Assim, importante sejam criadas formas de combate ao trabalho escravo contemporâneo como a prevista no art. 243 da CF, a expropriação de terras, para que a escravidão contemporânea um dia acabe no Brasil, como passa a ser analisado.

#### **4 A EXPROPRIAÇÃO DE TERRAS À LUZ DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE**

O direito de propriedade está previsto no art. 5º, XXII, da Constituição Federal<sup>8</sup>, no Título II, que versa sobre os direitos e garantias fundamentais. Ainda, o Código Civil, em seu art. 1228, prevê que: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Contudo, o exercício do direito de propriedade não é absoluto, encontrando limitações, na própria Carta Magna, que em seu art. 5º, XXIII<sup>9</sup>, prevê como condição para o exercício do direito de propriedade o respeito à função social.

Ainda, o direito de propriedade e sua função social constituem princípios da ordem econômica, nos termos do art. 170, incisos II e III, da Constituição Federal de 1988<sup>10</sup>.

Dessa maneira, cumpre observar que com a promulgação da Constituição Federal de 1988, também denominada Constituição Cidadã, o direito de propriedade passou a ser entendido de acordo com sua função social. Esta condiciona o direito de propriedade, constituindo-se em elemento estruturante deste.

A função social orienta o direito subjetivo de propriedade em direção à justiça social. Impõe ao proprietário, o dever de exercer seu direito em benefício de outrem e não, apenas, de não a exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer. Dessa forma, o seu descumprimento legitima o Estado a restringir o direito de propriedade, dirigindo-se de acordo com o princípio do interesse público sobre o privado.

O direito de propriedade, assim como os demais direitos fundamentais, não é considerado um direito absoluto, mormente quando confrontado em situação de desrespeito à sua função social, bem como à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a propriedade privada só se justifica enquanto cumpre a sua função social.

À vista do exposto, denota-se que a propriedade privada é um direito individual condicionado ao bem da humanidade, não submetido apenas ao uso e

---

8 O art. 5º da Constituição Federal determina: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXII - é garantido o direito de propriedade”.

9 XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

10 O art. 170 da Constituição Federal assim dispõe: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] II - a propriedade privada; III - função social da propriedade”.

gozo do proprietário, mas também como instrumento de realização do bem estar da coletividade.

Destarte, o direito de propriedade não pode ser pensado de forma que atenda unicamente a fins individuais de seu proprietário, devendo ser realizado em sua dimensão social, uma vez que nas lições de Marcello Ribeiro Silva:

[...] ao apropriar-se de uma determinada coisa, o homem deve ter em mente que sua exploração visa a não somente satisfazer suas próprias necessidades, como as da coletividade, mormente quando a coisa apropriada é a terra, bem de produção por excelência, de onde são extraídos os alimentos imprescindíveis à sobrevivência da raça humana. Por outro lado, não se pode desconsiderar que a terra integra o meio ambiente natural, requerendo, assim, que seu uso ocorra de acordo com critérios de racionalidade e bom senso, já que da conservação do meio ambiente e dos recursos naturais, depende a própria sobrevivência da espécie humana (SILVA, 2010, p. 221-222)

Nessa senda, destaca-se que a atuação do Estado é pautada na supremacia do interesse público sobre o privado. Assim, o Estado pode e deve intervir no direito de propriedade toda vez que o interesse individual sobrepor-se ao interesse público, ou seja, quando deflagradas situações de utilização de mão de obra escrava, o Estado deve restringir o direito de propriedade daquele que escraviza, em respeito ao dever de cumprimento da função social da propriedade (RISSATO, 2013, p.38).

Assim, a expropriação de terras como instrumento de combate ao trabalho escravo contemporâneo corrobora a necessidade de observância da função social da propriedade.

Nesse sentido, foi aprovada a chamada “PEC do Trabalho Escravo” que originou a promulgação da Emenda Constitucional n. 81, alterando a redação do art. 243 da Constituição Federal<sup>11</sup> que, a partir de então, passou a prever a possibilidade de expropriação de terras, tanto urbanas quanto rurais, onde haja a utilização de mão de obra escrava, que devem ser destinadas à reforma agrária ou a programas de habitação popular.

A esse tipo de expropriação é dado o nome de desapropriação-sanção. Nesse sentido, Kiyoshi Harada aduz que:

---

11 O art. 243 da Constituição Federal assim dispõe: “As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei”.

[...] tendo em vista a gravidade desse tipo de “disfunção social” da propriedade, a Constituição impôs ao proprietário a perda dessa propriedade, sem direito a qualquer indenização e independentemente das sanções penais advindas de sua conduta.

Tal hipótese é conhecida como desapropriação-sanção. O Estado sanciona o infrator, sendo a desapropriação o instrumento hábil para transferir as glebas confiscadas a ele, para que seja dada a destinação prevista na Constituição (HARADA, 2009, p. 54).

Assim, questiona-se: qual a importância da expropriação de terras à luz da função social da propriedade, onde haja a exploração de mão de obra escrava, para efetivamente para combater o trabalho escravo?

A medida de desapropriação, prevista no art. 243 da Constituição Federal de 1988, é de suma relevância, uma vez que a utilização de mão de obra escrava constitui prática que desrespeita valores e direitos fundamentais positivados, bem como afronta aos direitos humanos e fundamentais, reduzindo o homem à condição de propriedade.

A importância da possibilidade expropriatória está inserida no art. 243 da Carta Magna, pois:

[...] trata-se da concretização do princípio da função social da propriedade, prevista no plano constitucional, reiterada no âmbito legal e que deixa clara a opção brasileira pela dignidade do ser humano, do trabalhador, quando em confronto com outros direitos, obviamente que aplicados os princípios de hermenêutica constitucional, como o da proporcionalidade, quando a colisão se der entre direitos fundamentais (NOGUEIRA; FABRE; KALIL; CAVALCANTE, 2015, p. 248).

Assim, o art. 243 da Constituição Federal de 1988 incrementa a punição do infrator que atenta aos direitos fundamentais e trabalhistas dos empregados, retirando-lhe o direito de propriedade, além de injungir-lhe ao cumprimento dos direitos trabalhistas decorrentes da exploração da mão de obra escrava.

Dessa forma, a medida expropriatória coaduna-se com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, tipificados no art. 3º da Constituição Federal.

Cabe ressaltar que a previsão de destinação do imóvel expropriado, inserta no art. 243 da Constituição, refere-se, tão somente, em relação à reforma agrária ou para programas de habitação popular, não dando conta dos anseios sociais, uma vez que a destinação da terra expropriada poderia ser dada aqueles trabalhadores que lá foram escravizados, pois o assentamento dos colonos escravizados contribuiria para diminuir a concentração fundiária, promover sua reinserção social e

para recuperar sua dignidade, afetando o proprietário e o trabalhador escravizado (RISSATO, 2013, p. 44).

Assim, para a efetivação da expropriação de terras em razão do trabalho escravo, até que haja legislação específica, deve ser utilizado, com base no princípio da máxima eficiência dos dispositivos constitucionais, de forma análoga, o procedimento da Lei 8.257/91, que trata das hipóteses de expropriação de terra com plantações de psicotrópicos.

Dessa forma, far-se-á com que o novel dispositivo constitucional de proteção da função social da propriedade frente ao trabalho escravo torne-se aplicável de imediato, em conformidade com o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988<sup>12</sup>, propiciando, por consequência, a segurança dos direitos fundamentais dos trabalhadores, bem como sua dignidade.

Saliente-se que, em que pese o Brasil tenha reconhecido pela Organização das Nações Unidas e pela OIT como modelo a ser seguido pelas demais nações pela criação de instrumentos de combate ao trabalho escravo contemporâneo, vislumbra-se que estes não são eficazes pelo fato de até hoje termos trabalhadores sendo explorados.

Assim, a criação de um instrumento de combate como a expropriação de terras, que relativiza o direito de propriedade, fazendo com que a terra que em que for encontrada a exploração de trabalho escravo possa não mais ficar nas mãos de quem explora tem grande relevância, pois além de caráter punitivo (econômico) com a perda da propriedade, tem o caráter preventivo no sentido de que os trabalhadores não voltarão a ser aliciados para o trabalho, pois o local não mais pertence ao explorador.

Diante do exposto, o art. 243 da Constituição Federal trouxe um novo instrumento de forma de combate ao trabalho escravo contemporâneo, ou seja, a expropriação de terras quando da ocorrência deste. Dessa forma, uma vez que a prática de exploração escravagista acarreta a perda da função social da propriedade, tal medida inovatória de expropriação constitui não apenas forma de repressão, mas também de prevenção de atos de exploração do trabalhador.

---

12 O art. 5º, § 1º da Constituição Federal estabelece que: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo, longe de querer esgotar o tema, analisou, inicialmente, o valor social do trabalho como fundamento da ordem social, estando intrinsecamente ligado à ordem jurídico-positiva, uma vez que é fundamento da República Federativa do Brasil.

Nesse sentido, o valor social do trabalho necessita ser compreendido no contexto do protoprincípio da dignidade da pessoa humana, devendo ser um trabalho produtivo e remunerado de forma condigna, bem como exercido em condições de liberdade, segurança e equidade.

O valor social do trabalho, dessa forma, é elemento principal de todo ordenamento jurídico pertencente a um Estado Democrático de Direito, pois este Estado apenas existe porque há trabalho humano. Trabalho humano digno, portanto, deve ser tratado como ponto central desse Estado, sendo o que se pretendeu destacar com este estudo.

Entretanto, em total desrespeito ao valor social do trabalho verifica-se, hodiernamente, a prática de utilização de mão-de-obra escrava mesmo em uma nova roupagem, ou seja, em sua forma contemporânea.

Essa forma contemporânea de trabalho escravo possui como elemento central a vulnerabilidade do trabalhador, assim como o total desprezo aos direitos sociais e fundamentais.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil assevera-se como Estado Social de Direito, fundamentado na consolidação dos valores de cidadania, democracia e justiça social.

A fim de que o Estado Social seja plena realidade, devem ser aniquiladas quaisquer práticas que afrontem o trabalho digno, pelo que urge a necessidade de implementação de meios efetivos para a extinção de qualquer forma possível de trabalho escravo.

Nesse sentido, uma nova forma de combate ao trabalho escravo contemporâneo foi implementada no ordenamento jurídico através da Emenda Constitucional n. 81, de 2014, que ampliou a possibilidade de expropriação de terras prevista no art. 243 da Constituição Federal, anteriormente prevista apenas para propriedades onde são localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, também na ocorrência de constatação de trabalho escravo.

Assim, pode-se dizer a expropriação de terras à luz da função social da propriedade, onde haja a exploração de mão de obra escrava é efetiva para combater o trabalho escravo, pois repercute no patrimônio do explorador, retirado-lhe o direito de propriedade em prol da liberdade que foi usurpada do trabalhador.

Dessa forma, a medida inovadora de expropriação de terras, quando da ocorrência de trabalho escravo, constitui-se importante instrumento, tanto preventivo, quanto repressivo a tal forma indigna de exploração de mão de obra, possuindo a expropriação intrínseca ligação com o princípio fundamental da função social da propriedade, uma vez que ocorrendo tal prática a função social dissipa-se, pelo que merece ser procedida à sua expropriação.

Diante do exposto, o que se busca através da valorização social do trabalho e do combate a qualquer forma de trabalho realizado em afronta aos direitos fundamentais e humanos é o emprego do trabalho como forma de humanização, não sendo mais aceitável como forma de domínio, a fim de se chegar, efetivamente ao um Estado Social e Democrático de Direito.

## 6 REFERÊNCIAS

BOCORNÝ, Leonardo Raupp. **A valorização do trabalho humano no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 03 ago. 2017.

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: 03 ago. 2017.

CAVALCANTI, Klester. **A dama da liberdade: a história de Marinalva Dantas, a mulher que libertou 2.354 trabalhadores escravos no Brasil, em pleno século 21**. São Paulo: Benvirá, 2015.

D'AMBROSO, Marcelo José Ferlin. Características do trabalho escravo contemporâneo. In: COLNAGO, L. de M. R.; ALVARENGA; R. Z. de. **Direitos humanos e o direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2013.

HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho, na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MARX, Karl. **O Capital: Crítica da Economia Política**. Livro Primeiro. O processo de produção do Capital. Volume I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2011.

NOGUEIRA, Chistiane V.; FABRE, Luiz Carlos Michele; KALIL, Renan B.; CAVALCANTE Tiago Muniz et al. Recentes avanços legislativos no combate à escravidão. In: MIESSA, E.; CORREIA, H. **Estudos aprofundados do Ministério Público do Trabalho**. Bahia: Juspodvim, 2015.

NEVES, Débora Maria Ribeiro. **Trabalho escravo e aliciamento**. São Paulo: LTr, 2012.

OIT. Convenção n. 29 de 1930. **Trabalho forçado ou obrigatório**. Disponível em: <[http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235021/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235021/lang--pt/index.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2017.

OIT. **Convenção n. 105 de 1957**. Disponível em: <[http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235195/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235195/lang--pt/index.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2017.

OIT. **Trabalho Escravo no Brasil do Século XXI**. 1ª ed. Brasília: OIT, 2006. SAKAMOTO, Leonardo (Coord.). Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/trabalho\\_escrav\\_o\\_no\\_brasil\\_do\\_seculo\\_xxi\\_315.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/trabalho_escrav_o_no_brasil_do_seculo_xxi_315.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2017.

PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RISSATO, Graziella Pavan. **Trabalho escravo contemporâneo e função social da propriedade: a expropriação de terras no combate à servidão por dívidas na zona rural**. 2013. Monografia (Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB) - Brasília, 2013. Disponível em: <[http://bdm.unb.br/bitstream/10483/5849/1/2013\\_GraziellaPavanRissato.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/5849/1/2013_GraziellaPavanRissato.pdf)>. Acesso em: 06 ago. 2017.

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. **Trabalho escravo no Brasil na atualidade**. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA, Marcello Ribeiro. **Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema**. 2010. Dissertação (Programa de Mestrado em Direito, área de concentração em Direito Agrário, da Pró - Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação - PRPPG da Universidade Federal de Goiás - UFG) - Goiânia, 2010. Disponível em: <[https://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal\\_mpt/35d284c9-cd7b-4889-81a5-](https://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/35d284c9-cd7b-4889-81a5-)

f3823d8e2270/Disserta%C3%A7%C3%A3o%2BTrabalho%2BAn%C3%A1logo  
%2Bao%2Bde%2Bescravo.pdf?  
MOD=AJPERES&CONVERT\_TO=url&CACHEID=35d284c9-cd7b-4889-81a5-  
f3823d8e2270>. Acesso em: 06 ago. 2017.



# OS DIREITOS HUMANOS E A IMPLEMENTAÇÃO DAS UNIDADES DE POLÍCIA PACIFICADORA NO BRASIL

Roberta Eifler Barbosa<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo explora as violações de direitos humanos verificadas na implementação das unidades de polícia pacificadora (UPPs) no Brasil. Apesar de verificados avanços, a partir da deturpação do modelo de policiamento comunitário, demonstra-se que os principais pontos negativos na experiência brasileira relacionam-se com a concentração de poder nas mãos de agentes pouco treinados e despreparados, além de resumir o papel do Estado, nas áreas vulneráveis, à presença policial. Ademais, constata-se que a instalação das UPPs no país ocorreu de forma antidemocrática e inconstitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Policiamento comunitário. Direitos humanos. Unidades de polícia pacificadora. Polícia comunitária.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Considerações iniciais sobre o policiamento comunitário e as Unidades de Polícia Pacificadora. 3 As Unidades de Polícia Pacificadora no Brasil. 3.1 Os avanços constatados a partir da implementação das Unidades de Polícia Pacificadora no Brasil. 3.2 As violações de direitos humanos verificadas na implementação das Unidades de Polícia Pacificadora no Brasil. 4 Considerações finais. 5 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a explorar os modelos de policiamento comunitário e polícia comunitária em contraposição à forma de instituição das Unidades de Polícia Pacificadora no Brasil nas últimas décadas.

Primeiramente, são confrontadas as diferenças entre os modelos e expostas suas bases legais e principiológicas. Após, passa-se à análise da implementação das Unidades de Polícia Pacificadora no Brasil, com o apontamento do momento histórico

---

<sup>1</sup>Defensora Pública do Estado do Amazonas, especialista em Políticas e Gestão em Segurança Pública.

em que se deu e os avanços até agora verificados.

Por fim, apontam-se as diversas violações de direitos humanos verificadas e busca-se analisar as suas causas. Almeja-se constatar o distanciamento das Unidades de Polícia Pacificadora do modelo de policiamento comunitário teórico e objetiva-se avaliar as principais falhas na execução prática do paradigma a fim de corrigi-las.

## **2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O POLICIAMENTO COMUNITÁRIO E AS UNIDADES DE POLÍCIA PACIFICADORA**

O modelo de policiamento comunitário é orientado à prevenção do crime com base na comunidade e, segundo Olinda Barcellos (2009), desenvolveu-se tendo como fundamento a teoria do aprendizado social ou da associação diferencial, que discorre sobre o aprendizado do crime, afirmando que o indivíduo sofre influência do meio social em que vive. Tal teoria “defende que o comportamento humano seja desenvolvido pelas experiências em situações de conflito, onde a comunidade exerce um papel fundamental” (BARCELLOS, 2009).

Conforme preceitua Sutherland (1992), criminólogo que desenvolveu a teoria da associação diferencial, todo comportamento, seja criminoso ou lícito, é aprendido a partir de associações com outros indivíduos. Segundo ele, a hipótese da associação diferencial é que o comportamento criminoso é espelhado em associação com aqueles que definem tal comportamento criminoso favoravelmente e em isolamento daqueles que o definem desfavoravelmente. Assim, uma pessoa em uma situação apropriada se envolve em tal comportamento criminoso se, e unicamente se, o peso das definições favoráveis excede o peso das definições desfavoráveis.

Nesse contexto, a polícia comunitária é, ao mesmo tempo, uma filosofia e uma estratégia organizacional que proporciona uma parceria entre a população e a polícia. No Brasil, seu fundamento deriva, essencialmente, da previsão do artigo 144 da Constituição Federal<sup>2</sup>, que dispõe que a segurança pública é direito e responsabilidade de todos. De acordo com a Secretaria Nacional de Segurança Pública, polícia

---

<sup>2</sup> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...) (BRASIL, 1988).

comunitária é definida como

(...) uma atividade pertinente aos órgãos estatais e à comunidade como um todo, realizada com o fito de proteger a cidadania, prevenindo e controlando manifestações da criminalidade e da violência, efetivas ou potenciais, garantindo o exercício pleno da cidadania nos limites da lei. (BRASIL, 2016)

Assim, “o cidadão na medida de sua capacidade, competência, e da natureza de seu trabalho, bem como, em função das solicitações da própria comunidade, deve colaborar, no que puder, na segurança e no bem-estar coletivo” (AYALA, 2015).

Doutrinariamente, polícia comunitária e policiamento comunitário possuem definições diferentes. Conforme explica Wagner Ayala (2015),

A ideia central da Polícia Comunitária reside na possibilidade de propiciar uma aproximação dos profissionais de segurança junto à comunidade onde atuam, dando características humanas ao profissional de polícia, e não apenas um número de telefone ou uma instalação física referencial, realizando um amplo trabalho sistemático, planejado e detalhado.

Policiamento comunitário, por sua vez, é entendido literalmente como o chamamento da comunidade a dirigir o trabalho policial, ou seja, intima-se a comunidade a “juntar-se, unir-se para salvaguardar a segurança pública” (CHAK, 2015). Pressupõe uma participação maior dos cidadãos do que a polícia comunitária.

Observa-se, portanto, uma ampliação significativa do papel do cidadão no provimento da segurança pública, no trabalho conjunto com a polícia na identificação dos problemas considerados mais urgentes em cada comunidade e na busca de estratégias que se mostrem eficazes para solucioná-las. (MONTEIRO, 2005)

Nesse contexto, há também o conceito de polícia de proximidade que, segundo Jaqueline Muniz e Kátia Mello (2015), “trata-se de uma estratégia de construção partilhada de legitimidade entre os próprios policiais e destes com os cidadãos, para garantir a legalidade e fomentar a autorização coletiva e continuada para a ação policial”. Assim,

A polissemia da ou a multiplicidade de significados atribuídos à noção de pacificação, polícia pacificadora ou de proximidade revela-se como um atributo comum àquelas experiências políticas que se pretendem inovadoras, fazendo parte do processo de transformação de valores e atitudes. (MUNIZ; MELLO, 2015)



As principais características desse tipo de policiamento, apontadas pelo Manual de Policiamento Comunitário (2009), são: a) realização de consultas à população sobre problemas, prioridades e estratégias de resolução; b) estratégia policial voltada para áreas e problemas específicos; c) mobilização da comunidade para autoproteção e para resolução de problemas que geram crimes; e, d) foco das ações na resolução de problemas geradores de crime e desordem.

Esse modelo funda-se, essencialmente, em algumas bases, apontadas também pelo Manual de Policiamento Comunitário (2009), quais sejam: a) relação de confiança recíproca entre a polícia e a população; b) descentralização da atividade policial, dotando-se o policial de autonomia para tomar iniciativas nas atividades de segurança local; c) ênfase em serviços não emergenciais, prevalecendo-se a prevenção do crime e a resolução dos conflitos na sua origem; e, d) ação integrada entre diferentes órgãos e atores.

Segundo Maurício Bohn (2015), no Brasil, o policiamento comunitário começou a ser discutido diante da falência do modelo tradicional de policiamento e das constantes práticas violentas e autoritárias que vinham ocorrendo entre as décadas de sessenta e oitenta.

Com o processo de transição e redemocratização do Brasil e consequente abertura política, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, as instituições responsáveis pela segurança pública receberam o dever de se reformarem para atender às novas demandas de cidadania da sociedade (BOHN, 2015).

Mais tarde, em 1996, com o Programa Nacional de Direitos Humanos, lançado pelo governo federal, apontou-se claramente a necessidade de reforma da polícia e recomendou-se a todos os estados a implantação do policiamento comunitário<sup>3</sup>. A partir daí, diversos entes federados iniciaram o processo de mudança no modelo de polícia tradicional.

### **3 AS UNIDADES DE POLÍCIA PACIFICADORA NO BRASIL**

As Unidades de Polícia Pacificadora, da forma como as conhecemos hoje,

---

<sup>3</sup> “Apoiar as experiências de polícias comunitárias ou interativas, entrosadas com conselhos comunitários, que encarem o policial como agente de proteção dos direitos humanos” (BRASIL, 1996).

começaram a ser implantadas no Brasil no ano de 2008, no estado do Rio de Janeiro. Desde então, o seu enquadramento como uma forma de policiamento comunitário é uma questão polêmica que gera muitas discussões doutrinárias. Segundo consta do site oficial das UPPs do Estado do Rio de Janeiro (2017), “Unidade de Polícia Pacificadora é um novo modelo de Segurança Pública e de policiamento que promove a aproximação entre a população e a polícia, aliada ao fortalecimento de políticas sociais nas comunidades”. Segundo a definição, poder-se-ia enquadrar as UPPs tanto como manifestação do policiamento comunitário quanto da polícia de proximidade.

Afora a questão do enquadramento terminológico, os avanços trazidos à população e os aspectos negativos observados a partir da execução das Unidades de Polícia Pacificadora no Brasil também causam dissenso doutrinário. De um lado, há aqueles que defendem tal forma de policiamento como a solução para áreas periféricas brasileiras, baseados nos resultados empíricos já constatados. De outro, aqueles que entendem que ainda é necessário o aprimoramento da experiência a fim de que não sejam mais violados direitos na sua implementação.

### **3.1 OS AVANÇOS CONSTATADOS A PARTIR DA IMPLEMENTAÇÃO DAS UNIDADES DE POLÍCIA PACIFICADORA NO BRASIL**

Quanto aos aspectos positivos das Unidades de Polícia Pacificadora no Brasil, para Carolina Cunha (2014), a principal vantagem desse modelo é recolocar o Poder Público nas comunidades mais carentes, garantindo o direito de ir e vir dos cidadãos, a existência de estabelecimentos comerciais e o fornecimento de serviços para todos que moram nessas áreas.

Além disso, alguns estudos demonstram a diminuição nas taxas da criminalidade nas localidades em que há policiamento comunitário, principalmente no início da implementação do modelo. A primeira cidade gaúcha a receber um núcleo de polícia comunitária, Caxias do Sul, por exemplo, conforme dados trazidos pela reportagem do Jornal Sul21 (2014),

(...) ostenta índices elevados de diminuição da violência. Nos primeiros 18 meses (março de 2012 a agosto de 2013) de atuação dos policiais militares, que integram o programa, foram registradas quedas expressivas de furtos e pungas (63,2%), homicídios (57,1%), roubo a posto de gasolina (46%) e furto e

arrombamento de residências (42,8%).

Da mesma forma, em Novo Hamburgo, também no Rio Grande do Sul, nos quatro primeiros meses de atuação da polícia comunitária, o índice de roubos a motoristas caiu 70% e o de porte ilegal de arma de fogo teve uma redução de 36,36% (Sul21, 2014).

No Rio de Janeiro, estado pioneiro na implementação das UPPs, também verificou-se uma significativa queda na criminalidade. Segundo pesquisa publicada no livro “Os donos do Morro”,

o número de mortes violentas por comunidade e mês passa de 1 a 0,25, ou seja, experimenta uma redução de quase 75%. Dentro destas categorias, duas subcategorias são monitoradas de forma específica. A redução é mais moderada para os homicídios dolosos e mais intensa para as mortes em intervenções policiais, que passam de 0,5 por mês a quase zero. Em outras palavras, há uma redução notável das mortes violentas e, dentro delas, especialmente daquelas decorrentes de intervenção policial. Por sua vez, os roubos experimentam uma diminuição de mais de 50% (de quase seis por mês a menos de três), enquanto todos os outros crimes sofrem um aumento considerável. (CANO, 2012, p. 35)

Em conclusão, os autores dessa pesquisa expõe que

a análise dos gráficos aponta que a presença das UPP consegue efetivamente reduzir drasticamente a violência letal nas comunidades ocupadas. Em particular, as mortes de civis por intervenção policial tornam-se muito raras, em função do fim dos confrontos armados pela disputa do território e, talvez, de uma estratégia policial mais contida. Da mesma forma, os roubos também caem numa proporção maior à do resto da cidade, indicando que a redução da criminalidade armada é um dos principais resultados locais das UPPs. (CANO, 2012)

Ademais, outra vantagem verificada, principalmente nos primeiros anos da experiência, é que as UPPs trouxeram maior qualidade de vida para os moradores, uma vez que “a sensação de proteção e de que a polícia veio para ficar proporciona para a comunidade um bem-estar, pois os moradores ao se sentirem protegidos começam a desenvolver atividades para melhorarem o seu cotidiano” (SANT’ANNA; ALONSO, 2015, p. 1136). “Outras questões apontadas por moradores como progresso é o crescimento do comércio e o aumento da empregabilidade. A entrada de grandes empresas e a transformação de muitas dessas comunidades em pontos turísticos

também são alguns dos principais benefícios da pacificação” (Governo do Rio de Janeiro, 2017).

A população vê nas UPPs um meio para que possam ter a segurança de quando saírem de suas casas para trabalhar e quando as crianças forem para a escola, possam fazer o trajeto de forma tranquila e não tenham mais que cruzar o conflito e se arriscarem a ainda serem atingidos por uma bala perdida. Acreditam que o projeto possa trazer com ele uma nova perspectiva de vida, ou seja, se a população pode confiar na polícia tudo fica mais fácil, a polícia passa a ter a ajuda dos moradores que contribuirão muito para o projeto, o trabalho é desenvolvido em conjunto. (SANT’ANNA; ALONSO, 2015, p. 1140)

De acordo com a pesquisa de percepção “Como o carioca vê o Rio de Janeiro”, realizada pelo movimento Rio Como Vamos, no ano de 2013, no tocante à segurança, “principalmente pela implementação das UPPs, o medo de balas perdidas e sair à noite reduziu muito em relação aos dados de 2009 e 2011”. Ademais, conforme a mesma pesquisa,

especificamente sobre as UPPs, apenas 16% encontram-se pessimistas em relação ao seu funcionamento. Os moradores de bairros em que este tipo de policiamento foi implementado estão satisfeitos, principalmente, com a valorização dos imóveis e com a redução de tiroteios.

Mais mudanças apontadas pelos moradores são a percepção de ruas mais tranquilas e o sentimento de estarem menos marginalizados (Rio Como Vamos, 2013), ou seja, de fazerem parte da cidade, exatamente pela possibilidade de outros serviços chegarem até eles. Segundo José Marcelo Zacchi, em entrevista concedida à Revista Internacional de Direitos Humanos (2012),

Observadas por seus resultados, as UPPs significam a extensão de serviços regulares de segurança pública a áreas historicamente excluídas deles e a recuperação da capacidade de ação pública nessas áreas, com efeitos positivos imediatos no exercício de direitos civis básicos – ir e vir, associação, manifestação, integridade física e moral, além de segurança – por parte de suas populações.

Complementa o pesquisador, aduzindo que

A evolução dos indicadores de crimes e de violência nas comunidades beneficiadas, por sua vez, fala por si. Ao lado da conversão de disparos de armas de fogo em episódios extraordinários, as 22 áreas e os 400.000 moradores alcançados a partir de 2008 pelo programa experimentaram reduções de até 80% na incidência de homicídios e de 30 a 70% nas ocorrências de outros crimes violentos, enquanto seus índices de letalidade policial aproximaram-se de zero.

Esta evolução contribuiu para um recuo da violência na cidade como um todo no mesmo período, expresso na redução de 26% no caso dos homicídios e de 60% no caso das mortes em confronto com policiais.

Em razão de tais conquistas, ressalta José Marcelo Zacchi (2012) que outras mazelas sociais acabam ganhando a atenção do Estado, que deixa de centralizar suas atenções aos conflitos armados.

Temas como o da violência intrafamiliar e contra a mulher, a reinserção de jovens egressos dos grupos criminosos ou das prisões, a oferta de políticas de saúde para dependentes químicos, a resolução de conflitos cotidianos e a regulação adequada da atuação policial no dia a dia, entre outros, ganham visibilidade e relevo nas aspirações locais e da cidade. (ZACCHI, 2012)

Na região do Batan, na cidade do Rio de Janeiro, “os profissionais da área de Educação apontam para uma melhora nítida e significativa do rendimento das crianças na escola, além de a dinâmica nas escolas haver melhorado por não ter mais interrupções frequentes das aulas” (OLINGER, 2012). Segundo uma moradora de uma área pacificada ouvida por Burgos (2011, p. 69),

Para as minhas filhas agora está “mil por cento” de bom. Porque, antigamente... não era bom. [...] Hoje, elas podem subir de madrugada. Antes não, porque eu tinha medo. Agora a UPP está aqui. Para fazer nossa segurança. Antigamente, anos atrás, eu nem deixava elas saírem: era bandido, tiro, muita coisa. E essas coisas não acontecem mais. Mas antes, eu tinha até preocupação de dormir aqui. (Mulher, 35 anos)

Ainda, de acordo com o autor, durante a pesquisa “houve uma ênfase muito grande no impacto da UPP sobre a conquista da liberdade, que aparece na valorização do direito de ir e vir, de receber visitas, e de integridade física” (BURGOS, 2011, p. 69). Desse modo, além da diminuição da criminalidade como um todo, a principal contribuição do modelo de UPP, conforme ressalta Zacchi (2012), é a retirada de entraves à implementação de outros direitos sociais, ou seja “o advento da segurança – ou da paz, se quisermos – implica, assim, na retirada dessas barreiras. Traz em si tanto a oportunidade como o desafio de avançar da chamada pacificação para a integração plena das áreas beneficiadas ao tecido da cidade”.

### 3.2 AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS VERIFICADAS NA IMPLEMENTAÇÃO DAS UNIDADES DE POLÍCIA PACIFICADORA NO BRASIL

No tocante aos aspectos negativos na implementação das Unidades de Polícia Pacificadora no Brasil, primeiramente, ressalte-se que o aumento da autonomia dos policiais, ocasionado pela descentralização dos comandos, acaba facilitando excessos e abusos nas áreas em que é implementado o policiamento comunitário.

Entre as denúncias feitas por moradores, estão a busca e apreensão no interior das residências sem mandado judicial, a imposição de toque de recolher, a necessidade de autorização dos policiais para a realização de eventos em área pública, a proibição de bailes funks, as revistas vexatórias de pessoas sem indicação de delito, entre outros. (CUNHA, 2014)

Segundo Marcelo Mandarino, morador de uma área em que existe uma UPP, ouvido pelo jornal Extra (2013),

(...) ainda existem casos de falta de respeito dos policiais, que confundem o morador com bandido e agem com truculência. Passar por uma rua onde existe tráfico já é atitude suspeita para eles. Antes, andava sem preocupações. Agora, preciso andar com documento para não ser confundido com bandido. Se sair sem documento, os policiais vão achar que estou devendo algo para a Justiça.

De acordo com João Pacheco de Oliveira (2014), com a implementação das UPPs houve uma transformação da responsabilidade pública em uma tutela militarizada, e ainda,

ao constituir unidades policiais específicas para atuar nas favelas, o poder público veio a declarar um segmento urbano como particularmente perigoso, criou procedimentos especiais para relacionar-se com ele, e de maneira subjacente o reconheceu como diferente dos cidadãos comuns, situando-o nos limites da criminalidade. Com isto instituiu — *de facto*, ainda que não *de jure* — uma tutela de natureza exclusivamente militar e repressiva sobre os territórios sociais onde habita mais da quinta parte da população da cidade.

Conforme ressalta Marcelo Freixo (2012), a partir da implementação do policiamento comunitário nas favelas do Rio de Janeiro, essa passou a ser a única forma de o Estado se fazer presente nas comunidades que possuem carência em praticamente todas as áreas. Assim, todas as questões, não apenas aquelas referentes à segurança pública, passaram a ser discutidas por intermédio da polícia, que detém

um poder exacerbado, o que possibilita a prática reiterada de abusos.

De fato, é fundamental que o poder público tenha uma política que assegure a retomada definitiva para a cidadania das comunidades antes subjugadas pelo crime. Para tanto, é essencial que o Estado se mostre presente com programas perenes de inclusão social, e não apenas com seu braço coercitivo. As UPP's têm a função pontual de sufocar o tráfico de drogas e acabar com a venda de 'proteção' aos moradores, mas a elas deve se seguir a implantação de serviços públicos – tudo como uma política de Estado e não apenas como projetos conjunturais de governo (SILVA, 2010).

De acordo com um comandante que trabalha no âmbito de uma Unidade de Polícia Pacificadora ouvido por Jaqueline Muniz e Kátia Mello (2015),

(...) a proposta da UPP apresentada na imprensa levou a um mundo de maravilhas que nós teríamos que oferecer, e hoje em dia a gente sabe que não tem condições de oferecer isso, e ainda não apareceu alguém que ofereça isso; a demanda de lixo continua muito grande, e não somos nós que podemos atender a essa demanda. A demanda de luz, ou qualquer outro tipo de demanda, que não policial; ela não deve ser atendida por nós.

Além disso, a forma de implementação das Unidades de Polícia Pacificadora no Brasil deu-se de forma questionável, uma vez que transformou “o que até então era uma metáfora – a 'guerra ao crime' – em política pública, oficial” (SILVA, 2010). A instalação das UPPs no país ocorreu em afronta aos princípios da polícia comunitária, tendo em vista que o ingresso do Estado nas comunidades deu-se por meio do Exército, em contrariedade às funções primordiais do órgão. Assim, a visão de combate ao inimigo acabou sendo disseminada entre os agentes responsáveis pelo policiamento nas unidades, o que provoca até hoje grandes violações de direitos da população residente nessas áreas, o que se evidencia no seguinte relato:

Gastaram muito dinheiro em uma coisa que não teve efetividade nenhuma. O tráfico continua forte e a população continua refém dessa política de Estado. Não tivemos um minuto de paz com essa pacificação, porque ela parte do princípio de que a favela é um campo de guerra e que as pessoas que ali moram são coniventes com o tráfico. Somos suspeitos o tempo todo, também somos alvo – estamos na mira. (LAROZZA, 2015)

Conforme preceitua Luiz Eduardo Soares (2017), “herdamos o nosso modelo policial da ditadura militar [1964-1985]. Mas o Brasil mudou profundamente desde aquele período e não fizemos as adaptações necessárias para um mundo completamente diferente”.

O maior problema verificado no Brasil, portanto, é a deturpação do que se conhece por policiamento comunitário. As Unidades de Polícia Pacificadora, que têm inspiração nesse modelo, surgido em um contexto de redemocratização, segundo Vera Malaguti (2013), acabam por fomentar a ideia de militarização e submissão à ordem militar. Migrou-se da ideia de inimigo comunista ou rebelde para o inimigo comum, o criminoso, o pobre, o favelizado. Ou seja, “o inimigo mudou ao longo do tempo: dos vadios aos subversivos. Nas últimas décadas, são perseguidos os jovens dos bairros precários, os favelados, estereotipados como potencialmente criminosos” (VALENTE, 2012).

Há que se referir ainda o espaço propiciado para o crescimento das milícias, que se aproveitam do poder que recebem do Estado para controlar os moradores da comunidade e omitir ilegalidades lá verificadas como forma de recebimento de contraprestações. “A UPP é uma gestão policial da vida dos pobres. Transforma a polícia como principal política pública, acima de todas as outras” (BATISTA, 2013).

Frente a este cenário, há quem sustente que as unidades de polícia pacificadora implementadas no Brasil são comparáveis ao estado de exceção, que é definido por Canotilho (2005, p. 1085 apud BAHIA, 2013) como uma

(...) previsão e delimitação normativo-constitucional de instituições e medidas necessárias para a defesa da ordem constitucional em caso de situação de anormalidade que, não podendo ser eliminadas ou combatidas pelos meios normais previstos na Constituição, exigem o recurso a meios excepcionais.

Para a socióloga Maria Helena Moreira Alves (2013), “o modelo da UPP não é o modelo de polícia comunitária. É uma invasão militar, com cerco da comunidade e permanente ocupação do território”. Complementa ela, dizendo ainda que

Existe um estado de exceção declarado. Isso não é interpretação, é fato. Vários direitos civis são suspensos. As pessoas são revistadas, a polícia entra e sai das casas como quer. Se suspeitam de alguém, levam embora, como foi o caso de Amarildo<sup>4</sup>. Não existe direito a advogado, dizem logo que é traficante. A polícia faz coisas que jamais faria em Ipanema, Copacabana e Leblon. (...) O estado de exceção quer dizer suspensão do direito constitucional. Isso foi o que

---

<sup>4</sup>Amarildo Dias de Souza (Rio de Janeiro, 1965/1966 - Rio de Janeiro, 2013) é um ajudante de pedreiro e brasileiro que ficou conhecido nacionalmente por conta de seu desaparecimento, desde o dia 14 de julho de 2013, após ter sido detido por policiais militares e conduzido da porta de sua casa, na Favela da Rocinha, em direção a sede da Unidade de Polícia Pacificadora do bairro. Seu desaparecimento tornou-se símbolo de casos de abuso de autoridade e violência policial”. (ZERO HORA, 2013)



foi feito na ditadura militar. (ALVES, 2013)

Do mesmo modo entende Vera Malaguti (2013), referindo que

O tipo de atuação policial que se faz nas favelas ocupadas pela polícia no Rio só poderia ser feita na zona sul da cidade caso o governo decretasse “estado de sítio”. Há toques de recolher, abordagens ostensivas, invasão de domicílios sem mandado judicial, a proibição de tudo. Os moradores do morro do Cantagalo costumam reclamar que os bares de Ipanema ficam abertos a noite toda, mas as biroscas da favela têm horário para fechar. Para fazer uma festa em casa, o morador de lá tem de pedir autorização.

Ainda segundo Vera Malaguti em entrevista ao Jornal Eletrônico Carta Capital (2013), enquadrar as Unidades de Polícia Pacificadora como uma experiência de policiamento comunitário é cínico. Entende ela que a “UPP não é policiamento comunitário, é uma tomada de território por forças militarizadas. Algo muito semelhante ao que ocorre na Palestina, no Iraque, no Afeganistão.” Para a socióloga, o modelo de policiamento comunitário não foi seguido pelas UPPs, uma vez que naquele há o protagonismo da comunidade, devendo a polícia estar próxima e disponível para atender às necessidades da população.

Nilo Batista (2011) ressalta a inconstitucionalidade da iniciativa, tendo em vista a série de restrições a que os moradores das áreas “pacificadas” são submetidos. Segundo ele, somente com a decretação de estado de defesa ou estado de sítio, com o preenchimento dos devidos requisitos constitucionais<sup>5</sup>, seria possível a imposição de restrições tão duras em uma região do território brasileiro.

---

5 Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. § 1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I - restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes. (...) Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I - obrigação de permanência em localidade determinada; II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; IV - suspensão da liberdade de reunião; V - busca e apreensão em domicílio; VI - intervenção nas empresas de serviços públicos; VII - requisição de bens. Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa. (BRASIL, 1988)

Outrossim, outro ponto negativo do policiamento comunitário é a migração do crime para localidades não atendidas pelo policiamento, o que se verifica muito no estado do Rio de Janeiro, a título de exemplo. Ocorre o que os estudiosos denominam de “falsa sensação de segurança”, já que algumas áreas ficam protegidas, enquanto outras recebem as ações delitivas. Ademais, segundo ressalta Luiz Flávio Gomes (2011), as unidades de polícia pacificadoras não combatem as causas sociais da criminalidade, facilitando que a violência se instale rapidamente em qualquer outro território segregado.

De acordo com Luiz Eduardo Soares (2017), era de suma importância acabar com as incursões bélicas e atender as comunidades com serviços de segurança, porém, para isso seria preciso

1) que o policiamento fosse verdadeiramente respeitoso, do tipo comunitário, o que não aconteceu; 2) que o Estado estivesse presente cumprindo suas outras obrigações, na área de saneamento, educação, saúde, meio ambiente. Sem essa presença multidimensional isso também se perderia; e 3) uma pré-condição para que tivesse sustentabilidade: a reforma profunda das polícias, particularmente da Polícia Militar, porque, senão, esse policiamento acabaria reproduzindo a brutalidade e a corrupção conhecidas e a médio prazo retiraria toda a legitimidade e acabaria com o programa, como aconteceu definitivamente.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto, observa-se que apesar dos avanços constatados, ainda é necessário o aprimoramento da forma de organização das Unidades de Polícia Pacificadora no Brasil, além de um maior controle das atividades policiais nessas áreas para que se verifique um aumento efetivo na diminuição da violência, principalmente em comunidades carentes de recursos financeiros, sem a afronta aos direitos fundamentais das populações que ocupam as áreas policiadas.

Primordialmente, deve ser levada à discussão a mudança no modelo de polícia que verificamos hoje no Brasil, em que os agentes são treinados essencialmente para o combate ao inimigo e não possuem direcionamento para lidar diretamente com os cidadãos no dia a dia das comunidades.

Além disso, devem ser resgatados os princípios básicos do policiamento comunitário, colocando-se o protagonismo com os moradores da comunidade,

trazendo-os para o lugar de parceiros e partícipes da mudança do local em que vivem. Para isso os moradores devem ser informados dos seus direitos e possuir acesso aos serviços públicos fundamentais. Deve-se migrar da ideia de Unidades de Polícia Pacificadora para a de Unidade de Pacificação Definitiva, com o cumprimento pelo Estado dos seus deveres no tocante à garantia do mínimo existencial.

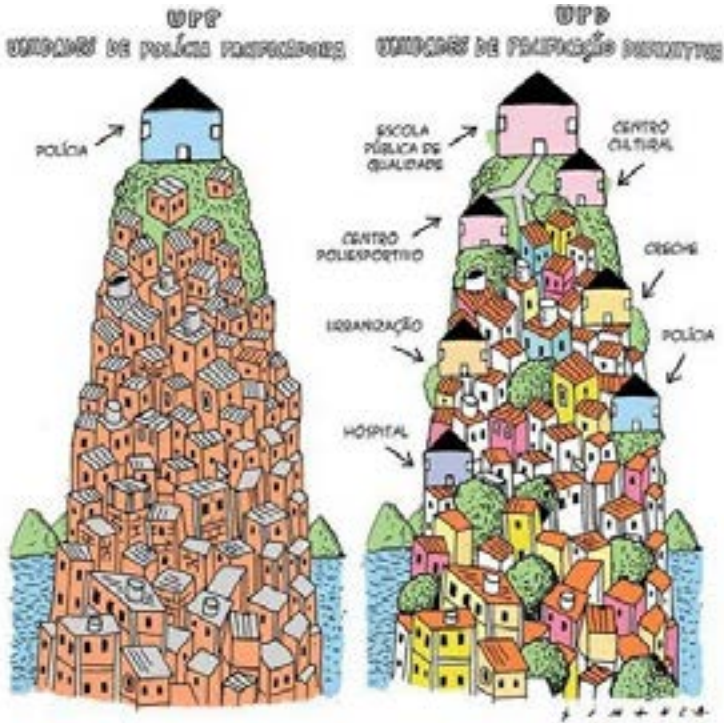
É necessário que o Poder Público esteja presente em todas as comunidades não apenas através da polícia, mas, principalmente, por meio dos serviços essenciais básicos à consecução de uma vida digna<sup>6</sup>. É preciso que cada comunidade possua ao menos um posto de saúde, uma escola, saneamento básico, locais de lazer, acesso ao transporte, ou seja, os direitos sociais fundamentais previstos no artigo 6º da Constituição Federal<sup>7</sup>. Só a partir da mudança da mentalidade militarizada será possível buscar-se a tão almejada pacificação, conforme bem sintetiza a imagem abaixo:

---

6 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana (...). (BRASIL, 1988)

7 Art. 6º 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)

Figura 1 - Charge UPP X UPD



Fonte: Disponível em < <http://atarde.uol.com.br/charges>>.

## 5 REFERÊNCIAS

ALVES, Maria Helena Moreira. **UPPs são estado de exceção, diz socióloga: depoimento**. 25/08/2013. Folha de São Paulo: cotidiano. Entrevista concedida a Eleonora de Lucena. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/08/1331602-upps-sao-estado-de-excecao-e-ameacam-democracia-diz-sociologa.shtml>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

A TARDE. Charge de Simanca. **UPP X UPD**. Disponível em: <<http://atarde.uol.com.br/charges>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

AYALA, Wagner. **Polícia Comunitária**. Disponível em: <<http://www.policiacomunitariadf.com/>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

BAHIA, Charles Nunes. **Estado de exceção ameaça direitos fundamentais?**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3727, 14 set. 2013. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/25287>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

BARCELLOS, Olinda. **Valores Humanos e as Teorias da Criminalidade**. 2009. Disponível em: <<http://www.portaleducacao.com.br/Artigo/Imprimir/52581>> Acesso em: 11 jun. 2015.

BATISTA, Nilo. **Nilo Batista fala sobre as UPPs e a presença do exército no Complexo do Alemão**. Rio de Janeiro, Jornal A Nova Democracia, 2011. Comunicação oral. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=xYjACv3LQXc>>. Acesso em: 30 de jun. 2015.

BATISTA, Vera Malaguti. **Uma guerra particular**. 08/07/2013. Carta Capital: sociedade. Entrevista concedida a Rodrigo Martins. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/uma-guerra-particular-8733.html>>. Acesso em: 19 mai. 2015.

BATISTA, Vera Malaguti. 2003. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan.

BOHN, Maurício Futryk. **Policimento comunitário: a transição da polícia tradicional para a polícia cidadã**. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/54.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Programa Nacional de Direitos Humanos** (1996). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/pp/pndh/textointegral.html>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Segurança Pública**. Órgãos de segurança. Conceitos básicos. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/senasp/data/Pages/MJ1BFF9F1BITEMIDE16A5BBC4A904C0188A7643B4A1DD68CPTBRNN.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

BURGOS, Marcelo Baumann et al. O Efeito UPP na Percepção dos Moradores das Favelas. **Desigualdade & Diversidade**: Revista de Ciências Sociais da PUC-Rio, Rio de Janeiro, n. 11, p.49-98, ago/dez 2011.

CANO, Ignacio; BORGES, Doriam; RIBEIRO, Eduardo (Org.). **Os Donos do morro: uma avaliação exploratória do impacto das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: LAV/UERJ, 2012.

CHAK, Wong Sio. **A filosofia e o modelo de policiamento comunitário**:

concretização e percepção por parte da PJ. Disponível em: <[http://www.pm.al.gov.br/intra/downloads/bc\\_policial/pol\\_07.pdf](http://www.pm.al.gov.br/intra/downloads/bc_policial/pol_07.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2015.

CUNHA, Carolina. **Segurança pública:** Em seis anos de implantação, UPPs ainda enfrentam desafios nas comunidades do Rio. 2014. Disponível em: <<http://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/seguranca-publica-em-seis-anos-de-implantacao-upps-ainda-enfrentam-desafios-nas-comunidades-do-rio.htm#fotoNav=7>>. Acesso em: 10 maio 2015.

EXTRA. **Moradores discutem aspectos positivos e negativos da UPP em áreas pacificadas.** 2013. Disponível em: <<https://extra.globo.com/casos-de-policia/moradores-discutem-aspectos-positivos-negativos-da-upp-em-areas-pacificadas-9769123.html>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

FREIXO, Marcelo. **UPP:** pacificação ou colonização?. Rio de Janeiro, Curso de Direitos Humanos do Complexo do Alemão, 2012. (Comunicação oral). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=gdXwCfq1-CU>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

GOMES, Luiz Flávio; CYMROT, Danilo. **Upps e o fenômeno da migração do crime (1/4).** 2011. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121913026/upps-e-o-fenomeno-da-migracao-do-crime-1-4>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

Governo do Rio de Janeiro. **Unidade de Polícia Pacificadora.** Disponível em: <<http://www.upprj.com/>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

LAROZZA, Felipe. **O Exército Vazou e Deixou o Complexo Mais Complexo.** 2015. Disponível em: <[http://www.vice.com/pt\\_br/read/o-exercito-vazou-e-deixou-o-complexo-mais-complexo?utm\\_source=vicefbbr](http://www.vice.com/pt_br/read/o-exercito-vazou-e-deixou-o-complexo-mais-complexo?utm_source=vicefbbr)>. Acesso em: 15 out. 2015.

MONTEIRO, Milena Fontoura. **O policiamento comunitário como alternativa à democratização da polícia.** 2005. 249 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp038250.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2015.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; Mello, Kátia Sento Sé. **Nem tão perto, nem tão longe:** o dilema da construção da autoridade policial nas UPPs. IN: Civitas: revista de ciências sociais, Porto Alegre, v.15, n.1, p. 44-65, 2015.

NÚCLEO DE ESTUDOS DA VIOLÊNCIA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Manual de Policiamento Comunitário:** polícia e comunidade na construção da segurança. 2009. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down247.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2015.

OLINGER, Marianna. 2012. **As relações das UPPs com os moradores e outras lideranças sociais nas favelas cariocas:** Batan (Jardim Batan, Vila Jure-ma e

Morrinhos). *Comunicações do ISER*, 6:160-170.

OLIVEIRA, João Pacheco de. **Pacificação e tutela militar na gestão de populações e territórios**. 2014. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-93132014000100005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132014000100005) >. Acesso em: 17 jan. 2016.

RIO COMO VAMOS. **Pesquisa de percepção 2013: Parte I – Como o carioca vê o Rio de Janeiro**. 2013. Disponível em: < [http://www.riocomovamos.org.br/portal/arquivos/RCV\\_PercepcaoRio2013\\_v5.pdf](http://www.riocomovamos.org.br/portal/arquivos/RCV_PercepcaoRio2013_v5.pdf)>. Acesso em: 9 de abril de 2019.

RODRIGUES, André, SIQUEIRA, Raíza, LISSOVSKY, Mauricio. Unidades de polícia pacificadora: debates e reflexões. *Comunicações do Iser*. Rio de Janeiro, Iser, n.67, 2012.

SANT`ANNA, Camila; ALONSO, Ricardo Pinha. As Unidades de Polícia Pacificadora-UPP e a Segurança Pública no Rio de Janeiro. **Revista de Artigos do 1º Simpósio Sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito**, Marília, v. 1, n. 1, p.1121-1141, 11 dez. 2015. Anual.

SILVA, Luiz Antonio Machado da. **Afinal, qual é a das UPPs?** 2010. Disponível em: <[http://www.observatoriodasmetropoles.ufjr.br/artigo\\_machado\\_UPPs.pdf](http://www.observatoriodasmetropoles.ufjr.br/artigo_machado_UPPs.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2016.

