

[REC]

REVISTA ELETRÔNICA DO CEJUR



VOLUME 3 NÚMERO 2

EQUIPE EDITORIAL

Ana Luiza Baccin Carvalho
Mateus Simioni de Bittencourt
Gessica Carolina Goulart Pinto
Ketline Lu
Lucas Miguel Gonçalves Bugalski
Lucas Lunardelli Vanzin Zwicker
Nara Veiga Borges

PARECERISTAS

Joel Ricardo Ribeiro de Chaves | UFPR
Antônio César Cunha | UFC
Eduarda Camargo Sansão | UNESP
Rafael Junior Soares | UFPR
Ana Maria Maximiliano | UFPR
Jefferson Virgílio | U. Lisboa e UFSC
Gabriela Ganho | UniBrasil

ISSN: 1981-8386



Creative Commons – Atribuição 4.0 Internacional

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

REVISTA ELETRÔNICA DO CEJUR

Editores chefes

Ana Luiza Baccin Carvalho

Universidade Federal do Paraná | UFPR

Mateus Simioni de Bittencourt

Universidade Federal do Paraná | UFPR

Editores adjuntos

Gessica Carolina Goulart Pinto

Universidade Federal do Paraná | UFPR

Lucas Lunardelli Vanzin Zwicker

Universidade Federal do Paraná | UFPR

Ketline Lu

Universidade Federal do Paraná | UFPR

Nara Veiga Borges

Universidade Federal do Paraná | UFPR

Lucas Miguel Gonçalves Bugalski

Universidade Federal do Paraná | UFPR

Corpo de pareceristas desta edição

Joel Ricardo Ribeiro de Chaves

Universidade Federal do Paraná (UFPR), Brasil

Ana Maria Maximiliano

Universidade Federal do Paraná (UFPR), Brasil

Antônio César Cunha

Universidade Federal do Ceará (UFC), Brasil

Jefferson Virgílio

Universidade de Lisboa e Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Portugal e Brasil

Eduarda Camargo Sansão

Universidade Estadual Paulista (UNESP), Brasil

Gabriela Ganho

Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil), Brasil

Rafael Junior Soares

Universidade Federal do Paraná (UFPR), Brasil

Confira aqui todo o Conselho Editorial e o Corpo de Pareceristas da Revista:

<https://revistas.ufpr.br/cejur/about/editorialTeam>.

SUMÁRIO

EDITORIAL	iii
MATEUS BITTENCOURT e ANA LUIZA BACCIN	
A ELABORAÇÃO DO DIREITO À DESINDEXAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.660.168-RJ	1
EVELYN MARQUES DE DEUS COSTA e PEDRO MANENTI VIEIRA DA SILVA	
A FUNÇÃO CONSTITUTIVA DO SISTEMA PENAL: UM ESTUDO SOBRE A PERPETUAÇÃO DA REINCIDÊNCIA NO BRASIL	23
GABRIELA GALARDA e PEDRO LUCIANO EVANGELISTA FERREIRA	
A MITIGAÇÃO DA ESTRITA LEGALIDADE PELO JUDICIÁRIO ANTE OMISSÕES LEGISLATIVAS	45
ÁLVARO MOURA DOMINGUES DOS SANTOS e PEDRO LUCIANO EVANGELISTA FERREIRA	
DIU E O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR: A DESIGUALDADE DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DAS MULHERES	62
BRUNA FERNANDES HOFFMANN SCHMIDT e MILENA CRAMAR LONDERO	
ESTADO, PODER E SOCIEDADE: INTERFACES ENTRE HERMANN HELLER E MICHEL FOUCAULT	83
FERNANDA FIORI BARVICK e LARISSA PEREIRA BARBOSA	
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO: COMPLEXIDADE, REGULAÇÃO E DESAFIOS	102
RAFAEL MONTILLA POLLA	
O TRABALHO ESCRAVO DOMÉSTICO NO BRASIL: ESTRUTURAS DOMINANTES DE PODER QUE PRIVILEGIAM CLASSES E PERPETUAM O RACISMO	125
EDUARDO DA SILVA CALIXTO	
OS DIREITOS POLÍTICO-ELEITORAIS DAS MULHERES NO BRASIL: COTAS DE GÊNERO SOB A PERSPECTIVA DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA	140
RENATA NAOMI TRANJAN	
RETIFICAÇÃO DO NOME CIVIL PARA PESSOAS TRANSGÊNERO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	160
ANDRÉ LUIZ DOS SANTOS CAMPOS e PEDRO MANENTI VIEIRA DA SILVA	

EDITORIAL

A Revista Eletrônica do CEJUR (**Qualis B3**) é periódico científico do Centro de Estudos Jurídicos de Pós-Graduação da UFPR, publicada na Biblioteca Digital de Periódicos da UFPR. O CEJUR é associação civil de representação estudantil no âmbito do Programa de Pós-Graduação (PPGD) da UFPR, exercendo a representação discente no Colegiado do Programa.

Ao assumir a gestão do CEJUR para o período 2024/2025, buscamos retomar as publicações, paralisadas desde 2021 (v. 1, n. 5, 2020). Com isso, foi feita chamada pública de artigos, retomando o fluxo contínuo da Revista. Também foi realizado edital de convocação de pareceristas, passando-se a contar com corpo permanente de pareceristas (<https://revistas.ufpr.br/cejur/about/editorialTeam>).

Com a retomada do fluxo de artigos, a Revista mantém o recebimento contínuo de submissões, que passam por *desk-review* feito pelos editores e, após, avaliação duplo-cega pelos pareceristas.

O objetivo do Corpo Editorial é observar os parâmetros para manutenção do Qualis B3 e seu aprimoramento, ainda que o indicador tenha sido descontinuado pela CAPES. Além disso, a Revista está indexada nas principais fontes: Portal de Periódicos da CAPES, Google Scholar e ORCID. Assim, permite ampla divulgação dos trabalhos publicados.

Com isso, buscou-se pareceristas especializados, oriundos também de outras Instituições de Ensino e de outras localidades, além de periodicidade semestral, que será alcançada com a publicação do segundo número do terceiro volume (v. 3, n. 2, 2025). Sem prejuízo, havendo fluxo para tanto, a Revista buscará periodicidades ainda mais frequentes, agilizando a divulgação dos trabalhos aprovados.

Com editores, chefes e adjuntos, e avaliadores de todas as áreas do conhecimento do Direito, o periódico publica trabalhos científicos que demonstrem alto grau de profundidade na pesquisa jurídica realizada. Também são publicados trabalhos que, a despeito de serem de outras áreas, utilizem de conhecimentos jurídicos ou apresentem impactos na área jurídica, sob ponto de vista interdisciplinar.

Além disso, o CEJUR e sua Revista almejam contribuir para a democratização da pesquisa científica brasileira, abrindo oportunidade para novos pesquisadores, enquanto entidade de representação de pós-graduandos.

Mateus Bittencourt e Ana Luiza Baccin

Editores-Chefes da Revista | 2024 - presente

A ELABORAÇÃO DO DIREITO À DESINDEXAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.660.168-RJ

THE ELABORATION OF THE RIGHT TO DE-INDEXATION IN SPECIAL APPEAL No. 1.660.168-RJ

Evelyn Marques de Deus Costa
Pedro Manenti Vieira da Silva

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar o uso do direito à desindexação no Recurso Especial nº 1.660.168-RJ, que teve como relatora a Ministra Nancy Andrighi, tendo o voto do Ministro Marco Aurélio Bellizze, sido vencedor, no qual resultou o deferimento do pedido da autora no tocante à desvinculação das notícias vinculando seu nome a supostas fraudes em um concurso de magistratura. A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica. O artigo em tela se estrutura a partir do seguinte problema de pesquisa: Como o direito à desindexação é construído no Resp nº 1.660.168-RJ e qual seu vínculo com os direitos da personalidade? Em um primeiro momento, busca-se identificar a estrutura jurídica dos votos no acórdão do Recurso Especial em questão, com ênfase no voto do ministro Marco Aurélio Bellizze. Em seguida, para compreender o arcabouço jurídico mobilizado nos votos, se identifica cada um dos conceitos jurídicos mobilizados, com enfoque na dogmática dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direito à desindexação; Direitos fundamentais; Liberdade de expressão.

Abstract: This article aim to analyze the use of the right to de-indexation in Special Appeal No. 1.660.168-RJ, which had Minister Nancy Andrighi as rapporteur, with Minister Marco Aurélio Bellizze's vote being the winning one, in which the author's request regarding the de-linking of news stories linking her name to alleged fraud in a magistracy competition was granted. A methodology used for bibliographical research. The article in question is structured based on the following research problem: How is the right to de-indexation constructed in Resp No. 1.660.168-RJ and what is its link with personality rights? Initially, we search to identify the legal structure of the votes of the judgment of the Special Appeal in question, with emphasis on the vote of Minister Marco Aurélio Bellizze. Next, to understand the legal framework mobilized in the votes, each of the legal concepts mobilized is agreed upon, with an approach in the dogmatic of fundamental rights.

Keywords: Right to desindexation. Fundamental rights. Freedom of expression.

Sumário: Introdução. 1. A Desindexação E O Resp Nº 1.660.168-RJ. 1.1 Do voto da Relatora Sra. Ministra Nancy Andrighi. 1.2 Do voto vencedor - Ministro Aurélio Bellizze. 2 Direito À Desindexação Como Direito Da Personalidade. 2.1 Da origem dos direitos da personalidade. 2.2 Direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro. 2.3 Os direitos da personalidade como direitos fundamentais. 2.3.1. Construção dogmática dos direitos fundamentais. 2.4 Dignidade da pessoa humana. 3.5 Liberdade de expressão. 2.6 Privacidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Com o advento da internet e dos mecanismos de busca, como os motores de pesquisa, surge a discussão sobre os limites da liberdade de expressão, sobre a proteção dos direitos da personalidade e, mais especificamente, sobre a possibilidade do direito à desindexação de informações em meio eletrônico. Paralelamente, se discute também o "direito ao esquecimento", como elaboração jurídica alternativa para os problemas suscitados.

Considerando que os direitos da personalidade são prerrogativas diretamente relacionadas à individualidade, é evidente que, à medida que a sociedade se transforma, esses direitos adquirem novas interpretações, ampliando suas possibilidades e recebendo uma proteção aprimorada ao longo do tempo.

Nesse contexto, foi proferido acórdão no Recurso Especial nº 1.660.168-RJ, pela 3ª Turma, do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 05 de junho de 2018, sob relatoria da ministra Nancy Andrighi (Brasil, 2018), no qual se discute a possibilidade de desindexação de nome da autora da ação dos resultados dos mecanismos de busca na internet que vinculam seu nome à suspeitas de fraude em concurso público.

Diante disso, surge como problema de pesquisa a seguinte questão: como o direito à desindexação é construído no Recurso Especial nº 1.660.168-RJ e qual seu vínculo com os direitos da personalidade? Por isso, com o intuito de compreender a estrutura discursiva mobilizada no julgado, o presente artigo, tem por objetivo identificar as raízes teóricas da construção jurídica mobilizada pelo Superior Tribunal de Justiça, traçando o vínculo entre o direito à desindexação e os direitos de personalidade.

Para isso, o itinerário a ser percorrido parte da análise do referido acórdão, com destaque ao voto vencedor do ministro Marco Aurélio Bellizze e ao voto vencido, proferido pela ministra Nancy Andrighi. Em seguida, com o intuito de identificar a construção teórica mobilizada na decisão judicial, se analisa a estrutura dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como sua relação com a dignidade da pessoa humana, que de acordo com os doutrinadores Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2022, p. 120), é considerada como o “núcleo essencial” da estrutura da Constituição Federal de 1988, pois é a partir dela que derivam os direitos fundamentais estabelecidos na legislação brasileira.

No que concerne aos direitos fundamentais, se analisa o direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão, ambos previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Tal abordagem, é relevante para esta pesquisa, por conta da discussão sobre os limites da liberdade de expressão e a privacidade, na aplicação do direito à desindexação.

Ao fim, se examina a posição do direito à desindexação como preservação dos direitos da personalidade frente à aceleração tecnológica e a interconectividade das redes, destacando a importância de equilibrar os direitos individuais com a liberdade de expressão e o acesso à informação.

Se indica, do ponto de vista metodológico, que a pesquisa foi bibliográfica e documental, conforme a designação de Lakatos (2017).

1 A DESINDEXAÇÃO E O RECURSO ESPECIAL Nº 1.660.168-RJ

De início, trata-se de identificar os conceitos jurídicos mobilizados nos votos do Recurso Especial nº 1.660.168-RJ, com a finalidade de compreender a estrutura argumentativa erigida neste caso. Para isso, se torna necessária a explicação do itinerário processual que culminou no acórdão, bem como a exposição dos argumentos elaborados pelos ministros. Após, serão examinados os votos da relatora ministra Nancy Andrighi e o voto vencedor, do ministro Marco Aurélio Bellizze, o qual havia apresentado divergência.

Os recursos especiais foram interpostos por Google Brasil Internet Ltda., Yahoo! do Brasil Internet Ltda. e Microsoft Informática Ltda., utilizando como fundamento as alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, em face de acórdão do TJ/RJ (Brasil, 2018, p. 3).

A ação proposta em 1º grau de jurisdição, autos do processo de nº 02187-85.2009.8.19.0001, foi a de obrigação de fazer, ajuizada por Denise Pieri Nunes, atualmente promotora de justiça do Rio de Janeiro, em face das recorrentes.

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), na época dos fatos, havia ajuizado uma representação no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), acerca de uma suspeita de vazamento do gabarito do XLI Concurso da magistratura do estado do Rio de Janeiro. Denise havia gabaritado a prova discursiva da prova específica de direito tributário, todavia, ficou com nota zero na prova oral no tocante a mesma matéria, o que a tornou suspeita de ter cometido uma fraude (Marques, 2019, p. 6).

Ocorre que, em resposta, o CNJ reconheceu a existência de problemas nas práticas adotadas pela banca, mas afirmou a inexistência de elementos suficientes para confirmar a fraude. Todavia, diversos sites divulgaram a notícia, afirmando que Denise havia cometido fraude, alegando que teve acesso a um dos gabaritos da prova com antecedência.

Requeru que houvesse a filtragem dos resultados de buscas que utilizavam seu nome como parâmetro, para que fosse desvinculada das notícias mencionadas. Afirmou que embora tenha feito sua inscrição no concurso, foi reprovada por ter obtido a nota de dois na banca da prova oral na

matéria de direito tributário, garantiu que poderia ter sido classificada como segunda colocada, se não tivesse sido eliminada do concurso.

Diante das alegações, o requerimento da autora supramencionada ação, Denise, era o de desindexação. Alegou que a indexação das notícias que a relacionavam a uma suspeita de fraude causava danos à sua dignidade, à sua honra e à sua privacidade.

Houve o deferimento, inicialmente, da medida liminar requerida por Denise. Após, em sentença, foi julgado improcedente o pedido, com o entendimento de que as aplicações de buscas na internet não seriam responsáveis pelo conteúdo das notícias encontradas.

Em segunda instância, o Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro (TJRJ) deferiu o pedido de medida liminar para manter o processo em sigilo, apresentado por Denise, e autorizou a antecipação dos efeitos da tutela. Estabeleceu um prazo de cinco dias úteis para o cumprimento da decisão, sob pena de multa diária de R\$10.000,00 (dez mil reais) por réu. Isso levou à apresentação de um recurso de agravo de instrumento pela parte ré, que foi parcialmente acolhido, ampliando o prazo para o cumprimento das obrigações para 10 dias e reduzindo a multa para R\$1.000,00 (mil reais).

Em contestação apresentada pelo Google, de maneira preliminar, foi alegado falta de interesse de agir, bem como, afirmou que a ação deveria ter sido proposta apenas em face dos mantenedores das páginas em que as matérias haviam sido disponibilizadas. No que tange ao mérito, afirmou que não possui o dever de fiscalização de todo conteúdo da internet, pois, seu serviço seria apenas o de buscador.

Em contestação apresentada pela Yahoo!, alegou, da mesma forma, sua ilegitimidade passiva, porquanto as notícias acerca da suposta fraude estariam hospedadas em *sites* de terceiros. No que tange ao mérito, alegou a ausência do cometimento de ato ilícito.

Por fim, a Microsoft informou que o serviço de busca é fornecido pela Microsoft Corporation, arguindo ilegitimidade passiva. No que tange ao mérito, utilizou como fundamento o artigo 5º, IX e XIV, da Constituição Federal. Alegou impossibilidade jurídica do pedido, pois, não haveria no ordenamento jurídico brasileiro, amparo para a tutela pretendida.

Em sede de agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), majorou a multa diária para R\$3.000,00 (três mil reais), sem prejuízo da multa já vencida, diante do não cumprimento da obrigação imposta na decisão de tutela antecipada (Marques, 2019, p. 8).

Em sentença proferida, o pedido foi julgado improcedente, ocorrendo a condenação de Denise ao pagamento das custas processuais e honorários fixados em 10% sobre o valor da causa.

Após o indeferimento do pedido, Denise interpôs recurso de apelação. Além da reiteração dos pedidos arguidos na inicial, acrescentou que a ação civil pública, que foi conduzida no Órgão

Especial do TJRJ e foi movida para investigar possíveis irregularidades no concurso público em questão, foi arquivada sem resultar em condenação. Também ressaltou que a técnica para que as partes recorridas atendam às demandas da parte autora já havia sido especificada pela Câmara Cível do TJRJ. Asseverou merecer ser dado prosseguimento à execução da multa diária (Marques, 2019, p. 8).

Em contrarrazões apresentadas pela Microsoft, ressaltou o ferimento da proporcionalidade em eventual acolhimento do pedido, tendo em vista que lhe acarretaria ônus excessivos, bem como, não atenderia ao efeito prático pretendido.

Como resposta ao recurso interposto, a apelada Google, apresentou contrarrazões, salientou que a sociedade possui o direito de ser informada sobre os fatos que sejam relacionados a figuras públicas, porquanto, as notícias em questão, tratam acerca de uma suspeita de fraude de um concurso público, não acerca da vida pessoal e privada de Denise.

O Yahoo, em suas contrarrazões, informou que para que seja alterado um resultado de pesquisa é necessário que seja feita de forma manual e individual, considerando que inexistente mecanismo de informática que seja apto na identificação de conteúdo que sejam ofensivos a uma determinada pessoa. Reiterou as teses apresentadas na contestação apresentada em 1º grau de jurisdição.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em acórdão redigido, deu parcial provimento ao recurso interposto, por unanimidade de votos, condenando o Google Brasil Internet Ltda., Yahoo! do Brasil Internet Ltda. e Microsoft Informática Ltda. a filtrarem os resultados de busca que contivesse menção à Denise.

Denise opôs embargos de declaração, tendo sido acolhidos para que fossem invertidos os ônus sucumbenciais.

Foram opostos, também, embargos de declaração opostos por Google Brasil Internet Ltda, Yahoo! do Brasil Internet Ltda e Microsoft Informática Ltda. O TJRJ rejeitou os embargos que foram opostos. Com isso, as empresas interpuseram recursos especiais utilizando como fundamento as alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão do TJRJ.

Recurso especial interposto por GOOGLE: alega violação aos arts. 3º, 267, IV, 395, V, 461, § 6º, 458, 459 e 535 do CPC/73 e aos arts. 248, 250 e 884 do CC/02. Sustenta, ainda, a existência de dissídio jurisprudencial.

Recurso especial interposto por YAHOO!: alega violação aos arts. 3º, 48, 267, VI, 485, § 1º, 461, § 4º, 472, 535 do CPC/73, ao art. 14 do CDC, ao art. 21 do CC/02. Alega a existência de dissídio jurisprudencial.

Recurso especial interposto por MICROSOFT: alega violação aos arts. 128 e 460 do CPC/73 e ao art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (BRASIL, 2018, p. 5).

No julgamento do caso em questão, o Superior Tribunal de Justiça, com a maioria dos votos a favor, concedeu parcialmente o provimento aos recursos especiais, conforme o voto do

ministro Marco Aurélio Bellizze. Os ministros Nancy Andrighi e Ricardo Villas Bôas Cueva foram vencidos. Os ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Moura Ribeiro também votaram de acordo com o ministro Marco Aurélio Bellizze (presidente).

1.1 DO VOTO DA RELATORA SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Em seu voto, a ministra Nancy Andrighi sustentou, inicialmente, que embora tenha examinado todos os aspectos do assunto em discussão, o tribunal abordou a responsabilidade dos provedores de serviços de busca na internet de uma perspectiva diferente daquela buscada pelo recorrente. Esse fato não justifica a apresentação de embargos de declaração.

Destarte, o não acolhimento das teses contidas no recurso não implica falta de clareza, contradição ou omissão, pois cabe ao julgador analisar a questão de acordo com o que considera relevante para o caso em questão.

Em segundo ponto, a ministra tratou de analisar a possível violação dos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil, diante da possível existência de decisão judicial *extra petita* na hipótese dos autos.

Fora utilizado o julgamento do Agravo Interno interposto contra decisão monocrática que decidiu Agravo de Recurso Especial 873.425/RJ, ocorrido em 20/09/2016 (DJe 29/09/2016), na qual a segunda turma desta corte afirmou que “não ocorre julgamento *ultra petita* se o Tribunal local decide questão que é reflexo do pedido na exordial”.

Bem como o entendimento da terceira turma proferido no julgamento do Agravo Interno interposto contra decisão no Recurso Especial 1546086/RS (DJe 25/10/2016): “não há falar em julgamento *extra petita* quando decidida a causa dentro dos contornos da lide, que são estabelecidos a partir do exame da causa de pedir eleita pela parte autora da demanda e dos limites do pedido veiculado em sua petição inicial”.

Em terceiro momento, a ministra Nancy Andrighi tratou acerca do “direito ao esquecimento”, afirmou que no ordenamento brasileiro não existe uma lei geral que discuta a proteção de dados pessoais, como na comunidade Europeia que regulamentou a matéria por meio da Diretiva 95/46/CE, desta forma, sustentou que não deve ser aplicado o entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o Mario Costeja González no caso em questão (Marques, 2019, p. 13).

Por conseguinte, explicou que, no âmbito doutrinário, houve a aprovação do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ, que declarou que a tutela da dignidade

da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento (Marques, 2019, p. 13).

Acerca do tema “direito ao esquecimento” concluiu a ministra que a legislação nacional não autoriza atribuir essa responsabilidade ao provedor de mecanismo de busca, uma vez que isso poderia transformá-lo em um regulador efetivo da informação online (Brasil, 2018, p. 14).

Após a análise feita, a ministra Nancy Andrighi (2018), concluiu: “[...] não há fundamento normativo no ordenamento jurídico pátrio capaz de imputar à recorrente a obrigação de implementar o direito ao esquecimento da recorrida.”

Na sessão de 22 de agosto de 2017, os recursos especiais foram submetidos à análise da terceira turma. Na ocasião, a ministra relatora Nancy Andrighi emitiu perspicaz voto no sentido de dar-lhes provimento (Brasil, 2018, p. 24).

Quanto ao mérito da demanda, a ministra Nancy Andrighi reconheceu que o acórdão recorrido teria aplicado o direito ao esquecimento de forma indiscriminada e em contrariedade à finalidade essencial do instituto, considerando que, no caso, se pretendia a instalação de filtros para que o conteúdo não fosse apontado, e não a exclusão do conteúdo disponibilizado por terceiros no ambiente virtual.

A ministra Nancy Andrighi finalizou seu voto (Brasil, 2018, p. 19) afirmando: “[...] não há fundamento normativo no ordenamento jurídico pátrio capaz de imputar à recorrente a obrigação de implementar o direito ao esquecimento da recorrida. Essa obrigação deve recair diretamente sobre aquele que mantém a informação no ambiente digital [...].”

1.2 DO VOTO VENCEDOR - MINISTRO AURÉLIO BELLIZZE

Em seu voto, o ministro Aurélio Bellizze divergiu de forma parcial e substancial, das conclusões da ministra e relatora Nancy Andrighi.

O ministro Aurélio Bellizze afirmou que há um esqueleto legislativo, a partir da tutela à proteção de dados dos cidadãos brasileiros, que ocorre tanto por força de expressa constitucional, bem como por meio da Lei 9.504/1997 e por meio das legislações esparsas (Código de Defesa do Consumidor e o Marco Civil da Internet), que espelha a dimensão da proteção concreta à intimidade e à privacidade.

Afirmou que a diretiva 95/46/CE (União Europeia) não se endereça diretamente a disputas e regulamentos aplicáveis à realidade da internet, ainda principiante à época de sua publicação, em 23 de novembro de 1995. Porquanto, o próprio buscador da Google somente começou a ser operado em 1996, ainda como projeto. A consulta feita pelo tribunal espanhol, onde se originou a

ação, o Tribunal de Justiça Europeu começou por buscar esclarecimentos sobre (i) os limites geográficos da aplicação da diretiva a empresas localizadas fora da União Europeia. Em seguida, procuraram (ii) determinar se os provedores de aplicativos de busca poderiam ser considerados consideráveis de dados sujeitos a essa cláusula. Finalmente, (iii) questionar se o direito ao esquecimento poderia ser invocado para proibir a indexação de conteúdo disponível na internet pelos mecanismos de busca (Brasil, 2018, p. 26).

O ministro Marco Aurélio Bellizze (Brasil, 2018, p. 27) assentou que a positivação do direito ao esquecimento na diretiva se encontra vagamente disciplinada nos artigos 12 e 14. O primeiro estabelece a garantia ao direito à retificação, exclusão ou bloqueio de dados tratados de forma irregular, enquanto que o segundo permite à pessoa se opor ao tratamento de seus dados por razões legítimas, obrigando a cessação se a oposição for justificada.

Considerando que o próprio Marco Civil da Internet garante a proteção de registros, dados pessoais e comunicações privadas, conforme previsto na Seção II do Capítulo III, que se dedica ao fornecimento de serviços de conexão e de aplicações de internet, o ministro informou que sua divergência se inicia ao contestar a alegação de que não havia uma base jurídica adequada para respaldar uma potencial solicitação de restrição no processamento de dados.

Contudo, dispôs que esse entendimento não equivale a impor aos provedores de aplicações, o ônus de retirar do meio digital conteúdo inserido por terceiros, mas tão somente de não afastar do poder judiciário, peremptoriamente, a apreciação de casos concretos excepcionais em que se denota a ausência de razoabilidade na exibição dos resultados (Brasil, 2018, p. 28).

Ainda, essa desproporcionalidade pode surgir de conteúdo cujo foco é principalmente de natureza privada e pessoal, de forma a não estar alinhado com o interesse público em informação. Bem como, pode resultar do longo prazo decorrido desde fato que ensejou a inclusão dos dados pessoais apontados na busca (Brasil, 2018, p. 28).

De acordo com o ministro Marco Aurélio Bellizze (Brasil, 2018, p. 29), a situação em tela, também é excepcional e merece uma reflexão individualizada, ainda que seja distinta daquela precedente, por não ter sido requerida a responsabilização civil dos recorrentes e nem alegado a existência de defeito de prestação do serviço.

Pois, neste caso, a autora da ação contestou o fato de que, após decorrido anos dos acontecimentos, o resultado mais destacado ao pesquisar seu nome era a notícia de fraude em um concurso público para a magistratura do Rio de Janeiro, na qual havia sido reprovada.

Concluiu, portanto, que a insurgência é restrita ao apontamento de seu nome como critério exclusivo, desvinculado de qualquer outro termo, e a exibição de fato desabonador divulgado há mais de dez anos entre as notícias mais relevantes.

Portanto, o ministro do voto-vencedor, Marco Aurélio Bellizze, afirmou ser a favor da desvinculação do nome da recorrida Denise em relação ao resultado que indica os sites relativos à suposta fraude do concurso público de magistratura do estado do Rio de Janeiro (Marques, 2019, p. 20).

Assim, é imprescindível a atuação do Poder Judiciário, até para afastar a função de censor das ferramentas de busca, em casos em que se sustente a necessidade de interferência pontual para assegurar à pessoa em causa a quebra dessa vinculação eternizada pelos sites de busca, a fim de desassociar os dados pessoais do resultado cuja relevância se encontra superada pelo decurso do tempo. Essa é a essência do direito ao esquecimento: não se trata de efetivamente apagar o passado, mas de permitir que a pessoa envolvida siga sua vida com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca (Brasil, 2018, p. 30).

Ainda, sustentou que não terão seu direito de ter acesso a informações relativas a fraudes em concurso público aqueles que quiserem ter acesso, pois permanecerão acessíveis as fontes que mencionam, inclusive, o nome da recorrida. Contudo, sua busca deverá conter critérios relativos a esse conteúdo, seja em conjunto com o nome da recorrida, seja de forma autônoma. Nesses termos, se constata a aplicação do chamado “direito à desindexação”.

Quanto à adequação do valor das astreintes fixadas em razão do descumprimento do acórdão de origem, o ministro Marco Aurélio Bellizze deu parcial provimento aos recursos especiais interpostos, a fim de reduzir a multa diária para R\$ 1.000,00 (um mil reais).

O voto-vencedor do ministro Marco Aurélio Bellizze gerou inconformação. A relatora Nancy Andrighi solicitou vistas regimentais para esclarecer que o seu voto foi no sentido de que a legislação brasileira difere da europeia, uma vez que não abordou o direito ao esquecimento da mesma forma que a legislação europeia.

Nancy afirmou que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) segue um sistema de antecedentes e que, na situação sob análise, não há elite específica que justifique uma mudança no entendimento consolidado ao longo dos anos pela corte. Além disso, ressaltou a importância do princípio constitucional da igualdade, no qual todos são tratados da mesma forma perante a lei. A sua argumentação se baseou na inexistência de conteúdo ilícito e na ausência de prejuízo (Marques, 2019, p. 20).

O ministro Moura Ribeiro (Brasil, 2018, p. 51) acompanhou o voto divergente do ministro Marco Aurélio Bellizze. Ponderou que a solução mais abordada seria a atualização das informações. No entanto, uma vez que esta atualização não foi solicitada nos documentos do processo, ele enfatiza que a desindexação é essencial na situação em discussão, uma vez que está vinculada ao direito ao esquecimento.

Em concordância com a ministra relatora Nancy Andrighi, o ministro Ricardo Villas Bôas Cueva reafirmou que não deveria ser utilizado como precedente o Tribunal de Justiça da União Europeia. Solicitou vista dos autos, a fim de avaliar se o caso sob análise realmente apresentava

situações específicas que justificavam a não aplicação da jurisdição exigida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Expressou discordância em relação aos votos divergentes e optou por seguir o entendimento do ministro relator do caso, enfatizando a importância de manter a uniformidade nas decisões do tribunal superior.

Após o voto-vista do ministro Ricardo Villas Bôas, ocorreu o empate nas votações. Por fim, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino pediu vista do processo. Tendo acompanhado integralmente a divergência inaugurada pelo ministro Marco Aurélio Bellizze quanto ao mérito (Brasil, 2018, p. 21).

Desta forma, o acórdão no Recurso Especial 1.660.168-RJ vislumbrou tão somente a desindexação do nome da autora ao evento ocorrido, e não o impedimento da divulgação acerca da fraude no concurso público. Em um juízo de ponderação e conciliação, os ministros conseguiram preservar os direitos da personalidade da autora, mais especificamente o direito ao nome e à imagem, ainda que a notícia a respeito da fraude tenha sido mantida.

2 DIREITO À DESINDEXAÇÃO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

A partir da análise do acórdão proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.660.168-RJ, se identifica que o entendimento da referida corte a respeito do direito ao esquecimento se manteve estruturado do mesmo modo que em julgados anteriores. Contudo, diante dessa trama conceitual mobilizada pelo tribunal superior, se indaga a respeito das raízes históricas dos constructos jurídicos em jogo. A corte, no intuito de manter o entendimento do Supremo Tribunal Federal e afastar a aplicação do direito ao esquecimento, mas ao mesmo tempo garantir a tutela da personalidade, buscou no pedido de desindexação o principal fundamento de seu acórdão. Com isso, torna-se necessário compreender o vínculo entre o direito à desindexação e o direito à personalidade, na medida em que é afastado o direito ao esquecimento pelo referido tribunal. Sendo assim, este tópico busca, justamente, identificar as raízes teóricas dessa atual construção do direito à desindexação, motivo pelo qual analisa os conceitos jurídicos de direitos da personalidade, direitos fundamentais, privacidade e liberdade de expressão – vocabulário mobilizado pela corte superior para fundamentar o acórdão.

2.1 DA ORIGEM DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Cabe ressaltar, em um primeiro momento, que a personalidade jurídica não é um dado, mas uma construção jurídica romana. Destarte, embora a formulação do conceito de pessoa esteja ligada

a Roma não implica que os romanos tenham sido pioneiros na conceituação da personalidade (Silva, 2022, p. 58).

É essencial destacar que as doutrinas germânica e francesa desempenharam um papel significativo ao longo dos séculos XVI, XVII, XIX e, finalmente, no século XX. Durante esse período, surgiu a concepção do direito de personalidade como um direito subjetivo, embora tenha enfrentado resistência inicialmente devido à relutância em permitir que os indivíduos tivessem direitos sobre si mesmos. No entanto, essa objeção não prevaleceu, levando ao reconhecimento da personalidade como um atributo inerente à condição humana e, como resultado, ao aumento da valorização do direito de personalidade (Silva; Dinallo, 2021, p. 7).

No cenário da Roma Antiga, a personalidade jurídica, se restringia aos indivíduos que reunissem os três *status*: *Status Libertatis*, isto é, ser livre; *Status Civitatis*, isto é, ser cidadão romano e *Status Familiae*, ser o chefe da família (*paterfamilias*), não havendo sujeição a nenhum outro poder familiar (Silva, 2022). Esses três *status* eram os requisitos responsáveis pela aquisição pela plena aquisição da capacidade jurídica.

No direito romano, em um primeiro momento, a tutela de personalidade era defendida por meio da *actio injuriarum* (Tepedino, 2004, p. 24), compreendida como a ação contra a injúria que, abrangia qualquer “atentado à pessoa física ou moral do cidadão”.

No Brasil, o Código Civil de 1916¹ era mais limitado em relação à proteção da personalidade se comparado ao Código Civil de 2002. Os direitos fundamentais relacionados à personalidade foram reconhecidos e garantidos a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Os direitos e garantias previstos no artigo 5º da Constituição Federal, formam a base para a proteção dos direitos fundamentais no Brasil, consequentemente, protegem os direitos da personalidade.

2.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Com o Código Civil de 2002, houve ampliação quanto à proteção dos direitos da personalidade. No capítulo 2 do Código Civil de 2002, entre os artigos 11 ao 21, é discorrido acerca dos direitos da personalidade.

¹ O professor José Carlos Moreira Alves justificou a ausência dos direitos da personalidade do Código Civil de 1916 por este problema dogmático “Essa disciplina não constou do Código Civil brasileiro por uma razão singela: na época em que foi elaborado, ainda se discutia se, realmente, havia direitos subjetivos da personalidade, tendo em vista que forte corrente doutrinária considerava não ser possível que o titular do direito subjetivo fosse ao mesmo tempo objeto desse direito, pelo fato de não se distinguirem os aspectos da personalidade e de se considerarem que esses aspectos formavam uma unidade e, portanto, tratava-se sempre da personalidade una da pessoa física ou natural” (Alves, 1999).

Para o jurista George Marmelstein (2016, p. 18), os direitos fundamentais, são normas jurídicas, que estão intimamente ligadas à ideia da dignidade da pessoa humana e de limitação de poder, positivadas na constituição de um Estado democrático de direito, que, devido à sua importância em termos de valores, servem como base e justificam todo o sistema jurídico.

Em suma, o objetivo do direito da personalidade é assegurar que cada indivíduo tenha o direito de ser respeitado e valorizado em sua individualidade, preservando sua dignidade, honra, liberdade e outros aspectos fundamentais que compõem sua identidade pessoal. “Protege-se o que é próprio da pessoa, como o direito à vida, à integridade física e psíquica, ao próprio corpo, à intimidade, à privacidade, à liberdade, à honra, à imagem, ao nome, dentre outros” (Borges, 2007, p. 21).