SOARES, Luiz Eduardo. UPP fracassou porque só ela não basta, diz ex-secretário nacional de Segurança. 06/01/2017. Uol. Entrevista concedida a Guilherme Azevedo. Disponível em: <<http://www.luizeduardosoares.com/upp-fracassou-porque-so-ela-nao-basta-diz-ex-secretario-nacional-de-seguranca/>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

SUL21. **Polícia Comunitária ajuda a diminuir os índices de violência**. 2014. Disponível em: <<http://www.sul21.com.br/jornal/policia-comunitaria-ajuda-a-diminuir-os-indices-de-violencia/>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R.; LUCKENBILL, David F. **Principles of criminology**. 11. ed. New York: General Hall, 1992.

VALENTE, Julia Leite. **“Polícia Militar” é um oxímoro: a militarização da segurança pública no Brasil**. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/view/2646/2076>>. Acesso em: 22 de jun. 2015.

ZACCHI, José Marcelo. DIAS, Rafael. **Visões sobre as Unidades de Polícia Pacificadora**. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. 2012. Disponível em: <<https://sur.conectas.org/visoes-sobre-unidades-de-policia-pacificadora-upps-no-rio-de-janeiro-brasil/>>. Acesso em: 09 de abril de 2019.





# A FUNÇÃO SOCIAL DO GESTOR PÚBLICO DIANTE DA CRIMINALIDADE: REFLEXÕES PROPOSITIVAS

Fabiane Barchet<sup>1</sup>

**RESUMO:** A questão da segurança em meio a sociedade em amplo desenvolvimento e expansão é algo que merece destaque diante de todas as normas que regulam a segurança pública e os projetos sociais que buscam lapidar e resguardar os valores societários. O presente artigo busca evidenciar a função social do gestor público diante da criminalidade, referindo a complexidade que envolve a segurança pública, diagnosticando algumas causas da violência e por fim, demonstrando os resultados obtidos através da implementação estratégica de projetos sociais. Adotou-se, para isso, por meio de um ensaio teórico, uma análise sobre diversos grupos societários, os recursos que lhe são fornecidos e a influência destes em seus comportamentos. Os resultados reforçam, assim, a relevância da função do gestor público ante suas atividades em prol da sociedade, as quais buscam afastar a criminalidade visto diversos projetos a serem desenvolvidos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Segurança pública. Criminalidade. Violência. Gestão pública.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Complexidade da segurança pública no Brasil. 3 As causas e os números que refletem a criminalidade. 4 Projetos instituídos pelo governo para reprimir a criminalidade. 5 O papel social do gestor diante da criminalidade. 6 Considerações finais. 7 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Em um mundo moderno, em que a tecnologia e novos comportamentos avançam de forma desafiadora frente a sociedade, discussões acerca do tema seguridade merecem destaque. Isso porque, não basta apenas atentar-se à segurança ostensiva, rotineiramente vista nas ruas, mas também, à segurança de

---

<sup>1</sup> Possui graduação em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, pós-graduação em Direito de Família e Sucessões pela Universidade Anhanguera e pós-graduação em Gestão Pública pela UAB/UFSM. Advogada. E-mail: fabianebarchet@hotmail.com

uma sociedade que sofre os reflexos de ações criminais resultantes, por vezes, de uma parcela excluída da população.

Nesse sentido, é assegurado constitucionalmente no artigo 144 ser dever do Estado garantir segurança pública com o fim de proteger a sociedade, prevenindo e controlando as manifestações de criminalidade e violência, efetivas ou em potencial e assim, firmar o exercício pleno da cidadania nos limites legais.

A segurança da sociedade é elemento fundamental à garantia de direitos e ao cumprimento de deveres, estabelecidos nos ordenamentos jurídicos. Outrora, necessita de estrutura estatal e demais organizações da sociedade para ser efetivada, qual seja, formar o sistema de segurança pública, que é o conjunto de ações delineadas em planos e programas e, implementadas como forma de garantir a segurança individual e coletiva (CARVALHO E SILVA, 2011).

A promulgação de leis, decretos, portarias e resoluções que visam o enfrentamento da violência e criminalidade perdem a eficiência e eficácia quando não articulados com efetivas ações de segurança pública no contexto social, o que acarreta resultados inconsistentes e insatisfatórios (CARVALHO E SILVA, 2011).

E, eis a função da administração pública e, conseqüentemente, de sua gestão, visto que além de ser responsável por um aparato de cumprimento de norma e estrutura cabe-lhe, após analisar as causas da violência em locais determinados, implantar ações sociais que envolvem a sociedade tanto no sentido de oferecer atividades de desenvolvimento quanto, de prevenção. E, para se assim chegar, compete à gestão de políticas públicas programas e projetos de segurança pública em áreas correlatas, nos níveis federal, estadual e municipal, focalizar a estrutura geral dos centros urbanos, com suas formas, funções e processos, como objeto de transformação da ordem urbana.

Dessa forma, a segurança pública é uma das temáticas mais complexas da contemporaneidade, instiga e desafia pesquisadores, profissionais do campo e áreas afins, gestores públicos e privados, governantes, políticos, lideranças comunitárias e grupos sociais, pois não se tem como indicar uma única causa que explique o fenômeno multifacetado da violência (CARVALHO E SILVA, 2011).

Diante do exposto, o presente artigo busca evidenciar a função social do gestor público diante da criminalidade, referindo a complexidade que envolve a segurança pública, diagnosticando algumas causas da violência e por fim,

demonstrando os resultados obtidos através da implementação estratégica de projetos sociais.

Trata-se de um ensaio teórico que busca analisar a forma que as normas legais tentam controlar os níveis de violência e, os resultados obtidos da união destas com a vivência da sociedade. Ao se deparar com referidas situações, este artigo apresenta diversos projetos e atividades desenvolvidas em sociedade que visam afastar seus integrantes da criminalidade bem como, ressocializá-los e lhes oportunizar novos ofícios.

Justifica-se a importância do presente trabalho visto que, em um mundo cada vez mais avançado, o qual apresenta desigualdades e crises em diversas parcelas da sociedade, é fundamental resguardar as diretrizes da segurança pública. Dessa forma, o que se busca é que as aglomerações urbanas sejam reconhecidas como centros de avançado desenvolvimento e lucros para o país, ao oposto da identificação como pontos de reincidência e marginalização.

Para tanto, após esta seção introdutória, na seção 2 é exposto o contexto pelo qual permeia e se apresenta a discussão acerca do tema segurança pública. Na seção 3 abordam-se as causas e os números que refletem a violência. Na seção posterior, são apresentados os projetos instituídos pelo governo e, na seção 5, as ações do gestor público no intuito de coibir o avanço da criminalidade. Por fim, as considerações finais são apresentadas na última seção desse artigo.

## **2 COMPLEXIDADE DA SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL**

Para a preservação da ordem pública, a Constituição Federal prevê em seu artigo 144 que a segurança pública será composta pela polícia federal, polícias rodoviária e ferroviária federal, polícia civil, polícia militar e corpo de bombeiro militar.

A atuação dos órgãos da segurança pública exige uma interação e gestão de ações combinadas a medidas de participação e inclusão social e comunitária, competindo ao Estado garantir o pleno funcionamento dessas instituições, uma vez que:

A segurança pública é um processo sistêmico e otimizado que envolve um conjunto de ações públicas e comunitárias, visando assegurar a proteção do indivíduo e da coletividade e a ampliação da justiça da punição, recuperação e tratamento dos que violam a lei, garantindo direitos e cidadania a todos. Um processo sistêmico porque envolve, num mesmo cenário, um conjunto de conhecimentos e ferramentas de competência dos poderes constituídos e ao alcance da comunidade organizada, interagindo e compartilhando visão, compromissos e objetivos comuns; e otimizado

porque depende de decisões rápidas e de resultados imediatos (CARVALHO E SILVA, 2011, p.62).

No mesmo sentido, o doutrinador Luís Flávio Saporì (2007, p.16) refere que para a manutenção da ordem pública, os conflitos sociais oriundos da disseminação de comportamentos desviantes são contornados por organizações públicas especializadas em ações de controle social e “do ponto de vista institucional, os Estados democráticos contemporâneos procuram garantir a manutenção da ordem mediante a obediência a diversos institutos legais que estabelecem os parâmetros de seu poder de atuação”.

Assim, em busca de um controle social, frente à violência e à criminalidade que assolam cada vez mais o país, novos métodos se apresentam como uma forma de facilitar o serviço dos servidores que buscam provas e formas mais eficazes de combater o crime e proporcionar a segurança individual e coletiva. É de se observar nas investigações, por exemplo, a utilização de materiais em busca de digitais, análise minuciosa de provas encontradas no local dos crimes, satélites e *drones* que buscam rastrear determinadas áreas a fim de se chegar a melhores conclusões.

Mas, tudo que se tem bônus acarreta um ônus, resultando na obrigação da administração pública em desempenhar seu papel de gestão para fins de destinar à segurança pública todos os recursos financeiros que lhe compete bem como, viabilizar uma estrutura que garanta efetividade e eficiência no serviço a ser prestado à sociedade.

Não obstante haja toda uma estrutura, órgãos de segurança e um regramento jurídico com a finalidade de garantir a Segurança Pública no país, a população brasileira vive sob a sensação de total insegurança, pois por vezes, paira uma impressão de caos na preservação da ordem pública. Surge, então, o questionamento se tal situação decorre da ineficácia do serviço prestado, da ausência de gestão quanto à forma que este serviço deveria ser prestado ou, ainda, se provém de suas raízes, qual seja: ausência de recursos distintos para se chegar à órgãos estruturados e atividades com resultados positivos.

Ao se analisar o conjunto que envolve a gestão da segurança pública verifica-se a crise em seus órgãos uma vez que, não se tem uma remuneração condizente com o exercício dos profissionais que atuam na área, além de se depararem com estruturas e viaturas em situações precárias e com um treinamento deficiente para conter o crime.

É nesse ambiente, que embora visto de uma forma secundária, o papel do gestor público assume primordial relevância no combate à criminalidade. Isso porque, estudos comprovam que o desenho urbano pode influenciar o comportamento das pessoas de forma a inibir condutas delitivas, bem como incentivar outras que sejam mais saudáveis.

Uma cidade estruturada, com uma gestão que proporciona aos seus habitantes condições mínimas de lazer, desenvolvimento e mercado de trabalho tende a apresentar índices menores de criminalidade. Isso se depreende, visto que embora a violência reflita em toda a população, ela não possui distribuição homogênea e se dá com especificidades quantitativas e qualitativas, por exemplo, com maior incidência de crimes contra a pessoa nas regiões periféricas e de crimes contra o patrimônio nas áreas centrais e/ou mais ricas.

Ainda, embora não se perceba, um Plano Diretor atento quanto à ocupação do solo x segurança pública é eficaz ao apresentar restrições, por exemplo, quanto aos extensos condomínios fechados. Estes, que ao invés de serem consequência da violência, passam a ser causa, pois as grandes extensões de muros altos nestes empreendimentos tornam as calçadas locais desertos e propícios a ações de violência (GESTÃO PÚBLICA EFICIENTE, 2018).

O desenvolvimento de estratégias para alcançar a efetiva redução dos índices criminais, a partir do modelo gerencial das políticas públicas, perpassa uma maior integração dos agentes públicos e da sociedade nas instâncias institucionais, religiosas e familiares. E é nesse sentido, que se justifica o contexto constitucional, o qual narra ser “direito e responsabilidade de todos” visto que, em qualquer grupo ou órgão a integração tende a ser mais eficaz.

E, na questão em análise não seria diferente, em tempos de crise é fundamental convergir e integrar as estratégias que viabilizam o direito à segurança pública, para que assim, as aglomerações urbanas sejam essencialmente vistas como centros de avançado desenvolvimento e lucros para o país.

Assim sendo, segundo propostas presentes no relatório de “Gestão Pública Eficiente” (2018), uma gestão que tenha conhecimento das formas e do comportamento da violência no espaço urbano e, sobretudo, que disponibilize indicadores que permitam localizar e quantificar as ocorrências e estabelecer relações entre o ato violento e os elementos físicos que compõem a dinâmica da

cidade e outros fatores associados, é capaz de ajudar a planejar a prevenção da violência e a gestão da segurança pública.

### **3 AS CAUSAS E OS NÚMEROS QUE REFLETEM A CRIMINALIDADE**

No contexto da criminalidade e da violência percebe-se, que as estratégias reativas da polícia e os métodos obsoletos de investigação não estão conseguindo conter significativamente o grande volume de crimes. E, ante o diagnóstico da criminalidade no qual o retrato da impotência de nosso sistema de controle criminal é revelador da necessidade de uma profunda reforma no sistema de prevenção criminal conclui-se também, ser necessário que as causas da violência sejam adequadamente tratadas, sem o que a crise da segurança pública no País não será alterada significativamente.

A situação precária que se apresenta parcela da população com suas múltiplas carências, é uma das causas da violência, principalmente, ao se atingir jovens suscetíveis de escolha das vias ilegais como forma de sobrevivência ou adaptação às pressões sociais (UFES, 2018).

O acesso ao crime é favorecido pela tolerância cultural aos desvios sociais, em que se há uma discriminação de raça e classe bem como, pela deficiência de instituições de controle social. Logo, uma polícia ineficiente e uma legislação criminal defasada, gerando a impunidade em certos casos, somado a fatores de exclusão social e ausência de emprego a certa classe da população é algo que facilita o caminho do crime (UFES, 2018).

Ao que se percebe, a violência sofreu considerável expansão e há dificuldade em excluí-la da sociedade visto a multiplicidade e grandeza de suas causas, as quais provêm de diversos fatores, diga-se, um ciclo vicioso que envolve condição econômica do país – desigualdade social – crimes – violência – polícia ineficiente (UFES, 2018).

Conforme pesquisa, o Brasil vem se destacando como um dos países mais violentos do mundo, chegando a atingir a taxa de 30 assassinatos para cada 100 mil habitantes, em 2016, segundo o Atlas da Violência 2018, com base em dados do Ministério da Saúde. Prova disso, é que antes de 2016, a maior taxa havia sido registrada em 2014, com 29,8 por 100 mil habitantes e ainda, segundo estudo elaborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e pelo Fórum

Brasileiro de Segurança Pública, nos últimos dez anos, 553 mil pessoas perderam a vida vítimas de violência no Brasil (G1, 2018).

A criminalidade encontrou nas áreas urbanas, as quais são produto dos processos de transição econômica e demográfica da metade do século XX, o seu palco privilegiado, talvez pela própria estrutura centralizadora e concentrada que o meio urbano apresenta (LIRA, 2017).

Um fator que demonstra a falha na gestão da segurança pública, são os dados estatísticos apresentados sobre o sistema carcerário brasileiro, os quais resultam de problemas sociais como o aumento das desigualdades, elevação do desemprego e degradação urbana, que atingem principalmente a classe populacional baixa.

Dados estatísticos do ano de 2015 demonstram ser imutável o perfil do presidiário, qual seja, jovens da pele escura e com baixa escolaridade são maioria nas prisões. Em pesquisa, se concluiu que 54% reside nas regiões metropolitanas, 45% são pardos e 57% concluíram o ensino fundamental (ALMEIDA, 2015). Ainda, enquanto o Brasil envia uma média de 70 presos para a cadeia por dia, países como a Holanda e Suécia chegam a fechar seus presídios. Afirmando referidos dados, é que o número de presos brasileiros cresce 7,5% ao ano, sendo que espantosamente o estado de São Paulo possui mais presos que a região norte, nordeste e centro-oeste juntas. Em contraponto, a população cresce em um ritmo bem mais lento, qual seja, com um percentual de apenas 1,5% ao ano (ALMEIDA, 2015).

Ao que se percebe, é que os dados da criminalidade são consequências das condições de sobrevivência expostas a sociedade, o desemprego destoa nas regiões metropolitanas e com ele, o preconceito e a exigência de experiência e melhores qualificações curriculares.

Nesse aspecto, dados colhidos por Almeida (2015, p.48) no ano de 2015 apontam que 26% da população carcerária provém do tráfico sendo o mesmo responsável pela prisão de 60% das mulheres, dados que provavelmente se justificam ante o retorno atrativo deste delito, sendo que os agentes criminosos cometem mais ilícitos uma vez que o seu uso provoca a redução da inibição. Em dados igualitários, 26,5% da população presa é por roubo. Talvez referidos dados se justifiquem por serem crimes de fácil alcance frente a uma classe frágil que necessita de certa forma se manter.

O crime de furto, por exemplo, em termos de chances de reincidência, é o “campeão” dos crimes econômicos, o que talvez se explica pela expectativa de que o lucro supere os riscos da atividade. Em contraponto, um delito de roubo, o qual é cometido com emprego de violência e grave ameaça, apresenta reincidência inferior, talvez ante a análise do custo e benefício feito pelo possível criminoso que, se vier a ser condenado, sua punição deverá ser maior visto o emprego de violência ou grave ameaça efetivada contra a pessoa, sendo que no caso do furto esta pena seria comparativamente menor (GONÇALVES JR E SHIKIDA, 2013).

Se faz questionável também a forma de gestão dos presídios. Afinal, porque um sistema tão precário se, entre 2001 e 2014 fora liberado para o Fundo Penitenciário R\$7,3 bilhões? Porém, dados apontam que fora aplicado apenas R\$3,3 bilhões e assim, apenas 41% dos recursos de 2014 foram executados (ALMEIDA, 2015).

A falta de investimento nos presídios repercute em suas superlotações, os quais se encontram saturados ao extremo. Dados apontam, que o estado de Alagoas acumula 316 presos por vaga, o que não ocorre no estado do Espírito Santo, que apresenta o número de 128 presos por vaga, eis que considerados o pior e melhor estado na distribuição da classe presidiária (CARVALHO E SILVA, 2011). Não se pode deixar de citar que diante da superlotação surge a violação de direitos humanos, visto que torturas e comidas estragadas são rotinas nas cadeias.

O que demonstra também a falta de gestão na segurança, é o déficit de agentes penitenciários que, no ano de 2015, passava de 30%, ou seja, era 37 mil profissionais a menos nos presídios (CARVALHO E SILVA, 2011).

Ainda, com 3% da população mundial o Brasil concentra 9% dos homicídios cometidos no planeta, sendo que esse percentual cresceu 29% na década passada e entre os jovens esse crescimento foi de 48%. Ainda, de acordo com o Atlas da Violência 2017 publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), tendo analisado dados no país entre 2005 e 2015 conclui-se que mais de 92% dos homicídios têm como vítimas homens jovens sendo que, a cada cem pessoas assassinadas 71 são negras (INFOMONEY, 2017).

Da mesma forma que, descontando o efeito da idade, escolaridade, sexo, estado civil e bairro de residência, negros possuem chances 23,5% maiores de serem assassinados em relação a brasileiros de outras raças (INFOMONEY, 2017).



Evidenciando duas cidades do Rio Grande do Sul, em dados comparativos quanto a homicídios nas cidades de Santa Maria e Santiago verifica-se na Figura 01.

Figura 01 – Índice de Homicídios



Fonte: Brigada Militar, 2018.

Ao que se percebe das cidades em análise, é que de uma forma massificadora enquanto o município de Santiago/RS não chega a registrar dez homicídios por ano ao longo de um quinquênio, Santa Maria/RS apresenta índices que avançam anualmente. Referidos números destoam em diversos fatores, como já citados em outras análises, entre eles a expansão territorial *versus* população, mercado de trabalho e suas exigências, recursos sociais que alcançam parcelas desiguais da sociedade.

Nesse sentido, a próxima seção será destinada a apresentar os projetos implantados pelo governo com a intenção de coibir a violência na sociedade.

#### **4 PROJETOS INSTITUÍDOS PELO GOVERNO PARA REPRIMIR A CRIMINALIDADE**

Com os desdobramentos da Conferência Mundial de Direitos Humanos, ocorrida em Viena no ano de 1993, repercutiu em nosso país a necessidade de reorganizar o arranjo e a gestão da segurança pública, ou seja, o trabalho até então desenvolvido não estava sendo eficaz a combater a violência e, uma nova forma de gestão e planejamento veio a ser implementado (CARVALHO E SILVA, 2011).

Assim, criou-se a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), a qual visava atuar de forma articulada com os estados da federação. Em busca de melhores resultados à sociedade, a nova forma de gestão modificou o arranjo

institucional da organização administrativa da segurança pública no âmbito federal, implantando o Plano Nacional de Segurança Pública (PNSP).

Referido método de gestão, através de seu esperançoso plano, era voltado para o enfrentamento da violência no país, especialmente em áreas com elevados índices de criminalidade, tendo como objetivo aperfeiçoar as ações dos órgãos de segurança pública ante a situação precária que se apresentava. De maneira específica, o Plano Nacional de Segurança Pública articulado no ano de 2000, pode ser considerado conforme Lopes (2009, p.29):

Como a primeira política nacional e democrática de segurança focada no estímulo à inovação tecnológica; alude ao aperfeiçoamento do sistema de segurança pública através da integração de políticas de segurança, sociais e ações comunitárias, com a qual se pretende a definição de uma nova segurança pública e, sobretudo, uma novidade em democracia.

Almejando articular ações de repressão e prevenção à criminalidade no país, o plano focava em inovações tecnológicas, a qual entendia ser fundamental para que os instrumentos utilizados por parte dos operadores da segurança pública possam ser eficazes e eficientes.

Outrora, os resultados concretos esperados não foram alcançados, o que se verificou por uma própria falha gestacional, visto que não se fixava os recursos nem as metas para ações bem como, não estavam estabelecidos quais seriam os mecanismos de gestão, acompanhamento e avaliação do plano (CARVALHO E SILVA, 2011).

Nessa concepção, bons resultados decorrem de bom planejamento, sendo este o aspecto que levou a frustração do plano que visava combater a violência e criminalidade. Foram poucos avanços práticos, ou seja, algo insuficiente para perpetuar o avanço de diretrizes para ações de gestão (CARVALHO E SILVA, 2011).

E assim, sem recursos definidos, sem delineamento de metas e de processos de avaliação de eficácia, eficiência e efetividade, o Plano Nacional de Segurança Pública fracassou nos seus principais objetivos. E, embora após um processo de democratização pelo qual se buscou uma reorganização estratégica com tratamento político-administrativo direcionado a colocar a segurança pública como política prioritária de governo, os avanços foram tímidos ante a complexidade que já se encontrava a segurança pública. Nesse momento, em que se concluiu que a mesma não pode ser tratada como política limitada de governo, mas, como um processo

amplo e complexo a ser enfrentado tanto pelo Estado quanto pela participação e contribuição da sociedade.

Dessa forma, no ano de 2001 houve uma nova tentativa de gestão para a segurança pública, sendo que sua ideia primordial era reformar as instituições da segurança pública e implantar o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP). Este, visava atuar de forma articulada por meio de políticas preventivas, principalmente voltadas para a juventude e ainda, estabelecendo o planejamento de ações integradas por parte de órgãos da segurança pública, porém, sem considerar o sistema prisional em seu contexto (CARVALHO E SILVA, 2011).

Em ato seguinte, buscando a integração nas ações, instituiu-se o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI), o qual redefiniu as estratégias de ação e gestão visto que, integrou as ações dos estados da federação com as políticas sociais para a prevenção, controle e repressão à criminalidade, incluindo-se aqui a esfera prisional (CARVALHO E SILVA, 2011). No âmbito do PRONASCI, surge o conceito de segurança cidadã, o qual:

[...] parte da natureza multicausal da violência e, nesse sentido, defende a atuação tanto no espectro do controle como na esfera da prevenção, por meio de políticas públicas integradas no âmbito local. Dessa forma, uma política pública de Segurança Cidadã envolve várias dimensões, reconhecendo a multicausalidade da violência e a heterogeneidade de suas manifestações (FREIRE, 2009, p. 105).

E ainda, com um foco multidisciplinar quanto à questão da segurança pública, pela primeira vez, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, surge a perspectiva de democratização da política de segurança pública, com efetiva possibilidade de exercício da cidadania por parte da sociedade nesse processo. Quanto a nova forma de planejamento e gestão para a segurança pública cabe ainda citar Freire (2009, p.107) ao afirmar que:

[...] na perspectiva de Segurança Cidadã, o foco é o cidadão e, nesse sentido, a violência é percebida como os fatores que ameaçam o gozo pleno de sua cidadania. [...] A perspectiva de Segurança Cidadã defende uma abordagem multidisciplinar para fazer frente à natureza multicausal da violência, na qual políticas públicas multissetoriais são implementadas de forma integrada, com foco na prevenção à violência. Nesse sentido, uma política pública de Segurança Cidadã deve contar não apenas com a atuação das forças policiais, sendo reservado também um espaço importante para as diversas políticas setoriais, como educação, saúde, esporte, cultura, etc.

Nessa forma de gestão, observa-se uma iniciativa inovadora, visto que se busca desenvolver ações na área de segurança integrada com ações sociais, sua prioridade é se chegar às causas que levam a violência e sua prevenção, sem se afastar do poder de polícia desenvolvido.

Ainda, baseada em princípios democráticos, interdisciplinares e humanitários, com a participação da sociedade na construção de uma cultura de paz, a médio e a longo prazo, foi através do PRONASCI que se implantou as Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs), o que aos olhos da gestão seria uma forma de ocupar áreas urbanas consideradas de elevados índices de criminalidade e violência.

Diante do exposto, o Quadro 01 apresenta uma síntese quanto os projetos instituídos pelo governo para reprimir a criminalidade.

Quadro 01 – Projetos instituídos pelo governo para reprimir a criminalidade

<b>Projetos</b>	<b>Detalhamento</b>
Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP)	Nova forma de gestão e planejamento implementado visto a ineficácia das ações até então desenvolvidas para combater a violência. Atuava de forma articulada com os estados da federação.
Plano Nacional de Segurança Pública (PNSP)	Implantado pela Secretaria Nacional de Segurança Pública visava modificar o arranjo institucional da organização administrativa da segurança pública no âmbito federal. Focava em inovações tecnológicas porém, não teve êxito visto que não fixava os recursos nem as metas para ações.
Sistema Único de Segurança Pública (SUSP)	Visava atuar de forma articulada por meio de políticas preventivas, principalmente voltadas para a juventude e ainda, estabelecendo o planejamento de ações integradas por parte de órgãos da segurança pública, porém, sem considerar o sistema prisional.
Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI)	Integrou as ações dos estados da federação com as políticas sociais para a prevenção, controle e repressão à criminalidade, incluindo a esfera prisional. Surgiu o conceito de segurança cidadã e foi implementado as Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs).

Fonte: Elaborado pela autora

Acredita-se assim, que uma forma adequada de gestão da segurança pública é a que envolve seus órgãos em conjunto com a sociedade. Não basta apenas impor a ordem, deve-se analisar os motivos e as causas que se sobrepõem à violência.

Assim sendo, a próxima seção destina-se a apresentar os projetos sociais implementados pelo gestor público como forma de envolvimento da sociedade e conscientização na prevenção da violência.

## **5 O PAPEL SOCIAL DO GESTOR DIANTE DA CRIMINALIDADE**

A questão de segurança envolve mais pontos do que se possa imaginar, uma gestão de informações, mapeamento de áreas, reforma do modelo policial, modernização de política criminal e penitenciária, desenvolvimento de ações sociais e a revisão da política de drogas são tópicos a serem estudados em prol da sociedade. Soma-se a tais aspectos o conjunto articulado de ações que o governo buscou implementar com o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI) ao visar uma segurança integrada com ações sociais.

Para se chegar a melhores resultados, deve-se traçar metas a serem atingidas e possibilitar a oferta de recursos para ações voltadas ao alcance dessas metas, o que apenas é possível com a união dos três níveis de poder pois, bem se sabe que há uma dependência econômica, ao passo que o ente federal repassa os recursos ao ente estatal o qual possui responsabilidade sob o ente municipal.

Cada espaço territorial a ser analisado deve receber uma atenção específica conforme suas particularidades, pois o investimento despendido em uma pequena cidade com baixo índice de violência não pode se igualar ao de centros urbanos. Um mapeamento preciso da área e uma boa gestão de dados se faz pertinente para traçar um diagnóstico do problema e, conseqüentemente, efetuar o planejamento da segurança pública que será implementada.

Ao se efetuar um mapeamento, é possível concluir que cidades menores, onde não há a presença do crime organizado, de facções e de grupos armados apresentam menores índices de violência. Exemplo disso, é que segundo levantamento com dados da Secretaria da Segurança Pública, sessenta cidades gaúchas não registraram nenhum homicídio entre 2007 e 2016, sendo que 52 destas cidades têm população inferior a cinco mil habitantes sendo composta, predominantemente por agricultores, o que justifica a ausência de criminalidade. Nesses pequenos municípios o que se verifica são raros crimes de furto ou estelionato (BRIGADA MILITAR, 2018).

Da mesma forma, ao se analisar as peculiaridades do ciclo da violência, bairros que concentram presos em liberdade condicional deveriam receber políticas de capacitação e empregabilidade, ou seja, as atividades desenvolvidas devem ser em conformidade com a população que ali habita.

Efetuada um diagnóstico das causas da criminalidade e o mapeamento de determinada região, o próximo passo é identificar as medidas que possam coibir a violência, as quais se passa a transcrever.

A tecnologia através de um sistema de inteligência criminal seria um fator de suma importância para se coibir a violência uma vez que, através dele, seria possível a adoção de métodos, processos e instrumentos de busca e processamento de informações sobre os criminosos. Outrora, isso só seria possível por meio de recursos para aquisição de licenças de softwares de inteligência e de treinamento específico de agentes, além da interação com outras agências de inteligência visando a troca ágil e segura de informações sobre atividades criminosas e identificação dos infratores.

Da mesma forma, a tecnologia deve se fazer presente através de Sistemas de Informações, com bancos integrados de dados criminais e sociais, implantação de sistemas de georreferenciamento e de sistemas de análise dos dados para identificar perfis criminais, padrões e tendências de cada área, pontos críticos e evidências de atuação de indivíduos e grupos criminosos. Assim, um monitoramento do crime auxiliaria no planejamento de intervenções ao crime, o que seria possível com a realocação da Guarda Municipal para efetuar patrulhamento em áreas nas quais a percepção de insegurança é alta e, ações das prefeituras na correção de problemas locais que favorecem a ação criminosa (UFES, 2018).

Até o ano de 2014 a Guarda Municipal possuía como atividade principal a proteção de bens, serviços e instalações públicas, sendo que era essencialmente implantada em Municípios que apresentam alto índice de depredação de seu patrimônio público. Porém, após aprovação da Lei n. 13.022/2014 suas atribuições se expandiram e vieram a corroborar na prevenção dos crimes e insegurança dos cidadãos visto que, passou também ser competência da guarda municipal orientação no trânsito, patrulhamento em áreas comerciais e rondas nas escolas, além de reforçar o trabalho da polícia inibindo a criminalidade.

Ainda, se pode criar um sistema de videomonitoramento, com a instalação de equipamentos públicos, como iluminação e câmeras que monitoram os principais pontos da cidade coibindo a ação de infratores e mapeia as zonas de violência bem como, uma central de teleatendimento pelo qual a comunidade pode realizar denúncias anônimas através do disque-denúncia.

A atualização constante de cadastros nacionais, como o atual Sistema de Informação de Justiça e Segurança Pública (INFOSEG) também colabora no controle da violência uma vez que, o mesmo recebe dados quanto a condenados procurados, cadastro de armas e veículos, pessoas desaparecidas, arquivos de fotos dos principais criminosos de cada unidade federativa e dados relevantes de inteligência (UFES, 2018).

A fiscalização também é um fator de grande importância para coibir a violência. Há bares que funcionam sem poder funcionar, postos de gasolina que vendem bebida sem a devida licença, indiretamente são situações que se somam a atos de violência. Ainda, a fiscalização de motocicletas deve ser mais rígida, em grandes centros urbanos assaltos a veículos são constantes usando esse meio de locomoção, os quais facilitam a agilidade na fuga e o contato mais próximo com a vítima.

Uma gestão mais eficiente e eficaz ao sistema policial também poderá apresentar resultados positivos. Assim, seria possível realizar estudos e pesquisas sobre a situação da segurança pública local e as ações que trariam melhores resultados, bem como a elaboração de projetos para melhorar a capacitação das polícias (UFES, 2018).

Além de estratégias de organização administrativa como as citadas, atividades desenvolvidas com a sociedade tendem a alcançar bons resultados. Mas, para se resolver um problema, é preciso antes conhecê-lo. Assim, compete ao gestor antes de desenvolver qualquer atividade em busca da prevenção à violência, diagnosticar a situação que se encontra a segurança pública no seu município. Uma vez compreendido como funciona a dinâmica da criminalidade no município em análise, incumbe aos gestores a elaboração de um Plano Municipal de Segurança Pública onde se planeja, implementa, monitora e se avalia os projetos mais adequados à realidade.

O combate à criminalidade, vai além de ações repressivas, mas também pode ocorrer por meio da prevenção e da cidadania. Eis que surgem as atividades que envolvem a sociedade e os projetos sociais, tendo como público-alvo, principalmente, as crianças e os adolescentes.

Pode-se citar como ações a serem implementadas por seus gestores públicos junto à sociedade:

a) projetos de reinserção de infratores evitando que eles cometam novos crimes.

Esse objetivo é alcançado quando se desenvolve atividades em regiões que contemplam essa classe, Centros de Referências e Oficinas são exemplos, além de se criar uma política de prevenção se ensina um ofício para que o infrator possa conseguir um emprego. Bem se sabe que a desigualdade social é um dos fatores de relevância ao caminho do crime. Assim, a implementação de projetos sociais visa diminuí-la apresentando alternativas à população de baixa renda, principalmente aos jovens, aos quais se deve dar especial atenção quando não estão inseridos na comunidade, visto serem mais vulneráveis a entrar no mundo do crime.

Um exemplo para diminuir essa desigualdade e, assim, reinserir um infrator na sociedade, seria oferecer a esta população condições para disputarem uma vaga de emprego através de incentivos aos estudos na área de informática, um requisito básico no mercado de trabalho nos dias atuais, porém, que ainda não está ao alcance de todos.

b) projetos de educação nas escolas, que trabalhem na elaboração de medidas que visem a redução das ações violentas.

O Programa Educacional de Resistência às Drogas (PROERD) consiste justamente em uma cooperação entre a Polícia Militar, a Escola e a Família visando ensinar aos estudantes boas estratégias de tomada de decisão para ajudá-los a desenvolver habilidades que os permitam conduzir suas vidas de maneira segura e saudável. Ainda, o referido projeto busca demonstrar o respeito que se deve ter entre as pessoas e as escolhas para conduzir a vida livre de drogas, da violência e de outros comportamentos perigosos.

Referido programa também pode ser aperfeiçoado ao se incentivar a resolução de conflitos através do diálogo, medidas que combatem a evasão escolar e conscientização dos atos. Ao se questionar um jovem o motivo de destruir uma



escola com atos de vandalismo o faria refletir que está destruindo seu futuro, visto ser o ambiente escolar o meio de angariar conhecimento para seu crescimento.

c) projetos de profissionalização e lazer, com o objetivo de ocupar os jovens no período extraclasse evitando, dessa forma, o seu envolvimento com atividades ilícitas.

Muito conhecido é o projeto “Jovem Aprendiz”, instituindo uma forma de aprendizagem que prepara o jovem para o mundo do trabalho através de conhecimentos teóricos e práticos. Assim, o mesmo busca inseri-lo no mercado de trabalho e o incentiva a manter os estudos lhe beneficiando com uma bolsa remunerada.

Também é de se citar o projeto Cidade Educadora, o qual foi implementado, por exemplo, na cidade de Santiago/RS e visa à integração entre as comunidades, escolas e território em ações para o desenvolvimento integral dos sujeitos que buscam qualidade de vida, afastando a desigualdade. Nesse sentido, em um primeiro momento busca educar-se ou aprender na cidade posteriormente, a cidade se torna um agente, um instrumento, um emissor de educação, ou seja, aprender da cidade e, por fim, a cidade constitui em si mesma um objeto de conhecimento, um conteúdo de aprendizagem. Uma Cidade Educadora é a que transforma praças, clubes comunitários, teatros e até as próprias ruas em espaços educativos (CIDADES EDUCADORAS, 2018).

Da mesma forma, o Projeto Criança Feliz abrange milhares de crianças das escolas municipais com aulas de reforço escolar e oficinas culturais e recreativas em turno oposto ao de sala de aula. Seu objetivo é alcançar grupos familiares em vulnerabilidade social, orientando-os na educação e no cuidado com suas crianças, estimulando suas capacidades para que cresçam em equidade a crianças de melhores condições socioeconômicas.

Outro exemplo, é o projeto social apresentado no ano de 2013 pela paróquia Nossa Senhora Aparecida no Bairro Restinga, localizado na Zona Sul de Porto Alegre/RS. Com o intuito de tentar diminuir os efeitos da violência na região promoveu-se a corrida da paz, a qual envolveu dezenas de crianças e adolescentes e ainda eram oferecidas aulas de música, em complementação ao incentivo à cultura e atividades físicas que ocupam os adolescentes e evitam que se aproximem da violência (G1, 2013).

Ainda, além dos gestores ofertarem atividades e estrutura administrativa para se coibir a violência, também podem envolver a sociedade civil na discussão dos problemas. Os conselhos comunitários de Segurança Pública (CONSEP'S) e os Fóruns Municipais de Segurança Pública são canais de comunicação entre a população e os gestores responsáveis pela segurança pública no âmbito local. Através destes, torna-se possível conhecer os problemas de cada localidade pela ótica dos moradores e como já descrito no presente trabalho, se chegar a um diagnóstico com mais precisão ante as ações a serem desenvolvidas na respectiva região.

Trabalhar em parceria com as lideranças comunitárias é uma forma de obter melhores resultados nas ações sociais, já que eles conhecem efetivamente a realidade e as necessidades da região. O contato com grupo de jovens, grupo de convivência de idosos, associações esportivas, associações de moradores, lideranças religiosas, entre outros faz com que seja possível desenvolver atividades abrangendo diversos fatores, por exemplo, empreendedores sociais, gestão social, meio ambiente, voluntariado, violência e diversidade. É através de ações como estas que os gestores tomam ciência das demandas da população, métodos de ações preventivas e resultados pretendidos que realmente atendam ao interesse público.

Ainda, cabe citar os Gabinetes de Gestão Integrada (GGIM), os quais desenvolvem ações de prevenção e repressão ao crime de forma integrada entre as polícias, o Judiciário, o Ministério Público, o sistema de cumprimento de penas privativas de liberdade e medidas socioeducativas. Referidos gabinetes são instrumentos de apoio aos municípios na gestão do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI).

Diante do exposto, o Quadro 02 apresenta uma síntese quanto algumas ações implementadas pelos gestores públicos em prol da sociedade.

Quadro 02 – Ações implementadas pelos gestores públicos para coibir a violência

<b>Ações</b>	<b>Detalhamento</b>	<b>Exemplos</b>
1. Reinserção de infratores	Projetos que visam criar uma política de prevenção à violência e inclusão no mercado de trabalho.	Centros de Referências e Oficinas.
2. Educação nas escolas	Ações que buscam demonstrar o respeito entre as pessoas e a iniciativa de decisões corretas.	Programa Educacional de Resistência às Drogas (PROERD).

3. Projetos de profissionalização e lazer	Seu objetivo é ocupar os jovens no período extraclasses evitando o envolvimento com atividades ilícitas.	Projeto Jovem Aprendiz, Criança Feliz e Cidade Educadora.
4. Conselhos comunitários e Fóruns Municipais de Segurança Pública	Canais de comunicação entre a população e os gestores responsáveis pela segurança pública no âmbito local, visando um diagnóstico mais preciso das ações a serem desenvolvidas na região.	Contato com grupo de jovens, grupo de convivência de idosos, associações esportivas, associações de moradores e lideranças religiosas.
5. Gabinetes de Gestão Integrada	Ações integradas entre as polícias, o Judiciário e o Ministério Público na prevenção e repressão ao crime.	Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI).

Fonte: Elaborado pela autora

Cabe esclarecer, que no quadro acima apresentado, embora os itens 04 e 05 não se tratam especificamente de ações do gestor público para coibir a violência, são ações implantadas em conjunto para beneficiar a sociedade.

O que se verifica é que, características pessoais, socioeconômicas, de herança familiar, fatores catalisadores, religiosos e de hábitos são variáveis que podem influenciar na probabilidade de reincidência. Da mesma forma, sendo o grupo familiar um dos alicerces do bom andamento da sociedade, os casos de “maus exemplos” no próprio seio familiar, sendo incapaz de reproduzir regras e limites, não repercute como um aliado no combate ao crime e/ou repasse dos bons costumes aos seus membros.

Portanto, os benefícios são notáveis ao se constatar uma integração dos órgãos incumbidos a desenvolver as metas de governo e a sociedade. E assim, percebe-se na prática os resultados que levam a concluir-se ser a segurança pública dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, ou seja, envolve governos federal, estadual e municipal bem como, essencialmente, a participação da sociedade.

E nessa perspectiva, pode-se notar que investimentos em atividades que envolvem a sociedade somado a atividade policial, podem resultar em índices de redução da violência e criminalidade. Ações que ressocializam as pessoas que já foram atingidas pelas mazelas do crime bem como, atividades de prevenção e que visam ampliar o conhecimento da população tendem a afastá-las do círculo criminoso bem como, conscientizá-las quanto a este aspecto.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com os avanços e as diversas tentativas de se chegar a uma gestão capaz de frear a criminalidade e a violência é perceptível, que o processo de estruturação da política de segurança pública exige rupturas, mudança de paradigmas e articulação de ações pontuais. Referidos atos, devem ser combinados a projetos consistentes e duradouros, visando sobretudo, na valorização do ser humano sob todos os aspectos, levando em consideração os contextos sociais de cada cidadão.

Ainda, pertinente destacar que uma análise prévia da área a serem implementadas ações sociais favorece nos resultados que possam surgir. Isso porque, como bem se sabe, a sociedade não é formada de camadas homogêneas sim, de grupos distintos em evidentes desigualdades. Logo, cada projeto a ser implementado deve levar em consideração as condições da população que ali habita, suas necessidades e capacidades.

A intenção desta pesquisa, tendo em vista suas características exploratórias, foi demonstrar que projetos sociais e ações implementadas que integram sociedade e órgãos públicos podem afastar a violência em regiões atingidas pelas desigualdades. Ainda, conscientizar desde cedo jovens e crianças quanto às mazelas do crime não mais é do que investir no próprio ser humano em benefício do país.

Consequentemente, como limitações, não foi possível estender os resultados obtidos com os projetos sociais em todos os setores da sociedade, o que se alcançaria com um estudo mais aprofundado em cada classe, por exemplo, a situação do sistema prisional e as características das pessoas que predominam nas celas do país, assunto que fora mencionado no presente trabalho.

Por fim, ressalta-se que este estudo contribui com informações importantes sobre as funções sociais do gestor público para fins de afastar a criminalidade, o que é de fundamental importância para a análise da região violenta e o projeto a ser implantado que resultará em maiores e melhores benefícios à sociedade.

## 7 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Camila. Inferno atrás das grades. **Revista Super Interessante**, São Paulo, edição n. 344, março 2015.

BRIGADA MILITAR. Disponível em: <<https://www.brigadamilitar.rs.gov.br/>>. Acesso em 29.05.2018.

CARVALHO, Vilobaldo Adelídio de. SILVA, Maria do Rosário de Fátima e. **Política de segurança pública no Brasil: avanços, limites e desafios**. R. Katál., Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 59-67, jan./jun. 2011.

CIDADES EDUCADORAS. Disponível em: <<http://cidadeseeducadoras.org.br/>>. Acesso em 13.06.2018.

DIPLOMATIQUE. **Direito à segurança pública no Brasil: avanços e desafios na perspectiva da segurança cidadã**. Disponível em: <<http://diplomatique.org.br/direito-a-seguranca-publica-no-brasil-avancos-e-desafios-na-perspectiva-da-seguranca-cidada/>>. Acesso em: 14.03.2018.

FREIRE, M. D. Paradigmas de segurança no Brasil: da ditadura aos nossos dias. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, Ano 3, edição 5, ago./set. 2009.

GAZETA DO POVO. **Seis novas propostas para tentar reduzir a violência**. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/ideias/seis-novas-propostas-para-tentar-reduzir-a-violencia-ebnbanwqimxrk2vwlpltzjqm#ancora-1>>. Acesso em 10.04.2018.

GESTÃO PÚBLICA EFICIENTE. **Gestão das cidades e sua relação com segurança pública**. Disponível em: <<http://gestaopublicaeficiente.org.br/opiniaogestao-das-cidades-e-sua-relacao-com-seguranca-publica/>>. Acesso em: 14.3.2018.

GONÇALVES JR, Carlos Alberto. SHIKIDA, Pery Francisco Assis. **Determinantes da Reincidência Penal no Estado do Paraná: uma análise empírica da economia do crime**. *Revista Economic Analysis of Law Review*. V. 4, nº 2, 2013.

GRAN CURSOS ONLINE. **A crise da segurança pública no Brasil**. Disponível em: <<https://blog.grancursosonline.com.br/crise-da-seguranca-publica-no-brasil/>>. Acesso em 06.03.2018.

G1. **Projetos sociais ajudam a diminuir violência em bairros violentos do RS**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2013/09/projetos-sociais-ajudam-diminuir-violencia-em-bairros-violentos-no-rs.html>>. Acesso em 11.04.2018.

G1. **Brasil chega à taxa de 30 assassinatos por 100 mil habitantes em 2016, 30 vezes a da Europa, diz Atlas da Violência**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/brasil-chega-a-taxa-de-30-assassinatos-por-100-mil-habitantes-em-2016-30-vezes-a-da-europa-diz-atlas-da-violencia.ghtml>>. Acesso em 15.06.2018.

INFOMONEY. **As cidades mais pacíficas e mais violentas do Brasil em 2017**. Disponível em: <<http://www.infomoney.com.br/minhas>>

financas/turismo/noticia/6610365/cidades-mais-pacificas-mais-violentas-brasil-2017>. Acesso em 11.04.2018.

LIRA, Pablo Silva. **Geografia do crime e arquitetura do medo (recurso eletrônico)**: uma análise dialética da criminalidade violenta e das instâncias urbanas. 2 Ed. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2017.

LOPES, E. **Política e segurança pública**: uma vontade de sujeição. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

POLITIZE. **Segurança Pública**: O que é responsabilidade do município? Disponível em: <<http://www.politize.com.br/seguranca-publica-no-municipio/>>. Acesso em 11.04.2018.

SAPORI, Luís Flávio. **Segurança Pública no Brasil – Desafios e perspectivas**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

UFES. **A violência no Brasil**. Disponível em: <<https://www.inf.ufes.br/~fvarejao/cs/Violencia.htm>>. Acesso em 11.04.2018.



## TRATAR OU PUNIR? SANÇÕES PENAIS E PSICOPATIA

Bianca da Silva Fernandes<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo realizar um estudo sobre o indivíduo acometido pela psicopatia que se envolve no âmbito jurídico criminal. Em razão da semi-imputabilidade atribuída às pessoas com esta enfermidade, à luz do artigo 26, parágrafo único, do Código Penal, duas são as alternativas postas ao magistrado quanto à sua destinação: a aplicação de uma pena, com a redução obrigatória de 1 a 2/3 ou a aplicação de uma medida de segurança, considerando o seu grau de periculosidade. O método dedutivo e a pesquisa bibliográfica foram os instrumentos necessários para responder às questões propostas. Contudo, tendo em vista o diagnóstico apresentado por esse indivíduo, a efetividade quanto à aplicação de ambos os institutos em caso de psicopatia mostra-se questionável, levando-se em consideração as finalidades às quais tais medidas se propõem.

**PALAVRAS-CHAVE:** Psicopatia. Direito penal. Transtorno de personalidade antissocial. Semi-imputabilidade. Medidas de segurança. Pena privativa de liberdade. Política criminal.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Aspectos clínicos das personalidades psicopáticas. 3 A má constituição das estruturas cerebrais e a psicopatia adquirida: contribuições da Neurociência. 4 Explicação das teorias psicanalíticas tradicionais: o inconsciente Freudiano. 5 Do normal ao patológico: das causas de inimputabilidade e da culpabilidade diminuída à luz do artigo 26 do Código Penal. 6 Da capacidade de entendimento e de autodeterminação das personalidades psicopáticas frente à prática delitiva. 7 Efeitos da semi-imputabilidade dos portadores de Transtorno de Personalidade Antissocial na esfera criminal. 8 A (in)eficácia do caráter retributivo e punitivo da pena com fundamento na ressocialização em relação à pessoa com psicopatia. 9 Da

---

<sup>1</sup> Advogada; Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Ritter dos Reis. Graduada em Direito pelo Centro Universitário FADERGS, orientada pelo Prof. Ms. Dieter Mayrhofer Gauland.



(im)possibilidade e (in)eficácia da aplicabilidade de uma medida de segurança à pessoa com psicopatia que se envolve na esfera criminal 10 A necessidade de uma nova política criminal direcionada às pessoas com psicopatia. 11 Considerações finais. 12 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A cada dia, a criminalidade no meio social vem tomando grandes proporções e chama a atenção da população para as altas taxas de reincidência e para o aumento constante da população carcerária do Brasil. No entanto, uma pequena parcela de autores praticantes de determinados delitos merece cautela: os psicopatas. Nesse sentido, o presente artigo tem como finalidade realizar uma análise quanto aos indivíduos psicopatas que se envolvem na esfera criminal e de que modo as características desse transtorno contribuem para o seu envolvimento no âmbito criminal. Além disso, pretende-se verificar de que maneira o Judiciário vem tratando tal questão.

Atualmente, o Brasil não possui nenhuma legislação própria para esses indivíduos no âmbito penal, restando, quando eles acabam se envolvendo na esfera criminal, ao Judiciário optar qual será seu destino. Nessa esteira, duas são as alternativas postas ao magistrado quando da prolação da sentença: aplicação de uma pena, com a diminuição obrigatória de 1 a 2/3, quando lhe é reconhecida a semi-imputabilidade, ou a aplicação de uma medida de segurança, justificada pelo grau de periculosidade apresentado pelo indivíduo.

Contudo, ambos os institutos adotados para o seu tratamento no âmbito criminal se mostram questionáveis, dadas as características de sua personalidade. Afinal, o Estado deve punir ou tratar os indivíduos acometidos pela psicopatia? E quais as consequências jurídico-penais de tais alternativas? Eis a problemática que será abordada no presente estudo. Para tanto, faz-se necessário analisar as características do Transtorno de Personalidade que acomete estes indivíduos para que possamos compreender de que forma esses fatores contribuem para o seu envolvimento na esfera criminal, conforme poderá ser observado no decorrer deste artigo. Para tanto, serão utilizados como instrumentos para a responder as questões trazidas aqui, o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica.

## 2 ASPECTOS CLÍNICOS DAS PERSONALIDADES PSICOPÁTICAS

O termo *personalidade psicopática* foi sendo construído e conceituado de diversas formas com o passar do tempo. Em um primeiro momento, foi utilizado para caracterizar pessoas que embora apresentassem conflitos com os parâmetros sociais dominantes, possuindo um comportamento inadequado, não apresentavam qualquer deficiência em sua estrutura orgânica ou intelectual, não se enquadrando, portanto, em qualquer outra categoria de doença mental.

Atualmente, a psicopatia pode ser caracterizada por ser um transtorno de personalidade, no qual inexistente a capacidade de amar e de atribuir sentimentos de afeto a alguém (TRINDADE, 2012). Os psicopatas são extremamente egoístas e impulsivos não possuindo sentimento de culpa ou de remorso. Em decorrência da ausência desses sentimentos, característica que constitui a sua personalidade, os psicopatas acabam apresentando comportamentos antissociais, que frequentemente vão de encontro com as normas postas pelo ordenamento jurídico.

O psicopata não experimenta o verdadeiro sentido das emoções básicas. Em realidade, sabe perfeitamente o sentido técnico de cada emoção, o sentido literal da palavra, porém, é incapaz de senti-las. Em decorrência disso, carece de empatia, sendo incapaz de se colocar no lugar das outras pessoas com as quais se relaciona, em razão de não saber interpretar o sentido emocional do estado em que as mesmas se encontram. (HARE, 2013, p. 58-59)

O indivíduo acometido por esse transtorno apresenta falhas em se adequar a um comportamento lícito e ético perante a sociedade, além de total falta de sensibilidade e de compreensão em relação às outras pessoas. Em razão disso, apresenta um egocentrismo em demasia, desonestidade, hostilidade, irresponsabilidade e manipulação, derivando a sua autoestima do ganho, poder ou prazer pessoal, de forma que os seus objetivos são unicamente baseados na gratificação pessoal. (SILVA, 2008, p. 41)

Dessa maneira, em razão da falta desses sentimentos, o psicopata é incapaz de realizar um juízo de valor sobre o seu comportamento, de modo que, para ele, os seus atos são sempre justificáveis. Além disso, possuem uma

visão extremamente narcisista e vaidosa em relação ao seu valor próprio. Acreditam que por serem superiores às outras pessoas podem agir de acordo com as suas próprias regras. Em decorrência dessa conduta, mostram-se vaidosos e arrogantes (SILVA, 2008), o que torna os seus atos, embora estejam em desacordo com os parâmetros legais, plenamente justificáveis.