De acordo com o artigo 11 do Código Civil de 2002, os direitos da personalidade são intransmissíveis, irrenunciáveis e indisponíveis, o que significa que o seu exercício não pode sofrer limitação voluntária, sendo assim, não podem ser objeto de renúncia ou de limitação deliberada, com exceção dos casos previstos em lei.

Além dessas três características, o jurista Sílvio de Souza Venosa (2011), elenca outras cinco características, sendo elas: absolutos, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis.

Ainda, embora os direitos da personalidade, em caso de violação, possam ser economicamente mensuráveis, é correto dizer que, em princípio, são considerados como extrapatrimoniais (Gagliano; Pamplona Filho, 2011, p. 190).

Os direitos de personalidade têm uma conexão direta com a dignidade da pessoa humana e são considerados como uma extensão dos direitos fundamentais. A doutrina, por sua vez, argumenta que a proteção do ambiente ou da intimidação virtual se enquadra na categoria dos direitos da quinta dimensão, de acordo com a perspectiva de Tartuce (2015). Para Sarlet (2004, p. 158), a dignidade da pessoa humana implica, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo e se relaciona diretamente com os direitos fundamentais constantes na Constituição Federal de 1988, ainda, sustenta que a dignidade da pessoa humana implica, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

Schreiber (2014, p. 13), sustenta que: “Os direitos da personalidade consistem em atributos essenciais da pessoa humana, cujo reconhecimento jurídico resulta de uma contínua marcha de conquistas históricas.”. Portanto, embora tenha sido tratado sob diferentes enfoques durante a história, todas as diferentes designações possuem como objetivo a contemplação dos atributos da personalidade humana que é faz jus a proteção jurídica.

Os dispositivos da Constituição Federal e do Código Civil quanto aos direitos da personalidade têm por intuito à proteção da vida e da intimidade da pessoa, assegurando inclusive

o direito subjetivo para fazer cessar atos ilícitos em caso de lesão ou ameaça a direito (Cruz e Silva; Paimel, 2022, p. 4).

Moraes (2007, p.2), sustenta que, na atualidade, a relevância dos direitos da personalidade provém, por um lado, do devido ao aumento significativo em quantidade e qualidade dos meios de comunicação de massa invasivos, que progressivamente passaram a ignorar a privacidade das vidas individuais. Por outro lado, também decorre do fato de que muitas relações sociais, anteriormente como pertencentes a sistemas fora do âmbito jurídico, passaram a ser cada vez mais aplicadas à jurisdicionalização.

Para o jurista Canotilho (2000, p. 381-390), os direitos da personalidade são direitos fundamentais, mas nem todos os direitos elencados como fundamentais são direitos da personalidade.

2.3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para Schreiber (2022), os direitos da personalidade refletem a projeção dos direitos fundamentais no campo do Direito Civil, porquanto, nasce e se desenvolve a partir da ideia de que é preciso proteger os atributos da pessoa humana nas relações privadas, não bastando que haja proteção apenas em relação ao Estado.

2.3.1.CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com Hesse (*apud* Bonavides, 2008, p. 560), os direitos fundamentais podem ser compreendidos como aqueles que almejam “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”, ou, “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”.

Para o constitucionalista Bulos (2015, p. 526):

Direitos Fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.

De acordo com Mendes e Branco (2016, p. 135), os direitos compreendidos como fundamentais devem ser incorporados a um documento legal com o mais alto grau de obrigatoriedade, imune à maioria das passagens que podem surgir em momentos tumultuados, prejudicando o respeito aos direitos humanos.

Como princípios, os direitos fundamentais podem ser entendidos como valores morais aceitos e compartilhados por uma sociedade em um determinado contexto, e eles se tornam direitos jurídicos quando incorporados à Constituição (Barroso, 2008, p. 352).

Os direitos fundamentais exercem a função de definições de natureza negativa sobre as ações do Poder Público, com o objetivo de evitar intromissões propostas nas esferas dos bens jurídicos fundamentais. Além disso, ao impor obrigações de proteção, as normas relativas aos direitos fundamentais exigem que o Estado já seja de maneira afirmativa, muitas vezes obrigando-o a intervir de forma preventiva ou repressiva, mesmo situações em envolvidas agressões perpetradas por particulares. Esse deve ser estatal, que pode ser identificado não apenas em preceitos constitucionais específicos relacionados aos direitos fundamentais, mas também associado ao princípio do Estado de Direito, ressaltando o papel do Estado como o único autorizado a empregar a força e resolver conflitos entre particulares, com exceção de situações especiais, como legítima defesa (Sarlet, 2005, p. 216).

Os direitos fundamentais podem ser implícitos ou expressos, com o objetivo de regular as relações entre o Estado, indivíduos e particulares (Ribeiro; Santos; Sousa, 2018, p. 297).

A partir de tal enunciado, é possível observar não apenas a natureza ampla e inclusiva do conjunto de direitos presentes na Constituição, mas também perceber que essa abertura se estende a outros direitos fundamentais. Esses direitos são tão explicitamente consagrados em diferentes partes da Constituição Federal e podem em outros documentos legais, com destaque para tratados internacionais de direitos humanos, no que diz respeito aos direitos que são decorrentes do próprio sistema constitucional. Estes últimos são frequentemente referidos como direitos implícitos, pois não são expressamente definidos e positivados pelo constituinte, mas podem ser deduzidos a partir dos princípios e normas fundamentais da Constituição (Sarlet, 2015, p. 27), elaborados sobretudo a partir da ideia de dignidade da pessoa humana.

2.4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Acerca da dignidade da pessoa humana, Ingo Sarlet (2004, p. 573), conceitua:

temos por dignidade da pessoa humana, a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

De acordo com o doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet (2022, p. 120), a Constituição Federal de 1988 considera a dignidade da pessoa humana como o “núcleo essencial” de sua estrutura, a

partir do que derivam dos direitos fundamentais estabelecidos na legislação brasileira. Sarlet (2022) argumenta que a dignidade é um valor intrínseco e inalienável presente em cada ser humano, ou qual deve ser preservado e respeitado em todas as esferas da vida. Além disso, ele ressalta que a dignidade não é um conceito abstrato, mas se manifesta na capacidade de autodeterminação e na autonomia de cada indivíduo, bem como no respeito devido a todos enquanto seres humanos.

A dignidade da pessoa humana não é uma construção da Constituição, pois é um conceito intrínseco. A Constituição, ao considerar a sua existência e a sua importância, elevou-a a um patamar de relevância máxima na ordem jurídica (Silva, 1998, p. 91).

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual (Moraes, 2002, p. 129).

Desta forma, podemos compreender que, a partir da aplicação direta do princípio da dignidade da pessoa humana, se originam vários dos direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e a privacidade que serão abordadas posteriormente, cujo objetivo é garantir a sua efetivação no âmbito nacional.

A dignidade da pessoa humana representa um alicerce para os direitos fundamentais do ser humano em todas as suas facetas. No entanto, é importante destacar que a democracia se destaca como o único sistema político apto a garantir a efetivação desses direitos (Rocha, 2001, p. 56)², o que, por sua vez, implica na valorização e humanização do indivíduo, sendo a democracia o valor máximo que enaltece e humaniza a dignidade da pessoa humana (Silva, 1998, p. 94).

Gustavo Tepedino (1999, p. 48), em relação a tutela da dignidade da pessoa humana, observou:

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

² Conforme sustentado pela jurista: quando o Estado não adota uma abordagem democrática, ele não se compromete a respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana. Isso ocorre porque o autoritarismo e o totalitarismo invertem os princípios subjacentes desse axioma jurídico, transformando o Estado em um fim em si mesmo e o ser humano em um meio. Nesse contexto, o ser humano possui um valor quantificável, e não uma dignidade intrínseca.

A Constituição Federal colocou à pessoa humana em destaque, pois dispôs que sua dignidade representa um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consoante se verifica em seu art. 1º, III.

O princípio da dignidade humana, de acordo com Gustavo Tepedino (1999, p. 48), trata de “uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento”.

2.5 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão está prevista no artigo 5º, inciso IX da Constituição Federal, que dispõe: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

A liberdade de expressão engloba um conjunto abrangente de direitos relacionados às liberdades de comunicação, abarcando a liberdade de expressão propriamente dita (ou seja, a manifestação de pensamentos e opiniões), a liberdade de criação e de imprensa, bem como o direito à informação (Tórres, 2013, p. 62).

Para Schreiber (2013b, p. 240), a liberdade de expressão mantém sua característica tradicional como um direito que se opõe à interferência do Estado. Ao Estado então, competiria, evitar que a liberdade de expressão se torne uma “arma” contra outros direitos fundamentais da pessoa humana, igualmente tutelados.

Anderson Schreiber aponta suas preocupações, considerando a relação com a censura, frente a hipótese de uma colisão entre liberdade de expressão e privacidade. Veja-se:

O tenebroso perigo de um retorno à “censura” não se afigura menos assustador que a ideia de que a vida privada de pessoas famosas pertence não a eles próprios, mas à história e à sociedade. Num caso, como noutro, um suposto interesse coletivo passa a autorizar a integral supressão ao exercício de um interesse existencial da pessoa – à liberdade de expressão, no caso da censura; à privacidade, no caso da exposição pública. Ao contrário, a postura também aqui não deve ser a da prevalência, mas a da ponderação (Schreiber, 2022, p. 20).

No âmbito da Constituição Federal, promulgada em 1988, a liberdade de expressão passou a corresponder ao patamar de reconhecimento e proteção compatível com um autêntico Estado democrático de direito, pelo menos de acordo com o texto constitucional (Sarlet; Neto, 2017. p. 640).

Para Sarlet e Neto (2017, p. 641-642):

Assim como a liberdade de expressão encontra um dos seus principais fundamentos (e objetivos) na dignidade da pessoa humana, naquilo em que diz respeito à autonomia e livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, ela também guarda relação, em uma dimensão social e política, com as condições e a garantia da democracia e do pluralismo político, assegurando uma espécie de livre mercado das ideias, assumindo, nesse sentido, a qualidade de um direito político e revelando ter também uma dimensão

nitidamente transindividual, já que a liberdade de expressão e seus respectivos limites operam essencialmente na esfera das relações de comunicação e da vida social.

Destarte, a relação entre democracia e liberdade de expressão é caracterizada por uma relação mútua e interdependente. Em outras palavras, um influencia o outro e ambos se complementam. Aumentar o grau de democracia muitas vezes implica em ampliar a liberdade de expressão, e o inverso também é verdadeiro, ou seja, expandir a liberdade de expressão contribui para o fortalecimento da democracia. No entanto, é importante destacar que essa relação dinâmica pode ter desafios, já que a liberdade de expressão, em determinadas situações, pode apresentar riscos para a democracia, e vice-versa, a democracia também pode afetar a liberdade de expressão (Michelman, 2007, p. 49 e ss.).

Um dos fundamentos importantes para a liberdade de expressão é a dignidade da pessoa humana. Porquanto, a capacidade de expressar suas próprias ideias, opiniões e emoções é uma parte fundamental da dignidade como seres humanos. Quando alguém está impedido de exercer completamente essas faculdades, sua capacidade de se realizar como indivíduo e de perseguir os objetivos que escolheu na vida é restrita (Sarmiento, 2016, p. 209).

2.6 PRIVACIDADE

O artigo *The Right to Privacy*, 1980, escrito pelos advogados Samuel Warren e Louis Brandeis e publicado na *Harvard Law Review*, apontou o marco inicial do direito à privacidade. O artigo foi escrito após o destaque exagerado que os jornais de Boston reservaram à vida social da esposa de Samuel.

Em sua formulação inicial, o direito à privacidade tratava, em essência, de um direito à intimidade. Nesse primeiro momento da privacidade, há uma forte influência do modelo proprietário: “não se entra na propriedade, não se entra na vida privada” (Schreiber, 2013a, p. 135).

No início, a proteção à privacidade assumia uma conotação puramente negativa. A privacidade era limitada às pessoas ricas e famosas, preocupadas em manter sua vida íntima a salvo da bisbilhotice alheia (Gonzales, 2004, p. 1).

O cenário começou a mudar na década de 1960, a partir do desenvolvimento tecnológico e a consequente multiplicação de mecanismos para recolher, armazenar, processar e utilizar a informação, que passam gradativamente a ser utilizadas no tráfego social para as finalidades mais variadas (Schreiber, 2013a, p. 135).

Em uma sociedade caracterizada pelo constante intercâmbio de informações, o direito à privacidade deve abranger o direito da pessoa humana de poder ter o controle de seus dados

pessoais, aqueles coletados de maneira aparentemente inofensiva, como no preenchimento de um cadastro de hotel ou no acesso a um site qualquer da internet (Schreiber, 2013a, p. 135-136).

Danilo Doneda (2006, p. 11), sustenta que a incorporação da temática da privacidade pelo Código Civil de 2002 pode ser vista mais como uma menção simbólica do que como uma representação abrangente e fiel da realidade subjacente a essa questão.

Acerca da privacidade, a Constituição Federal de 1988, se ocupou do assunto e incluiu em seu artigo 5º, entre as garantias fundamentais, no inciso X, a proteção da “intimidade” e “vida privada”. Ainda, restou evidente que a proteção da pessoa humana abrange esses dois aspectos (Doneda, 2006, p. 67).

Para Schreiber (2013a, p. 136-137), a privacidade pode ser definida sinteticamente como o direito ao controle da coleta e da utilização dos próprios dados pessoais. Bem como, sua problemática pode ser dividida em duas dimensões: (i) uma dimensão procedimental, que se ocupa do modo como é obtido e tratado o dado pessoal; e (ii) uma dimensão substancial, no tocante ao próprio uso que se faz do dado pessoal.

A dimensão procedimental se refere, em primeiro lugar, à coleta de informações pessoais, que quando acontece de forma clandestina ou desautorizada, deve ser repelida. Daí a importância da tutela abrangente da privacidade, que se estenda por todas as fases do processo informativo, garantindo um armazenamento seguro e o permanente acesso do titular aos dados coletados para fins de correção ou conhecimento (Schreiber, 2013a, p. 139).

Enquanto a dimensão substancial da privacidade garante que toda pessoa tenha o direito de controlar a representação de si mesma que é construída a partir de seus dados pessoais, podendo exigir que a representação reflita a realidade.

CONCLUSÃO

Diante da transformação na maneira como a informação é armazenada, compartilhada e acessada, ocorre que facilmente são encontrados por meio de motores de busca e outros bancos de dados online, informações desatualizadas e/ou inadequadas. Assim sendo, a discussão acerca do direito à desindexação tem relevância teórica e social, sendo necessária a reflexão sobre essa temática, dado que o direito à desindexação é construído como um modo proteção à privacidade, a fim evitar a disseminação não consensual de informações acerca do indivíduo nas quais não há interesse público sobrevalente.

Com o Recurso Especial nº 1.660.168-RJ, a partir do voto vencedor do ministro Marco Aurélio Bellizze, que demonstrou ser a favor da desvinculação do nome da autora ao incidente em

questão, sem impedir a divulgação de fraude em concurso público, os ministros buscaram salvaguardar os direitos da personalidade da autora, especialmente a privacidade, sopesando a liberdade de expressão e imprensa, desindexando seu nome ao mesmo tempo em que a notícia a respeito da fraude foi mantida.

Conforme exposto neste trabalho, os direitos fundamentais, são normas jurídicas, que advém da ideia da dignidade da pessoa humana, com a finalidade geral de estabelecer limites negativos às ações do poder público, evitando interferências indesejadas nas esferas dos bens jurídicos fundamentais.

Acerca dos direitos fundamentais, estes podem ser classificados como implícitos ou expressos. Como mencionado neste trabalho, os direitos fundamentais expressos são aqueles explicitamente consagrados na Constituição Federal de 1988, enquanto os direitos fundamentais implícitos são aqueles que não estão expressamente definidos e positivados pela Constituição Federal de 1988, mas podem ser deduzidos a partir dos princípios e normas fundamentais da Constituição.

A partir desta classificação, se entende que embora o direito à desindexação não esteja expressamente fixado na Constituição Federal de 1988, pode ser classificado como direito fundamental implícito, pois está associado à proteção aos direitos da personalidade, especialmente da privacidade.

Todavia, como se vê nos votos do recurso especial analisado, a inclusão desse direito no âmbito dos direitos fundamentais reflete a preocupação em equilibrar a liberdade de expressão e o acesso à informação com a proteção dos direitos individuais.

Assim como o direito à desindexação decorre do princípio da dignidade da pessoa humana (como qualquer direito fundamental), à liberdade de expressão também possui como um dos alicerces importantes que a sustentam, a dignidade da pessoa humana. Isso decorre do fato de que a habilidade de manifestar pensamentos, pontos de vista e sentimentos é um componente essencial da dignidade inerente à condição humana. Portanto, nas discussões que envolvem a divulgação não consensual de informações na internet, é evidente o conflito entre esses dois direitos fundamentais, considerando que ambos são igualmente protegidos e ocupam o mesmo patamar hierárquico.

O avanço das tecnologias digitais e a expansão da internet produzem fenômenos sociais que demandam a mobilização de construções jurídicas novas para a proteção dos direitos da personalidade, especialmente no que diz respeito à desindexação de informações. A análise do Recurso Especial nº 1.660.168-RJ, com ênfase nos votos divergentes dos ministros Nancy Andrichi e Marco Aurélio Bellizze, justamente exemplifica a complexidade da questão, que envolve a dificuldade em equilibrar o direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão. Porém, se

estatui o posicionamento da Corte Superior com a argumentação do voto vencedor, que concede a desindexação à autora e elabora o direito à desindexação como uma ferramenta de proteção à dignidade da pessoa humana, frente à irrefreável perpetuação de dados pessoais na internet.

Esse reconhecimento, embora ainda não amplamente regulado no ordenamento jurídico brasileiro, traz à tona a crescente necessidade de estabelecer limites à exposição indevida de informações, especialmente quando estas perdem relevância pública ao longo do tempo. O direito à desindexação se radica como uma alternativa à tutela simultânea da privacidade e do direito ao acesso à informação e liberdade de expressão. Assim, o estudo do caso em questão identificou a construção jurídica do direito à desindexação no Recurso Especial nº 1.660.168-RJ/STJ, traçando as raízes teóricas mobilizadas como razão de decidir da Corte, identificando, especialmente, o amálgama entre direitos da personalidade e privacidade, tomados como direitos fundamentais sob o signo da dignidade humana, como arcabouço teórico para a possibilidade de desindexação de informações pessoais em motores de busca.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. **A parte geral do projeto do Código Civil**. *Revista CEJ*, 3(9), 5-11, 1999. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/231>. Acesso em: 05 de julho de 2025.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23º ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 de setembro de 2023.
- BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 29 de setembro de 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial 1.660.168-RJ**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402917771&dt_publicacao=30/06/2022. Acesso em: 20 de setembro de 2023.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2000.
- CRUZ E SILVA, Rodrigo Otávio Cruz; PAIMEL, Abigail. **O direito à privacidade e a desindexação na internet**. Anuário de pesquisa e extensão UNOESC São Miguel do Oeste, 2022.
- DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro, 2006. Enunciado 531. **Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 19 de outubro de 2023.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: 13ª ed.** São Paulo, Editora Saraiva, 2011.
- GONZALES, Douglas Camarinha. O direito à privacidade e à comunicação eletrônica. **Revista de doutrina da 4ª região, Porto Alegre**, n. 01, p. 1, 2004.
- LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 8a. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, 6. ed., São Paulo: Atlas, 2016.
- MARQUES, Fernanda Pereira Carvalho Amaral. **Direito ao esquecimento no âmbito da internet na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, uma análise do REsp nº 1.660.168/RJ**: A conciliação entre o direito individual e o direito coletivo à informação e a possibilidade de desvinculação entre nome e resultado de pesquisa. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/13728>. Acesso em: 28 de setembro de 2023.
- MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MICHELMAN, Frank. **Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais, informática e comunicação**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

- MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Ampliando os direitos da personalidade**. Revista de Saúde Pública, 2007.
- RIBEIRO, Dialus Costa; SANTOS, Júlio Edstron Secundino; SOUSA, Maria Sariane. **Direito ao esquecimento: Uma análise jurídica da jurisprudência atual do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**. Revista do Direito Público, Londrina, v. 13, n. 1, p. 291-337, abr. 2018.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. Revista do IBDH. 2001. Disponível em: <https://milas.x10host.com/ojs/index.php/ibdh/article/view/29>. Acesso em: 04 jul. 2025.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais** 1. B. Cient. ESMPU, Brasília, a. 4 - n.16, p. 193-259 - jul. /Set. 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Temas da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet**. Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet/>. Acesso em: 14 out. 2023.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2022.
- SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. **Liberdade de expressão: algumas ponderações em matéria penal à luz da Constituição Federal do Brasil**. Joaçaba, v. 18, n. 3, p. 637-660, set. /Dez. 2017.
- SARMENTO, D. **Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira**. Revista Brasileira de Direito Civil. ISSN 2358-6974. v.7. Jan/Mar. 2016.
- SCHREIBER, Anderson. **Direito à privacidade**. In: SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013a. P.133-184.
- SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SCHREIBER, Anderson. **Direito e mídia**, São Paulo: Atlas, 2013b.
- SCHREIBER, Anderson. **Os direitos da personalidade e o Código Civil de 2002**. Schreiber - Advogados. 2022, p. 20. Disponível em: <https://schreiber.adv.br/downloads/os-direitos-da-personalidade-e-o-codigo-civil-de-2002.pdf>. Acesso em: 20 de março de 2025.
- SILVA. Afonso da Silva. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Rio de Janeiro, 1998.
- SILVA, Pedro Manenti Vieira da. **Pessoas, corpos e coisas: uma arqueologia do discurso jurídico**. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná. 2022.
- SILVA, Samara Monayari Magalhães; DINALLO, Andressa Rangel. **A origem e a evolução dos direitos da personalidade e a sua tutela no ordenamento jurídico brasileiro**. Brazilian Journal of Development, Curitiba, v.7, n.7, p.70355-70368 Jul. 2021.
- TARTUCE, F. **Direito civil: Lei de introdução e parte geral**. 11ed. São Paulo Método, 2015.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TÔRRES, Fernanda Carolina. **O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão**. Revista de Informação Legislativa. 2013.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil parte geral**: 11ª ed. São Paulo, Editora Atlas, 2011.

Como citar este artigo:

COSTA, Evelyn Marques de Deus; SILVA, Pedro Manenti Vieira da. A elaboração do direito à desindexação no Recurso Especial nº 1.660.168-RJ. **Revista Eletrônica do CEJUR**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 1–22, 2025. DOI: 10.5380/cejur.v3i2.97732.

A FUNÇÃO CONSTITUTIVA DO SISTEMA PENAL: UM ESTUDO SOBRE A PERPETUAÇÃO DA REINCIDÊNCIA NO BRASIL

THE CONSTITUTIVE FUNCTION OF THE PENAL SYSTEM: A STUDY ON THE PERPETUATION OF RECIDIVISM IN BRAZIL

Gabriela Galarda¹

Pedro Luciano Evangelista Ferreira²

Resumo: Este estudo investiga as dinâmicas do sistema carcerário brasileiro, com foco na elevada taxa de reincidência criminal e nas falhas estruturais que comprometem a ressocialização dos apenados. Analisa-se como a seletividade penal e a aplicação deficiente da Lei de Execução Penal reforçam ciclos de exclusão e perpetuam a criminalidade, evidenciando a incapacidade do sistema de cumprir suas funções declaradas de reintegração social. A pesquisa combina análise doutrinária, revisão bibliográfica e levantamento de dados quantitativos e qualitativos, revelando que as prisões brasileiras enfrentam superlotação, condições degradantes e ausência de políticas ressocializadoras eficazes. Dados concretos demonstram índices alarmantes de reincidência, como no Paraná, onde 52,1% dos egressos retornam ao sistema em até 7 dias e 54,3% em até 14 dias. No cenário nacional, 32,5% reincidem em até cinco anos. O trabalho conclui que a abordagem punitiva predominante é ineficaz para a redução da criminalidade, servindo, em vez disso, para reforçar desigualdades sociais e marginalizar ainda mais os apenados. Defende-se a implementação de reformas estruturais que assegurem condições dignas de encarceramento, articulação com políticas públicas de prevenção e oportunidades concretas de reinserção social. Ademais, destaca-se o papel fundamental da sociedade civil e do setor privado na construção de um modelo penal mais humanizado e eficaz, alinhado com os princípios de justiça social e respeito à dignidade humana.

Palavras-chave: Sistema Carcerário; Ressocialização; Reincidência Criminal; Políticas Públicas; Justiça Social.

Abstract: This study examines the dynamics of the Brazilian prison system, focusing on the high rate of criminal recidivism and the structural failures that hinder the reintegration of inmates. It analyzes how penal selectivity and the deficient application of the Penal Execution Law reinforce cycles of exclusion and perpetuate criminal behavior, highlighting the system's inability to fulfill its declared functions of social reintegration. The research combines doctrinal analysis, bibliographic review, and quantitative and qualitative data collection, revealing that Brazilian prisons face overcrowding, degrading conditions, and a lack of effective resocialization policies. Concrete data demonstrate alarming recidivism rates, such as in Paraná, where 52.1% of released inmates return to the system within 7 days and 54.3% within 14 days. Nationally, 32.5% reoffend within five years. The study concludes that the prevailing punitive approach is ineffective in reducing criminality, instead reinforcing social inequalities and further marginalizing inmates. The implementation of structural reforms that ensure dignified incarceration conditions, preventive public policies, and concrete reintegration opportunities is advocated. Furthermore, the pivotal role of civil society and the private sector is emphasized in constructing a more humane and effective penal model aligned with principles of social justice and respect for human dignity.

Keywords: Prison System; Resocialization; Criminal Recidivism; Public Policies; Social Justice.

Sumário: Introdução. 1. As bases teóricas da pena e sua aplicação no Brasil. 1.1 A Visão Retributiva da Pena. 1.2. A Perspectiva Preventiva. 1.3 Teoria Mista: o caminho intermediário. 1.4 Teoria Agnóstica ou Negativa: a desconstrução a partir do olhar crítico. 2. Reincidência criminal e desafios do sistema carcerário brasileiro. Considerações finais. Referências.

¹ Pós-graduada com Especialização em Preparação à Magistratura pelo Programa de Pós-Graduação da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP/PR), gabrielaribeiro536@gmail.com, ORCID:0009-0000-3926-4757.

² Mestre em Criminologia e Direito Penal pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Candido Mendes (UCAM/RJ), contato@pedroluciano.com.br, ORCID: 0009-0009-3785-4337.

INTRODUÇÃO

O sistema carcerário brasileiro enfrenta uma crise estrutural que reflete a complexidade dos desafios relacionados à alta taxa de reincidência e às condições degradantes das unidades prisionais. A superlotação, a insalubridade e a insuficiência de políticas ressocializadoras eficazes consolidam o cenário de um sistema que não apenas falha em promover a reintegração social dos apenados, mas também reforça dinâmicas de exclusão e marginalização. Com uma população prisional que ocupa o terceiro lugar no ranking mundial, o Brasil demonstra a urgência de repensar as bases de seu sistema penal e as práticas que perpetuam a criminalidade.

Este trabalho analisa criticamente a relação entre as bases teóricas da pena, a seletividade penal e os desafios práticos do sistema carcerário no Brasil. Ao examinar as concepções retributivas, preventivas e mistas da pena, busca-se compreender como essas teorias se aplicam – ou deixam de se aplicar – na realidade brasileira, marcada por um sistema que prioriza a punição em detrimento da ressocialização. O relatório *Reincidência Criminal no Brasil: Relatório Preliminar 2022*, publicado pela Secretaria Nacional de Políticas Penais do Ministério da Justiça e Segurança Pública (2022), apresenta um panorama detalhado sobre os índices de reincidência no país.: no Paraná, 52,1% dos egressos reincidem em até sete dias, enquanto 54,3% retornam ao sistema prisional em 14 dias. Em âmbito nacional, a reincidência atinge 32,5% dos egressos em até cinco anos, revelando a ineficiência das políticas implementadas (Brasil, 2022).

A pesquisa adota uma abordagem metodológica interdisciplinar, combinando análise doutrinária e dogmática, pesquisa bibliográfica e levantamento de dados quantitativos e qualitativos. A análise doutrinária explora as teorias da pena e suas aplicações no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto a pesquisa bibliográfica utiliza obras de criminologia, direito penal e sociologia como base teórica. O levantamento de dados é realizado a partir de relatórios oficiais, estudos empíricos e informações estatísticas sobre reincidência e o sistema carcerário, com destaque para fontes como a Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN) – antigo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) – e a Lei de Execução Penal (LEP). Essa combinação de métodos possibilita uma análise crítica abrangente e fundamentada, permitindo integrar perspectivas jurídicas, sociológicas e econômicas na discussão dos fatores que perpetuam a exclusão e a criminalidade.

Sob a perspectiva da criminologia crítica, o sistema penal brasileiro funciona como um mecanismo de exclusão social, reciclando a própria população carcerária e reproduzindo desigualdades estruturais. Essa seletividade é evidente ao atingir desproporcionalmente grupos

socialmente vulneráveis, enquanto delitos econômicos e de corrupção, que geram danos sociais mais amplos, frequentemente permanecem impunes. Além disso, o papel das facções criminosas no interior das prisões reforça as dinâmicas de marginalização, ao passo que a ausência de suporte estatal efetivo empurra os apenados para a dependência dessas organizações, dificultando ainda mais sua reintegração social.

Por fim, este trabalho avalia a implementação das assistências previstas na Lei de Execução Penal, como as assistências material, médica, jurídica, educacional, social e religiosa. Embora a legislação brasileira seja considerada avançada em termos normativos, sua aplicação prática é limitada, resultando em uma lacuna que perpetua o ciclo de exclusão e reincidência. A ausência de programas estruturados e eficazes de ressocialização expõe a necessidade urgente de reformas que promovam um modelo penal mais humanizado, alinhado aos princípios constitucionais de dignidade humana e justiça social.

Ao explorar a relação entre as bases teóricas da pena, os desafios do sistema carcerário e os mecanismos de exclusão, este estudo busca contribuir para o debate acadêmico e social sobre a necessidade de reestruturação do sistema penal brasileiro. O objetivo é estimular reflexões críticas e aprofundar a compreensão sobre os desafios e limitações do sistema penal brasileiro, analisando as implicações sociais e jurídicas de sua estrutura atual e contribuindo para o debate acadêmico sobre possíveis caminhos para uma abordagem mais justa e humanizada.

1. AS BASES TEÓRICAS DA PENA E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL

O Direito Penal tem como premissa básica definir crimes, estabelecer penas e prever medidas de segurança, servindo como técnica de controle social. Em contextos de carência de políticas criminais e sociais, como no Brasil, a política penal é a resposta estatal frente às condutas que divergem da norma, fundamentando-se nos discursos de retribuição e prevenção geral e especial (Almeida Júnior, 2009).

1.1 A VISÃO RETRIBUTIVA DA PENA

A teoria retributiva, ou absoluta, enxerga a pena como uma resposta ao crime cometido, buscando restabelecer a ordem violada. Zaffaroni *et al.* (2002) afirmam que a pena retributiva é desvinculada de fins utilitaristas, sendo apenas uma compensação da culpabilidade. Kant, influenciado pelo racionalismo, rejeita as teses preventivas extremas por instrumentalizarem o ser humano para fins sociais (Salvador Netto, 2008).

A FUNÇÃO CONSTITUTIVA DO SISTEMA PENAL: UM ESTUDO SOBRE A PERPETUAÇÃO DA REINCIDÊNCIA NO BRASIL

Apesar das críticas sobre sua aplicação científica, a teoria retributiva ainda é relevante devido à sua vinculação ao princípio da proporcionalidade, que limita o poder punitivo estatal (Zaffaroni *et al.*, 2002). Contudo, em um Estado Democrático de Direito, a pena não pode ser puramente retributiva, pois deve atender a finalidades sociais e políticas.

1.2. A PERSPECTIVA PREVENTIVA

As teorias preventivas focam evitar novos crimes, dividindo-se em prevenção geral e especial. A prevenção geral, influenciada por *Feuerbach* e *Beccaria*, busca desestimular delitos pela certeza da punição, ao invés de sua gravidade (Beccaria, 2009). Essa abordagem é associada à ideia de "vigiar e punir" de *Foucault* (2014), onde a intimidação alcança tanto o condenado quanto a sociedade.

A prevenção especial concentra-se no condenado, subdividindo-se em negativa, que busca neutralizar o indivíduo, e positiva, que foca na ressocialização. Noronha (2004) destaca que a primeira visa prevenir a reincidência por meio da intimidação ou incapacitação, enquanto a segunda prioriza a reintegração social do condenado. A Lei de Execução Penal reforça a importância desse objetivo, mas as condições do sistema prisional frequentemente comprometem sua eficácia, perpetuando violência e exclusão.

1.3 TEORIA MISTA: O CAMINHO INTERMEDIÁRIO

As teorias mistas, ou ecléticas, conciliam elementos das abordagens retributivas e preventivas, considerando a culpabilidade do agente e a necessidade de prevenir novos crimes. Essa visão é respaldada pelo artigo 59 do Código Penal e pelo artigo 1º da Lei de Execução Penal, que reforçam o papel da pena tanto como reprovação ao crime quanto como instrumento de ressocialização.

Segundo Bitencourt (2020), as teorias mistas integram os fins retributivos e preventivos em uma abordagem unificada, promovendo um sistema penal mais equilibrado. Noronha (2004) também observa que a função utilitária da pena combina intimidação e reeducação, visando atender aos interesses da sociedade e à reintegração dos indivíduos.

1.4 TEORIA AGNÓSTICA OU NEGATIVA: A DESCONSTRUÇÃO A PARTIR DO OLHAR CRÍTICO

A teoria agnóstica propõe uma crítica às funções atribuídas à pena, afirmando que suas finalidades são múltiplas e, muitas vezes, inapreensíveis. Almeida Júnior (2009) descreve a coexistência entre os modelos de Estado de Direito e Estado de Polícia, reconhecendo a luta entre esses polos como característica do poder punitivo.

Zaffaroni e Pierangeli (2015) enfatizam a necessidade de racionalizar o poder punitivo para evitar que se transforme em discurso vazio. A crítica institucional é essencial para alinhar as funções manifestas da pena às demandas políticas e sociais, promovendo maior eficiência e justiça no sistema penal.

Apesar das diversas teorias que fundamentam a pena – apresentadas em apertada síntese – sua aplicação prática no sistema brasileiro enfrenta desafios significativos, como a precariedade do sistema prisional e a ausência de políticas públicas eficazes. Para que a pena cumpra seu papel de forma justa, é necessário alinhar as funções retributivas, preventivas e ressocializadoras com uma abordagem humanística e pragmática.

A superação dos desafios estruturais do sistema penal brasileiro exige não apenas um aprimoramento na gestão carcerária, mas uma mudança de paradigma na forma como se concebe a relação entre Estado, pena e sociedade. O ambiente prisional, frequentemente caracterizado por tensões e violências institucionais, reforça um ciclo de desumanização que atinge tanto os presos quanto os agentes penitenciários. Conforme Prado e Costa (2020), a cultura antidetento estabelecida nos presídios fomenta a animosidade entre funcionários e encarcerados, comprometendo qualquer possibilidade real de ressocialização. Essa dinâmica adversarial reforça a percepção da pena como instrumento meramente retributivo, desconectado de qualquer ideal de reintegração social. Além disso, Cirino dos Santos (2021) destaca que a seletividade penal e a criminalização da pobreza intensificam essa realidade, transformando o sistema carcerário em um mecanismo de reprodução da desigualdade social.

A proposta de uma justiça restaurativa surge como uma alternativa viável à lógica punitivista predominante. Giamberardino (2014) argumenta que a censura restaurativa pode funcionar como um limite ao discurso punitivo, deslocando o foco da pena da mera afluência para uma abordagem dialógica e inclusiva. Em sua pesquisa, o autor demonstra que a participação ativa dos envolvidos no conflito – vítimas, ofensores e comunidade – pode não apenas promover a responsabilização genuína, mas também minar a tendência estatal de instrumentalizar a punição como resposta exclusiva ao crime.