Diferentemente da pessoa acometida pela doença mental, os psicopatas não são pessoas desorientadas, não são afligidos por alucinações, angústias, sofrimento mental ou perda de contato com a realidade, sintomas típicos apresentados por pessoas portadoras de doença mental. Pelo contrário: os psicopatas são plenamente conscientes e racionais em relação ao que estão fazendo, e seu comportamento é resultado de uma escolha exercida de forma livre, sem a interferência do resultado de qualquer enfermidade (HARE, 2013, p. 33). O que o compromete é apenas a incapacidade de realizar um juízo de valor moral sobre a sua conduta, em razão de seu transtorno de personalidade.

No que tange à nomenclatura adotada, Sociopatia, Transtorno de Personalidade Antissocial, Transtorno de Personalidade Dissocial, são terminologias utilizadas frequentemente como palavras sinônimas para conceituar as personalidades psicopáticas. O atual Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais - DSM V (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*) e a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – CID 10, não utilizam o termo psicopata ou sociopata para se referir ao transtorno. Restringem-se apenas a utilizar Transtorno de Personalidade Antissocial (TPAS), como um rótulo neutro.

Contudo, a substituição de outras terminologias para se referir à psicopatia é enfoque de diversas polêmicas, principalmente no que se refere ao Transtorno de Personalidade Antissocial, em razão de alguns profissionais entenderem que psicopatia e TPAS são transtornos de personalidade distintos, sendo considerada errônea a utilização desses transtornos como palavras sinônimas, ainda que existam semelhanças entre eles.

Dessa maneira, aqueles que sustentam que o Transtorno de Personalidade Antissocial e psicopatia são transtornos de personalidade distintos, fazem isso com a justificativa de que o TAPS seria, necessariamente, apenas um sintoma da psicopatia. A psicopatia, por outro lado, de acordo com

esses estudos, seria um transtorno bem mais abrangente e complexo do que aquele. (TRINDADE, BEHEREGARAY E CUNEO, 2009, p. 98)

Contudo, conforme sustenta Jorge Trindade (2012, p. 158), a psicopatia, que está mais relacionada aos traços de personalidade, pode ser resultado de uma evolução do Transtorno de Personalidade Antissocial que, ao longo da sua continuidade, ganha segmento específico, mas com atenção restrita aos fatores psicológicos, ao contrário do TPAS, que tem seu diagnóstico embasado predominantemente em critérios comportamentais.

### **3 A MÁ CONSTITUIÇÃO DAS ESTRUTURAS CEREBRAIS E A PSICOPATIA ADQUIRIDA: CONTRIBUIÇÕES DA NEUROCIÊNCIA**

Estudos recentes apontam que a psicopatia está estritamente ligada à má formação das estruturas que compõem o sistema límbico, sendo a principal a amígdala, que está localizada no interior do lobo temporal do cérebro, responsável por todas as nossas emoções (SILVA, 2008, p. 183). Para a neurociência, nenhuma outra estrutura é mais responsável pelas emoções do que ela.

Conforme explica Ana Beatriz Barbosa (2008, p. 183), com as amígdalas, localizada no sistema límbico, que funciona como um “acionador” de todas as emoções do indivíduo, existe outra estrutura que é responsável pelas ações tomadas nos campos pessoais e sociais: o lobo pré-frontal, localizado na região da testa. O lobo pré-frontal se divide em duas partes: de um lado o córtex dorsolateral pré-frontal; de outro o córtex medial pré-frontal. O córtex dorsolateral pré-frontal está associado às ações praticadas cotidianamente. Já o córtex medial pré-frontal está propenso a receber influências do sistema límbico. Dessa maneira, o elo entre essas duas estruturas determina as decisões e os comportamentos praticados pelo indivíduo, de modo que o sistema límbico é responsável pelas emoções e os lobos pré-frontais, pelas tomadas de decisões, dotadas de razão.

Nos presentes estudos pode ser constatado que a amígdala, no cérebro dos psicopatas, apresenta uma redução considerável quando comparada à amígdala de indivíduos não psicopatas. Ainda, três de treze núcleos que compõem esta estrutura encontram-se deformados em psicopatas.

Dessa feita, cabe salientar que uma das características marcantes da psicopatia é a falta de afeto e de profundidade emocional. Tendo em vista tal deformidade encontrada na estrutura responsável pelos sentimentos, os psicopatas tornam-se funcionalmente comprometidos em áreas importantes das estruturas responsáveis pelas emoções. (TAINÉ, 2015, p. 159 – 160)

Estudos de neuroimagem apontam que além da amígdala, as estruturas cerebrais frontais dos psicopatas também se encontram alteradas, especialmente o córtex orbitofrontal, que associado à deficiência das amígdalas poderia contribuir para a ocorrência do comportamento antissocial (TRINDADE, 2012, p. 168). Contudo, além da questão neurobiológica, as influências sociais e educativas que o psicopata recebe ao longo de sua vida, são de extrema relevância para o desencadeamento do transtorno (SILVA, 2008, p. 189-190).

Dessa maneira, o ambiente social no qual a violência e insensibilidade são regra pode levar uma pessoa propensa à psicopatia a insurgir-se com maior facilidade no mundo do crime. Por outro lado, sendo proporcionado um ambiente saudável, amoroso, que possibilite a desenvoltura de sentimentos edificantes, conjuntamente a uma educação mais rigorosa, pode levar essa mesma predisposição a se manifestar de forma moderada ou leve.

Conforme ficou demonstrado aqui, disfunções na área das amígdalas são consideradas expoentes no que tange ao comprometimento da área afetiva nos psicopatas. As causas para tal deformidade ainda estão sendo pesquisadas, porém, em alguns estudos já pode ser constatado que há uma ligação entre o funcionamento da amígdala na infância, mais precisamente por volta dos 03 anos de idade, e a criminalidade na vida adulta (RAINE, 2015, p. 161). Contudo, tais causas não podem ainda ser afirmadas de forma fidedigna.

Em contrapartida, embora ainda não existam explicações concisas em relação ao comprometimento desta estrutura, esse pode ser explicado no caso da “sociopatia ou psicopatia adquirida”. Essa se caracteriza em razão de um indivíduo de comportamento considerado normal, dentro dos parâmetros socialmente esperados, que após sofrer lesões em determinadas partes do cérebro, por exemplo, em decorrência de um traumatismo craniano, passa a apresentar mudanças bruscas de comportamento, passando a desenvolver um

comportamento antissocial. (TRINDADE, BEHEREGARAY E CUNEO, 2009, p. 52).

Nesse sentido, as modernas técnicas de neuroimagem vêm corroborando para a confirmação de antigas hipóteses em relação a essa ligação. No que concerne à psicopatia adquirida, estudos apontam para o comprometimento de estruturas cerebrais frontais, em especial o córtex-orbifrontal, e para a amígdala, que, se comprometidas, ocasionam prejuízo, resultando em um comportamento antissocial. (TRINDADE, 2012, p. 168)

#### **4 EXPLICAÇÃO DAS TEORIAS PSICANALÍTICAS TRADICIONAIS: O INCONSCIENTE FREUDIANO**

As teorias psicanalíticas sobre os sintomas antissociais no psicopata utilizam a abordagem freudiana sobre a personalidade para explicar a carência de ansiedade e culpa nos indivíduos acometidos por esse transtorno. A personalidade é definida pela Psicologia como um conjunto de fatores biológicos, psicológicos e sociais, os quais são responsáveis pela formação de características que marcam a forma de ser de uma pessoa, de forma que tais características a diferenciam das outras. (TRINDADE, 2012, p. 69)

A partir dos estudos de Sigmund Freud, foram descobertos três sistemas que seriam responsáveis pela formação da personalidade: o consciente, o pré-consciente e o inconsciente. O primeiro foi concebido como órgão sensorial, responsável por receber informações do mundo interno e externo; o segundo está ligado ao inconsciente e à realidade, sendo concebido como representante dos instintos e das pulsões. (TRINDADE, 2012, p. 70)

Os estudos de Freud resultaram ainda em uma teoria tripartite (*id*, *ego* e *superego*), que busca explicar o sistema do inconsciente humano. O *id* seria uma entidade intrapsíquica, completamente inconsciente, que visa à satisfação momentânea imediata, através de seus impulsos e instintos, sendo apenas interessada na descarga de tensão. O *ego* é a entidade consciente que busca o equilíbrio e estabelecer um certo controle sobre o *id*, de forma que neutraliza em parte os impulsos deste, sendo órgão executor da psique e responsável pela tomada de decisões. Já o *superego*, em grande parte, é inconsciente,

visto que incorpora a consciência moral sobre o *id* e do *ego*, determinando o que deve ou não ser feito. (GABBARD, 2006, p. 35-36)

Nesse contexto, a teoria psicanalítica explica a ausência de sentimentos de culpa e ansiedade no psicopata em razão desses não terem desenvolvido um *superego* adequadamente. Dessa maneira, não possuindo um *superego* bem desenvolvido, as restrições sobre o *id* passam a ser reduzidas, o que conduz o indivíduo a desenvolver um comportamento impulsivo e hedonista. Essa falha no *superego* é considerada por Freud como resultado de uma identificação inadequada do indivíduo com as figuras adultas paternas que, ainda que sejam figuras apropriadas, não estavam disponíveis para ele física ou emocionalmente. (HOLMES, 1997, p. 312)

Assim, constata-se que o psicopata seria regido apenas pelas entidades *id* e *ego*. O *id* determina a necessidade de satisfação imediata que o psicopata tanto busca. Entretanto, o instituto do *ego* permite a ele medir as consequências por tais atos praticados, possibilitando realizar um juízo de valor para averiguar se tal conduta pode ou não prejudicá-lo. Todavia, carecendo do instituto do *superego*, ele pode ficar impossibilitado de realizar um juízo moral dessa mesma conduta.

A outra abordagem psicanalítica instituída por Freud explica que o comportamento antissocial se dá em razão da sua fixação do indivíduo em um estágio inicial do desenvolvimento psicosssexual. Para ele, o comportamento imaturo apresentado pelos indivíduos com traços antissociais se dá em razão de seu desenvolvimento psicossocial retardado. Isso seria resultado de suas necessidades de amor, apoio e aceitação não terem sido satisfeitas pelas figuras paternas e, conseqüentemente, essa falha em satisfazer as necessidades do agente, impediram o seu avanço para os estágios seguintes de desenvolvimento emocional. (HOLMES, 1997, p. 312)

## **5 DO NORMAL AO PATOLÓGICO: DAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDADE E DA CULPABILIDADE DIMINUÍDA À LUZ DO ARTIGO 26 DO CÓDIGO PENAL**

Definir e conceituar os parâmetros de normalidade e anormalidade no que tange à saúde e à enfermidade mental é demasiadamente complexo, ainda

mais no campo jurídico. Tendo em vista que tais noções estão em constante alteração no campo medicinal, torna-se cada vez mais difícil definir se tal conduta está dentro dos parâmetros considerados normais ou não.

Afinal, o que é ser normal? No campo da psicopatologia, o conceito de saúde e de normalidade é algo extremamente controverso. Em determinados casos, devido a alterações mentais e comportamentais, que se prolongam por um transcurso de tempo considerável, torna-se fácil a distinção entre a normalidade e a patologia. Entretanto, e é aí que se encontra a problemática existente no campo psicopatológico, são os casos limítrofes, nos quais se torna demasiadamente difícil delimitar quando determinados comportamentos e formas de sentir são normais ou patológicas. (DALGALARRONDO, 2008, p. 31).

Para a fixação de inimputabilidade ou culpabilidade diminuída, o código penal brasileiro adota o critério biopsicológico. Tal modelo consiste na união de critérios biológicos e psicológicos para a verificação da responsabilidade do agente. De acordo com modelo biopsicológico, a responsabilidade do indivíduo só fica excluída se no momento do fato se encontrava incapaz de compreender a ilicitude do fato, bem como de determinar-se, em razão de sua enfermidade ou de seu desenvolvimento mental retardado ou incompleto. (BITENCOURT, 2016, p. 475)

É constatado que em toda doença mental está presente a perturbação da saúde mental. Entretanto, nem toda perturbação mental constitui uma doença mental (JESUS, 2014, p. 547). Pelo menos esse foi o entendimento do legislador ao estruturar o teor do artigo 26 do Código Penal, bem como de seu parágrafo único. O *caput* do artigo supramencionado estabelece que o agente acometido por uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado e, que por essa razão, era inteiramente incapaz de compreender o caráter ilícito de sua conduta ou de determinar-se diante dessa causa, fica isento de pena, sendo considerado inimputável.

Todavia, o artigo 26, traz em seu parágrafo único a hipótese de diminuição de pena ao agente que em razão de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de compreender ou de determinar-se frente ao ato ilícito praticado. Embora a redação do parágrafo único sustente alguma semelhança com o



estabelecido no *caput* do presente artigo, o significado dado a cada termo é visto de forma diversa. Para o legislador, doença mental difere de perturbação da saúde mental, conforme mencionado no início deste tópico. No caso do parágrafo único, enquadram-se todas as doenças mentais entre outras perturbações psíquicas que não retiram totalmente a capacidade de entendimento e de autodeterminação do agente, mas apenas as reduzem (JESUS, 2014, p. 547).

Dessa maneira, entre imputabilidade e a inimputabilidade penal existe uma zona fronteira. Os indivíduos que se encontram nesse limiar são denominados pela doutrina como indivíduos semi-imputáveis. Aqueles que se enquadram nessa classificação, em razão de conservarem de algum modo determinada parcela lucidez, entendimento ou a capacidade volitiva diante do ato ilícito praticado, não são considerados inimputáveis a ponto de serem eximidos da sua responsabilidade. Contudo, em decorrência da sua condição, possuem o direito à redução de pena prevista no presente artigo.

É evidente que em alguns casos, em decorrência dos sintomas e da caracterização do quadro psíquico de algumas pessoas, a doença mental é de fácil constatação. No entanto, existem casos em que a apuração da higidez mental e a insanidade psíquica é de difícil constatação. Tal situação é percebida, por exemplo, nos casos dos transtornos da personalidade e das doenças de vontade, que não são consideradas doenças mentais em razão de não afetarem a inteligência e a vontade do agente (NUCCI, 2017, p. 265). Dessa forma, essas perturbações não excluem completamente a culpabilidade do indivíduo na esfera penal.

No que concerne aos transtornos de personalidade, um deles em especial é fonte de divergência e de controvérsia entre a doutrina penal e a doutrina psiquiátrica para fixação de culpabilidade: a psicopatia, que como mencionado, é considerada um transtorno da personalidade. Nesse sentido, levando-se em consideração o comportamento apresentado por essas personalidades, frequentemente tais indivíduos acabam se envolvendo na esfera criminal. Com isso, dadas as características que formam a sua personalidade, fixar o seu grau de responsabilidade perante o ato delituoso, na esfera criminal, é por vezes, complexo.

## **6 DA CAPACIDADE DE ENTENDIMENTO E DE AUTODETERMINAÇÃO DAS PERSONALIDADES PSICOPÁTICAS FRENTE À PRÁTICA DELITIVA**

Conforme já abordado, o sistema penal brasileiro adota o critério biopsicológico para fixação da responsabilidade do agente quando ele se envolve na esfera criminal. De acordo com tal critério, o agente pode ser considerado imputável ou inimputável no momento do cometimento do crime. Esse indivíduo, quando acometido por uma doença mental ou possuindo desenvolvimento mental incompleto ou retardado, que realiza a prática delitiva e, em decorrência de seu estado, não possui capacidade de compreender o fato, é considerado inimputável, não sendo a ele atribuída a responsabilidade pelo ilícito.

No caso descrito acima, com a ajuda dos métodos necessários é possível inicialmente aferir a inimputabilidade do agente. Porém, no caso daquele acometido pela psicopatia, torna-se complexa a fixação de responsabilidade criminal, pois, como já foi abordado nesse estudo, a psicopatia — para alguns autores — é considerada um transtorno de personalidade e não uma doença mental, que afeta a capacidade volitiva e psíquica do agente.

O psicopata, então, se enquadra no âmbito das perturbações da saúde mental, e a ele é atribuída a semi-imputabilidade. Assim, a personalidade psicopática fica situada na zona fronteira entre a normalidade e a doença mental, já que sua capacidade de autocritica e de julgamento de valores morais está sempre mal estruturada. Porém, o restante do seu psiquismo não apresenta qualquer comprometimento. (NUCCI, 2017, p. 262)

Dessa maneira, o transtorno que acomete o psicopata afeta a sua saúde mental; no entanto, não a prejudica de modo que acabe lhe causando algum sofrimento psíquico (NUCCI, 2017, p. 262). Diante disso, é necessária muita cautela para que se possa averiguar as situações dos que se encontram nessa zona limítrofe, pois não chegam a caracterizar a anormalidade, mas também não caracterizam a normalidade.

A responsabilidade penal atribuída ao psicopata é de extrema relevância, tendo em vista que, dependendo dessa fixação (imputabilidade ou semi-imputabilidade), será utilizada como critério para a escolha da aplicação

da sanção penal adequada ao delinquente quando ele se envolve na esfera criminal. Todavia, a psicopatia é de difícil diagnóstico, razão pela qual se torna um desafio tanto para a psicologia quanto para o ordenamento jurídico situar qual o lugar institucional, bem como o tratamento a ser destinado e aplicado a ele.

Nesse contexto, existem três correntes doutrinárias formadas que entendem de maneira distinta o enquadramento do psicopata frente à esfera criminal. A primeira sustenta que, em razão de o agente compreender plenamente a ilicitude do fato e por possuir autodeterminação frente a esse, seria o psicopata considerado imputável, ficando sujeito à pena criminal. Por outro lado, as outras duas teorias afirmam que a psicopatia seria a principal causa no ordenamento jurídico de semi-imputabilidade. Entretanto, uma delas se posiciona em defesa da redução de pena, prevista no parágrafo único do artigo 26, enquanto a outra aconselha a imputação de uma medida de segurança.

Sustentada pelo ponto de vista psicológico-legal, a primeira corrente afirma que os psicopatas devem ser considerados imputáveis frente à esfera criminal, uma vez que a personalidade psicopática não chega a ser caracterizada como doença mental, não implicando em alterações psíquicas. Essa parte da doutrina afirma que, pela via da psicopatologia, por não apresentarem sintomas que causam sofrimento psíquico ao agente e que comprometem o sistema intelectual, psicopatas são penalmente imputáveis. Assim, não pode ser caracterizada como uma doença mental, sequer por perturbação da saúde mental, tendo em vista que o agente não sofre com tal transtorno. Os psicopatas, do ponto de vista intelectual e volitivo, são pessoas que não apresentam alterações cognitivas ou intelectivas, mas apenas sofrem insuficiências morais que não dão causa à anormalidade prevista como excludente de culpabilidade (TRINDADE, BEHEREGARAY E CUNEO, 2009, p. 137-138).

Por outro lado, outros autores, a citar Aníbal Bruno (1967, p. 140) e Heitor Piedade (1982, p. 137) alocam o psicopata na zona limítrofe entre doença mental e anormalidade psíquica, sustentando que, embora o psicopata tenha capacidade de entendimento, compreendendo a criminalidade expressa

em seu ato, ele não possui a capacidade de autodeterminação frente a essa situação.

Isso posto, conforme assevera Guido Palomba (2013, p. 515), o psicopata apresenta três estruturas psíquicas comprometidas, sendo elas: afetividade, conação-volição e a capacidade de crítica. Nesse sentido, embora o indivíduo compreenda a ilicitude do fato cometido, mostra-se incapaz de realizar um juízo de valor sobre tal conduta, compreende, portanto, que o ato praticado está previsto em uma norma penal, por outro lado, não compreende o porquê da reprovabilidade daquela conduta. A sua capacidade de autocrítica é sempre deturpada, motivo pelo qual, comprometida fica a sua capacidade de autodeterminação frente à prática. Nesse contexto, uma vez que não tivesse o campo dos valores éticos e morais deturpado por força do transtorno, poderia realizar uma análise crítica livre de autodeterminação para a realização dos atos voluntários.

Dessa maneira, a psicopatia mostra-se um grande desafio não só para a Psicologia e para outras áreas da Medicina, mas também para a área jurídica, tanto em razão da dificuldade de diagnóstico, quanto pelo enquadramento desses indivíduos na via judiciária.

## **7 EFEITOS DA SEMI-IMPUTABILIDADE DOS PORTADORES DE TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ANTISSOCIAL NA ESFERA CRIMINAL**

Como pôde ser analisado no tópico anterior, grande parte da doutrina médica e penal atribui ao psicopata a semi-imputabilidade. Todavia, entendem alguns autores que essa categoria sequer poderia ser levada em consideração nos casos das personalidades psicopáticas. Entretanto, debates à parte, entendeu o legislador que entre a higidez e a insanidade mental existe uma zona na qual se incluem os denominados fronteirços, legalmente classificados como semi-imputáveis (TRINDADE, BEHEREGARAY E CUNEO, 2009, p. 130), sendo a psicopatia, portanto, considerada causa de perturbação da saúde mental.

Diante disso, o artigo 26, parágrafo único do Código Penal prevê a possibilidade da redução da pena de um a dois terços àquele que, em virtude

de uma perturbação da saúde mental, não era inteiramente capaz de entender ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, quando do fato criminoso. No que se refere à redução da pena, Bitencourt (2016, p. 495) afirma que no caso do semi-imputável a redução de um a dois terços é obrigatória. O que ficaria a critério do juiz seria o *quantum* de pena a ser fixado.

Conforme fica evidenciado, a semi-imputabilidade não exclui a culpabilidade, sendo apenas causa de diminuição de pena. De acordo com Bitencourt (2016, p. 493), as pessoas elencadas nas causas de culpabilidade diminuída têm reduzida a sua capacidade de censura e da valoração de seus atos, devendo, diante disso, a sua pena sofrer redução. Demais disso, Damásio de Jesus (2014, p. 547) afirma que não sendo a responsabilidade diminuída causa de exclusão da culpabilidade, o agente pode responder pelo crime com pena privativa de liberdade ou com uma medida de segurança.

Nessa esteira, tendo em vista o teor do parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, é dada margem a uma interpretação dúbia quanto à destinação do indivíduo semi-imputável na esfera criminal, não havendo consenso em relação à medida a ser adotada no caso dos portadores desse transtorno de personalidade.

Assim, são apresentadas ao magistrado três possibilidades referentes à destinação desses indivíduos na esfera criminal: 1) Aplicação de uma pena, sem qualquer benefício, em razão de ser o psicopata considerado imputável, posicionamento adotado por Jorge Trindade, Andréa Beheregaray e Mônica Rodrigues Cuneo (2009, p. 137); 2) Aplicação de uma pena, com a redução obrigatória de um a dois terços, posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>2</sup> e; 3) Imposição de uma medida de segurança, medida defendida por Heitor Piedade Júnior (1982, p. 143).

Debates entre a doutrina penal, psiquiátrica e jurisprudencial à parte, fato é que a destinação no âmbito criminal a ser dada aos indivíduos

---

2 Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Criminal. Apelação criminal n° 70037449089. Relator: Odone Sanguiné. Rio Grande do Sul. Julgado em: 17 de mar. 2011. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as\\_qj=transtorno+antissocial+&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&partialfields=%3A70037449089&as\\_q=#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=transtorno+antissocial+&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=%3A70037449089&as_q=#main_res_juris). Acesso em: 16 set. 2017.

portadores de uma personalidade psicopática ainda é incerta, pois não há um consenso no ordenamento jurídico.

## **8 A (IN)EFICÁCIA DO CARÁTER RETRIBUTIVO E PUNITIVO DA PENA COM FUNDAMENTO NA RESSOCIALIZAÇÃO EM RELAÇÃO À PESSOA COM PSICOPATIA**

Para o Direito Penal, a pena possui três finalidades: retribuição do mal praticado, a ressocialização do indivíduo e a prevenção de novos delitos, tanto pelo agente causador do dano, quanto por parte de terceiros (CAPEZ, 2017, p. 379). Para Nucci (2017, p. 343), a pena é uma necessidade social de sobrevivência, cuja imposição simboliza a retribuição pela prática do crime, objetivando-se a prevenção de outras infrações, seja pelo próprio condenado, seja por outras pessoas.

No que se refere às finalidades da pena, cabe mencionar que existem três teorias que são de grande valia para o embasamento desses três fins aqui citados: o modelo de retribuição ou teoria absoluta, a teoria finalista ou da prevenção e a teoria mista (CAPEZ, 2017, p. 379). Segundo Salo de Carvalho (2015, p. 57), o retribucionismo é explicado pelas teorias absolutas da pena. Nelas, a finalidade da pena se restringe apenas a punir o autor que praticou o ilícito. Dessa maneira, indo o agente contra o ordenamento jurídico, a pena surge como uma espécie de indenização pelo mal praticado, que deve ser sanado com o devido cumprimento da pena, aplicada pelo Estado, que tem o dever de promover o bem da maioria sem observar qualquer condição do condenado.

Conforme a teoria finalista ou da prevenção, a pena possui a finalidade de prevenir o crime, e divide-se em prevenção geral e prevenção especial. A prevenção geral se caracteriza pela intimidação direcionada à sociedade, de forma que os seus integrantes não venham a delinquir. Já a prevenção especial busca ressocializar o indivíduo que atentou contra a norma jurídica, possuindo um fim educativo e moral, a fim de impedi-lo de praticar o ilícito futuramente (CAPEZ, 2017, p. 379).

A teoria mista ou unificadora busca realizar uma junção entre as teorias absoluta e finalista. Dessa maneira, a sua finalidade é retribuir o mal praticado

pelo criminoso, servir como meio de intimidação àqueles que ainda não cometeram nenhum crime, de modo que não venham a delinquir futuramente. Além disso, busca propiciar ao agente que efetivou o crime a sua reeducação para que não venha a praticar nenhum crime no decorrer do tempo. (CAPEZ, 2017, p. 379)

O que se pretende com a pena, portanto, é corrigir, ressocializar ou inocuizar o agente. Salienta-se que através dos objetivos da prevenção especial, a chamada ressocialização do delinquente é alcançada por meio do mecanismo de intimidação, com a pena privativa de liberdade, cumprindo ao mesmo tempo os objetivos da prevenção geral. (BITENCOURT, 2011, p. 142-143).

Contudo, os fins manejados pela prevenção especial podem ser considerados ineficazes ou até mesmo nulos quando se tratam de indivíduos com alta periculosidade, aqueles sujeitos que são considerados inadaptáveis socialmente.

No que se refere à aplicação de uma pena ao psicopata que se envolve na esfera criminal, tal situação mostra-se demasiadamente complexa. Conforme foi constatado, uma das características que amoldam a psicopatia é a dificuldade de aprender com as experiências vivenciadas, em decorrência da ausência de sentimentos básicos, como remorso e culpa, em sua estrutura emocional. Dessa maneira, o indivíduo psicopata parece não aprender com os seus erros. Em decorrência disso, o caráter intimidador da pena se mostra incapaz de atingir os psicopatas, que não obtêm qualquer benefício consequente do castigo. O seu comportamento antissocial e a ausência de medo não permitem que o psicopata se intimide com a severidade causada pela punição.

Espera-se do delinquente, com a ressocialização, que ele passe a respeitar e a aceitar as normas postas pelo Estado e pela sociedade, objetivando que não se cometam novos delitos. Para tanto, o tratamento penitenciário deve proporcionar ao indivíduo a sua reeducação e reinserção social. Em contrapartida, surgirão no indivíduo que passa por esse processo atitudes de respeito a si próprio, à sociedade, a sua família e ao próximo.

Para o indivíduo considerado “normal”, conforme afirma Heitor Piedade Junior (1982, p. 73), a pena privativa de liberdade se mostra ineficaz, de

acordo com as suas finalidades, e até mesmo um agravante na questão da criminalidade. Dessa forma, torna-se ainda mais difícil considerá-la, então, um meio admissível àquele indivíduo que não possui a necessária capacidade de inibição ou autodeterminação, prevista no artigo 26 do Código Penal, ou ainda, que reincide nas mesmas condutas em razão destas serem conduzidas pelo seu comportamento.

Corroborando com a ideia do autor acima, Bittencourt (2011, p. 162) aponta que se pode afirmar, sem qualquer exagero, que o sistema de prisão atual se encontra em crise. Tal crise atinge também o caráter ressocializador da pena privativa de liberdade, tendo em vista a impossibilidade absoluta ou relativa de se obter algo de positivo para o apenado.

Nesse sentido, Heitor Piedade Júnior (1982, p. 142) sustenta que, para o psicopata, a pena se mostra ineficaz, uma vez que sequer apresenta fundamento sério para o fim da retribuição. Ademais, não pode servir de intimidação, tampouco como meio adequado de recuperação ou ressocialização do delinquente. Seguindo nessa linha, Robert Mezer (APUD PIEDADE JÚNIOR, 1982, p. 221) diz que:

O tratamento de indivíduos com personalidades anti-sociais apresenta alguns problemas muito sérios. Colocá-los em instituições penais serve para aliviar temporariamente a sociedade de seus malefícios. Isso raramente modifica a pessoa que, de forma característica, não aprende com a experiência, por que fazê-lo requereria um superego em bom funcionamento. Punição para o seu crime pouco vale. Se um indivíduo deve se sentir culpado, e o sentimento de culpa é um pré-requisito para qualquer modificação no comportamento, o seu superego deve estar completamente desenvolvido; tudo o que a personalidade anti-social pode sentir de culpa é pelo fato de ter sido apanhada, não por ter cometido um crime.

Contudo, outros desafios se mostram à justiça criminal brasileira quando se trata de psicopatia e pena privativa de liberdade. Observa-se que o regime adotado pelo sistema penal brasileiro é progressivo, ou seja, de acordo com o crime praticado, o indivíduo pode começar pelo regime fechado e progredir para regime mais brando, até que alcance a liberdade plena, conforme preceitua o artigo 112 da Lei de Execução Penal.

Logo, a progressão, frente ao fundamento reeducador da pena, busca — via progressão — reinserir o indivíduo no meio social, fornecendo-lhe perspectiva e esperança (NUCCI, 2017, p. 356). Dessa maneira, ainda que o



sistema penal se mostre um sistema apenas repressivo ao psicopata, no qual dificilmente concretizará os seus reais objetivos, quando do cumprimento efetivo da pena, a justiça criminal, em algum momento, deparar-se-á com esse emblemático problema em relação ao seu retorno à sociedade.

Nesse sentido, tendo em vista a crise carcerária que acomete a justiça criminal brasileira, a pena perde as suas bases fundamentais e acaba sendo identificada como um espaço de neutralização e contenção. Todavia, Salo de Carvalho (2015, p. 142-143) afirma que embora a crise das prisões em um contexto geral seja latente, é possível notar a sustentação de alguns procedimentos corracionais, não como meio de manter a aparência de utilidade social ou caráter humanitário, mas sim proporcionar que essas técnicas continuem sendo utilizadas para a neutralização dos indivíduos perigosos e essa seria a única justificativa para a aplicação desse instituto ao psicopata, que serviria apenas como uma medida a curto prazo.

## **9 DA (IM)POSSIBILIDADE E (IN)EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DE UMA MEDIDA DE SEGURANÇA À PESSOA COM PSICOPATIA QUE SE ENVOLVE NA ESFERA CRIMINAL**

Como pode ser depreendido do tópico anterior, grande parte da doutrina afirma que a aplicabilidade de uma pena ao psicopata não se mostra eficaz, diante de seus fundamentos, nem adequada, tendo em vista a impossibilidade de ressocialização desse indivíduo.

Dessa maneira, alternativa viável ao sistema criminal é a aplicação de uma medida de segurança ao psicopata, levando em consideração a semi-imputabilidade do mesmo. Porém, diante de sua condição pessoal, esse instituto também se mostra questionável quanto a sua finalidade (FÜHRER, 2000, p. 64). Conforme se observa na redação do artigo 98 do Código Penal:

Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.

Preceitua o referido artigo que, quando existir tratamento especial curativo, a pena privativa de liberdade pode vir a ser substituída por uma

medida de segurança, ou seja, quando os tratamentos proporcionados pela Medicina mostrarem resultados eficazes na cura da doença ou até mesmo no seu controle, a substituição é válida. (BONFIM E CAPEZ, 2004, p. 570)

Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2009, p. 731), as medidas de segurança não são propriamente penais, em razão de não possuírem um caráter punitivo, mas sim de tratamento médico, curativo, diferindo dos meios e objetivos da pena. Não podem, portanto, ser consideradas medidas “penais”.

Para Aníbal Bruno (1977, p. 146), a medida de segurança serviria como meio de defesa social, tendo a sociedade o direito de se defender do indivíduo delincente. Em contrapartida, esse mesmo indivíduo possui o direito de se recuperar, de receber o tratamento adequado até que cesse a sua periculosidade. Nesse sentido, afirma que “medidas de segurança, portanto, são meios jurídico-penais de que se serve o Estado para remover ou inocuizar o potencial de criminalidade do homem perigoso. Seu fim não é punir, mas corrigir ou segregar”.

Por outro lado, entende Heitor Piedade Júnior (1982, p. 217) que as medidas de segurança não diferem muito da pena, pois também privam o indivíduo de sua liberdade, e podem ser consideradas ainda mais afitivas do que a pena, já que podem ser impostas por tempo indeterminado. Seguindo essa lógica, afirma que as medidas impostas pelo Estado, que se mostram coercitivas em nome do sistema do controle social e em função do delito, são consideradas penas, independente do nome ou etiqueta com que se apresentam.

Já abordamos aqui a dificuldade da psiquiatria em realizar um diagnóstico seguro acerca da psicopatia. Ainda é consolidado pela psiquiatria que não existe, até o momento, um tratamento que viabilize um método curativo ao psicopata. Por não se tratar de uma doença, mas sim de um transtorno da personalidade, em que impera a má formação do caráter que, mesmo deturpado, é o modo de ser desse indivíduo, portanto, não há falar em doença. Dessa maneira, não há falar em cura (BONFIM E CAPEZ, 2004, p. 571). Por conta disso, não há um prognóstico de tratamento, muito menos de cura no caso dele.

A medida de segurança é uma forma de sanção penal que tem como finalidade o caráter preventivo e curativo, objetivando evitar que o autor do

delito, inimputável ou semi-imputável, regresse à prática delitiva. Deve ser possibilitado a ele o tratamento adequado, de acordo com a sua necessidade. (NUCCI, 2015, p. 547)

A Exposição dos Motivos do CP de 1984, parágrafo 22, trata especialmente sobre o caso do semi-imputável na seara criminal:

Nos casos fronteiriços em que predominar o quadro mórbido, optará o juiz pela medida de segurança. Na hipótese oposta, pela pena reduzida. Adotada, porém, a medida de segurança, dela se extrairão todas as consequências, passando o agente à condição de inimputável e, portanto, submetido às regras do Título VI, onde se situa o art. 98, objeto da remissão contida no mencionado parágrafo único do art. 26.

Cabe, primeiramente, o questionamento acerca do dispositivo mencionado sobre o que seria considerado um estado mórbido e, principalmente, se a psicopatia estaria inserida nesse contexto. O artigo 98 do Código Penal preceitua a substituição da pena por uma medida de segurança não em decorrência de um estado mórbido, mas sim quando existe a possibilidade de um tratamento curativo eficaz. (BONFIM E CAPEZ, 2004, p. 571).

Nesse contexto, Bonfim e Ca pez (2004, p. 571) entendem que uma vez que nas personalidades psicopáticas “persiste o estado mórbido”, com base nas Exposições dos Motivos do CP, seria o caso de substituir a pena por uma medida de segurança. Todavia, não havendo um prognóstico viável de cura no caso do psicopata, levando-se em consideração o artigo 98 do Código Penal, estaríamos tratando de uma pena e não de uma medida de segurança propriamente dita.

No que tange à (in) eficácia da aplicabilidade de uma medida de segurança ao sujeito psicopata, a doutrina também é controvertida. Para alguns psiquiatras, a medida de segurança em hospital de custódia e tratamento é contraindicada, já que em virtude de suas características (principalmente a facilidade de manipulação e por serem altamente destrutivos) são capazes de desestabilizar os ambientes hospitalares, bem como corromper os membros mais frágeis da equipe, impossibilitando o tratamento dos enfermos que se encontram no local. (SOUZA E CARDOSO, 2006, p. 268)

No que se refere ao aproveitamento de um tratamento terapêutico ao psicopata, parte da doutrina Psiquiátrica e da Psicologia se mostra desacreditada quanto a sua eficácia. Enfatiza que os psicopatas são pedagogicamente refratários às terapias hoje ofertadas pela Psicologia e pela Psiquiatria, sendo de difícil aderência a qualquer tipo de tratamento. (TRINDADE, BEHEREGARAY E CUNEO, 2009, p. 141)

Entretanto, no que se refere a aprendizagem, afirma parte da doutrina Psiquiatria que no caso do psicopata, cujo o transtorno se revela em razão de fatores externos, como um lar inadequado e hostil, o indivíduo acaba absorvendo e incorporando ao seu psicológico tais valores do ambiente ao qual é exposto. Nesse contexto, tendo em vista que o indivíduo foi capaz de se amoldar às situações às quais foi exposto, incorporando para si as experiências vivenciadas, existiria a possibilidade de aprendizagem para ele de outras experiências. (FÜHRER, 2000, p. 65)

Contudo, embora os resultados se mostrem demasiadamente insatisfatórios, não se pode afirmar que nada pode ser feito em relação a ele. Ainda que a ciência não tenha demonstrado resultados favoráveis quanto ao tratamento dispensado aos psicopatas, não quer dizer que esses sejam intratáveis, mas sim que até o momento não foram constatados métodos eficazes de tratamento.

No que diz respeito ao tempo de duração da imposição de uma medida de segurança no Brasil, o Código Penal assevera, de acordo com o artigo 97, parágrafo 1º, que a internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

Nesse contexto, sendo a psicopatia considerada uma condição crônica e que até o presente momento não foram constatados tratamentos eficazes para a sua contenção, de acordo com a inteligência do artigo 97, §1º do Código Penal, não seria possível estipular uma estimativa de duração ao tratamento dispensado ao psicopata, o que ensejaria o caráter perpétuo, que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Com base no exposto, fica evidenciado que o controle exercido pelo Estado nesse caso, baseado exclusivamente na periculosidade do agente

atinge de forma irreversível os direitos fundamentais do indivíduo, constituindo um meio repressivo. Nesse sentido, ideal seria que a legislação brasileira prevísse um tratamento alternativo, destinado exclusivamente a esses indivíduos a ser aplicada por tempo determinado e por profissionais capacitados para lidarem com indivíduos que apresentem tal transtorno.

## **10 A NECESSIDADE DE UMA NOVA POLÍTICA CRIMINAL DIRECIONADA ÀS PESSOAS COM PSICOPATIA**

Conforme pôde ser constatado, tanto a aplicação de uma pena, quanto a aplicação de uma medida de segurança para o psicopata que se envolve na esfera criminal são amplamente criticadas pela doutrina, de modo que, em realidade, parece não existir um método eficaz e condizente com as suas propostas a serem aplicadas a ele.

Atualmente a população carcerária brasileira conta com 654.372 (seiscentos e cinquenta e quatro mil, trezentos e setenta e dois)<sup>3</sup> detentos, 37.224 (trinta e sete mil, duzentos e vinte e quatro) apenas no Estado do Rio Grande do Sul<sup>4</sup>, sem se levar em consideração traços específicos da personalidade de cada indivíduo.

Nesse sentido, estudos apontam que 1% da população geral é composta por psicopatas, um número relativamente ínfimo. Todavia, segundo o mesmo estudo, 15% a 20% da população geral carcerária é composta por psicopatas. Com base nesses dados, salienta-se que tais indivíduos que se encontram no sistema prisional permanecem ativos por um bom tempo. (MORANA, 2003, p. 05)

Embora o número de indivíduos considerados psicopatas no sistema prisional constitua minoria, após o cumprimento da pena tendem a reincidir em maior frequência que indivíduos não psicopatas. Dessa maneira, a psicopatia é considerada um fator de risco para a reincidência criminal. Com base nisso, Trindade, destaca-se a importância de um tratamento mais rígido e uma

---

3 Segundo relatório expedido pelo Conselho Nacional de Justiça, publicado em janeiro de 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>. Acesso em: 15 out. 2017.

4 Segundo informações do Departamento de Segurança e Execução Penal – SUSEPE, atualizado em 11 de out. de 2017. Disponível em: [http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod\\_menu=258](http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=258). Acesso em: 15 out. 2017.

supervisão intensa a ser dispensada ao psicopata, bem como salienta a necessidade de um acompanhamento posterior desse indivíduo, quando posto em liberdade.

Referente à possibilidade de uma intervenção terapêutica para o caso do psicopata, conforme já salientado, não há tratamento que se mostre eficaz para o seu caso até o momento. Nesse sentido, ainda não foi constatado que os tratamentos aplicados aos psicopatas, instituídos pelas atuais políticas criminais, tenham se mostrado eficazes em relação à redução da violência ou da criminalidade. (TRINDADE, BEHEREGARAY E CUNEO, 2009, p. 142)

Salienta-se que no caso deles a imposição de um tratamento qualquer, como, por exemplo, a psicoterapia, que se mostra efetiva nos casos de indivíduos não psicopatas, pode agravar ainda mais o seu estado, tendo em vista que os métodos podem ser utilizados por eles como aprimoramento para a sua habilidade de manipulação das outras pessoas. (SILVA, 2008, p. 194)

Nesse sentido, estudos apontam que indivíduos psicopatas expostos a tratamento terapêutico reincidem duas vezes mais do que aqueles que não receberam tratamento algum. Dessa forma, sendo confrontados os resultados de índices de reincidências daqueles que foram expostos ao tratamento e daqueles que não foram, conclui-se que a terapia, nesse caso, individual ou em grupo, mostra-se negativa e até mesmo prejudicial. (TRINDADE, BEHEREGARAY E CUNEO, 2009, p. 148)

Por outro lado, embora os métodos utilizados ultimamente se mostrem ineficazes, dadas as altas taxas de criminalidade que vêm alastrando a sociedade e o sistema jurídico brasileiro, não somente no âmbito carcerário, faz-se necessário que se continuem buscando métodos para que se torne possível a redução do grave impacto negativo que os psicopatas expõem à sociedade.

Todavia, a legislação brasileira não prevê um tratamento diferenciado para aqueles acometidos pela psicopatia que se envolvem na esfera criminal. Entretanto, a aderência de uma nova política criminal a ser destinada a esse indivíduo se mostra de extrema urgência e importância.

É constatado que nos atuais modelos do sistema penitenciário vigente, bem como os destinados ao cumprimento de uma medida de segurança, quando se trata do indivíduo antissocial, não se pode aderir a ideias de

reeducação, cura ou ressocialização, tampouco reconstrução de personalidade (PIEADADE JÚNIOR, 1982, p. 224-225). Ainda que não tenhamos conhecimento de métodos infalíveis quando se trata dessa personalidade, a experiência das atuais medidas adotadas aos psicopatas já demonstrou que são apenas soluções a curto prazo.

A adoção de uma medida de segurança em caráter especial, destinada apenas a esses agentes, deveria buscar criar, na medida do possível, a compreensão da necessidade do domínio de si mesmos, ou pelo menos, algum controle psíquico apoiado sobre os hábitos da vida de acordo com o esperado, de modo que as suas atitudes não colidam com as condutas esperadas pelo ordenamento jurídico. Cumpre salientar que, nesse contexto, que quanto maior for a possibilidade de individualização de seu tratamento, maiores serão as chances de sua integração social. (PIEADADE JÚNIOR, 1982, p. 220)

Sendo assim, a terapia cognitiva comportamental e a utilização de alguns fármacos parecem contribuir para inibir o comportamento agressivo e impulsivo que alguns psicopatas apresentam (TRINDADE, BEHEREGARAY E CUNEO, 2009, p. 143-144). Dada a inviabilidade de tratamento a ser destinado ao psicopata, em razão da carência de um tratamento eficaz para reestruturar o seu comportamento, a diminuição de seus efeitos negativos se mostra viável em face da atual situação.

É constatado que o comportamento antissocial apresentado por essas personalidades se mostra menos evidente à medida que o indivíduo vai envelhecendo, entrando em remissão por volta dos 40 anos de idade (DSM, 2014, p. 661). Nesse sentido, até que não seja atingida essa remissão em razão de seu envelhecimento, de forma natural, tais medidas podem servir de contenção para o seu comportamento inadequado.

Diante do exposto, postula-se uma nova política criminal em que se pretende não a punibilidade do psicopata, mas sim a aplicação de uma medida de segurança, a ser cumprida não nos Institutos Psiquiátricos Forenses, mas sim em estabelecimento próprio, destinado apenas a indivíduos que apresentem o mesmo problema. Sendo necessário o apoio de uma equipe treinada e preparada exclusivamente para lidar com esses agentes, utilizando-se de tratamentos que, pelo menos, atenuem um pouco o comportamento destrutivo do psicopata. Dessa maneira, o indivíduo acometido pela psicopatia

teria um tratamento totalmente voltado para o seu transtorno e a sua retirada de estabelecimentos gerais possibilitaria a recuperação daqueles que não são acometidos pelo transtorno.

Entretanto, conforme já tivemos a oportunidade de mencionar, o diagnóstico desse transtorno é por vezes, de difícil constatação. Por isso, a implementação de um instrumento que possibilite a identificação desses indivíduos no sistema prisional é de extrema relevância para o sucesso de qualquer política que venha a ser adotada. Nesse contexto, Morana (2003, p. 06) afirma que a utilização de um instrumento personalizado pelas instituições carcerárias que seja capaz de identificar a personalidade do preso, com precisão, pode contribuir para uma baixa significativa das taxas de reincidência criminal e de violência no país. Contudo, afirma que o sistema penal brasileiro não utiliza, até o momento, instrumento que permita a identificação desses sujeitos com fidedignidade.

Todavia, para a implementação de uma alternativa para esses indivíduos na esfera penal, faz-se necessário uma nova mentalidade, principalmente por parte dos nossos legisladores, que deve ser pautada em virtude de uma doutrina mais humana e menos engessada no texto da lei e pelo punitivismo.

Ainda, para que tal alternativa possa ser colocada em prática, é necessário, principalmente, um olhar sobre conquistas alcançadas pela ciência, pela criminologia e pelas demais que integram esse meio. Devendo haver, portanto, uma parceria entre todas essas ciências para que possamos um dia implementar uma política que seja viável para a proteção da sociedade e que ao mesmo tempo seja proveitosa para o indivíduo psicopata na esfera penal.

## **11 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A psicopatia por ser a principal causa de semi-imputabilidade no sistema penal brasileiro, torna-se um desafio posto não somente à área médica, mas também à área jurídica, quando do cometimento de um ilícito e a união de todas essas áreas é de extrema relevância para os desdobramentos dos casos de psicopatia no cenário atual.



Fato é que a psicopatia surgiu como um enigma e continua o sendo até os dias de hoje. Esse assunto desencadeia, em alguns, a curiosidade e, em outros, relutância ou até mesmo fascínio. Raciocar o próprio comportamento, deixar de sentir e experimentar determinados sentimentos e sensações ou ainda, jamais tê-los sentido, parece, para muitos, uma perspectiva atraente.

Em realidade, conforme afirmava Schneider, o psicopata é “um sujeito assim”, é uma forma de ser do indivíduo. Em regra, o psicopata conhece o sentido, o significado de cada emoção, de cada sentimento, depreendido através de informações, leituras, análise sobre o comportamento humano; apenas não os sente, por uma incapacidade moral.

Por essa e outras razões é tão difícil conceber a psicopatia como um transtorno que retire do indivíduo qualquer capacidade de entendimento frente a qualquer ato que seja. Normalmente, esse indivíduo mostra-se muito astuto e inteligente, de modo que não se mostra coerente aceitar a ideia de que ele pode se encaixar em qualquer hipótese prevista no artigo 26 e seu parágrafo único do Código Penal, quando se envolve na esfera criminal. O psicopata, quando pratica um ato, o faz de modo pensado, ou seja, a situação normalmente é muito bem elaborada por ele.

Todavia, essa capacidade de racionalizar o próprio comportamento, adotar determinada postura para atingir um ganho sem se preocupar com qualquer consequência que possa advir a terceiro, por mais próximo que esse terceiro seja, é apenas uma das características desse transtorno, que se dá por razões que ainda são desconhecidas pelos estudiosos, embora existam inúmeras teorias sobre o assunto.

Avanços são percebidos para propiciar um entendimento sobre esse transtorno de personalidade tão complexo. Entretanto, até o momento não foi constatado uma metodologia eficaz para conter o seu comportamento destrutivo, que desemboca na esfera criminal.

Tratar ou punir? Eis o questionamento que originou essa pesquisa. Ao se tratar de psicopatia no âmbito criminal, grande é a responsabilidade e o desafio para os operadores do Direito. Nesse sentido, os desdobramentos proporcionados por essas duas possibilidades causam insegurança jurídica quanto à destinação do psicopata na seara criminal. Conforme foi analisado, pôde ser constatado que ambas as medidas adotadas pelo ordenamento

jurídico pátrio, mostram-se inócuas quando aplicadas ao psicopata, tendo em vista que as atuais políticas criminais, não atendem às finalidades as quais se propõem nesse caso.

Em razão da incapacidade das personalidades psicopáticas em aprender com a experiência ou com a severidade de um castigo, dada a ausência de sentimento de culpa ou remorso, oportunizada pelo transtorno de personalidade, a aplicação de uma pena se mostra ineficaz quanto à tentativa de recuperação desse indivíduo, não oportunizando assim, de forma segura, o seu retorno à sociedade.

Os fins da pena, não atingem a sua finalidade no caso das psicopatias. Tampouco a medida de segurança se mostra eficaz quanto a sua recuperação, no que tange à saúde mental desse indivíduo. Psicopatas, conforme ficou evidenciado, são refratários às terapias e constatou-se que essas podem, inclusive, agravar a situação desses indivíduos. Ademais, até o momento não foi descoberto nenhum tratamento que se mostre eficaz em face desse transtorno.

Nesse sentido, parece que tais medidas adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, atualmente, com as instituições das atuais medidas criminais, estão apenas servindo de soluções a curto prazo e há a necessidade, em decorrência disso, de se verificar a problemática de um ângulo diferente, viabilizando-se uma política criminal que seja benéfica a esse indivíduo, bem como à sociedade, que é a que mais sofre com os resultados produzidos por eles.

Foi verificado que o comportamento antissocial produzido pelo psicopata apresenta remissão por volta dos seus 40 anos de idade, de forma natural. Ainda, embora não exista tratamento eficaz que cuide desse transtorno, conforme sustentam alguns autores, algumas medidas abordadas pela Psicologia, bem como a utilização de alguns fármacos, serviriam para atenuar o comportamento impulsivo do psicopata.

Ainda que não exista um tratamento capaz de fazer o psicopata compreender, sentir e se comportar como os indivíduos que não apresentam o transtorno, a destinação dele aos locais designados a criminosos normais, que não apresentam o transtorno, mostra-se ainda mais prejudicial. Isso porque inviabiliza a recuperação daqueles que possuem a capacidade de alguma

melhora, ainda que postos às precárias condições em que sistema carcerário e os locais destinados ao cumprimento de medidas de segurança se encontram.

Nesse sentido, a medida que mais se mostra viável para o caso do psicopata seria a sua destinação a um estabelecimento designado exclusivamente a indivíduos que possuem o mesmo tipo de transtorno, com uma equipe treinada exclusivamente para tratar desses casos. Para que tal abordagem seja pensada, é necessária a adoção de um mecanismo que possibilite, de forma fidedigna, a constatação desses indivíduos no meio criminal, de modo que possam ser distinguidos de outros criminosos que não possuem o transtorno. Diante disso, realizando um controle direcionado especificamente a esses indivíduos seria possível uma diminuição significativa nos índices de reincidência criminal, bem como estaríamos mais perto de propiciar um tratamento adequado a esse indivíduo.

Portanto, é necessária a implementação de uma política criminal direcionada exclusivamente a esse fim. Entretanto, o Brasil ainda não apresenta, até o momento, disposição legal que possibilite essa abordagem, que se mostra extremamente necessária.

Por outro lado, embora os estudos relacionados à neurociência, que vem ajudando a desvendar essas questões, que ainda se mostram tão complexas, não se mostram conclusivos, de uma maneira geral, de modo que, dão margem à interpretações, fazendo-se necessários, ainda, questionamentos e críticas a respeito do assunto.

## 12 REFERÊNCIAS

ABDALLA – FILHO, Elias; MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H. Transtorno de personalidade, psicopatia e serial killers. **Revista brasileira de psiquiatria**, São Paulo, v. 28. supl. II, 2006.

ASSOCIATION, American Psychiatric. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM 5**. Tradução de Maria Inês Corrêa Nascimento. 5 ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

BECK, Aaron T.; FREEMAN, Arthur; DAVIS, Denise D. **Terapia cognitiva dos transtornos de personalidade**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 22 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva. 2016.

BONFIM, Edilson Mougenot. CAPEZ, Fernando. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Decreto Lei de 2.848 de dezembro de 1940**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado). Acesso em: 12 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Exposição de Motivos nº 211, 9 de maio 1983**. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaoodemotivos-148972-pe.html> > Acesso em: 15 set. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 21 ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 2008.

FIRMO, Aníbal Bruno de Oliveira. **Direito Penal**, Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Tratado de inimputabilidade no direito penal**. São Paulo: Malheiros, 2000.

GABBARD, Glen O. **Psiquiatria psicodinâmica na prática clínica**. Tradução de Maria Rita Secco Hofmeister. 4 ed. Porto Alegre: Artmed, 2006.

HOLMES, David S. **Psicologia dos transtornos mentais**. Tradução: Sandra Costa. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 1997.

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

MORANA, Ilda Clotilde Penteado. **Identificação do ponto de corte para escala PCL-R (Psychopathy Checklist Revised) em população forense brasileira**: caracterização de dois subtipos da personalidade; transtorno global e parcial. 2003. 35 f. Tese de Doutorado (Doutorado em Psiquiátrica) – Curso de Medicina, Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003. Disponível em: <http://www.hildamorana.med.br/tese-de-doutorado.html>. Acesso em: 20 ago. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PALOMBA, Guido Arturo. **Tratado de psiquiatria forense, civil e penal**. São Paulo: Athneu, 2003.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. **Personalidade psicopática, semi-imputabilidade e medida de segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

RAINE, Adrian. **A anatomia da violência**: as raízes biológicas da criminalidade. Tradução: Maiza Ritomy Ite. Porto Alegre: Artmed, 2015.

SAÚDE, Organização Mundial de: CID 10. Tradução Centro Colaborador da OMS para a Classificação de Doenças em Português. 8ª ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2000.

SHINE, Sidney Kiyoshi. **Psicopatía**, 4 ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas**: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

SILVA, ÂNGELO Roberto Ilha da. **Da inimputabilidade penal em face do desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SOUZA. Carlos Alberto Crespo. CARDOSO, Rogério Göttert. **Psiquiatria forense**: 80 anos de prática institucional. Porto Alegre: Sulinas, 2006.

Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Criminal. Apelação criminal nº 70037449089. Relator: Odone Sanguiné. Rio Grande do Sul. Julgado em: 17 de mar. 2011. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\* &aba=juris &entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as\\_qj=transtorno+antissocial+&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&partialfields=n%3A70037449089&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris &entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=transtorno+antissocial+&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70037449089&as_q=+#main_res_juris). Acesso em: 16 set. 2017.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012,

\_\_\_\_\_, Jorge. BEHEREGARAY, Andréa. CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatía**: a máscara da justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.



# MATERNIDADE E PRISÃO DOMICILIAR: JURISPRUDÊNCIA DO TJ/RS APÓS AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELO ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA

Anna Carolina Meira Ramos<sup>\*</sup>

**RESUMO:** O aumento do encarceramento feminino no Brasil traz novas preocupações para o sistema de justiça criminal, em especial, relacionadas ao exercício da maternidade. No que toca à prisão preventiva, a legislação processual penal foi alterada para ampliar as hipóteses de cabimento da prisão domiciliar a mulheres. Com esta preocupação em mente, realizou-se pesquisa jurisprudencial, utilizando método indutivo, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com o levantamento das decisões denegatórias e concessórias em cada Câmara Criminal. Abordou-se, ainda, decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal sobre este tema. Ao final, analisou-se a jurisprudência do TJ/RS sobre a natureza da prisão domiciliar, a partir das hipóteses em que concedida ou denegada, e como a mesma pode ser vista como continuidade do controle social exercido sobre as mulheres, manejando-se a maternidade ora como prêmio, ora como castigo imposto à infratora.

**PALAVRAS-CHAVE:** Encarceramento feminino. Prisão domiciliar. Maternidade.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Encarceramento feminino. 3 Prisão preventiva e prisão domiciliar. 4 Pesquisa jurisprudencial. 4.1 Primeira câmara criminal. 4.2 Segunda câmara criminal. 4.3 Terceira câmara criminal. 4.4 Quinta câmara criminal. 4.5 Sexta câmara criminal. 4.6 Oitava câmara criminal. 5 Entendimento do Supremo Tribunal Federal. 6 Considerações finais. 7 Referências.

---

<sup>\*</sup> Mestranda em Direitos Humanos pela UniRitter. Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

## 1 INTRODUÇÃO

Cresce no Brasil o número de mulheres acusadas de delitos e, conseqüentemente, encarceradas. O encarceramento feminino traz consigo novas preocupações para o sistema de justiça criminal, em especial, relacionadas ao exercício da maternidade. No que toca à prisão preventiva, a legislação processual penal foi alterada para ampliar as hipóteses de cabimento da prisão domiciliar, passando a contemplar especificamente o cabimento do benefício a mulheres com filhos que tenham até 12 anos de idade.

Empreendeu-se, no presente estudo, pesquisa jurisprudencial junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a fim de averiguar como tem sido a aplicação deste novo dispositivo legal, advindo de alteração legislativa em março de 2016. Foram analisadas decisões em sede de *habeas corpus*, utilizando como termos de pesquisa as expressões “mãe”, “mulher” e “prisão domiciliar”. Foi realizada a contagem das decisões denegatórias e concessórias em cada câmara criminal do Tribunal, particularizando-se, ainda, aquelas relacionadas ao tráfico de drogas. Alguns acórdãos foram escolhidos para análise direta, entendendo-se serem os mesmos representativos do entendimento dos órgãos fracionários estudados.

Ao final, analisa-se a visão do aplicador do direito, qual seja, os desembargadores do TJ/RS, sobre a natureza da prisão domiciliar, a partir das hipóteses em que concedida ou denegada, e como a mesma pode ser vista como continuidade do controle social exercido sobre as mulheres, manejando-se a maternidade ora como prêmio, ora como castigo imposto à infratora.

## 2 ENCARCERAMENTO FEMININO

No ano 2000 havia 5.601 detentas no país. O INFOPEN Mulheres<sup>1</sup> informa que, em junho de 2014, o Brasil contava com uma população carcerária total de 579.781 pessoas, sendo que destas, 37.380 eram mulheres (BRASIL, 2015, p. 5). Em 2016, de acordo com informações prestadas ao STF pelo Departamento

---

<sup>1</sup> Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen



Penitenciário Nacional, o número de mulheres presas saltou para 44.721. Percebe-se um crescimento de quase 700% da população carcerária feminina em 16 anos (PONTES, 2018, p.1).

O aumento em níveis alarmantes do encarceramento feminino tem provocado uma série de preocupações específicas sobre como o sistema penitenciário lida com as detentas que precisa receber. Em especial, a questão do exercício da maternidade dentro do cárcere tem sido objeto de pesquisas e estudos diversos, por se tratar de situação que hoje não mais se pode rotular de excepcional, e por envolver também os direitos das crianças cujas mães respondem a processos criminais.

No âmbito internacional, o tratamento que deve ser dado a mulheres em situações de privação de liberdade está consubstanciado nas Regras de Bangkok, tratado internacional do qual o Brasil é signatário. Este documento enfatiza a necessidade de atenção diferenciada à reclusa, como forma de buscar-se a igualdade material. Mais ainda, recomenda que se busque a aplicação de medidas não restritivas de liberdade tanto quanto possível para evitar a separação entre mulheres e suas famílias:

**Regra 58**

Considerando as provisões da regra 2.3 das Regras de Tóquio, mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem que se considere devidamente a sua história e laços familiares. Formas alternativas de lidar com mulheres infratoras, tais como medidas despenalizadoras e alternativas à prisão, inclusive à prisão cautelar, deverão ser empregadas sempre que apropriado e possível.

Especificamente no tocante a mulheres com filhos, a recomendação na aplicação de penas definitivas é a seguinte:

**Regra 64**

Penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e mulheres com filhos/as dependentes serão preferidas sempre que for possível e apropriado, sendo a pena de prisão considerada apenas quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do/a filho/a ou filhos/as e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado.

No cenário nacional, em especial, agrava-se o problema da maternidade no cárcere ao se considerar a precariedade das instituições prisionais, particularmente no estabelecimento de ambientes adequados que propiciem a convivência entre mães e filhos. Há que se levar em conta, também, que o ambiente prisional não é o mais adequado para o desenvolvimento psicossocial de uma criança, bem como o prejuízo emocional que esta suportará na ausência do convívio materno.

Nesse viés, o Projeto Pensando o Direito, do Ministério da Justiça, elaborou estudo em que, empreendidas pesquisas de campo em várias penitenciárias femininas, concluiu-se pela necessidade de se aumentar a aplicação da prisão domiciliar a mulheres que exerçam a maternidade:

Uma das saídas desse (falso) paradoxo, entre institucionalizar a criança ou separá-la da mãe, seria a prisão domiciliar, essa opção choca com a cultura do encarceramento e a priorização do “combate ao crime” presente nos discursos e práticas do sistema de justiça.

O aumento do encarceramento feminino, e logo do número de gestantes, puérperas e mães encarceradas demonstra que o sistema de justiça criminal vem ignorando recomendações de organizações internacionais contra o uso de prisão para essas mulheres.

Concluímos que uma melhor possibilidade de exercício de maternidade ocorrerá sempre fora da prisão e, se a legislação for cumprida, tanto em relação à excepcionalidade da prisão preventiva como no tangente à aplicação da prisão domiciliar, grande parte dos problemas que afetam a mulher no ambiente prisional estarão resolvidos. (BRASIL, 2015, p. 78)

Nesse sentido, o legislador ordinário tem empreendido alterações legislativas que serão analisadas a seguir.

### **3 PRISÃO PREVENTIVA E PRISÃO DOMICILIAR**

Em junho de 2014, 3 em cada 10 mulheres presas ainda não haviam sido julgadas de forma definitiva, estando acauteladas provisoriamente (BRASIL, 2015, p. 20). A modalidade mais comum de prisão cautelar é a prisão preventiva, regulada nos artigos 311 a 316 do Código de Processo penal.

Em 2011, houve uma alteração legislativa no artigo 318 do Código de Processo Penal, que passou a possibilitar a substituição da prisão preventiva (a

qual se dá nos estabelecimentos prisionais comuns) por prisão domiciliar, na qual a pessoa acusada de delito fica recolhida dentro de sua residência, tendo ali restringida a sua liberdade.

Em abril de 2016, sobreveio nova alteração legislativa, desta vez trazida pelo chamado Estatuto da Primeira Infância – Lei nº 13.257/16, que aumentou as hipóteses para concessão da prisão domiciliar. Esta lei tem como foco principal a maior proteção das crianças, aí incluída a assistência materna e paterna. As novas situações que ensejam a prisão domiciliar estão nos incisos IV, V e VI do artigo 318:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:  
I - maior de 80 (oitenta) anos;  
II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;  
III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;  
IV - gestante; *(Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)*  
V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; *(Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)*  
VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. *(Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)*

A redação anterior do inciso IV tratava da “gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco”, sendo que o novo dispositivo se refere tão somente à condição de gestante.

Os incisos V e VI foram incluídos de forma inédita, tratando da maternidade e da paternidade de crianças até 12 anos de idade. Com relação à mulher, o legislador reconheceu a situação fática predominante, e estabeleceu uma presunção de que esta é a responsável principal pelos cuidados aos filhos, não fazendo a exigência de que a mulher comprove tal condição, em contraposição à redação do inciso seguinte que, ao tratar do homem, impõe tal exigência.

Pode-se argumentar que a maternidade tem sido um encargo social imposto às mulheres, o qual foi reforçado pela redação diferenciada adotada pelo legislador. No entanto, entende-se que a diferenciação realizada é necessária, pois permite um tratamento mais adequado à pessoa do gênero

feminino que exerce a maternidade e que está em situação de encarceramento provisório.

Assim, as mudanças legislativas revelam-se sensíveis à nova realidade do perfil da população carcerária brasileira. Questiona-se, neste estudo, se a interpretação jurisprudencial feita sobre este dispositivo legal também se mostra adequada às situações fáticas delicadas que ali são tratadas.

#### **4 PESQUISA JURISPRUDENCIAL**

A fim de verificar, nestes dois anos de vigência do novo texto legal<sup>1</sup>, como tem sido sua aplicação pelos órgãos judiciais, empreendeu-se uma pesquisa jurisprudencial no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em especial, foram buscadas decisões tomadas em sede de *habeas corpus*, tendo em conta ser este o instrumento comumente usado para combater decretos de prisão preventiva em primeiro grau. A análise tem por objeto as situações de pedidos de concessão de prisão domiciliar para mulheres gestantes ou com filhos.

Trata-se de pesquisa utilizando o método indutivo, pois a partir da amostra estudada, dentro dos parâmetros propostos, busca-se traçar um panorama do entendimento da corte gaúcha sobre o tema (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 85).

Os termos pesquisados foram “prisão domiciliar”, e, ainda, “mulher” ou “mãe”, de forma conjunta<sup>2</sup>. Retornaram 133 resultados, dos quais 13 foram descartados por não se adequarem ao objeto de estudo proposto: 7 casos em que o paciente era do gênero masculino; 1 caso em que se tratava de mulher com doença grave, e não gestante ou com filhos; 1 caso em que não houve deferimento de prisão domiciliar por já ter sido aplicada outra medida cautelar mais benéfica; 1 caso em que houve perda de objeto por deferimento da prisão

---

<sup>1</sup> A pesquisa usou como marcos temporais as datas de 09/03/2016, entrada em vigor da alteração legislativa promovida pelo Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/16), e 31/12/2017.

<sup>2</sup> Usou-se a expressão entre aspas “prisão domiciliar”, para restringir a busca a este conjunto de palavras, e concomitantemente usou-se o recurso “mãe OR mulher”, o qual possibilita resultados em que apareçam quaisquer das 2 palavras ou ambas.

domiciliar em primeiro grau; 1 caso em que o filho da paciente era maior de 12 anos; 1 caso em que a ordem foi denegada por conta da ausência de documentação comprovando ser a paciente mãe de filhos menores; 1 caso em que a paciente pedia a revogação da domiciliar e concessão de liberdade plena. Restaram, assim, 120 ementas de acórdãos a serem analisadas.

Das decisões analisadas, 93 referiam-se ao delito de tráfico de drogas, cuja distribuição se dá de forma direcionada às Primeira, Segunda e Terceira Câmaras Criminais. Como é significativo o número de prisões por este tipo de crime, optou-se por realizar a sua contagem de forma especificada, separando-se os delitos de tráfico dos demais.

Assim, as 120 decisões em sede de *habeas corpus* analisadas podem ser organizadas da seguinte maneira:

	Natureza do crime	Ordem concedida	Ordem denegada	Total
1ª Câmara Criminal	tráfico	27	31	58
	outros	1	2	3
2ª Câmara Criminal	tráfico	11	18	29
	outros	1	3	4
3ª Câmara Criminal	tráfico	5	1	6
	outros	-	2	2
5ª Câmara Criminal	outros	4	-	4
6ª Câmara Criminal	outros	2	1	3
7ª Câmara Criminal	outros	1	-	1
8ª Câmara Criminal	outros	-	10	10
Total		52	68	120

#### 4.1 PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Quase metade das decisões proferidas sobre o tema tiveram origem na Primeira Câmara Criminal. Isso, em parte, pode ser explicado pelo critério de distribuição de feitos já mencionado anteriormente, que direciona às três primeiras câmaras criminais os processos relativos a delitos de tráfico. A discrepância numérica também pode advir de uma maior velocidade no julgamento dos casos por este órgão fracionário, dado o uso repetitivo de modelos, claramente perceptível na leitura dos julgados, ou ainda, pela maior incidência da linguagem especificamente pesquisada na redação dos acórdãos.

Em termos numéricos, prevalecem nesta câmara as decisões denegatórias da prisão domiciliar a mulheres com filhos. Porém, não se verifica uma

disparidade muito gritante: foram 28 decisões que deferiram a medida alternativa, contra 33 que a negaram.

O conteúdo dos acórdãos em que se deixou de conceder a prisão domiciliar, ainda que as mulheres preencham os requisitos legais, por serem mães de crianças com até 12 anos de idade, pode ser exemplificado pela decisão a seguir:

Ementa: HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. RISCO CONCRETO À ORDEM PÚBLICA. PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. Cuidando-se o tráfico de drogas de crime grave, tanto que equiparado a hediondo, a repercussão social dele decorrente, quer no âmbito da saúde pública, quer na esfera da criminalidade - potencializada pelo uso e pelo comércio de substâncias entorpecentes - está a evidenciar concreto risco à ordem pública a tornar necessária a prisão preventiva e obstar a aplicação das medidas cautelares a que alude o art. 319 do Código de Processo Penal. Segregação cautelar devidamente fundamentada, fundada nas circunstâncias em que se deu a prisão da paciente, decorrente de intensa investigação, lastreada em interceptações telefônicas judicialmente autorizadas, inclusive, evidenciando o envolvimento da paciente em associação voltada para a prática de tráfico de drogas. A alteração legislativa aventada, com o acréscimo, pelo Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016) do inciso V ao artigo 318 do Código de Processo Penal, contemplando a possibilidade da concessão de prisão domiciliar à mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos, não tem a consequência de, diante da existência de prole até tal idade, ser obrigatória a adoção de tal providência. Não fosse assim e teria o legislador tornado imperativo o deferimento do benefício, o que não fez. Por isso que, não vindo aos autos dado algum que evidencie ser necessária a colocação da paciente em prisão domiciliar, não se está diante de hipótese que autorize a providência lá contemplada, sobretudo diante da circunstância consistente em que há informações dando conta de que a paciente se utilizava de sua residência para a prática do delito a ela imputado - o que está a sugerir que a providência requerida nem sequer é recomendável. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Nº 70075634121, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 25/10/2017)

Verifica-se que principal preocupação do julgador é deixar patente que a alteração legislativa empreendida não o vincula de forma definitiva. Frisa-se o uso da fórmula “poderá o juiz” constante do *caput* do dispositivo para sustentar que não basta estar a mulher na condição objetiva de ser mãe de criança até 12 anos de idade para que a domiciliar seja concedida, devendo ser analisada a situação específica da mesma.

Assim, acaba esta linha de entendimento por criar novos requisitos não compreendidos no texto legal, escolhidos ao arbítrio do julgador. No caso acima, como a traficância aparentemente estava sendo exercida no ambiente da residência da paciente, entendeu-se tal circunstância como excludente do direito pleiteado.

No entanto, é decorrência lógica da situação de maternidade de crianças pequenas a dificuldade da mulher em ausentar-se do lar e buscar fonte de renda em ambiente externo, em especial se se tratar de mulher de classe social mais baixa, que não tem condições de arcar com custos de creche ou babá para seus filhos. A necessidade de obter renda informal sem sair do meio doméstico explica, em grande parte, a grande predominância de delitos de tráfico entre mulheres.

Assim, verifica-se com bastante frequência a situação descrita no julgado acima, a atingir de forma mais particular as mulheres que estão em situação de vulnerabilidade mais acentuada. O entendimento desta vulnerabilidade da mulher que é mãe e é pobre, simultaneamente, escapa à mentalidade adotada na decisão, que a pune com maior rigor justamente por se enquadrar em condições mais dificultosas.

Por outro lado, as decisões desta Câmara Criminal que optam pela concessão da prisão domiciliar, via de regra, adotam redação semelhante à seguinte:

Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. PACIENTE QUE É MÃE DE DOIS FILHOS PEQUENOS. A paciente preenche os requisitos para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, porquanto possui dois filhos pequenos, isto é, uma menina de 05 anos e um menino de 09 anos. Em razão da tenra idade de ambos, indubitavelmente, eles dependem dos cuidados da mãe, sendo isso imprescindível. Assim, nos termos do art. 318, incisos III e V, do Código de Processo Penal, é cabível a concessão de prisão domiciliar à paciente. Ordem parcialmente concedida, por maioria. (Habeas Corpus Nº 70075394049, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 18/10/2017)

Nota-se que, aqui, o julgador tão somente adotou a presunção já trazida pelo legislador: se a mulher tem filhos pequenos, eles precisam da convivência

materna, e por isso a prisão domiciliar deve ser concedida. Garantidos estão, nessa linha de entendimento, o melhor interesse das crianças e o pleno exercício da maternidade pela mulher.

Trata-se de raciocínio diametralmente oposto ao adotado na decisão anterior. Prevalece, na amostragem estudada, o entendimento pela concessão do benefício quando ausente ou minoritário dentre os votantes o desembargador-relator da primeira decisão, o qual de toda forma sempre deixa registrado seu inconformismo na forma de voto vencido.

## 4.2 SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Em números absolutos, há uma quantidade menor de acórdãos neste órgão fracionário utilizando as expressões buscadas em comparação à câmara anterior. No total, são 21 decisões negando a prisão domiciliar e 12 concedendo o benefício. A proporção de decisões denegatórias é significativamente maior, passando de 63% dos casos analisados.

O relator de quase todas as decisões que apareceram na busca foi o do acórdão a seguir, que mesmo concedendo a ordem, deixa clara sua adoção da primeira linha de entendimento, de que a concessão é opcional, não bastando à mulher preencher os requisitos objetivos da lei:

Ementa: HABEAS CORPUS. DELITOS DE TÓXICOS (ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/06). SUBSTITUIÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR POR PRISÃO DOMICILIAR (ARTIGO 318, DO CPP). Quanto ao pedido de substituição da prisão por medida cautelar diversa, tem-se que, com o advento da Lei n. 13.257/16, o artigo 318 do Código de Processo Penal passou a permitir ao juiz, entre outras hipóteses, a substituição da prisão cautelar pela domiciliar quando o agente for "imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência" ou "mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos." A despeito da nova redação do artigo 318 do Código de Processo Penal, mantenho o entendimento de que o preenchimento de um dos seus pressupostos, isoladamente considerado, não assegura ao acusado o direito à substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, devendo ser analisado o caso concreto. Com isso quero dizer que o verbo "poderá", previsto no caput do artigo 318 do Código de Processo Penal não pode ser lido como "dever" do juiz determinar a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar quando presente uma de suas hipóteses. In casu, a paciente é primária e mãe de W.S.M., com 13 (treze) anos de idade e de H.S.C., com 04 (quatro) anos de idade, sendo que este, segundo atestado



médico, apresenta problemas neurológicos. A avó materna, que estaria com a guarda das crianças, aparentemente também possui problemas de saúde, conforme documentos anexados à ação constitucional de habeas corpus. O pai de H.S.C., ademais, encontra-se segregado na penitenciária de Alta Segurança de Charqueadas. Diante desse contexto, embora o fato objeto da ação penal originária seja grave, entendo que, neste caso, é adequada a substituição da custódia preventiva pela prisão domiciliar, dada a necessidade de observância à doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente. Nessas circunstâncias, diante das peculiaridades do caso concreto e tendo como prioridade absoluta os direitos da criança, recomenda-se o cumprimento da prisão cautelar em regime domiciliar. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE, RATIFICANDO A LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA. (Habeas Corpus Nº 70074357815, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 27/07/2017)

O entendimento desta câmara é mais homogêneo, não havendo a discrepância de correntes sentida no órgão anteriormente abordado. De fato, os julgados da Segunda Câmara têm exigido que se comprove, no caso concreto, que a criança tem necessidade direta dos cuidados da mãe, não havendo outro familiar que possa substituí-la. No caso antes colacionado, nota-se ter sido demonstrada a impossibilidade de cuidados pela avó, por problemas de saúde, e pelo pai, que também se encontrava recolhido em estabelecimento prisional.

Analisando-se outras decisões da mesma câmara percebe-se que, mesmo que haja essencial diferenciação nas redações do inciso V, referente às mulheres, e do inciso VI, referente aos homens, sendo que somente neste último se exige a demonstração de que a pessoa seja a única responsável pelo cuidado da criança, tal exigência parece ter sido adotada como necessária pelos desembargadores ainda assim, o que explica o menor número de concessões de prisão domiciliar no total. Veja-se outra decisão, na mesma linha de entendimento, de lavra de outro relator na mesma Câmara:

Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO. ROUBO E EXTORSÃO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. Prisão preventiva que veio fundamentada na garantia de ordem pública. Prévia investigação policial que culminou com apreensão de diversos integrantes de facção criminosa de Porto Alegre denominada "V7", inclusive a paciente. ALEGAÇÕES ATINENTES À PROVA. DESCABIMENTO. Quanto às alegações expostas na inicial, que impõem dilação probatória, importante registrar que o habeas corpus não é via adequada para análise aprofundada da prova, bastando, para avaliar a legalidade da prisão preventiva, a

verificação de seus pressupostos, que se traduzem em prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, o que se configurou no caso concreto. PRISÃO DOMICILIAR. CABIMENTO NO CASO CONCRETO. Em que pese a gravidade do (s) delito (s) pelo qual a paciente foi segregada, considerando que o pai das crianças também está recolhido preventivamente ao Presídio e, ao que tudo indica, a paciente, que é mãe, é a única responsável, no momento, pelos cuidados dos filhos, mormente tratando-se de uma menina nascida há menos de seis meses que está em fase de amamentação e menino com cinco anos de idade, é caso de concessão de prisão domiciliar, nos termos do art. 318, III e V, do CPP, como também concluiu o douto Procurador de Justiça. ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE. UNÂNIME. (Habeas Corpus Nº 70070427257, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Mello Guimarães, Julgado em 30/08/2016)

Também este julgado reflete o entendimento ora analisado.

### 4.3 TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Poucos acórdãos foram encontrados na pesquisa efetuada, mesmo tendo esta Câmara competência para feitos relacionados ao tráfico de drogas. No total, foram 5 decisões concedendo a prisão domiciliar e 3 decisões negando, tratando-se, portanto, do primeiro órgão em que prevalece a concessão da ordem.

Das decisões denegatórias, apenas uma tratava de delito de tráfico de drogas, a qual colaciona-se a seguir:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE MUNIÇÃO DE USO PROIBIDO. DEMONSTRADA A NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR. 1. A segregação preventiva é medida extrema e excepcional, condicionada à existência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. Outrossim, importa que a prisão corresponda às exigências da proporcionalidade. 2. No caso dos autos a paciente foi presa em sua residência, sendo apreendida quantidade expressiva de droga (cocaína, crack e maconha), além de munições, rádios comunicadores, balança de precisão e um giroflex de uso restrito da Polícia. Prisão decretada para a garantia da ordem pública, uma vez que os objetos apreendidos indicam que não se trata de fato isolado de menor monta. 3. Impossibilidade de concessão da prisão domiciliar. Em que pese a paciente seja mãe de criança de apenas 07 (sete) meses, a prática delitativa ocorria dentro da residência, sendo que alguns dos itens apreendidos foram encontrados na gaveta onde estavam os objetos da criança. Ademais, não há documentação indicando situação de vulnerabilidade. A criança está sob a guarda da avó e da tia. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Nº 70074111147, Terceira Câmara

Percebe-se aqui, novamente, o entendimento de que o fato de o tráfico de drogas supostamente ocorrer no âmbito residencial impede a concessão da prisão domiciliar. Além disso, também a exigência de que a mãe fosse a única pessoa que pudesse cuidar da criança está subentendida por haver referência a outras pessoas da família, também de gênero feminino, que estariam assumindo tal encargo em seu lugar. Isso, ainda que se trate de criança menor de 2 anos de idade, com relação à qual estaria presumida a recomendação de aleitamento materno, por exemplo.

Já no caso seguinte, a ordem foi concedida, justamente por se tratar de criança recém-nascida, a demandar amamentação exclusiva, o que restou demonstrado nos autos:

Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO DOMICILIAR. ARTIGO 318, INCISO III, DO CPP. FACULDADE DO JULGADOR. CASO CONCRETO QUE SE AMOLDA A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO. A concessão da prisão domiciliar nos termos do artigo 318 do CPP é faculdade do julgador, o qual concederá com base nos elementos do caso concreto. No caso dos autos, restou evidenciada a imprescindibilidade da paciente para os cuidados de seu filho, o qual possui menos de 02 (dois) meses de vida. Há documentação dando conta de que a flagrada encontrava-se segregada em Delegacia de Polícia e que os familiares levavam o infante diversas vezes por dia até o local para que fosse amamentado. Caso concreto que justifica a concessão da ordem, resguardando-se o bem-estar da criança e da mãe, em observância da dignidade da pessoa humana. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. LIMINAR RATIFICADA. (Habeas Corpus Nº 70071098529, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Julgado em 28/09/2016)

Repita-se, no entanto, que a previsão legal não se restringe a casos de aleitamento materno, tratando tão somente do critério etário de 12 anos da criança como exigência para concessão do benefício.

Em prosseguimento à análise jurisprudencial, registre-se que não houve qualquer resultado com as palavras buscadas advindo da Quarta Câmara Criminal, a qual tem competência para delitos mais específicos.

#### 4.4 QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Neste órgão fracionário, apenas 4 decisões foram levantadas tratando das expressões pesquisadas, todas envolvendo delitos de cunho patrimonial. A integralidade das decisões deu-se de forma a conceder a prisão domiciliar.

Registre-se que se trata de órgão composto majoritariamente por desembargadoras mulheres, as quais abraçaram o entendimento de que, estando preenchidos os requisitos objetivos da lei, cabível a substituição. Colaciona-se a seguir um julgado exemplificativo do entendimento pacífico desta câmara criminal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PACIENTE MULHER COM FILHA MENOR DE 12 ANOS. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO INCISO V DO ART. 318 DO CPP. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. Presentes os requisitos do artigo 312 do CPP, não é o caso de revogação da prisão preventiva. Todavia, sendo a paciente mulher e possuindo uma filha menor de 12 (doze) anos, possível a substituição da prisão cautelar por prisão domiciliar, consoante o disposto no artigo 318, inciso V, do CPP. DECISÃO LIMINAR TORNADA DEFINITIVA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (Habeas Corpus Nº 70069987857, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 20/07/2016)

Verifica-se que a aplicação do texto legal neste órgão fracionário é direta, sem a criação de requisitos suplementares.

#### 4.5 SEXTA CÂMARA CRIMINAL

Nesta câmara criminal, da mesma forma, poucas decisões se enquadraram nos critérios propostos: 2 concessões de ordem, e apenas 1 decisão denegatória. As decisões concessivas, no entanto, foram relutantes, buscando fugir ao critério legal objetivo, como se pode verificar no caso a seguir:

EMENTA: HABEAS CORPUS. DELITO CONTRA O PATRIMÔNIO. RECEPÇÃO QUALIFICADA. PRISÃO DOMICILIAR. Em obediência ao princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade, a prisão cautelar se apresenta como exceção. Assim sendo, deve vir assentada em elementos que demonstrem a sua efetiva imprescindibilidade no contexto em que praticada a infração, especialmente com a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, que prevê a prisão preventiva como última medida para garantir a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal. No caso, a paciente é tecnicamente primária, não possui maus antecedentes e tem residência fixa. Além

disso, o crime imputado (receptação qualificada), em que pese ser grave, não foi cometido com violência ou grave ameaça, devendo ser lembrado, ainda, que a paciente confessou a autoria delitiva na fase inquisitorial. A somar, comprovou ser mãe de 03 filhos com idade inferior a 12 anos, sendo que um deles, que conta com 01 ano de idade, está evidentemente em fase de amamentação, havendo informação nos autos de que o pai das crianças está preso por outro crime. Logo, diante da excepcionalidade da prisão e da especial condição pessoal da paciente, que é primária e está amamentando criança com 01 ano de idade, possível a aplicação de prisão domiciliar, com monitoramento eletrônico, conforme artigo 318, inciso III, do CPP, devendo a paciente permanecer em sua residência para o efetivo cuidado do lactante e dos demais filhos, podendo se ausentar apenas mediante prévia autorização judicial (artigo 317 do CPP), sob pena de revogação do benefício e restabelecimento da prisão preventiva. Por fim, vale lembrar que as alterações trazidas pela Lei nº 13.257/2016 ao artigo 318 do CPP não autorizam, pela mera alegação da parte, a concessão obrigatória do benefício, que, na verdade, é facultativo. Ao contrário fosse, ou seja, caso a medida cautelar da prisão domiciliar se tornasse obrigatória, estariam criadas pelo legislador determinadas hipóteses de vedação da segregação preventiva às mães grávidas ou àquelas pessoas que possuem filhos na idade indicada no texto legal, mesmo quando a custódia cautelar fosse a única medida que pudesse tutelar, com eficiência, casos em que fosse imprescindível a prisão, hipóteses estas que não refletem o objetivo da novel norma. LIMINAR RATIFICADA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (Habeas Corpus Nº 70074416819, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em 30/08/2017)

Nota-se que a prisão domiciliar foi concedida com base no inciso III do artigo 318, e não com base no inciso V, que tem a cláusula mais aberta, justamente porque se buscou uma interpretação mais restritiva do mesmo.

A preocupação externada pelo julgador é a de que alteração legislativa não sirva como “carta branca” às mulheres que se enquadrarem na situação legal. Porém, tal raciocínio desconsidera que a prisão domiciliar ainda é uma medida de restrição de liberdade e de controle social, ainda que não seja a mais gravosa prevista no ordenamento jurídico, e justamente por se enquadrar a mulher na situação de maior vulnerabilidade ali prevista, foi que o legislador buscou isentá-la da restrição à liberdade total.

Embora pequena a amostragem, conclui-se tratar de mais uma câmara que adere a um entendimento que vai de encontro à busca de soluções não encarceradoras com relação às mulheres.

Na Sétima Câmara Criminal, encontrou-se apenas uma decisão utilizando os termos pesquisados, a qual não será analisada neste artigo, por não ser representativa de um pensamento geral do órgão.

#### **4.6 OITAVA CÂMARA CRIMINAL**

Nesta última câmara criminal do Tribunal de Justiça, das 10 decisões levantadas na pesquisa, todas foram denegatórias. Em geral, tratavam-se de casos de delitos patrimoniais, muitos deles cometidos sem violência. As decisões deixam claro o entendimento do órgão de que para a concessão da domiciliar não basta que a mulher tenha filhos de até 12 anos de idade, devendo ser avaliada a situação concreta da mesma. No entanto, em todas as situações concretas analisadas, houve denegação da ordem, de modo que não se pode apontar qual exatamente é a especificidade buscada pelo julgador desta câmara para permitir que a mulher usufrua do benefício.

A título de exemplo, colacionam-se dois julgados que excluem a possibilidade da prisão domiciliar por motivos diversos: em um deles não se demonstrou a imprescindibilidade da genitora, e, em outro, havendo delíto de corrupção de menores imputado à paciente, também se denegou a ordem.

**EMENTA:** HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES. JOGO DO BICHO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE HIPÓTESE DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. - SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR. ARTIGO 318 DO CPP. O artigo 318 do Código de Processo Penal apresenta uma possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando a paciente for mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos (inciso V). No caso, a gravidade concreta das infrações imputadas à paciente indica não ser adequada a substituição da segregação preventiva por prisão domiciliar. Não demonstrada, igualmente, a imprescindibilidade da genitora nos cuidados dos menores. Ordem denegada. (Habeas Corpus nº 70075282392, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 18/10/2017)

**EMENTA:** HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO QUALIFICADA. CORRUPÇÃO DE MENORES. LEGALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. AUSÊNCIA DE HIPÓTESE DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. - CABIMENTO. Crimes dolosos cujas

penas, somadas, ultrapassam quatro anos de reclusão, imputados a agente reincidente (art. 313, incs. I e II, do CPP). - REQUISITOS DO ART. 312, CPP. FUMUS DELICTI. Paciente presa em flagrante, em sua própria residência, ao ser indigitada, pelo menor adolescente detido em atitude suspeita, como a pessoa que lhe prometera determinada quantia para realizar a venda das peças de vestuário de origem ilícita. PERICULUM LIBERTATIS. Prisão preventiva apoiada na afirmação de necessidade de resguardo da ordem pública em razão da periculosidade da agente e da probabilidade de reiteração da prática criminosa (conclusão retirada de seu histórico criminal). Segregação cautelar decretada para a garantia da ordem pública, especialmente para acautelamento do meio social. Fundamentos que encontram amparo na jurisprudência do STF e do STJ quando apoiados em elementos concretos. - SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR. ARTIGO 318 DO CPP. O artigo 318 do Código de Processo Penal apresenta uma possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando o paciente for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência (inciso III) ou for mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos (inciso V). No caso, as circunstâncias indicam não ser adequada a substituição da segregação preventiva por prisão domiciliar. Paciente denunciada por crime de corrupção de menores, delito tipificado no ECA justamente para punir aquele que se vale da imaturidade do menor de 18 anos para fins ilícitos, inserindo-o precocemente no mundo do crime. - ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. Eventuais condições pessoais favoráveis do agente não obstam a decretação da prisão preventiva, nem conferem ao paciente o direito subjetivo à concessão de liberdade provisória. - ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. Não se encontra configurada qualquer ilegalidade, pois não se verifica mora processual decorrente de inércia imputável ao aparato judicial. Feito que apresenta tramitação regular, observadas as particularidades do caso. ORDEM DENEGADA POR MAIORIA. (Habeas Corpus Nº 70070655733, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 28/09/2016)

Assim, não havendo caso que demonstre qual a particular vulnerabilidade que este órgão fracionário contemplaria com a concessão da prisão domiciliar, conclui-se haver resistência genérica pelo mesmo à aplicação do dispositivo legal.

## **5 ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Em 20 de fevereiro de 2018, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal veio a manifestar-se sobre o tema estudado, analisando o Habeas Corpus nº 143.641, impetrado pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, o qual requeria a substituição da prisão preventiva por prisão

domiciliar de mulheres presas gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência em todo o território nacional.

A impetração do *habeas corpus* coletivo mostrou-se necessária justamente pela resistência dos tribunais estaduais e federais e, até mesmo, do Superior Tribunal de Justiça, na aplicação direta do disposto no artigo 318, IV e V, do Código de Processo penal. Essa resistência pode ser exemplificada pelo entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como visto no item anterior, verificando-se que a maior parte dos órgãos fracionários criminais acaba por criar requisitos não previstos na legislação para a concessão do benefício, em especial a demonstração da indispensabilidade da presença da mãe para os cuidados da criança.

O entendimento esposado no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, relator do caso, afasta a necessidade de comprovação desta condição, conforme se depreende de sua ementa:

Ementa: HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOUTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇÁRIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO.

I – Existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis.

II – Conhecimento do *writ* coletivo homenageia nossa tradição jurídica de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico, conhecida como doutrina brasileira do *habeas corpus*.



III – Entendimento que se amolda ao disposto no art. 654, § 2o, do Código de Processo Penal - CPP, o qual outorga aos juízes e tribunais competência para expedir, de ofício, ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

IV – Compreensão que se harmoniza também com o previsto no art. 580 do CPP, que faculta a extensão da ordem a todos que se encontram na mesma situação processual.

V - Tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional

VI - A legitimidade ativa do *habeas corpus* coletivo, a princípio, deve ser reservada àqueles listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo.

VII – Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2o do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos.

VIII – “Cultura do encarceramento” que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente.

IX – Quadro fático especialmente inquietante que se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o “caso Alyne Pimentel”, julgado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas.

X – Tanto o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio no 5 (melhorar a saúde materna) quanto o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável no 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos da Organização das Nações Unidas, ao tutelarem a saúde reprodutiva das pessoas do gênero feminino, corroboram o pleito formulado na impetração.

X – Incidência de amplo regramento internacional relativo a Direitos Humanos, em especial das Regras de Bangkok, segundo as quais deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado.

XI – Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes.

XII – Quadro descrito nos autos que exige o estrito cumprimento do Estatuto da Primeira Infância, em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal.

XIII – Acolhimento do *writ* que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais.

XIV – Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes.

XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima.

Este voto do Ministro-relator foi acompanhado pelos Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello, tendo restado vencido apenas o Ministro Edson Fachin, que sustentou que somente em cada caso concreto se poderia avaliar a adequação do instituto da prisão domiciliar.

O voto condutor discorre longamente sobre a situação caótica do sistema prisional brasileiro, lembrando já ter a mesma corte entendido tratar-se de um estado de coisas inconstitucional. Também aborda as especificidades da situação feminina, em especial a necessidade de cuidados pré-natais e de ambientes adequados aos acompanhamento infantil, que não estão presentes na maior parte das penitenciárias femininas. Traz à baila diversos tratados e convenções internacionais de direitos humanos sobre a temática.

Por outro lado, o voto é lacônico no que diz respeito a como efetivar a aplicação do dispositivo que trata da prisão domiciliar materna. Da sucinta redação, como já adiantado, percebe-se que o julgador adota o entendimento de que não há que se falar em análise de outros requisitos que não sejam a situação de gestação e maternidade de crianças com até 12 anos de idade. Rejeita, assim, a construção segundo a qual a mãe deve comprovar ser imprescindível aos cuidados dos filhos, o que pode ser considerado um avanço em relação à interpretação adotada na maior parte das decisões do tribunal gaúcho.

Deste modo, a ordem foi concedida para que se leia como obrigatória a concessão da prisão domiciliar a mulheres que se encontrem na situação descrita no dispositivo legal. Ainda, estendeu-se a ordem, de ofício, para abranger a concessão do benefício a adolescentes sujeitas a medida de internação que também sejam mães ou gestantes. Porém, foram incluídos na decisão dois requisitos não previstos na legislação: não se tratar de crime praticado mediante violência ou grave ameaça, e ainda não se tratar de crime praticado contra descendente. A redação do voto não deixa claro se os requisitos devem ser preenchidos de forma cumulativa, mas dada a presença da vírgula na parte final do item XIV antes colacionado, tem-se veiculado que se tratam de dois requisitos separados.

A última exceção, não se tratar de crime praticado contra descendente, faz algum sentido na interpretação da lei em seu contexto, que busca assegurar o pleno exercício da maternidade e o melhor interesse da criança.

No entanto, traz perplexidade a menção a delito praticado com violência ou grave ameaça, situação nem remotamente contemplada na alteração legislativa analisada. Trata-se de criação arbitrária de requisito não previsto em lei, que traz sérias restrições ao objetivo de desencarceramento almejado. Felizmente, em números percentuais, os casos de mulheres encarceradas por este tipo de delito ainda se mostram reduzidos, como verificado na amostragem estudada na jurisprudência gaúcha.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Direito Penal, no dizer de Alessandro Baratta, é “*um sistema de controle específico das relações de trabalho produtivo [...] dirigido especificamente aos homens*” (BARATTA, 1999, p. 45 e 46). Segundo o autor, as mulheres são controladas por um sistema informal da sociedade, que mais age na esfera privada, enquadrando-as no papel de gênero que devem assumir. No entanto, quando se tornam infratoras, são tratadas com mais benevolência na aplicação da lei, e, no cárcere, são educadas a retomar seus lugares de esposa e mãe. Mas quando cometem delitos vistos como essencialmente masculinos, o rigor

dos aplicadores da justiça mostra-se até maior do que com relação aos homens, por estarem se desviando do papel feminino delas esperado (BARATTA, 1999, p. 50 a 52).

Na maior parte dos casos analisados neste estudo (77%), as mulheres infratoras são acusadas do delito de tráfico de drogas. Não se pode caracterizar o mesmo como sendo tipicamente masculino, por não envolver diretamente aspectos de violência ou grave ameaça. No entanto, a situação geral foge do estereótipo do furto famélico que outrora se imaginava comum entre mulheres. Tampouco foram verificados neste estudo delitos específicos do gênero feminino, como aborto ou infanticídio.

Ressalte-se que a recente decisão do Supremo Tribunal Federal revela claramente esta faceta de punir com maior rigor aquelas que se afastam do perfil feminino delas esperado. A exclusão das mulheres acusadas de delitos violentos pode ainda ser vista por um viés de maior punição àquelas mulheres de classes sociais mais baixas, que são as que têm mais chances de cometer este tipo de infração.

O fato é que as mulheres têm sido cada vez mais enquadradas como sujeitos ativos de delitos, em um sistema criminal pensado para sujeitos ativos masculinos. A jurisprudência que tem se formado a partir desta nova realidade oscila entre dois extremos: de um lado o julgador busca reconduzir a mulher ao seu papel materno, incentivando a convivência desta com os filhos mesmo em situação de restrição de liberdade, e, de outro lado, horroriza-se com o desvio de uma mulher que mais santa deveria ser por ser mãe, e a considera não merecedora da maternidade.

A maternidade, segundo Laura Mattar e Carmem Diniz, exerce-se de forma desigual na sociedade, sendo pouco aceita quando as mulheres se encontram em determinadas situações específicas (moradoras de rua, usuárias de drogas, infratoras, por exemplo). Estas se configuram em verdadeiras maternidades subalternas, vistas como ilegítimas pelo Estado e pela sociedade (MATTAR; DINIZ, 2012, p.116).

O fenômeno das maternidades subalternas ajuda a entender a grande resistência encontrada nos julgados de alguns órgãos fracionários na concessão da prisão domiciliar a mulheres que são vistas como transgressoras do próprio papel de mãe. É inadmissível, para alguns operadores do direito, que uma mulher que tenha em casa um filho, use este mesmo local para a venda de drogas, ainda que com a renda advinda de tal atividade esteja a sustentar sua criança. Essa transgressão e a impossibilidade de separação entre espaço de exercício de maternidade e espaço de auferir renda é tipicamente encontrada entre mulher de classes sociais mais baixas, que acabam novamente sendo mais penalizadas e consideradas menos merecedoras de serem mães.

Por outro lado, a prisão domiciliar, quando concedida, não se afigura em privilégio sem amarras. A convivência com os filhos e a responsabilidade total pela sua criação, no âmbito residencial, de forma única e constante, é a forma de controle social escolhida neste caso. Para a mulher a quem a prisão domiciliar é outorgada, a maternidade torna-se uma imposição. Dela se espera que passe a ser mãe em tempo integral, como forma de se redimir da transgressão praticada.

Deve-se ter em mente, portanto, que a prisão domiciliar não é um perdão judicial concedido à mulher que tem filhos, mas sim uma medida alternativa à prisão comum, evitando-se o encarceramento em massa e o caos social advindo da ausência de alguém que possa exercer o papel feminino no núcleo familiar. Talvez por isso seja grande o número de decisões que exigem que a mulher comprove o requisito não presente no texto legal, de ser imprescindível ao cuidado da criança, pois se há alguém (geralmente outra mulher da família) que possa substituí-la, o julgador não entende necessário recolocar a mulher no lar. De toda forma, o controle social e a preservação dos papéis de gênero tradicionais são assegurados pela concessão da prisão domiciliar.

Assim, a maternidade é usada ora como mecanismo de resgate da transgressora, que acaba se consubstanciando em um castigo mais adequado ao gênero feminino, ora como privilégio não merecido por aquela que desvia da conduta socialmente adequada.

## 7 REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana.** in CAMPOS, Carmen Hein de [Org.]. Criminologia e feminismo. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BRAGA, Ana Gabriela. FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. **Quando a casa é uma prisão:** uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011. In Quaestio Iuris. vol. 09, no. 01, Rio de Janeiro, 2016. pp. 349-375. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18579>. Acesso em 14 de janeiro de 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Dar à luz na sombra:** condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. (Série pensando o direito, nº 51). Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/publicacoes/>. Acesso em 14 de janeiro de 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN Mulheres – junho de 2014.** Brasília: Ministério da Justiça, DEPEN, 2015. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em 15 de janeiro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Imprensa. Notícias STF. **2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente.** 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>. Acesso em 27 de fevereiro de 2018.

HASHIMOTO, Érica Akie; GALLO, Janaina Soares. **Maternidade e Cárcere:** um olhar sobre o drama de se tornar mãe na prisão. In: Revista Liberdades, nº 09, jan-abril, 2012. Disponível em: [http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=117](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=117). Acesso em 14 de janeiro de 2018.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica.** 5 ed. São Paulo: Atlas 2003.

MATTAR, Laura Davis; DINIZ, Carmen Simone Grilo. **Hierarquias Reprodutivas:** maternidade e desigualdades no exercício de direitos humanos pelas mulheres. Revista Interface: comunicação, saúde, educação, Botucatu, v.16, n. 40, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/icse/v16n40/aop0212>. Acesso em 17 de janeiro de 2018.

PONTES, Felipe; MARTINS, Helena. **População carcerária feminina cresce 700% em dezesseis anos no Brasil**. Agência Brasil. 26 de agosto de 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.abc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-08/populacao-carceraria-feminina-cresce-700-em-dezesseis-anos-no>. Acesso em 17 de janeiro de 2018.





# NORMAS APLICÁVEIS AO ACOLHIMENTO DA POPULAÇÃO LGBT PRIVADA DE LIBERDADE: IDENTIDADES INVISÍVEIS

Bruno Pugialli Cerejo<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este artigo, utilizando o método dedutivo – do geral para o particular – sem, no entanto, desprezar a indução – baseada em dados singulares –, identifica os indivíduos LGBT como categoria vulnerável da população e analisa a violência a que está exposta, especialmente quando privada de sua liberdade, destacando o(s) agente(s) violador(es) de seus direitos, identificando-o(s) na própria estrutura estatal. Aborda a omissão do Estado quanto à coleta de dados e à adequação do sistema penitenciário ao recolhimento e à manutenção da dignidade das diferentes identidades de gênero. Apresenta, ainda, as normas que objetivam proteger a população LGBT privada de liberdade, analisando, inclusive por fonte jurisprudencial, sua efetiva aplicabilidade e efetividade na consecução dos mandamentos de Direitos humanos. Ao final, constatado flagrante sistema de dominação, verificou-se a indispensável e necessária atuação proativa da Defensoria Pública na efetivação dos Direitos Humanos de população reconhecidamente vulnerável, os LGBT privados de liberdade.

**PALAVRAS-CHAVE:** LGBT. Violência. Normas. Cárcere. Dignidade.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Da manifesta violência estrutural à (pseudo)concretização de sua dignidade. 3 O sistema carcerário e os apenados invisíveis. 4 A (des)proteção normativa aplicável à população LGBT privada de liberdade. 5 Considerações finais. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por objetivo apresentar e analisar as normas – regras e princípios – constitucionais, supralegais<sup>2</sup>, legais e regulamentares que

<sup>1</sup> Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-Graduado em Direito Público (Const. Adm. e Tributário) pela UNESA. Pós-Graduado em Direito Público e Direito Privado pela EMERJ/UNESA. Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ

<sup>2</sup> O STF, no julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários nº 349.703 e 466.343e dos *Habeas Corpus* nº 87.585 e 92.566, em 03/12/2008, consolidou o entendimento de que os Tratados e

declaram os Direitos Humanos e definem as formas de acolhimento aplicáveis à população LGBT<sup>3</sup>, em especial aos travestis, transexuais e transgênero, em situação de privação de liberdade.

A importância da investigação se deve ao fato de que a legislação atinente ao tema – em especial, a Lei de Execuções Penais (Lei nº. 7.210/84) e os regulamentos estaduais – prevê um sistema dicotômico de alojamento e separação dos apenados recolhidos nos estabelecimentos penais, classificando-os, quanto ao sexo, em masculino e feminino – o que demonstra a adoção de uma noção de gênero estritamente jurídica, baseada no conteúdo dos registros de nascimento, ignorando a realidade social.

Tal realidade intensifica sobremaneira a vulnerabilidade social da população LGBT,

que constitui um grupo particularmente vulnerável dentro do sistema penal [...], uma vez que experienciam um ambiente de risco de discriminação e violências (física, psicológica, moral e sexual). Tais discriminações e violências podem assumir contornos ainda mais acentuados que os vivenciados fora do ambiente prisional, em especial a homo-lesbo-transfobia.[...] (PAIVA, 2016, p.45-46, on-line)

Vê-se que a marginalização que lhe é imposta cotidianamente por um sistema de dominação é agravada nos casos em que há, na forma da lei, a restrição de sua liberdade devido à condenação criminal. Não se trata, pois, de criticar a imposição de pena privativa de liberdade, mas sim de verificar se os estabelecimentos prisionais propiciam aos apenados LGBT condições dignas de permanência ou se, pelo contrário, consubstanciam verdadeiros instrumentos de estatização da exclusão, do desamparo, do sofrimento.