Apesar disso, ainda que essa abordagem tenha demonstrado bons resultados, sobretudo em crimes de menor gravidade e em conflitos interpessoais, sua aplicação encontra limitações em casos de crimes violentos e no contexto da criminalidade organizada, onde a estrutura do crime e

as relações de poder internas às organizações criminosas dificultam qualquer tentativa de mediação e reparação simbólica. Esse modelo, entretanto, exige uma estrutura institucional compatível e um afastamento do Estado de políticas criminalizantes que historicamente reforçam desigualdades e exclusões. Carvalho (2022) alerta que a criminologia crítica, ao mesmo tempo que propõe novas formas de justiça, precisa enfrentar o desafio de conciliar a proteção das vítimas e a reintegração do agressor, especialmente em contextos onde há forte controle territorial do crime.

No Brasil, a adoção de políticas públicas que promovam a ressocialização ainda encontra barreiras significativas, mas há iniciativas que apontam para um caminho alternativo. O Programa de Ressocialização do Sistema Penitenciário do Paraná (DEPEN, 2018) exemplifica essa tentativa ao priorizar trabalho, educação e assistência psicossocial dentro dos presídios. Contudo, conforme aponta Coelho (2012), políticas preventivas e inclusivas ainda são insuficientemente implementadas, sendo frequentemente eclipsadas por abordagens de segurança pública baseadas no realismo punitivo, que reforçam o medo e a repressão como estratégias primordiais de controle do crime. Busato (2020) complementa que a ineficácia do sistema penal não reside apenas na falta de políticas públicas eficientes, mas também na ausência de um modelo penal coerente que efetivamente se proponha a reduzir a reincidência e oferecer alternativas concretas ao encarceramento.

Dessa forma, para que a pena cumpra seu papel de forma justa e eficaz, é imprescindível que se rompa com a lógica de encarceramento e se amplie a adoção de modelos alternativos de justiça. O debate deve transcender a dicotomia entre punição e impunidade, reconhecendo a complexidade do fenômeno criminal e a necessidade de uma abordagem que equilibre segurança, direitos fundamentais e reintegração social. Entretanto, não se pode atribuir exclusivamente ao Estado e às falhas institucionais o fracasso do suposto papel ressocializador da pena e os altos índices de reincidência.

Ainda que o ambiente carcerário seja amplamente deletério e pouco propício à reintegração, a iniciativa e a adesão do apenado aos programas de ressocialização também desempenham um papel essencial. Como sujeito ativo nesse processo, o preso deve ser incentivado a desenvolver sua autonomia e corresponsabilidade, pois qualquer tentativa de reinserção social eficaz requer não apenas condições institucionais adequadas, mas também um esforço individual para romper com padrões de comportamento que o vinculam ao sistema criminal.

2. REINCIDÊNCIA CRIMINAL E DESAFIOS DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

O Código Penal brasileiro, em seus artigos 59 e 68, estabelece um sistema trifásico para a dosimetria da pena, buscando a reprovação e a prevenção do crime. A pena é definida inicialmente com base nas circunstâncias judiciais, considerando atenuantes e agravantes na segunda etapa, e causas de aumento ou diminuição na terceira. Além disso, o conceito de “reincidência específica” no art. 83, V, destaca que basta uma condenação anterior para caracterizar a reincidência, conforme o art. 63.

As finalidades da pena não devem ser buscadas apenas no momento da análise das circunstâncias judiciais, na verdade, é a pena final que deve ser suficiente para cumprir os objetivos de reprovação e prevenção do crime. Portanto, seria inaceitável aplicar a agravante da reincidência se for verificado que essa não contribui efetivamente para a reprovação ou prevenção da infração.

Diante disso, é essencial analisar a legitimidade da circunstância agravante da reincidência à luz das teorias da pena, com o objetivo de investigar se existe uma justificativa e qual seria a finalidade de aumentar a pena do reincidente. Essa reflexão é crucial para compreender como as circunstâncias específicas impactam na aplicação da justiça e na efetividade das penas (Macedo, 2012).

Os objetivos de uma sentença de encarceramento ou de medida similar restritiva de liberdade são, prioritariamente, de proteger a sociedade contra a criminalidade e de reduzir a reincidência. Tais propósitos só podem ser alcançados se o período de encarceramento for utilizado para assegurar, na medida do possível, a reintegração de tais indivíduos à sociedade após sua soltura, para que possam levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis (CNJ, 2015).

Na jurisprudência contemporânea do direito brasileiro, o fundamento para justificar o aumento da pena e os desdobramentos que agravam a situação jurídica do reincidente teve um marco com o julgamento do RE 453.000, no qual, o Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, confirmou a constitucionalidade do instituto em regime de Repercussão Geral. Para o Ministro Ricardo Lewandowski:

Hoje se pode justificar a exacerbação da pena, ao segundo crime, pela maior culpabilidade do agente, pela maior reprovabilidade que sobre ele recai, em razão de sua vontade rebelde, particularmente interior e persistente, que resistiu à ação inibidora da ameaça da sanção penal e mesmo da advertência pessoal, mais severa, da condenação infligida, que, para um homem, normalmente ajustável à ordem do Direito, isto é, de temperamento e vontade menos decisivamente adversos aos impeditivos da norma, seria estímulo suficiente para afastá-lo da prática de um novo crime (Rext. 453.000/RS)

Contudo, para as teorias deslegitimadoras da pena, como as correntes abolicionistas e minimalistas, o caráter seletivo e criminógeno do sistema carcerário, tende a fomentar a reincidência entre os apenados. Para elas, a premissa é de que não parece razoável aumentar a pena do reincidente, dado que a própria estrutura penal contribui para a perpetuação do comportamento delitivo (Macedo, 2012)

A FUNÇÃO CONSTITUTIVA DO SISTEMA PENAL: UM ESTUDO SOBRE A PERPETUAÇÃO DA REINCIDÊNCIA NO BRASIL

Nesse mesmo sentido, a abordagem do *labelling approach* fornece uma crítica pertinente à agravante da reincidência. Essa teoria sugere que a classificação de um indivíduo como reincidente funciona como uma etiqueta que leva ao desvio secundário, inserindo o indivíduo em uma trajetória de criminalidade contínua. Essa rotulação pode dificultar a reintegração social e perpetuar o ciclo de criminalização (Baratta, 2002).

Assim, não obstante seja um entendimento minoritário não adotado pela jurisprudência, parte da doutrina – a exemplo Amilton Bueno de Carvalho, Eugenio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangeli, Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares –, a contrário *sensu*, sustenta a inconstitucionalidade do instituto da reincidência. Há ainda aqueles, como Luiz Vicente Cernicchiaro, que aduzem como necessária a adequação aos ditames constitucionais, todavia por fundamentos distintos (Medici, Auler, Padilha, 2021).

Abordando especificamente como as teorias da pena recebem ou não a reincidência, Macedo (2012) explica que as teorias absolutas ou retributivas não oferecem suporte à aplicação da agravante da reincidência.

Isso ocorre porque a reincidência se fundamenta em um ato passado que já foi punido, o que implica que o mal causado não é necessariamente exacerbado pelo fato de o crime ser cometido por um reincidente. Portanto, na teoria absoluta, essa base de legitimidade se mostra insuficiente para justificar o aumento da pena.

Da mesma forma, ele acredita que as teorias relativas também falham em justificar a agravante da reincidência. No âmbito da prevenção geral, é impossível determinar com precisão qual seria a pena adequada para intimidar a sociedade ou garantir o respeito às normas.

Em relação à teoria da prevenção especial negativa, é importante ressaltar que o condenado, mesmo durante o cumprimento da pena, pode continuar a cometer crimes, tanto dentro quanto fora do ambiente prisional. Quando o crime ocorre fora do cárcere, pode envolver a participação de outras pessoas, o que questiona a eficácia da neutralização proposta como justificativa para aumentar a pena do reincidente.

Por fim, a teoria da prevenção especial positiva revela-se problemática, uma vez que o discurso sobre a ressocialização é frequentemente ilusório. A experiência do cumprimento de penas, especialmente a privativa de liberdade, muitas vezes acaba por agravar a situação do apenado, impulsionando-o a novos delitos. A reincidência, nesse contexto, é um indicativo de que o Estado falhou em sua função de ressocializar. Portanto, não se justifica a aplicação da agravante da reincidência sob a alegação de que um período maior de pena facilitaria uma ressocialização mais efetiva.

A Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN), vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, divulgou um relatório preliminar sobre a reincidência criminal no Brasil, fruto de uma parceria com a Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). O estudo foi realizado com base em dados fornecidos pela própria SENAPPEN, utilizando informações sobre a movimentação carcerária. Além disso, foram considerados indicadores provenientes de sentenças judiciais em processos criminais, bem como registros da Receita Federal, do Sistema Único de Saúde (SUS) e de outros órgãos governamentais.

O relatório *“Reincidência Criminal no Brasil: Relatório Preliminar 2022*, foi desenvolvido a partir da análise de 979 mil presos, abrangendo o período de 2008 a 2021. A amostra incluiu dados de 13 estados brasileiros: Acre, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Paraíba, Piauí, Paraná, Rio Grande do Norte, São Paulo e Tocantins. Assim, o estudo apresenta tanto dados nacionais quanto específicos de cada estado pesquisado.

Para a pesquisa, foram definidos os conceitos de reincidência e de indivíduos reincidentes, além de serem identificadas as características mais relevantes dos ingressos e egressos das unidades prisionais. Os indicadores utilizados incluíram: características demográficas básicas como idade, sexo, raça e local de nascimento; características sociais como nível de escolaridade, perfil ocupacional e renda no mercado de trabalho, e histórico de acesso a programas sociais federais; histórico de casos na justiça comum, criminal, federal e estadual; indicadores de mortalidade; e indicadores de empreendedorismo e recebimento de benefícios sociais.

Antes da apresentação dos dados coletados, é importante elucidar como a definição de reincidente foi utilizada pela pesquisa. Os estudiosos utilizaram de seis definições para cálculo das taxas de reincidência: i) Indivíduo com saída por progressão de pena, decisão judicial ou fuga que possui reentrada para cumprimento de pena; ii) Indivíduo com saída por progressão de pena, decisão judicial ou fuga que possui reentrada; iii) Indivíduo com qualquer saída e qualquer reentrada, exceto transferências e movimentações classificadas como “outros” até 1 dia; iv) Indivíduos da definição (i) + indivíduos com saída e reentrada classificadas como “outros”, desde que a reentrada ocorra após 14 dias da saída; v) Indivíduos da definição (i) + indivíduos com saída e reentrada classificadas como “outros”, desde que a reentrada ocorra após 7 dias da saída; vi) Internos do sistema prisional que possuem mais de um processo criminal no sistema judiciário.

Para que seja mais fácil a demonstração dos resultados, o recorte da presente pesquisa será as definições de reincidência iv e v, ou seja, serão analisados os dados dos indivíduos que saíram do sistema por progressão de regime, decisão judicial ou fuga e retornaram para cumprimento de pena ou, no prazo entre 7 e 14 dias por outro motivo. Além do recorte do tempo,

também há o recorte geográfico, pretendendo-se apontar os dados do estado do Paraná como micro e do Brasil como macro.

O estado do Paraná apresenta taxas preocupantes de reincidência penal, conforme dados extraídos do Relatório de Reincidência Criminal no Brasil (Brasil, 2022). A pesquisa, baseada em uma amostra de 18.972 indivíduos, revela que a reincidência ocorre de forma acelerada após a soltura. No intervalo de um ano, 52,1% dos egressos retornam ao sistema prisional em até sete dias, enquanto 50% reincidem dentro de 14 dias. Esse padrão se mantém ao longo de um período mais extenso: em cinco anos, 54,3% dos liberados retornam em até uma semana e 52,1% voltam às unidades prisionais em até 14 dias.

A discrepância nos percentuais para os prazos de 7 e 14 dias está relacionada à metodologia do estudo. A pesquisa adota diferentes critérios para definir a reincidência, considerando desde movimentações prisionais registradas como retorno formal ao cumprimento de pena até reingressos não necessariamente vinculados a uma nova condenação. As altas taxas evidenciam desafios estruturais na reintegração social dos ex-detentos, sugerindo a necessidade de políticas públicas mais eficazes para reduzir a reincidência e promover a ressocialização desses indivíduos. Informações detalhadas podem ser consultadas no *Relatório de Reincidência Criminal no Brasil* (Brasil, 2022).

Quando observado o panorama macro, analisando os dados do país, a taxa de reincidência é um pouco mais baixa, da análise de 975.515 pessoas, dentro de um ano, 20,7% retornam ao sistema após uma ou duas semanas, ao passo que dentro de 5 anos, essa taxa sobe para 32,5% (Brasil, 2022).

Segundo os dados da pesquisa, na construção do indicador de reincidência genérica, os crimes mais comuns nos processos judiciais em que os indivíduos são presos são: crimes envolvendo uso e tráfico de drogas (17%); Roubos (17%); Furtos (16%); Ameaças (9%); Lesões corporais (7%).

Da análise dos dados, verifica-se também que depois da passagem pelo sistema, ou seja, depois de serem presos e saírem do sistema por progressão, decisão judicial ou fuga, a tendência dos egressos é cometer o mesmo crime pelos quais foi preso. Em outras palavras, 35% das pessoas que foram presas por furto, voltam a ser presas pelo cometimento do mesmo delito. O mesmo ocorre com roubo, onde 27% retornam ao sistema pelo mesmo motivo (Brasil, 2022).

Em geral, denota-se que a dinâmica é semelhante para os indicadores 1, 2, 4 e 5, evidenciando uma consistência nos padrões de reincidência. Os dados revelam que a maioria das reincidências ocorre nos primeiros meses, com destaque para o primeiro mês, no qual quase 30% dos indivíduos reincidem (Brasil, 2022).

Para entender as implicações e limitações da prática prisional, é necessário observar como a criminologia crítica interpreta a perpetuação da população carcerária e os efeitos das políticas atuais.

Não há dúvida que a desigualdade se torna evidente nas relações sociais, sendo o Direito Penal o principal ramo jurídico responsável por fomentar essas desigualdades. Nenhum outro ramo do direito tem o poder de impor uma discrepância tão significativa entre as pessoas como o Direito Penal, isto pode ser observado nos dias forenses, onde a maioria dos réus é composta por indivíduos socialmente vulneráveis (Gonzaga, 2018).

Nesse contexto, a criminologia crítica reconhece a luta de classes como base para a determinação dos comportamentos considerados socialmente aceitáveis, definidos pelas classes hegemônicas por meio de controles formais, como leis e instituições estatais, e informais, como tradições e valores sociais. Essa perspectiva entende a criminalidade não como uma característica intrínseca a certos atos, mas como um processo de estigmatização e rotulação imposto por instâncias de controle social formais e informais. Esse processo marca os indivíduos como desviantes, levando-os a internalizar esses rótulos como parte de sua identidade, perpetuando a exclusão e o fracasso social (Lourenço, 2023).

Conforme já mencionado, uma teoria importante para entender o fenômeno criminal relacionando-o ao sistema penal, é o *Labeling Approach*, que foca nas relações sociais e políticas que envolvem a criminalização e a estigmatização de certos comportamentos e grupos sociais. A partir dessa perspectiva, questiona-se a seletividade do sistema penal, que frequentemente atinge de forma mais intensa grupos vulneráveis, como os pobres e jovens marginalizados. Essa abordagem classista permeia diversas etapas do processo penal, desde a definição de quais comportamentos serão criminalizados até a aplicação efetiva das penas (Lourenço, 2023). No mesmo sentido, dos Santos acentua que:

o direito penal possui objetivos declarados, destacados pelo discurso oficial da teoria jurídica da pena, e objetivos reais, correspondentes às dimensões de ilusão e de realidade de todos os fenômenos ideológicos das sociedades capitalistas contemporâneas (dos Santos, 2008, p. 4).

Impende esclarecer que, embora a criminologia crítica, com sua base marxista, restrinja sua análise às sociedades capitalistas, é evidente que essa seletividade penal se manifesta em diferentes formas em todas as sociedades.

Assim, as contribuições das teorias críticas são inegavelmente valiosas, sobretudo por exporem as dinâmicas estruturais de seletividade e estigmatização que caracterizam o sistema penal. No entanto, limitar essas análises às sociedades capitalistas seria insuficiente para compreender a universalidade desse fenômeno. A seletividade penal não é exclusiva de um modelo econômico ou

político, mas uma marca intrínseca a todos os sistemas penais, independentemente do regime em que estejam inseridos.

Nos regimes comunistas, como na antiga União Soviética, a seletividade penal manifestou-se de forma ainda mais brutal. Durante o Grande Expurgo, conduzido por Stalin entre 1936 e 1938, milhares de opositores políticos foram perseguidos, presos e executados, enquanto milhões eram enviados aos *Gulags*, campos de trabalho forçado que operavam em condições desumanas. Esses campos, além de serem instrumentos de punição, eram também ferramentas de repressão política, “limpeza étnica” e controle social, configurando graves violações aos direitos humanos. Historiadores estimam que, apenas neste breve período de 3 anos, ocorreram entre 600.000 e 1.200.000 mortes, o que realmente é assustador.

Aleksandr Soljenítsin, em sua obra "Arquipélago Gulag", clássico da literatura russa, oferece um relato detalhado dessas atrocidades, baseando-se em sua própria experiência, como prisioneiro, e nos testemunhos de outros 227 detentos.

Da mesma forma, na China contemporânea, os chamados "campos de reeducação" têm sido denunciados por práticas sistemáticas de violações contra os uigures, uma minoria étnica. Relatórios internacionais revelam detenções arbitrárias, tortura, abusos sexuais e trabalhos forçados. Estima-se que mais de um milhão de uigures tenham sido internados nesses campos, que representam um sistema de exclusão e repressão sob o pretexto de reeducação ideológica (BBC, 2024).

Esses exemplos evidenciam que a seletividade e o estigma são características inerentes aos sistemas penais em todas as sociedades. O que varia, conforme o contexto social, político e econômico, são os critérios de seleção, que podem estar baseados em classe, etnia, gênero ou oposição política. Nesse sentido, as teorias críticas, ao apontarem o viés classista e estrutural do sistema penal em sociedades capitalistas, oferecem uma análise profundamente relevante, mas que deve ser ampliada para incluir outros contextos sociais e históricos.

Essa ampliação não reduz o valor dessas teorias, mas lhes confere uma maior universalidade. Ao reconhecer que a seletividade e o estigma são traços comuns de todos os sistemas penais, amplia-se o alcance das conclusões críticas, permitindo que sejam aplicadas a qualquer sociedade. Tal esforço não depende da adesão a compromissos ideológicos, mas de uma busca por uma compreensão mais abrangente e equitativa da função constitutiva do sistema penal em diferentes contextos sociais e políticos.

Essa perspectiva global enriquece o debate e reforça a necessidade de repensar os sistemas penais a partir de uma crítica mais ampla, interdisciplinar e equitativa, fundamental para repensar os sistemas penais e seus impactos sobre os direitos humanos e a justiça social.

No caso do Brasil, as funções da pena são bem definidas, assim como seus objetivos. Contudo, é inegável que a teoria se distancia em muito da prática.

Das três funções da pena, a principal falha do sistema penitenciário brasileiro sem dúvidas está na tentativa de reinserção do egresso. É possível afirmar que “a ressocialização é um processo que se inicia quando um sujeito é afastado da sociedade por praticar uma conduta que não está dentro da lei e normalidade social, assim se faz necessário que este sujeito seja “(re)ensinado” e “(re)inserido” na sociedade” (Cardoso, 2023)

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/1984) estabelece os direitos e garantias dos apenados no Brasil, com foco na ressocialização dos indivíduos que cumpriram pena. Seu artigo 10 determina que o Estado é responsável por fornecer assistência aos encarcerados e egressos, visando sua reintegração social, prevenção da reincidência e combate à criminalidade. Assim, a ressocialização se configura como uma prioridade essencial na execução penal.

Entretanto, as condições do sistema carcerário brasileiro, nada mais do que punem, estando longe da realidade a intenção de ressocialização dos egressos. Segundo Baratta (1990), a prisão, tal como existe atualmente, não é capaz de promover a ressocialização; ao contrário, ela cria barreiras que dificultam a realização desse objetivo.

No entanto, mesmo reconhecendo essa limitação, ele defende que a intenção de ressocializar não deve ser abandonada, mas sim reformulada. Nesse processo de reformulação, ele sugere substituir os termos “ressocialização” e “tratamento” pelo conceito de *reintegration social*.

Dentre as garantias e assistências previstas na Lei de Execuções Penais, tem-se a assistência material, com fornecimento de alimentação, vestuário e condições adequadas de higiene; assistência à saúde, com cuidados médicos, farmacêuticos e odontológicos, incluindo atendimento especializado para mulheres; assistência jurídica, garantindo acesso à defesa; assistência educacional, oferecendo ensino básico e profissionalizante para facilitar a reintegração ao mercado de trabalho; assistência social, com apoio psicológico e preparação para a vida em liberdade; e assistência religiosa, assegurando liberdade de crença e culto. Essas garantias visam humanizar o sistema prisional e promover a ressocialização, contribuindo para a redução da reincidência criminal.

Apesar das previsões legais, a realidade dos estabelecimentos prisionais no Brasil está distante do ideal. Segundo o Relatório Analítico do INFOPEN, que analisou dados de 1.412 unidades penais entre janeiro e junho de 2019, sendo 1.335 delas administradas pelo Estado, foram identificadas várias falhas no cumprimento das determinações legais e na prestação de assistências voltadas à reintegração social. Entre as penitenciárias avaliadas, 57% não possuem oficinas permanentes de capacitação profissional, 49% não têm consultório odontológico, 40% carecem de

A FUNÇÃO CONSTITUTIVA DO SISTEMA PENAL: UM ESTUDO SOBRE A PERPETUAÇÃO DA REINCIDÊNCIA NO BRASIL

consultórios médicos, 29% não dispõem de módulos de educação, 27% não possuem sala de atendimento psicológico e 14% não têm sala de atendimento jurídico (INFOPEN, 2019).

Essa realidade está diretamente relacionada à superlotação no sistema prisional. Conforme indicado pelo relatório do Sistema Nacional de Informações Penais de 2019 (INFOPEN, 2019), o Brasil enfrenta uma superlotação no sistema prisional, com um número de presos muito superior à capacidade disponível, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), que considera presos em celas físicas, domiciliares sem monitoramento eletrônico e domiciliares com monitoramento eletrônico, o país possui uma população prisional de 826.740 pessoas privadas de liberdade em todos os regimes.

Além disso, o sistema de informações estatísticas do então Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), em 2020, o Brasil ocupa o terceiro lugar no ranking mundial de países com o maior número de pessoas presas.

O CNJ relatou a totalidade de celas superlotadas (de até 300%), fétidas e úmidas; presos provisórios e definitivos dividindo as mesmas celas; presos devedores de alimentos recolhidos junto aos presos comuns; internas gestantes e puérperas com suas crianças dividindo celas superlotadas com presas comuns; ausência de banho de sol e visitas nos casos de presos em delegacias de polícia; ausência de fornecimento de material básico de higiene pessoal e uniformes; ausência ou irregularidades quanto ao acesso à saúde por parte dos presos; irregularidades com relação à Unidade de Psiquiatria e Custódia; alimentação imprópria para o consumo humano (Fonseca, 2016).

Um exemplo que reflete bem o sistema carcerário brasileiro, é o da penitenciária de Pedrinhas, em São Luís do Maranhão, que é marcado por condições de extrema violência e negligência. Desde 2013, após uma rebelião que deixou 59 detentos mortos, o local está sob ocupação das Forças Armadas.

O relatório da Comissão Nacional de Justiça aponta que os homicídios no presídio são atribuídos aos líderes de facções criminosas que disputam o poder dentro do cárcere, além de abusos cometidos por agentes penitenciários. Durante as rebeliões, prisioneiros relataram que os agentes incentivavam a violência, com gritos de "atirar para matar", enquanto os detentos feridos ficavam dias sem atendimento médico, água potável ou condições mínimas de higiene, em um ambiente marcado por tortura e arbitrariedade.

Além dos homicídios, o sistema penitenciário de Pedrinhas também foi palco de abusos sexuais contra as mulheres que visitam os presos. De acordo com denúncias, detentos sem poder de comando eram obrigados a entregar suas mulheres a outros prisioneiros, e a remoção das grades

das celas durante as rebeliões tornou as visitas íntimas públicas, facilitando ainda mais a violência sexual.

Em 2014, ocorreram homicídios brutais entre presos, incluindo o enforcamento de um detento com uma "Teresa" (corda feita com panos), em retaliação à transferência de líderes de facções. Também houve ataques a ônibus em São Luís, que resultaram em vítimas gravemente feridas, incluindo uma criança de seis anos. Essas denúncias, somadas à falta de controle por parte das autoridades, tornam a situação de Pedrinhas um exemplo emblemático das graves violações de direitos humanos que afetam o sistema penitenciário brasileiro (Maciel, 2016).

Essa situação coloca em xeque as promessas estabelecidas na Lei de Execução Penal, evidenciando que o sistema penitenciário brasileiro está em crise. Em vez de focar na reintegração social, o sistema frequentemente prioriza a punição e a contenção dos infratores, resultando em um ciclo de reincidência criminal (de Sousa, da Costa Araújo, 2024).

Como resposta à essa situação, durante anos os encarcerados se utilizam de atos violentos, como rebeliões e motins, como forma de reivindicar seus direitos, conforme esclarece Japiassú:

(...) Diante do excesso de presos, existe também uma cultura autoritária que tenta se justificar na necessidade de manutenção de disciplina. Com isso, desenvolveu-se uma violência sistêmica, isto é, relações violentas entre funcionários da administração penitenciária e presos, originando-se nos agentes estatais bem como nos internos. Da mesma forma, a própria relação entre os indivíduos privados de sua liberdade não raro é marcada pela prática de atos violentos (Japiassú, 2013, p. 102).

Nesse cenário de violência, a atuação das facções criminosas é reforçada, o sistema parajurídico criado por elas dentro dos presídios estabelece um regime ilegal, no qual os detentos se posicionam como legisladores, elaborando suas próprias normas e impondo penas cruéis, o que é completamente incompatível com o funcionamento de um Estado de Direito. Essas punições, além de ilegais, promovem a disseminação da violência, tortura e homicídios dentro do sistema (Maciel, 2016).

Cardoso (2023) acrescenta que, em razão desse poder, as facções passam a ser as são grandes detentoras de objetos contrabandeados dentro das penitenciárias e por meios ilícitos são as responsáveis por proporcionar um meio mais adequado ao preso de se manter vivo, já que a penitenciária acaba não cumprindo com integralidade seu dever.

Dessa forma, os presos eventualmente buscar auxílio das organizações criminosas para poderem manter-se em uma condição mínima de dignidade, e porque não dizer que acabam se filiando também como único meio de se manter vivo e ter a proteção que o Estado promete e não entrega. Contudo, esse auxílio oferecido pelas facções é em troca de favores, como por exemplo, transporte de drogas e celulares, o que acaba por muitas vezes envolver até mesmo a família do preso.

A FUNÇÃO CONSTITUTIVA DO SISTEMA PENAL: UM ESTUDO SOBRE A PERPETUAÇÃO DA REINCIDÊNCIA NO BRASIL

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes, em 2014, ao discorrer sobre a influência que as facções criminosas exercem/possuem no cárcere, enfatizou que *“se o Estado não propicia o mínimo de garantia, alguém propicia. A seu modo. E exige contrapartida”*.

Mais que isso, em certos complexos há dominância de uma ou outra facção, de forma que a única opção de presos não faccionados é de passar a fazer parte daquele grupo criminoso.

Ainda, é importante destacar que de acordo com Lima Júnior:

o sistema penitenciário, com seu modelo arcaico, desumano e medieval, foi responsável por contribuir para o surgimento de uma das maiores facções/organizações criminosas do mundo, conhecida como PCC, e que segundo destaca o Canal de Ciências Criminais, nasceu ‘em meio à violência e corrupção estatal, mais precisamente após o Massacre do Carandiru, em 1992’. (Lima Júnior, 2024, p.60)

As prisões frequentemente atuam como escolas do crime, onde os detentos, em vez de serem reabilitados, aprimoram suas habilidades criminosas, perpetuando o ciclo de criminalidade. Por exemplo, na hipótese de o preso ser primário e estar no sistema pelo cometimento de um único crime, passar a ser fracionado significa sair da penitenciária com a certeza do cometimento de outros delitos, o que está intimamente relacionado à taxa de reincidência.

Sob essa ótica, é fundamental ressaltar que as chances de um indivíduo que entra para uma facção, ou que é "batizado", deixar de cometer crimes e ser efetivamente ressocializado são extremamente baixas. Por outro lado, as probabilidades de retornar ao crime são altas, a ponto de se tornarem quase uma "consequência inevitável" (Lima Júnior, 2024).

De acordo com um estudo realizado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e divulgado pelo site "Estado de Minas", constatou-se que a probabilidade de reincidência e de nova condenação para um preso vinculado a uma facção criminosa é 345% maior do que para aqueles que não têm envolvimento com grupos criminosos. Além disso, o estudo revela que, além da elevada taxa de reincidência no sistema penitenciário, os detentos ligados a facções apresentam uma chance significativamente maior de voltar a cometer crimes e serem indiciados pela Polícia Civil, com uma probabilidade de 172,7%.

Diante da análise das teorias da pena e da realidade carcerária brasileira, é possível sintetizar as principais falhas e apontar direções para futuras reformas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo procurou revelar como a função constitutiva do sistema penal brasileiro contribui diretamente para a perpetuação da reincidência criminal, reforçando um ciclo de exclusão e seletividade que agrava as desigualdades sociais e fragiliza os objetivos declarados do Direito Penal. Longe de atuar como um mecanismo eficaz de controle social, o sistema penal

brasileiro tem se mostrado disfuncional, tanto na responsabilização de condutas criminosas quanto na reintegração daqueles que passam por seu processo punitivo. O problema não está em um excesso de punições, mas na forma como o sistema opera seletivamente, direcionando sua força repressiva contra determinados grupos sociais enquanto permite que outros pratiquem crimes de grande impacto sem sofrer consequências proporcionais.

A seletividade penal é um reflexo das desigualdades estruturais da sociedade brasileira. Enquanto as classes mais vulneráveis são tratadas como perigosas e constantemente submetidas à repressão penal, outras gozam de uma espécie de imunidade, mesmo diante de práticas ilícitas cujos custos sociais são frequentemente maiores. Crimes de natureza econômica e financeira, assim como casos de corrupção política, representam enormes danos à coletividade, privando milhões de pessoas de direitos básicos, como saúde, educação e segurança. Apesar disso, tais crimes raramente resultam em punições severas ou na aplicação de penas efetivas. Esse desequilíbrio evidencia como o sistema penal opera como um instrumento que reforça as desigualdades sociais em vez de combatê-las.

Além da seletividade, as prisões brasileiras continuam marcadas por condições precárias, superlotação e ausência de políticas estruturadas de ressocialização. Ao invés de funcionarem como espaços de reabilitação, tornam-se locais que intensificam a exclusão e fortalecem dinâmicas de violência e marginalidade. Para os egressos, o retorno à sociedade é frequentemente marcado por estigmas, falta de suporte e barreiras de acesso ao mercado de trabalho, fatores que contribuem para a perpetuação da reincidência.

As teorias da pena, no contexto brasileiro, encontram desafios significativos para alcançar seus objetivos. A prevenção geral, fundamentada na intimidação pela pena, tem se mostrado ineficaz na redução da criminalidade. A neutralização, por meio do encarceramento, falha ao permitir que crimes continuem sendo praticados dentro do sistema prisional. Por outro lado, os benefícios previstos na Lei de Execução Penal, como saídas temporárias e redução de pena por bom comportamento, são frequentemente mal compreendidos pela sociedade, que os percebe como privilégios injustificados. Na realidade, tais mecanismos têm um papel fundamental na promoção da ressocialização e na tentativa de romper o ciclo de exclusão.

Para que o sistema penal alcance maior eficácia, é necessário adotar uma abordagem que priorize a prevenção e a inclusão. A prevenção primária deve atacar as causas estruturais da criminalidade, como a desigualdade, a pobreza e a exclusão educacional. Já a prevenção secundária precisa investir em programas que capacitem os apenados para reconstruírem suas vidas, oferecendo-lhes educação, capacitação profissional e suporte psicológico. Nesse contexto, o envolvimento ativo da sociedade civil e a colaboração com o setor privado são indispensáveis.

A FUNÇÃO CONSTITUTIVA DO SISTEMA PENAL: UM ESTUDO SOBRE A PERPETUAÇÃO DA REINCIDÊNCIA NO BRASIL

Iniciativas como as Associações de Proteção e Assistência aos Condenados (APACs) mostram resultados positivos ao integrar dignidade humana, responsabilidade e reintegração social em seus modelos de gestão prisional.

A reforma estrutural necessária para transformar o sistema penal brasileiro é significativamente mais profunda e abrangente do que muitos podem imaginar, pois exige mudanças que vão além do âmbito operacional das prisões. Essa reforma envolve alterações fundamentais tanto na criminalização primária, que regula a criação das normas penais, quanto na criminalização secundária, que abrange a aplicação dessas normas pelo sistema de justiça. Para isso, é indispensável rever os critérios de seleção dos comportamentos criminalizados e questionar os padrões seletivos e excludentes que têm caracterizado a atuação do sistema penal.

Ademais, qualquer transformação significativa requer um planejamento orçamentário robusto e coordenado entre os três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário –, assegurando recursos suficientes para a implementação de políticas públicas eficazes, voltadas à ressocialização e à prevenção da criminalidade. Contudo, mais do que mudanças institucionais, é imperativa uma mudança de mentalidade, que rompa com a visão puramente punitiva e excludente do sistema penal. Essa nova postura deve priorizar a dignidade humana, a justiça social e a integração de políticas que articulem segurança pública, educação, saúde e assistência social, reconhecendo a complexidade do fenômeno da criminalidade e a necessidade de uma abordagem intersetorial e humanizada. Apenas por meio de uma reforma estrutural integrada e uma mudança cultural será possível reverter o ciclo de exclusão e reincidência que caracteriza o sistema penal brasileiro, promovendo uma sociedade mais justa, inclusiva e segura.

Outro ponto crucial é enfrentar o estigma associado aos egressos. Sem aceitação social e oportunidades concretas de reintegração, muitos acabam retornando ao crime como forma de sobrevivência. É essencial transformar as prisões em espaços de aprendizado e reabilitação, mas isso só será efetivo se estiver alinhado a um esforço coletivo que inclua a sociedade civil como parte ativa desse processo.