Essa modalidade de violência – frise-se, estrutural –, embora manifestamente corriqueira e com vítimas numerosas e determináveis, afigura-se extremamente difícil de combater, seja em razão da complexidade na identificação dos responsáveis – que, no mais das vezes, não são individualizáveis por se integrarem

---

Convenções internacionais sobre direitos humanos que não forem aprovados na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição da República, de 1988, situam-se em patamar hierárquico inferior ao constitucional e superior à legislação infraconstitucional.

<sup>3</sup> No presente estudo, utiliza-se a forma reduzida da sigla (LGBT). Entretanto, vale esclarecer que corresponde à forma integral, LGBTTTQIA+, que significa: (L) lésbicas, (G) gays, (B) bissexuais, (T) travestis, (T) transexuais, (T) transgênero, (Q) queer, (I) intersexual, (A) assexuais e (+) pessoa que não se sinta representada pelas outras letras. Essas identidades sexuais não serão definidas nesta pesquisa, uma vez que fugiria do conteúdo do presente trabalho, bem como, em razão de sua extrema relevância, mereceria um estudo específico.

ao sistema –, seja em virtude de se apresentar como efeito de um processo em que se inviabiliza a constatação de um deliberado propósito violento.

Não obstante a manifesta violação de direitos, constata-se absoluta ausência de homogeneidade acerca do fundamento empregado para tal prática – o que, por si só, evidencia sua inconsistência –, na medida em que, ora se utiliza de uma concepção biológica de gênero – calcada na espécie de genitália –, ora se utiliza da manutenção da segurança como retórica – fundada na suposta proteção contra estupros e gravidezes no interior do cárcere –, ora se utiliza de uma concepção de gênero meramente jurídica – baseada no conteúdo do registro de nascimento.

A pesquisa acerca do tema ganhou, recentemente, mais relevância, a partir da prolação do acórdão nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275, em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente pedido para dar ao art. 58, da Lei 6.015/1973, interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica, reconhecendo aos transgêneros, independentemente da cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à alteração de prenome e gênero diretamente no registro civil.

Por fim, vale destacar que a problemática que informou a presente investigação emergiu da constatação das diversas formas de tratamento/acolhimento concedidas pelo Poder Judiciário e pelo Poder Executivo – por meio das administrações dos estabelecimentos prisionais – à população LGBT no interior do cárcere, bem como da tentativa de redução da violência e da opressão sofrida por esse grupo, por meio da edição de atos normativos que preveem padrões mais adequados de atendimento.

## **2 DA MANIFESTA VIOLÊNCIA ESTRUTURAL À (PSEUDO)CONCRETIZAÇÃO DE SUA DIGNIDADE**

Dando início a este tópico, cabe referir que em um passado não tão distante prevalecia o entendimento que identificava a existência de dois únicos gêneros na espécie humana – que eram definidos durante a gestação e manifestavam-se fisiologicamente –, o masculino e o feminino. Tal compreensão refutava a realidade psíquica daqueles que, sentindo-se sexualmente incompatíveis com sua estrutura física, experimentam a sensação de estar em um corpo que não lhes pertence.

Conforme o expositor Lula Ramires, em Conferência Nacional LGBT, identidade de gênero “[...]é como eu me sinto, e me comporto e é como eu sou visto pelas outras pessoas[...]” (BRASIL, 2008, p.19).

Percebe-se que cada pessoa tem a experiência interna e individual de seu gênero, podendo ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, havendo que se considerar, inclusive, o senso pessoal do corpo, como bem relata Tereza Rodrigues Vieira:

O sexo não é mais considerado tão somente como um dado fisiológico (e, portanto, geneticamente determinado) e, por isso, imutável, a partir de contribuição das áreas de conhecimento da psicologia, da biologia, da antropologia, entre outros. (VIEIRA, 1.999, p. 117)

A incompreensão acerca da realidade transgênero – em especial –, manifestou-se sobretudo de maneira violenta nas mais diversas áreas e das mais diversas formas na sociedade. Pode-se destacar, *v. g.*, a violência individual, intimamente ligada à violência social – que “nasce de fontes múltiplas, na interconexão de pulsões individuais e de certos tipos de representações e de organizações colectivas” (GONÇALVES, 1985. p. 37) –; a violência religiosa, que expressa o fundamentalismo e a intolerância propalada por algumas interpretações de textos sagrados<sup>45</sup>; e, principalmente, a violência estrutural – que, sobretudo nos Estados laicos e de viés democrático, expressam-se da forma mais odiosa e excludente, posto que praticada de maneira velada contra vítimas hipossuficientes e vulneráveis.

A violência estrutural, que é “gerada por estruturas organizadas e institucionalizadas, naturalizada e oculta em estruturas sociais, [...] se expressa na injustiça e na exploração e [...] conduz à opressão dos indivíduos” (MINAYO, 1994, p. 8); desse modo, não é vista por grande parte da população como violência propriamente dita, mas sim como inabilidade governamental.

Como bem ressaltado por Johan Galtung:

---

<sup>4</sup>“Por certo, vós vos achegais aos homens, por lascívia, ao invés de às mulheres. Sois, aliás, um povo entregue aos excessos” (ALCORÃO, 7:81); “E fizemos cair sobre eles chuva: então, olha como foi o fim dos criminosos” (ALCORÃO, 19–, 7:84).

<sup>5</sup> LEVÍTICO, 18:22: “Com Homem não te deitarás, como se fosse mulher; é abominação” (BÍBLIA, 2008, p. 165). ROMANOS, 1:27: “Semelhantemente, os homens também, deixando o contato natural da mulher, se inflamaram mutuamente em sua sensualidade, cometendo torpeza, homens com homens, e recebendo, em si mesmo, a merecida punição do seu erro” (BÍBLIA, 2008, p. 1.478).

[...] the object of structural violence may be persuaded not to perceive this at all. [...] Structural violence is silent, it does not show - it is essentially static, it is the tranquil waters. In a static society, personal violence will be registered, whereas structural violence may be seen as about as natural as the air around us.<sup>6</sup> (1969, p. 173, on-line)

Bom exemplo da violência estrutural que vitimiza a população LGBT é o tratamento que, historicamente, lhe é concedido pelo Estado quando da possibilidade da compatibilização de sua realidade fisiológica, de seu registro de nascimento e de seu nome com seu gênero.

Consoante noticiado em matéria jornalística investigativa produzida pela BBC Brasil (ROSSI, 2018, on-line), no ano de 1976, o Ministério Público do Estado de São Paulo denunciou o médico Roberto Farina pela prática de lesão corporal gravíssima, nos termos do artigo 129, §2º, III, do Código Penal, em razão de haver realizado em Waldirene (mulher transgênero) cirurgia de redesignação de gênero (ou de confirmação de gênero).

Ao requisitar a instauração de Inquérito Policial, o agente do Ministério Público se manifestou nos seguintes termos:

Não há nem pode haver, com essas operações, qualquer mudança de sexo. O que consegue é a criação de eunucos estilizados, para melhor aprazimento de suas lastimáveis perversões sexuais e, também, dos devassos que neles se satisfazem. Tais indivíduos, portanto, não são transformados em mulheres, e sim em verdadeiros monstros. (ROSSI, 2018, on-line)

Durante a investigação em sede de inquérito policial, Waldirene, que possuía documentação com o nome de Waldir Nogueira, foi submetida contra sua vontade a exame ginecológico, sendo violada por objetos, fotografada e medida em sua intimidade. (ROSSI, 2018, on-line)

A violência estrutural no caso Waldirene não se esgota aí. Consta, ainda, que houve por mediante iniciativa própria, no ano de 1975, tentativa de alteração de seu nome registral, por meio de ação judicial própria, o que lhe foi negado em sentença. (ROSSI, 2018, on-line)

Passados mais de 40 anos, o Estado, ciente da extrema violência então praticada contra a população LGBT – sobretudo aos transgênero –, assumiu postura mais adequada no sentido da concretização de seus Direitos Humanos. Em 18 de

<sup>6</sup> Tradução livre: [...] a vítima de violência estrutural pode ser persuadida a não perceber nada disso. [...] A violência estrutural é silenciosa, não se mostra - é essencialmente estática, são as águas tranquilas. Em uma sociedade estática, a violência pessoal será registrada, enquanto a violência estrutural pode ser vista como tão natural quanto o ar ao nosso redor.

agosto de 2008 e em 19 de agosto do mesmo ano foram editadas pelo Ministério da Saúde, respectivamente, as Portarias nº 1.707/GM/MS e 457/SAS/MS, as quais instituíram o processo transexualizador no sistema único de saúde.

Evolução significativa ocorreu recentemente com o Julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275, em que, por maioria,

Reconheceu aos transgêneros, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à alteração de prenome e gênero diretamente no registro civil. O Colegiado assentou seu entendimento nos princípios da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, bem como no Pacto de São José da Costa Rica. Considerou desnecessário qualquer requisito atinente à maioridade, ou outros que limitem a adequada e integral proteção da identidade de gênero autopercebida. Além disso, independentemente da natureza dos procedimentos para a mudança de nome, asseverou que a exigência da via jurisdicional constitui limitante incompatível com essa proteção. Ressaltou que os pedidos podem estar baseados unicamente no consentimento livre e informado pelo solicitante, sem a obrigatoriedade de comprovar requisitos tais como certificações médicas ou psicológicas, ou outros que possam resultar irrazoáveis ou patologizantes. Pontuou que os pedidos devem ser confidenciais, e os documentos não podem fazer remissão a eventuais alterações. Os procedimentos devem ser céleres e, na medida do possível, gratuitos. (BRASIL, 2018c, on-line)

Diante desse panorama, é inegável a evolução, ainda que embrionária, do tratamento dispensado pelo Estado à população LGBT; entretanto, muito há, ainda, que evoluir, sobretudo em momentos em que sua vulnerabilidade se manifesta de maneira mais intensa, em especial, quando privada de liberdade.

### **3 O SISTEMA CARCERÁRIO E OS APENADOS INVISÍVEIS**

É certo que, nos termos da Lei nº 7.210/84, o sistema prisional brasileiro é estruturado, quanto ao gênero dos apenados, de forma dicotômica, ou seja, considera para fins de organização e separação dos internos apenas a concepção jurídica de gênero – masculino e feminino –, que é atribuído ao indivíduo, por razões genéticas, quando do nascimento.

Essa realidade, que deixa à margem do sistema a população carcerária transgênero, fortalece a invisibilidade dessa classe de vulneráveis, dificultando, assim, o desenvolvimento de práticas salutares e políticas públicas voltadas a garantir um mínimo de dignidade durante o período em que se encontra recolhida.

Contudo, no ano de 2014, renovaram-se as esperanças de tratamento equânime aos apenados transgêneros, haja vista que essa população foi retratada

no levantamento nacional de informações penitenciárias (BRASIL, 2014a, p. 35), publicado em junho do referido ano. Ao tratar de grupos específicos, o levantamento informou que, dentre o total de casas prisionais no território nacional, há, em aproximadamente 1% delas, ala específica para a população LGBT, em 5% há celas especificamente destinadas a esses apenados e em 94% dos estabelecimentos penais inexistente tal proteção ou, nem mesmo, informação quanto a isso.

Esse panorama, embora criticável em razão da quantidade inexpressiva de ambiente adequado para recolhimento de LGBTs, demonstrava uma inicial preocupação do Estado relativamente ao tema. Entretanto, na contramão da realidade social, houve flagrante retrocesso, na medida em que o levantamento seguinte, publicado em junho de 2016 (BRASIL, 2016b), silenciou quanto à população LGBT privada de liberdade.

Tal constatação enseja significativa inquietação, que deriva do receio de que se retroceda nas boas práticas de reconhecimento e afirmação da diversidade de gênero, uma vez que “Estamos diante da emergência de expressões sexuais e de gênero na contemporaneidade que até fins da década de setenta se mantinham na invisibilidade” (SANTOS e LUCAS, 2015, p. 116).

Dessarte, quer-se crer que tal silêncio represente tão-somente desleixo na coleta de dados – o que, por si só, já constitui flagrante violência estatal diante da falta de informação – e não extinção de tais espaços de garantia da dignidade e integridade física e psíquica.

#### **4 A (DES)PROTEÇÃO NORMATIVA APLICÁVEL À POPULAÇÃO LGBT PRIVADA DE LIBERDADE**

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, já em seu preâmbulo – que segundo entendimento consolidado não “possui força normativa” (BRASIL, 2018b), mas servem de “orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais” (BRASIL, 2018b) – destaca que a reunião da Assembleia Nacional Constituinte objetivou “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...] a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social [...]” (BRASIL, 1990).

Seguindo esses valores, que norteiam todo nosso sistema normativo, o Constituinte originário – nos artigos 1º, III e 3º, IV, da Carta da República – elegeu como um dos fundamentos do Estado “a dignidade da pessoa humana”, como um dos objetivos da República, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Definidas as bases da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, o Constituinte elencou um rol não exaustivo de Direitos Fundamentais, dentre os quais aplicam-se diretamente à população LGBT privada de liberdade aqueles previstos no artigo 5º, incisos III, XLI, XLVI, XLVII, alínea “e”, XLVIII, XLIX, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Consoante preciosa lição da consolidada doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet:

não há dúvida de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano [...]. [...] o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal [...] de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2006, p.35-36)

Sobre o tema, merecem destaque dois princípios<sup>7</sup> fundamentais constitucionais que informam a fase de execução da pena: o Princípio da Humanidade – que foi idealizado no período Iluminista (séc. XVII e XVIII) e “consiste no reconhecimento do condenado como pessoa humana, e que como tal deve ser tratado” (LUIZI, 1991, p.31-32) – e o Princípio da Individualização – cujo processo se desenvolve em três momentos complementares: o legislativo, o judicial, e o executório ou administrativo; estando presentes “instâncias objetivas e subjetivas”, sendo que nessa última “a pessoa do delinquente tem importância fundamental na sanção efetivamente aplicada e no seu modo de execução” (LUIZI, 1991, p. 40).

Apresentada a disciplina constitucional aplicável à população LGBT privada de liberdade, é mister ressaltar as normas de direito internacional, as quais, segundo o STF, têm status supralegal. Dentre estas normas, pode-se destacar o Pacto de San José da Costa Rica – Convenção Americana de Direitos Humanos –, celebrado em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José, na Costa Rica. No Brasil, foi

<sup>7</sup>“Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas.” (ALEXY, 2014, p. 117)



ratificado somente em setembro de 1992, por intermédio do Decreto nº. 678. Tal Pacto declara os direitos de um ser humano livre, isento de temor, à liberdade, à dignidade, e à integridade moral e pessoal.

No que diz respeito às disposições convencionais atinentes ao tema ora abordado, vale destacar o artigo 5º, da referida convenção, que reconhece que “1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”, que “2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes[...]” e que “6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”.

Sobre o assunto, não se pode deixar de citar as Regras de Bangkok – aprovadas pela 65ª Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, Resolução nº 2010/16, de 22 de junho de 2010 – por meio das quais os Estados-membros reconhecem “a necessidade de estabelecer regras de alcance mundial em relação a considerações específicas que deveriam ser aplicadas a mulheres presas e infratoras” (BRASIL, 2016a, p.16). Diante disso, e considerando o alcance exigido por tal regramento, há que se destacar que

4. Essas regras são inspiradas por princípios contidos em várias convenções e declarações das Nações Unidas e estão, portanto, de acordo com as provisões do direito internacional em vigor. Elas são dirigidas às autoridades penitenciárias e agências de justiça criminal (incluindo os responsáveis por formular políticas públicas, legisladores, o ministério público, o judiciário [...])

Alçadas à condição de diretrizes do sistema por meio da edição do Decreto nº 8.858, de 26 de setembro de 2016, as Regras de Bangkok exortam os Estados-membros a considerar “*as necessidades e realidades específicas das mulheres presas ao desenvolver leis, procedimentos, políticas e planos de ação relevantes*” (BRASIL, 2016a, p.15). Diante disso, afigura-se notória, não obstante haver silenciado quanto a este ponto específico, sua perfeita aplicabilidade a transgêneros femininas, sobretudo após a publicação do já mencionado precedente do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a possibilidade de alteração de gênero diretamente no registro civil, independentemente da realização de cirurgia de redesignação de gênero.

Diante da falta de normatização e regulamentação internacional quanto às específicas necessidades da população LGBT, acadêmicos e ativistas especialistas em direitos humanos, oriundos de 25 países – inclusive do Brasil –, reuniram-se na

cidade de Yogyakarta, na Indonésia, na Universidade de Gadjah Mada, entre os dias 6 e 9 de novembro de 2006, objetivando

[...] desenvolver um conjunto de princípios jurídicos internacionais sobre a aplicação da legislação internacional às violações de direitos humanos com base na orientação sexual e identidade de gênero, no sentido de dar mais clareza e coerência às obrigações de direitos humanos dos Estados (CORRÊA e MUNTARBHORN, 2006, p.8, on-line)

Como resultado da mencionada reunião, foi aprovado, por unanimidade, o documento que veicula os denominados “Princípios de Yogyakarta” - em um total de 29 princípios –, que “afirmam normas jurídicas internacionais vinculantes, que devem ser cumpridas por todos os Estados” (CORRÊA e MUNTARBHORN, 2006, p.9, on-line), dentre as quais se destaca o Princípio 9 – Direito a tratamento humano durante a detenção – acompanhado das seguintes orientações:

Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com humanidade e com respeito pela dignidade inerente à pessoa humana. A orientação sexual e identidade de gênero são partes essenciais da dignidade de cada pessoa. Os Estados deverão: a) Garantir que a detenção evite uma maior marginalização das pessoas motivada pela orientação sexual ou identidade de gênero, expondo-as a risco de violência, maus-tratos ou abusos físicos, mentais ou sexuais; b) Fornecer acesso adequado à atenção médica [...], reconhecendo qualquer necessidade especial relacionada à orientação sexual ou identidade de gênero, inclusive [...] acesso à terapia hormonal ou outro tipo de terapia, assim como a tratamentos de reassignação de sexo/gênero, quando desejado; [...] d) Implantar medidas de proteção para todos os presos e presas vulneráveis à violência ou abuso por causa de sua orientação sexual, identidade ou expressão de gênero e assegurar, tanto quanto seja razoavelmente praticável, que essas medidas de proteção não impliquem maior restrição a seus direitos do que aquelas que já atingem a população prisional em geral; [...]. (CORRÊA e MUNTARBHORN, 2006, p.19, on-line)

A carta principiológica acima referida, apesar de não constituir, no Brasil, norma jurídica interna em sentido estrito – posto que não editada pelo Poder Legislativo –, tampouco possuir a natureza de tratado internacional, traduz, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal “recomendações dirigidas aos Estados nacionais [...] sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero” (BRASIL, 2011, on-line).

Ainda que passada mais de uma década da publicação dos Princípios de Yogyakarta, o legislador nacional manteve-se inerte quanto à necessária evolução da

disciplina legislativa relativa à população LGBT privada de liberdade. Não fez muito mais que isso o Poder Executivo, o qual, no exercício de sua competência administrativo-normativa, definiu diretrizes e metas que, de tão tímidas e genéricas, são ineficientes e inaplicáveis – apesar de existirem e serem válidas –, já que não estabelecem, por parte da administração do sistema prisional, deveres de conduta e tratamento exigíveis pela população LGBT privada de liberdade.

Dito isso, vale trazer o que dispõem, especificamente no tema, as normas administrativas, *verbis*:

Art. 4º Constituem-se diretrizes da PNAISP: [...] IV - respeito à diversidade étnico-racial, às limitações e às necessidades físicas e mentais especiais, às condições econômico-sociais, às práticas e concepções culturais e religiosas, ao gênero, à orientação sexual e à identidade de gênero; (BRASIL, 2014c)

Art. 2º - São diretrizes da PNAMPE: [...] V - fomento à adoção de normas e procedimentos adequados às especificidades das mulheres no que tange a gênero, idade, etnia, cor ou raça, sexualidade, orientação sexual, nacionalidade, escolaridade, maternidade, religiosidade, deficiências física e mental e outros aspectos relevantes; (BRASIL, 2014b)

Art. 4º - São metas da PNAMPE: [...] II - incentivo aos órgãos estaduais de administração prisional para que promovam a efetivação dos direitos fundamentais no âmbito dos estabelecimentos prisionais, levando em conta as peculiaridades relacionadas a gênero, cor ou etnia, orientação; (BRASIL, 2014b)

Contudo, em 15 de abril de 2014, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP – e o Conselho Nacional de Combate à Discriminação – CNCD/LGBT – editaram a Resolução Conjunta n.º 1, objetivando “Estabelecer os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil” (BRASIL, 2014d, on-line).

Nesse sentido, declarou o direito de essa categoria vulnerável ser chamada por seu nome social, que será, inclusive, objeto de registro no estabelecimento penal; determinou o oferecimento de espaços de vivência específicos – excluídos para tal finalidade os espaços destinados à aplicação de medidas disciplinares; garantiu às mulheres transexuais tratamento isonômico ao das demais mulheres recolhidas, bem como a faculdade de usar roupas, estilo de cabelo e demais caracteres secundários compatíveis com seu gênero de identificação. Merece, ainda, destaque a garantia de atenção integral à saúde – abrangendo a manutenção do tratamento hormonal – e a garantia de acesso à formação educacional e profissional.

Esse documento, inequivocamente, representou a correta observância da legislação e significativo avanço no reconhecimento de direitos dos LGBT privados

de liberdade, uma vez que, na forma do artigo 38, do Código Penal, “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral” (BRASIL, 2018a, p.367).

Porém, absolutamente criticável é o disposto no artigo 4º da Resolução ora examinada, na medida em que estabelece que “As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas”, ignorando, por óbvio, a realidade existente no cárcere, seja relativamente à homofobia por parte das demais detentas – que avaliam a sexualidade não heterossexual como desvio de caráter, seja em razão de práticas de dominação por parte daquele que, possuindo características masculinas, impõe-se perante as detentas mais fragilizadas.

Portanto – em razão dos reclamos sociais que exigem a efetivação dos direitos (humanos) de categoria especialmente vulnerável –, impõe-se às autoridades estatais – de quaisquer Poderes instituídos –, aos intérpretes e aos aplicadores do Direito, a adoção de práticas que, embora, eventualmente, não expressamente previstas no ordenamento jurídico, observem e deem concretude aos valores mais caros e centrais do Estado – sedizente – democrático de direito, tendo como pano de fundo o denominado “efeito *cliquet*”<sup>8</sup> dos Direitos Humanos, os quais, por natureza, são irrevogáveis e irrenunciáveis.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Preliminarmente, o presente artigo buscou apresentar, em linhas gerais, a situação de vulnerabilidade experimentada pela população LGBT, sobretudo quando privadas de liberdade. Destacou o desarranjo existente no sistema carcerário como elemento inviabilizante da concretização dos direitos humanos dessa categoria de indivíduos.

Para isso, mostrou-se necessário o destaque de acontecimentos que ilustram o histórico de intolerância e violência sofrida por LGBT – sobretudo travestis e transgênero –, cujo agente causador se integrava às estruturas estatais. Destacou-

---

<sup>8</sup> “efeito cliquet” dos direitos humanos significa que os direitos não podem retroagir, só podendo avançar na proteção dos indivíduos. Significa que é inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios. (CANOTILHO, 2002, p. 336)

se, igualmente, a acanhada evolução do tratamento dessa população por parte dos Poderes constituídos, o qual, apesar de declarar direitos há muito reconhecidos em âmbito internacional, ainda representa um sistema de dominação, violando-lhes os mais básicos direitos fundamentais de que são titulares pelo simples fatos de sua natureza humana.

Sobre o assunto, a pesquisa apresentou, ainda, a falta de homogeneidade acerca do tratamento dessa população que, exposta à violência de diversos matizes, vê-se privada de liberdade em ambientes absolutamente despreparados para acolhê-la, não obstante sua guarda e preservação de sua integridade física e psíquica seja de responsabilidade do principal agente causador dessa violência – o Estado.

Constatada essa realidade, foram apresentadas as principais normas aplicáveis, direta ou indiretamente, aos LGBT privados de sua liberdade. Diante disso, destacaram-se os valores e regras internacionais e nacionais que disciplinam as questões atinentes às identidades de gênero no interior do cárcere. Assim, ressaltou-se a edição de atos administrativos normativos, que buscaram, diante da omissão legislativa, disciplinar, sem muito sucesso, as questões atinentes à identificação de gêneros no sistema prisional brasileiro.

Certo de que essas normas não disciplinam de forma exaustiva a temática, o presente artigo, igualmente, não se propôs a fazê-lo, em razão do limitado espaço para a exposição da temática.

Por fim, considerando as omissões normativas acerca da matéria, bem como a impropriedade de certas medidas tidas como salutares pelo Estado – as quais, em verdade, consolidam o sistema de dominação e de violência estrutural –, o texto concluiu que é indispensável a atuação proativa dos operadores do Direito e, em especial, da Defensoria Pública, como forma de concretizar os Direitos Humanos de população reconhecidamente vulnerável – os LGBT privados de liberdade –, dando-lhe voz.

## 6 REFERÊNCIAS

ALCORÃO. Português. **O Nobre Alcorão**. Tradução de Dr. Helmi Nasr. São Paulo: Complexo do Rei Fahd, [19--]

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p. 117

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução por João Ferreira de Almeida. 25. ed. rev. Barueri-SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 2008.

BRASIL. **Código Penal**, de 1940. . In: Vade mecum acadêmico de direito rideel. 26.ed. São Paulo: Rideel, 2018a. p.339 – 394.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Série tratados internacionais de direitos humanos. **Regras de bangkok**: Regras das nações unidas para o tratamento de mulheres Presas e medidas não privativas de liberdade para Mulheres infratoras. 1.ed. Brasília, 2016a.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Departamento penitenciário nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN**. Brasília, 2014a.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Departamento penitenciário nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN**. Brasília, 2016b.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. **Portaria Interministerial nº 210**. Institui a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional, e dá outras providências. Brasília, 2 de jan. de 2014b.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Portaria Interministerial nº 1**. Institui a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília, 2 de jan. de 2014c.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Conselho nacional de política criminal e penitenciária e conselho nacional de combate à discriminação. **Resolução Conjunta nº 1, Brasília**, 15 abr. 2014d. Disponível em: <[http://justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/diversidades/normativos-2/resolucao-conjunta-no-1-cnpc-e-cncc-\\_lgbt-15-de-abril-de-2014.pdf](http://justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/diversidades/normativos-2/resolucao-conjunta-no-1-cnpc-e-cncc-_lgbt-15-de-abril-de-2014.pdf)>. Acesso em: 04 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **A constituição e o supremo**. Brasília, [2018b] Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275**. Procuradora-Geral da República e Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 1 mar. 2018c. Informativo de Jurisprudência do STF. n. 892. Brasília, 26 fev. a 02 mar. 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo892.htm>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 477.554**. Edson Vander de Souza e Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - IPSEMG. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 1 jul. 2011. Informativo de Jurisprudência do STF. n. 635. Brasília. 08 a 12 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo635.htm>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Secretaria especial de direitos humanos. **Anais da Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais - GLBT**. Direitos humanos e políticas públicas: o caminho para garantir a cidadania. Brasília, de 5 a 8 de junho de 2008. Disponível em: <[https://www.unodc.org/pdf/criminal\\_justice/Handbook\\_on\\_Prisoners\\_with\\_Special\\_Needs.pdf](https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Handbook_on_Prisoners_with_Special_Needs.pdf)>. Acesso em: 05 abr. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CORRÊA, Sonia Onufer e MUNTARBHORN, Vitit. (orgs.). **Princípios de Yogyakarta**: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Yogyakarta, 2006. Disponível em: <[http://www.clam.org.br/pdf/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf)>. Acesso em: 03 abr. 2018.

GALTUNG, Johan. **Violence, Peace, and Peace Research**. Journal of Peace Research, Vol. 6, No. 3 (1969), pp. 173. acessado pelo site: <http://www.jstor.org/stable/422690>, em 29/03/2018, 22:30h

GONÇALVES, Antônio Custódio. **A simbolização da violência social**. Revista da Faculdade de Letras – Geografia, I série, vol. I, Porto, 1985.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. s.ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed. 1991.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. violência social sob a perspectiva da saúde pública. in: **Caderno de Saúde Pública**. Rio de Janeiro: 10 (supl. 1), 1994.

PAIVA, Juliana Medeiros. **Postulados e Princípios para a Política Nacional de Diversidades no Sistema Penal**. S/.ed. Brasília, 2016

ROSSI, Amanda: **'Monstro, prostituta, bichinha': como a Justiça condenou a 1ª cirurgia de mudança de sexo do Brasil e sentenciou médico à prisão**. BBC Brasil, São Paulo, 28 mar. 2018. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/geral-43561187>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

SANTOS, André Leonardo Copetti. LUCAS, Douglas Cesar. **A (in)diferença no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6.ed.rev.atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. 2 ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.





# AS FACES DA DISCRIMINAÇÃO: A (DES)IGUALDADE NA ATRIBUIÇÃO DE CRITÉRIOS PARA O RECONHECIMENTO DO STATUS FAMILIAR EM UNIÕES HOMOSSEXUAIS<sup>1</sup>

Cynthia Barcelos dos Santos<sup>2</sup>  
Marina Nogueira Almeida<sup>3</sup>

**RESUMO:** Este artigo destina-se à análise de caso do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em que se discute o direito ao reconhecimento da união familiar por homossexuais. O estudo avalia se a imposição aos casais homossexuais dos mesmos critérios exigidos aos casais heterossexuais para o reconhecimento do *status* familiar pode se constituir, em si, uma discriminação. Com histórico do processo do reconhecimento da união homossexual como família e a partir da doutrina da antidiscriminação, presta-se análise de caso que equipara homossexuais aos padrões heterossexuais, mostrando antidiferenciação como mais um meio de discriminação institucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** União entre pessoas do mesmo sexo. Antidiscriminação. Antidiferenciação. Anti-subordinação. Assimilacionismo.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Breve histórico da evolução jurisprudencial do reconhecimento judicial das uniões homossexuais. 3 A antidiscriminação como antidiferenciação e como anti-subordinação e o preconceito institucional. 4 O julgado paradigma sob a perspectiva estadunidense da antidiscriminação no caso de reconhecimento de relações homossexuais. 5 Considerações finais. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Quando se fala em discriminação, é comum e recorrente o pensamento que determina que a aplicação idêntica de regras aos diferentes grupos oprimidos seja suficiente para suprimi-la. A lógica é que o mesmo tratamento não pode importar em discriminação porque, se todos são iguais perante a lei, todos devem ser tratados da

<sup>1</sup> Artigo apresentado e publicado no Conpedi-Poa, em 2018. Disponível em <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/34q12098/193id1bd/Z38wt4Si7D850KZ2.pdf>

<sup>2</sup> Mestranda em Direitos Humanos – ênfase em Direitos Humanos – no Centro Universitário Ritter dos Reis. Servidora Pública.

<sup>3</sup> Mestranda em Direitos Humanos – ênfase em Direitos Humanos – no Centro Universitário Ritter dos Reis. Advogada

mesma forma. Contudo, a cegueira aos sistemas de opressão a que sofrem as pessoas marcadas socialmente pela diferença – como mulheres, negros, população LGBTQ, grupos étnicos minoritários – acaba por, de forma contraditória, fazer com que o tratamento da igualdade seja um dos meios de oprimir pessoas e grupos.

O problema que se impõe à presente pesquisa é: aplicar as mesmas regras para o reconhecimento do *status* familiar a casais heterossexuais e homossexuais<sup>4</sup> é discriminatório? O estudo se dará pelo método dedutivo, com base na doutrina da antidiscriminação em cotejo com um caso que debatia o reconhecimento de união entre pessoas do mesmo sexo, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS).

O estudo tem início com um breve histórico da evolução jurisprudencial do reconhecimento judicial das uniões homossexuais, que culminou com a exclusão de interpretação dos textos legais que impedisse o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como família. A seguir é realizada análise do desenvolvimento doutrinário – notadamente na doutrina estadunidense – do direito da antidiscriminação, explorando os conceitos de antidiferenciação e de anti-subordinação. Por fim, há investigação dos critérios adotados na decisão judicial do TJRS, a fim de se aferir se ela parte da visão antidiferenciadora ou anti-subordinatória.

O julgado foi escolhido justamente por aplicar, de forma idêntica, as regras do reconhecimento de união estável de casal heterossexual para negar a casal homossexual o mesmo direito. Ao longo do texto, discorre-se sobre as desigualdades decorrentes da aplicação da igualdade simétrica, na medida em que esta contribuiu para a perpetuação da discriminação indireta em razão da orientação sexual. Pela doutrina da antidiscriminação, busca-se explorar perspectiva de tratamento especial em razão da especificidade de um indivíduo ou um grupo, com especial atenção à antidiferenciação e anti-subordinação, concepções que podem produzir efeitos diametralmente opostos quando se busca aplicar a doutrina da antidiscriminação para, de fato, reduzir, mitigar ou afastar a discriminação de uma pessoa ou de um grupo.

Intenta-se, pois, problematizar a adoção de um modelo único e

---

<sup>4</sup> Embora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul utilize o vocábulo “homoafetivo”, utilizaremos o termo “homossexual” quando referirmos questões ligadas à orientação sexual. Isso porque entendemos que o neologismo suaviza ou esconde a prática homossexual, reforçando caráter pejorativo e discriminatório.

heteronormativo como padrão de relação familiar, abdicando da exploração do universo de arranjos familiares possíveis, conduzindo as uniões entre pessoas do mesmo sexo à assimilação heteronormativa. A crítica que se faz é à igualdade universalista-assimilacionista, que desconsidera as diferenças e peculiaridades dos grupos discriminados e produz, assim, um tratamento de igualdade discriminatória, incapaz de atingir a equidade.

## **2 BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO RECONHECIMENTO JUDICIAL DAS UNIÕES HOMOSSEXUAIS.**

O reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo tem percorrido longo caminho legislativo<sup>5</sup>, pois a sociedade excludente depositou na legislação aquilo que parecia ser a sua própria identidade (FACHIN, 1996). Os direitos fundamentais, tais como liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, não cumpriram o papel de molas propulsoras para a inclusão do tema na pauta legislativa. Ademais, em se tratando de assunto afeito a minorias estigmatizadas, as robustas bancadas religiosas - mesmo que vivamos em um Estado laico - e o conservador Poder Legislativo mantêm a questão presa nos armários do Congresso Nacional. Nesse cenário, o caráter familiar das relações homossexuais veio pela via judicial<sup>6</sup>.

De início, as ações que visavam o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo esbarravam na possibilidade jurídica do pedido. A falta de proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo nunca foi entendida pela doutrina como motivação para o reconhecimento jurídico das relações homossexuais. Ao contrário, era tão óbvia a necessidade de diversidade de sexo como pressuposto para o matrimônio que sequer era exigida menção expressa legislativa (SARMENTO, 2007). Dessa forma, em todas as searas e instâncias era negado o acesso dos homossexuais à Justiça sob fundamento de ser impossível reconhecer como família a união entre pessoas do mesmo sexo.

---

<sup>5</sup> O Projeto de Lei Substitutivo nº 612/2011, de autoria do Deputado Roberto Requião (MDB-PR) e substitutivo ao Projeto de Lei nº 1.151, de 1995, de autoria da ex-deputada Marta Suplicy, que visa regular a “união civil entre pessoas do mesmo sexo”, foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados, em maio de 2017, vinte e dois anos depois de sua proposta original, sem previsão, contudo, de inclusão em pauta. O Projeto de Lei nº 5.120/2013, de autoria do deputado Jean Wyllys e da deputada Érika Kokay, apensado ao PL 580/2007, de Clodovil Hernandez, aguarda encaminhamento às comissões legislativas, sem perspectiva de trâmite.

<sup>6</sup> ADPF 132 e ADI 4.277

A atuação de movimentos sociais baseada na questão da identidade exerceu papel central na evolução do constitucionalismo contemporâneo, contribuindo com a modificação do entendimento da igualdade no mundo moderno (MOREIRA, 2017). A barreira de acesso à justiça passou a ceder em 1996, quando o então Juiz Federal gaúcho Roger Raupp Rios começou a reescrever a história dos direitos homossexuais brasileiros ao julgar parcialmente procedente o pedido da ação ajuizada com o escopo de determinar a inclusão de companheiro do mesmo sexo em plano saúde federal para tratamento da Aids<sup>7</sup>.

A Aids, importa sublinhar, pode ter sido fomentadora do reconhecimento legal das uniões homossexuais que vitimava companheiros, pois sem o reconhecimento do *status* familiar da relação lhes era dificultado ou aliado o direito de participar das decisões nos tratamentos dos parceiros, nos acompanhamentos hospitalares, nas decisões médicas, e nas demais etapas do tratamento. Entre outras humilhações, casais com Aids experimentaram a diminuição na renda familiar ao arcarem com tratamentos de saúde e, em caso de morte, como regra, eram excluídos da divisão do patrimônio e do direito à moradia ao sobrevivente no imóvel que servia como residência do casal. A Aids também trouxe outro efeito aos relacionamentos homossexuais: a adoção de relações estáveis e monogâmicas como meio de autoproteção à contaminação, reforçando a forte demanda por reconhecimento legal destas uniões (GROSSI, 2003).

A evolução do reconhecimento jurídico das uniões homossexuais pode ser sintetizada como a evolução do reconhecimento dos direitos patrimoniais, em que se aproveitou a complexa jurisprudência brasileira sobre as uniões concubinárias heterossexuais. Em retrospectiva, não seria equivocados aduzir célere e positiva a resposta do Poder Judiciário. Afinal, mesmo sem a aplicação do conceito de família, ainda no século passado foi garantido aos homossexuais o direito de ressarcimento compatível com a contribuição financeira para a construção do patrimônio, tal qual nas entidades comerciais, motivo pelo qual tais relações foram popularizadas como parcerias e sociedade de fato (MOREIRA, 2010).

Foi nesse cenário que os pedidos de reconhecimento jurídico das relações homossexuais passaram a ser tão frequentes a ponto de fazerem ceder as portas do Judiciário. A lacuna na legislação quanto aos direitos e obrigações decorrentes de uniões entre pessoas do mesmo sexo ensejou a aplicação da analogia com a

---

<sup>7</sup> Trata-se da ação ordinária nº 96.0002030-2, com sentença prolatada em 9/7/1996.

denominada união estável, figura jurídica já permitida aos heterossexuais<sup>8</sup>, bem como com as parcerias comerciais. Inicialmente, todavia, devido ao estigma preconceituoso do que se postulava, as demandas tramitaram em varas comuns e não em varas especializadas do Direito de Família.

Os óbices culturais se apresentavam por meio da técnica jurídica. Vencer a impossibilidade jurídica do pedido foi uma conquista significativa, porém, ainda não garantia o direito de habitação da pessoa sobrevivente, o direito de participação nas decisões médicas relacionadas à saúde de quem demandava tais cuidados, o direito à dependência em clubes e planos de saúde, entre outras circunstâncias que extrapolavam o direito societário e se aproximam do Direito de Família. Fato é que a ausência do *status* familiar despojava aqueles que mantinham relacionamento homossexual, situação que passou a ser mitigada em junho de 1999<sup>9</sup>, quando proferida a primeira decisão do Tribunal de Justiça gaúcho guindando as relações homossexuais à condição de família na acepção jurídica do termo.

A jurisprudência não tem caráter vinculante, mas o julgamento da Corte gaúcha forneceu um novo olhar sobre o tema, fomentando pleitos e acarretando decisões de outros Tribunais, como demonstra a pesquisa de Thiago Coacci (2014), que contabiliza 38 recursos relativos ao tema 'homossexualidade' julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal no intervalo compreendido entre 1998 e 2012. Dentre os recursos julgados pelos Tribunais Superiores, as regiões Sul e Sudeste do país figuraram entre as que mais enviaram casos, sendo o Rio Grande do Sul o líder nas ações onde eram debatidos os direitos sexuais para pessoas homossexuais (COACCI, 2014).

A sociedade e o Judiciário gaúcho rapidamente assimilaram o novo formato familiar que nasceu no fim do século XX, até que, em 2002, a redação do art. 1.723, do novo Código Civil, reacendeu o debate da dualidade de sexos ao definir como *entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*. A expressão 'homem e mulher' abasteceu aqueles que tinham dificuldades em entender as relações entre pessoas do mesmo sexo como formadoras de família, causando retrocesso nos reconhecimentos de tais relações

---

<sup>8</sup> Veja-se o Recurso Especial n. 395904/RS.

<sup>9</sup> Agravo de Instrumento n° 599075496, 8ª Câmara Cível, relator: Des. Breno Moreira Mussi, julgado em 17/06/1999

como uniões estáveis e fomentando fundamentação preconceituosa nos julgados<sup>10</sup>.

Nesse ambiente de insegurança jurídica foi proposta a Ação de Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental (ADPF), cadastrada sob o nº 132, pelo então governador do estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, em fevereiro de 2008, com o escopo de adequar a interpretação que então era dada ao Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro à Constituição Federal, na medida em que implicava redução de direitos a pessoas de preferência ou concreta orientação homossexual.

Em 5 de maio de 2011, o STF julgou a questão - à unanimidade e em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277<sup>11</sup>, (BRASIL, 2011), para excluir dos textos legais significado que impedisse o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Em decorrência do julgamento do STF, o Conselho Nacional de Justiça, em 14 de maio de 2013, aprovou Resolução Normativa nº 175, apresentada pelo ministro Joaquim Barbosa, que vedava aos responsáveis pelos cartórios recusa da *habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo* (BRASIL, 2013), pois a decisão do STF não era observada por todos os ofícios públicos do país.

O reconhecimento de uniões entre pessoas do mesmo sexo a partir do

---

<sup>10</sup> Veja-se, por exemplo, trecho do julgamento da AC nº 70009888017, do TJRS, julgada em abril de 2005: “[...] As relações entretidas por homossexuais, no entanto, não se assemelham a um casamento nem a uma união estável, pois estas são formas pelas quais se constitui um núcleo familiar e, por essa razão são merecedoras da especial proteção do estado. Mas, ainda assim, merecem tutela jurídica, na medida em que o par pode constituir uma sociedade de fato. No caso sub judice, porém, o pedido não é de reconhecimento de sociedade de fato, mas de declaração de união estável, que é entidade familiar. Ora, a família é um fenômeno natural e que prescinde de toda e qualquer convenção formal ou social, embora não se possa ignorar que foram as exigências da própria natureza e da própria sociedade acatando os apelos naturais, que se encarregou de delinear e formatar esse ente social que é a base da estrutura de toda e qualquer sociedade organizada. Toda e qualquer noção de família passa, necessariamente, pela idéia de uma prole, e foi a partir dessa noção que se estruturou progressivamente esse grupamento social, em todos os povos e em todas as épocas da história da humanidade. Aliás, foi a busca da paternidade certa que fez com que se passasse a ter o homem como o centro da família e passasse a ser abominado o relacionamento poliândrico. A sociedade foi evoluindo até chegar à monogamia, como ocorre no mundo moderno e, particularmente, no mundo ocidental. Mas a estruturação da família focalizou sempre a noção de homem, mulher e prole e acompanham o próprio desenvolvimento social, cultural, e econômico de cada povo.

A idéia da família sempre esteve voltada para caracterização de um ambiente ético por excelência, onde a função procriativa pudesse se exercitar e a prole encontrar espaço para se desenvolver de forma natural e segura.” [...]

<sup>11</sup> A ADI 4277 questionava a constitucionalidade do art. 1.723 do Código Civil, distribuída em julho de 2009.

protagonismo do Poder Judiciário é uma tendência mundial, porquanto o preconceito presente nas instâncias de representação popular só encontra resistência na posição contramajoritária das cortes judiciais (SARMENTO, 2007). No Brasil, o julgamento da ADPF 132 foi um marco transformador dos direitos homossexuais. Contudo, por si, não foi capaz de promover a igual dignidade entre homens e mulheres que se relacionam com pessoas do mesmo sexo, como se verá a seguir. Afinal, segundo Adilson Moreira (2017, p. 2), “as disparidades sociais são produto da circulação de estigmas culturais que legitimam práticas discriminatórias, razão pela qual certos grupos permanecem em uma posição de desvantagem permanente”.

### **3 A ANTIDISCRIMINAÇÃO COMO ANTIDIFERENCIAÇÃO E COMO ANTI-SUBORDINAÇÃO E O PRECONCEITO INSTITUCIONAL**

A liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza, a inviolabilidade da intimidade e a vida privada constituem a base jurídica para construção do direito a orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana e imprescindível para uma sociedade livre, justa e solidária. Todavia, mesmo sob o manto dos direitos fundamentais, o sistema jurídico pode ser de exclusão, porque é ele quem define a moldura dos titulares de direitos e deveres, dificultando a inclusão de minorias por razões preconceituosas e estigmatizantes dos valores dominantes (FACHIN, 1996).

A igualdade exige avaliação de como grupo tem sido tratado, enquanto a liberdade se concentra na interferência do governo em relação as escolhas individuais. A liberdade é que pode levar à igualdade, pois as sociedades plurais aceitam as diferenças e os diferentes, enriquecendo-se com uma pluralidade. Nesse passo, pouco importa categorizar as normas como igualitárias ou não, porque o crucial é que ela não discrimine aqueles que compartilham características relevantes. Por esse viés, a sexualidade pode ser relevante. Não é relevante, todavia, as dessemelhanças entre casais homo e heterossexuais que justifique tratamento diferente. Assim sendo, a dependência da igualdade desmente a noção de que igualdade seria um padrão constitucional autônomo. A rigor, a igualdade impõe a avaliação da situação ou contexto político disputado, restringindo a discricionariedade de quem a ministra (BALL, 2011).

Diametralmente oposta à complexidade exigida quando da aplicação da



igualdade é a conclusão de que a exclusão gera desigualdades. Fácil compreender que dentre os efeitos nefastos da sociedade não igual estão o fomento da discriminação e do preconceito. Na lição de Rios (2007), a partir de uma abordagem psicológica do preconceito, não é a discriminação que é produzida pela diferença e por ela precedida; ao contrário, a discriminação é que atribui um certo significado negativo e institui a diferença:

Preconceito é o termo utilizado, de modo geral, para indicar a existência de percepções negativas por parte de indivíduos e grupos, onde estes expressam, de diferentes maneiras e intensidades, juízos desfavoráveis em face de outros indivíduos e grupos, dado o pertencimento ou a identificação destes a uma categoria tida como inferior. [...] (RIOS, 2007, 28)

Nas palavras de Elizabeth Jelin (1994, 124), “o direito não consegue resolver o significado da igualdade para aqueles definidos como diferentes pela sociedade”. Assim, o direito preocupa-se em assegurar a igualdade, mas definindo a igualdade em termos de ser visto da mesma forma, o que pode levar a desconsiderar ou negar elementos relevantes indicativos das diferenças sociais (JELIN, 1994). A famosa expressão da igualdade perante a lei, presente no ordenamento jurídico brasileiro no art. 5º da Constituição Federal - CRFB/88, em que pese tenha papel relevante na luta da antidiscriminação, não pode ser vista como uma forma de igualar as pessoas formalmente, porque a igualdade formal pode ser uma forma de discriminação material.

A ênfase na norma da igualdade reforça uma concepção baseada no direito universal natural reafirma que todos os seres humanos são iguais **por natureza**. É eficaz politicamente enquanto permite combater certas formas de discriminação, afirmar a individualidade e por limites ao poder. Entretanto, o reverso da realidade social impõe-se: os indivíduos não são todos iguais e, em última instância, ocultar ou negar as diferenças serve para perpetuar o subentendido de que há duas categorias de pessoas essencialmente distintas, as normais e as diferentes (que significa sempre inferiores). (JELIN, 1994, 125) [grifos no original]

A palavra discriminação aparece no direito internacional dos direitos humanos e conseqüentemente foi positivada no direito brasileiro, notadamente, em duas convenções: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Ambas convenções dedicam seus artigos primeiros à definição da discriminação<sup>12</sup>. Partindo-se destes parâmetros para um

<sup>12</sup> O art. 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial possui a

conceito jurídico de discriminação, define-se esta como sendo a distinção, exclusão, ou restrição, com base em algum marcador social da diferença (destacando-se gênero, raça e classe socioeconômica), que tenha por objeto ou resultado o prejuízo ao reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condição, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais pela pessoa vítima do ato ou da omissão discriminatória. Nota-se que a discriminação tem, pois, um caráter negativo, não se confundindo com a diferenciação – termo utilizado para distinções consideradas legítimas. É especificamente o que determina o item 4 do art. I da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, que excluiu do conceito de discriminação racial as medidas cujo objetivo seja justamente assegurar o progresso de grupos raciais ou étnicos e de indivíduos que necessitem de proteção adicional para o gozo dos direitos humanos e das liberdades individuais. A Convenção ressalva, ainda, que tais medidas não podem ter, como consequência, a manutenção da separação, numa clara alusão à política de “separados, mas iguais<sup>13</sup>”, do direito estadunidense.

---

seguinte redação: “Artigo I 1. Nesta Convenção, a expressão “discriminação racial” significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública. 2. Esta Convenção não se aplicará às distinções, exclusões, restrições e preferências feitas por um Estado Parte nesta Convenção entre cidadãos e não cidadãos. 3. Nada nesta Convenção poderá ser interpretado como afetando as disposições legais dos Estados Partes, relativas a nacionalidade, cidadania e naturalização, desde que tais disposições não discriminem contra qualquer nacionalidade particular. 4. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.” (BRASIL, 1969). Já o art. 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher possui a seguinte redação: Artigo 1º Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.” (BRASIL, 2002)

<sup>13</sup> A doutrina ‘separados, mas iguais’ decorreu do julgamento do caso Plessy vs. Ferguson, que estabeleceu que os serviços públicos poderiam ser segregados por critério de raça, desde que fossem iguais em qualidade. O caso foi julgado em 1896, a partir de uma lei da Louisiana que determinou que o estado poderia prover acomodações diferentes para negros e brancos em transportes públicos. A opinião majoritária, escrita pelo Ministro Henry Billings Brown entendeu que esse tipo de lei não ofenderia a 13ª emenda (que proibia a escravidão) e nem tampouco a 14ª emenda (que previa a igualdade de direitos). A 13ª emenda não fora violada pela lei questionada, segundo os julgadores, porque não reestabelecia a escravidão. Por sua vez, a 14ª emenda, na visão majoritária da Suprema Corte, porque o objetivo desta emenda era a igualdade legal, e não nenhum outro tipo de igualdade, como a social. O ministro John Marshall Harlan representou o único voto dissidente, afirmando que o propósito da lei era tratar de forma diversa brancos e negros,

A discriminação pode ocorrer de forma direta e indireta, sendo aquela a discriminação consciente e intencional, enquanto esta se apresenta na forma de medidas aparentemente neutras, mas que na prática reproduzem e reforçam a discriminação ao longo do tempo. A proibição da discriminação não inclui os chamados tratamentos positivos diferenciados – uma forma de diferenciação positiva, seja pelas ações afirmativas ou pela instituição de tratamento especial requerido em razão da especificidade de um indivíduo ou um grupo (RIOS, 2008).

Constitucionalmente, a proibição da discriminação aparece como objetivo fundamental do Estado Brasileiro, em seu art. 3º, IV<sup>14</sup>. Ao mesmo tempo, a igualdade é direito fundamental estabelecido no caput do art. 5º, que determina que “todos são iguais perante a lei” (BRASIL, 1988). No âmbito infraconstitucional, diversos estatutos regulam condições de diferença, como o Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010), o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003) e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de 6 julho de 2015). Todos esses estatutos destacam, expressa ou implicitamente, em suas disposições preliminares, o seu papel enquanto instrumento para conferir a igualdade e afastar as mais diversas formas de discriminação<sup>15</sup>.