Por fim, é imprescindível repensar o sistema penal brasileiro de maneira profunda e estrutural. Não se trata de aumentar penas ou ampliar a repressão, mas de construir um modelo que privilegie a inclusão, a justiça social e o respeito à dignidade humana. A ressocialização não é apenas uma responsabilidade do Estado, mas uma estratégia indispensável para a construção de uma sociedade mais justa e segura. Apenas por meio de reformas estruturais, políticas preventivas amplas e o engajamento da sociedade será possível romper o ciclo de reincidência e transformar o sistema penal em um verdadeiro instrumento de justiça e igualdade.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA JÚNIOR, Reinaldo Santos de. *A teoria criminológica da pena: fundamentos ideológicos e materiais do direito penal nas sociedades capitalistas contemporâneas*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ASSIS, Rafael Damaceno de. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, ano XI, n. 39, p. 74-78, out./dez. 2007.
- AZEVEDO, José Eduardo. As relações de poder no sistema prisional. *Revista da Associação de Pós-Graduandos da PUC-SP*, São Paulo, ano VIII, n. 18, p. 29-35, 1999.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARATTA, Alessandro. Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da "reintegração social" do sentenciado. In: *Congresso Internacional de Direito Penal*, 1990, Saarbrücken. Anais [...]. Saarbrücken: Universidade de Saarland, 1990. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13248-13249-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 out. 2024.
- BBC NEWS BRASIL. Prisões secretas e campos de trabalho forçado: como uigures são perseguidos na China. *BBC News Brasil*, 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-61557466>. Acesso em: 01 nov. 2024.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: volume I*. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 453.000, do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Diário da Justiça, Brasília, DF, 30 abr. 2004.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais. *Reincidência criminal no Brasil: relatório preliminar 2022*. Brasília, DF: SENAPPEN, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/depen-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil/reincidencia-criminal-no-brasil-2022.pdf>. Acesso em: 10 out. 2024.
- BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- CARDOSO, Fernanda Larissa Saraiva. A ausência da ressocialização no sistema prisional brasileiro e a reincidência criminal como consequência. 2023. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2023. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/handle/123456789/12345>. Acesso em: 10 out. 2024.
- CARVALHO, Salo de. *Curso de Criminologia Crítica Brasileira: dimensões epistemológicas, metodológicas e políticas*. Rio de Janeiro: Revan, 2022.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.
- COELHO, Roberta Werlang. *A influência do realismo de esquerda na política de segurança pública do Brasil*. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2012.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Mandela. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>. Acesso em: 09 out. 2024.
- DEPEN – Departamento Penitenciário do Paraná. *Programa de Ressocialização no Sistema Penitenciário do Paraná*. 2018. Disponível em: <http://www.depen.pr.gov.br>. Acesso em: 7 mar. 2025.
- FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. A ausência de investimentos no sistema prisional: uma hipótese de improbabilidade administrativa. In: *A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro*. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2016. p. 27-31. Disponível em:

- https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf. Acesso em: 10 out. 2024.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.
- GONZAGA, Christiano. *Manual de Criminologia*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Neorretribucionismo e justiça restaurativa: um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2014.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Desafios contemporâneos da execução penal no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, n. 1, jun. 2013.
- LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. Detração penal até o Código Criminal do Império. *Jus Navigandi*, ano IV, n. 39, fev. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12345/detracao-penal>. Acesso em: 09 out. 2024.
- LIMA JUNIOR, Geraldo Filgueiras de. Os principais desafios que inviabilizam a efetiva ressocialização do apenado e do egresso. 2024
- LOURENÇO, Laura de Almeida. O cárcere como meio de controle social: Um panorama ao longo da história criminológica. 2023. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2023. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/123456789/67890>. Acesso em: 10 out. 2024.
- MACEDO, Guilherme Costa. A circunstância agravante da reincidência à luz das teorias da pena. *Direito UNIFACS – Debate Virtual*, v. 106, n. 114, 2012.
- MACIEL, Raquel Elena Rinaldi. A ressocialização no sistema carcerário. *Revista do Curso de Direito da Uniabau*, v. 6, n. 1, p. 97-109, 2016.
- MEDICI, C. M. A.; AULER, P. G. S.; PADILHA, C. C. Considerações para a reincidência como atenuante nos casos envolvendo egressos do sistema penitenciário brasileiro. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdades Integradas Hélio Alonso, Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://repositorio.faculdareshelioalonso.br/handle/123456789/54321>. Acesso em: 10 out. 2024.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015.
- PLATÃO. *Protágoras*. Tradução, introdução e notas de Ana da Piedade Elias Pinheiro. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 1999.
- PRADO, Florestan Rodrigo do; COSTA, Francisco Lozzi da. *A cultura de violência no cárcere: um estudo criminológico da relação entre o agente penitenciário e o prisioneiro*. Disponível em: https://www.academia.edu/35849798/A_cultura_de_viol%C3%Aancia_no_c%C3%A1rcere_um_estudo_criminol%C3%B3gico_da_rela%C3%A7%C3%A3o_entre_o_Agente_Penitenci%C3%A1rio_e_o_Prisioneiro. Acesso em: 2 mar. 2025.
- RELATÓRIO FINAL DA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – CPI DO SISTEMA CARCERÁRIO. Brasília, 2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1366810&filename=REL%202015%20CPICARCE%20=%3E%20RCP%206%2015. Acesso em: 10 out. 2024.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.
- SANTOS, Janailza Xavier; ALCOFORADO, Rogério Emiliano. Superlotação versus superencarceramento: uma reflexão sobre o caos e a barbárie no sistema prisional brasileiro. Nova Cruz-RN: 2017. 40 p. Monografia (Bacharelado em Direito) – UERN, Faculdade de Direito, 2017. Disponível em: <https://repositorio.apps.uern.br/xmlui/handle/123456789/742>. Acesso em: 02 out. 2024.

A FUNÇÃO CONSTITUTIVA DO SISTEMA PENAL: UM ESTUDO SOBRE A PERPETUAÇÃO DA REINCIDÊNCIA NO BRASIL

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em:

<https://doi.org/10.11606/T.2.2008.tde-17022009-160214>. Acesso em: 01 nov. 2024.

SILVA, Antônio Carlos da. *Curso de Política Criminal: para as ciências criminais e sociais*. São Paulo: Atlas, 2017.

SILVA, Haroldo Caetano da. *Manual da execução penal*. Campinas: Bookseller, 2002.

SOLJENÍTSIN, Aleksandr. *Arquipélago Gulag*. Tradução de A. Ferreira, Maria M. Llistó e José A. Seabra. São Paulo: Círculo do Livro, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Como citar este artigo:

GALARDA, Gabriela; FERREIRA, Pedro Luciano Evangelista. A função constitutiva do sistema penal: um estudo sobre a perpetuação da reincidência no Brasil. **Revista Eletrônica do CEJUR**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 23–44, 2025. DOI: 10.5380/cejur.v3i2.97722.

A MITIGAÇÃO DA ESTRITA LEGALIDADE PELO JUDICIÁRIO ANTE OMISSÕES LEGISLATIVAS

THE MITIGATION OF STRICT LEGALITY BY THE JUDICIARY IN THE FACE OF LEGISLATIVE OMISSIONS

Álvaro Moura Domingues dos Santos¹
Pedro Luciano Evangelista Ferreira²

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo analisar criticamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26, julgada pela Suprema Corte brasileira em 2019, em que decidiu equiparar condutas homofóbicas e transfóbicas ao crime de racismo, previsto na Lei n.º 7.716/89. A pesquisa busca responder se a Suprema Corte, ao criar norma penal por meio de interpretação abrangente, excedeu seus limites e interferiu nas atribuições do Poder Legislativo. Para tanto, analisou-se profundamente os detalhes da decisão, considerando a argumentação do STF, as críticas e elogios à decisão, as implicações para a proteção dos direitos humanos e as possíveis consequências para o sistema jurídico brasileiro. A metodologia utilizada consiste em uma pesquisa bibliográfica e documental, com análise da doutrina, tanto a favorável quanto a desfavorável ao acórdão, da jurisprudência, por exemplo, os julgados da própria corte e do Superior Tribunal de Justiça, e da legislação, nesse caso, tanto o Código Penal, Legislação Especial e Constituição Federal. Os resultados da pesquisa visam contribuir para o debate sobre a legitimidade da atuação do Poder Judiciário na criação de normas penais e sobre a relação entre os poderes no sistema jurídico brasileiro, enfatizando a imprescindível manutenção da inércia do judiciário no âmbito penal e a inconstitucionalidade evidenciada na decisão que mitigou o princípio da estrita legalidade penal.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; homotransfobia; criminalização; estrita legalidade penal; separação de poderes.

Abstract: The present research aims to critically analyze Direct Action of Unconstitutionality by Omission No. 26, judged by the Brazilian Supreme Court in 2019, in which it decided to equate homophobic and transphobic conduct with the crime of racism, as provided for in Law No. 7.716/89. The research seeks to answer whether the Supreme Court, by creating a criminal norm through broad interpretation, exceeded its limits and interfered with the powers of the Legislative Branch. To this end, the details of the decision will be analyzed in depth, considering the STF's argumentation, criticisms and praises of the decision, the implications for the protection of human rights, and the possible consequences for the Brazilian legal system. The methodology used consists of a bibliographic and documentary research, with an analysis of the doctrine, both favorable and unfavorable to the judgment, of jurisprudence, for example, the judgments of the Court itself and the Superior Court of Justice, and of legislation, in this case, the Penal Code, Special Legislation, and the Federal Constitution. The research results aim to contribute to the debate on the legitimacy of the Judiciary's role in creating criminal norms and on the relationship between the powers in the Brazilian legal system, emphasizing the indispensable maintenance of judicial inaction in the criminal sphere and the unconstitutionality evidenced in the decision that mitigated the principle of strict criminal legality.

Keywords: Supreme Federal Court; homophobia and transphobia, criminalization, racism, separation of powers.

Sumário: Introdução. 1. Problemática: estrita legalidade penal e proteção constitucional a não discriminação. 2. Estrita legalidade, ampla legalidade, legalidade constitucional e penal. 2.1. Fundamentos ao princípio da reserva legal. 3. Principais fundamentos utilizados para a criminalização. 3.1. Ausência de direitos fundamentais absolutos e ponderação entre princípios fundamentais e interpretação conforme. 3.2. Interpretação abrangente do tipo e o princípio da proporcionalidade em face da gravidade da conduta tida por criminosa. 3.3. Analogia e interpretação analógica. 3.4. Mandados de criminalização. 4. Atuação do judiciário frente às omissões legislativas e a separação dos poderes. Conclusão. Referências.

¹ Bacharel em Direito pela Fundação de Estudos Sociais do Paraná - Fesp, alv.mour15@gmail.com, ORCID: 0009-0004-6596-692X.

² Mestre em Criminologia e Direito Penal pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Candido Mendes (UCAM/RJ), contato@pedroluciano.com.br, ORCID: 0009-0009-3785-4337.

INTRODUÇÃO

Diante da inexistência de tipificação penal para a conduta homotransfóbica e do aumento das discriminações sofridas por minorias, o Partido Popular Socialista (PPS) propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.º 26, com a finalidade de obter a criminalização específica de todas as formas de discriminação homofóbica e transfóbica, isto é, motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, porquanto tratar-se de ordem constitucional de legislar relativa às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88).

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela improcedência dos pedidos, afirmando não existir omissão inconstitucional atribuível ao Congresso Nacional no que diz respeito à ausência de criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, fundamentando, portanto, que cabe ao Poder Legislativo, e não ao Judiciário, decidir se a homofobia e a transfobia devem ser criminalizadas, em respeito, também, ao princípio da reserva legal (Advocacia-Geral da União, 2019). Em síntese, objetivamente ao que interessa para o presente estudo, no dispositivo decisório do julgamento da ação, foi reconhecida a mora constitucional e determinado que sejam aplicadas as disposições da Lei nº Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes de racismo a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

A partir do proposto tema, surge uma indagação central: os fins justificam os meios? A discussão e análise crítica e científica sobre o julgamento da retromencionada ação justifica-se pela implicação jurídica do decidido na Separação dos Poderes. O objetivo do trabalho é analisar criticamente a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26. Buscando compreender se o Judiciário pode, diante da omissão do Legislativo em questões que afetam direitos fundamentais, assumir o papel de legislador e criar soluções para problemas sociais, especificamente, no âmbito do direito penal, mitigando o princípio da reserva legal constitucional, criando crimes antes não previstos.

Os métodos descritivo, comparativo e explicativo permitiram uma compreensão aprofundada do tema, evidenciando a tensão entre o ativismo judicial e a segurança jurídica. Pelo descritivo e comparativo, também, foram analisados, em especial, os principais fundamentos utilizados no *decisum*, descrevendo-os e fazendo sobre eles análise crítica e coerente, comparando-os com críticas presentes na doutrina, em artigos científicos, e em outros casos julgados pela própria

corrente. Por último, o método explicativo, amplamente utilizado no presente trabalho, foi empregado para esclarecer os fundamentos jurídicos e fáticos acerca da problemática.

1. PROBLEMATIZAÇÃO: ESTRITA LEGALIDADE PENAL E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À NÃO DISCRIMINAÇÃO

Notória é a necessidade de que condutas como tais, homotransfóbicas, não possam ser aceitas em um Estado Democrático de Direito, pois, apesar de ser resguardada a liberdade de expressão, esta não pode ser exercida de forma tal que fira direito alheio, como a discriminação e o preconceito, tidas como abusivas, e, portanto, não cobertas pela proteção constitucional da liberdade de expressão consagrada pela Constituição Federal Brasileira. Não é à toa que a mencionada Carta prevê, em seu artigo 5º, *caput*, a igualdade formal entre as pessoas, e, como expressão da vedação ao excesso, determina a mesma, no inciso XLI, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Em contrapartida, em crítica, a doutrina ressalta a existência do princípio e direito fundamental da estrita legalidade, ou reserva legal, previsto no artigo 5º, XXXIX, segundo o qual, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, em síntese, tal norma funciona como um impeditivo ao estado, que somente pode aplicar penas, no âmbito criminal, por condutas taxativamente previstas em lei formal elaborada pelo Legislativo, isto é, deve haver uma perfeita subsunção dos fatos à norma penal incriminadora. Tendo em vista que na Lei n.º 7.716/89 não há previsão de condutas preconceituosas e discriminatórias com base em gênero sexual ou semelhantes, somente em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, o fato é atípico pelo princípio da reserva legal.

A questão, destarte, dividiu a doutrina em dois grandes grupos, aqueles que legitimam e entendem como possível a atuação judicial nos casos em que restar configurada a omissão legislativa, sendo incumbência e poder previsto no próprio corpo da Constituição; e aqueles que entendem haver usurpação da legitimidade do Legislativo, o chamado “ativismo judicial”, quando o Judiciário extrapola suas competências legais. Para melhor entendimento, faz-se necessário um estudo e uma análise crítica dos fundamentos dados pela Suprema Corte no julgamento mencionado, confrontando-os com os ensinamentos e posicionamentos doutrinários a respeito da problemática.

Ressalta-se, a dissertação aqui exposta não visa questionar a necessidade ou não de criminalizar condutas homotransfóbicas, ou avaliar as benesses de tal feito, cuja discussão é objeto da criminologia; o que se aponta é que a maneira como essa criminalização ocorreu, a saber, através

A MITIGAÇÃO DA ESTRITA LEGALIDADE PELO JUDICIÁRIO ANTE OMISSÕES LEGISLATIVAS

de interpretações judiciais pelo Poder Judiciário, é vedada e não tem base no ordenamento jurídico, conforme melhor será explicado adiante.

2. ESTRITA LEGALIDADE, AMPLA LEGALIDADE, LEGALIDADE CONSTITUCIONAL E PENAL

Conforme observado, é facilmente confundível os vários termos existentes acerca da legalidade, devido a isso, tomar-se-á como base os ensinamentos do professor Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 128) para melhor explicação e clareza sobre os conceitos e termos.

O autor ensina que a legalidade possui 3 (três) diferentes significados, sob o aspecto político, legalidade é um direito fundamental individual contra abusos estatais. O outro aspecto, seria o jurídico, que, por sua vez, se subdivide em *lato* e *stricto sensu*.

O sentido amplo (ampla legalidade ou legalidade constitucional), refere-se ao princípio da legalidade constitucional, com previsão legal no artigo 5, II, segundo o qual, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, se não em virtude de lei”; nesse sentido, não basta qualquer ato normativo capaz de criar obrigações no ordenamento jurídico, para fazê-lo, a Constituição exige que o seja por intermédio de lei.

No sentido estrito (estrita legalidade), também conhecida como penal, é o princípio *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, objeto deste estudo, previsto tanto no artigo 5º, XXXIX, da Carta Magna, como direito fundamental, quanto no artigo 1º, *caput*, do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Ante a necessidade da taxatividade, certeza ou determinação, parte doutrinária entende ter o direito penal adotado reserva legal absoluta, ou seja, única e estritamente lei penal em sentido formal (lei editada em consonância com processo legislativo previsto) e material (constitucionalmente reservada a lei), não podendo ser deixadas lacunas ou imprecisões, pois isso permitiria interpretações que invadiriam as competências do Legislativo, ferindo a separação dos poderes (Roxin, 1997, p. 169).

2.1. FUNDAMENTOS AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

O princípio da estrita legalidade possui fundamentos para sua existência, que permitem entender a necessidade da sua preservação, vez que constitui direito fundamental e, como tal, não pode ser abolido ou ter reforma tendente à sua abolição, haja vista se tratar de cláusula pétrea da Carta Magna, conforme o artigo 60, §4º, da mesma; ora, se até mesmo o Poder Constituinte Derivado Reformador exercido por representantes do povo, por meio de emendas à Constituição

não pode reformá-la em qualquer sentido que tende a sua abolição, quiçá o Poder Judiciário fazê-lo, da maneira que o é constituído: sem representatividade. São três as fundamentações que dão razão à existência dele: jurídica, democrática e política.

Por fundamento jurídico, entende-se como uma barreira imposta não só ao legislador, no sentido de criar tipos penais pautando-se pela taxatividade, e determinação precisa da conduta, não podendo criar tipos penais genéricos e subjetivos, mas também ao juiz que julgará a causa, impondo a este a obrigação de observar estritamente o mandamento legal no *decisum*, não podendo, por exemplo, no momento da adequação dos fatos à norma, interpretar de maneira extensiva – dizer mais do que diz a lei.

Como fundamento democrático, remete ao poder que emana do povo, exercendo-o por meio de seus representantes, escolhendo aquele, que aspectos criminais sejam definidos por leis elaboradas por estes, de modo que, na teoria, é o povo que exercendo o status ativo de seus direitos fundamentais, escolhe o que será crime ou não, qual será a punição, como será feita a definição, dentre outros aspectos, assim o fazendo por meio de seus representantes.

Por último, o fundamento político é entendido o princípio como uma proteção ao ser humano, frente a arbitrariedades estatais, impedindo que o Estado puna quem quiser, quando quiser e como quiser, de modo a permitir uma maior segurança jurídica às pessoas. Ao exigir que toda restrição de direitos seja previamente estabelecida em lei, de forma objetiva e taxativa, ele impede a arbitrariedade estatal e garante a previsibilidade do sistema penal. Assim, uma interpretação no direito penal jamais pode levar a uma conclusão que torne o tipo penal subjetivo. A manutenção desse princípio é, portanto, uma condição *sine qua non* para manutenção do Estado Democrático de Direito e Separação dos Poderes, é a razão de ser do sistema criminal e principal barreira ao tiranismo e arbitrariedade.

3. PRINCIPAIS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PARA A CRIMINALIZAÇÃO

De antemão, é preciso pontuar que não se pretende diminuir ou desconsiderar o alarmante problema social que se vive, não se argumenta que os preconceitos e discriminações sociais com base em gênero e orientações sexuais são "casos isolados", haja vista expoente crescimento de casos de violações de direitos que essas comunidades minoritárias têm sofrido. Nesse contexto, é grande e importante o holofote que trouxe o Supremo Tribunal Federal para a problemática social em comento, aparentemente, já é passada a hora da mobilização do Poder Público no combate a esses tipos de preconceitos e descriminalizações.

Como já explicado, não se visa analisar ou questionar a necessidade ou não da criminalização de condutas homotransfóbicas, mas sim fazer análise crítica e fundamentada do meio pelo qual essa criminalização foi feita: através de decisão judicial.

3.1. AUSÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ABSOLUTOS E PONDERAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E INTERPRETAÇÃO CONFORME

De início, já é de conhecimento que uma das características dos Direitos Fundamentais expostos na Constituição é a de que não são absolutos, isto é, podem sofrer limitações por diversos modos, uma delas são as feitas pela própria Constituição, por exemplo o artigo 5º, IV, que traz o direito à liberdade de expressão, limitando-o, todavia, ao vedar a possibilidade do anonimato, pois se este fosse permitido, estaria inviabilizado o direito de resposta, outro também fundamental disposto no inciso seguinte, V, da Carta Magna: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Outra limitação que também pode ser estabelecida é por meio da interpretação judicial, em casos excepcionais, no entanto, fenômeno cuja principal causa é a colisão entre um direito fundamental e outro. É verdade, a regra constitucional é de que não há hierarquia entre direitos fundamentais, ou seja, não se pode dizer que o direito à Liberdade de Expressão é mais importante do que o direito à Resposta, ambos, pois, possuem elevada importância e devem ser preservados. Todavia, por vezes o abuso no exercício de um direito, acaba por prejudicar o direito de outrem, o que não pode ser permitido em um Regime Político Democrático, cabendo ao intérprete do direito, nesses casos, utilizar de mecanismo permitido no direito para a solução do conflito, cujo nome, de origem americana, é assim conhecido: *hard cases*.

A doutrina ensina que, quando se está diante de *hard cases*, envolvendo colisão entre direitos fundamentais, o método mais adequado à solução da problemática é o denominado “concordância prática”, que consiste, em suma, na parcial redução do alcance de um dos direitos em conflito, prevalecendo-se o outro; tal mecanismo, todavia, deve ser realizado caso a caso, difícil é estabelecer regras objetivas para tanto.

O próprio Ministro Alexandre de Moraes, no julgamento em comento, salienta esse posicionamento e a ele adere, dizendo, portanto, que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos, podendo ser relativizados quando em conflito com outros, por meio da “concordância prática ou da harmonização”, reduzindo o alcance de um, de maneira proporcional e adequada, em relação ao outro, sem, contudo, fazer um sacrifício total do direito ou garantia a ser relativizado,

conforme se observa em seu próprio livro de direito constitucional, que assim disserta sobre o tema:

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, **não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados** pela Carta Magna (princípio da relatividade ou conveniência das liberdades públicas). Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o **intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização**, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, **evitando o sacrifício total de uns em relação a outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual** (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua (Moraes, 2019, p. 38-42).

Tendo esse posicionamento, o ministro ainda argumenta e fundamenta, na decisão da ADO n.º 26, em relação à impossibilidade de o Poder Judiciário substituir o Legislativo, no sentido de criar figuras típicas por meio de decisões, não possuindo aquele Poder competência e legitimidade para tanto, pois, além da própria razão e função de sua existência, não exerce manifestação da vontade popular, diferentemente deste que sua existência é pautada na Representação dessa vontade, conforme melhor será elucidado e dissertado no tópico 5.1 deste trabalho. Para tanto, conforme já explicado anteriormente, exige-se o cumprimento dos requisitos formais e materiais da legalidade pelo Poder Legislativo, a quem cabe exercer a atribuição de criar figuras penalmente típicas.

A despeito da fundamentação impecável em seu livro, ele mesmo vota pela criminalização das condutas de homofobia e transfobia como se racismo fossem, de modo a aniquilar completamente o *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* – direito fundamental da estrita legalidade –, em prol do direito a não discriminação, contradizendo estranhamento o seu próprio posicionamento e entendimento exarado em seu livro “direito constitucional”; ora, fora o próprio ministro quem escreveu que quando se está diante de conflito entre dois ou mais princípios, o método para resolução do *hard case* é “realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual”, contudo, verifica-se que a redução feita, não foi “proporcional”, porquanto o dispositivo, em verdade, extinguiu e desconsiderou completamente a estrita legalidade, não havendo que se falar em redução parcial; se agora uma conduta típica foi criada com base em uma decisão judicial, onde está presente qualquer resquício ou parte do direito fundamental à reserva legal?

Ainda, apesar de, na fundamentação, deixar claro a impossibilidade da criação de novos tipos penais pelo Poder Judiciário em substituição ao legislativo, com seu voto, o ministro nada mais nada menos que o fez, ainda que indireta e implicitamente, embora a decisão efetivamente não crie uma nova lei ou um novo tipo penal codificado formalmente, equipará-la a conduta de racismo, permitindo sua punição como se assim fosse, fazendo uma interpretação extremamente

ampliativa do tipo penal, porquanto viabiliza a punição de fatos não previstos no elemento do tipo, gera os mesmos efeitos práticos – nascimento de um novo crime antes não previsto.

3.2. INTERPRETAÇÃO ABRANGENTE DO TIPO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM FACE DA GRAVIDADE DA CONDUTA TIDA POR CRIMINOSA

O ministro Barroso, por sua vez, manifesta-se fortemente favorável à criminalização utilizando-se de discursos que giram em torno, em síntese, da necessidade de serem feitas políticas públicas e da proteção aos direitos fundamentais das minorias discriminadas, ressaltando o silêncio do legislador que até então nada fez para o saneamento dessa alarmante problemática; aduzindo que algo precisa ser feito, e um Estado Democrático de Direito não pode se manter silente a ela, como o fez o Poder Legislativo. Ressaltando, ainda, que em razão da grande violação de que sofrem, ainda que a Constituição não deixe expresso que a punição a que se refere o art. 5º, XLI, se dê necessariamente por meio da criminalização da conduta, pelo postulado normativo específico, isto é, o princípio dos princípios, a proporcionalidade, impõe tal medida – criminalização (ADO n.º 26, p. 2911-292).

Os postulados normativos não podem ser confundidos com os conceitos de regras e princípios, conforme aponta Humberto Ávila. Para ele, os postulados podem ser qualificados como “metanormas” ou “normas de segundo grau”, criando “(...) critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação (...)”. Desse modo, podem ser caracterizados como normas metódicas, fornecendo critérios bastante precisos para a aplicação do Direito; apontando, ainda, que esses postulados podem ser subdivididos em postulados inespecíficos (ponderação, concordância prática e proibição de excesso) e os postulados específicos (igualdade, razoabilidade e proporcionalidade), este último utilizado na fundamentação do ministro (Ávila, 2014, p. 184-220).

Além do princípio da proporcionalidade, utilizado para reconhecer a necessidade de que sejam punidas no âmbito do direito penal, Barroso, para justificar a possibilidade de enquadrar a conduta homotransfóbica como espécie de racismo, aponta para a possibilidade de, através de interpretação constitucional, adotar a mais abrangente para o enquadramento conceitual, de modo a alcançar o sentido da norma àquela. Para o ministro, o conceito de racismo, em verdade, nada tem a ver com o conceito de raça sob o aspecto físico ou biológico; ao contrário, é:

uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, refletindo, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização e até de eliminação de pessoas” (Supremo Tribunal Federal, 2019, p. 294).

Embora a intenção do Ministro seja legítima ao reconhecer a gravidade da questão social, a solução não pode, para tanto, aniquilar direitos fundamentais diversos, sacrificando-os totalmente, em desrespeito ao postulado inespecífico da concordância prática; deixando de lado toda a necessidade da garantia da separação dos Poderes.

Sob o olhar da proporcionalidade, a despeito de sabido como princípio norteador de todos os ramos do direito, não se pode lhe dar tal força ao ponto de se viabilizar criação de novas condutas delituosas por meio de decisões judiciais; usando a proporcionalidade, foi argumentado que, em razão da gravidade e crescentes violações ao bem jurídico protegido, há a necessidade da punição criminal. Contudo, os efeitos práticos da decisão geram, ao contrário, grande desproporcionalidade, isto é, fazendo-o, aniquilou-se completamente o direito fundamental do artigo 5º, XXXIX; desse modo, os meios utilizados são eficientes, pois cumprem o objetivo final: proteger o bem jurídico, mas não são adequados, porquanto não demonstrada imprescindibilidade pela inexistência de meios menos gravosos.

Há de se observar, ainda, que o princípio da proporcionalidade é corolário ao da concordância prática, uma vez que ambos buscam uma solução a um conflito, mas proibindo excessos. Ávilla adverte sobre a proibição do excesso de restrição de qualquer direito fundamental, apesar de sabida sobre sua relatividade; de acordo com a própria argumentação jurídica de Moraes, os direitos fundamentais não são absolutos, podem ser restringidos, mas não aniquilados em face de outros (Marques, 2010).

3.3. ANALOGIA E INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA

Para melhor entender o tema, de início, é imperiosa necessidade de se distinguir a analogia da interpretação analógica; Magalhães Noronha (1998, p. 75) elucida a distinção, na interpretação extensiva “o intérprete se torna senhor da vontade da lei, conhece-a e apura-a, dando, então, um sentido mais amplo aos vocábulos usados pelo legislador, para que correspondam a essa vontade”; ao passo que, na analogia “o que se estende e amplia é a própria vontade legal, com o fito de se aplicar a um caso concreto uma norma que se ocupa de caso semelhante”. Nesse sentido, a analogia também não se confunde com a interpretação analógica, apesar de possuir grafias semelhantes, seus conteúdos e funções são distintos: o primeiro conceito funciona como método de integração de normas; ao passo que o segundo, interpretação analógica, realiza-se exercício interpretativo com base no próprio texto legal, buscando-se sua vontade (Asúa, 1990, p. 122) e sentido – *mens legis*.

A MITIGAÇÃO DA ESTRITA LEGALIDADE PELO JUDICIÁRIO ANTE OMISSÕES LEGISLATIVAS

Manifestando-se sobre o tema, o Pretório Excelso, no Inquérito 1.145/PB, já se posicionou no sentido de que a vedação à analogia *in malam partem*, isto é, quando a norma integradora for maléfica ao destinatário, é absoluta, por mais grave e repudiável que seja a conduta:

Não se pode pretender a aplicação da analogia para abarcar hipótese não mencionada no disposto legal (analogia *in malam partem*). Deve-se adotar o fundamento constitucional do princípio da estrita legalidade na esfera penal. Por mais reprovável que seja a lamentável prática da "cola eletrônica", a persecução penal não pode ser legitimamente instaurada sem o atendimento mínimo dos direitos e garantias constitucionais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito (Supremo Tribunal Federal, 2006).

Tal proibição não pode se limitar apenas às interpretações nos casos concretos, mas também deve ser entendimento adotado a discussões abstratas sobre a lei envolvendo o direito penal, como o caso da ADO n.º 26.

Curioso, ainda, é o julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 97261/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, ocasião em que entendeu a Corte que a captação clandestina de sinal de TV a cabo seria fato atípico para o direito penal, visto que o objeto material da conduta do agente, no caso concreto, não poderia ser equiparado a energia, e, por consequência, bem móvel a tipificar o delito de furto previsto no artigo 155 do Código Penal. Argumentou a Suprema Corte ser tal interpretação inadmissível por se tratar de colmatção jurídica ilícita no direito penal brasileiro – Analogia *in malam partem* (Supremo Tribunal Federal, 2009). Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça em oportunidade idônea, através da Sexta Turma, em julgamento ao RESP n. 1.838.056/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, decidiu no mesmo sentido, entendendo não ser possível enquadramento do sinal de TV por assinatura como energia elétrica, tipificado no art. 155, § 3, do mesmo diploma normativo, por também entender ser analogia *in malam partem* (Superior Tribunal de Justiça, 2020). Nos dizeres do próprio Supremo Tribunal Federal:

O sinal de TV a cabo não é energia, e assim, não pode ser objeto material do delito previsto no artigo 155, §3º, do Código Penal. Daí a impossibilidade de se equiparar o desvio de sinal de TV a cabo ao delito descrito no referido dispositivo. Ademais, **na esfera penal não se admite a aplicação da analogia para suprir lacunas, de modo a se criar penalidade não mencionada na lei** (analogia *in malam partem*), sob pena de violação ao princípio constitucional da estrita legalidade. Precedentes.

Ora, é questionável por qual razão, em uma ocasião entendeu a Suprema Corte em uma decisão não ser possível a “aplicação da analogia para suprir lacunas, de modo a se criar penalidade não mencionada na lei” por entender ser analogia *in malam partem*, e noutra de modo diverso, mas em pressupostos fáticos semelhantes, como o da ADO n.º 26, entendeu por viável a atuação judicial contrariando a lei; eis o problema de subjetivismos e flexibilizações em decisões judiciais no âmbito penal, parece, em verdade, inexistir critério fixo e objetivo, ora se adota um posicionamento, ora se adota outro, restando em uma insegurança jurídica subjetiva inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

A jurisprudência então firmada é tão pacífica e rigorosamente respeitada, acerca da colmatação jurídica que alcança hipóteses não previstas nos ditames estritos da lei, que no julgamento do HC 210667 AgR, observando o disposto no artigo 112, §3º, inc. V, da Lei de Execução Penal, o Supremo enfatizou o dever do magistrado de dizer a lei no seu sentido literal, isto é, a progressão de regime do apenado somente pode ser recusada se ele integrar organização criminosa, não cabe a extensão do alcance da norma para hipótese de associação criminosa (Supremo Tribunal Federal, 2022). Se a estrita observância dos termos legais deve ser observada até mesmo quando o indivíduo já possui sua culpabilidade comprovada, em respeito ao artigo 5º, LVI, da Carta Magna, quanto mais nos casos em que ainda não teve essa presunção de inocência afastada.

O voto do Ministro Barroso, por conseguinte, ao criminalizar a homofobia e a transfobia por analogia ao racismo, representa um avanço na proteção dos direitos da comunidade LGBTQIA+. A utilização da analogia e a aplicação do princípio da proporcionalidade, embora justificantes para o Ministro, suscita controvérsias sobre a validade dessas teses utilizadas, é necessário estabelecer barreira ao Poder Judiciário, vedando sua atividade como legislador positivo. Ao mesmo tempo em que celebra a luta por direitos, aponta a periculosidade de utilizar qualquer meio para buscar “justiça”.

3.4. MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO

Outra questão de mérito jurídico debatida e importante para a decisão, também, é a divergência doutrinária a respeito do inciso XLI, do artigo 5º; seria ele, ou não, um mandado de criminalização? A questão tem que ser analisada pois, reconhecido como um mandado de criminalização, a conclusão é de que haveria uma obrigatoriedade constitucional para a previsão da homotransfobia como crime no ordenamento jurídico, caso em que, sua não tipificação, seria postura ilegítima do legislador.

Nesse contexto, para uns, mandados de criminalização podem estar contidos na constituição, explícita ou implicitamente, para outros, devem estar previstos explicitamente para que se possa averiguar eventual mora legislativa a seu respeito, por exemplo, o disposto no artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, da Constituição Federal, em que o racismo, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo, os definidos como hediondos, a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, estão explicitamente descritos como crime, criando um dever de criminalização, veja, a carta magna, nesse trecho, não apenas limitou-se a dizer que há de haver uma punição, mas ordenou e especificou que essa punição seja

A MITIGAÇÃO DA ESTRITA LEGALIDADE PELO JUDICIÁRIO ANTE OMISSÕES LEGISLATIVAS

feita pelo Direito Penal, ou seja, tipificando-as como delito, diferentemente do que acontece no inciso XLI, em que não foi dito explicitamente a criminalização.

Especificamente, no direito penal, maior é a posição doutrinária no sentido de que não há como se reconhecer obrigação para aplicação de uma tutela penal com base em mandados de criminalização implícitos, em razão da subsidiariedade da tutela jurídico-penal (Dias, 2001, p. 102-103). No mesmo sentido, Flávio Eduardo Turessi (2015, p. 163-164), que explica ambos os posicionamentos e, levando em consideração os princípios da proporcionalidade e intervenção mínima do direito penal.

(...) todo o bem jurídico penalmente relevante tem de encontrar uma referência, expressa ou implícita, na ordem constitucional dos direitos e deveres fundamentais. Mas, justamente em nome do critério da necessidade e da consequente subsidiariedade da tutela jurídico-penal, a inversa não é verdadeira: no preciso sentido de que não existem imposições jurídico-constitucionais implícitas de criminalização (Figueiredo Dias, 2001, p. 102-103).

Aos que reconhecem a existência de mandados implícitos, entendem haver maior discricionariedade legislativa, a qual, contudo, não é ampla e sem limitações, sendo uma delas, a própria proporcionalidade, que, não observada, enseja inadmissível excesso.

(...) como bem anota Luciano Feldens, os mandados constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais. No entanto, além dos mandados expressos de criminalização, a ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para definir a forma mais adequada de proteção a bens jurídicos fundamentais, inclusive a opção por medidas de natureza penal. Nesse contexto, a tipificação penal de determinadas condutas pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma denominar de discricionariedade legislativa. Cabe ressaltar, todavia, que, nesse espaço de atuação, a liberdade do legislador estará sempre limitada pelo princípio da proporcionalidade, configurando a sua não observância inadmissível excesso de poder legislativo (Mendes, 2018, p. 700).

Não parece correta a ideia de que a Carta Magna previu mandados de criminalização implícitos, preferindo-se o posicionamento de que os mesmos devem estar previstos expressamente, conforme demonstrado acima. Ora, se para omissão legislativa em qualquer matéria, considera-se “dever de legislar” uma obrigação gerada explicitamente na Constituição, quanto mais sob o aspecto penal, cuja tutela é pautada pela subsidiariedade.

4. ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO FRENTE ÀS OMISSÕES LEGISLATIVAS E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Piovesan (1995, p. 79-80), sobre o “dever de legislar”, explica que omissão legislativa é “não fazer aquilo a de forma concreta e explícita estava constitucionalmente obrigado”. Partindo-se desse pressuposto, reconhecida a omissão legislativa, por violação ao mencionado dever legislativo, é acertada decisão judicial que declare a mora do legislador. Por outro lado, não havendo a

obrigatoriedade, deve-se entender que a soberania popular assim quis que fosse, caso contrário, já teria provocado o legislador para que o faça, de modo semelhante ao *abolitio criminis*. Outro exemplo dessa pressão popular, foi a que se fez para o aumento de pena aos crimes contra animais domésticos, a essa vontade atendendo o legislador que o fez no artigo 32 da Lei nº 9.605/98.

O Brasil é regido pela teoria da tripartição dos poderes, fundamental para sua construção como um Estado democrático, essa divisão é de primordial importância para a viabilidade desse regime; do contrário, a centralização dos poderes, sujeitaria o povo ao arbítrio e vontade dessa autoridade, que não haveria como ser freada ou limitada; em cotejo, o mesmo grau de importância deve ser dado também à característica da harmonia entre eles, sem a qual, aquele que prevalecesse se tornaria tirano, pois sua vontade seria última e absoluta *ratio*, impossibilitando seu controle e freio. O filósofo e jurista francês Montesquieu, em sua obra “Espírito das Leis” melhor elabora a necessidade da descentralização e fracionamento do exercício desses poderes:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade, porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas para executá-las de maneira tirânica. (...) Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. (Montesquieu, 1997, p. 168)

Para Montesquieu, além da cisão, há a necessidade de que seja exercido com moderação, cuja função é fundamental e basílica para que seja evitada a tirania e garantida a liberdade, daí vem a necessidade da imprescindível preservação da harmonia entre eles. Nesse raciocínio, por exemplo, não pode ser permitido ao Legislativo a função da gerência da administração pública, nem ao Executivo exercer julgamentos sobre as leis (jurisdição), e, mormente ao Poder Judiciário, a possibilidade de substituir a legitimidade do legislador.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor (Montesquieu, 1997, p. 168).

Há, em sentido contrário, aqueles que entendem ser oportuna e obrigatória a atuação da corte quando direitos fundamentais forem violados por omissões constitucionais, para essa parcela, ao Supremo, como guardião da Constituição, foram outorgados poderes para fazer valer os preceitos fundamentais nela expostos, de modo que, quando isso ocorrer, tratar-se-ia de mero exercício de suas competências constitucionais previstas na Constituição, afinal de contas, tal atuação pode ser considerada ainda um freio ao abuso legislativo. Barroso como mencionado, entende serem esses preceitos fundamentais o topo da hierarquia no Estado Democrático de Direito, por isso, deve ser preservada a todo custo, significa dizer que pode além de postura proativa, inclusive, contrariar a vontade da maioria (ADO n.º 26, p. 286). Partilhando de igual entendimento, no sentido de que a proatividade da Corte está prevista na Carta, Soliano (2013), dizendo ser essa atividade prevista na própria Constituição, pois não foi o judiciário que criou a

A MITIGAÇÃO DA ESTRITA LEGALIDADE PELO JUDICIÁRIO ANTE OMISSÕES LEGISLATIVAS

Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratórias de Constitucionalidade, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Mandado de Injunção e etc. Melhor explicando, entende ser tal posição legitimada pela Carta Magna, que incumbiu à Corte a competência para tanto.

Ives Gandra, ao contrário, entende ser incabível a interpretação e ideia de que o Pretório Excelso possui legitimidade ativa quando houver mora Constitucional, para ele a Carta apenas conferiu-lhe poderes para atuar como legislador negativo, jamais positivo, isto é, somente poderia dizer que uma norma está de acordo com a Constituição ou contrária a ela, caso em que poderia adotar medidas para sua remoção do ordenamento jurídico. Ives Gandra, nesse sentido, aponta os dispositivos constitucionais, ainda que em controle de constitucionalidade concentrado, que corroboram com tal entendimento e negam o posicionamento ativista, vez que estabelece que “ao declarar a inconstitucionalidade por omissão do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal não pode editar norma, devendo, apenas, comunicar ao Legislativo que a sua omissão é inconstitucional” (Gandra, 2011, p. 24).

CONCLUSÃO

Dado todo o exposto, é patente a complexidade do caso, tanto no âmbito concreto, vistas as crescentes discriminações e aumento do preconceito em sociedade, a falta de empatia e dever para consigo e com os outros, quanto no âmbito abstrato, objeto do artigo, em que se discutiu toda a (in)viabilidade do *decisum* da Suprema Corte. Nesse sentido, foram analisados os principais argumentos sobre a problemática apontada: quando o judiciário se depara com uma omissão legislativa ou ausência de lei, pode atuar sem embasamento legal, dizendo o que a lei não diz, ferindo, pois, com os meios, em prol da finalidade visada?

A democracia brasileira, fundamentada na soberania popular, exige que as decisões sobre a criminalização de condutas sejam tomadas pelos representantes eleitos do povo, através do processo legislativo. A atuação do Poder Judiciário, deve respeitar esse princípio fundamental, abstraindo-se de intervenções políticas. A usurpação da função legislativa pelo Judiciário, ao criminalizar condutas que não foram definidas como crimes pelo legislador, representa uma afronta à democracia e à vontade popular. Lembrando que a função principal do judiciário, que dá sentido à sua razão de existir é a de exercer a jurisdição, não de inovar no ordenamento, não acaso, Montesquieu: “Mas os juizes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor” (1997,

p. 175). Não se encontra, pois, o ativismo judicial respaldo filosófico nem jurídico, a não ser o posicionamento minoritário doutrinário, como Soliano e Barroso, já mencionados.

É preciso que seja preservado o equilíbrio entre os poderes, garantindo que cada um exerça suas funções de forma harmônica e respeitando os limites constitucionalmente impostos; a separação dos Poderes, não apenas impede a concentração de poder, mas também protege a integridade do sistema democrático e evita a tirania e a arbitrariedade. Nesse sentido, o controle de constitucionalidade, exercido pelo Poder Judiciário, deve ser utilizado para garantir essa harmonia e a efetivação dos direitos fundamentais, sem, contudo, extrapolar suas competências estabelecidas; a separação dos poderes é de primordial importância para garantia da segurança jurídica objetiva e viabilidade da existência de uma democracia e respeito à soberania popular. A preservação da democracia brasileira exige que a soberania popular e a segurança jurídica prevaleçam sobre qualquer tentativa de legitimar arbitrariedades, sob argumentos aparentemente nobres, mas que, na prática, comprometem os princípios fundamentais do Estado de Direito e corroem a confiança nas instituições democráticas.

Para melhor aprofundamento e possível solução à celeuma abordada, é importante a presente discussão, mas não exaustiva, recomendável, pois, realização de estudos comparativos com outros casos de atuação extensiva da Suprema Corte, analisando a evolução da jurisprudência e os critérios utilizados por ela para reconhecer a existência de omissão inconstitucional e para suprir essa lacuna legislativa, buscando maior objetividade possível ao Direito Penal, afastando-se de poderes ilimitados. Além disso, seria interessante investigar as implicações dessa decisão para a segurança jurídica e para a divisão de poderes, bem como as perspectivas futuras para a criminalização de outras formas de discriminação, ouvindo-se, por exemplo, o que a própria sociedade pensa a respeito, afinal de contas, ela é quem detém o poder para definir o futuro do país.

REFERÊNCIAS

- ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Para AGU, cabe ao Congresso decidir se criminaliza homofobia**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/para-agu-cabe-ao-congresso-decidir-se-criminaliza-homofobia--721821>. Acesso em: 15 nov. 2024.
- ALMEDINA. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 4. vol., tomo III. São Paulo: Saraiva, 1997.
- DIAS, Jorge Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal: sobre a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- GAZETA DO POVO. **Gilmar Mendes critica proposta que limita poder do STF e compara com ditadura Vargas**. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/mendes-/critica-proposta-limita-poder-stf-compara-ditadura-vargas/>. Acesso em: 17 nov. 2024.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Principios de Derecho Penal: la ley y el delito**. 3. ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1990.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MAGALHÃES, Noronha. **Direito Penal**. v. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **Princípio da proporcionalidade e seus fundamentos**. 2010. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/principio-da-proporcionalidade-e-seus-fundamentos-andrea-neves-gonzaga-marques>. Acesso em: 15 nov. 2024.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ativismo judicial e a ordem constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 18, p. 23-38, jul./dez. 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1997.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General I**. Madrid: Civitas, 1997.
- SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial no Brasil: uma definição. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 8, n. 1, jan./mar. 2013.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inquérito n. 1.145, Relator: Ministro Maurício Corrêa, julgado em 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo306.htm>. Acesso em: 15 nov. 2024.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26, Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 13 de junho de 2019. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 10 nov. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1.838.056/RJ. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Julgado em 9 de junho de 2020. Disponível

em:https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?dt_publicacao=18%2F12%2F2020&num_registro=202001969158. Acesso em: 15 nov. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 97261/RS. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622429>. Acesso em: 15 nov. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 210667 AgR. Julgado em 05 de dezembro de 2022. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=765089574>. Acesso em: 15 nov. 2024.

TURESSI, Flávio Eduardo. **Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização**. Curitiba: Juruá, 2015.

Como citar este artigo:

SANTOS, Álvaro Moura Domingues dos; FERREIRA, Pedro Luciano Evangelista. A mitigação da estrita legalidade pelo Judiciário ante omissões legislativas. **Revista Eletrônica do CEJUR**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 45–61, 2025. DOI: 10.5380/cejur.v3i2.97708.

DIU E O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR: A DESIGUALDADE DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DAS MULHERES

IUD AND FREE FAMILY PLANNING: THE INEQUALITY OF PERSONALITY RIGHTS AND WOMEN'S SEXUAL AND REPRODUCTIVE RIGHTS.

Bruna Fernandes Hoffmann Schmidt¹
Milena Cramar Londero²

Resumo: O artigo analisa as desigualdades de gênero no acesso ao planejamento familiar no Brasil, com foco na exigência indevida de autorização do cônjuge ou companheiro para inserção do Dispositivo Intrauterino (DIU). Situado no contexto jurídico brasileiro contemporâneo, o estudo examina a relação entre direitos sexuais e reprodutivos e os direitos da personalidade, fundamentando-se na perspectiva de gênero e nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade. A pesquisa utiliza revisão bibliográfica e análise normativa para demonstrar como a exigência de consentimento violava a autonomia feminina e os direitos fundamentais, reforçando estruturas patriarcais. O presente artigo demonstra que, embora a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil garantam tais direitos a todas as mulheres, interpretações restritivas da Lei de Planejamento Familiar (Lei Federal n.º 9.263/1996) eram utilizadas para legitimar práticas discriminatórias. A revogação do artigo 10, §5º, por meio da Lei Federal n.º 14.443/2022, representou um avanço significativo, eliminando um obstáculo à autodeterminação reprodutiva. No entanto, a pesquisa conclui que persistem desafios estruturais, como a necessidade de elaboração de políticas públicas eficazes que ampliem o acesso a métodos contraceptivos e promovam a educação sexual, garantindo que as meninas e mulheres possam exercer plenamente seus direitos sexuais e reprodutivos.

Palavras-chave: DIU; direitos sexuais; direitos reprodutivos; direitos da personalidade; planejamento familiar.

Abstract: The article analyzes gender inequalities in access to family planning in Brazil, focusing on the undue requirement of spousal or partner authorization for the insertion of the Intrauterine Device (IUD). Situated within the contemporary Brazilian legal framework, the study examines the relationship between sexual and reproductive rights and personality rights, grounding itself in a gender perspective and the constitutional principles of human dignity, freedom and equality. The research employs a bibliographic review and normative analysis to demonstrate how the consent requirement violated women's autonomy and fundamental rights, reinforcing patriarchal structures. The article shows that, although the 1988 Federal Constitution and the Civil Code guarantee these rights to all women, restrictive interpretations of the Family Planning Law (Federal Law No. 9.263/1996) were used to legitimize discriminatory practices. The repeal of Article 10, §5º, through Federal Law No. 14.443/2022, represented a significant advancement by removing an obstacle to reproductive self-determination. However, the study concludes that structural challenges persist, such as the need for effective public policies to expand access to contraceptive methods and promote sexual education, ensuring that girls and women can fully exercise their sexual and reproductive rights.

Keywords: IUD; sexual rights; reproductive rights; personality rights; family planning.

Sumário: Introdução. 1. Perspectiva de gênero e Direitos Civis: o papel da dignidade da pessoa humana na reforma dos direitos das mulheres no sistema jurídico brasileiro. 2. Direitos sexuais e reprodutivos e a lei de planejamento familiar: problemáticas e desdobramentos recentes. 3. DIU e planejamento familiar: indevida exigência prevista no artigo 10, §5º da Lei Federal n.º 9.263/96. Conclusão. Referências.

¹ Pós-graduada em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, brunafhs@gmail.com; ORCID: 0009-0006-6871-1214.

² Mestranda em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD/UFPR), milena.cramar@gmail.com, ORCID: 0009-0009-2618-3937.

INTRODUÇÃO

A autonomia reprodutiva das mulheres é um direito fundamental, assegurado pela Constituição Federal de 1988 e por tratados internacionais de direitos humanos. No entanto, no Brasil, persistem barreiras normativas e institucionais que restringem esse direito, muitas vezes baseadas em interpretações jurídicas que reforçam a desigualdade de gênero e as estruturas patriarcais da sociedade.

Um exemplo dessa realidade, e foco deste artigo, foi a exigência de autorização do cônjuge ou companheiro para a inserção do Dispositivo Intrauterino (DIU), uma prática sustentada pelo artigo 10, §5º da Lei Federal n.º 9.263/1996. Essa exigência, embora tenha sido revogada pela Lei Federal n.º 14.443/2022, evidenciava a perpetuação de um ordenamento jurídico patriarcal, que limitava a autodeterminação das mulheres no que diz respeito ao planejamento familiar.

Diante desse cenário, este artigo pretende analisar as desigualdades de gênero no acesso ao planejamento familiar, com ênfase na exigência indevida de consentimento do cônjuge ou parceiro para a inserção do DIU, demonstrando como essa prática violava os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Especificamente, busca-se (i) examinar a relação entre os direitos da personalidade e os direitos sexuais e reprodutivos sob uma perspectiva de gênero e do feminismo interseccional; (ii) discutir a influência das estruturas patriarcais na regulamentação do planejamento familiar no Brasil; e (iii) avaliar os impactos da revogação do artigo 10, §5º da Lei Federal n.º 9.263/1996 pela Lei Federal n.º 14.443/2022 na efetivação da autonomia feminina.

Para alcançar esses objetivos, o estudo adota uma abordagem qualitativa, baseada em revisão bibliográfica e análise normativa dos principais marcos legislativos relacionados à temática. Fundamentando-se em autoras feministas como Simone de Beauvoir (1967), Heleieth Saffioti (2004) e Judith Butler (2020), que discutem a construção social do gênero e sua relação com o direito, o artigo analisa como as normas jurídicas refletem e reforçam hierarquias de gênero, restringindo a autonomia das mulheres em questões sexuais e reprodutivas. Além disso, a pesquisa considera referenciais do campo jurídico, como Anderson Schreiber (2014) e Carlos Alberto Bittar (2022), que abordam os direitos da personalidade e sua aplicação na esfera civil. A análise normativa examina a evolução do ordenamento jurídico brasileiro no que se refere aos direitos reprodutivos, considerando a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 e as recentes mudanças na Lei de Planejamento Familiar.

O artigo está estruturado em três capítulos. O primeiro capítulo discute a perspectiva de gênero e os direitos civis, destacando o papel da dignidade da pessoa humana na reformulação dos direitos das mulheres dentro do sistema jurídico brasileiro. No segundo capítulo, abordam-se os

direitos sexuais e reprodutivos e as problemáticas relacionadas à Lei de Planejamento Familiar, analisando sua aplicação e os desafios enfrentados na efetivação do planejamento reprodutivo feminino. Por fim, no terceiro e último capítulo é examinada a exigência indevida de autorização do cônjuge ou companheiro para a inserção do DIU, analisando sua fundamentação jurídica, seus impactos sobre os direitos das mulheres e as implicações da revogação desse dispositivo legal.

Dessa forma, o presente artigo busca contribuir para o debate sobre os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres no Brasil, evidenciando avanços e desafios na garantia da autonomia sobre seus corpos e suas decisões reprodutivas.

1. PERSPECTIVA DE GÊNERO E DIREITOS CIVIS: O PAPEL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA REFORMA DOS DIREITOS DAS MULHERES NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Na obra *O segundo sexo*, Simone de Beauvoir (1967, p. 9) afirma: “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher”. Essa reflexão tornou-se um marco para os estudos de gênero ao indicar que a identidade feminina não é uma condição biológica fixa, mas parte de uma construção social. Ao destacar que ser mulher resulta de um processo contínuo de socialização e normatização, Beauvoir questiona as concepções essencialistas sobre o feminino e abre caminho para uma compreensão mais ampla das relações de gênero.

Essa construção social do gênero, conforme Beauvoir (1967, p. 21-22), impõe uma passividade às mulheres, limitando sua liberdade e restringindo suas vivências cotidianas, em um mecanismo que sustenta a estrutura patriarcal. Heleieth Saffioti (2004, p. 45), em *Gênero, patriarcado, violência*, amplia essa análise ao apontar que o patriarcado não opera isoladamente, mas em interseção com outros sistemas de opressão, como a família e as relações econômicas. Assim, a imposição de normas de gênero e suas implicações ultrapassam a esfera individual, sendo fundamentais para compreender desigualdades estruturais que permeiam o ordenamento jurídico.

Em consonância com essa perspectiva, Judith Butler (2020, p. 179) avança em tal discussão ao introduzir o conceito de performatividade de gênero, destacando que a identidade de gênero não é uma essência fixa, mas o resultado de atos reiterados que se tornam normativos dentro das estruturas sociais. A crítica de Butler (2020) evidencia que o direito, ao refletir e reforçar normas de gênero, pode atuar como um instrumento de manutenção da desigualdade. Ou seja, a construção de gênero está intrinsecamente conectada às relações de poder.

Da mesma forma, Letícia Nascimento (2021, p. 18), em *Transfeminismo: teorias e práticas*, também argumenta que “ser mulher não é um atributo fixo ou natural, mas uma posição política em uma sociedade estruturada pelo patriarcado”. Nascimento (2021) parte da máxima de Beauvoir, adaptando sua reflexão ao contexto atual e compreendendo que as estruturas patriarcais regulam corpos e subjetividades. Nesse sentido, argumenta que a construção social de gênero está atravessada por marcadores como raça e classe, destacando que a experiência de ser mulher, cis ou trans, é profundamente heterogênea (Nascimento, 2021, p. 26).

No campo linguístico, os termos “gênero” e “sexo” quando buscados no dicionário, denotam que o primeiro termo é um substantivo com a finalidade de estabelecer um critério de definição classificatório, sendo um conceito que agrega as particularidades e características que um grupo possui em comum; já a palavra sexo está atrelada ao determinismo e à carga biológica do indivíduo, especialmente referente ao seu sistema reprodutor (Catania, 2022, p. 1427).

Já campo antropológico, a pesquisadora Carmen Hein de Campos (2011, p.3) apresenta quatro elementos que compõem uma concepção de gênero complexa que reúne: símbolos culturais, os quais podem ser associados à religião; as construções normativas inseridas por setores sociais que analisam tais símbolos, como teorias jurídicas e científicas; as consequências políticas; e, por fim, a identidade subjetiva que compõem as relações sociais.

Portanto, resta claro que "tornar-se mulher" é uma ideia constantemente tensionada e negociada no contexto das normas hegemônicas presentes no campo social. Além disso, a família desempenha um papel central nesse processo, pois é um dos espaços primários de socialização e reprodução das desigualdades de gênero. As relações familiares estabelecem padrões de poder e comportamento que reforçam a divisão sexual do trabalho, a subordinação feminina e a normatividade das relações heterossexuais (Saffioti, 2004).

A estrutura patriarcal não se limita às relações privadas ou familiares, mas está profundamente enraizada nas instituições jurídicas e na organização social como um todo. Heleieth Saffioti (2004, p. 60) argumenta que o patriarcado não é apenas um sistema de dominação dentro da esfera doméstica, mas uma estrutura de poder que se manifesta civilmente, garantindo privilégios aos homens por meio de normas jurídicas e sociais. Historicamente, essa estrutura concedeu aos homens direitos sexuais praticamente irrestritos sobre as mulheres, como evidenciado pela ausência do tipo penal de estupro dentro do casamento em diversos códigos legais inspirados no Código Napoleônico (Saffioti, 2004, p. 60).

Além disso, o patriarcado se sustenta em uma base material, invadindo todas as esferas da sociedade e sendo reproduzido tanto por meio da ideologia quanto da violência (Saffioti, 2004). Essa construção hierárquica das relações de gênero tem impacto direto no reconhecimento e na

efetivação dos direitos das mulheres. Diante desse cenário, compreende-se essencial analisar como o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser um eixo estruturante para a reformulação dos direitos civis das mulheres no Brasil. Ao reconhecer que os direitos das mulheres têm sido historicamente negados ou condicionados a normas patriarcais, este capítulo propõe uma reflexão sobre a necessidade de um sistema jurídico que reconheça as desigualdades de gênero e também atue em prol de superá-las.

A violação desses direitos ocorre de diversas formas, desde restrições legais e econômicas até violência física e simbólica. Nesse sentido, é fundamental compreender que os direitos das mulheres não são apenas individuais, mas representam reivindicações coletivas que desafiam as (binárias e hierárquicas) estruturas de poder estabelecidas. Isto significa que a liberdade e a autonomia individual das mulheres são diretamente impactadas pelas questões estruturais de gênero, uma vez que “a identificação das mulheres com o ‘sexo’ é uma fusão da categoria das mulheres com as características ostensivamente sexualizadas de seus corpos” (Butler, 2018, p. 38).

Vale ressaltar que a monopolização do poder sobre as mulheres está enraizada na dominação masculina e fundamentada nas construções sociais de gênero. Esse processo é impulsionado por lógicas patriarcais que classificam e desvalorizam características físicas e biológicas dos corpos femininos, analisando-as sob perspectivas socioculturais (Faustino, 2022, p. 1429), para marginalizar as mulheres em espaços de tomada de decisão na sociedade.

Sobre a importância da influência das pautas de gênero dentro do sistema jurídico, Judith Butler (2020) argumenta que a política deve se preocupar com a dupla função do poder: a jurídica e a produtiva. Ela afirma que “a lei produz e depois oculta a noção de ‘sujeito perante a lei’, de modo a invocar essa formação discursiva como uma premissa básica natural que legitima, subsequentemente, a própria hegemonia reguladora da lei” (Butler, 2020, p. 16).

Assim, além de questionar como as mulheres serão representadas na linguagem e na política legislativa, é preciso considerar como esse grupo é reprimido nas estruturas de poder existentes. Ainda, é necessário que as legislações sejam desenvolvidas e aplicadas sob o crivo do princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de evitar que a aplicação do sistema jurídico se distorça pelo patriarcado.

Sob a influência do princípio da dignidade humana, a Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) norteia o ordenamento jurídico brasileiro à luz dessa base principiológica; inclusive para a correta aplicação das legislações infraconstitucionais, visto que os princípios de igualdade e liberdade constituem a espinha dorsal da proteção dos direitos femininos (Catania, 2022, p. 1433). Sobre as questões de gênero, a Constituição de 1988 foi inovadora, pois positivou a igualdade de

direitos entre homens e mulheres, bem como garantiu a autonomia feminina no âmbito social brasileiro (Brasil, 1988).

Neste sentido, o princípio da liberdade se originou das ideias iluministas, sendo uma clara herança da propriedade racional kantiana. Na lógica kantiana, a liberdade humana deriva de uma lei moral, que resulta da razão. O objetivo central de seus estudos é conectar o fundamento racional absoluto ao pensamento moral, superando princípios empíricos, já que estes não permitem estabelecer a verdadeira universalidade da moralidade (Newman, 2022, p. 102-103). No entanto, a liberdade kantiana apresenta limitações, pois sua concepção original restringe-se à autonomia do indivíduo racional, segundo os moldes iluministas, o que historicamente favoreceu apenas determinados grupos sociais (Newman, 2022, p. 103).

Nesse sentido, as questões de gênero dialogam mais com a perspectiva de liberdade de Michel Foucault, que, ao considerar os elementos de poder, argumenta que a liberdade, no campo social, é viabilizada pela exclusão de subjetividades que não se encaixam nos modelos racionais predominantes (Newman, 2022 p. 112). Assim, a liberdade para Foucault transcende a noção de que ser livre somente está relacionado com a ausência de constrangimento social, haja vista que ser livre também está claramente relacionada às complexas e emaranhadas relações de poder no âmbito social que o indivíduo está inserido (Newman, 2022 p. 115).

O princípio da igualdade busca assegurar que todas as pessoas sejam tratadas de forma equânime perante a lei e nas relações sociais, sendo consagrado no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas. Essa noção foi ampliada e incorporada à Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), no artigo 5º, *caput*, consolidando o compromisso com a igualdade como fundamento essencial do ordenamento jurídico brasileiro.

Ressalta-se, que tal princípio não se fundamenta na ideia de uniformidade entre as pessoas, pois cada ser humano possui características singulares, mas sim na equidade de direitos no âmbito jurídico. Dessa forma, busca garantir que todos os e as cidadãos tenham os mesmos direitos e igualdade de acesso em todas as esferas sociais, sem discriminação que perpetue a marginalização de determinados grupos (Silva, 2010, p. 81).

A perspectiva de gênero, sob o princípio da igualdade — especialmente com o avanço dos movimentos feministas —, desconstruiu a noção de um sujeito universal como destinatário dos direitos humanos. Isso porque a promoção de direitos deve considerar as especificidades de cada indivíduo, uma vez que a diferença não se opõe à igualdade; o verdadeiro antagonismo reside na discriminação e na subalternidade (Marcon, 2020, p. 59). Tornou-se ineficaz, portanto, adotar apenas um tratamento igualitário e generalizante para setores sociais historicamente marginalizados.

Assim, faz-se necessária uma proteção que promova a igualdade de maneira substantiva, respeitando as particularidades desses grupos e garantindo a aplicação efetiva do princípio da igualdade às mulheres (Marcon, 2020, p. 59).

Devido à influência dos princípios de liberdade e igualdade na legislação infraconstitucional, os direitos da personalidade foram positivados na seara do direito civil para resguardar garantias jurídicas que tutelam diretamente os valores individuais relacionados à dignidade humana (Schreiber, 2014, p. 13). Tais direitos estão dispostos nos artigos 11 ao 21 do Código Civil (Brasil, 2002).

As principais características gerais e principiológicas desses direitos estão dispostas principalmente no artigo 11 do Código Civil (Brasil, 2002), sendo considerados “ínatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*” (Bittar, 2015, p. 44).

Ainda, vale apresentar a classificação do doutrinador Carlos Alberto Bittar sobre os direitos da personalidade (2022, p. 55), o qual assevera que são um vasto rol de garantias individuais, englobando tanto noções externas do indivíduo – como, por exemplo, a integridade física e a imagem do indivíduo – mas também garantias psíquicas essenciais à expressão da personalidade individual do ser humano, sendo a liberdade o principal pilar desse rol de direitos.

Os direitos da personalidade e as pautas de gênero estão intrinsecamente interligados, pois, como visto, a luta feminista pela equidade de direitos e pela liberdade de escolha contribuiu para o reconhecimento de diversos direitos civis e fundamentais das mulheres, consolidando-se como parte essencial dos direitos da personalidade femininos. Um exemplo dessa consolidação é o reconhecimento da autonomia reprodutiva e contraceptiva feminina (Teles, 2022, p. 132), especialmente para a decisão de método contraceptivo adequado para a mulher — laqueadura, DIU, pílula, entre outros.

Indo além, a igualdade/isonomia e a liberdade são basilares para os direitos da personalidade das mulheres, pois tangenciam esferas de preservação à sua vida privada e o seu desenvolvimento no âmbito social/moral (Catania, 2022, p. 1442). De fato, a autonomia privada é um direito da personalidade que se revela pujante nos debates de gênero, eis que é imprescindível à liberdade de escolha da mulher para o pleno exercício dos seus direitos nas diversas esferas sociais que estão inseridas (Teles, 2022, p. 133). Os direitos da personalidade, portanto, são bens jurídicos que objetivam proteger aspectos elementares à essência humana no campo privado, levando em consideração, especialmente, características das subjetividades e das condições existenciais —

sendo a autonomia reprodutiva um exemplo desse rol de garantias às mulheres (Teles, 2022, p. 132).

Houve, portanto, uma extensão dos princípios constitucionais da Constituição Federal de 1988 para a legislação infraconstitucional. O Código Civil (2002) adota a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade como fundamentos dos direitos da personalidade, visando efetivar esses princípios no âmbito das relações sociais privadas, especialmente nas questões de gênero.

No entanto, apesar dos avanços, a influência do patriarcado ainda permeia a aplicação das legislações pátrias relacionadas ao direito reprodutivo feminino, sendo um exemplo dessas violações a extensão da exigência do artigo 10º, §5º da Lei n.º 9.263/96 para a inserção de DIU em mulheres casadas, conforme será oportunamente pormenorizado nos tópicos seguintes. Essa prática configura uma grave violação dos direitos da personalidade, sexuais e reprodutivos das mulheres, pois retira a autonomia sobre o próprio corpo e transfere a decisão para o cônjuge.

2. DIREITO SEXUAIS E REPRODUTIVOS E A LEI DE PLANEJAMENTO FAMILIAR: PROBLEMÁTICAS E DESDOBRAMENTOS RECENTES

Para o desenvolvimento do presente trabalho, é necessário também destacar que se adota uma perspectiva de que os direitos sexuais e reprodutivos estão profundamente conectados às questões de gênero, refletindo diretamente o cenário jurídico nacional e as disputas em torno dos direitos reprodutivos. A análise desses direitos levará em consideração a posição social das mulheres, as relações de poder que permeiam as famílias e os desafios enfrentados para garantir a autodeterminação corporal e a equidade no acesso às políticas públicas de saúde. Nesse sentido, a abordagem dos direitos sexuais e reprodutivos deve ser qualificada por uma compreensão interseccional, que articule gênero, família e a construção das políticas de planejamento familiar no Brasil.

Como o presente artigo aborda de forma conjunta e indiferenciada os direitos reprodutivos e sexuais — visto que a temática sobre métodos contraceptivos femininos e a perspectiva de gênero tangenciam ambos —, torna-se necessário, primeiramente, pontuar tais diferenças para evitar possíveis contradições na construção textual e percepções equivocadas que levem à hierarquização entre esses direitos em termos de importância ou relevância.

Embora os direitos sexuais e reprodutivos possuam uma base principiológica similar, são direitos distintos e com consequências sociais diversas (Peixoto, 2010, p. 4992). Os direitos reprodutivos se referem à autodeterminação reprodutiva dos indivíduos, especialmente ligados à

liberdade de escolha das mulheres, a qual é historicamente subjugada na sociedade pelos homens (Mattar, 2022, p. 55). Já os direitos sexuais fazem parte de um debate mais recente no universo doutrinário, sendo o seu pilar principiológico o livre exercício da sexualidade. Sobre estes, expandiram-se consideravelmente seus titulares, eis que englobam diferentes grupos que se deparam com a imposição de inúmeras barreiras à expressão de sua liberdade sexual, fundamentados nos preconceitos do sistema patriarcal e cis-heteronormativo (Peixoto, 2010, p. 4992).

Compreendendo tais diferenças, destaca-se que Sônia Corrêa e Rosalind Petchesky (1996) dispõem que as noções dos direitos sexuais e reprodutivos estão relacionadas aos recursos individuais das mulheres e as relações de poder que estão inseridas. As autoras defendem que está equivocada a compreensão de que tais direitos são norteados exclusivamente pelas liberdades privadas, necessitando também ser levado em consideração os direitos inerentes a cada grupo social, especialmente as políticas de bem-estar social, a segurança pessoal e a liberdade política (Corrêa, Petchesky, 1996, p.149), os quais são essenciais para o desenvolvimento adequado do direito sexual e reprodutivo do gênero feminino no âmbito social.

Isto posto, a harmonia entre os direitos individuais e as políticas sociais mostra-se imprescindível para a efetiva concretização desses direitos no âmbito social. Todavia, apenas quando a estrutura normativa assegura a liberdade política de cada indivíduo, é possível se aproximar da igualdade nas relações sociais — especialmente no campo dos direitos sexuais e reprodutivos. Nessa perspectiva, as políticas públicas no âmbito nacional devem seguir a base principiológica da integridade corporal, autonomia pessoal, igualdade e diversidade, com o intuito de garantir uma ampliação do grupo social que tais direitos irão incidir, considerando questões culturais e sociais, entre outras (Corrêa, Petchesky, 1996, p.149).

No ordenamento jurídico nacional, a Constituição Federal de 1988 garante um rol de direitos e garantias inerentes aos direitos reprodutivos, reverberando estes em diversas áreas do sistema jurídico — como as searas civil e penal — para construir uma cadeia de proteção legal para as mulheres na sociedade (Ventura, 2009, p. 60). Assim, os direitos sexuais e reprodutivos são extremamente importantes no enfrentamento de desigualdades de gênero presentes na sociedade brasileira, pois, além de tangenciar os pilares da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, também prezam pela autonomia individual das mulheres e a sua integridade corporal.

Uma legislação infraconstitucional que trata diretamente dos direitos reprodutivos e sexuais no âmbito nacional é a Lei de Planejamento Familiar, a qual será o foco principal do presente artigo.

Antes de adentrar nas peculiaridades desse marco legislativo, faz-se necessário apresentar um panorama da intersecção da noção de família com a perspectiva de gênero, o qual é a base motriz, conjuntamente com direitos sexuais e reprodutivos, para a consolidação do princípio do planejamento familiar. O conceito de família, tradicionalmente compreendido no modelo patriarcal e heteronormativo, desempenha papel central na definição das políticas de planejamento familiar, tornando-se fundamental destacar que tais políticas devem ser estruturadas a partir de uma perspectiva interseccional, que considere as desigualdades de gênero, raça e classe social. Essa perspectiva interseccional está em consonância com as diretrizes do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (CNJ, 2021), que destaca a necessidade de considerar as desigualdades estruturais que permeiam as relações de gênero, especialmente no que diz respeito à autonomia corporal e à liberdade reprodutiva das mulheres.

Assim, o planejamento familiar, enquanto direito reprodutivo e sexual, permite que as mulheres decidam de forma consciente e autônoma sobre sua vida reprodutiva. No Brasil, por exemplo, uma pesquisa realizada pela Bayer (2022), em parceria com a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo), apontou que 62% das mulheres participantes do levantamento já vivenciaram pelo menos uma gravidez não planejada, o que coloca o país em uma posição preocupante, superando a média mundial de 40%.

Além disso, a falta de planejamento familiar pode afetar a continuidade de estudos, a estabilidade financeira e a inserção no mercado de trabalho, o que impacta diretamente a autonomia das mulheres (Bayer, 2022). Conforme defende Aragão, Hakenhaar, Schiocchet e Silva (2022, 287), torna-se inaceitável a criação de políticas públicas que desconsiderem os direitos individuais femininos no campo do planejamento familiar, devido ao crescente reconhecimento da necessidade da autodeterminação corporal e da autonomia reprodutiva das mulheres no sistema jurídico. Dessa forma, garantir o acesso ao planejamento familiar de forma ampla para essa parcela é um meio de buscar a igualdade de gênero, possibilitando que as mulheres exerçam seus direitos reprodutivos de forma livre e devidamente informada, sem que a maternidade seja uma imposição social ou econômica.

Sobre a importância do planejamento social na sociedade, a Diretora-Executiva do Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA), Dra. Natalia Kanem (2022, n.p) afirma que “o planejamento familiar não é apenas uma questão de direitos humanos, mas também é fundamental para o empoderamento das mulheres, para a redução de pobreza e para alcançar o desenvolvimento sustentável”.