Ao falar em discriminação e antidiscriminação, Roger Raupp Rios (2008), destaca duas perspectivas de trabalho, a perspectiva da antidiferenciação e a perspectiva da anti-subordinação. A primeira tem por objetivo a neutralidade das medidas, rechaçando tratamentos diferenciados, ainda que sejam benéficos ao

---

pressupondo a inferioridade destes. Em famoso trecho, afirmou que “A nossa constituição é cega à cor, e não conhece nem tolera classes entre os cidadãos. Em respeito aos direitos civis, todos os cidadãos são iguais perante a lei. O mais humilde é colega do mais poderosos. A lei refere-se aos homens enquanto homens, e não considera os fatores de sua cor quando os direitos civis garantidos pela lei suprema estão envolvidos.” [tradução livre]. O julgado está disponível online. (US SUPREME COURT, 1869). O caso começou a ser superado jurisprudencialmente no julgamento de *Brown vs Board of Education*, de 1954, no qual foi declarada inconstitucional a separação de brancos e negros em escolas públicas. (US SUPREME COURT, 1954)

<sup>14</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL 1988)

<sup>15</sup> Veja-se que o art. 1º do Estatuto da Igualdade Racial afirma que esta lei é destinada “a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica” (BRASIL, 2010) O art. 4º do Estatuto do Idoso estabelece que “nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei” (BRASIL, 2003). O art. 4º do Estatuto da Pessoa com Deficiência está contido no capítulo II, cujo título é “Da Igualdade e da Não Discriminação” e determina que “toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação” (BRASIL, 2015)

grupo discriminado. Destaca-se, como vantagens dessa perspectiva, o fato de que ela aplica de forma mais simétrica o princípio da igualdade, de modo que se harmoniza à técnica jurídica, incluindo-se princípios como o da imparcialidade, da objetividade e da universalidade das normas e das medidas (RIOS, 2008). A antidiferenciação advoga pela “cegueira institucional” em relação à raça, ao gênero, à orientação sexual e aos outros aspectos discriminatórios, e frequentemente critica as ações afirmativas que se direcionam a grupos específicos (COLKER, 1986). Essa perspectiva mostra-se insuficiente, porque não endereça adequadamente o tratamento das diferenças, notadamente aquelas que merecem tratamento específico (RIOS, 2008). Portanto, ainda que a perspectiva da antidiferenciação possa se mostrar adequada em algumas hipóteses concretas, para fins deste artigo, que estuda a discriminação perpetrada contra os homossexuais, a perspectiva da anti-subordinação é mais adequada.

A anti-subordinação pode ser definida como perspectiva que tem por centro o esforço de compreender as dinâmicas das estruturas de poder e dos sistemas de opressão socioeconômica e política dentro dos grupos (FINLEY, 1996). Nesta perspectiva, reprovam-se situações que subordinem pessoas ou grupo de pessoas, ainda que não sejam intencionais, de modo que se admite tratamentos diferenciados que objetivem superar as situações discriminatórias (RIOS, 2008). Essa abordagem busca a eliminação das disparidades entre héteros e homossexuais, entre homens e mulheres, entre brancos e não brancos, por meio do desenvolvimento institucional de leis e de políticas públicas que reparem ou compensem a discriminação sofrida (COLKER, 1986):

Contrastando com a abordagem da antidiferenciação, a perspectiva da anti-subordinação é uma perspectiva baseada em grupos, em dois aspectos. Primeiro, ela foca no papel da sociedade na criação da subordinação. Segundo, ela foca no modo no qual a subordinação afeta, ou tem afetado, grupos de pessoas (COLKER, 1986, 1008-1009).<sup>16</sup>

A perspectiva da anti-subordinação permite que o direito da antidiscriminação pautem-se por parâmetros assimétricos, com foco no contexto social, porquanto, sob a aparente igualdade formal, pode-se incorrer em discriminações e ofensa à igualdade (RIOS, 2008):

---

<sup>16</sup> Tradução livre de “In contrast to the anti-differentiation approach, the anti-subordination perspective is a group-based perspective, in two ways. First, it focuses on society’s role in creating subordination. Second, it focuses on the way in which this subordination affects, or has affected, groups of people”.

Em suma, a preocupação central da perspectiva da anti-subordinação é se as medidas consideradas colaboram ou não para a perpetuação ou o agravamento da condição de subordinação de certos grupos em desvantagem social. Deste modo, nem todas as medidas que atingem tais grupos seriam discriminatórias (como, por exemplo, geralmente admite-se na hipótese de legislação de imposto de renda proporcional ou progressivo), mas somente aquelas que agravam ou perpetuam tal condição de subordinação. Nesta linha, o princípio da antidiscriminação não reprovava a segregação racial porque ela viola um princípio abstrato de mesmo tratamento igual a todas as raças, mas sim porque atua no sentido da subordinação racial. (RIOS, 2008, 39)

Ao tratar da constitucionalidade da existência de escolas exclusivamente masculinas nos Estados Unidos, Lucinda Finley compara o posicionamento das cortes estadunidenses com a doutrina adotada no julgamento de *Plessy v. Ferguson*, dos “separados, mas iguais”, que já não parece mais ser explicitamente tolerada na discriminação de raça, mas que ainda aparece com força na discriminação de gênero, em razão do essencialismo que baseia essa fundamentação (FINLEY, 1996). Define-se essencialismo de raça ou de gênero ou de orientação sexual como a atribuição do fundamento da diferenciação cultural, política e social à biologia. Logo, a constatação de uma separação justifica-se porque a natureza a torna inevitável (FINLEY, 1996). Assim, “as estruturas institucionais, as práticas sociais, e os papéis culturalmente prescritos que dão sentido à ‘homem’ e ‘mulher’ são frequentemente ignorados, invisíveis sobre a superficial atribuição à biologia” (FINLEY, 1996, 1093)<sup>17</sup>.

Portanto, a discriminação é fortemente marcada por estereótipos socialmente construídos, mas frequentemente atribuída a uma causa externa que seria a diferenciação biológica, por exemplo, dos sexos masculino e feminino, capaz de justificar a separação, a segregação ou o tratamento diversificado nesse caso. Ainda sobre a experiência norte-americana:

O movimento por direitos civis das minorias raciais nos Estados Unidos é um caso paradigmático da modificação da dinâmica social ocorrida em função da mobilização política em torno da identidade. Os membros desses grupos procuraram desestabilizar uma ordem social baseada na supremacia branca, sistema de opressão que estabelecia a identidade racial do grupo majoritário como condição para a plena cidadania. Se a raça estava no centro da referida disputa, a questão do gênero motivou outra mobilização em torno da identidade. Inúmeras mulheres instituíram a eliminação das normas culturais e jurídicas que instituíam uma série de privilégios masculinos como um objetivo político, o que contribuía para a preservação da subordinação feminina. Temos nos dois casos a crítica da mesma

---

<sup>17</sup> Tradução livre de “the institutional structures, social practices, and culturally prescribed roles that give social meaning to “man” and “woman” are often ignored, left invisible under the surface of a facile attribution to biology”.

dinâmica: identificação das normas jurídicas como os interesses de um grupo social específico, o que os membros dos grupos dominantes afirmam ser a expressão do funcionamento normal da sociedade. Essa situação foi superada quando o sistema jurídico reconheceu que a identificação da noção de sujeito de direito com traços dos grupos majoritários permite o encobrimento de relações assimétricas de poder [...] A política da identidade está no centro de muitas decisões judiciais sobre direitos de minorias sexuais, mas a importância acaba sendo desconsiderada em função da compreensão da igualdade como tratamento simétrico. Isso permite que o sistema jurídico continue sendo o mecanismo de construção e reprodução de identidades sociais, o que referenda formas assimétricas de organização social. (MOREIRA, 2017, 9)

O tratamento da antidiferenciação, neste caso das escolas, permitiria aceitar a existência de escolas exclusivamente masculinas desde que houvesse a possibilidade de existir escolas exclusivamente femininas. Neste caso, reflete-se a ideologia de que homens e mulheres têm papéis distintos na sociedade e, conseqüentemente, lugares onde um ou outro pertence ou não pertence.

Porque as noções da diferença essencial, naturalizada e das esferas separadas é tão bem enraizada e frequentemente glorificada no nosso cultural de homem e de mulher, a doutrina do separados, mas iguais de *Plessy*, há tempos banida da jurisprudência racial, mantém-se viva quando se fala em segregação sexual. A ideia de separar homens e mulheres em certas áreas, e de algumas coisas serem mais apropriadas para um sexo do que para o outro, não atinge às pessoas como sendo estranhos ou repugnantes ideais de igualdade da mesma forma que a noção de separação racial forçada o faz. Quando se refere ao sexo, a noção frequentemente parece ser apropriada, ressoando noções culturais profundamente arraigadas sobre a diferença biológica entre homens e mulheres, e a inevitável alteridade do masculino e do feminino. [...] Tanto quanto a separação por razões raciais, separados nunca realmente significa iguais<sup>18</sup>. (FINLEY, 1996, 1103)

Portanto, quando se fala em discriminação de gênero, tanto quanto na discriminação de raça e orientação sexual, a mera neutralidade nas normas e nas políticas públicas pode representar um viés discriminatório em si. É a perspectiva da anti-subordinação, que permite que se pense em ações afirmativas e em medidas visando um determinado grupo, numa forma de diferenciação positiva, mostrando-se, portanto, mais efetivas na tentativa de promoção da igualdade material.

---

<sup>18</sup> Tradução livre de: "Because the notions of essentialized, naturalized difference and separate spheres are so well entrenched and often glorified in our cultural thinking about men and women, the separate but equal doctrine of *Plessy*, long banished from race jurisprudence, retains vitality when it comes to sexual segregation. The idea of separating men and women in certain realms, and of some things being more appropriate for one sex than for the other, just does not strike most people as odd, or repugnant, to ideals of equality, as does the notion of forced racial separation. When it comes to sex, the notion often seems appropriate, resonating with deeply entrenched cultural notions about the biologically based dissimilarity of men and women, and the inevitable alterity of masculinity and femininity.

É discriminação indireta todo o processo discriminatório que decorre de práticas aparentemente neutras, cujo resultado é diferente em indivíduos ou em grupos (RIOS, 2008). Ilustra tal assertiva o reconhecimento brasileiro das relações homossexuais pela via judicial, pois, se por um lado é louvado enquanto fruto de lutas dos movimentos identitários, interpretação moderna dos direitos fundamentais e direitos humanos, por outro confere aos destinatários da jurisprudência uma relação de segunda linha ou assimilacionista. Inferior porque não é legal, porque não se trata de casamento na acepção técnica da expressão, porque decorre ativismo judicial, como referem seus críticos<sup>19</sup>. Assimilacionista porque a pretensa igualdade resulta do julgamento da ADPF nº 132, que admite a união homossexual à imagem e semelhança da heterossexual. Esse gabarito heteronormativo, que encaixa à força todas as relações a partir de um modelo tradicional-heterossexual, como se este fosse o único existente e/ou aceitável, tem como resultado a assimilação das relações homossexuais, mostrando-se como exemplo típico da aplicação da teoria da antidiferenciação, quando a teoria da anti-subordinação seria muito mais adequada para promover os mesmos direitos a grupos socialmente diferenciados.

#### **4 O JULGADO PARADIGMA SOB A PERSPECTIVA ESTADUNIDENSE DA ANTIDISCRIMINAÇÃO NO CASO DE RECONHECIMENTO DE RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS**

O TJRS teve atuação pioneira no reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Embora a jurisprudência siga em movimento, como lhe é próprio, selecionamos ementa que pode sintetizar o entendimento atual da Corte estadual gaúcha, outrora saudada pelo posicionamento progressista, que, sob pretexto implícito da antidiferenciação e explícito da igualdade simétrica entre relacionamentos homossexuais e heterossexuais, exige daqueles os mesmos requisitos preceituados a estes para reconhecer o *status* familiar à relação:

APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA *POST MORTEM*. EQUIPARAÇÃO A UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA. REQUISITOS. ÔNUS DA PROVA. PRECEDENTES. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA CONFIRMADA. Não há falar em cerceamento de defesa em razão do indeferimento do pedido de substituição das testemunhas, tendo em vista a inobservância das disposições insertas nos artigos 407 e 408 do CPC/73. AGRAVO RETIDO

<sup>19</sup> Referimos Lenio Streck para ilustrar a crítica à decisão da ADPF porquanto fruto de ativismos judicial. (STRECK, 2013)

DESPROVIDO. Descabem maiores digressões acerca da revelia no caso concreto, pois em tratando de ação de estado, não é possível, por omissão dos sucessores, a aplicação da pena de confissão ficta acerca de relação que versa sobre direito personalíssimo do *de cuius*, mostrando-se imprescindível a dilação da instrução para a realização de prova do direito alegado. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. **Nos termos da legislação civil vigente, para o reconhecimento de união estável, incumbirá a prova, a quem propuser o seu reconhecimento, de que a relação havida entre o casal foi pública, contínua, duradoura e destinada à constituição de um núcleo familiar. No reconhecimento da convivência estável homoafetiva exigem-se os mesmos requisitos da união heteroafetiva, a fim e que os casais homoafetivos tenham o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos heterossexuais**, "trazendo efetividade e concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, igualdade, liberdade, solidariedade, autodeterminação, proteção das minorias, busca da felicidade e ao direito fundamental e personalíssimo à orientação sexual." (REs. nº 1302467/SP, j. em 03/03/2015). Caso concreto em que inexistem elementos seguros da existência de união homoafetiva entre o autor e o de cuius, impondo-se a improcedência da demanda, exatamente como decidido no grau de origem. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70066870098, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 28/09/2016) (BRASIL, 2016) [*grifamos*]

A análise da decisão transcrita, desconsiderada a evolução teórica do direito da antidiscriminação, poderia levar à conclusão de que teriam sido atendidos os preceitos fundamentais, pois homossexuais e heterossexuais foram medidos pela mesma régua jurídica. Afinal, a neutralidade foi a condutora da fundamentação judicial, que se pautou pela igualdade simétrica entre relacionamentos homossexuais e heterossexuais. Todavia, não enxergar as diferenças específicas entre homossexuais e heterossexuais é o que se pode chamar de *cegueira institucional* (COLKER, 1986). Assim, a problemática que se apresenta é: é possível tratar com igualdade simétrica homossexuais e heterossexuais que recorre ao Poder Judiciário para o reconhecimento da sua união estável? Esse tratamento igualitário é discriminante? Como desenvolvido abaixo, a irrestrita antidiferenciação pode perpetuar discriminações.

Veja-se que no trecho da ementa do julgado<sup>20</sup>, a antidiscriminação é aplicada sob a perspectiva da antidiferenciação. Por isso exige aos casais homossexuais que comprovem relações públicas, contínuas, duradouras, destinadas à constituição de um núcleo familiar – simétricas às relações heterossexuais – a fim de que tenham reconhecido o *status* de relação familiar.

Nos termos do até aqui exposto, tal exigência representa discriminação indireta, ofendendo o princípio da igualdade sob manto da neutralidade. Primeiro,

---

<sup>20</sup> Apelação Cível Nº 70066870098, do Tribunal de Justiça do RS, que compõe o presente trabalho.



porque ambientes homofóbicos ou hostis, que vitimam homossexuais pela mera exposição de sua orientação sexual dentro do próprio ambiente escolar ou familiar, justificam a invisibilidade social das relações homossexuais. Segundo, superado o trauma da Aids e o dogma da finalidade reprodutiva da família [inviável, pelas vias tradicionais, para casais homossexuais], cai por terra a tese de que só as relações contínuas e duradouras são formadoras de entidades familiares. Tal exigência só faz sentido quando pensamos em uma família patriarcal com a intenção de garantir a herança, genética e patrimonial, ou se pretenda evitar riscos de contágios letais. As relações homossexuais, contudo, não tem a procriação como objetivo central, bem como já suplantaram o fantasma da morte em face do contágio pela Aids. Logo, não se justifica exigir fidelidade e durabilidade desses relacionamentos como pedágio para que sejam guindados ao *status* familiar. Terceiro, a subjetividade da expressão “constituição de um núcleo familiar” inviabiliza que se tenha um único e exclusivo molde. Isso porque, hoje, a constituição da família se apresenta nos mais diversos moldes e composições, podendo-se ter uma interpretação restritiva (cônjuge e filhos) e interpretações inclusivas (famílias monoparentais, guardas compartilhadas entre genitores e tios e/ou avós).

Por melhor que seja a intenção dos julgadores, a adoção cega de um paradigma adotado como tal para as relações heterossexuais perpetua a discriminação institucional indireta, que ocorre porque enraizada em contextos sociais e organizacionais, de modo que, “ao invés de acentuar a dimensão volitiva individual, ela volta-se para a dinâmica social e a ‘normalidade da discriminação que ela engendra” (RIOS, 2008, 135).

A teoria institucional, deste modo, preocupa-se com a gênese e a perpetuação da discriminação não intencional perpetrada por indivíduos, grupos e organizações, fenômeno inadequadamente respondido pelas teorias que enfatizam a intencionalidade como fator determinante para a constatação de práticas discriminatórias. (RIOS, 2008, 137)

A discussão sobre a tradição do casamento e os limites da intervenção estatal já foram objeto de muitas pautas e, apenas para exemplificar outra forma de enquadrar o debate, lembremos do famoso precedente norte-americano, o caso *Obergefell v. Hodges* (US SUPREME COURT, 2014), oportunidade em que a Suprema Corte norte-americana alterou o entendimento que proibia o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Naquele julgamento, após exaustivo debate sobre os princípios e tradições que justificam o casamento como fundamental para todas as

pessoas, tais como o direito à escolha pessoal inerente à autonomia individual de pessoas diferentes entre si se unirem, bem como o direito à proteção familiar independentemente de como essa família fosse constituída, a Suprema Corte reconheceu o casamento como pedra angular na ordem social. É de se notar que o julgamento estadunidense não concluiu pela igualdade entre os casamentos homossexuais e heterossexuais, mas pelo direito à igual liberdade de todas as pessoas, independentemente de como usem determinadas partes de seus corpos, se envolverem nas relações afetivas que melhor lhes aprouvesse (YOSHINO, 2015). Ou seja, a Corte estadunidense adotou a perspectiva anti-subordinatória, que tem o objetivo de eliminar disparidades sociais entre grupos humanos, restringindo a análise do problema posto pelo reconhecimento das uniões homossexuais ao exame da legitimidade da utilização da homossexualidade enquanto fator de tratamento diferenciado (MOREIRA, 2010).

Kenji Yoshino, ao descrever passagem do voto do Justice Kennedy, no caso *Obergefell*, destaca ter sido agregado à igualdade o direito de liberdade e o direito da igual proteção. Segundo o constitucionalista, a aplicação conjunta dos princípios é capaz de capturar a essência do direito de uma forma mais abrangente. A interação dos princípios, outrossim, favoreceria a compreensão sobre o que é verdade e o que a verdade deve se tornar (YOSHINO, 2017). Afinal, quando o sujeito é guindado ao primeiro plano, empoderado de igual dignidade, independente do sexo da pessoa com quem se relaciona, todo o processo, tanto o social quanto o judicial, deveria convergir para a proteção de sua liberdade. Nessa conjuntura, encontraríamos o casamento com características de direito positivo e negativo. Positivo na medida em que exigiria que o Estado concedesse seu reconhecimento e os benefícios dele decorrente e negativo porque criaria uma zona de privacidade em que o Estado só poderia interferir quando para promover a anti-subordinação (TRIBE, 2004 e YOSHINO, 2017).

Não seria equivocados afirmar que o constitucionalismo social abandonou a noção de justiça simétrica, porquanto não se alcança justiça social com o tratamento idêntico entre indivíduos, desconsiderando as condições sociais nas quais eles se encontram. Isso significa que o princípio da igualdade não serve apenas como parâmetro para o limite da atuação das instituições estatais; esse preceito constitucional, tendo em vista a sua dimensão material, também exige atuação positiva das instituições estatais para eliminar as disparidades entre os diversos

grupos sociais. É a partir da compreensão dos direitos fundamentais como garantias constitucionais, perspectiva segundo a qual a atuação das instituições estatais deve estar voltada para a garantia de condições mínimas de existência dos individuais, que o princípio da igualdade material surge como um novo parâmetro para avaliação da constitucionalidade dos atos governamentais. Isso significa subministrar a razoabilidade, a fim de aferir se os atos estatais aplicaram meios suficientes para alcançar igualdade proporcional entre indivíduos capaz de romper com processos de exclusão social (MOREIRA, 2010).

Lawrence Tribe, constitucionalista dos Estados Unidos da América, escreveu sobre as relações humanas além do puramente instrumental, a partir da evolução da empatia, da inclusão, do respeito, com proteção contra tirania e opressão. Segundo ele, a essência da liberdade não está na ausência de obrigação de direitos, mas na possibilidade de ser experienciado o autogoverno na tomada de decisão. O caminho, a partir da dinâmica de um ser político, deveria incluir e assegurar a escolha das relações íntimas, o direito de entrar em todos os tipos de relacionamento, desde que consentidos por quem tenha capacidade para tanto. Em que pese a amplitude de possibilidades possa parecer ameaçadora, o constitucionalista defende que é a partir da garantia de relacionamentos livres da chancela estatal que poderemos definir o limite da liberdade. Isso se tal limite for efetivamente necessário (TRIBE, 2004). E só a partir da garantia de que as pessoas são igualmente livres e que alcançaríamos a outro patamar no direito da igualdade.

Discutir a homossexualidade partindo da premissa de que todos são naturalmente heterossexuais significa a acumpliciar-se de um jogo de linguagem que se mostrou violento (GIORGIS, 2011). Esse jogo de linguagem pressupõe a inferioridade de alguns grupos sociais em função da construção da heterossexualidade como uma forma de identidade universal. Contudo, a partir do precedente estadunidense, entende-se possível defender a união homossexual sem que tal implique rebaixar o casamento heterossexual ou limitar a tal modelo as relações entre pessoas do mesmo sexo. Reconhecer a possibilidade de uniões homossexuais pode significar mais do que simplesmente reproduzir arranjos heterossexuais.

Macarena Saez (2014) atribui ao reconhecimento das uniões homossexuais o reconhecimento da importância de se equiparar as famílias reais às famílias legais. Em uma análise da transformação do Direito de Família pelo casamento

homossexual, a autora destaca que “o casamento homossexual não desafia o casamento enquanto instituição e não demanda intervenção estatal da intimidade”<sup>21</sup> já que “o casamento homossexual deixa intactos todos os elementos e efeitos da instituição tradicional”<sup>22</sup> (SAEZ, 2014, 191). Mas, afora o paradigma do casamento, visão que a autora descreve como conformista, o poder de transformação que a discussão acerca do casamento homossexual proporciona vai além:

Nós não apenas aceitamos a dignidade que vem da escolha individual da unidade familiar, mas, mais importante, nós reconhecemos que todas as associações familiares que respeitam valores constitucionais e direitos humanos merecem o mesmo respeito. [...] Desencadeado pelo debate do casamento homossexual, a discussão sobre a diversidade familiar tem o poder de alinhar as famílias “reais” com as legalmente reconhecidas<sup>23</sup>. (SAEZ, 2014, 193)

Em verdade essa poderia ser uma oportunidade de reconhecimento da família contemporânea como um espaço plural e igual em direitos e deveres. O Direito de Família contemporâneo supera a visão de subordinação da dinâmica familiar à consecução de determinados fins sociais e estatais estabelecidos no interior de uma única e determinada cosmovisão, rompendo com a fixidez deste modelo único (RIOS, 2018).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após breve histórico da evolução jurisprudencial do reconhecimento judicial das uniões homossexuais, partindo da impossibilidade jurídica do pedido até alcançarmos o julgamento da ADPF nº 132 e Adi nº 4.277, que excluiu dos textos legais significado que impedisse o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família, analisamos, a partir do viés da antidiscriminação, decisão judicial do Tribunal de Justiça gaúcho que aplicou critérios de antidiferenciação quando da análise da união entre pessoas do mesmo sexo a partir do paradigma heterossexual.

Apoiadas no preceito da desigualdade decorrente da aplicação da igualdade

<sup>21</sup> Tradução livre de “Same-sex marriage does not challenge marriage as an institution and it does not challenge state intervention in intimacy”.

<sup>22</sup> Tradução livre de: “Same-sex marriage leaves all elements and effects of the traditional institution intact”.

<sup>23</sup> Tradução livre de: We not only embrace the dignity that comes from choosing one's family unite, but more importantly, we recognize that all family associations that respect constitutional values and human rights are worth the same respect. [...] Triggered by the debate on same-sex marriage, the discussion on family diversity has the power to align the “real” families with the legally recognized ones”.

simétrica, analisamos discriminação direta e indireta em contraposição aos tratamentos positivos diferenciados autorizadores de tratamento especial em razão da especificidade de um indivíduo ou um grupo. Visitamos a perspectiva da antidiferenciação e da anti-subordinação concluindo pela harmonização desta com a técnica jurídica que se esforça para compreender as dinâmicas das estruturas de poder e dos sistemas de opressão dentro dos grupos. Nesta perspectiva, deduzimos que tal abordagem se mostra eficiente na busca pela eliminação das disparidades entre héteros e homossexuais na medida em que autoriza a adoção de parâmetros assimétricos, com foco no contexto social.

Deduzimos que a imposição aos casais homossexuais dos mesmos critérios exigidos dos heterossexuais para o reconhecimento do *status* familiar, quais sejam, relações públicas, contínuas, duradouras, destinadas à constituição de um núcleo familiar, representa discriminação indireta, ofendendo o princípio da igualdade sob manto da neutralidade. Em face das peculiaridades das relações homossexuais, a decisão lastreada em critério antidiferenciador perpetua indesejáveis discriminações.

Referimos precedente norte-americano, o caso *Obergefell v. Hodges*, como meio de ilustrar forma de aplicação direito da antidiscriminação garantindo a sexualidade livre e autônoma, respeito a planos de vida e valorização da autonomia, afirmando que peculiaridades das famílias homossexuais não sejam usadas como desqualificadoras das relações efetivamente experimentadas.

Por fim, arrematamos aduzindo que abdicar do universo de arranjos familiares em favor de um único e exclusivo modelo, além de ferir os preceitos da antidiscriminação, pode levar as uniões entre pessoas do mesmo sexo à assimilação. Excluir arranjos interpessoais, valorizar o patrimonialismo, a generificação das relações e moralismo hegemônico implica na repetição de esquemas, limitação a alternativas e fundamentos ao conhecimento e à prática de Direito de Família. A concretização e reconhecimento de novas formas de relacionamento reclamam a criação de regime jurídico familiar peculiar. As famílias homossexuais não podem ser encaixadas à força nos modelos tradicionais heterossexuais. Ao contrário, devem contribuir para a superação das concepções que formaram historicamente os tradicionais modelos de relacionamentos heterossexuais oxigenando o Direito de Família, autorizando que se alcance outras possibilidades de compartilhamento da existência humana. Afinal, como problematiza Roger Raupp Rios (2018), essas questões não deveriam adaptar-se ao

direito posto, mas transformá-lo.

## 6 REFERÊNCIAS

BALL, Carlos A. **Why liberty judicial review is as legitimate as equality review: the case of gay rights jurisprudence.** Journal of Constitutional Law, v. 14, n., out. 2011.

BRASIL. 2016. **Apelação Cível Nº 70066870098**, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 28/09/2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.146, de 6 de Julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).**

\_\_\_\_\_. 2013 Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. **Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.** Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolucao\\_n\\_175.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolucao_n_175.pdf)>. Acesso em: 01.ago.2018

\_\_\_\_\_. 2011 Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132.** Governador do Estado do Rio de Janeiro. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e outros. Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 01.ago.2018

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.288, de 20 de Julho de 2010. **Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003**

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.741, de 1º de Outubro de 2003. **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.**

\_\_\_\_\_. Decreto n. 4.377, de 13 de Setembro de 2002. **Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984.**

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 65.810/1969, de 08 de dezembro de 1969. **Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial.**

COACCI, Thiago. **Do homossexualismo à homoafetividade: discursos judiciais brasileiros sobre homossexualidades, 1989 - 2012.** Sex., Salud Soc. (Rio J.) [online]. 2015, n.21, pp.53-84. ISSN 1984-6487. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1984-6487.sess.2015.21.05.a>. Acesso em 01.ago.2018

COLKER, Ruth. **Anti-Subordination above All: Sex, Race, and Equal Protection.** In: New York University Law Review, dezembro de 1986: 1003-1066.

FACHIN, Luiz Edson. **Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 732, p. 47-54, out. 1996.

FINLEY, Lucinda. **Sex-Blind, Separate but Equal, or Anti-Subordination: The Uneasy Legacy of Plessy v. Ferguson for Sex and Gender Discrimination**. In: Georgia State University Law Review, 1996: 1089-1128.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **O casamento igualitário e o direito comparado**. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. p. 64-86.

GROSSI, Miriam Pillar 2003. **Gênero e parentesco: famílias gays e lésbicas no Brasil**. In: Cadernos Pagu, Campinas. Jan. 2003. Nº 21, p. 261-280

JELIN, Elizabeth. **Mulheres e Direitos Humanos**. In: Revista de Estudos Feministas, 1994: 117-149.

MOREIRA, Adilson José. **União homoafetiva: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira**. Curitiba: Juruá, 2010. 418p.

MOREIRA, Adilson José. **Cidadania sexual: estratégia para ações inclusivas**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. 308p.

RIOS, Roger Raupp. **O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação**. In: POCAHY, Fernando (org) Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea. Porto Alegre: Nuances, 2007, p. 27/48

RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RIOS, Roger Raupp. **As uniões homossexuais e a “família homoafetiva”**: o direito de família como instrumento de adaptação e de conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação. In: BORRILLO, Daniel. SEFFER, Fernando (org). RIOS, Roger Raupp (org). Direitos sexuais e direitos de família em perspectiva queer. Editora da UFCSPA, 287 p. 2018. No prelo. p. 216-236.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. **Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais**. Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC, Rio de Janeiro, v.8, n.32, p. 29-72, out. 2007.

SAEZ, Macarena. **Transforming Family Law through Same-Sex Marriage: Lessons from (and to) the Western World**. In: Duke Journal of Comparative & International Law, v. 25, 2014. p. 125-196

STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?**. CONJUR, 13 de junho de 2013. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>> Acesso em: 13 de agosto de 2018,

TRIBE. Laurence H. **Lawrence V. Texas: The Fundamental Right That Dare Not Speak Its Name**. Harvard Law Review, Vol. 117, No. 6, apr., 2004.

US SUPREME COURT. JUSTIA. **Plessy v. Ferguson**, 163 U.S. 537, de 18 de maio de 1896. Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>> Acesso em: 01 de junho de 2018

\_\_\_\_\_. **Brown v. Board of Education of Topeka**, 347 U.S. 483, de 17 de maio de 1954. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>> Acesso em 1 de junho de 2018.

\_\_\_\_\_. **Obergefell v. Hodges**, 576 U.S., de 26 de junho de 2015. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-556/>> Acesso em 13 de agosto de 2018

YOSHINO, Kenji. **A New Birth of Freedom?**: Obergefell v. Hodges Published by: The Harvard Law Review Association, Vol. 147, p 148/179, 2017.





## OS REFLEXOS DA UNIÃO ESTÁVEL NO CONTRATO DE NAMORO

Fabiane Barchet<sup>1</sup>

**RESUMO:** Com o intuito de impedir o reconhecimento da entidade familiar da união estável, casais estão se tornando adeptos de um instrumento denominado contrato de namoro. A essência deste documento é afastar a comunicabilidade do patrimônio, visando à proteção em futura meação. Logo, questionamentos são feitos sobre a eficácia e validade do contrato de namoro na órbita do Direito de Família, ante os reflexos dos elementos caracterizadores da união estável e de um comportamento social reconhecido como “namoro”.

**PALAVRAS-CHAVE:** Namoro. União estável. Contrato. Reflexos.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A união estável como entidade familiar. 3 Dos contratos: validade e eficácia. 4 Os modernos contratos de namoro. 5 Reflexos da união estável no contrato de namoro. 6 Considerações finais. 7 Referências.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo entender as diferenças entre o instituto da união estável e o namoro e, com isso, verificar os reflexos daquela neste. Ademais, para isso também será abordado a validade e eficácia dos contratos de namoro no atual ordenamento jurídico.

O estudo sobre os reflexos e, conseqüentemente, o contrato de namoro, sua aplicabilidade, eficácia e validade no âmbito jurídico são de suma importância, visto ser uma tendência atual e habitual entre os recentes casais que visam extinguir direitos e deveres em decorrência do reconhecimento de uma união estável.

Para tanto, este artigo está organizado em quatro seções, além desta breve introdução e considerações finais. A seção seguinte trata da entidade familiar da união estável, sua origem histórica e elementos caracterizadores, seguindo esta

---

<sup>1</sup> Possui graduação em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, pós-graduação em Direito de Família e Sucessões pela Universidade Anhanguera e pós-graduação em Gestão Pública pela UAB/UFSM. Advogada. E-mail: fabianebarchet@hotmail.com

seção, apresenta-se um breve resumo da validade e eficácia dos contratos e, posteriormente, segue o estudo específico dos contratos de namoro, seus elementos configuradores e similitude a união estável por fim, se finda com a exemplificação dos reflexos deste instituto nos contratos de namoro quando estes acabam desvirtuando-se do fim para os quais se foi firmado.

## 2 A UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, veio a ser reconhecida como entidade familiar o instituto da união estável em seu artigo 226,§3º e, conseqüentemente, vieram a surgir leis que visavam normatizar esse “novo” tipo de família, tais como, as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96.

Com a Lei n. 8.971/94 assegurou-se direito a alimentos, à sucessão, ao reconhecimento da união em face da existência da prole, além de ter assegurado ao companheiro sobrevivente o usufruto sobre parte dos bens deixados pelo *de cujus* e, no caso de inexistirem descendentes ou ascendentes reconheceu-se a vocação hereditária como herdeiro legítimo. No entanto, apresentava repúdio ao reconhecer unicamente como união estável a relação entre pessoas solteiras, judicialmente separadas, divorciadas ou viúvas, afastando injustificadamente os separados de fato.<sup>2</sup>

Com maior abrangência, revogando a lei anterior, entrou em vigor a Lei n. 9.278/96, a qual veio a reconhecer a união entre pessoas separadas de fato. Ainda, fixou a competência das varas de famílias para os litígios em discussão, reconheceu o direito real de habitação e declarou a presunção *júris et de jure* quanto aos bens adquiridos onerosamente, reconhecendo-os provenientes do esforço comum.<sup>3</sup>

Posteriormente, sanando dúvidas e esclarecendo conceitos, o Código Civil em seus artigos 1.723 a 1.727, fez uma evolução em direção ao delineamento do referido instituto, incorporando o conteúdo legal das leis supramencionadas.

Pode-se dizer, assim, que o Código Civil veio a eliminar certas injustiças, como a demarcação de um tempo rígido para caracterizar união estável, conforme havia estipulado a Lei n. 8.971/94 em cinco anos. Afinal, em tempos modernos podemos ter uma relação que perdure por mais de trinta anos e não ultrapasse os

---

<sup>2</sup> DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 8 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pg. 169

<sup>3</sup> DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 8 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pg. 169

laços de um simples namoro ou, podemos ter um relacionamento de um ou dois anos que demonstre nítida intenção de constituir família.<sup>4</sup>

Assim, não é o tempo que deverá caracterizar ou descaracterizar uma relação como união estável e sim, conforme dispõe o Código Civil, deve ser uma relação pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituir família.

Conforme conceito apresentado por Euclides de Oliveira “a união estável exclui os casos de relações eventuais, afastando de sua incidência o simples namoro e aconchego sexual esporádico – *fonicatio simples* – presente na relação de amantes”. Nesse sentido, o ordenamento jurídico apenas reconhece como família o denominado concubinato puro, presente na união duradoura, entre duas pessoas, independente do sexo, conforme exposto na ADI 4277 e na ADPF 132.<sup>5</sup>

Frente ao exposto, cabe fazer uma breve explanação sobre os elementos caracterizadores da união estável. Assim, uma relação estável é uma relação a dois que se protraí no tempo, não sendo qualquer relacionamento fugaz e transitório que constitui essa união protegida; seguindo como complemento desta, deve ser uma relação contínua, sem interrupções ou afastamentos temporários; publicidade, realçando a notoriedade da união perante o meio social e familiar e por fim, o corolário de todos os elementos já citados, o objetivo de constituição de família que se traduz em uma comunhão de vida e de interesses, não devendo ser confundido com a intenção de ter filhos.<sup>6</sup>

É de se advertir, que há julgados fundamentados em fortes razões de ordem moral e social que reconhecem referida união mesmo na ausência de qualquer dos citados elementos, logo se deve analisar cada caso concreto. Ainda, a coabitação, ou seja, a vida sob o mesmo teto é elemento dispensável para se configurar uma união estável, é nesse aspecto também, que os contratos de namoro não se afastam desse instituto.

Ademais, a união de um casal não gera efeitos imediatos para se caracterizar uma união estável logo, não podemos presumir que um casal de namorados que passa grande parte do tempo juntos venha a caracterizar união

<sup>4</sup> DIAS, M. B. e PEREIRA, R.P. **Direito de família e o novo Código Civil**. 2º Ed. Belo Horizonte: DelRey, 2001. Pg. 228

<sup>5</sup> PINHEIRO, Raphael Fernando. Namorar com contrato? A validade jurídica dos contratos de namoro. **Âmbito Jurídico**. Disponível em [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11589&revista\\_caderno=14](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11589&revista_caderno=14). Acesso em 16 jul. 2015.

<sup>6</sup> VENOSA, S. S. **Direito civil: direito de família**. 6º Ed. São Paulo: Atlas, 2006 – Coleção direito civil v.6. Pg. 42-45

estável. Apenas a reiteração de atos que mostrem a vontade dos companheiros de viver como se casados fossem e, quando a estabilidade necessariamente pressupõe a continuidade da relação por um certo lapso temporal é que se pode reconhecer o instituto da união estável.

### **3 DOS CONTRATOS: VALIDADE E EFICÁCIA**

Ao se firmar um contrato, estamos diante de um negócio jurídico e, como em qualquer outro negócio, exige-se para sua validade a presença de requisitos essenciais para assim ser considerado. Destaca-se, a capacidade das partes, objeto lícito, possível e determinado ou determinável e, forma prescrita ou não defesa em lei.

Embora em tempos atuais muito se observa romances iniciando ainda nas escolas, não se pode admitir, por exemplo, o reconhecimento de um contrato de namoro de quem seja relativamente incapaz ou ainda, que não tenha possibilidade de discernimento e de agir conforme sua vontade.

A fim de tornar-se público, o contrato de namoro pode ser inscrito no Serviço de Registro de Títulos e Documentos, visa reforçar a autenticidade e a publicidade das declarações de vontade ali descritas, mas, não poderá afastar os elementos que vierem a surgir caracterizando uma união estável. Por outro lado, também pode ser pactuado de forma particular.

O objetivo do registro dos contratos ora em análise, é a não aplicação ou incidência dos efeitos da união estável ou até mesmo a incidência de seus requisitos formadores.

Outrora, conforme legislação aplicável aos contratos, o assim exposto contrato de namoro é nulo de pleno direito, incidindo no art. 166, inciso VI, do Código Civil, isso porque, as normas existenciais da união estável são de ordem pública, não podendo as mesmas serem afastadas quando presente seus elementos.

### **4 OS MODERNOS CONTRATOS DE NAMORO**

O namoro apresenta-se como um costume social, visto que não legislado pelo nosso ordenamento jurídico, ausente qualquer norma que determine a validade

ou existência dessa relação.<sup>7</sup> Assim, o mesmo pode ser definido como a aproximação física e psíquica entre duas pessoas em um relacionamento, fundamentado na atração recíproca, que aspira continuidade para o futuro, é o intuito de viver o amor existente na relação.<sup>8</sup>

Com o reconhecimento e, conseqüentemente, a regulamentação do instituto da união estável, começou-se a despertar atenção o fato de que um simples ou relacionamento fugaz podem gerar obrigações de ordem patrimonial. Diante da presente situação de insegurança, os casais começaram a firmar contratos de namoro, visando assegurar a ausência de comprometimento recíproco e a incomunicabilidade do patrimônio presente e futuro.<sup>9</sup> É indiscutível que o objetivo principal de tais contratos é a proteção patrimonial.

Almeja-se com este, assegurar as partes envolvidas que sua vontade se sobreponha a interferência estatal, em casos de que eventual término da relação, uma das partes venha a pleitear seus direitos sobre os bens do outro com a alegação de união estável. Percebe-se com isso, que o contrato de namoro busca a segurança jurídica nas relações amorosas.

Entende a doutrina, que no namoro há um objetivo de família futura, enquanto na união estável, o intuito de constituir família deve-se verificar no presente, pelo tratamento dos companheiros e o reconhecimento social. Assim, é de ser analisado cada caso, considerando o tratamento entre as partes e a reputação social que vem a demonstrar o objetivo de constituir família, o *animus familiae* – ideia de identidade familiar e de projeto de vida em comum.

Todavia, defende a doutrina e jurisprudência majoritária, que referido contrato firmado com o propósito de afastar ou impedir o reconhecimento da União Estável e seus efeitos, é nulo de pleno direito e por alguns, até mesmo citado como inexistente.

O que se pode distinguir com este é a situação patrimonial presente e pretérita, mas, não há como se gravar a incomunicabilidade futura de bens provenientes do esforço comum. Eventual eficácia, ao respectivo contrato firmado no

<sup>7</sup> BERNEIRA, Bruna Couto. Contrato de namoro. **JusBrasil**, set. 2014. Disponível em <http://brunacoutoberneira.jusbrasil.com.br/artigos/137838366/contrato-de-namoro?ref=topic>. Acesso em 16 jul. 2015

<sup>8</sup> PINHEIRO, Raphael Fernando. Namorar com contrato? A validade jurídica dos contratos de namoro. **Âmbito Jurídico**. Disponível em [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11589&revista\\_caderno=14](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11589&revista_caderno=14). Acesso em 16 jul. 2015.

<sup>9</sup> DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 8 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pg. 186

início de um relacionamento que se perdura por longos anos pode ser fonte de enriquecimento ilícito em face de um consorte em detrimento do outro. Logo, nesse aspecto, conclui-se que o contrato de namoro é algo inexistente e desprovido de eficácia no ordenamento jurídico.<sup>10</sup>

É fator determinante quanto à distinção do namoro e da união estável o nível de comprometimento do casal, somente gerando responsabilidade e encargos os relacionamentos que, por sua duração, levam ao envolvimento de vidas a ponto de provocar mescla nos patrimônios.

O que se almejava com a formalização do contrato de namoro era uma “união livre” que, aos poucos vai perdendo este aspecto, passando a ser reconhecida como uma “união amarrada” às regras impostas pelo Estado. Eis que surge uma paradoxal indagação a presente situação: ao mesmo tempo em que não queremos a intervenção do Estado em nossas relações íntimas, buscamos sua interferência para dar legitimidade e proteger certa parte do relacionamento.<sup>11</sup>

A união de fato independe de qualquer formalidade para a sua formação. Assim, no momento em que um casal de namorados inicia uma convivência e se apresenta em sociedade como se um casal fosse, demonstrando uma vida em comum, contínua e estável, presentes estão os elementos para ser reconhecida como uma entidade familiar e incidir os princípios desta.

Os encontros cotidianos, a formulação de um projeto comum de constituição de família, a continuidade e estabilidade em um relacionamento pode em muito contribuir para que um simples namoro venha a se transformar em uma união estável.<sup>12</sup>

Porém, cabe muito analisar cada caso em concreto e a presença dos elementos caracterizadores da união estável. Isso porque, podemos destacar que o objetivo de constituição de família é o elemento diferencial nesse aspecto visto que, apesar de se considerar o fato do casal sair junto, frequentar locais públicos, visitar amigos e parentes evidenciando uma vida em comum e configurando o requisito publicidade da união estável, estes fatores também são comuns para um casal de

---

<sup>10</sup> DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 8 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pg. 186

<sup>11</sup> DIAS, M. B. e PEREIRA, R.P. **Direito de família e o novo Código Civil**. 2º Ed. Belo Horizonte: DelRey, 2001. Pg. 237

<sup>12</sup> LOUREIRO, L. G. **Curso Completo de Direito Civil**. 2 Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. Pg. 1154

namorados, algo de uma rotina normal destes que, algumas vezes, pode estar longe de configurar união estável.

Não há dúvidas que, mesmo firmado um contrato, existindo elementos que atestam os requisitos da união estável, não haverá como dispor em contrário, visto este instituto ser regado por uma norma cogente.

Considerando a Teoria Tridimensional do Direito do nobre doutrinador Miguel Reale “fatos jurídicos são acontecimentos, previstos em norma de direito, em razão dos quais nascem, se modificam, subsistem e se extinguem as relações jurídicas. União Estável, diferentemente de namoro, é fato jurídico conceituado e disciplinado pela lei e que por isso não pode ser modificado, mesmo outorgando total relevância ao princípio da autonomia e livre disposição das partes”.<sup>13</sup>

Logo, para que o contrato de namoro fosse considerado um negócio jurídico necessitaria cumprir os requisitos legais, ou seja, o negócio deveria criar, modificar ou extinguir algum direito ou obrigação.

Estando configurada uma união estável no contrato de namoro, não são simples desentendimentos ou desavenças que possam desnaturar essa união, ou seja, esses eventos não tendem a prejudicar o requisito da continuidade, visto ser algo natural entre todos os casais.

No entanto, mesmo estando presentes os elementos que caracterizam a união estável, o rompimento sério, duradouro, que denote efetiva quebra da vida em comum, caracteriza a ruptura dessa união.

Da mesma forma, devem-se observar as causas impeditivas dispostas no art. 1.521, conforme cita o art. 1.723,§1º ambos do Código Civil. Eis aqui um grande divisor para se considerar a continuidade de um namoro ou o reconhecimento de uma união estável, haja vista, por exemplo, não ser possível a união estável quando um dos companheiros for casado, óbice que não se cogita em um namoro.

Além de todos os elementos citados, há também provas singelas que desconfiguram o contrato de namoro, como o fato de um companheiro instituir o outro como seu beneficiário ou dependente em seguros de vida ou planos de saúde bem como, contratos que provem aquisição conjunta de bens ou locação de imóveis etc.

---

<sup>13</sup> MONTEMURRO, Danilo. Contrato de namoro: utilidade prática versus validade jurídica. **Jus Navigandi**, maio de 2014. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/28040/contrato-de-namoro-utilidade-pratica-versus-validade-juridica#ixzz3iuLlg6m9>. Acesso em 04 agost.2015.



Nessa ampla discussão em tempos modernos, cabe citar também, conforme já se fez presente em alguns julgados, a nomenclatura “namoro qualificado”. A 3º Turma do Superior Tribunal de Justiça, através do Ministro Marco Aurélio Belizze, decidiu por não reconhecer a união estável de um casal de namorados nos dois anos que antecederam ao casamento. Defendeu o ministro, que morar na mesma casa e ter um relacionamento duradouro e público não são elementos suficientes para caracterizar a união, sendo que a formação do núcleo familiar, com irrestrito apoio moral e material, tem de ser concretizada e não só planejada, para que se configure a união estável, contrário, é um mero “namoro qualificado”.

Percebe-se então, que a doutrina faz uma distinção do namoro simples, é o que mais se afasta da união estável, pois não possui seus requisitos, sendo o namoro às escondidas, casual aberto; já no namoro qualificado presente estão os requisitos da união estável, tornando-se uma tarefa difícil encontrar as diferenças entre este tipo de relacionamento mais sério e o instituto da união estável. A grande distinção deste é no requisito subjetivo, na união estável, a intenção de constituir família deve ser consumada, a mesma deve estar constituída, não podendo o requisito ser interpretado no sentido de que esse objetivo seria futuro.<sup>14</sup>

Diante de um relacionamento que perdura, torna-se uma tarefa difícil a distinção de namoro e união estável, visto a grande proximidade existente entre os mesmos. Ocasões que o casal nem percebe que o namoro transformou-se em uma relação com direitos e deveres assumindo, ainda que “involuntariamente” à condição de companheiros.

Namorados podem até mesmo morar juntos, sem que isto caracterize uma união estável, pois há situações em que as condições econômicas de ambos exigem, sendo um comportamento usual nos tempos atuais, impondo-se ao Direito, longe das críticas e dos estigmas, adequem-se à realidade social.<sup>15</sup>

Por fim, o mencionado documento, no afã de afastar o reconhecimento da União Estável, estabelece verdadeira declaração, expressa pelo casal, de que não vivem em União Estável, de que são apenas namorados, que não têm o objetivo de

---

<sup>14</sup> MONTEMURRO, Danilo. Contrato de namoro: utilidade prática versus validade jurídica. **Jus Navigandi**, maio de 2014. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/28040/contrato-de-namoro-utilidade-pratica-versus-validade-juridica#ixzz3iuLlg6m9>. Acesso em 04 agost.2015.

<sup>15</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Contrato de namoro estabelece diferença em relação a união estável. **ConJur**, maio de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mai-10/processo-familiar-contrato-namoro-estabelece-diferenca-relacao-uniao-estavel>. Acesso em 04 agost.2015.

constituir família e, principalmente, não contribuem para a constituição de patrimônio comum.<sup>16</sup>

Logo, não há acordo sinalagmático, não há direitos nem obrigações, mas tão somente uma mera declaração de existência de uma situação de fato visto que, o namoro não é conceituado e tampouco disciplinado pela lei, é um mero fato social.<sup>17</sup>

E é nessa linha de entendimento, conforme explanado acima, que o reconhecimento da união estável em um contrato de namoro só se faz possível quando presentes todos os elementos caracterizadores daquele e, principalmente e indispensável, o objetivo concreto de constituir família, ou seja, a verificação da *affectio maritalis*, o grau de compromisso assumido pelo casal.

O intuito de constituir família deve-se verificar no presente do instituto da união estável, não pode ser assim considerada uma intenção futura, a qual figura-se como namoro, o casal está junto, mas não é uma entidade familiar, apenas pensa em futuramente constituir uma família.<sup>18</sup>

Nesse sentido, o que se percebe é que os contratos de namoro almejam transfigurar a união estável, ou seja, visam elidir a figura deste, mas, deixam-se casualmente se fazerem presentes seus elementos caracterizadores.

Nesse aspecto, evidenciada a existência da união estável, as normas que regulam esta entidade familiar passam a imperar, não devendo ser reconhecido a validade jurídica do respectivo contrato de namoro. Assevera-se que, na inexistência de um contrato que defina a caracterização da união estável, ou mesmo na existência de um contrato de namoro, deverá o magistrado analisar todo o conjunto probatório de modo que, na dúvida, a jurisprudência tem orientado no sentido de se negar reconhecimento a união.<sup>19</sup>

Embora muito questionável a validade do contrato de namoro como negócio jurídico, não se pode ignorar sua existência tampouco, a vontade ali expressa pelas partes. Conforme ressalta Zeno Veloso, “não há nada no ordenamento jurídico brasileiro que proíba a pactuação dos contratos de namoro, os quais são contratos atípicos. Como os demais negócios jurídicos, a espécie contratual analisada deve

---

<sup>16</sup> MONTEMURRO, Danilo. Contrato de namoro: utilidade prática versus validade jurídica. **Jus Navigandi**, maio de 2014. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/28040/contrato-de-namoro-utilidade-pratica-versus-validade-juridica#ixzz3iuLlg6m9>. Acesso em 04 ago.2015.

<sup>17</sup> Idem

<sup>18</sup> Idem

<sup>19</sup> PINHEIRO, Raphael Fernando. Namorar com contrato? A validade jurídica dos contratos de namoro. **Âmbito Jurídico**. Disponível em [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11589&revista\\_caderno=14](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11589&revista_caderno=14). Acesso em 16 jul. 2015.

observância aos ditames estabelecidos pela parte geral da codificação. Assim, para que seja válido, é necessário que os agentes sejam capazes, o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, observando forma prescrita ou não defesa em lei (dicção do artigo 104 do Código Civil)<sup>20</sup>.

Por fim, mesmo na ausência de norma que regule a existência desta espécie de contrato, não podemos em si negar sua eficácia como possível meio de prova, até porque, os fatos da vida podem se sobrepor a ele. Visando comprovar ao judiciário de forma expressa a intenção das partes em não constituir família além de delimitar o início do relacionamento, mesmo sem validade, o contrato trará em seu bojo certa eficácia, pois é prova concreta firmada pelas partes que poderá ser contraditada pela comprovação fática da convivência pública, contínua e duradoura, com natureza familiar.

## 5 REFLEXOS DA UNIÃO ESTÁVEL NO CONTRATO DE NAMORO

Quanto à repercussão dos efeitos da união estável no contrato de namoro podemos citar as palavras do nobre doutrinador Luiz Guilherme Loureiro<sup>21</sup> que assim se refere quanto ao avanço que liga a presente matéria:

Esta notável mudança social e jurídica decorre essencialmente da evolução dos costumes ligada ao declínio da civilização rural e à preponderância da civilização industrial e urbana, ao abandono de dogmas, convicções e disciplinas tradicionais para reconhecer, enfim, a igualdade dos indivíduos dos diferentes sexos e a necessidade de apontar respostas jurídicas aos novos fenômenos sociais, como o impressionante aumento da família monoparental e da união estável nas sociedades contemporâneas.