Em harmonia com essas questões, o princípio do planejamento familiar está positivado no artigo 226, §2º da Constituição Federal de 1988, como também no Código Civil, no artigo 1.565,

§2º, o qual dispõe que “o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”.

Ainda, a Lei Federal n.º 9.263/1996 é o marco normativo que regula o planejamento, sendo conceitualizado tal instituto no artigo 3º, adotando uma noção de gênero menos universalizada e com maior respeito às individualidades, visto que dispõe que “o planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, numa visão de atendimento global e integral à saúde”.

Dentre os diversos temas sobre direitos sexuais e reprodutivos abarcados pela Lei Federal n.º 9.263/1996, o que mais gerou controvérsias trata-se, justamente, sobre as normativas dispostas sobre a esterilização voluntária. Neste diapasão, o artigo 10º deste compilado legislativo versa sobre os requisitos para realizar voluntariamente tal procedimento, os quais são: i) indivíduos com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos, ou com pelo menos dois filhos, ii) um prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação de vontade e o ato cirúrgico; iii) manifeste expressamente a sua vontade em um documento escrito e assinado pela pessoa, entre outras particularidades.

A questão mais problemática desse dispositivo se referia à exigibilidade da autorização expressa do cônjuge para realizar tal procedimento cirúrgico, presente mais especificamente no §5º. Isto é, havia um impedimento legal de efetuar a esterilização voluntária caso não possuía qualquer documentação que comprove a autorização expressa de seu cônjuge/companheiro.

Segundo Miriam Ventura (2009, p. 94), o consentimento expresso do cônjuge para realizar a esterilização voluntária é extremamente problemático, eis que esbarra diretamente na autodeterminação corporal do indivíduo e nas questões de gênero. Neste ponto, resta evidente que os direitos sexuais e reprodutivos não podem ser analisados de maneira dissociada da compreensão de gênero como categoria estruturante das relações sociais, como visto no capítulo anterior.

Tal perspectiva é fundamental para compreender como as normas jurídicas e as políticas públicas incidem sobre corpos de maneira diferenciada, conforme argumenta Heleieth Saffioti (2004). Com base nos ensinamentos da autora, é possível dizer que o patriarcado estabelece uma hierarquia entre os gêneros, conferindo aos homens o poder de controle sobre os corpos e a sexualidade das mulheres, o que se reflete diretamente nas legislações sobre planejamento familiar e direitos reprodutivos e, em especial, no artigo 10º da Lei Federal 9.263/1996.

Devido a tais problemáticas, o artigo 10º, §5º e demais dispositivos legais da Lei Federal n.º 9.263/1996 se tornaram objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.097/2014. Segundo

a Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADEP), na ADI 5.097, “todo indivíduo deve ter ampla liberdade para autodeterminar-se, para fazer as escolhas que vão reger a sua vida privada, sem qualquer ingerência individual”. Ainda, associação destaca que, em virtude “da autonomia corporal, o indivíduo também goza da liberdade de definir como será a sua vida sexual; se quer ter filhos; quantos filhos quer ter e com quem terá esses filhos”, ou seja, “trata-se do direito ao planejamento reprodutivo, o qual deve ser exercido de forma livre e incondicionada”. Atualmente, o processo está pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Todavia, um novo capítulo se iniciou para o tema do planejamento familiar no âmbito brasileiro, eis que, no dia 5 de setembro de 2022, foi sancionada a Lei Federal n.º 14.443/2022, a qual altera drasticamente alguns dispositivos da Lei Federal n.º 9.263/1996, em especial o artigo 10º.

Nota-se que houve quatro alterações mais significativas: i) fixação do prazo máximo de 30 (trinta) dias da orientação médica para o oferecimento de métodos e técnicas contraceptivos pelo Sistema Único de Saúde; ii) alteração da idade mínima para a esterilização voluntária; iii) possibilidade da realização da laqueadura durante o parto, desde que manifesta a vontade 60 (sessenta) dias antes do procedimento; e, por fim, iv) revogação do dispositivo que exigia o consentimento expresso do companheiro ou companheira para a esterilização voluntária (Pinto, 2022).

Todavia, a revogação do § 5º pode ser considerada um dos maiores avanços desta Lei Federal no que tange à perspectiva de gênero, pois embora a referida previsão legislativa se aplicasse aos cônjuges e companheiros em geral, na prática, as mulheres eram o grupo mais afetado, especialmente devido aos processos patriarcais enraizados na sociedade, que perpetuam a ideia de que as vontades masculinas devem prevalecer nas relações conjugais (Pinto, 2022).

Portanto, é evidente que a Lei Federal n.º 14.443/2022 ampliou o escopo dos direitos originalmente previstos na Lei Federal n.º 9.263/1996, especialmente em relação aos direitos femininos, garantindo maior acesso a técnicas e métodos contraceptivos e assegurando o direito de escolha dessa classe social. Com base no exposto, conclui-se que a nova legislação eliminou requisitos que antes subjugavam as mulheres nas relações conjugais e eram perpetuados pela sociedade patriarcal.

3. DIU E PLANEJAMENTO FAMILIAR: INDEVIDA EXIGÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 10, §5º DA LEI FEDERAL N.º 9.263/96

Apesar dos avanços decorrentes da sanção da Lei Federal n.º 14.443/2022, a redação original do artigo 10º, §5º, da Lei Federal n.º 9.263/96, durante o período em que esteve em vigor, causou diversas consequências sociais negativas e privação de direitos às mulheres.

Dentre os vários eventos sociais que evidenciam a perpetuação da subjugação da autonomia sexual e reprodutiva das mulheres, o presente artigo se concentrará na exigência do consentimento de maridos e companheiros para autorizar a inserção do Dispositivo Intrauterino (DIU) em mulheres casadas, com base no artigo 10º, §5º, da Lei Federal n.º 9.263/96.

Esse caso foi denunciado em uma matéria publicada em 3 de agosto de 2021, pelo jornal *Folha de S. Paulo*, elaborada pela jornalista Victoria Damasceno (2021), que revelou que tal prática era recorrente nos planos de saúde da cidade de São Paulo. A justificativa legislativa apresentada pelas instituições de saúde baseava-se no artigo 10º, §5º, da Lei Federal n.º 9.263/1996, norma vigente à época dos fatos mencionados, que exigia a autorização dos cônjuges para a esterilização voluntária (Malzone, 2021). Para viabilizar o requerimento de inserção do DIU, mulheres casadas ou em união estável deveriam apresentar documentação que comprovasse a autorização expressa do cônjuge ou companheiro, sob pena de indeferimento do pedido pelos planos de saúde.

Essa exigência, no entanto, foi indevidamente justificada com base na legislação sobre esterilização voluntária, ainda que o DIU não se enquadre nessa categoria. Em realidade, o DIU é um método contraceptivo altamente eficaz, com mínimos efeitos colaterais para a usuária e, sobretudo, reversível. Caso a mulher deseje removê-lo, sua fecundidade não sofre nenhum prejuízo, afastando qualquer fundamento para a necessidade de consentimento de terceiros (Amorim, 2019, p. 8).

Esse episódio, portanto, evidencia a perpetuação da violência contra a autonomia das mulheres, os direitos sexuais e reprodutivos, e, consequentemente, os direitos da personalidade. A exigência imposta pelas instituições de saúde de transferir o poder de escolha desse método contraceptivo para o marido ou companheiro — com base na justificativa legal do artigo 10º, §5º, da Lei Federal n.º 9.263/1996, inaplicável ao caso — é uma grave violação dos direitos sociais das mulheres na sociedade.

Indo além, esse fato revela que a aberração social do patriarcado segue enraizada na sociedade e persiste nas diversas interações sociais, demonstrando que a existência de mecanismos que buscam manter a autodeterminação feminina nas decisões privadas à mercê da escolha

masculina. Essa exigência revela uma interpretação deturpada da Lei Federal n.º 9.263/1996, pautada no patriarcado estrutural que busca perpetuar a subjugação feminina no campo reprodutivo e sexual. A utilização da norma como justificativa legal para condicionar a inserção do DIU à autorização de um cônjuge ou companheiro está em total dissonância com o ordenamento jurídico brasileiro, tanto nas legislações infraconstitucionais quanto na própria base principiológica da Constituição Federal.

De fato, para garantir o pleno exercício dos direitos sexuais e reprodutivos e a consolidação do planejamento familiar, é essencial priorizar a disseminação de métodos contraceptivos destinados ao público feminino. A informação sobre contracepção e sua disponibilização pelas instituições de saúde, respaldadas por orientações adequadas e específicas fornecidas por profissionais qualificados, são fundamentais para a efetiva implementação do planejamento familiar das mulheres. Tal abordagem pressupõe que as prescrições sejam cientificamente seguras e adequadas às necessidades de cada mulher (Costa, Guilhem, Silver, 2006, p. 80).

Um exemplo da importância dos métodos contraceptivos é o advento da pílula anticoncepcional, que gerou reflexos significativos na consolidação e no fortalecimento da igualdade de gênero no contexto social global, eis que possibilitou às mulheres se desvincularem das limitações impostas pelo destino reprodutivo, proporcionando-lhes o acesso à plena vivência do prazer sexual, aliado à liberdade de optar pela maternidade individualmente (Abbud, 2020, p. 80).

Todavia, o Brasil enfrenta desafios estruturais na proteção do planejamento familiar para as mulheres, tanto no plano social quanto na implementação de políticas públicas de saúde reprodutiva. A exigência do consentimento de maridos ou companheiros para a inserção do DIU configura um claro exemplo desse desincentivo, ao restringir o acesso das mulheres à autonomia sobre seus corpos.

A carência de políticas públicas sobre o tema é evidenciada pelo estudo desenvolvido pelo setor de obstetrícia do Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Pernambuco, em 2013, que constatou que diversas gravidezes não planejadas decorreram do uso inadequado de métodos contraceptivos (Melo; Costa; Ferreira, 2014, p. 389). Neste estudo empírico, verificou-se a fragilidade nas práticas públicas de educação sexual e a efetivação do planejamento familiar no Brasil, eis que demonstrou que os direitos sexuais e reprodutivos permaneceram reprimidos em virtude de dois fatores interligados: i) a perpetuação das relações de poder em torno da sexualidade e ii) a prestação de serviços deficitária no sistema de saúde aliada a ausência de políticas para a educação sexual para as mulheres. (Melo, Costa, Ferreira, 2014, p. 391–395). Tal cenário, portanto, leva a um planejamento familiar deficitário e ineficaz, impactando especialmente as mulheres.

Nesta perspectiva, para efetivar e consolidar o direito constitucional do planejamento familiar para o público feminino, torna-se necessário abandonar a noção ultrapassada de que as mulheres ocupam somente o papel materno. Esse grupo também possui autonomia sexual e reprodutiva como qualquer outro, o que só se atinge com o estímulo de disseminação de conhecimento da saúde sexual do indivíduo (Lima, 2010, p. 8). Isto é, o contato das mulheres com métodos contraceptivos seguros e adequados se revela fundamental para construir o devido planejamento familiar e a liberdade sexual e reprodutiva da população feminina.

Especificamente sobre a aplicação do artigo 10º, §5º, da Lei Federal n.º 9.263/1996 para implantação do DIU, houve uma evidente grave lesão aos direitos da personalidade das mulheres, haja vista a retirada do poder de decisão em reger autonomamente decisões relacionadas ao próprio corpo — viabilizando a interferência masculina na autonomia privada feminina.

Nesse sentido, com o intuito de afastar e erradicar tal cenário de ameaça aos direitos das mulheres — antes da vigência da Lei Federal n.º 14.443/2022 que excluiu o artigo 10º §5º da Lei de Planejamento Familiar — diversas providências no âmbito jurídico estavam sendo desenvolvidas pelos atores políticos nacionais, em especial nas construções jurídicas e na seara legislativa. Na IX Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal nos dias 19 e 20 de maio de 2022, foi aprovado pelo CNJ o enunciado 646, o qual dispõe que “a exigência de autorização de cônjuges ou companheiros, para utilização de métodos contraceptivos invasivos, viola o direito à disposição do próprio corpo” (CJF, 2022).

Segundo o entendimento pacificado no Conselho da Justiça Federal, a aplicação de uma norma jurídica que restringe direitos — como no artigo 10, §5º da Lei Federal n.º 9.263/1996 — não pode possuir interpretação extensiva para outras formas de controle reprodutivo, principalmente para não haver a perpetuação da violência contra as mulheres nas relações familiares, manifestando-se pelo controle do corpo feminino e as suas funções reprodutivas pelo marido (CJF, 2022). Tal entendimento extraído da IX Jornada de Direito Civil foi fundamental para a construção desse tema no âmbito judiciário, ao revelar a prática recorrente de uma interpretação legislativa deturpada e que reproduzia os reflexos patriarcais a fim de cercear os direitos femininos.

Ainda, há na Câmara dos Deputados o trâmite de diversos Projetos de Leis, como o PL n.º 2.719/2021 de autoria dos Deputados Federais Ricardo Silva (PSB/SP), Tereza Nelma (PSDB/AL) e Denis Bezerra (PSB/CE), o qual dispõe sobre a vedação do consentimento do companheiro para a inserção de DIU em mulheres casadas, em união estável ou qualquer forma de relacionamento afetivo pelos planos e seguros privados de assistência à saúde.

DIU E O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR: A DESIGUALDADE DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DAS MULHERES

O Projeto de Lei n.º 2.719/2021 apresenta como justificativa o princípio da igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, previsto na Constituição Federal de 1988, ressaltando que não cabe ao homem interferir na liberdade da mulher de decidir sobre sua própria capacidade reprodutiva, tampouco condicionar a inserção de métodos contraceptivos à sua autorização. A proposta reforça que os direitos reprodutivos asseguram a toda mulher o direito de decidir se deseja ter filhos, bem como o momento adequado para isso — prerrogativa que é gravemente violada pela exigência do consentimento do marido ou companheiro. Até o momento, o projeto permanece em trâmite no Poder Legislativo.

Ainda, o município de Juiz de Fora, localizado em Minas Gerais, sancionou a Lei Municipal n.º 14.867, que veda que planos de saúde e seguros privados exijam o consentimento de maridos/companheiros para a inserção do DIU. Segundo a autora do projeto, a vereadora Cida Oliveira, ele visa proteger os direitos femininos, em especial pelo exercício da liberdade sexual e da decisão pessoal sobre a maternidade (Juiz de Fora, 2024).

Isto posto, os avanços gradativos mencionados após a denúncia da exigência indevida imposta pelos planos de saúde — fundamentada no artigo 10º, §5º, da Lei de Planejamento Familiar, antes de sua revogação pela Lei Federal n.º 14.443/2022 — evidenciam o esforço legal para a consolidação dos direitos sexuais e reprodutivos. Tais medidas representam um passo importante na proteção do planejamento familiar voltado às mulheres, assegurando que a decisão sobre o próprio corpo esteja baseada exclusivamente na autodeterminação individual e na adequada orientação fornecida por profissionais da saúde, sem interferências externas ou condicionamentos patriarcais.

CONCLUSÃO

A persistente violência contra as mulheres, enraizada na estrutura patriarcal da sociedade, evidencia a necessidade de fortalecimento do movimento feminista como instrumento de promoção da igualdade de gênero, livre da influência machista que permeia as relações socioculturais. Apesar dos avanços conquistados no âmbito dos direitos fundamentais com a Constituição Federal de 1988 — especialmente no que tange à liberdade individual e à igualdade material entre as e os cidadãos —, a desigualdade de gênero ainda se manifesta veladamente em diversos setores da sociedade, perpetuando a subjugação das mulheres em esferas como as relações afetivas, a maternidade, o mercado de trabalho e a vida sexual.

A restrição dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres reflete uma tentativa constante de cerceamento da autonomia feminina, comprometendo a plena manifestação dos direitos da

personalidade. Tais violações são diretamente influenciadas pelas relações de poder patriarcais que atravessam as instituições sociais e os serviços de saúde. Embora o arcabouço jurídico brasileiro — especialmente a Constituição Federal e o Código Civil — garanta a liberdade individual e os direitos da personalidade, a interpretação deturpada da Lei Federal n.º 9.263/1996, antes de sua alteração pela Lei Federal n.º 14.443/2022, foi utilizada para legitimar a exigência indevida do consentimento de companheiros e cônjuges para a inserção do Dispositivo Intrauterino (DIU), um método contraceptivo de alta eficácia e totalmente reversível, que não gera nenhum efeito colateral capaz de resultar na esterilização feminina. Essa exigência revela a perpetuação de influências patriarcais veladas que transferem para a figura masculina a decisão sobre escolhas individuais da mulher.

Neste cenário, a revogação do §5º do artigo 10º da Lei Federal n.º 9.263/1996 pela Lei Federal n.º 14.443/2022 representou um importante avanço à efetivação da autonomia das mulheres na seara dos direitos sexuais e reprodutivos, ao reconhecer que a escolha por métodos contraceptivos cabe exclusivamente à mulher, sem interferências externas.

Apesar deste e de outros avanços na seara legislativa, ainda persistem vestígios sociais da perpetuação da restrição de direitos e da subjugação das mulheres, especialmente no campo dos direitos sexuais e reprodutivos — com destaque para o planejamento familiar —, em razão da intrínseca relação do patriarcado com as instituições de poder, como a família.

Portanto, o presente artigo constata haver uma real necessidade de implementação e elaboração de políticas públicas e medidas normativas que além de garantir o acesso das mulheres aos métodos contraceptivos, também promovam a educação sexual e a autonomia feminina desde a juventude de maneira plena. O Estado Democrático de Direito deve trilhar um caminho amplo e contínuo para dismantelar as violências veladas que restringem os direitos das mulheres, visando à construção de uma sociedade verdadeiramente igualitária, na qual a equidade de gênero seja plenamente concretizada na prática.

REFERÊNCIAS

- ABBUD, Valderéz Deusdedit. A Ideologia Patriarcal como Fator de Reprodução da Violência. In: **Direitos das Mulheres: Igualdade, Perspectivas e Soluções**. Coordenação Alessandra Caligiuri Calabresi Pinto. 1. ed. São Paulo: Grupo Almedina, 2020. E-book. ISBN 9786556271248.
- AMORIM, Hélio Sales de. **A Importância da Utilização do DIU (Dispositivo Intrauterino) como Método Eficaz para Evitar a Gravidez Não Planejada**. Tese (Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Saúde da Família) – Faculdade de Medicina, Universidade Federal de São Paulo, 2019. Disponível em: <https://ares.unasus.gov.br/acervo/handle/ARES/25870>. Acesso em: 20 maio 2024.
- BAYER**. Gravidez não planejada atinge 62% das mulheres no Brasil. Bayer, 2022, meio digital. Disponível em: <https://www.bayer.com.br/pt/blog/gravidez-nao-planejada-atinge-62-mulheres-brasil>. Acesso em: 26 fevereiro 2025.
- BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo II: A Experiência Vivida**. Tradução de Sérgio Millet. 2. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967.
- BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero: Feminismo e Subversão da Identidade**. Tradução de Renato Aguiar. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. O Código Civil e o Direito da Personalidade. **Revista do CEPEJ**, v. 11, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/37603>. Acesso em: 20 maio 2024.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 set. 2021.
- BRASIL. **Lei n.º 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm. Acesso em: 28 fev. 2025.
- BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 28 fev. 2025.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.097**. Relator: Ministro Celso de Mello. Acompanhamento Processual, 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4542708>. Acesso em: 28 fev. 2025.
- CATANIO, Raiza Eloa Brambilla; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Da Impossibilidade de Retrocesso dos Direitos Humanos Básicos e de Personalidade: Um Recorte à Luz dos Movimentos Feministas. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 8, 2022.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero/>. Acesso em: 27 fev. 2025.
- CORRÊA, Sonia; PETCHESKY, Rosalind. Direitos Sexuais e Reprodutivos: Uma Perspectiva Feminista. Physis: **Revista de Saúde Coletiva**, v. 6, n. 1-2, p. 147-177, 1996.
- COSTA, Ana Maria; GUILHEM, Dirce; SILVER, Lynn Dee. Planejamento Familiar: A Autonomia das Mulheres Sob Questão. **Revista Brasileira de Saúde e Maternidade Infantil**, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1519-38292006000100009>. Acesso em: 20 maio 2024.
- DAMASCENO, Victoria. Seguros de Saúde Exigem Consentimento do Marido para Inserção do DIU em Mulheres Casadas. **Folha de S. Paulo**, 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/08/seguros-de-saude-exigem->

[consentimento-do-marido-para-insercao-do-diu-em-mulheres-casadas.shtml](#). Acesso em: 20 maio 2024.

FAUSTINO, Malena Aparecida. Medidas Institucionais na Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP) Relativas à Violência Contra a Mulher. Apud CATANIO, Raiza Eloa Brambilla; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. In: Da Impossibilidade de Retrocesso dos Direitos Humanos Básicos e de Personalidade: Um Recorte à Luz dos Movimentos Feministas. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 8, 2022.

FEDERAL, Conselho da Justiça. **IX Jornada de Direito Civil**: Comemoração dos 20 Anos da Lei n.º 10.406/2002 e da Instituição da Jornada de Direito Civil. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/enunciados-aprovados-2022-vf.pdf/view>. Acesso em: 20 maio 2024.

HEILBORN, Maria Luiza. **Gênero, Sexualidade e Saúde**. In: Saúde, Sexualidade e Reprodução – Compartilhando Responsabilidades. Rio de Janeiro: Editora da UERJ, 1997.

JUIZ DE FORA. Agora é Lei: Proibição da Solicitação de Consentimento do Companheiro para a Inserção de DIU, 2024. Disponível em:

<https://www.camarajf.mg.gov.br/www/noticias/exibir/13539/Agora-e-Lei---Proibicao-da-solicitacao-de-consentimento-do-companheiro-para-a-insercao-de-DIU.html>. Acesso em: 29 nov. 2024.

LIMA, Costa Lorena. **A Mulher e o Planejamento Familiar**: Uma Discussão Sobre Gênero. VI Encontro de Iniciação Científica da FA7, 2010, Fortaleza. 2010. Disponível em:

https://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi_encontro/A_mulher_e_o_planejamento_familiar_um_discussao_sobre_genero.pdf. Acesso em: 20 maio 2024.

MALZONE, Letícia Helena. A Mulher Casada e a Parábola do DIU. **Migalhas**, 2021.

Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/351679/a-mulher-casada-e-a-parabola-do-diu>. Acesso em: 20 maio 2024.

MARCON, Chimelly Louise de Resenes. O direito das mulheres a uma vida sem violência: uma construção dos direitos humanos. In: PINTO, Alessandra Caligiuri Calabresi (Coord.). **Direitos das mulheres: igualdade, perspectivas e soluções**. 1. ed. São Paulo: Grupo Almedina, 2020. E-book. ISBN 9786556271248.

MATTAR, Laura Davis. O direito reprodutivo das mulheres. In: FERRAZ, Carolina V. (Org.). **Série IDP – Manual dos direitos da mulher**. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. E-book. ISBN 9788502199255.

MELO, Delaine Cavalcanti Santana de; COSTA, Mônica Rodrigues; FERREIRA, Rebeca Viana. Planejamento familiar: gênero e significados. **Textos & Contextos (Porto Alegre)**, 2014.

Disponível em:

<https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/17277/12520>. Acesso em: 20 mai. 2024.

NASCIMENTO, Letícia. **Transfeminismo**: teorias e práticas. São Paulo: Jandaíra, 2021.

NEWMAN, Saul. Stirner e Foucault: em direção a uma liberdade pós-kantiana. **Verve**, 2005.

Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5339/3821>. Acesso em: 20 mai. 2024.

PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. Direitos sexuais e reprodutivos da mulher para além dos direitos humanos. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza: CONPEDI, 2010.

PINTO, Ana Rita da Costa. Mudanças relevantes na Lei do Planejamento Familiar, especialmente para mulheres. **Revista Consultor Jurídico**, pub. 29 set. 2022. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2022-set-29/costa-pinto-mudancas-relevantes-lei-14443/>. Acesso em: 20 mai. 2024.

DIU E O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR: A DESIGUALDADE DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DAS MULHERES

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero, patriarcado, violência**. 1ª ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SCHIOCCHET, Taysa; ARAGÃO, Suéllyn Mattos de; HAKENHAAR, Paola; SILVA, Débora Simões da. *O extemporâneo e o inconstitucional da exigência de consentimento do cônjuge para esterilização cirúrgica*. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 16, n. 47, p. 277-301, jul./dez. 2022.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**: revista e atualizada. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. ISBN 9788522493449.

SILVA, Sérgio Gomes da. Direitos humanos: entre o princípio de igualdade e a tolerância. **Revista Praia Vermelha**, v. 19, n. 1, Rio de Janeiro, 2010.

TELES, Simony Leão de Sá. **Esterilização voluntária e autonomia reprodutiva da mulher casada, no exercício do planejamento familiar: um direito fundamental da personalidade**.

Tese (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/33326>. Acesso em: 20 mai. 2024.

VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. UNFPA, Brasília, 2009.

Como citar este artigo:

SCHMIDT, Bruna Fernandes Hoffmann; LONDERO, Milena Cramar. DIU e o livre planejamento familiar: a desigualdade dos direitos de personalidade e os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. **Revista Eletrônica do CEJUR**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 62–82, 2025. DOI: 10.5380/cejur.v3i2.97725.

ESTADO, PODER E SOCIEDADE: INTERFACES ENTRE HERMANN HELLER E MICHEL FOUCAULT

STATE, POWER AND SOCIETY: INTERFACES BETWEEN HERMANN HELLER AND MICHEL FOUCAULT

Fernanda Fiori Barvick¹

Larissa Pereira Barbosa²

Resumo: O desenvolvimento da sociedade perpassa pelo estabelecimento de formas de Estado e do exercício do poder. Diversas foram as teorias concebidas ao longo da história para justificar a existência e o fundamento do Estado e das formas de poder dele externadas. Dos teóricos clássicos aos estudados neste breve estudo, Hermann Heller e Michel Foucault, apresentaram seus fundamentos e justificativas metodológicas. O que se pretende é examinar a concentração do poder com o surgimento da figura estatal, sua forma de exercício e os fundamentos que o fazem subsistir até os dias atuais.

Palavras-chave: Estado; Poder; Dominação; Relações Sociais.

Abstract: The development of society involves the establishment of forms of state and the exercise of power. Throughout history, various theories have been conceived to justify the existence and foundation of the state and its forms of power. From classical theorists to those studied in this brief study, such as Hermann Heller and Michel Foucault, their foundations and methodological justifications are presented. The aim is to examine the concentration of power with the emergence of the state figure, its mode of exercise, and the foundations that sustain it to this day.

Keywords: State; Power; Domination; Social Relations.

Sumário: Introdução. 1. O Poder e a constituição do Estado: breve retrospecto histórico. 2. Hermann Heller: O Estado como Organização de Poder Legítimo. 3. Michel Foucault: O Poder Difuso. Considerações finais. Referências.

¹ Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo programa de Pós-graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil (Unibrasil/PR), fernanda.f.barvick@gmail.com, ORCID: 0009-0000-6312-1916.

² Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Programa de Pós-graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil (Unibrasil/PR), na condição de Bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP/CAPES), larissa.pereira@live.com, ORCID: 0000-0002-1817-8961.

INTRODUÇÃO

A construção e evolução do Estado têm sido objeto de um amplo e profundo debate teórico ao longo da história. Desde os pensadores clássicos como Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Montesquieu até os teóricos contemporâneos, a compreensão do Estado, suas origens e fundamentos, bem como a legitimidade e formas de exercício do poder, tem sido continuamente reavaliada e desenvolvida.

A emergência do Estado como uma instituição autônoma de centralização do poder visou estabelecer a segurança jurídica e a ordem em um território e seu povo, corresponde ao conceito que se consolidou na Era Moderna.

O termo "Estado", embora utilizado desde períodos anteriores, adquiriu uma definição mais estruturada com o avanço das teorias políticas e jurídicas. A evolução do conceito de Estado pode ser rastreada desde a *pólis* grega, passando pela administração e codificação legal do Império Romano, até a fragmentação do poder durante a Idade Média e a subsequente centralização absolutista do Renascimento. A Revolução Francesa de 1789 representou um ponto de inflexão significativo, ao redefinir a soberania como expressão da vontade popular e estabelecer os fundamentos do Estado moderno constitucional. O desenvolvimento do Estado é, portanto, uma narrativa de transformação e adaptação contínua, refletindo as mudanças sociais, culturais e políticas ao longo do tempo, e, de concentração do poder.

O presente artigo pretende, então, apresentar um breve retrospecto da constituição e formas de Estado ao longo da história, bem como apresentar os modelos desenvolvidos nas teorias Hermann Heller e Michel Foucault.

A metodologia adotada para a pesquisa é o método hipotético-dedutivo, por meio da qual se analisam os conceitos basilares dos referenciais teóricos, buscando correlacioná-los. A técnica de pesquisa, por sua vez, foi feita por meio de pesquisa bibliográfica e legislação aplicáveis.

1. O PODER E A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO: BREVE RETROSPECTO HISTÓRICO

Ao longo da história diversas foram as teorias desenvolvidas para conceituar o Estado, sua origem e fundamento, a forma e legitimidade no exercício do poder. Dos pensadores clássicos Hobbes, Locke, Rousseau e Montesquieu aos modernos, todos buscaram tecer uma própria e particular Teoria do Estado.

A organização e centralização do poder em uma instituição autônoma - o Estado - como sabido, é de origem moderna e tinha como objetivo a constituição da segurança jurídica no exercício do poder, em determinado povo e território. O poder, como se sabe, é objeto de disputas ao longo da história, também as teorias acerca da forma do seu exercício foram elaboradas por outros teóricos.

Em termos conceituais, o termo Estado já era utilizado mesmo antes da constituição moderna hoje prevalecente. O escritor Thomas Vesting (2024) neste sentido, afirma,

No século XVI, o termo *stato* podia referir-se a uma região da cidade e ao Estado de coisas ali vigente, ou, de modo geral, ao governo de uma cidade-república, ou, de modo particular, ao poder governamental, sempre constituído com base no Direito, e à função a este atribuída de garantir a paz. Nicolau Maquiavel, filósofo político italiano, já no primeiro parágrafo de O Príncipe (1532), usa o substantivo “Estado” no sentido de poder e violência estatal. “*Todos os Estados (stati), todos os reinos, que detinham e detêm poder (império) sobre pessoas eram e são repúblicas ou principados*”.

Estado, portanto, é conceito que, aprimorado ao longo da história, pode referir-se não só a localização geográfica, mas a autoridade titular do exercício do poder, o “soberano”. Isto porque, na teoria de Niklas Luhmann, rememorada por Byung-Chul Pan (2019, p. 12/19) o poder é tidoum “catalisador” para o desenvolvimento da teoria estatal. Neste sentido,

Catalisadores aceleram a ocorrência de acontecimentos, ou influenciam no andamento de determinados processos, sem que, com isso, se modifiquem. Desse modo, fazem com que se “ganhem tempo”. Nesse sentido, o poder também atua de maneira produtiva. O Estado se desenvolve, portanto, como produto do exercício do poder e na tentativa de imposição de vontades de seus detentores.

(...)

Luhmann sabe bem que o exercício de poder como “processo de seleção” é “dependente da estrutura do sistema”. O sistema gera uma constelação determinada de possibilidades de ação, no interior da qual se encontra uma comunicação de poder. O poder é, assim, uma “seleção dependente da estrutura”.

A concentração do poder na figura do Estado, ao longo da história, representou também a monopolização da violência física e a criação da legítima sanção pública. Teorias ao longo da história também nos são apresentadas para fundamentar a transferência dos *status libertatis* do sujeito para o ente público Estado.

Anteriormente a sua constituição formal, daquilo que contemporaneamente se identifica com Estado, nos pequenos povoados já havia poder e disputas de poder e, portanto, autoridade regulando este poder. A autoridade poderia ser um chefe de tribo, um líder identificado por seus pares, por exemplo, inicialmente com fundamento religioso. As disputas entre povoados e as dominações e guerras constantes, ao longo da história, levaram a constituição do modelo de Estado moderno, como medida de proteção e segurança, inicialmente patrimoniais, mais tardiamente, pessoais.

Na antiguidade, a Grécia introduziu o conceito de cidade-estado (*pólis*), com formas variadas de governo, como a democracia em Atenas. Isso trouxe o início da participação política

formal dos cidadãos e influenciou a ideia de governo baseado em leis e regras. Neste sentido, afirma Thomas Vesting (2024),

Os atenienses entendem por cidade-Estado (polis) a comunidade de cidadãos que se autogoverna (que não é governada de fora) e a adesão nela existente. Em contrapartida, nem a cultura grega, nem a cultura romana de cidade conheciam um corpo com personalidade e subjetividade jurídica próprias, que seria substituído pelas casas de uma cidade e pelos cidadãos que habitam essas casas.

Ainda que o embrião da República estivesse sendo desenvolvida naquela região, tal como também registrado por Platão em seu livro a República, em um viés mais filosófico e busca pelo bem-comum coletivo, os conceitos de Estado que hoje são conhecidos ainda não haviam se delineado.

A ideia de centralização do poder por um governante e representante de uma determinada sociedade foi apresentada inicialmente pelo Império Romano. O Estado se tornou mais centralizado sob o domínio dos imperadores, as ideias de administração e codificação legal continuaram a se expandir, já que os romanos foram primorosos na codificação de seu direito e suas normas (Vesting, 2024).

Na Idade Média, a ideia de Estado era fragmentada entre senhores feudais e a Igreja Católica, com pouca formalização jurídica unificada ao nível nacional. Não obstante, permanecia a ideia de concentração do poder na figura do soberano. O Estado se volta a figura do monarca, o direito são as normas por ele pregadas e prevalecem as relações de vassalagem e suserania. Conforme ensinam Bruno Menezes Lorenzetto e Jonas Fleituch de Mello (2011, p. 124),

A formação dos Estados, no decorrer da Idade Média, implicou em uma estatização da guerra; restando que esta fosse se apagando gradativamente do corpo social para passar às mãos do Estado, o qual concentrou em si o monopólio da guerra e da violência em suas formas legítimas. Por essa razão, a guerra foi transformada em profissão dotada de uma tecnologia de funcionamento própria, com o escopo de controlar e limitar a atividade militar.

Foi durante o Renascimento e no início da Era Moderna, que o conceito de Estado começou a se delinear com a centralização do poder absolutista e a influência da Igreja, contexto no qual, importantes teorias foram desenvolvidas.

A metáfora do Leviatã, usada por Hobbes em seu livro (1651), por exemplo, afirma que o homem é naturalmente egoísta e que, para entrar no estado de sociedade, ele deve renunciar ao seu estado de natureza primário. O estado de natureza, portanto, é permeado pelo conflito. Diante desse cenário, defende que os indivíduos, em busca de segurança e paz, concordam em submeter-se a uma autoridade soberana, o "Leviatã". Esse soberano, seja um monarca ou uma assembleia, teria poder absoluto, necessário para garantir a ordem e a proteção dos cidadãos. A centralização do poder no soberano e a busca pela paz, fora do estado de natureza, que garantiria a segurança ao súdito, é fundamento da teoria do contrato social deste autor (Brilhardori, 2017, p. 75).

A ideia de um contrato social como fundamento do Estado, foi objeto de estudo de Jean-Jacques Rousseau, em livro publicado em 1762. Aduz o autor que o estado de natureza é caracterizado por uma situação de relativa tranquilidade, onde os seres humanos conseguem suprir suas necessidades com pouco esforço e mantêm poucas interações com os outros; diferente do que afirma seu predecessor. Lado outro, os conflitos começaram com o surgimento da propriedade privada. De modo que, a solução para esses problemas seria a criação de um contrato social, em que os indivíduos renunciam a suas liberdades naturais para garantir a liberdade civil e a igualdade em uma comunidade, isto é, em comum acordo e pela vontade geral (Marques, 2010. p. 100).

Aliás, a constituição de Estado Moderno como concebida no ocidente, ressaltadas as particularidades inerentes à cada conformação, decorre precipuamente da Revolução Francesa de 1789, que procurou estabelecer um governo não monárquico e a alterou o conceito de soberania para a expressão da vontade popular, que afirmava que o poder político deveria emanar da vontade coletiva dos cidadãos, e não de uma única autoridade ou dinastia.