O fator tempo, por si só, não é elemento essencial para se configurar uma união estável em um contrato de namoro e, sim, deve estar presente o valoroso indicativo da intenção de constituir família, fator que muitas vezes inexistente mesmo em um namoro que se protraia por longos anos.

Cabe destacar o seguinte julgado do TJ/RS:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. REQUISITOS DEMONSTRADOS. PARTILHA. SUB-ROGAÇÃO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. 1.

<sup>20</sup> MONTEMURRO, Danilo. Contrato de namoro: utilidade prática versus validade jurídica. **Jus Navigandi**, maio de 2014. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/28040/contrato-de-namoro-utilidade-pratica-versus-validade-juridica#ixzz3iuLg6m9>. Acesso em 04 agost.2015.

<sup>21</sup> LOUREIRO, L. G. **Curso Completo de Direito Civil**. 2 Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. Pg. 1149

EXISTÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. Os documentos dos autos se contrapõem fortemente à alegação da autora de que o relacionamento entre ela e o autor foi apenas um namoro. Destaca-se a escritura declaratória de união estável, a inclusão dela e de seu filho como dependente em clube social e no IPE, além de ser beneficiária em contrato de seguro, bem como o fato de ele constar como o responsável por internação hospitalar. No caso, a circunstância de não haver cotidiana coabitação está justificada pelo exercício profissional de ambos, ela servidora municipal em Viamão e ele policial militar em Terra de Areia. A apelante não trouxe aos autos prova apta a infirmar tais elementos que se coadunam com a vida em união estável. 2. SUB-ROGAÇÃO. A apelante se contrapõe aos termos da partilha, que incluiu no acervo de bens comuns bens que diz pertencer exclusivamente a ela. A alegação de aquisição DE APARTAMENTO E BOX DE ESTACIONAMENTO em Torres com valor obtido por meio da venda de um imóvel seu, comprado da COHAB antes da união estável e vendido por ela, não lhe ampara porque tal venda teria ocorrido em 2003 e a compra do imóvel de Torres foi em junho de 2007, de modo que não há certeza de que a quantia da venda do imóvel ficou, neste período, íntegra e apartada, tendo como destino final a compra do imóvel litorâneo. 2. O AUTOMÓVEL VW GOL afirma que comprou com seus rendimentos mensais de funcionária pública municipal. Ocorre que por força do regime de bens da comunhão parcial, que vigora no caso, entram na comunicação patrimonial os bens adquiridos na constância do relacionamento a título oneroso, ainda que em nome só de um deles, nos termos do art. 1.660 do CCB - não importa averiguar se o pagamento do preço foi exclusivamente com o salário da recorrente ou não. O mesmo se diz em relação aos LOTES DE ÁGUAS CLARAS, todos os três comprados no curso da união estável. E, novamente, não há prova de sub-rogação no que se refere à construção ali de casa de madeira pré-fabricada, bem como de utilização dos citados valores da venda de imóvel da COHAB para quitação do preço do AUTOMÓVEL FIAT PALIO. 3. Para que, nos termos dos incs. I e II do art. 1.659 do CCB, sejam excluídos da comunhão os bens sub-rogados em lugar daqueles que a parte já possuía ou que adquiriu com valores que lhe pertenciam com exclusividade, é preciso prova direta e precisa. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70063542286, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 21/05/2015)

Das relações de afeto decorrem consequências patrimoniais. Nesse sentido, uma vez descaracterizado o contrato de namoro e vindo a configurar uma união estável é de ser aplicado o regime de comunhão parcial de bens, exposto no art. 1.725 do Código Civil.

Em síntese, os bens adquiridos na constância da relação, a título oneroso, pertencem a ambos conviventes e, em caso de dissolução do vínculo, devem ser partilhados de forma igualitário aspecto este, que se buscava afastar com o contrato de namoro.

O patrimônio comum, o qual sofrerá a divisão, representa a cooperação dos parceiros, ou seja, as economias obtidas com os rendimentos e o produto do trabalho de cada um. E, embora apenas um exerça atividade lucrativa, o espírito de poupança do outro, sua atividade doméstica, é fator essencial para que aquele

possa se dedicar à obtenção do dinheiro necessário para a subsistência da família logo, são bens comuns.

Da mesma forma, no direito sucessório ficou resguardado a quota parte do companheiro, conforme dispõe o art. 1.790 do Código Civil. Quanto aos direitos patrimoniais, cabe citar as palavras do nobre Zeno Veloso<sup>22</sup>:

Se os bens são comuns, o companheiro sobrevivente tem direito à meação. Mas este direito não tem origem na morte do outro convivente. O meeiro já é dono de sua parte ideal antes da abertura da sucessão. Trata-se de situação que decorre do Direito de Família, não do Direito das Sucessões. A meação do falecido é que vai ser objeto da sucessão, juntamente com outros bens, de propriedade exclusiva, se houver.

Segundo Maria Berenice Dias em seu Manual das Sucessões, o Código Civil trouxe inegável prejuízo ao companheiro no que se refere ao direito sucessório visto que, apesar da união estável, o mesmo não foi reconhecido como herdeiro necessário, somente como herdeiro legítimo, não teve assegurada quota mínima, na ordem de vocação hereditária herda depois dos parentes colaterais de quarto lugar, não lhe foi assegurado direito real de habitação e por fim, limitou a partilha aos bens adquiridos somente onerosamente durante a união.<sup>23</sup>

Apesar de não ser reconhecido por lei como herdeiro necessário e sim, facultativo, a doutrina vem assim o reconhecendo sob o fundamento de ter direito de concorrência sobre os aquestos. Da mesma forma, embora apenas expresso o direito real de habitação ao cônjuge no casamento (artigo 1831 do Código Civil), o silêncio quanto à união estável não inibe seu reconhecimento visto, se invocar o princípio da isonomia e ao se considerar a existência do disposto no art. 7º, parágrafo único da Lei n. 9.278/96, a qual não foi revogada.

Assim, o companheiro sucederá ao outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, sendo excluído o patrimônio pessoal de cada um e, os adquiridos por doação ou sucessão.

Nesse sentido, cabe fazer uma breve suma quanto esta partilha: se concorrer com filhos comuns receberá uma quota equivalente a cada filho; se concorrer com descendentes só do autor da herança, receberá metade do que couber a cada um; se concorrer com outros parentes sucessíveis digo, colaterais,

---

<sup>22</sup> DIAS, M. B. e PEREIRA, R.P. **Direito de família e o novo Código Civil**. 2º Ed. Belo Horizonte: DelRey, 2001. Pg. 251

<sup>23</sup> DIAS, M. B. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.Pg. 66

receberá um terço da herança e, se eventualmente não houver parentes sucessíveis, terá direito a receber a totalidade da herança.<sup>24</sup>

Quanto aos direitos e deveres do casal estabelece o Código Civil em seu artigo 1.724 dever de lealdade, respeito, assistência e, obrigação de guarda, sustento e educação dos filhos. Aqueles, muitas vezes já presentes em namoros casuais.

Logo, transformando-se o namoro em uma relação pessoal estável os companheiros obedecerão aos deveres supramencionados, presente assim os deveres recíprocos entre as partes.

Portanto, tratando-se o instituto da união estável preceito de ordem pública – norma cogente, descabe reconhecer a validade jurídica dos contratos de namoro até porque, se assim o fizer, a justiça passaria a reconhecer e normatizar o afeto de pessoas que apenas namoram, caracterizando um novo tipo de estado civil. Apesar da intenção no início de uma relação ser apenas de namorem, pode ser que com o transcorrer dos dias evidenciam-se os reflexos e elementos caracterizadores da união estável. Afinal, nenhuma relação nasce estável ou duradoura, ela assim se torna ao se persistir no tempo.<sup>25</sup>

Na mesma linha de entendimento, predomina na doutrina e jurisprudência para não ser reconhecida a validade jurídica dos contratos de namoro, a fim de que não ocorra um enriquecimento ilícito de um convivente em razão do outro, visto que a função jurídica destes contratos é o não reconhecimento da união estável. Assim, o casal que almeja proteger o patrimônio individual e afastar certas responsabilidades e obrigações deve firmar um contrato de convivência<sup>26</sup>, optando pelo regime de bens que melhor se adequar a relação e, com isso, afastando os reflexos legais da união estável.<sup>27</sup>

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

<sup>24</sup> LOUREIRO, L. G. **Curso Completo de Direito Civil**. 2 Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. Pg. 1170

<sup>25</sup> PINHEIRO, Raphael Fernando. Namorar com contrato? A validade jurídica dos contratos de namoro. **Âmbito Jurídico**. Disponível em [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11589&revista\\_caderno=14](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11589&revista_caderno=14). Acesso em 16 jul. 2015.

<sup>26</sup> Mais informações sobre o contrato de convivência podem ser obtidas em TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 9º ed. São Paulo: Método, 2014

<sup>27</sup> PINHEIRO, Raphael Fernando. Namorar com contrato? A validade jurídica dos contratos de namoro. **Âmbito Jurídico**. Disponível em [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11589&revista\\_caderno=14](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11589&revista_caderno=14). Acesso em 16 jul. 2015.

O presente artigo teve como principal objetivo apresentar e discutir os reflexos que o instituto da união estável vem a transcender nos modernos contratos de namoro. Nesse cerne, buscou-se distinguir o conceito de namoro e união estável concluindo-se, que o denominado namoro qualificado e a união estável são muitos próximos em seus elementos, sendo a principal diferença que no namoro a intenção de constituir família é futura ou inexistente, já na união estável ela é atual.

Ante esta aproximação de conceitos, o contrato de namoro veio a surgir entre casais modernos a fim de se garantir seus direitos e resguardar o patrimônio individual, buscando evitar futuro reconhecimento de união estável.

Respectivo contrato visa afastar os requisitos configuradores da união estável buscando garantir que se cumpra a vontade expressa das partes, o que é analisado caso a caso, visto que aquela provém de norma cogente, não devendo ser elidida.

Porém, ainda é questionável a validade e eficácia do contrato de namoro como negócio jurídico, entendendo-se majoritariamente que o mesmo não possui validade jurídica, por não ter um objeto possível de criar ou extinguir direitos e deveres. Outrora, possui certa eficácia em decorrência de expressar a vontade das partes, cabendo ao judiciário analisá-lo como possível meio de prova em ação judicial.

Portanto, embora existente o contrato de namoro como prova incontestável a vontade das partes, refletindo os elementos caracterizadores da união estável naquele, esta não pode deixar de ser reconhecida visto que, apesar de o contrato possuir eficácia, não possui validade, tampouco é reconhecido como negócio jurídico em nosso ordenamento, visto que se trata de mero costume moral e social, não havendo norma legal que o discipline.

## 7 REFERÊNCIAS

BERNEIRA, Bruna Couto. **Contrato de namoro**. JusBrasil, set. 2014. Disponível em <http://brunacoutoberneira.jusbrasil.com.br/artigos/137838366/contrato-de-namoro?ref=topic>. Acesso em 16 jul. 2015.

BRASIL, Lei 10.406/02, institui o Código Civil brasileiro

DIAS, M. B. e PEREIRA, R.P. **Direito de família e o novo Código Civil**. 2º Ed. Belo Horizonte: DelRey, 2001

DIAS, M. B. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 8 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

LOUREIRO, L. G. **Curso Completo de Direito Civil**. 2 Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009

MONTEMURRO, Danilo. **Contrato de namoro: utilidade prática versus validade jurídica**. Jus Navigandi, maio de 2014. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/28040/contrato-de-namoro-utilidade-pratica-versus-validade-juridica#ixzz3iuLlg6m9>. Acesso em 04 agost.2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Contrato de namoro estabelece diferença em relação a união estável**. ConJur, maio de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mai-10/processo-familiar-contrato-namoro-estabelece-diferenca-relacao-uniao-estavel>. Acesso em 04 agost.2015.

PINHEIRO, Raphael Fernando. **Namorar com contrato? A validade jurídica dos contratos de namoro**. Âmbito Jurídico. Disponível em [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11589&revista\\_caderno=14](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11589&revista_caderno=14). Acesso em 16 jul. 2015.

STOLZE, Pablo. **Contrato de namoro**. Jus navigandi. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/8319/contrato-de-namoro>. Acesso em 27 ago. 2015.

VENOSA, S. S. **Direito civil: direito de família**. 6º Ed. São Paulo: Atlas, 2006 – Coleção direito civil v.6





## A OBRIGATORIEDADE DA MEDIAÇÃO JUDICIAL NAS AÇÕES DE FAMÍLIA

Adrian Abi Tapada<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente estudo visa analisar a obrigatoriedade da mediação judicial nas ações de família, que foi prevista no Código de Processo Civil de 2015 e é objeto de divergências doutrinárias. A pesquisa pretende demonstrar que a mediação é o meio mais adequado para tratamento de conflitos familiares, em razão das suas particularidades e da complexidade dos interesses envolvidos. Assim, a sua obrigatoriedade representou significativo avanço para que os objetivos do legislador de promover uma necessária humanização do processo e assegurar uma tutela jurisdicional de qualidade sejam atendidos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mediação. Obrigatoriedade. Código de processo civil de 2015. Conflitos. Família.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 As particularidades dos conflitos familiares e os benefícios da mediação. 3 O Tratamento diferenciado dos conflitos familiares no Código de Processo Civil de 2015. 4 A obrigatoriedade da mediação judicial nas ações de família. 5 Considerações finais. 6 Referências.

### 1 INTRODUÇÃO

A mediação ganhou significativo espaço no sistema jurídico brasileiro com a previsão da sua obrigatoriedade no Código de Processo Civil de 2015, sobretudo nas ações de família, o que se justifica pelo atual cenário do Poder Judiciário, que se mostra incapaz de atender satisfatoriamente as necessidades buscadas pelas partes nos processos que tratam de conflito familiar. O legislador deixou evidente a necessidade de um tratamento diferenciado para ações dessa natureza, que demandam maior humanização no procedimento, o que não ocorre no modelo adversarial, predominantemente formal, burocrático e demorado. Assim, a presente pesquisa visa demonstrar os benefícios da obrigatoriedade da mediação judicial nas

---

<sup>1</sup>Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós Graduada *Lato Sensu* em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Analista Processual da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Mediadora de conflitos na Câmara de Autocomposição de Conflitos de Família da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

ações de família, enfatizando a importância da difusão dessa prática, que representa o meio mais adequado para tratamento dos conflitos familiares.

## 2 AS PARTICULARIDADES DOS CONFLITOS FAMILIARES E OS BENEFÍCIOS DA MEDIAÇÃO

A relação familiar abrange uma extensa gama de sentimentos complexos, uma vez que é marcada por particularidades, como a sua necessária continuidade no tempo e a grande carga emocional envolvida. Quando há um conflito na família, os envolvidos encontram-se abalados e, muitas vezes, confusos em seus sentimentos, sendo comum que esses desentendimentos familiares derivem de uma série de acontecimentos e sentimentos que se acumulam ao longo do tempo, o que torna a questão ainda mais intensa<sup>2</sup>. Em que pese os conflitos sejam inerentes à vida humana, eles têm, no âmbito familiar, maior potencial deletério para as relações, podendo produzir efeitos devastadores no seio da família e sendo capazes de comprometer a estrutura psicoafetiva de seus integrantes, já que envolvem frustração, abandono, ódio, vingança, medo, insegurança, rejeição familiar e social, fracasso e culpa, o que o direito não objetiva e nem valora diretamente”<sup>3</sup>.

A respeito, Denise Maria Perissini da Silva salienta que “quando há ruptura do vínculo conjugal, mesmo quando convencido da decisão tomada, o casal vivencia emoções contraditórias, pois há perdas a serem elaboradas, inúmeros sentimentos que não são compreendidos, e aspectos práticos a serem resolvidos<sup>4</sup>”. Evidencia-se, portanto, que os conflitos familiares não se limitam aos aspectos jurídicos levados à apreciação do Poder Judiciário, envolvendo também aspectos afetivos que devem ser considerados para uma resolução efetiva da divergência surgida no âmbito

---

<sup>2</sup>ALMEIDA, Mariana Amaro Theodoro. A mediação dos conflitos de família como instrumento de concretização da fraternidade. **Revista Brasileira de Direito de Família e das Sucessões**, Porto Alegre, v. 6, out/dez. 2015. Disponível em: <[http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/result\\_list/document?&src=rl&srqid=10ad82d9b0000015f83c41848ee774a9d&docguid=1ca9b74b0c9b411e5915401000000000&hitguid=1ca9b74b0c9b411e59154010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=25&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/result_list/document?&src=rl&srqid=10ad82d9b0000015f83c41848ee774a9d&docguid=1ca9b74b0c9b411e5915401000000000&hitguid=1ca9b74b0c9b411e59154010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=25&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 25 set. 2017.

<sup>3</sup>GRISARD FILHO, Waldyr. O momento desafiador da mediação familiar: a audiência: breves recomendações. **Revista Síntese de Direito de Família**, Porto Alegre, v.18, n.101, abr./maio 2017, p. 50.

<sup>4</sup>SILVA, Denise Maria Perissini da. **Mediação e guarda compartilhada: conquistas para a família**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 63.

familiar<sup>5</sup>. Por tal razão, os conflitos familiares, em que predominam questões emocionais, oriundas de relacionamentos interpessoais intensos e, em geral, de longa duração, são o campo fértil da mediação, uma vez que “a metodologia da mediação possibilita a plena investigação dessas peculiaridades e sua consideração na formulação de opções<sup>6</sup>”.

É importante salientar ainda que os efeitos lesivos do conflito familiar não atingem apenas os protagonistas do litígio, pois uma vez instalado, o conflito familiar envolve e atinge todos os membros da família, mormente os filhos, quando se fala em uma ruptura conjugal. Nesse caso, a nova situação gerada pelo rompimento obriga todos os membros da família a readaptarem-se às novas realidades, uma vez que são inevitáveis as mudanças nas suas atividades habituais, bem como na estabilidade emocional e financeira. Assim, em razão da complexidade das questões familiares e o número de pessoas que são afetadas por elas, “necessária se faz a ampliação do acesso à justiça e a utilização de técnica mais humanizada, que busque uma solução individualizada para cada caso concreto<sup>7</sup>”, a fim de que os efeitos desses conflitos não sejam tão devastadores.

De acordo com Letícia Regina Konrad<sup>8</sup>: “o mecanismo costumeiro que vem sendo utilizado pelo Judiciário para a resolução de conflitos se mostra altamente objetivo, sistemático, normativo, ignorando totalmente a subjetividade própria dos conflitos familiares”. Diante disso, a solução adversarial convencional mostra-se pouco eficiente para a resolução desse tipo de conflitos, uma vez que um terceiro (juiz) decide sem uma ausculta adequada, ou seja, que leve em consideração as reais necessidades das partes e o conflito familiar em todos os seus espectros<sup>9</sup>, de forma que a sentença judicial limita-se a uma mera declaração de procedência ou

---

<sup>5</sup>GOMES, Jesus Tupã Silveira. A mediação como instrumento para a recuperação dos vínculos afetivos estabelecidos nas relações familiares. ROSA, Conrado Paulino da (org.). **Olhares interdisciplinares sobre família e sucessões**. Porto Alegre: Editora RJR, 2015.

<sup>6</sup>ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando nós e construindo laços: os novos desafios da mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 147.

<sup>7</sup>LIMA, Fernanda da Silva; VAZ, Vânia. Mediação: o caminho para a disseminação de uma cultura de paz. **MP MG Jurídico**, Belo Horizonte, ed. especial Mediação, p.18-28, 2012. Disponível em: <<http://intra.mp.rs.gov.br/areas/biblioteca/arquivos/acervos/2012/49151.pdf>>. Acesso em: 10. ago. 2017.

<sup>8</sup>KONRAD, Letícia Regina. A mediação no direito de família: resgatando a comunicação nos conflitos familiares. In: GORCZEVSKI, Clovis; ROMERO, Ralfe Oliveira (Org.). **Opinio iuris**: v. I. Curitiba: Multideia, 2012. p. 217.

<sup>9</sup>NUNES, Dierle José Coelho et al. (). Novo CPC, lei de mediação e os meios integrados de solução dos conflitos familiares: por um modelo multiportas. In: MACEDO, Lucas Buril De; PEIXOTO, Ravi de Medeiros; FREIRE, Alexandre (org.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 530.

improcedência de alguém alheio ao convívio familiar, baseado apenas em questões jurídicas, sendo, na maioria das vezes, insuficiente para tratar e prevenir novos conflitos.

Na lógica consensual, por outro lado, prevalece a autonomia dos envolvidos, razão pela qual o terceiro não intervém para decidir, mas para facilitar a comunicação e viabilizar resultados produtivos. Assim, “apenas em um processo não adversarial mostra-se possível o mapeamento da pluralidade dos interesses de todos os indivíduos envolvidos na controvérsia, assim como a identificação de soluções criativas e palatáveis<sup>10</sup>”, para a superação do desentendimento. Nesse contexto, a mediação ganha especial importância na resolução de conflitos dessa natureza, sendo o instrumento adequado para ensejar produtivas vivências em termos de satisfação e cumprimento espontâneo dos pactos firmados.

A lógica consensual da mediação pressupõe a construção de um ambiente colaborativo, de maneira que a abordagem a ser tomada tenha enfoque prospectivo, no sentido de que não importa tanto identificar quem errou, mas o que pode ser construído a partir de agora, de forma que o futuro é tomado como uma perspectiva a ser avaliada, o que é determinante para que os mediandos consigam seguir em frente para a resolução conjunta da divergência em questão<sup>11</sup>.

A mediação não objetiva saber qual o direito aplicável aos fatos, mas visa fortalecer a comunicação entre as pessoas, acolhendo as esferas afetiva e psíquica<sup>12</sup>, razão pela qual “soluciona o conflito na sua integralidade, ou seja, nos seus aspectos legais, emocionais, sociais e econômicos, evitando-se, muitas vezes, que esses processos se multipliquem nas Varas de Família<sup>13</sup>”. Mariana Amaro

---

<sup>10</sup>LIMA, Evandro Souza e; PELAJO, Samantha. A mediação nas ações de família. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende De; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coord.). **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 227.

<sup>11</sup>LESSA NETO, João Luiz. O procedimento especial das ações de família no novo CPC e a mediação. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v.2, n.10, p. 32-59, jan./fev. 2016.

<sup>12</sup>REZENDE, Joyce Cristina de Oliveira; MANDELBAUM, Belinda Piltcher Haber. Mediação de Conflitos com Ex-casais: Saída da Judicialização e Entrada na Psicologização. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v.2, n. 11, mar./abr. 2016, p. 10.

<sup>13</sup>LIMA, Fernanda da Silva; VAZ, Vânia. Mediação: o caminho para a disseminação de uma cultura de paz. **MP MG Jurídico**, Belo Horizonte, ed. especial Mediação, p.18-28, 2012. Disponível em: <<http://intra.mp.rs.gov.br/areas/biblioteca/arquivos/acervos/2012/49151.pdf>>. Acesso em: 10. ago. 2017.

Theodoro Almeida<sup>14</sup> enumera os benefícios da mediação na resolução de questões atinentes à seara familiar:

Além de possibilitar aos conflitantes o acesso à Justiça, menor burocratização, diminuição da quantia de processos nas prateleiras do Poder Judiciário, redução de custos e despesas processuais e solução do litígio em tempo razoável, a mediação possui uma grande vantagem: a valorização da autonomia dos conflitantes e o empoderamento a eles concedido. Isso porque, a mediação oportuniza a compreensão dos problemas e sentimentos envolvidos no conflito, restabelece a comunicação e, desse modo, os conflitantes se tornam capazes de encontrar a solução de seus problemas.

A mediação, num contexto familiar, tem, portanto, um tratamento diferenciado, pois envolve questões mais profundas, como emoções e vários outros fatores psicológicos importantes na vida das pessoas. Em razão do seu caráter contínuo, “a qualidade na relação que se pauta pela comunicação é extremamente importante, evitando futuros desentendimentos e até mesmo sofrimento. A lógica da intervenção profissional é mais relacional, comunicacional e cooperativa, diferentemente de uma lógica processual e decisional<sup>15</sup>”.

O autor João Luiz Lessa Neto<sup>16</sup> sustenta que a mediação é o meio mais adequado para o tratamento de conflitos familiares:

A mediação nos conflitos familiares apresenta-se como meio mais adequado para a resolução da disputa por três razões principais: (i) permite que os familiares detenham controle sobre a solução do conflito, a partir de seus interesses e necessidades; (ii) permite o tratamento dos verdadeiros

<sup>14</sup>ALMEIDA, Mariana Amaro Theodoro. A mediação dos conflitos de família como instrumento de concretização da fraternidade. **Revista Brasileira de Direito de Família e das Sucessões**, Porto Alegre, v. 6, out/dez. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad82d9b000015f83c41848ee774a9d&docguid=Ica9b74b0c9b411e5915401000000000&hitguid=Ica9b74b0c9b411e5915401000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=25&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 25 set. 2017.

<sup>15</sup>ÁVILA, Eliedite Mattos. **Mediação familiar: mitos, realidades e desafios**. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 6, set. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad82d9b000015f8ed334d12b666089&docguid=11bf32090f25311dfab6f010000000000&hitguid=11bf32090f25311dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=3&context=4&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 10 set. 2017.

<sup>16</sup>LESSA NETO, João Luiz. O procedimento especial das ações de família no novo CPC e a mediação. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v.2, n.10, p. 32-59, jan./fev. 2016, p. 49.

problemas envolvidos e não apenas uma decisão sobre os direitos das partes: há sempre mais em um conflito familiar do que uma mera contraposição de alegados direitos; (iii) em razão do caráter consensual da solução há uma maior adesão dos envolvidos em sua execução e efetivação.

Concordamos com o referido autor, sendo que a eficiência da mediação na solução dos conflitos familiares é nítida e pode ser percebida porque preconiza a valorização do ser humano, visando a desconstrução do conflito, de modo que os mediados encontrem as reais motivações de suas disputas e, assim, consigam solucioná-las. A mediação, portanto, “representa um espaço de comunicação segura e responsável e reorganiza a relação e a comunicação rompidas, por consequência, garante uma convivência familiar harmônica, especialmente para os filhos<sup>17</sup>”.

Não se pode olvidar, ainda, a consequência de prevenção de novos conflitos trazida pela mediação, o que se mostra fundamental quando se fala em relações continuadas, como em uma família. Assim, pode-se dizer que a mediação é uma forma de humanização da justiça pelo reconhecimento e valorização do afeto em casos em que “a abordagem puramente jurídica se mostra insuficiente para atingir um grau satisfatório de pacificação<sup>18</sup>”, sendo uma grande aliada para a preservação das relações familiares.

### 3 O TRATAMENTO DIFERENCIADO DOS CONFLITOS FAMILIARES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Em que pese os métodos consensuais de resolução de conflitos já sejam previstos no ordenamento jurídico brasileiro há bastante tempo e em leis variadas, os meios autocompositivos como mecanismos primordiais no tratamento de litígios

---

<sup>17</sup>ALMEIDA, Mariana Amaro Theodoro. A mediação dos conflitos de família como instrumento de concretização da fraternidade. **Revista Brasileira de Direito de Família e das Sucessões**, Porto Alegre, v. 6, out/dez. 2015. Disponível em: <[http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srqid=i0ad82d9b0000015f83c41848ee774a9d&docguid=lca9b74b0c9b411e59154010000000000&hitguid=lca9b74b0c9b411e59154010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=25&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srqid=i0ad82d9b0000015f83c41848ee774a9d&docguid=lca9b74b0c9b411e5915401000000000&hitguid=lca9b74b0c9b411e59154010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=25&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 25 set. 2017.

<sup>18</sup>DEMARCHI, Juliana. **Mediação**: proposta de implementação no processo civil brasileiro. São Paulo: USP, 2007. Tese de doutorado, Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-01042008-132345/pt-br.php>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

foram consolidados pela publicação do Código de Processo Civil de 2015, que instituiu um sistema multiportas para tratamento de conflitos.

Com o Código de Processo Civil de 2015, o acesso à Justiça deixou de ser compreendido apenas como simples acesso a uma solução adjudicatória dos conflitos, sendo enfatizado sob a ótica das formas autocompositivas, mormente da conciliação e da mediação<sup>19</sup>. Por meio desse sistema multiportas, possibilita-se a solução não conflituosa das questões levadas ao Poder Judiciário, qualquer que seja a fase processual, de forma que a mediação, de fato, ganhou efetiva força no sistema jurídico brasileiro, uma vez que, junto com a conciliação, tornou-se obrigatória.

O Código de Processo Civil de 2015<sup>20</sup> trouxe, no seu artigo 334, a obrigatoriedade da designação, por parte do juiz, de audiência de conciliação ou mediação, caso a petição inicial preencha os requisitos legais e não seja caso de improcedência liminar do pedido. Assim, a audiência/sessão só não será realizada quando a matéria não admitir a autocomposição ou se ambas as partes do processo manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual, sendo que o autor já deverá manifestar-se assim na petição inicial e o réu deverá dizer que não tem interesse na autocomposição por petição apresentada até dez dias antes da audiência. Saliente-se que, havendo interesse de apenas uma das partes, a sessão ocorrerá independentemente da vontade do outro litigante.

Assim, a obrigatoriedade da realização de sessão de mediação (ou conciliação) é a regra geral prevista no NCPC, sendo a sua não ocorrência uma exceção. A respeito, vale registrar que a obrigatoriedade resta clara na medida em que o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à referida audiência é considerado ato atentatório à dignidade da justiça, punível com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado, como estabelece o parágrafo 8º do artigo 334 do Código de Processo Civil de 2015.

A reforma legislativa que resultou no Novo Código de Processo Civil indica a preocupação do legislador em se adequar e modernizar o sistema de justiça civil

---

<sup>19</sup> ALVIM, Thereza Arruda. O direito de família e o Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v.13, jan/fev. 2016.

<sup>20</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015**, com suas adaptações. 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 08 ago. 2017.



brasileiro para torná-lo mais eficiente e próximo do cidadão<sup>21</sup>. Conforme o autor Walsir Edson Rodrigues Júnior, o Código de Processo Civil de 2015 “ao institucionalizar vias plúrimas de dimensionamento dos conflitos, visa proporcionar um campo de ação multidisciplinar, por meio do qual as pessoas construam, de modo comunicacional e relacional, a solução do conflito, respeitando as individualidades<sup>22</sup>”.

Fredie Didier Júnior defende que o estímulo à autocomposição tem forte caráter democrático, uma vez que “pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder – no caso, o poder de solução dos litígios<sup>23</sup>”. Os autores Humberto Pinho e Michele Paumgastten complementam:<sup>24</sup>

Essa concepção permitirá que a noção contemporânea de jurisdição deixe de ser tão centrada no poder, para conectar a ideia de soberania à possibilidade de busca por meio mais adequado para resolver aquele litígio, a fim de que o jurisdicionado possa obter a justa solução para a sua controvérsia, em seu sentido pleno, com uma tutela adequada, pelo mecanismo adequado, num tempo razoável.

É importante destacar que o processo deve ser adequado à realidade do direito material, de forma que haja uma adequação às particularidades do caso concreto. Assim, o procedimento previsto em lei para determinado processo deve atender às finalidades e à natureza do direito tutelado<sup>25</sup>. Por tal razão, o legislador previu um procedimento especial para as ações de família, em que o fomento à autocomposição é ainda mais evidente. Impende registrar, contudo, que algumas

---

<sup>21</sup>LESSA NETO, João Luiz. O procedimento especial das ações de família no novo CPC e a mediação. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v.2, n.10, jan./fev. 2016.

<sup>22</sup>RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. A efetivação da mediação familiar no Brasil a partir do novo código de processo civil (lei nº 13.105/15) e da lei de mediação (lei nº 13.140/15). In: SOUZA, Cláudia Maria Gomes de et al. [coord.]. **Mediação de conflitos**: a emergência de um novo paradigma. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 252.

<sup>23</sup>DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. v. 1.18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 271.

<sup>24</sup>PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho; PAUMGARSTTEN, Michele Pedrosa. Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do Novo Código de Processo Civil: quais as perspectivas para a justiça brasileira? In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de (coord), et al. **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 14.

<sup>25</sup>CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Procedimento especial para as ações de família no novo código de processo civil. In: MACEDO, Lucas Buril De; PEIXOTO, Ravi de Medeiros; FREIRE, Alexandre (org.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. .2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

demandas não estão abarcadas no procedimento especial previsto nos artigos 693 e seguintes do NCPC<sup>26</sup>, tais como ações sobre alimentos e interesses de crianças ou adolescentes, que continuam seguindo os ritos previstos nas leis específicas, aplicando-se o disposto no NCPC quando o seu regramento for compatível. Outrossim, o procedimento também é incompatível com a execução de alimentos, que passou a ser regida pelo art. 911 do NCPC<sup>27</sup>.

Assim, na maioria das ações de família, a mediação passou a ser priorizada para a solução de controvérsias dessa natureza, pois leva em consideração que “os conflitos familiares envolvem relacionamentos interpessoais continuados, nos quais os elementos psicológicos costumam preponderar sobre os jurídicos<sup>28</sup>”. Nos termos do artigo 694 do Código de Processo Civil de 2015<sup>29</sup>, “nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”. O objetivo de tal norma é disponibilizar elementos para que os membros da família possam reforçar tal instituição de forma que ela mesma supra suas necessidades sem precisar delegar a solução de suas crises a terceiros<sup>30</sup>.

Para tanto, em notório incentivo à solução consensual dos conflitos, o legislador, no Código de Processo Civil, estabeleceu regras diferenciadas que regem a realização da audiência de mediação ou de conciliação nas ações de família, havendo, por exemplo, prazos diferenciados e possibilidades de suspensão do processo para atendimento multidisciplinar<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015**, com suas adaptações. 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 08 ago. 2017.

<sup>27</sup>TARTUCE, Fernanda. **Processo civil no direito de família: teoria e prática**. 2. ed. São Paulo: Método, 2017.

<sup>28</sup>COSTA FILHO, Venceslau Tavares; SILVA, Ana Carolina Alves da; SOUZA, Felipe Barros de. A conciliação e mediação de conflitos familiares no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v.11, n.65, mar./abr. 2015, p. 104.

<sup>29</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015**, com suas adaptações. 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 08 ago. 2017.

<sup>30</sup>BRANDÃO, Débora; SILVA, Fernanda Tartuce. Reflexões sobre a aplicação das previsões consensuais do novo CPC em demandas familiares. **Revista Brasileira de Direito Processual** : RBDPro, Belo Horizonte, v.23, n.91, jul./set. 2015. Disponível em: <<http://intra.mp.rs.gov.br/areas/biblioteca/arquivos/acervos/2015/69485.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

<sup>31</sup>TARTUCE, Fernanda. **Processo civil no direito de família: teoria e prática**. 2. ed. São Paulo: Método, 2017.

A propósito, na esteira das especificidades desse procedimento, o parágrafo único do artigo 694 do NCPC possibilita que, a requerimento das partes, o juiz possa determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar, incentivando a tentativa de autocomposição.

Outra previsão específica do procedimento especial das ações de família está no parágrafo 1º do artigo 695 do Código de Processo Civil de 2015<sup>32</sup>: a necessidade de o mandado de citação estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurando-se ao réu o direito de examinar o conteúdo da referida peça a qualquer tempo. Ademais, tal como ocorre no procedimento comum, a audiência de conciliação e mediação nas ações de família é designada após o recebimento da inicial e antes do prazo para apresentação da resposta pelo réu. Restá claro, nessa norma, o intuito de preservar o ambiente da beligerância que pode se instaurar após o embate entre as teses do autor e do réu<sup>33</sup>.

Por fim, a regra mais significativa trazida pelo procedimento especial é a inexistência de exceção para a obrigatoriedade da realização de audiência de conciliação ou mediação nas ações de família, o que causa divergências na doutrina e é o objeto de estudo da presente pesquisa.

#### **4 A OBRIGATORIEDADE DA MEDIAÇÃO JUDICIAL NAS AÇÕES DE FAMÍLIA**

O artigo 695 do Código de Processo Civil de 2015<sup>34</sup>, inserido em capítulo que trata especificamente dos procedimentos para ações de família, assim estabelece: “recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694”, que, por sua vez, prioriza a solução consensual de conflitos para as ações de família. O texto do artigo 695 do NCPC gera, contudo, problema interpretativo, uma vez que a doutrina considera controversa a obrigatoriedade da designação de sessão inicial de autocomposição,

<sup>32</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015**, com suas adaptações. 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 08 ago. 2017.

<sup>33</sup> ALVIM, Thereza Arruda. O direito de família e o Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v.13, jan/fev. 2016.

<sup>34</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015**, com suas adaptações. 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 08 ago. 2017.

uma vez que o artigo 334 do NCPD, que trata do procedimento comum, embora também estabeleça a obrigatoriedade da sessão inicial de mediação, traz exceções no seu §4º, enquanto o artigo que trata do procedimento especial para as ações de família nada refere nesse sentido.

Diante disso, a doutrina divide-se em duas interpretações, havendo autores que defendem que o Código de Processo Civil de 2015 instituiu a obrigatoriedade da sessão consensual tanto no procedimento específico das ações de família quanto no procedimento comum, sendo que a diferença estaria no fato de que, no procedimento comum, seria possível a dispensa da audiência desde que as duas partes tenham se manifestado previamente quanto à sua não realização e, no procedimento especial para as ações de família, não haveria essa possibilidade<sup>35</sup>.

Por outro lado, há uma segunda interpretação de que, nas ações de família, a regra da obrigatoriedade também restaria flexibilizada, uma vez que a autonomia da vontade é princípio basilar da mediação e precisa ser respeitada. Há também quem sustente que a expressão “se for o caso”, presente no art. 695 do NCPD<sup>36</sup>, remete diretamente às exceções à realização da audiência de mediação presentes no art. 334, §4º, que são: a manifestação expressa de ambas as partes quanto ao desinteresse na composição consensual e a inadmissão de autocomposição, sendo que só “será o caso” de determinar a realização de sessão de mediação ou conciliação nas demandas de família quando não incidirem essas duas exceções<sup>37</sup>.

O principal argumento de quem se posiciona contrariamente à obrigatoriedade da audiência de mediação é o princípio da autonomia da vontade, que sustenta a autocomposição, mas estaria comprometido caso fosse imposto às partes a participação na mediação. Nesse sentido, estão as ponderações de autores

---

<sup>35</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Procedimento especial para as ações de família no novo código de processo civil. In: MACEDO, Lucas Buriel De; PEIXOTO, Ravi de Medeiros; FREIRE, Alexandre (org.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. .2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 519.

<sup>36</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015**, com suas adaptações. 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 17 jan. 2019.

<sup>37</sup>TARTUCE, Fernanda. **Encaminhamento consensual adequado das ações de família no regime do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.fernandartartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Encaminhamento-consensual-adequado-das-aco-es-de-familia-no-Novo-CPC.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2017.

como Águida Arruda Barbosa<sup>38</sup>, Fernanda Tartuce<sup>39</sup>, Fernanda Fernandes<sup>40</sup>, Thereza Arruda Alvim<sup>41</sup>, Fernando G. Miranda Netto e Irineu de Oliveira<sup>42</sup>, dentre outros.

Outro argumento contrário à obrigatoriedade da mediação judicial é a demora no andamento do feito que pode ser causada por esse procedimento, afetando o princípio da razoável duração do processo e ainda contrariamente à vontade das partes. Há quem diga, inclusive, como Thereza Arruda Alvim<sup>43</sup>, que a ênfase às modalidades autocompositivas se afiguraria contraditória com os objetivos gerais do Código, que prioriza a celeridade processual, já que a mediação, que se revela a prática mais adequada para restabelecer a harmonia das relações familiares, não se trata de mecanismo particularmente célere. A respeito, é importante enfatizar, contudo, que a preocupação do legislador do Código de Processo Civil de 2015 ao priorizar a resolução consensual dos conflitos está em viabilizar uma solução duradoura<sup>44</sup>, capaz de prevenir novos desentendimentos, tornando os indivíduos capazes de resolverem por conta própria os eventuais conflitos que surgirem, o que muitas vezes pode ser demorado, mas efetivo. Ademais, havendo entendimento na mediação, certamente o processo será encerrado antes, comparado com a duração comum de um processo judicial litigioso.

Entendemos, contudo, que o silêncio do artigo 695 do Código de Processo Civil de 2015<sup>45</sup> permite a conclusão de que, nas ações de família, a sessão de mediação é obrigatória, ou seja, independe da vontade das partes, sem as exceções previstas para o procedimento comum. Inexiste qualquer inconstitucionalidade na previsão de mediação obrigatória para as ações de família, uma vez que isso não

<sup>38</sup>BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015., p. 64.

<sup>39</sup>TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 24.

<sup>40</sup>FERNANDES, Fernanda Sell de Souto Goulart. **Audiência de mediação nos litígios de família: e se eu não quiser?**. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/audiencia-de-mediacao-nos-litigios-de-familia>>. Acesso em 02 out. 2017.

<sup>41</sup>ALVIM, Thereza Arruda. O direito de família e o Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v.13, jan/fev. 2016, p. 17.

<sup>42</sup>MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. Princípios procedimentais da mediação no novo código de processo civil. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende De; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coord.). **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 115/116.

<sup>43</sup>ALVIM, Thereza Arruda. O direito de família e o Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v.13, jan/fev. 2016, p. 15.

<sup>44</sup>ALVIM, Thereza Arruda. O direito de família e o Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v.13, jan/fev. 2016, p. 13.

<sup>45</sup>BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015**, com suas adaptações. 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 08 ago. 2017.

fero o direito de ação, já não há nenhum tipo de impedimento ou óbice para se levar o caso para apreciação do Poder Judiciário, de forma que a designação obrigatória de audiência inicial de mediação trata-se apenas de uma etapa procedimental específica estipulada por lei. Não havendo transação, o processo será instruído e julgado normalmente. Além disso, não há nenhuma limitação para que o juiz defira medidas liminares, de caráter antecipatório ou cautelar, antes ou durante a mediação, de forma que não há prejuízo em situação de urgência ou mesmo de evidência, sendo que as partes não ficarão vinculadas a tal decisão se decidirem, em acordo, de maneira diversa do que ficou estabelecido na tutela provisória<sup>46</sup>.

Não se pode deixar de referir ainda que comparecer à audiência de mediação é um dever processual das partes, sendo que o não comparecimento injustificado do autor ou do réu que é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa (artigo 334, § 8º, NCPC<sup>47</sup>). Inexiste, portanto, dever de fazer acordo e sim o dever de atender ao chamado do Poder Judiciário.

Logo, também não se vislumbra incompatibilidade entre o Código de Processo Civil de 2015 e a Lei da Mediação<sup>48</sup>, que estabelece em seu artigo 2º, parágrafo 2º, que “ninguém é obrigado a permanecer em mediação”, pois essa regra não significa que a parte não possa ser convocada a comparecer a uma audiência com essa finalidade.

Salienta-se que, o fato de, no Novo Código de Processo Civil, a mediação ser meio não apenas prioritário para a resolução de disputas familiares, mas obrigatório, não significa que as partes estejam obrigadas a transacionar, mas apenas que “devem se submeter a procedimento de negociação assistida, antes que o processo possa prosseguir para a fase de julgamento impositivo pelo juiz”, já que o objetivo da lei “não é impor às partes um acordo contra sua vontade, mas, pedagogicamente,

---

<sup>46</sup>LESSA NETO, João Luiz. O procedimento especial das ações de família no novo CPC e a mediação. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, v.2, n.10, jan./fev. 2016, p. 58.

<sup>47</sup>BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015**, com suas adaptações. 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 08 ago. 2017.

<sup>48</sup>BRASIL. **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)>. Acesso em: 17 set. 2019.

apresentar a técnica e as suas potencialidades<sup>49n</sup>. Logo, a obrigatoriedade tange a designação da audiência pelo magistrado e ao seu comparecimento pelas partes, que, de forma alguma, restarão obrigadas a chegar a um acordo<sup>50</sup>.

Os autores Evandro Lima e Samantha Pelajo<sup>51</sup> ressaltam que “ao decidir pela intervenção estatal, os jurisdicionados devem observar o procedimento idealizado pelo legislador ordinário”, pois a previsão de adoção prioritária da mediação como meio de resolução de conflitos nas ações de família não foi ingênua: “o legislador se valeu de dados estatísticos, que apontam no sentido de um elevado índice de composições e de satisfação, alcançados por meio do processo mediativo”. Cabe, portanto, ao Estado incentivar a utilização de instrumentos especialmente adequados e efetivos à solução dos conflitos de interesses, mormente quando o conflito envolve a família, que é a base da sociedade e qualquer conflito no seu seio tem um grande potencial destrutivo. Assim, o legislador, em uma visão otimista, sinaliza entender que “a autocomposição pressupõe um fluxo bilateral de comunicação em que as partes se influenciam reciprocamente; assim, deixa espaço para que a parte interessada na autocomposição possa persuadir a outra a se engajar no método<sup>52n</sup>”.

Com efeito, “a obrigatoriedade do comparecimento à audiência de mediação e de conciliação advém do interesse público de oportunizar às partes o alcance a uma solução consensual, antes da intervenção jurisdicional na solução do conflito<sup>53n</sup>”. Isso ocorre em decorrência da leitura atual do direito constitucional de que o acesso à justiça não se limita à oportunidade das partes em pedir e se defender, mas inclui o acesso à ordem jurídica justa, ou seja: tempestiva, efetiva e adequada<sup>54</sup>. Nesse

<sup>49</sup>LESSA NETO, João Luiz. O procedimento especial das ações de família no novo CPC e a mediação. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v.2, n.10, jan./fev. 2016, p. 55/56.

<sup>50</sup>SOARES, Marcos José Porto. A obrigatoriedade da designação da audiência de conciliação ou mediação (comentários ao art. 334 do CPC). **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.262, dez. 2016, p. 127.

<sup>51</sup>LIMA, Evandro Souza e; PELAJO, Samantha. A mediação nas ações de família. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende De; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coord.). **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 234/235.

<sup>52</sup>TARTUCE, Fernanda. **Encaminhamento consensual adequado das ações de família no regime do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.fernandatar্তুce.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Encaminhamento-consensual-adequado-das-aco-es-de-familia-no-Novo-CPC.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2017.

<sup>53</sup>SOARES, Marcos José Porto. A obrigatoriedade da designação da audiência de conciliação ou mediação (comentários ao art. 334 do CPC). **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.262, dez. 2016, p. 127.

<sup>54</sup>SALLES, Carlos Alberto de; MEGNA, Bruno Lopes. Mediação e conciliação em nova era: conflitos normativos no advento do novo CPC e da lei de mediação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA,

contexto, entendido que a mediação é o meio mais adequado para tentativa consensual de resolução de conflitos familiares, a obrigatoriedade de comparecimento à sessão oportuniza o acesso a uma tutela jurisdicional mais efetiva para o caso concreto. A respeito, Eduardo Cambi<sup>55</sup> aduz:

[...] O postulado constitucional da dignidade humana, como valor-fonte que inspira o ordenamento jurídico brasileiro (art. 1º, III, CF/88), representa o significativo vetor hermenêutico, reconhecido expressamente pelo NCPC (art. 8º), a impor a previsão de mecanismos não apenas formais de acesso à justiça, mas de métodos eficientes da solução de controvérsias. Isso significa reconhecer que, por detrás de em cada processo, existe um drama humano, uma pessoa de carne e osso, que sofre com a ineficiência do sistema judicial e, para manter a esperança na justiça e realmente acreditar no Poder Judiciário, deve ter assegurado uma tutela jurisdicional de qualidade.

Ressalta-se, assim, que a mediação familiar é o meio encontrado pelo legislador de promover uma necessária humanização do processo, tornando obrigatória a mediação nas ações de família, na medida em que percebeu ser inadequada a direta intervenção de um terceiro estranho ao núcleo familiar para a solução do conflito<sup>56</sup>. A respeito, Luciane Moessa Souza<sup>57</sup> afirma, com expertise, que a obrigatoriedade da mediação judicial se justifica também pela ignorância da população quanto aos seus benefícios, o que faz com que a refute:

É bem verdade que a questão da obrigatoriedade é um dos grandes pontos polêmicos acerca da mediação, havendo muitas vozes que entendem que a imposição da tentativa de mediação revela-se de todo incompatível com o espírito da mediação. Ponderemos. A obrigatoriedade de comparecimento à audiência preliminar já vem prevista na legislação processual trabalhista e na legislação dos juizados especiais brasileiras desde a sua criação, sendo certo que o índice de acordos nestas duas searas do Judiciário é

---

Fabio Guidi Tabosa (coord.). **Direito intertemporal**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

<sup>55</sup>CAMBI, Eduardo. Audiência de conciliação ou de mediação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Org.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 876.

<sup>56</sup>LESSA NETO, João Luiz. O procedimento especial das ações de família no novo CPC e a mediação. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v.2, n.10, jan./fev. 2016, p. 41.

<sup>57</sup>SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação: breve análise da proposta brasileira e das experiências argentina e colombiana na normatização deste método de solução de conflitos**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1426](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1426)>. Acesso em 14 out. 2017.



enormemente superior ao índice de acordos nos processos cíveis em que o acordo é possível, mas não existe obrigatoriedade da tentativa. Por outro lado, se se deseja implementar a mediação em larga escala, não se pode esperar que uns poucos demandantes de boa vontade se disponham a comparecer para a audiência de mediação e passem a relatar sua boa experiência às pessoas em geral para que então aumentem os índices de comparecimento. Infelizmente, temos uma população pouquíssimo educada, com limitações no discernimento e conhecimentos necessários para sopesar o custo de um comparecimento a uma audiência com os benefícios de uma possível solução através da mediação. As pessoas costumam raciocinar apenas a curto prazo e concentrar-se no incômodo de comparecer e, ainda por cima, encontrar o adversário com quem já desistiram de dialogar ao decidir recorrer ao Judiciário. Não sabem como funciona a mediação, e muito menos conhecem (até se verem envolvidas como partes) a alternativa tradicional de solução de litígios: o processo judicial. Ignoram quanto tempo costuma demorar, quais as etapas, quais os critérios de julgamento em um processo judicial. Fica claro, assim, que não estão em condições de ponderar as vantagens e desvantagens da tentativa de mediação.

De fato, é cediço que os mediandos costumam demonstrar total incredulidade quanto à mediação e suas reais chances de êxito, uma vez que chegaram à via judicial justamente pela impossibilidade de resolução consensual do conflito, de forma que a suspensão do processo para a realização da mediação pode lhes dar a sensação de perda de tempo, o que invariavelmente resultaria na evitação do restabelecimento do diálogo e tentativa de negociação assistida, caso a primeira sessão de mediação não fosse obrigatória<sup>58</sup>. Assim, é coerente afirmar que as partes não podem dizer que não querem mediação antes que tenham todas as informações necessárias sobre o procedimento e saibam, de fato, no que consiste.

Marcos José Porto Soares<sup>59</sup> é categórico nesse sentido:

(...) urge notar que por ser a mediação nova técnica no sistema brasileiro, é preciso incrementar a sua cultura na estrutura de solução de conflitos no Brasil. É necessário fazer com que os conflitantes a vivenciem

---

<sup>58</sup>LIMA, Evandro Souza e; PELAJO, Samantha. A mediação nas ações de família. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende De; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coord.). **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

<sup>59</sup>SOARES, Marcos José Porto. A obrigatoriedade da designação da audiência de conciliação ou mediação (comentários ao art. 334 do CPC). **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.262, dez. 2016, p. 128.

concretamente. Como poderão dizer que não querem algo que nem conhecem? Veja que uma manifestação no sentido de não pretender ir a audiência do art. 334 do CPC sem nem mesmo saber o que venha a ser a mediação, estará envolta por um vício de vontade.

Logo, evidencia-se que a imposição da participação em mediação não significa que a vontade das partes é um dado irrelevante para o processo, mas o contrário: visa assegurar que essa vontade não esteja viciada, na medida em que possibilita que tenham pleno conhecimento sobre aquilo que estão decidindo escolher ou não, de forma que não deixem de tentar um método de grande eficiência para a restauração de relações humanas por ignorância sobre o procedimento.

Cabe mencionar que em países como Canadá e Argentina, a primeira sessão de mediação também é obrigatória, sendo o sistema processual ainda mais radical, pois, têm a sessão inicial de mediação como uma condição para o regular exercício do direito de ação, já que, para a propositura de demanda judicial, é preciso demonstrar que as partes participaram antes de uma audiência de mediação<sup>60</sup>. Convém referir que as partes têm obrigação de comparecer apenas ao primeiro encontro de mediação, onde, uma vez que expressem não quererem participar do procedimento, estão livres para assim fazê-lo<sup>61</sup>.