A Revolução também apresentou conceitos fundamentais como os direitos humanos e a cidadania e consolidou a tripartição dos poderes como especialização do exercício das funções estatais (daqueles conhecidos da doutrina de Montesquieu), entre outros fundamentos importantes do Estado Moderno. Conforme ensina Miguel Reale (2013, p. 44),

A história do Estado Moderno é, de maneira particular, uma história de integrações crescentes, de progressivas reduções à unidade. Verifica-se essa integração em múltiplos sentidos que a análise minuciosa a muito custo consegue individualizar. Surge, historicamente, pelo alargamento dos domínios das monarquias absolutas por meio de guerras intermináveis, de atos felizes de diplomacia, de casamentos e laços de parentescos, de compras, cessões e trocas de territórios, de golpes de audácia de políticos e de frios cálculos de mercadores; pela consolidação das coroas reais relativamente às pretensões dos cetos e das tiaras; pela supressão das prerrogativas baroniais, dos entraves corporativos e das franquias das comunas; pela fixação de fronteiras que se consideram intocáveis, sagradas como os lindes da propriedade quiritária; pelo predomínio de um dialeto que se torna o idioma oficial, consagrado pela literatura das artes e das ciências; pelo intercâmbio mercantil que transborda dos limites municipalistas até colher em suas redes de interesses a todos os habitantes de um reino; pela constituição de um aparelhamento administrativo correspondente aos interesses que se cruzam e se alargam exigindo a certeza e a segurança de um Direito objetivo único; pelos exércitos que se adestram como elementos garantidores desses interesses e desses direitos; pelo primado da lei sobre o primitivo direito consuetudinário que era pluralista e regional por excelência; pela unificação progressiva da jurisdição segundo o imperativo do princípio fundamental da igualdade de todos perante a lei; pela formação de uma raça histórica surgida dos cruzamentos étnicos seculares; pela elaboração de uma consciência de individualidade nacional, feita de tradição, de lembranças de fatos militares e de conquistas gloriosas na arte e na ciência, de reveses que não raro unem mais que as vitórias, de sentimentos que as famílias acalentam desde o berço e a vida robustece no choque dos contrastes e das lutas.

A constituição do Estado Moderno é, portanto, o resultado de lenta e gradual aprimoramento histórico, cultural e político, delimitado pelas condições próprias de cada região e a conformação conforme os eventos vivenciados. Surge inicialmente com um território de que um

povo se declarou proprietário e, que se proclamou independente perante outros povos e pelo poder que organizou para sua independência. Emana daí, o conceito de soberania, como atributo do Estado. (Reale, 2013, p. 44).

O modelo de Estado moderno, cujos elementos fundamentais se consolidaram na contemporaneidade, especialmente no período pós-Segunda Guerra Mundial, é caracterizado pela adoção de um regime constitucional. Neste contexto, a Constituição assume o papel de documento jurídico máximo, estabelecendo a organização estrutural do Estado, bem como prevendo um conjunto mínimo de direitos dos cidadãos e deveres prestacionais atribuídos ao próprio Estado.

Esse modelo foi concebido visando assegurar a limitação do poder, a separação das funções governamentais e a proteção das liberdades e direitos individuais. Além disso, o Estado moderno constitucional é fundamentado no princípio do Estado de Direito, segundo o qual todas as ações do governo e das políticas públicas devem ser conduzidas conforme as normas legais, garantindo que ninguém, nem mesmo os governantes, esteja acima da lei. Tal princípio serve como um mecanismo de proteção das garantias e dos direitos fundamentais dos cidadãos (Silva, 2012, p. 112).

O desenvolvimento do Estado, como acima aludido, também perpassa pela tentativa de controle e centralização do poder, seja em uma pessoa que o exerce - Governante e quem lhe o faça às vezes, seja pelo meio que o fará - o Direito. Estado e Poder, portanto, são conceitos que, embora diferentes, estão ligados em suas atribuições.

Miguel Reale (2013, p. 84), neste aspecto, destaca a existência de uma dialética essencial entre direito e poder, na qual o poder se subordina ao direito quando se opta por uma das soluções normativas possíveis, com base nos valores e fatos que condicionam essa decisão. Condição a qual denomina *jurisfação do poder*. Neste sentido,

O anarquismo, a ausência de poder, não é somente um erro como doutrina de realização imediata, mas é erro também como tendência, como indicação de uma realidade remota, ainda que indefinidamente remota, para a qual a humanidade marchasse pela força natural das cousas. O que a história nos mostra não é o aniquilamento do poder, e, sim, a sua jurisfação progressiva, a translação contínua do poder do plano da força bruta para o plano do Direito da Ética; não a sua identificação com o Direito, mas a sua correspondência com ele.

Para ele, portanto, Poder e Direito se desenvolvem em íntima relação, já que o próprio desenvolvimento social é marcado por lutas, de classe, sociais, choque de interesses, contrastes de vontades e de opiniões e repetidas rupturas de ordem e paz. Não obstante, o exercício e a criação de um perpassem pela observância do outro.

Existem teorias, a contrário *sensu*, que concebem a criação do Estado alheia ao poder. Na teoria de Léon Duguit, como rememora Miguel Reale, o autor rejeita a noção de soberania como um direito, aceitando-a como um fato do poder, ou seja, como a mera constatação de que existem

indivíduos que conseguem ser obedecidos por outros. Para ele, o poder governamental independe de uma justificação, pois é um produto da evolução social. O Direito, por sua vez, elaborado à parte do Estado, impõe-se ao Governo pela própria natureza das coisas (Reale, 2013, p. 75-77). O administrativista francês concebe o Estado, portanto, em um sistema de serviços públicos e órgãos constituídos a determinadas finalidades; que segundo ele, tem funções e não poder. Mas esta teoria, é de se dizer, também representa afirmação da negação da soberania como princípio jurídico, portanto, antiestatal.

A concepção da existência do Estado, separado da ideia de poder centralizado, também é trabalhada contemporaneamente por João Féder (1997, p. 21), que afirma,

É verdade que o Estado Moderno esforçou-se em legitimar o poder e múltiplas inovações foram introduzidas - a principal delas o chamado sufrágio livre e direto - mas, bem observado, os governantes apenas “douraram a pílula”, fazendo algumas concessões aos governados, sem, entretanto, jamais abrir mão do principal, o poder. (...) É inegável que através da história o Estado tem sido tratado como se fosse titular absoluto, o que, contudo, significa, uma invasão dos mais legítimos princípios da moderna ciência política.

A crítica tecida por João Féder, é que se o Estado é criação artificial da vontade dos indivíduos, pode e deve ser adaptado permanentemente às conveniências do corpo social, portanto, não é mais (Estado) titular absoluto do poder que se julgava necessário na sua criação, porquanto se baseava fundamentalmente na força. Na reconstrução de um novo modelo/conceito de Estado, afirma Féder (1997, p. 194),

Um Estado que mantenha integral afinidade com seus membros, despidido de poderes desnecessários ao atendimento do interesse público, liberal por princípio e mínimo em suas ações, já que limitada a atuar em áreas onde a sua presença seja absolutamente necessária e para agir nos estritos limites das ações que lhe são próprias.

Não é demais meditar um pouco sobre a última afirmativa: a sociedade pode não estar suficientemente esclarecida para exercer o poder de que é titular. Ainda assim, a melhor alternativa não é fazer poderoso o Estado, mas ao reverso, tornar essa sociedade esclarecida para que adquira as condições de se manter senhora do poder, como ambicionava Althusius, já em 1600: “a soberania reside necessariamente no povo e jamais poderia passar às mãos de uma classe governante” (Féder, 1997, p. 214).

O povo é titular do poder, em verdade, não enquanto poder, mas enquanto direito, o que quer dizer que se o poder fosse riscado das relações humanas, de justiça, ninguém teria nada a perder, bem ao contrário (Féder, 1997, p. 215).

A adaptabilidade do Estado ao contexto social, portanto, é imprescindível. Em sua concepção, portanto, o Estado não só tem poderes, mas funções que devem ser cumpridas. Neste cotejo, a assunção das funções pelos governantes representa apenas a delegação por parte dos governados (Féder, 1997, p. 196). O poder, portanto, deve ter como primado a titularidade do povo, e não do Estado, que apenas o exerce por delegação.

Afinal, como se pode conceituar o Estado hoje?

O já citado Miguel Reale (2013) nos apresenta um conceito tradicional, segundo o qual o Estado, de maneira geral, é a sociedade juridicamente organizada, isto é, organizada para a satisfação das aspirações individuais e coletivas, o que se exprime também dizendo-se: “*é a institucionalização do poder para a realização do bem comum*”.

Noutro sentido, Dalmo de Abreu Dallari (2007, p. 47), ressalta que não existe um conceito uniforme, seja pela divergência entre os próprios teóricos da Teoria do Estado, seja pela recusa de um conceito fechado que não, seja construído por princípios informativos e/ou capaz de criar consenso de que todos aceitem como “científico”. A par disso, elenca que o primeiro desafio da conceituação é a necessidade de se conceber o Estado como totalidade, procurando localizar seus elementos centrais, independente dos aspectos particulares inerentes a cada formação histórica. Traz o autor, no entanto, como elementos indispensáveis a construção de um conceito de Estado, a concepção de ordem jurídica soberana, com fim geral de promover o bem comum de seu povo, isto é, a serviço da sociedade que o conforma; além de atuar sobre determinada localização espacial, o território. (Dallari, 2007, p. 50-51).

Destarte, da difusão do poder, à centralização do poder em uma figura e depois em uma autoridade autônoma - o Estado - a um novo modelo difusão do poder e sua limitação para o exercício das funções delegadas, é o caminho para o qual caminham, ao longo da história, o desenvolvimento do Estado correlato ao exercício do poder. Não raro existam, sociedades que se amoldem a este modelo, há outras, autoritárias e ditatoriais, em que o poder é concentrado nas mãos de alguns poucos e que inexistem funções e/ou possibilidade de decidir.

Esta discussão inicial é importante para rememorar a forma pela qual o modelo de Estado hoje consolidado se constituiu e o quanto foi objeto de extensa discussão teórica e jurídica ao longo dos séculos. Não se pretende exaurir neste breve estudo as diversas teorias desenvolvidas, ao que sequer se tem espaço. As discussões sobre a constituição do Estado enquanto organização do Poder em Hermann Heller e o exercício do poder paralelo ao Estado, conforme delineado por Michel Foucault, objeto deste estudo em específico, serão tratadas nos próximos tópicos.

3. HERMANN HELLER: O ESTADO COMO ORGANIZAÇÃO DE PODER LEGÍTIMO

Hermann Heller, teórico alemão do século XX, desenvolveu uma teoria em que o Estado é objeto da realidade social e se desenvolve em uma relação entre o sujeito e a coletividade, como no método dialético-hegeliano.

Trata-se de uma teoria crítica ao cientificismo de Kelsen e ao modelo estabelecido com a fundação do II Reich Alemão, em que predominava a visão positivista do direito e o conceito de Estado estava fundado na conjugação de três elementos - povo, território e poder.

Kelsen, teórico deste segmento, defendia em seus estudos um método cientificista do direito, que o afasta da realidade social, os fundamentos deste estudo foram apresentados no livro

Teoria Pura do Direito de 1934. Para ele o Estado é uma ordem jurídica relativamente centralizada, o que significa uma compreensão formalista, de que Estado e Direito são conceitos correspondentes. Enfatiza, deste modo, a necessidade de separar o direito das influências sociais, políticas e morais para uma análise mais objetiva e científica. Conforme explana Luiz Eduardo Motta (2011, p. 10),

Embora Kelsen reconheça uma grande dificuldade em definir conceitualmente o termo Estado, devido às diferentes acepções que esse conceito tem recebido pelas mais distintas correntes do pensamento sociopolítico moderno, a seu ver o Estado só poderia ser explicado de modo mais preciso pelo ponto de vista puramente jurídico. Em outras palavras, o Estado teria de ser visto como um fenômeno jurídico, uma pessoa jurídica que representasse a comunidade como uma ordem jurídica nacional, em contraposição a outras ordens jurídicas de caráter internacional.

Heller, em sentido contrário, entende que esse conceito representa uma visão mecanicista do papel do Estado e como ele se organiza, o desconectando da realidade social. Ele rejeitava tanto a visão puramente legalista do Estado, que o limitava às suas instituições formais, quanto a visão marxista, que o reduzia a um mero instrumento da classe dominante. No mesmo sentido, é que explana Miguel Reale (2013, p. 344),

A soberania é, pois, uma qualidade do ordenamento jurídico, expressão da unidade e da validade objetiva do sistema gradativo de normas com o qual o Estado se identifica. Em contraposição a esse normativismo puro, coloca-se Heller, procurando arrancar o Direito do mundo dos arquétipos e das formas, e devolvê-lo ao mundo das realidades da vida coletiva, em função dos motivos de ordem ética e material e das exigências do espaço e do tempo.

(...) Segundo Heller, a idéia de poder e de vontade, ou melhor, de poder de vontade, não pode ser relegada para fora da esfera jurídica.

A formação do Estado para Heller, portanto, está intimamente ligada com o sujeito, que transforma a realidade e assim, conforma a unidade estatal. Para tanto, ele resgata um conceito de ciência política mais amplo e, propicia que sejam desenvolvidas leituras do Estado inseridas na realidade social, no contexto em que não se isola a Teoria do Estado com o cientificismo, mas o insere na realidade política. Afirmo o autor,

O Estado não é um objeto estranho ao sujeito que interroga, alguma coisa que, de tempos em tempos, se ache “à sua frente”, ao contrário, o que constitui a essência de tal relação é a identidade dialética do sujeito e de objeto. (Heller, 1968, p. 45)

A conexão sistemática pela qual a Teoria do Estado, como ciência, tem que ordenar os seus conhecimentos, não pode, pois, ser a de uma concatenação lógica. A construção e a articulação dos seus resultados serão determinadas, preferentemente, e até onde seja possível, pelo objeto, isto é, pela relação que guardam os fatos concretos com a estrutura do Estado. (Heller, 1968, p. 49)

A Teoria do Estado em Hermann Heller, deve, pois, ser compreendida como ciência cultural (sociologia) e não ciência natural. Na visão do autor, a cultura aparece como inserção de fins humanos na natureza (Heller, 1968, p. 60), o homem, portanto, é ser natural (objeto) e não método de estudo; o homem é ser cultural que transforma a realidade, por conseguinte, o Estado. Tal premissa se deduz da afirmativa do autor “O Estado não é, pois, outra coisa senão uma forma de vida humano-social, vida em forma e forma que nasce da vida”.

Por realidade social, lado outro, se deve compreender que é efetividade humana, realidade efetuada pelo homem. A capacidade de transformar a realidade é característica esta que atine ao homem enquanto sujeito social, mas ativo e não subjetivamente (Heller, 1968, p. 93). Sujeito social atuante em grupos, organizações, associações e na coletividade, tem a capacidade de transformar a realidade. Esta realidade é moldada por condições naturais, culturais e geográficas, por exemplo. Neste sentido, é que também ensina Miguel Reale (2013, p. 37),

O Estado é uma realidade cultural, isto é, uma realidade constituída historicamente em virtude da própria natureza social do homem, mas isto não implica, de forma alguma, a negação de que se deva também levar em conta a contribuição que consciente e voluntariamente o homem tem trazido à organização da ordem estatal.

(...)

Prevalece, em suma, a convicção de que a Teoria do Estado é forma de saber que se não contém no âmbito da Jurisprudência, envolvendo perguntas que pressupõem dados de caráter sociológico, axiológico e normativo, o que exige métodos aderentes à realidade social e histórica.

O Estado pode ser visto como uma entidade viva e em constante mudança, que consegue unir diversas forças sociais em uma estrutura jurídica e normativa. Não é mera ficção jurídica e/ou ente abstrato distanciado da realidade social. Em essência, ele é o meio pelo qual a sociedade se organiza politicamente para alcançar objetivos comuns. Isso inclui a criação de um sistema legal que regula como indivíduos e grupos interagem entre si - o Direito. O que torna o Estado único em comparação com outros grupos territoriais é sua soberania, ou seja, sua capacidade exclusiva de tomar decisões e agir. Dentro de seu território, todas as unidades de poder têm a autoridade para fazer cumprir suas decisões e, se necessário, usar força física para isso (Souza, 2017, P. 1.193).

Não obstante, se considere a soberania como atributo do Estado, a atividade estatal pode não estar limitada ao seu espaço geográfico, a existência de um território/fronteiras, é apenas um dos elementos que configuram a existência do Estado. É dizer, ainda que possam existir fronteiras naturais, o que se entende por território físico, deve se considerar que as fronteiras sejam delimitadas por suas ações, que representam as fronteiras políticas e o uso do poder bélico, por exemplo, que podem transpassar as fronteiras físicas.

No mesmo sentido é o conceito de povo, que para Heller, integra o conceito de Estado. Este atributo está ligado mais à ideia de nacionalidade do que às questões geográficas. A formação natural do povo está ligada as questões da raça, ou seja, características hereditárias, nacionalidade. Já a formação cultural se daria pelo estabelecimento de vínculos a partir da união de pessoas por questões religiosas, políticas, culturais, por exemplo. Ou seja, não seria a "raça" que forma o Estado e sim sua formação cultural (Pasold, 2020). Isto é, para cada grupo racial físico existe uma "alma racial" correspondente, ou seja, um conjunto de características mentais e espirituais específicas.

Essas características não são vistas em termos de oposição (como em uma dialética) ou divisão rígida (como uma dicotomia), mas como formas próprias e únicas de se manifestarem no

campo político e estatal. Em outras palavras, a "alma racial" de cada grupo físico definiria como ele age politicamente, influenciando seus valores, decisões e comportamentos no contexto de governança e organização social.

Em um contexto Moderno, o Estado pode também ser considerado uma entidade pública que se organiza por um documento fundamental (Constituição), escrita e fechada, que, além de direitos individuais, regula a atividade estatal. Igualmente, tem como características a codificação de normas jurídicas (positivismo) e a aplicação dessas normas por uma classe especial de juristas, tornando a jurisdição universal e previsível, bem como legitimando e concentrando no Estado o exercício do poder físico (Heller, 1968, p. 225-318). Não é demais afirmar que a Constituição também exerce função de limitação do exercício do poder, mediante a criação consciente de normas em busca de uma normalidade e previsibilidade cada vez mais ampla nas relações sociais (Boas, 2023, p. 347).

O Direito também é elencado pelo autor como um elemento de unidade estatal, em que pese seja construído e moldado em uma realidade histórica, pois dotado de autoridade (exigência) e coação dos sujeitos à conduta de dever-ser nele positivada (Boas, 2023, p. 224). O Estado é, portanto, fonte de validade formal do direito, cuja aplicação e fiscalização vem assegurada por seus órgãos e agentes (Boas, 2023, p. 227); não obstante, possa haver direito à margem estatal, criado e conformado pela própria realidade social.

O Estado tem o monopólio da força, na teoria desenvolvida por Heller, isso é tido como necessário para manter a coesão social. A legitimidade do Estado e do poder por ele exercido, entretanto, dependem da capacidade de agir de acordo com princípios de justiça e promover o bem-estar da sociedade. Quando o uso da força é respaldado pelo direito, ele se torna uma ferramenta de garantia da ordem e da paz social. Assim, o Estado deve ser visto não apenas como um aparato de coerção, mas como uma entidade que ganha legitimidade através do consentimento dos governados e da sua capacidade de promover o bem-estar social. Marco Anthony Stevenson Villas Boas afirma ainda,

O gênero próximo do Estado é, pois, a organização, a estrutura de efetividade organizada de forma planejada para a unidade da decisão e da ação. A diferença específica, relativamente a todas as outras organizações, é a sua qualidade de dominação territorial soberana.

O Estado é soberano unicamente porque pode adotar a sua ordenação de uma validade peculiar frente a todas as outras ordenações sociais, isto é, porque pode atuar sobre os homens que com seus atos lhe dão realidade de maneira muito diferente da maneira como fazem outras organizações (Boas, 2023, p. 282).

O Estado, portanto, é a organização legítima do poder, que não pode estar dissociada da realidade histórico-cultural que a forma, nem de seus cidadãos. Ao revés, tem em seu fundamento de legitimidade a busca pela realização dos valores coletivos e individuais, garantida pela capacidade organizacional e pela coação, isto é, a obrigatoriedade nas decisões por ele adotadas. Portanto, se

diferencia dos demais grupos de dominação por seu caráter de unidade soberana de ação e decisão (Boas, 2023, p. 281-285).

Estabelece-se por esta teoria que o Estado seja a organização com conexão real e efetividade social, não como entidade meramente abstrata e jurídica, ditadora do dever-ser. É ente que moldado pelas relações dos indivíduos, com eles, está em constante diálogo e transformação. Assim como está do Direito.

E o poder? O poder, deve ser exercido para refletir os interesses e o consentimento dos governados, e não apenas como um meio de imposição autoritária e de vontade política, já que é o que permite a criação de uma ordem jurídica estável e eficaz. Sem esse poder, o Estado seria incapaz de estabelecer regras e garantir a sua aplicação, o que é essencial para a convivência harmoniosa e para a realização dos objetivos coletivos da sociedade. Afirma, assim, que o poder do Estado deve ser, do ponto de vista do Direito, o poder político supremo, de modo a garantir a soberania do Estado (Boas, 2023, p. 292).

A Teoria do Estado de Herman Heller, portanto, oferece uma visão dinâmica e complexa do Estado, reconhecendo-o como uma entidade social e histórica que opera em um contexto de constante mudança e conflito. Em síntese, o Estado deve ser dotado de capacidade constante de adaptação as evoluções histórico-sociais. As ideias de Heller continuam a influenciar o pensamento político e jurídico, especialmente no que se refere à importância de combinar a teoria jurídica com uma compreensão concreta das realidades sociais e políticas.

4. MICHEL FOUCAULT: O PODER DIFUSO

Michel Foucault (1926-1984), entre outras titulações, foi um filósofo francês do século XX e professor no Collège de France de 1970 a 1984, responsável pelo desenvolvimento de uma teoria crítica sobre o uso do poder e do conhecimento como formas de controle e dominação por meio de instituições sociais, como a prisão e o manicômio, por exemplo. Seus escritos, que também se consubstanciaram na gravação de suas aulas e cursos ministrados na França e alguns deles no Brasil, resultaram na publicação de livros temáticos sobre os debates por ele apresentados ao longo de sua jornada acadêmica.

Foucault apresenta uma visão contraposta do poder em relação a Heller. Para Foucault, o poder não é algo que emana de uma única fonte, como o Estado, mas algo que está presente em todas as relações sociais. O poder, para ele, não é centralizado, mas sim difuso, operando em uma rede complexa de relações entre indivíduos, instituições e saberes.

Um dos conceitos-chave na obra de Foucault é a relação entre poder e conhecimento. Para ele, o conhecimento é uma ferramenta de poder. A ciência, a medicina, a psiquiatria, entre outras disciplinas, são vistas como formas de exercer controle sobre os corpos e mentes dos indivíduos, moldando comportamentos e impondo normas.

Em a Verdade e as Formas Jurídicas, o autor afirma que o conhecimento não tem origem, ele foi inventado e não está inscrito na natureza humana, mas é resultado do jogo, do afrontamento, da junção, da luta e do compromisso entre os instintos, que ao se confrontarem, formam o conhecimento (Foucault, 2013, p. 25). Conclui: “(...) o conhecimento não é instintivo, é contra instintivo, assim como ele não é natural, é contranatural” (Foucault, 2013, p. 26). Na relação entre o conhecimento e seu objeto de investigação, ocorre, portanto, uma relação de violência, poder e dominação.

Em Defesa da Sociedade, em aula ministrada no dia 07 de janeiro de 1976, o autor discorre sobre os saberes sujeitados, aqueles não considerados por ausente o rigor científico, trata-se dos saberes tradicionais. Desta constatação é que decorre, na concepção do autor, o conceito de genealogia, isto é, o acoplamento dos conhecimentos eruditos e populares, que permite a construção de um saber histórico das lutas.

Trata-se de uma insurreição dos saberes, a medida em que este conhecimento também deve ser observado, com objetivo de que os saberes locais também intervenham na construção histórica do discurso que se pretendia unitário, contra uma institucionalização dos discursos científicos, isto é, dessujeitar os saberes históricos e torná-los livres, isto é, capazes de oposição e de luta contra a coerção do discurso unitário (Foucault, 2010, p. 9). Neste aspecto, ensina Marcos Augusto Maliska (2022, p. 124),

Fazer a genealogia do direito é desvelar o verdadeiro direito que existe e regula a existência das pessoas e das coisas. Significa recuperar a ideia de direito vivo em constante interação com o seu mundo, que não se prende em uma norma fixa, formulada em outros momentos históricos, sob outras circunstâncias. Fazer a genealogia do direito é desvelar as relações de dominação que encobrem sob o manto do direito, dominação essa que não está livre do próprio conceito de pluralismo jurídico, pois em algum grau sempre haverá uma diferença não considerada. Trata-se da consciência desse olhar sobre o microcosmo, do singular, do particular, da leitura de algo a partir de uma outra perspectiva, não contada, não vista.

A genealogia do direito, portanto, busca compreender o que está para além da norma positivada, sua origem e seus impactos nas relações sociais, no pluralismo. Ao fazer a genealogia do direito, os estudiosos procuram analisar não apenas as origens formais das leis e instituições jurídicas, mas também as condições sociais, políticas e econômicas que influenciam sua emergência e evolução ao longo do tempo. Isso envolve examinar as relações de poder entre diferentes grupos sociais, bem como as estratégias utilizadas para contestar, resistir ou subverter as normas legais estabelecidas.

E o poder? Ao responder a esta indagação, ainda na aula ministrada em 07 de janeiro de 1976, afirma haver um certo ponto comum entre a concepção jurídica-liberal do poder político e a concepção marxista; denomina o ponto comum como economicismo. Na teoria liberal, o poder é considerado um direito do qual se seria possuidor/proprietário de coisas, que se poderia transferir/ceder/alienar a terceiro, de forma total ou parcial, mediante ato/negócio jurídico. O poder, assim, é aquele que todo indivíduo detém e que poderia ceder para constituir um poder, uma soberania política. Conclui que o modelo de constituição do poder clássico é aquele advindo de um modelo de uma operação jurídica que seria da ordem de troca contratual (Foucault, 2021, p. 274).

Já no modelo marxista, ocorreria algo diferente, correlacionado a funcionalidade econômica do poder, enquanto o papel essencial do poder seria manter as relações de produção, e, ao mesmo tempo, reconduzir uma dominação de classe que o desenvolvimento e as modalidades próprias da apropriação das forças produtivas possibilitaram. O poder político tem sua razão de ser histórica na economia (Foucault, 2010, p. 14).

A contrário, se indaga novamente, o que se tem para uma análise não econômica do poder? Afirma, então, que o poder não é algo que se dá, nem se troca, nem se retoma, mas se exerce de forma concreta, e essencialmente se constitui não por viés econômico, mas por ser uma relação de força. Em suas palavras - “O poder, portanto, é essencialmente o que reprime, então, a análise do que é poder deve partir da análise dos mecanismos de repressão” (Foucault, 2010, p. 15). É com este fundamento que entende que o poder é relação difusa, que não emana somente do Estado, mas das diversas formas de dominação e da disciplina.

As relações de poder são também constitutivas do político, ao mesmo tempo, em que, profundamente enraizadas nas relações de produção (Adverse, 2018, p. 504). Isto porque, a criação do Estado moderno, representou o grande encarceramento do poder e a sua separação entre o legal e o ilegal, o autorizado e o não autorizado, o delinquente e o bom cidadão, isto é, a ordem/ordenação das relações como função primária do Estado.

Assevera, portanto, que para uma análise concreta das relações de poder é necessário abandonar o modelo jurídico de soberania, do Leviatã (Maliska, 2022, p. 125). Este pressupõe que o indivíduo, como sujeito de direitos naturais, propõe-se a explicar ainda a gênese do Estado e faz da Lei da manifestação fundamental do poder. De outro modo, dever-se-ia estudar o poder a partir da própria relação, enquanto ela é que determina os elementos sobre os quais incidirá.

Acrescenta, o poder é uma relação de força, então o poder político pretende perpetuar a relação de força, mediante uma espécie de guerra silenciosa e de reinseri-la nas instituições. No interior dessa paz civil, as lutas políticas, os enfrentamentos a propósito do poder, com o poder

pelo poder, as modificações das relações de força, num sistema político deveria ser reinterpretado como continuação da guerra, isto porque, a política é guerra, continuada por outros meios. Deste modo, a guerra não será mais um evento que constitui a história e as relações e poder, mas um elemento protetor e conservador da nação e da própria soberania (Silva, 2017, p. 280-287).

A respeito do tema, Bruno Menezes Lorenzetto e Jonas Fleituch de Mello ensinam que em uma análise foucaultiana da guerra, restaria a existência perpétua do conflito no interior da sociedade, pois em todas as relações de poder sempre haveria uma divisão binária desta, em que, inexoravelmente, remanesceria o conflito entre quem exerce o poder e quem é dominado em decorrência disso (2011, p. 123).

Em *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão* (1975), Foucault apresenta três formas de poder. Poder Soberano, caracterizado pela sua manifestação direta e visível. Na era pré-moderna, o poder soberano era exercido através da violência e da punição pública (2013, p. 29). O segundo modo, Poder Disciplinar, centrado na norma e na disciplina. O poder disciplinar não se manifesta apenas através da punição física, mas também por meio da organização e supervisão dos comportamentos individuais. A criação de um modelo de aplicação de pena e cumprimento em prisão, dá ensejo a aplicação do poder disciplinar (Foucault, 2013, p. 100, 106, 133). Por fim, o Poder de Normalização, busca, por meio de mecanismos de vigilância e controle, moldar os indivíduos para que se ajustem às expectativas e normas sociais. Para o qual usa como exemplo o panoptismo como modelo de vigilância constante na prisão.

Foucault, portanto, rompe com a concepção tradicional de poder como algo que é centralizado e hierárquico. Em vez disso, ele descreve o poder como uma rede complexa que permeia toda a sociedade. Para ele, o poder está em toda parte, não porque ele engloba tudo, mas porque provém de todos os pontos. E é tanto construtivo quanto repressivo e se manifesta por meio de práticas cotidianas que moldam nossas percepções. De acordo com Clémerson Merlin Cléve (2011, p. 111), a tese de Foucault possui dois vieses sobre o poder, o da lei e o da disciplina. Enquanto o primeiro é da macrofísica que se concentra no Estado, o segundo é o da microfísica, que ultrapassa as fronteiras do Estado (Adverse, 2018, p. 514).

O estudo desenvolvido por Foucault, portanto, se concentra na investigação do poder para além da soberania (a microfísica) e do formalismo Estatal. O conceito de Estado, em Foucault, não mais do aquilo que se faz quando é possível exercer o poder como uma forma de governo (Foucault, 2010, p. 207); não é o centro do poder, mas uma das formas pelas quais ele pode ser exercido.

Além do conceito de disciplina, o autor desenvolve o conceito de biopoder, uma forma de poder centrada na gestão da vida e na administração das populações. O tema foi objeto de análise

na aula ministrada por ele em 17 de março de 1976, na qual afirmou que o poder soberano é aquele exercido sob a forma do “deixar viver e fazer morrer”, ao passo que o biopoder é exercido como “fazer viver e deixar morrer” (Foucault, 2010, p. 207).

Este poder se caracteriza pelo controle dos corpos individuais e pela regulamentação das populações por meio de práticas institucionais, como a medicina, a vigilância e a imposição de normas sociais. Reflete, portanto, uma transformação histórica no exercício do poder: ao invés de se limitar à decisão soberana sobre a vida e a morte, o biopoder centra-se na promoção, regulação e otimização da vida das populações (fazer viver), ao mesmo tempo, em que abandona certos grupos ou indivíduos, permitindo que pereçam sem intervenção (deixar morrer) (Foucault, 2010, 208). Expõem Bruno Menezes Lorenzetto e Jonas Fleituch de Mello (2011, p. 129),

A substância do exercício desse poder condizia a um adestramento dos indivíduos, a fim de torná-los dóceis, subservientes e produtivos, por meio da disciplina. Por meio de diversos procedimentos de economia de poder, praticadas a partir da racionalização de medidas, buscava-se, principalmente, a manutenção da vigilância de cada indivíduo, submisso a uma grade de hierarquização, desempenhando a tecnologia do poder disciplinar, num contexto menos oneroso possível.

Trata-se então, nos termos de Foucault, de uma biopolítica, ou um biopoder – a política ou o poder que se exerce sobre a vida, por intermédio de processos de natalidade, mortalidade e longevidade.

Tal lógica se manifesta em políticas como as de saúde pública, controle de natalidade e intervenções sociais, nas quais a vida de alguns é priorizada em detrimento da exclusão de outros.

Em suma, o poder é produtivo e capilar, presente em todas as relações sociais, e não é exclusivamente detido por uma única entidade ou grupo. Ele se expressa em múltiplas formas e em diversos níveis, moldando corpos, comportamentos e conhecimentos. Não se apresenta sempre de forma repressiva e de censura, mas é forte porque produz o saber. Não se negligencia o aparelho estatal, mas é importante compreender que o poder não está nele localizado e nada mudará na sociedade se os mecanismos de poder que funcionam fora também não forem modificados (Foucault, 2021, p. 240).

A teoria do poder de Michel Foucault tem uma importância fundamental, pois oferece uma nova compreensão das dinâmicas sociais, políticas e institucionais que moldam a vida contemporânea. Diferente das teorias tradicionais, que viam o poder como algo centralizado e exercido de cima para baixo, Foucault redefine o poder como algo disseminado por toda a sociedade, operando via relações cotidianas e estruturas sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hermann Heller e Michel Foucault apresentam fundamentos metodológicos distintos em suas teorias sobre o poder e o Estado. Heller adota uma abordagem mais tradicional, jurídica e

institucional, concentrando-se na estrutura e função do Estado como uma entidade que organiza e regula a sociedade. Ele enfatiza a importância da legalidade e da ordem jurídica como meios de legitimação do poder estatal. Em contraste, Foucault adota uma abordagem mais descentralizada e difusa, focando nas microdinâmicas de poder que se infiltram em diversos aspectos da vida cotidiana. Para Foucault, o poder não está localizado em uma instituição ou entidade, mas é exercido mediante uma variedade de práticas e técnicas que atravessam o tecido social.

A centralização do poder, conforme vista por Heller, contrasta fortemente com a dispersão do poder descrita por Foucault. Heller vê o Estado como o centralizador necessário do poder, capaz de manter a ordem e promover o bem-estar social através de sua autoridade legítima. Foucault, por sua vez, desafia essa noção ao expor como o poder é exercido em níveis muito mais locais e pessoais, frequentemente escapando às estruturas formais de autoridade.

Ademais, Heller considera o Estado como o principal agente de organização social, enquanto Foucault vê o Estado como apenas uma parte de uma rede maior de instituições que exercem controle. A diferença fundamental é que, para Heller, o poder estatal é necessário e legítimo, enquanto para Foucault, o Estado é apenas uma das muitas formas de exercer poder sobre os indivíduos.

Comparar as teorias de Heller e Foucault nos dá percepções sobre a governança moderna. Heller argumenta a favor de instituições sólidas e bem definidas para garantir a ordem social e política. Por outro lado, Foucault nos fornece uma crítica detalhada das formas mais sutis de controle e vigilância que marcam a governança atual. As teorias de ambos os pensadores também são fundamentais para a compreensão do Estado e como as instituições de poder funcionam. Elas recordam a importância de estarmos sempre atentos a formas de poder que podem ser abusivas ou injustas, ao mesmo tempo, em que ressaltam a necessidade de ter instituições sólidas e responsáveis.

REFERÊNCIAS

- ADVERSE, Helton. **Foucault e a genealogia do Estado Moderno**. Síntese, Belo Horizonte, v. 45, n. 143, p. 499-519, Set./Dez., 2018.
- ALMEIDA MARQUES, José Oscar de. (2010). **Forçar-nos a ser livres?** O paradoxo da liberdade no Contrato social de Jean-Jacques Rousseau. *Cadernos De Ética E Filosofia Política*, 1(16), 99-114. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/82596>.
- BOAS, Marco Anthony Stevenson Villas. **A Constituição e o Poder Político**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, V. 28, N. III, p.330-357, set./dez. 2023. DOI: 10.25192/ISSN.1982-0496.RDFD.V.28.N.III.2587.
- BRILHADORI de Oliveira, Matheus. (2017). **Thomas Hobbes e a fundamentação do Poder Soberano no Leviatã**. *Eleutheria - Revista Do Mestrado Profissional Em Filosofia Da UFMS*, 2(2), 64 - 87. Recuperado de <https://periodicos.ufms.br/index.php/reveleu/article/view/4131>.
- CLÈVE, Clemerson Merlin. **O Direito e os Direitos**. Elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FÉDER, João. **Estado sem Poder**. [S.L.]: Max Limonad, 1997.
- FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1976). Tradução Maria Ermantina Galvão. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- FOUCAULT, Michel. Genealogia e Poder. In: **Microfísica do Poder**. 11. ed. introdução e revisão técnica Roberto Machado. São Paulo: Paz e Terra, 2021.
- FOUCAULT, Michel. Poder-corpo. In: **Microfísica do Poder**. 11. ed. introdução e revisão técnica Roberto Machado. São Paulo: Paz e Terra, 2021.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. História da violência nas prisões. Tradução Raquel Ramalhete. 41 ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013.
- HAN, Byung-Chul. **O que é poder?** Tradução de Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis: Vozes, 2019.
- HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo, Editora Mestre, 1968.
- LORENZETTO, Bruno Menezes; Mello, Jonas Fleituch de. **Poder e Saber: Os fundamentos e as transformações das relações de Poder na modernidade**. Direitos Culturais, Santo Ângelo, v.6, n.10, p. 19-133, jan./jun. 2011.
- MALISKA. Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**. Notas para pensar a racionalidade jurídica. 2ª ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2022.
- MOTTA, Luiz Eduardo. **Direito, Estado e Poder**: Poulantzas e o seu confronto com Kelsen. *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, v. 19, n. 38, p. 7-25, fev. 2011.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Aspectos destacados da Teoria do Estado de Hermann Heller**. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí- (SC), v. 25, n. 3, p. 704-719, 2020. DOI: 10.14210/nej.v25n3. p. 704-719. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/17165>. Acesso em: 24 ago. 2024.
- REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do estado**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2013. E-book. ISBN 9788502135437. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502135437/>. Acesso em: 23 ago. 2024.
- SILVA, Adriana Campos; Moraes, Ricardo Manoel de Oliveira. **As teorias da soberania**: Uma análise a partir de Foucault. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.1, 1º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA, Matheus Figueiredo Nunes de. **O Direito, Estado e Democracia em tempos de globalização**. Revista Eletrônica Direito e Política, [S. l.], v. 12, n. 3, p. 1184–1208, 2017. DOI: 10.14210/rdp.v12n3.p1184-1208. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/12091>. Acesso em: 24 ago. 2024.

VESTING, Thomas. **Teoria do Estado: A transformação do Estado na Modernidade**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786555599244. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599244/>. Acesso em: 20 ago. 2024.

Como citar este artigo:

BARVICK, Fernanda Fiori; BARBOSA, Larissa Pereira. Estado, poder e sociedade: interfaces entre Hermann Heller e Michel Foucault. **Revista Eletrônica do CEJUR**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 83–101, 2025. DOI: 10.5380/cejur.v3i2.97722.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO: COMPLEXIDADE, REGULAÇÃO E DESAFIOS

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW: COMPLEXITY, REGULATION, AND CHALLENGES

Rafael Montilla Polla¹

Resumo: O artigo aborda os desafios inerentes ao desenvolvimento da inteligência artificial, suas complexidades jurídicas e as propostas legislativas em discussão. Em um primeiro momento, explora como a ficção científica antecipou no imaginário social as possibilidades das tecnologias de IA. O texto destaca a interdisciplinaridade da IA e como o seu avanço está ligado ao Big Data. Além disso, são abordados os paradigmas de desenvolvimento da IA, tais como os sistemas simbólicos, redes neurais e modelos probabilísticos. Em seguida, do ponto de vista jurídico, o artigo examina os riscos e desafios impostos pela IA, especialmente no que envolve a responsabilidade civil por danos causados por essas tecnologias. Nesse ponto, reflete sobre a necessidade de uma legislação que equilibre a proteção de direitos fundamentais e o desenvolvimento econômico. Em seguida, o artigo apresenta as propostas legislativas no Brasil e na União Europeia. A conclusão é que, embora haja desafios, o Direito Civil e a experiência com a responsabilidade civil, quando interpretados conforme este novo contexto, fornecem respostas adequadas sem a necessidade de criação de novos regimes de responsabilidade ou ramos do Direito.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; Responsabilidade Civil; Regulação Jurídica; Tecnologia; Direito Digital.

Abstract: The article addresses the challenges surrounding the development of artificial intelligence, its legal complexities and the legislative proposals under discussion. Firstly, it explores how science fiction anticipated the possibilities of AI technologies in the social imagination. The text highlights the interdisciplinary nature of AI and how its advancement is linked to Big Data. It also discusses AI development paradigms, such as symbolic systems, neural networks and probabilistic models. Then, from a legal point of view, the article examines the risks and challenges posed by AI, especially regarding civil liability for damage caused by these technologies. At this point, it reflects on the need for legislation that balances the protection of fundamental rights and economic development. The article then presents legislative proposals in Brazil and the European Union. The conclusion is that, although there are challenges, civil law and the experience with civil liability, when interpreted in this new context, provide adequate responses without the need to create new liability regimes or branches of law.

Keywords: Artificial Intelligence; Civil Liability; Legal Regulation; Technology; Digital Law.

Sumário: Introdução. 1. A tecnologia. 2. O Direito. Conclusão. Referências.

¹ Mestre em Direito das Relações Sociais pelo Programa em Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, rafaelpolla@gmail.com, ORCID: 0009-0002-7005-5923.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende apresentar os desafios decorrentes do desenvolvimento da inteligência artificial (IA), suas complexidades jurídicas no campo da responsabilidade civil e as propostas legislativas. Para isso, a partir da pesquisa doutrinária e da análise das propostas de normas sobre a matéria, em um primeiro momento, será apresentado o contexto social atual. Em seguida, abordando o contexto tecnológico, será apresentado um panorama do desenvolvimento dessa tecnologia, por meio da definição de conceitos e delineamento das transformações ocorridas até se chegar ao atual estágio. Por fim, sob o contexto jurídico, no âmbito do direito privado, será contrastada a complexidade jurídica da inteligência artificial com as soluções adotadas pelo legislador, especialmente no que diz respeito à responsabilidade civil e a suficiência do ordenamento jurídico brasileiro.

A existência de robôs e máquinas inteligentes e autônomas não é uma ideia complementemente estranha ao imaginário popular. A ficção científica é um gênero artístico que explora conceitos científicos e tecnológicos, fictícios ou não, para criação de narrativas sobre o futuro, a ciência e a tecnologia e, conseqüentemente, reflete a realidade dessas sociedades e os impactos que essas transformações têm nelas e em seus indivíduos. Ela pode ser ambientada no presente ou em realidades futuras remotas, ou mesmo no passado dado que o improvável nessas narrativas não é impossível, porém, é dotada de alguma verossimilhança com a realidade humana concreta.

Justamente essa conexão do imaginário que extrapola o que é real e conhecido sem perder de vista a realidade concreta torna possível fazer paralelos com experiências reais da vida cotidiana, além de reflexões filosóficas aplicáveis ao futuro da humanidade.

A ficção científica nos permite pensar e imaginar um futuro possível, além de servir de inspiração para esse futuro. Esta última afirmação não é completamente desarrazoada. Isaac Asimov (1920-1992) foi um consagrado escritor de ficção científica que introduziu ao longo de suas narrativas algumas invenções que vieram a se tornar reais anos depois, como o *smartphone*².

² Por exemplo, uma civilização dependente de máquinas e a existência de “computadores de bolso” no conto “A sensação de poder”, publicado em 1957. (ALEJANDRO, 2022).

Convidado para fazer previsões em 1964 e 1983 sobre o futuro em 2014³ e 2019⁴ acertou várias com bastante precisão.

Não só isso, como muitos de seus romances envolviam robôs, acabou criando regras que orientam o comportamento de robôs autônomos.

As três Leis da Robótica, como são conhecidas, são assim enunciadas: 1) um robô não pode ferir um ser humano ou, por inação, permitir que um ser humano venha a ser ferido; 2) um robô deve obedecer às ordens dadas por seres humanos, exceto nos casos em que tais ordens entrem em conflito com a Primeira Lei; e 3) um robô deve proteger sua própria existência, desde que tal proteção não entre em conflito com a Primeira ou com a Segunda Lei⁵. Essas leis transcendem sua aplicação nas histórias de Asimov e chegou-se ao ponto de discutir a possibilidade de aplicar essas leis em inteligências artificiais. Entretanto, elas não são totalmente suficientes, pois ainda que tenham servido de influência e inspiração para se pensar a regulação de sistemas autônomos, as próprias histórias do autor apresentam situações que testam seus limites e aplicabilidade (Kingwell, 2020, p. 332).

Além de estar presente em livros, as obras de ficção científica são frequentemente adaptadas para o cinema e para séries de televisão. Isso torna amplamente conhecidos conceitos futurísticos quase fantásticos e a ideia de que o futuro impactado pela tecnologia pode ser positivo ou negativo, fazendo parte da cultura *pop*.

Esse é o contexto social que envolve as tecnologias com inteligência artificial. O desenvolvimento e surgimento de novidades tecnológicas é cercado de curiosidade, tendo em vista os potenciais de aplicação e o impacto na realidade, o que pode ser visto com admiração, surpresa ou preocupação. No caso da inteligência artificial, o progresso atual de automação e autonomia de certas atividades é bastante promissor, digno da ficção científica.

³ “[...] Gadgetry will continue to relieve mankind of tedious jobs. Kitchen units will be devised that will prepare “automeals,” heating water and converting it to coffee; toasting bread; frying, poaching or scrambling eggs, grilling bacon, and so on. Breakfasts will be “ordered” the night before to be ready by a specified hour the next morning. Complete lunches and dinners, with the food semiprepared, will be stored in the freezer until ready for processing. I suspect, though, that even in 2014 it will still be advisable to have a small corner in the kitchen unit where the more individual meals can be prepared by hand, especially when company is coming. [...] computers, which are shown in all their amazing complexity, notably in the task of translating Russian into English. If machines are that smart today, what may not be in the works 50 years hence? It will be such computers, much miniaturized, that will serve as the “brains” of robots [...]. Much effort will be put into the designing of vehicles with “Robot-brains”*vehicles that can be set for particular destinations and that will then proceed there without interference by the slow reflexes of a human driver. [...] Communications will become sight-sound and you will see as well as hear the person you telephone. The screen can be used not only to see the people you call but also for studying documents and photographs and reading passages from books. Synchronous satellites, hovering in space will make it possible for you to direct-dial any spot on earth, including the weather stations in Antarctica”. (ASIMOV, 1964).

⁴ As previsões mais acertadas envolvem a computadorização. Ele corretamente previu sua contínua expansão, o desenvolvimento de dispositivos móveis e a presença nas casas. Além disso, que os computadores iriam revolucionar os hábitos de trabalho e substituir empregos por outros totalmente diferentes. (JOHNSON, 2018).

⁵ História “Andando em círculos” em ASIMOV, 2014, p. 65.

Ante esse deslumbre, muito tem se falado em inteligência artificial, porém, o termo acabou virando um termo “guarda-chuva”. Sob essa definição, usada de maneira ampla, oculta-se uma diversidade de diferentes aplicações, com maior ou menor grau de independência e criatividade.

Essa gradação passa a ser relevante quando pensamos a partir da perspectiva de regulação jurídica e atribuição de consequências para determinadas situações. Por exemplo, eventual lesão causada por um veículo autônomo, possivelmente, não pode ser equiparada a uma causada por um assistente de voz que fornece respostas a consultas, uma vez que há diferenças na atuação do programa e do risco assumido na atividade.

A representação da inteligência artificial nas ficções científicas oferece uma noção inicial, ainda que ampla, oportuna para entender do que se trata essa tecnologia. Nessas histórias ela é caracterizada pela “existência de seres, com maior ou menor grau de autonomia, capazes de interagir com o ambiente e com outros seres (humanos ou não) e, ao fim, extrair aprendizados das suas próprias experiências” (Tepedino; Silva, 2019, p. 63).

A arte oferece um bom ponto de partida para as reflexões a seguir, de modo que feita esta apresentação, passa-se a explorar os detalhes e fundamentos da inteligência artificial e, por fim, os aspectos jurídicos que a envolvem.

1. A TECNOLOGIA

Para uma adequada formulação de respostas jurídicas é imprescindível a compreensão do fenômeno objeto de regulação. É necessário adentrar nos aspectos técnicos para melhor compreender suas especificidades e limitações, bem como afastar perspectivas excessivamente moldadas nas narrativas de ficção científica.

O desenvolvimento atual da inteligência artificial não é fruto de uma única disciplina organizada, mas sim de contribuições de diversas disciplinas, como a matemática, a engenharia, a filosofia e a psicologia. Após apresentar os fundamentos para o desenvolvimento atual dessa disciplina, serão abordados alguns paradigmas e conceitos comuns.

A contribuição da matemática é observada na formalização das leis da lógica, principalmente pelas contribuições, no século XIX, de George Boole que foram fundamentais para a criação do sistema binário, o qual forma o núcleo da computação digital moderna (Luger, 2023, p. 144).

No campo da engenharia, ao passo que a formalização da ciência e da matemática criou o prerequisite intelectual para o estudo da IA, a engenharia tornou a IA um projeto possível de ser concretizado. Nesse sentido, Charles Babbage, matemático do século XIX, tentou construir uma

máquina capaz de fazer cálculos aritméticos a fim de livrar os humanos dessa tarefa. Apesar do insucesso, o seu mérito é que a invenção apresentou sementes da arquitetura e de conceitos fundamentais dos computadores modernos. Somente na segunda metade do século XX, com os primeiros computadores digitais, é que a IA se tornou um projeto viável. No final da década de 1940, alcançou-se a capacidade de memória e poder de processamento necessários para criar programas inteligentes. A partir disso, foi possível implementar sistemas de raciocínio lógico em um computador (Luger, 2023, p. 146).

No campo da psicologia, o surgimento da psicologia cognitiva, no começo do século XX, em resposta à tradição do behaviorismo também influenciou no desenvolvimento da IA. O behaviorismo apontava que o sistema de resposta humano funcionava a partir de determinados estímulos externos. Em oposição, a psicologia cognitiva defendia que a mente humana não se limitava a responder estímulos, mas também processava informações recebidas do mundo. Assim, as ideias da psicologia do processamento da informação serviram de linguagem e de meio para a compreensão do processamento de informação pelos humanos. É certo que o desenvolvimento da IA não exige o conhecimento do funcionamento da cognição humana, ou mesmo que se siga esse modelo, porém, os primeiros modelos bem-sucedidos de IA foram baseados no conhecimento obtido a partir da análise da percepção humana (Luger, 2023, p. 147-148).

Por fim, no campo da filosofia, é de se observar a influência do pragmatismo sobre a formação da IA (Luger, 2023, p. 149). De maneira geral, essa escola filosófica, com origem nos Estados Unidos e influente no começo do século XX, adota como critério a utilidade, funcionalidade e a praticidade para análise de ideias, políticas e propostas. O foco do conhecimento são questões práticas e as ideias são instrumentos para adaptar e controlar a realidade (Pragmatism, 2021).

Dessa forma, a verdade ou o significado de teorias e crenças é medido por meio do sucesso ou não de sua aplicação prática. Considerando que a IA é um fenômeno que nasceu e se desenvolveu inicialmente nas universidades, indústrias e governo dos Estados Unidos, é inevitável que não seja influenciada por essa corrente de pensamento. Não se questiona a resolução de um problema proposta por uma inteligência artificial desde que ela aparente ser funcional, sem que se saiba exatamente como essa solução foi criada. O pragmatismo também pode ser instrumentalizado para fundamentar diversas justificativas, inclusive opostas entre si (Luger, 2023, p. 149-150).

Assim, uma aplicação de IA ter aparência de funcionalidade não pode ofuscar o fato de que se trata de um instrumento desenvolvido para resolver problemas específicos, sem deixar de considerar a humanidade e os aspectos éticos envolvidos. Por isso a necessidade de se compreender

e definir o que é o fenômeno da IA e como é o seu funcionamento de maneira geral, bem como os potenciais problemas e as possíveis soluções, sejam elas legislativas ou não.

Além das contribuições das outras disciplinas, nos últimos setenta anos houve três paradigmas que guiaram a pesquisa em IA, isto é, abordagens para a resolução de problemas na criação de sistemas inteligentes, cada um com fontes e aplicações diferentes: 1) simbólica ou lógica; 2) redes neurais ou conexionista e 3) probabilística ou estocástica (Luger, 2023, p. 150).

O primeiro paradigma tem influência do pensamento filosófico do racionalismo e da lógica formal. A partir do raciocínio desenvolvido por Descartes em sua obra *Meditações*, bem como por Platão, evidencia-se a dualidade entre corpo e mente, fica claro, portanto, a possibilidade do desenvolvimento do pensamento descolado de alguma exterioridade concreta ou um mundo material. Essa abstração permite estabelecer regras e ideias para manejar abstrações que permitem uma perspectiva para resolução de problemas baseadas em símbolos (Luger, 2023, p. 151). Em outras palavras, estabelecem-se proposições ou regras baseadas nos conectivos “e”, “ou”, “se..., então...”, as quais encadeadas com outras proposições do mesmo tipo permitiriam chegar à resolução lógica de um problema.

Em contrapartida aos racionalistas, os empiristas, como Locke, Hume, Hobbes, defendem a ideia de que ninguém nasce com ideias inatas, as quais advêm da experiência com o mundo. A realidade é entendida a partir da percepção das nossas sensações, identificadas por Hume como impressões, e dessas impressões nasceriam as ideias, que são memórias, ou seja, sensações mais distantes.

Assim, conhecimento se constrói por meio da associação de ideias, uma vez que com a repetição de certos padrões e impressões é possível repetir a associação feita com as respectivas ideias. Essa é a compreensão que guia o segundo paradigma, o conexionista. Dessa forma, em vez de realizar um raciocínio lógico baseado em símbolos, as redes neurais são desenvolvidas para identificar relações e associações dentro do domínio do aplicativo e interpretar novas situações no contexto anteriormente aprendido (Luger, 2023, p. 154).

Por fim, o paradigma probabilístico se baseia em modelos estatísticos para representar a incerteza e a variabilidade de dados com o objetivo de chegar em uma conclusão.

Essa conclusão é obtida a partir da probabilidade de uma determinada hipótese ser verdadeira dado um conjunto de informações. Esse modelo é baseado nas ideias de Thomas Bayes, o qual, embora não se trate de uma refutação de Hume, buscava demonstrar, no século XVIII, como as experiências anteriores de alguém poderiam influenciar suas percepções atuais (Luger, 2023, p. 156-157). “O teorema de Bayes, do ponto de vista epistêmico, pode ser descrito como um

conjunto de padrões coletados que são usados para condicionar o reconhecimento de novos padrões”⁶.

No que diz respeito a conceitos comuns, alguns merecem ser brevemente abordados.

A criação do termo inteligência artificial é atribuída a John McCarthy, que o cunhou para uma conferência organizada em 1956 (König *et al.*, 2022, p. 19). Ele define inteligência artificial como a “ciência e a engenharia de criar máquinas inteligentes, especialmente programas de computador inteligentes”, especificando que por inteligência deve ser entendido a “parte computacional da habilidade para atingir objetivos no mundo. Diferentes tipos e graus de inteligência são observados em pessoas, muitos animais e algumas máquinas” (McCarthy, 2007, p. 2)⁷.

Também é constante a referência aos termos *machine learning* (aprendizado de máquina) e a *deep learning* (aprendizagem profunda). Dentro do campo da IA, *machine learning* é um subcampo⁸ e, por sua vez, *deep learning* é um subcampo dentro desse subcampo.

O *machine learning*, como exemplo do paradigma conexionista exposto antes, envolve o desenvolvimento de algoritmos e modelos capazes de aprender padrões e realizar tarefas específicas sem que explicitamente sejam programados para cada uma delas. Assim, com o passar do tempo e depois analisar cada vez mais dados, conseguem identificar mais padrões e melhorar seu funcionamento (Surden, 2019, p. 1131-1132). Um exemplo de aplicação é no reconhecimento de escrita⁹.

⁶ Tradução livre de “[...] Bayes’ theorem may be described from an epistemic perspective, as collected sets of patterns are used to condition the recognition of new patterns”. (Luger, 2023, p. 157).

⁷ Além disso, deve-se mencionar que não há um consenso na definição de IA, porém, essa é a mais aceita. “There are several reasons why it is difficult to arrive at a unifying definition. First, there are many subfields of AI research that foreground different capabilities commonly linked to intelligence such as reasoning, planning, vision, and natural language processing. This disciplinary heterogeneity of AI research is further increased with ties to other disciplines like neuroscience, biology, and cognitive sciences [...] Nonetheless, there seems to be a widespread acceptance of the general technical understanding of intelligence [...]” [a de McCarthy] (König *et al.*, 2022, p. 23-24).

⁸ “AI is all about making machines intelligent using multiple approaches, whereas ML is essentially about one approach – making machines that can learn to perform tasks” (Rebala; Ajay, 2019, p. 3)

⁹ “The conventional programming method consists of two distinct steps. Given a specification for the program (i.e., what the program is supposed to do and not how), first step is to create a detailed design for the program, i.e., a fixed set of steps or rules for solving the problem. Second step is to implement the detailed design as a program in a computer language. This approach can be challenging for many real-world problems for which creating a detailed design can be quite hard despite a clear specification. One such example is detecting handwritten characters in an image. Here you are given a dataset consisting of a large number of images of handwritten characters. Additionally the data points (i.e., images) in the dataset are labelled, i.e., each image is tagged or marked with the character it contains. This labelled dataset is essentially a set of examples describing how the program should behave. The objective is to come up with a program that can recognize the characters in any (new) image and not just the ones in the dataset. With a conventional method, you would first study the examples in dataset, trying to understand how the images correspond to characters, and then come up with a general set of rules to detect characters in any image. Creating such a set of rules can be quite challenging given the large variation in handwritten characters. The general approach of crafting rules to solve complex problems was tried quite unsuccessfully in the 1980s, through expert systems. Moreover, there are so many of these challenging problems that solving them all individually in a conventional manner is simply impractical. ML algorithms can solve many of these hard problems in a generic way. These algorithms don’t require an explicit detailed design. Instead they essentially learn the detailed design from a set of labelled data (i.e., set of examples illustrating the program’s behavior). In other words, they learn from data. The larger the dataset, the more accurate they become. The goal of an ML algorithm is to learn a model or a set of rules from a labelled dataset so that it can correctly predict the labels of data points (e.g., images) not in the dataset. ML algorithms solve the problems in an indirect way, by

Quanto ao *deep learning*, é uma técnica que envolve o uso de redes neurais artificiais¹⁰ com múltiplas camadas para aprender representações de dados com níveis crescentes de abstração¹¹.

O objetivo de abordar os fundamentos e as formas principais de construir sistemas de IA é aprofundar o conhecimento e o debate a respeito dessa tecnologia, suas possibilidades e limitações. Como já mencionado, o termo inteligência artificial se tornou um termo guarda-chuva que pode abranger várias abordagens técnicas diferentes, cuja identificação é relevante para a adequada qualificação jurídica e suas consequências.

Do ponto de vista técnico, é necessário saber como os modelos pré-treinados de aprendizagem e de raciocínio probabilístico foram desenvolvidos, isto é, quais os *inputs*, dados e abstrações foram utilizados, quais populações foram utilizadas para treinar o modelo e para quais situações o *software* foi desenvolvido (Luger, 2023, p. 163-164).

A realidade atual da sociedade é caracterizada pelo fluxo intenso e maciço de um complexo de informações, característico do *Big Data* e da era da informação, o que leva à conclusão que para a análise desses dados é necessária a identificação de padrões, abstrações e generalizações, caso contrário, seria inviável qualquer análise dessas informações.

Dessa forma, as tecnologias de IA são utilizadas para compreender o mundo, mas também servem para moldá-lo. Embora essas atividades sejam necessárias, não significa que são destituídas de risco de causar danos a direitos individuais e coletivos. Inclusive esses danos podem ocorrer em escalas ainda desconhecidas, dada a grande dimensão das atividades de processamento de dados, seja pelas novas possibilidades, seja pela transformação de atividades já conhecidas. Ainda que seja uma tarefa interdisciplinar, é nesse contexto que se insere a missão do Direito.

first generating a model based on processing the dataset and then predicting the label of a new input data point by executing that model. This approach is known as supervised machine learning” (Rebala; Ajay, 2019, p. 1-2).

¹⁰ Redes neurais podem ser definidas como um modelo computacional composto por unidades de processamento interconectadas, inspirado no funcionamento do cérebro humano. “Some of the earliest learning algorithms we recognize today were intended to be computational models of biological learning, that is, models of how learning happens or could happen in the brain. As a result, one of the names that deep learning has gone by is artificial neural networks (ANNs). The corresponding perspective on deep learning models is that they are engineered systems inspired by the biological brain (whether the human brain or the brain of another animal). While the kinds of neural networks used for machine learning have sometimes been used to understand brain function (Hinton and Shallice, 1991), they are generally not designed to be realistic models of biological function. The neural perspective on deep learning is motivated by two main ideas. One idea is that the brain provides a proof by example that intelligent behavior is possible, and a conceptually straightforward path to building intelligence is to reverse engineer the computational principles behind the brain and duplicate its functionality. Another perspective is that it would be deeply interesting to understand the brain and the principles that underlie human intelligence, so machine learning models that shed light on these basic scientific questions are useful apart from their ability to solve engineering applications” (Goodfellow; Bengio; Courville, 2016, p. 13-14).

¹¹ “With the successes of the backpropagation algorithm and the availability and affordability of vastly increased computing resources, the challenge turned to building networks with both more and larger hidden layers. Rina Dechter first named this project deep learning. The approach is also called hierarchical learning or deep structural learning. When using multiple layer neural networks, the intuition is that each layer of the network converges to “generalizations” or “concepts” from previous layers that are then analyzed and refined by the next processing layer. Thus, nodes at deeper layers in the network can be seen to correspond to levels of abstractions and compositions of earlier layers that refine the original input into useful results. Although it is not always clear what these “composed concepts” might be, they often lead to successful solutions” (Luger, 2023, p. 155).

2. O DIREITO

Apresentou-se, brevemente, as diversas tecnologias compreendidas sob o termo inteligência artificial, as quais, de maneira geral, são caracterizadas por possuir autonomia, habilidade social, cooperação, proatividade e reatividade (Tepedino; Silva, 2019, p. 63). Essa potencialidade, positiva e negativa, é incrementada pela capacidade dos sistemas de se adaptar e aprender a partir de suas próprias experiências, com pouca ou nenhuma intervenção humana.

Em razão de não se ter total controle de como se terá um resultado de uma determinada ação, ou mesmo qual será o resultado, é que surge o receio a respeito dos danos capazes de serem causados.

Não só o potencial dessa tecnologia é surpreendente, o seu campo de aplicação é igualmente impressionante, com aplicação nas áreas da saúde, finanças, militar, transportes e farmacêutico. Ela pode tanto auxiliar na realização de tarefas nessas áreas, quanto criar soluções para problemas até então sem resposta, revolucionando essas áreas.

Entretanto, não só de grandes revoluções se trata o impacto da IA, pois suas transformações já são sentidas em pequenas, mas cada vez mais significativas, porções do dia a dia das pessoas por meio de assistentes de voz, automação da casa (*internet of things*), *chatbots*, como o ChatGPT, Gemini e outros, assim como integrados em dispositivos vestíveis (*wearables*) como relógios, pulseiras, anéis e óculos. Não se trata apenas de inovações tecnológicas, trata-se também de inovações culturais (Sarlet, I.; Sarlet, G.; Bittar, 2022, p. 7). A questão é: está o direito preparado para lidar com essa realidade?

Inevitavelmente, preparado ou não, será chamado a dar respostas. A tecnologia com seu potencial de inovação apresenta questões e exige respostas. “O direito é a estrutura responsável por disciplinar a realização das escolhas relacionadas à técnica” (Doneda, 2019, p. 64).

É uma grande responsabilidade, pois nessa dinâmica deve reafirmar o respeito aos direitos humanos e fundamentais, ao passo que possibilita o desenvolvimento econômico por meio da previsibilidade e segurança jurídica.

São diversas as frentes de atuação, a título de exemplo, no âmbito do direito do trabalho, a preocupação com a substituição em massa de trabalhadores por sistemas inteligentes e autônomos pode causar consequências sociais perversas. No direito constitucional, as questões relacionadas à desinformação e os riscos à democracia. No direito civil e do consumidor, as mais variadas possibilidades de danos, como aqueles causados por máquinas autônomas e a manipulação das pessoas a partir do monitoramento de seus padrões de consumo e de comportamento.

Posto que o Direito deve atuar, questiona-se a respeito da forma como ele irá atuar. Na tarefa de compreender a tecnologia e suas possibilidades é possível que seja necessária uma mudança da abordagem. E o direito civil é figura central nesse contexto de mudança¹², pois é desafiado em algumas de suas principais características, sendo necessário revitalizar conceitos e institutos numa nova realidade. Por exemplo,

“[...] a autonomia privada em sua intrincada tarefa de ser instrumento para a atuação das liberdades individuais, ao mesmo tempo que ressona com um conjunto de direitos fundamentais a elas ligados. Para isso, alguma forma de regulação é necessária, porém, em um matiz que nem sempre coincide com o dos institutos clássicos do direito civil. Nesse sentido, o recurso a técnicas como a utilização da *soft law* ou de cláusulas gerais, aliadas a um trabalho conjunto com outros setores do ordenamento, podem ser alguns dos caminhos a seguir” (Doneda, 2019, p. 65).

Não se descuida da existência de normas programáticas ou que buscam proibir certo comportamento, ante o desejo que algo se torne realidade ou a necessidade de interromper certas condutas sociais. No entanto, em regra, o direito dá respostas para situações que já ocorreram, ou seja, são normas estabelecidas com base em observações de fatos passados. A regra é regular a realidade e conferir segurança. Isso porque esse exercício de previsão do futuro é difícil, se não impossível, pois exige do legislador estabelecer regras para situações que ainda não aconteceram.

No entanto, a realidade concreta não aguarda o Direito. A dificuldade não é nova, e uma forma encontrada de lidar com essa dificuldade foi a utilização das cláusulas gerais, como mencionado acima, mas mesmo elas nem sempre são suficientes, principalmente para novas situações que revolucionam a dinâmica social de forma inesperada ou para normas que impõem algum tipo de sanção.

A constante expansão dos riscos não é um fato recente, embora o vertiginoso desenvolvimento recente da IA tenha exponencialmente aumentado as preocupações. Entretanto, antes disso, já se constatava a ocorrência na sociedade contemporânea de uma dupla expansão, a dos meios lesivos e a dos interesses lesados (Schreiber, 2015, p. 3-4). Nessa encruzilhada entre novas situações e normas já estabelecidas, há a dúvida se o ordenamento jurídico atual é capaz de dar respostas adequadas aos problemas que surgem. E diante dessa análise, se seriam, então, necessárias novas leis¹³.

¹² “É claramente perceptível um vetor em várias abordagens da literatura e mesmo da regulação no sentido de preservar componentes “humanos” frente à introdução dessas novas tecnologias, por exemplo, como valor a ser salvaguardado como pela sua manutenção no elo da cadeia decisional. Não é possível, no entanto, determinar de forma concreta de que forma e em que situações isto deva ser feito, ainda mais em um cenário altamente dinâmico. Para essa tarefa, no entanto, afigura-se como fundamental a natureza maleável e modular do Direito Civil em possibilitar que a proteção da pessoa seja renovada e inserida em instrumentos novos e mesmo inovadores” (Doneda et al., 2018, p. 15).

¹³ Essa preocupação e algumas conclusões que se seguem não se limitam às discussões em âmbito nacional. Conforme se lê, numa perspectiva do Direito dos Estados Unidos da América “*Corrections can and should be made along the way, but should be made cautiously. Major changes are likely to inhibit AI’s ability to improve human existence. Given our more recent experiences in adjusting to technological developments, it becomes apparent that lawyers, judges, and legislators should use the tort system’s existing systemic and doctrinal approaches, rather than attempting to develop new or unique structures in response to the problems that AI will pose in our future [...] Given the general flexibility inherent in the tort system, and the existing methods of making incremental change, allowing*

A atuação do direito, nesse contexto, é dupla, tanto de prevenção e precaução, no sentido de evitar ou diminuir a ocorrência de danos, quanto reparatória, quando o dano foi causado e é necessário reparar a vítima.

Em um recorte restrito ao direito civil, avalia-se se os regimes de responsabilidade civil atuais são suficientes para lidar com os conflitos da relação entre IA e sociedade. Ainda paira incerteza, uma vez que embora seja possível constatar o potencial dessa tecnologia, por enquanto, também é limitada a amostra da atuação da IA e os possíveis efeitos negativos no longo prazo.

A indefinição sobre o regime de responsabilidade aplicável, se subjetivo ou objetivo, reside no seu fundamento. Caso seja aplicável o regime objetivo, o seria com base em qual norma? Na hipótese de aplicar a teoria do risco, qual seria a modalidade mais adequada, a do risco criado, proveito, profissional ou integral?

No que diz respeito à distribuição da responsabilidade, quem seria o responsável pelos danos previsíveis, ou não, causados por um sistema de IA: quem detém os direitos de propriedade sobre a IA, o desenvolvedor do *software*, quem projetou o objeto com IA, quem explora atividade com a IA?

Com anúncios diários de novidades e promessas, há constante transformação das expectativas em relação à IA e, por enquanto, a experiência e as soluções carecem de amadurecimento, pois ainda não se observa uma solução geral, as quais têm sido casuísticas (Teffé; Medon, 2020, p. 305).

Conforme alertado pela doutrina, a aparência de lacuna legislativa na disciplina de responsabilidade civil não deve levar à pressa em se enunciar um novo ramo do direito específico para a IA e a proposição de normas específicas, sob o risco de conferir tratamento assimétrico à matéria. O fundamento da tutela das vítimas deve ser buscado dentro do próprio ordenamento jurídico em sua unidade e complexidade com a releitura de institutos já consagrados do direito civil (Tepedino; Silva, 2019, p. 69-71).

time for the tort system to respond to AI-related harms is the most prudent course. A statutory leap embracing one of the extremes – immunity from liability or strict liability – would preempt that development of tort law and its ability to provide a measured response. Such a leap may provide a degree of certainty, but it would be at the cost of preventing tort law from providing a better solution” (Heverly, 2022, p. 90, 98). E numa perspectiva europeia “*The aim of this chapter was limited, as it is only intended to provide an outline of current legal developments in the field of ‘tort and AI’ in the light of continental European tort law. The examples of French and German tort law provide interesting insights into the ways in which legal technique and legal policy are intertwined, without any specific ‘tort theories’ emerging from the doctrinal analysis. Continental European legal scholarship is more characterised by a ‘methodological syncretism’, using more than one mindset to provide input on the debate surrounding the compensation of victims of AI-related accidents [...] The comparison of the continental European debate and tort theories from the common-law world has shown that much remains to be done to bring the current civil liability rules in line with the challenges arising from AI. While victims of AI-induced accidents may be able to obtain compensation from users of AI products or their insurers, the real issue at stake is that the rules governing the liability of manufacturers of AI products and algorithms, especially based on the EU product liability regime, are not fit for a widespread use of those technologies”* (Knetsch, 2022, p. 115).

Por exemplo, a imprevisibilidade dos atos praticados pela IA. Conforme