No caso da Argentina, a legislação que criou a mediação institucionalizada lá (Lei 26.589/2010<sup>62</sup>), estabeleceu a sua obrigatoriedade nos processos civis e comerciais, exceto em ações envolvendo o Estado ou qualquer de seus entes, falências, ações cautelares, inventários, ações de estado e em matéria de família, devendo, porém, as questões patrimoniais derivadas destas últimas ser remetidas à mediação. Ademais, nos processos de execução, a tentativa de mediação é facultativa para o exequente<sup>63</sup>.

<sup>60</sup>SOARES, Marcos José Porto. A obrigatoriedade da designação da audiência de conciliação ou mediação (comentários ao art. 334 do CPC). **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.262, dez. 2016.

<sup>61</sup>ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. **Mediação, negociação e práticas restaurativas no ministério público**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

<sup>62</sup>ARGENTINA. Ley 26.589, de 15 abr. 2010. Disponível em: < <http://www.sajj.gob.ar/26589-nacional-mediacion-conciliacion-Ins0005600-2010-04-15/123456789-0abc-defg-g00-65000scanyel?q=%28numero-norma%3A26589%20%29&o=0&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Legislaci%F3n%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJurisdicci%F3n&t=1>>. Acesso em 03 nov. 2017.

<sup>63</sup>SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação: breve análise da proposta brasileira e das experiências argentina e colombiana na normatização deste método de solução de conflitos**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1426](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1426)>. Acesso em 14 out. 2017.

Defendemos a obrigatoriedade da mediação judicial em ações de família, mas o condicionamento do acesso ao Poder Judiciário à demonstração de prévia tentativa de consenso entre as partes não merece amparo, uma vez que fere o direito constitucional de ação. Salieta-se que o sistema brasileiro também incentiva a mediação (assim como a conciliação) num momento anterior à judicialização do conflito, mas não é a sua tentativa requisito obrigatório para propositura de uma ação<sup>64</sup>, decisão que consideramos mais acertada. Pode-se dizer, portanto, que a audiência de mediação, tal como instituída no procedimento especial para as ações de família no Código de Processo Civil de 2015 é uma condição de prosseguibilidade do direito de ação.

Concordamos, então, com a autora Sandra Inês Feitor quando defende a obrigatoriedade da pré-mediação, com vista a averiguar a mediabilidade do conflito e informar as partes dos seus benefícios. Isso porque é inegável que a mediação judicial se apresenta como “uma ferramenta positiva, no sentido de colocar as partes litigantes em diálogo e de compreender as dinâmicas do conflito, o que os separa e o que os aproxima, visando separá-los do conflito e fazê-los encontrar soluções e caminhos positivos para a solução do caso”. Desse modo, é válida a imposição legal para que as partes compareçam a essa primeira sessão, chamada de pré-mediação, que tem caráter informativo, sendo a oportunidade na qual é explicado aos litigantes a proposta e as especificidades do procedimento, “oportunizando a eles a opção por vivenciarem ou não a experiência do processo de diálogo e negociação assistida<sup>65</sup>”. Convém salientar, contudo, a necessidade de que casos específicos que envolvam violência no âmbito familiar sejam pontualmente analisados pelo juiz para verificar a conveniência da mediação em caso de recusa da parte violentada em participar do procedimento. Consideramos ser essa uma exceção admissível à obrigatoriedade da mediação, que dependerá da sensibilidade do magistrado para análise da mediabilidade do caso concreto e os riscos de uma tentativa de resolução consensual do conflito.

Acreditamos que, com a obrigatoriedade do comparecimento à audiência de mediação judicial estabelecida nesses moldes, o sistema jurídico brasileiro está

---

<sup>64</sup>SOARES, Marcos José Porto. A obrigatoriedade da designação da audiência de conciliação ou mediação (comentários ao art. 334 do CPC). **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.262, dez. 2016.

<sup>65</sup>LIMA, Evandro Souza e; PELAJO, Samantha. A mediação nas ações de família. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende De; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coord.). **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 223-246.

dando um importante passo na construção de uma cultura baseada no diálogo, capaz de empoderar os indivíduos para que resolvam de forma pacífica os seus próprios conflitos. Tal tarefa, contudo, não é fácil, pois muitas vezes as pessoas preferem que o Estado, no papel do juiz, decida o rumo das suas vidas. Nas palavras de Walsir Edson Rodrigues Júnior<sup>66</sup>:

Não é fácil para o indivíduo libertar-se da dominação do Estado e de outras formas de poder, dos discursos “verdadeiros” estampados nas normas e de maneira livre e transformadora, criar novas formas de subjetividade e tornar-se autor de si próprio. Eis, então, o principal desafio a ser suplantado para a efetivação da mediação familiar no Brasil.

Assim, o esforço para construção de uma cultura de paz no sistema jurídico brasileiro não pode ser meramente legislativo, sendo que, uma vez estabelecidas novas diretrizes na lei, é “imprescindível que os atores processuais se engajem na mudança de comportamento quanto aos conflitos”, incumbindo a todos os operadores do direito desvencilharem-se dos vícios combativos do processo judicial, em prol de um paradigma colaborativo, compreendendo que a busca do processo não deve ser apenas por justiça, numa concepção de ganha/perde, mas sim pela pacificação efetiva<sup>67</sup>.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe significativo progresso na difusão de um sistema de justiça multiportas no Brasil, o que mostra a preocupação do legislador em se adequar e modernizar o sistema jurídico para torná-lo mais eficiente e próximo do cidadão. A mediação, cuja obrigatoriedade foi um grande avanço trazido pelo NCPD, por ser um método mais cooperativo e comunicacional, tem na sua sessão um espaço de escuta, diálogo e empatia, capaz de empoderar as partes para decidirem o rumo das próprias vidas, a partir do convencimento e ponderação e

---

<sup>66</sup>RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. A efetivação da mediação familiar no Brasil a partir do novo código de processo civil (lei nº 13.105/15) e da lei de mediação (lei nº 13.140/15). In: SOUZA, Cláudia Maria Gomes de et al. [coord.]. **Mediação de conflitos: a emergência de um novo paradigma**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 254.

<sup>67</sup>MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. **Revista Brasileira de Direito Processual**: RBDPro, Belo Horizonte, v.24, n.95, jul./set. 2016. Disponível em: <<http://intra.mp.rs.gov.br/areas/biblioteca/arquivos/acervos/2016/76264.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

não da persuasão, evitando o litígio extremo e auxiliando no restabelecimento de relações. Por suas características, a mediação tem especial adequação aos conflitos do âmbito familiar, que causam grande desgaste emocional e efeitos devastadores no seio da família, sendo a sua metodologia adequada para tratamento desses conflitos porque permite uma investigação profunda das particularidades que os envolvem, com a identificação dos reais interesses das partes.

Concluimos, portanto, que acertou o legislador em estabelecer tratamento diferenciado para o procedimento das ações de direito de família no que se refere à obrigatoriedade da mediação, que promove uma importante humanização do processo, sendo inegáveis as melhorias que a mediação pode proporcionar para todo o núcleo familiar envolvido na questão, uma vez que o tratamento dos conflitos pautado na melhora da comunicação previne futuros desentendimentos e muito sofrimento. A obrigatoriedade de comparecimento à sessão inicial de mediação oportuniza, assim, o acesso a uma tutela jurisdicional mais efetiva para o caso concreto e representa significativo avanço na busca pela pacificação.

Sabidamente, não são poucos os desafios restantes para difusão dessa prática, cabendo ao Poder Judiciário investir massivamente na capacitação de seus servidores em mediação e na criação de centros de mediação, a fim de atender a enorme demanda, evitando a realização de audiências/sessões de mediação demasiadamente curtas, ou seja, com tempo insuficiente para atingir seu objetivo ou, por outro lado, evitar ainda o prolongamento excessivo dessa fase inicial do processo, a ponto de comprometer a sua celeridade. Da mesma forma, é necessário um comprometimento de todos os operadores do direito em prol desse novo paradigma colaborativo, deixando de lado a postura combativa e incentivando a aplicação do sistema multiportas de justiça, sem perder de vista que a mediação não tem o objetivo de substituir o Poder Judiciário, mas complementá-lo. Acreditamos que, assim, o sistema jurídico brasileiro terá as ferramentas necessárias para a construção de uma cultura baseada no diálogo, capaz de empoderar os indivíduos para que resolvam de forma pacífica os seus próprios conflitos.

## 6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Mariana Amaro Theodoro. A mediação dos conflitos de família como instrumento de concretização da fraternidade. **Revista Brasileira de Direito de Família e das Sucessões**, Porto Alegre, v. 6, out/dez. 2015. Disponível em:

<<http://www.revistadoSTribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad82d9b0000015f83c41848ee774a9d&docguid=lca9b74b0c9b411e5915401000000000&hitguid=lca9b74b0c9b411e5915401000000000&spos=1&pos=1&td=1&context=25&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=>>>. Acesso em: 25 set. 2017.

ALVIM, Thereza Arruda. O direito de família e o Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v.13, jan/fev. 2016, p. 11-23.

ARGENTINA. Ley 26.589, de 15 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.sajj.gob.ar/26589-nacional-mediacion-conciliacion-Ins0005600-2010-04-15/123456789-0abc-defg-g00-65000scanyel?q=%28numero-norma%3A26589%20%29&o=0&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Legislaci%F3n%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJurisdicci%F3n&t=1.>>>. Acesso em 03 nov. 2017.

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. **Mediação, negociação e práticas restaurativas no ministério público**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ÁVILA, Eliedite Mattos. Mediação familiar: mitos, realidades e desafios. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 6, set. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadoSTribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad82d9b0000015f8ed334d12b666089&docguid=l1bf32090f25311dfab6f01000000000&hitguid=l1bf32090f25311dfab6f01000000000&spos=2&epos=2&td=3&context=4&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>>. Acesso em: 10 set. 2017.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.

BRANDÃO, Débora; SILVA, Fernanda Tartuce. Reflexões sobre a aplicação das previsões consensuais do novo CPC em demandas familiares. **Revista Brasileira de Direito Processual: RBDPro**, Belo Horizonte, v.23, n.91, jul./set. 2015. Disponível em: <<http://intra.mp.rs.gov.br/areas/biblioteca/arquivos/acervos/2015/69485.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015**, com suas adaptações. 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 17 jan. 2019.

BRASIL. **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)>. Acesso em: 17 jan. 2019.

CAMBI, Eduardo. Audiência de conciliação ou de mediação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Org.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares; Et al. A conciliação e mediação de conflitos familiares no código de processo civil de 2015. **Revista Magister Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 11, n. 65, mar./abr. 2015, p. 98-108.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Procedimento especial para as ações de família no novo código de processo civil. In: MACEDO, Lucas Buriel De; PEIXOTO, Ravi de Medeiros; FREIRE, Alexandre (org.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 513-521.

DEMARCHI, Juliana. **Mediação**: proposta de implementação no processo civil brasileiro. São Paulo: USP, 2007. Tese de doutorado, Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-01042008-132345/pt-br.php>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. v. 1.18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

FEITOR, Sandra Inês. Mediação familiar: um caminho promissor para o Judiciário e famílias. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v.18, nov./dez. 2016, p. 91-103.

FERNANDES, Fernanda Sell de Souto Goulart. **Audiência de mediação nos litígios de família**: e se eu não quiser?. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-mediacao-nos-litigios-de-familia/>>. Acesso em 02 out. 2017.

GOMES, Jesus Tupã Silveira. A mediação como instrumento para a recuperação dos vínculos afetivos estabelecidos nas relações familiares. ROSA, Conrado Paulino da (org.). **Olhares interdisciplinares sobre família e sucessões**. Porto Alegre: Editora RJR, 2015.

GRISARD FILHO, Waldyr. O momento desafiador da mediação familiar: a audiência: breves recomendações. **Revista Síntese de Direito de Família**, Porto Alegre, v.18, n.101, abr./maio 2017, p. 45-57.

KONRAD, Leticia Regina. A mediação no direito de família: resgatando a comunicação nos conflitos familiares. In: GORCZEVSKI, Clovis; ROMERO, Ralfe Oliveira (Org.). **Opinio iuris**: v. I. Curitiba: Multideia, 2012.

LESSA NETO, João Luiz. O procedimento especial das ações de família no novo CPC e a mediação. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v.2, n.10, p. 32-59, jan./fev. 2016.

LIMA, Evandro Souza e; PELAJO, Samantha. A mediação nas ações de família. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende De; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coord.). **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 223-246.

LIMA, Fernanda da Silva; VAZ, Vânia. Mediação: o caminho para a disseminação de uma cultura de paz. **MP MG Jurídico**, Belo Horizonte, ed. especial Mediação, p.18-28, 2012. Disponível em: <<http://intra.mp.rs.gov.br/areas/biblioteca/arquivos/acervos/2012/49151.pdf>>. Acesso em: 10. ago. 2017.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. **Revista Brasileira de Direito Processual: RBDPro**, Belo Horizonte, v.24, n.95, jul./set. 2016. Disponível em: <<http://intra.mp.rs.gov.br/areas/biblioteca/arquivos/acervos/2016/76264.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. Princípios procedimentais da mediação no novo código de processo civil. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende De; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coord.). **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 109-120.

NUNES, Dierle José Coelho et al. (). Modelo multiportas no CPC 2015 e meios integrados de solução dos conflitos familiares. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v.2, n.10, jan./fev. 2016, p. 60-77.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho; PAUMGARSTTEN, Michele Pedrosa. Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do Novo Código de Processo Civil: quais as perspectivas para a justiça brasileira? In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de (coord). et al. **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 01-29.

REZENDE, Joyce Cristina de Oiveira Rezende; MANDELBAUM, Belinda Piltcher Haber. Mediação de Conflitos com Ex-casais: Saída da Judicialização e Entrada na Psicologização. **Revista IBD FAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v.2, n. 11, mar./abr. 2016, p. 05-23.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. A efetivação da mediação familiar no Brasil a partir do novo código de processo civil (lei nº 13.105/15) e da lei de mediação (lei nº 13.140/15). In: SOUZA, Cláudia Maria Gomes de et al. [coord.]. **Mediação de conflitos: a emergência de um novo paradigma**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 245-255.



ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando nós e construindo laços: os novos desafios da mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SALLES, Carlos Alberto de; MEGNA, Bruno Lopes. Mediação e conciliação em nova era: conflitos normativos no advento do novo CPC e da lei de mediação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fabio Guidi Tabosa (coord.). **Direito intertemporal**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 111-132.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Mediação e guarda compartilhada: conquistas para a família**. Curitiba: Juruá, 2011.

SOARES, Marcos José Porto. A obrigatoriedade da designação da audiência de conciliação ou mediação (comentários ao art. 334 do CPC). **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.262, p. 123-129, dez. 2016.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação: breve análise da proposta brasileira e das experiências argentina e colombiana na normatização deste método de solução de conflitos**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1426](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1426)>. Acesso em 14 out. 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Encaminhamento consensual adequado das ações de família no regime do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Encaminhamento-consensual-adequado-das-acoes-de-familia-no-Novo-CPC.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Fernanda. **Processo civil no direito de família: teoria e prática**. 2. ed. São Paulo: Método, 2017.



## **RELATÓRIOS E OUTROS TEXTOS SÓCIO-JURÍDICOS**



## 10 ANOS DE PARCERIA ENTRE DEFENSORIA PÚBLICA/RS E CLIP- INSTITUTO DE MEDIAÇÃO

Marilene Marodin<sup>1</sup>  
Fernanda Molinari<sup>2</sup>  
Herta Grossi<sup>3</sup>  
Maria Izabel Severo<sup>4</sup>  
Marilena Baronio<sup>5</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem por finalidade registrar os 10 anos transcorridos desde a assinatura do convênio de parceria Institucional

<sup>1</sup> Psicoterapeuta de Casal e Família. Mediadora de Conflitos. Diretora da CLIP - Clínica de Psicoterapia e Instituto de Mediação -; Coordenadora do Projeto Mediação da Defensoria Pública do Estado do RS. Sócia Fundadora da AMARGS- Associação de Mediadores, Árbitros e Conciliadores do Rio Grande do Sul. Superintendente Regional do CONIMA. Diretora e Coordenadora da Comissão de Psicologia das Famílias do IBDFAM/RS. E-mail: [marodin@terra.com.br](mailto:marodin@terra.com.br).

<sup>2</sup> Pós Doutora em Psicologia Forense pela Universidade Fernando Pessoa (Portugal). Mediadora de Conflitos pela CLIP. Advogada. Psicanalista Clínica. Docente e Supervisora no Curso de Formação de Mediadores de Conflitos da CLIP Especialista em Direito de Família pela PUC/RS. MBA em Direito Civil e Processo Civil pela FGV. Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Psicologia Jurídica. Vice-Presidente da Associação Brasileira Criança Feliz. Diretora do IBDFAM/RS. Coordenadora do Núcleo de Mediação em contextos de Alienação Parental, da CLIP. Sócia fundadora da AMARGS Associação de Mediadores, Árbitros e Conciliadores do Rio Grande do Sul. Membro do Centro de Investigação em Estudos da Criança, na Universidade do Minho/Portugal. E-mail: [fernanda.molinari@outlook.com](mailto:fernanda.molinari@outlook.com)

<sup>3</sup> Advogada. Mediadora e Negociadora Profissional. Especialista em Psicopedagogia Clínica e Institucional. Doutoranda em Psicologia Social pela Universidade Argentina John F. Kennedy. Possui curso de Negociação no Modelo Harvard Negotiation Project, pelo CMI Interter. Mediadora Certificada pela Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul. Coordenadora de Projetos, Docente e Supervisora de Estágio no Curso de Capacitação de Mediadores de Conflitos da CLIP. Docente no Curso de Formação de Mediadores da OAB/RS-ESA. Membro da Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS - CEMPR. E-mail: [hertagrossi@gmail.com](mailto:hertagrossi@gmail.com) CV: <http://lattes.cnpq.br/7960394753615942>

<sup>4</sup> Empresária, Conselheira de Administração e Coach; Mediadora, professora e supervisora do Curso de Formação de Mediadores da Clip – Instituto de Mediação; Especialista financeira em equipe de Práticas Colaborativas; Especialista em Finanças e Gestão Empresarial/Fundação Getúlio Vargas; participou do Treinamento Básico de Mediação Transformativa com Barush Bush (Institute for The Study of Transformative Mediation/Hofstra University, EUA, 2011), do Treinamento Avançado em Mediação Transformativa com Joseph Folger (IMAB, São Paulo, 2014), entre outros.

<sup>5</sup> Graduada em Ciências Sociais em Licenciatura Plena - Unisinus - São Leopoldo; Pós Graduação em Recursos Humanos pela Universidade – Unisinus - São Leopoldo; Mestre em Biologia Cultural pela Universidad Mayor, de Santiago do Chile; Formação em Dinâmica de Grupo - SBDG - Porto Alegre; Formação em Mediação de Conflitos - Clip - Porto Alegre; Docente e supervisora de estágio no Curso de Capacitação de Mediadores de Conflitos da CLIP Consultora em desenvolvimento de pessoas em instituições empresariais e mediadora voluntária no Tribunal de Justiça/RS. Coordenadora de estágios de mediação da Clip junto à Defensoria Pública do RS.

firmado, no ano de 2008, entre a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul e a CLIP – Clínica de Psicoterapia e Instituto de Mediação, para instalação de um setor de mediação voltado ao atendimento de contextos familiares denominado de Serviço de Mediação de Conflitos da Defensoria Pública do Estado do RS. Para tanto, descreveremos os pilares deste convênio, a implantação e sensibilização do contexto, a formação e supervisão dos mediadores, e a metodologia utilizada para atendimentos a partir da análise do fluxograma elaborado para o serviço de Mediação e levantamento estatístico dos atendimentos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mediação de conflitos. Políticas públicas. Parceria Institucional. Pacificação social. Contextos familiares.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A mediação como política pública: perspectivas da resolução brasileira nº 125 do CNJ. 3 Implantação da mediação na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul para atendimentos em contextos familiares. 3.1 Adequação do material de registro dos casos à dinâmica da Instituição. 3.2 Procedimentos para os atendimentos de mediação. 4 Levantamento e análise estatística dos atendimentos realizados pela equipe de mediação da CLIP na Defensoria pública do Estado do Rio Grande do Sul no período de 2008 a 2018. 5 Considerações finais. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Por acreditar na relevância de um Serviço de Mediação de Conflitos instalado em uma Defensoria Pública, o Instituto de Mediação da CLIP buscava, desde 1998, iniciar um convênio no qual se dispunha a mediar neste contexto.

Após várias tentativas de sensibilizar Defensores Públicos interessados na construção desta parceria foi que no final de 2007 a então Coordenadora da Regional I, Dra. Adriana Burguer, demonstrou não só receptividade como também entusiasmo com a proposta apresentada, levando-a para apreciação da Defensora Pública Geral da época, Dra. Maria

de Fátima Záchia Paludo, que também se posicionou favorável ao projeto. Os trâmites foram agilizados e foi encaminhada a finalização do Acordo de Cooperação Técnica.

Esta parceria foi constituída para criação do núcleo de mediação com o objetivo de estabelecer condições de cooperação e apoio técnico da CLIP para viabilizar os atendimentos em mediação na Regional I da Unidade Central de Atendimento e Ajuizamento (UCAA), na área de Família.

No dia 25 de março de 2008, a Defensora Pública-Geral em exercício, Dra. Léa Brito Kasper, e a Clínica de Psicoterapia e Instituto de Mediação (CLIP), representada pelas mediadoras Marilene Marodin e Lisiane Lindenmeyer Kalil, assinaram convênio para implantação do Núcleo de Mediação Familiar na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

Desde o ano de 2008, o referido convênio tem sido renovado por todos os Defensores-Gerais que assumiram a Gestão Administrativa da Defensoria Pública, mostrando o reconhecimento e a valorização deste trabalho de construção de paz social através desta instituição que atende pessoas tão necessitadas. Assim, tivemos o apoio inicial da Dra. Maria de Fátima Záchia Paludo, e dos demais Defensores Gerais que a seguiram, Dra. Jussara Maria Barbosa Acosta, Dr. Nilton Leonel Arnecke Maria e atualmente contamos com o apoio do Dr. Cristiano Vieira Heerdt.

Neste ano de 2018 completamos 10 anos desta parceria e queremos deixar o registro desta caminhada que tem sido tão importante para a disseminação da mediação em nosso Estado e como campo de formação para mediadores que encontram através dos atendimentos que realizam no Serviço de Mediação da Defensoria Pública, não só o aprimoramento de sua prática mas também a alegria de auxiliar as pessoas na conquista de sua cidadania.

O relembrar os passos dados desde esta época funcionará como registro histórico desta iniciativa pioneira e exitosa em nosso Estado.

## **2 A MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA: PERSPECTIVAS DA RESOLUÇÃO BRASILEIRA Nº 125 DO CNJ**

No ano de 2010 o Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução

125, instituiu a mediação de conflitos como política pública.

A criação desta Resolução pelo Conselho Nacional de Justiça Brasileiro que dispõe sobre a conciliação e a mediação partiu de uma premissa de que cabe ao Judiciário estabelecer a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses resolvidos no seu âmbito - seja por meios heterocompositivos<sup>6</sup>, seja por meios autocompositivos<sup>7</sup>. Esta orientação foi adotada, de forma a organizar, em todo território nacional, não somente os serviços prestados nos cursos da relação processual (atividades processuais), como também os que possam incentivar a atividade do Poder Judiciário de prevenção de demandas com as chamadas atividades pré-processuais de conciliação e mediação.

Neste aspecto, os objetivos da Resolução 125 do CNJ podem ser assim compreendidos: I. Disseminar a cultura da pacificação social e estimular a prestação de serviços autocompositivos de qualidade; II. Incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição (art. 4º) e III. Reafirmar a função de agente apoiador da implantação de políticas públicas.

Estes objetivos se encontram amparados nos próprios princípios que constituem a mediação, a qual entendemos como sendo um sistema que considera que os conflitos possam resolver-se com ajustes de conveniência recíproca (Molinari & Marodin, 2014). Neste paradigma, a mediação firma-se na própria responsabilidade dos participantes em tomar decisões sobre as suas vidas, num exercício de protagonismo, constituindo-se um procedimento que confere autoridade a cada um dos envolvidos (Haynes & Marodin, 1996).

Através da Resolução 125 do CNJ o sistema jurídico brasileiro passou por uma série de adequações e inovações legislativas, de forma a adequar os objetivos que a resolução dispôs.

No âmbito do Direito de Família a mediação passou a ser mais valorizada, principalmente em decorrência das inovações previstas no Código de Processo Civil, dentre elas o artigo 694, que dispõe que *nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da*

<sup>6</sup> Heterocomposição é o método pelo qual o conflito é administrado por um terceiro, escolhido ou não pelos litigantes, que detém o poder de decidir, sendo a referida decisão vinculativa em relação às partes. As duas formas principais são: Arbitragem e jurisdição.

<sup>7</sup> Autocomposição: técnica em que as próprias partes interessadas, com ou sem colaboração de um terceiro, encontram, através de um consenso, uma maneira de resolver o problema.



*controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.*

*Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.*

Tendo em vista que a Defensoria Pública possui o objetivo de proporcionar acesso à Justiça de forma irrestrita aos cidadãos, de forma inovadora, em 2008, foi firmada parceria institucional com a CLIP-Clinica de Psicoterapia e Instituto de Mediação, para realização de mediação de conflitos, mais especificamente no âmbito familiar, como forma preventiva e anterior ao ajuizamento de ações.

Através desse movimento, constatou-se o pioneirismo da Defensoria Pública à própria resolução do CNJ, pois quando a mesma entrou em vigor, em 2010, a Defensoria já possuía esse serviço desde 2008.

### **3 IMPLANTAÇÃO DA MEDIAÇÃO NA DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL PARA ATENDIMENTOS EM CONTEXTOS FAMILIARES<sup>8</sup>**

Desde 1995, a CLIP ministra anualmente cursos de formação em Mediação de Conflitos, que compreende 115 horas teóricas, que possibilitam aquisição de conhecimentos teóricos e práticos sobre diferentes contextos de mediação e proporciona o desenvolvimento de habilidades para intervenções em mediação. Após o Módulo Teórico, para se certificarem como mediadores, os alunos realizam um Estágio Supervisionado prestando um serviço de atendimento em mediação às pessoas que buscam a Defensoria Pública, ao mesmo tempo em que exercitam seus conhecimentos teóricos e aperfeiçoam suas habilidades.

A implantação deste Serviço de Mediação Familiar na Defensoria Pública teve início com palestras informativas para os Defensores, para os

---

<sup>8</sup> Docentes Supervisoras da Clínica de Psicoterapia e Instituto de Mediação: Marilene Marodin (Coordenadora do Curso de Formação em Mediação e Responsável pela Implantação do Setor de Mediação na Defensoria Pública), Maria Izabel Schneider Severo (Coordenadora do Estágio Prático e responsável pelos Relatórios Anuais dos casos atendidos na Defensoria Pública), Fernanda Molinari (Coordenadora do Núcleo de Mediação em contextos de Alienação Parental da CLIP), Herta Grossi (Coordenadora de Projetos) e Lisiane Lindenmeyer Kalil (Responsável pela Implantação do Setor de Mediação na Defensoria Pública) e Manuela Mallmann. Todas as docentes supervisoras da CLIP atuaram como mediadoras na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

atendentes do Setor de Triagem, assim como para outros profissionais da instituição, objetivando a informação e divulgação da mediação e a dinâmica de implantação do projeto nesta etapa inicial. Para esse momento de sensibilização de contexto, a CLIP também produziu um folheto impresso de divulgação da mediação, para ser entregue aos assistidos que buscavam a Defensoria Pública, com o nome “O que é a Mediação de Conflitos”.

Foram organizadas Palestras Informativas, convocadas pela Defensora-Geral, para os Defensores e outros profissionais da instituição, onde sempre tivemos a colaboração da Dra. Juliana Silva Braga. Estas ocasiões oportunizaram debater conceitos, explicitar a proposta de trabalho e divulgar o plano de ação. Também foram realizadas Palestras Informativas para os atendentes do Setor de Triagem, tendo em vista que os mediados chegam inicialmente a este setor e é a partir dele que são encaminhados à mediação, o que requer, para tanto, um conhecimento prévio dos casos que podem ser beneficiados por este procedimento consensual.

### **3.1 ADEQUAÇÃO DO MATERIAL DE REGISTRO DOS CASOS À DINÂMICA DA INSTITUIÇÃO**

O material para registros dos casos atendidos no Serviço de Mediação foi adaptado para tornar-se adequado à dinâmica da Instituição. Esse registros foram realizados de forma contínua, com o preenchimento de fichas após cada procedimento de mediação, e elaborados relatórios sistemáticos encaminhados à Defensoria Pública, para acompanhamento do trabalho realizado, cujos resultados são publicados anualmente no Relatório Anual da Defensoria.

Após a realização dos atendimentos, e para se fazer um levantamento estatístico dos casos atendidos, a CLIP solicita que os mediadores os preencham um Relatório de Atendimento para cada caso, visando o levantamento estatístico e análise dos casos atendidos. Neste relatório constará I. a *origem* da mediação, que pode ser pelo setor de atendimento, Defensor ou Equipe de Psicologia; II. O *motivo principal da mediação*, que pode ser separação do casal, partilha de bens, cuidados com os filhos, cuidados com os pais, cuidados com outros membros da família e questões

de convivência; *III. Resultado da Mediação*, em que pode ter ocorrido acordo verbal, acordo escrito, sem acordo, desistência/abandono ou não ocorrência da mediação, por ser um caso impróprio ou sem consentimento dos mediandos; *IV. Tipo do último atendimento realizado*, que pode ter sido uma sessão informativa, pré-mediação ou mediação<sup>9</sup>; *V. Os encaminhamentos feitos* após o término da mediação, que podem ser ao Defensor (com acordo), ao Defensor (sem acordo), ao Setor de Psicologia, outra forma de encaminhamento (especificar) ou sem encaminhamento, *VI. Número total de pessoas atendidas e número total de atendimentos realizados por caso*, *vii. O tempo transcorrido* entre o início e o fim da mediação e *viii* o número de pessoas atendidas.

Os casos atendidos pelo Serviço de Mediação da Defensoria Pública são acompanhados através de supervisões semanais coletivas, realizadas pelas professoras supervisoras da CLIP. O acompanhamento sistemático dos casos atendidos possibilita avaliações e redirecionamentos de estratégias no decorrer do procedimento da mediação, e é uma forma de serem acompanhadas as evoluções dos alunos como mediadores<sup>10</sup>.

O objetivo de uma supervisão em mediação é auxiliar o mediador, seja no início desta atividade, ou mesmo após certo tempo de experiência, a refletir, adquirir habilidades, conhecimentos e atitudes que o capacitem a desempenhar de modo mais eficaz sua tarefa profissional, levando-o assim ao aperfeiçoamento de seu trabalho.

Como forma de demonstrarmos a importância da interlocução entre teoria e prática, bem como a relevância do Convênio firmado entre a CLIP e a

---

<sup>9</sup> *Sessão Informativa*: após os mediandos receberem esclarecimentos iniciais sobre a mediação, esta não é aceita por um ou por ambos, ou quando o mediador identifica que é caso impróprio à mediação.

*Pré-Mediação*: caso em que a Mediação se tornou possível, pois os mediandos foram atendidos separadamente, ou em conjunto, e ambos concordaram em participar do procedimento, assinando o Termo de Consentimento.

*Mediação propriamente dita*: quando após a concordância dos mediandos o procedimento de mediação é iniciado.

<sup>10</sup> A Clínica de Psicoterapia e Instituto de Mediação – CLIP - exige para reconhecer o título de Mediador um mínimo de 80 horas de atendimento supervisionado, que não podem ser substituídas pela prática simulada.

Assim, após a conclusão do módulo teórico do curso de formação em Mediação de Conflitos da CLIP (110h), o segundo módulo compreende a prática supervisionada de casos reais e, durante este estágio, o aluno passa por três diferentes posições no exercício da Mediação – observador, co-mediador e mediador.

Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, transcrevemos trechos de depoimentos de alguns alunos que realizaram sua formação prática no Gabinete de Mediação da DPE, que ao longo desses anos nos ajudam a construir essa história.

*“Poder realizar o módulo prático do curso de formação de mediação de conflitos da CLIP na Defensoria Pública é a oportunidade de vivenciar cada um dos conceitos trabalhados em aula. O dia-a-dia da prática nos permite realmente perceber o esforço e os benefícios da autocomposição. É possível ver, nos mais diversos casos, o empoderamento dos mediados, que usam de sua autonomia para fazerem acordos seguros e satisfatórios para todos os envolvidos. Os participantes desse processo tem a possibilidade de encontrar, por meio do diálogo, soluções reais e adequadas aos seus contextos de vida, às suas possibilidades e às suas necessidades”. (Mariana Fernandes, advogada)*

*“Esse trabalho, em muitos casos, resulta em acordos escritos ou verbais, evitando processos judiciais atuais ou futuros. Outro efeito é a transformação do próprio mediador, pois desenvolve capacidades subjetivas de empatia, compaixão e exercício de não ter qualquer expectativa de protagonismo. Não tenho dúvidas que a capacitação prática do mediador pelo atendimento à comunidade, é uma estrutura que deve ser valorizada para que se possa disseminar a cultura de paz e formar mediadores experientes”.(Clarisse Barcellos Lima, advogada)*

*“A atuação do Gabinete de Mediação instituído às dependências da Defensoria Pública com a presença de Mediadores, professores e alunos integrantes do quadro da CLIP, precipuamente em contextos de conflitos não judicializados, se apresenta como prática alinhada e preconizada pelo CNJ através da Resolução n. 125/2010. Ainda, a cooperação apresentada pelos Defensores Públicos e demais colaboradores da instituição, leva a possibilidade de realização de um trabalho consistente que pode ofertar à clientela da Defensoria Pública um método de resolução de conflito de forma autocompositiva, havendo protagonismo das partes envolvidas no conflito”. (Leonardo Garcia, advogado)*

*“É muito gratificante saber que a mediação, sendo este instituto tão importante e de uma certa forma novo e transformativo de conflito, chegue nas pessoas de baixa renda, que dificilmente teriam acesso a esse serviço não fosse pela Defensoria (...). É muito gratificante ver que esse trabalho tem um resultado, as pessoas saem satisfeitas, resolvem seus conflitos mais rápido, conseguem sair de lá não só com a resolução do seu conflito, mas mudando até*

*um padrão de comunicação, uma outra forma de ver as coisas". (Júlia Couto e Silva de Freitas, advogada)*

## **3.2 PROCEDIMENTOS PARA OS ATENDIMENTOS EM MEDIAÇÃO**

Os atendimentos iniciaram em 06 de maio de 2008 e continuam sendo realizados de forma ininterrupta até a presente data.

Os casos encaminhados à Mediação são atendidos, em geral, em co-mediação, respeitando as etapas do procedimento.

Em seu momento inicial, de acolhimento, os mediadores fazem o esclarecimento aos mediandos, que denominamos *etapa informativa*. Após o consentimento de ambos mediandos de participarem voluntariamente, inicia-se a mediação. Neste momento abre-se espaço para serem expostos os pontos divergentes e exploradas possibilidades de convergências de interesses. A etapa final valoriza a possibilidade de entendimento entre os mediandos, total ou parcial, podendo o acordo ser redigido e assinado pelos mediandos e mediadores, para após encaminhamento ao referendo do Defensor Público.

Os atendimentos ocorreram nestes 10 anos, inicialmente, no prédio central, na rua 7 de Setembro, 666. Em 2017, em decorrência de reformas na sede da Defensoria, os atendimentos passaram a ser realizados na mesma rua, no prédio nº 741. No dia 5 de julho de 2017, foi inaugurado o Centro de Referência em Mediação e Conciliação da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul (CRMC), em Porto Alegre. Referido CRMC está localizado, atualmente, no prédio do IPERGS, sito a Rua Borges de Medeiros, 1945 – 8º andar, onde os atendimentos estão sendo realizados.

A partir de setembro de 2017, quando da inauguração do Centro de Referência da Defensoria Pública - para o qual acreditamos ter sido nosso trabalho utilizado como modelo na criação deste centro, que muito nos orgulha - os casos para atendimento passaram a ser triados pela defensora, tendo os mediandos que, obrigatoriamente, frequentar a Oficina de Parentalidade. Somente após assistir esta Oficina é que os mesmos podem optar em participar do procedimento de mediação.

De acordo com a defensora responsável pelo Centro de Referência da Defensoria Pública, Dra. Patrícia Pithan Pagnussatt Fan, "a utilização de

métodos autocompositivos para chegar a um consenso tem contribuído para desafogar o alto número de processos judiciais no Poder Judiciário.”

Ao longo desses 10 anos, registramos que as coordenadoras que acompanharam na Defensoria o seguimento do convênio de Cooperação Técnica da CLIP foram: Marilene Marodin, Maria Izabel Severo e Marilena Baronio.

Como forma de promover a excelência e qualidade dos atendimentos realizados, além das supervisões semanais realizadas na CLIP, os alunos também em inúmeras ocasiões tiveram o acompanhamento de professores supervisores durante as sessões de mediação. Os supervisores que estiveram a frente na formação dos mediadores são: Carlos Bailon, Claudia Sigaran, Fernanda Molinari, Herta Grossi, Ivette Brandalise Mattos, Leila Luz, Lisiane Kalil, Manuela Mallmann, Maria Izabel S. Severo, Marilena Baronio e Marilene Marodin.

Neste período de 2008 a 2018 tivemos 75 profissionais que optaram pelo estágio prático, sendo que 52 Profissionais foram capacitados como mediadores e 16 profissionais interromperam a prática. Atualmente, a CLIP possui 7 alunos em formação prática em mediação, atendendo semanalmente na Defensoria Pública, além de mediadores já formados que estão voluntariamente contribuindo com a disseminação da cultura de paz social.

Destacamos que, ao longo destes 10 anos, a Defensoria Pública contou com a participação efetiva de 75 mediadores em formação pela CLIP,

Ao considerarmos que para a certificação como Mediador a CLIP exige um número mínimo de 80 horas de atendimento supervisionados, e que muitos mediadores fazem um número muito maior de horas, estima-se que ao longo desses 10 anos tenhamos ultrapassado mais de 6.750 horas efetivas de atendimento em mediação à população que busca a Defensoria Pública.

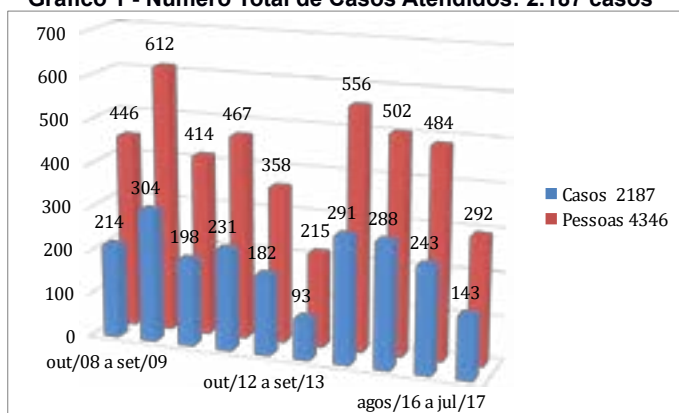
#### **4 LEVANTAMENTO E ANÁLISE ESTATÍSTICA DOS ATENDIMENTOS REALIZADOS PELA EQUIPE DE MEDIAÇÃO DA CLIP NA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL NO PERÍODO DE 2008 A 2018**

Nestes dez anos de convênio com a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, a Equipe de Mediação da CLIP – Instituto de Mediação realizou o atendimento de 2187 casos de mediação, envolvendo um total de 4346 pessoas atendidas e, conforme já referido, estimamos em torno de 6.750 horas de mediação. Referidos casos versaram sobre conflitos na área familiar, posto que o Convênio foi firmado com a Defensoria, junto à Unidade Central de Atendimento e Ajuizamento – UCAA<sup>11</sup>.

**Tabela 1 - atendimentos iniciais/nº pessoas atendidas**

Meses	Casos	%	Pessoas	%
out/08 a set/09	214	9,79%	446	10,26%
out/09 a set/10	304	13,90%	612	14,08%
out/10 a set/11	198	9,05%	414	9,53%
out/11 a set/12	231	10,56%	467	10,75%
out/12 a set/13	182	8,32%	358	8,24%
out/13 a ago/14	93	4,25%	215	4,95%
set/14 a ago/15	291	13,31%	556	12,79%
ago/15 a jul/16	288	13,17%	502	11,55%
ago/16 a jul/17	243	11,11%	484	11,14%
<b>ago/17 a jul/18</b>	<b>143</b>	<b>6,54%</b>	<b>292</b>	<b>6,72%</b>
	<b>2187</b>	<b>100,00%</b>	<b>4346</b>	<b>100,00%</b>

**Gráfico 1 - Número Total de Casos Atendidos: 2.187 casos**



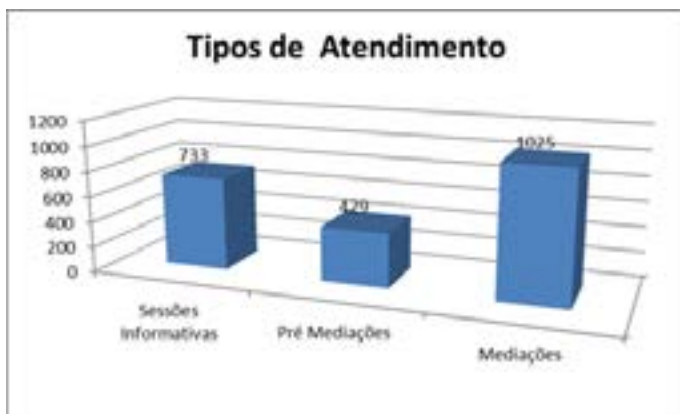
<sup>11</sup> Os dados estatísticos que serão apresentados ao longo deste artigo foram coletados pela Clínica de Psicoterapia e Instituto de Mediação – CLIP, e entregues anualmente para a Defensoria Pública, desde a data de implementação do convênio, em 2008. Ao todo, foram entregues até o momento 10 relatórios estatísticos à Defensoria Pública, que compreendem o levantamento dos casos atendidos ao longo de cada ano.

Pela análise dos tipos de atendimentos realizados no período, percebe-se que 33% dos casos atendidos foram de sessões informativas; 20% de pré-mediações e 47% evoluíram para sessões de mediação propriamente dita, ou seja, as pessoas envolvidas aceitaram o convite e compareceram em ao menos uma sessão de mediação.

**Tabela 2 - Tipos dos Atendimentos**

Especificação	N. Casos	%
<b>Sessões Informativas</b>	733	33%
<b>Pré Mediações</b>	429	20%
<b>Mediações</b>	1025	47%
<b>Total</b>	<b>2187</b>	<b>100%</b>

**Gráfico 2 – Tipos de Atendimentos**



Importante ressaltar que, ao procurar a Defensoria Pública, as pessoas buscam os Defensores para defender seus direitos e, portanto, estão propensas a litigar.

Tendo em conta os números acima, entendemos que a participação em Mediação efetiva, de 47% das pessoas atendidas é um número



significativo, tendo em vista que as pessoas que participaram da mesma sequer conheciam esta possibilidade de resolução de conflitos.

No que cerne ao motivo da procura do atendimento de Mediação, na maior parte dos casos, representando 34% dos atendimentos, o motivo da mesma foi para resolver questões relacionadas a cuidados com os filhos. Nestes, estão inclusos questões de guarda, auxílio financeiro, acesso dos pais aos filhos e vice-versa, cuidados especiais e/ou rotineiros.

As dissoluções matrimoniais e de uniões estáveis e suas consequências motivaram 24% dos atendimentos. Nestes atendimentos, foram tratados, além dos cuidados com filhos, partilha de bens, alteração de patronímico, dentre outras.

As questões envolvendo convivência, isto é, a necessidade de combinar regras de relacionamento, entre pessoas que coabitam ou de alguma forma compartilham uma área comum, representaram 15% dos atendimentos de mediação.

Também foram realizadas mediações motivadas por cuidado com idosos, representando 7% dos atendimentos. Estas mediações são realizadas com filhos que buscam negociar com irmãos ou outros parentes, o compartilhamento desses cuidados.

A procura por combinações referentes a cuidados com outros membros da família, como por exemplo, avós que buscam negociar com os pais o cuidado ou o acesso aos netos, representaram 6% dos atendimentos.

No que tange exclusivamente a negociações quanto à partilha de bens, esta motivou 6% dos atendimentos. Outros motivos para a procura da mediação representaram 8% dos atendimentos realizados.

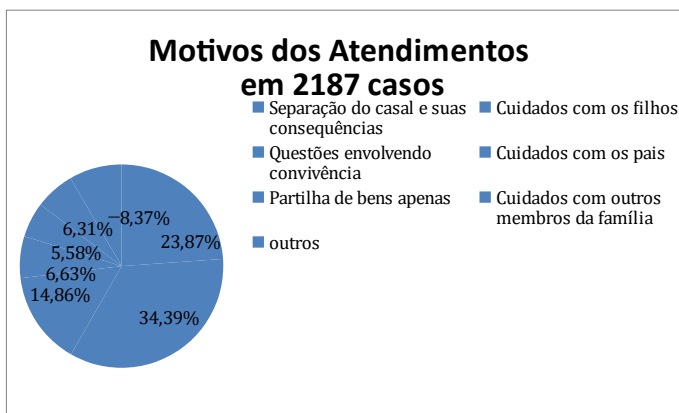
Ilustramos, no gráfico a seguir, os motivos pela procura da Mediação:

**Tabela 4 - Motivos da procura do atendimento de Mediação**

<b>Especificação</b>	<b>N. Casos</b>	<b>%</b>
<b>Separação do casal e suas consequências</b>	522	24
<b>Cuidados com os filhos</b>	752	34
<b>Questões envolvendo convivência</b>	325	15
<b>Cuidados com os pais</b>	145	7

<b>Partilha de bens apenas</b>	122	6
<b>Cuidados com outros membros da família</b>	138	6
<b>Outros</b>	183	8
<b>TOTAL</b>	<b>2187</b>	<b>100%</b>

**Gráfico 4 – Motivos dos Atendimentos**



Como resultado das mediações realizadas 59% das mesmas finalizaram com um acordo verbal ou escrito, tendo, portanto, encontrado uma solução mutuamente aceitável para suas demandas. 22% restaram sem acordo, sendo que em 19% dos casos houve desistência ou abandono do procedimento por uma das partes envolvidas.

A mediação é um procedimento que pressupõe a voluntariedade, ou seja, só se realiza quando, e se houver vontade das pessoas em participar. Nem todas as pessoas encaminhadas à Equipe de Mediação aceitaram essa participação. Parte dos casos que não chegaram a uma sessão de mediação, foram motivados pelo fato de uma ou ambas as pessoas envolvidas no conflito não concordarem em participar desse procedimento.

Embora a mediação seja um modo extremamente positivo e pacificador de resolução de conflitos, existem situações em que ela não é possível. São os casos em que não há, por exemplo, interesse na resolução do conflito, alguns casos envolvendo violência, problemas de saúde mental

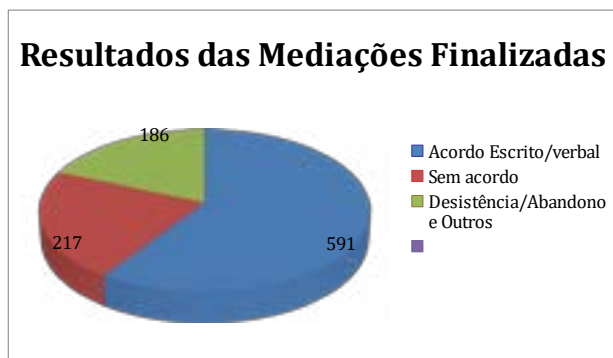
ou constatação de crime de qualquer ordem e/ou violência contra crianças, adolescentes ou idosos, ilegalidades que, tão logo identificadas pelo mediador, são encaminhadas aos defensores e a mediação é encerrada. Estes casos também compõe o percentual de 19% acima referido por serem motivos não passíveis de mediação.

Ilustramos, a seguir, o resultado das mediações finalizadas:

**Tabela 3 - Resultados das Mediações Finalizadas**

Especificação	Nº casos	%
<b>Acordo Escrito/Verbal</b>	591	59
<b>Sem Acordo</b>	217	22
<b>Desistência/Abandono/Outros</b>	186	19
<b>TOTAL</b>	<b>994</b>	<b>100</b>

**Gráfico 3 – Resultados Mediações Finalizadas**



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos levantamentos apresentados, fruto desta parceria de 10 anos entre a Defensoria Pública e a CLIP, pelo feedback obtido através dos mediandos, bem como da equipe da Defensoria, constata-se que este convênio tem se mostrado extremamente relevante não só no sentido de reduzir, simplificar e dar agilidade às ações judiciais, mas, sobretudo, auxiliar na mudança dos padrões para resolutividade do conflito, partindo para uma premissa colaborativa e de pacificação social.

Quando estamos diante de um contexto de mediação, o foco para solução do conflito é sempre de caráter prospectivo, ou seja, a visão dimensional da solução conflitiva passa a ser a sua resolutividade com projeções futuras, e não a análise de circunstâncias do passado (Molinari; Marodin, 2014).

A principal característica da Mediação é que o poder de decisão é conferido aos mediandos, não advindo do mediador. Este, portanto, não decide, não opina, tampouco força a consecução de um acordo, apenas, de forma imparcial, utilizando-se de técnicas apropriadas, conduz o processo de mediação de forma a possibilitar que os mediandos possam ter clareza das suas necessidades e, conseqüentemente, consigam chegar à resolução do conflito, de forma satisfatória e duradoura.

Os conflitos familiares estão permeados de sentimentos que buscam uma significação, e a mediação familiar é um procedimento que traz, em sua essência, o restabelecimento da comunicação e dos vínculos.

Enquanto instituição comprometida com a mediação e formação de mediadores, a CLIP acredita que a Defensoria precisa ser reconhecida como desbravadora e a frente do seu tempo por incluir, desde 2008, a mediação como forma de resolução de conflitos e política pública não institucionalizada até então, antecipando-se não só à Resolução 125 do CNJ, como também ao novo Código de Processo Civil (13.105/15) e a Lei de Mediação (13.140/15).

Fica, pois, o registro e orgulho dessa história construída por essas duas instituições que acreditam na importância da valorização da cidadania e autonomia do ser humano.

## 6 REFERÊNCIAS

Brasil. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 de dezembro de 2018.

Brasil. Resolução 125 CNJ. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 de dezembro de 2018.

Haynes, J. M., & Marodin, M. **Fundamentos da mediação familiar**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

Marodin, M & Kalil, L. **Implantação de um serviço de Mediação de Conflitos na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Brasil**. In. VII Conferência Internacional do Fórum Mundial de Mediação: Mediação, Justiça e Governabilidade: uma oportunidade para a paz. Venezuela, 2009.

Marodin, M & Molinari, F (org.) **Mediação de Conflitos: Paradigmas contemporâneos e fundamentos para prática**. Porto Alegre: Editora Imprensa Livre, 2016.

Marodin, M & Molinari, F (org.) **Procedimentos em Mediação Familiar**. Porto Alegre: Editora Imprensa Livre, 2017.

Marodin, M; Molinari, F; Grossi, H; Kalil, L.; Severo, M. I. **Parceria entre Defensoria Pública/RS e CLIP: (Re) Construindo interações familiares**. In Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 7, V.16, (setembro/dezembro de 2016). Porto Alegre: DPE, 2016.

Marodin, M; Molinari, F; Grossi, H; Severo, M. I. **Mediação envolvendo Idosos: Considerações para a prática a partir da experiência da CLIP na Defensoria Pública**. In Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 7, V.16, (setembro/dezembro de 2016). Porto Alegre: DPE, 2016.

Molinari, F. **Mediação de Conflitos e Alienação Parental: Fundamentos Teóricos e Práticos**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2016.

Molinari, F., & Marodin, M. **A mediação em contextos de Alienação Parental: O papel do mediador e dos mediandos**. In: C. P. Rosa, & L. M. B. Thomé (Org.), O papel de cada um nos conflitos familiares e sucessórios (pp. 155-166). Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2014.





**DEFENSORIA PÚBLICA**  
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

---

SIGA-NOS






**DEFENSORIA PÚBLICA**  
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Rua Sete de Setembro, 666 - Centro - Porto Alegre / RS - Brasil - CEP 90010-190

Telefone: (51)32 11-2233 - [www.defensoria.rs.def.br](http://www.defensoria.rs.def.br)

 [facebook/defensoriars](https://www.facebook.com/defensoriars)

 [@\\_defensoriars](https://twitter.com/_defensoriars)





**DEFENSORIA PÚBLICA**  
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL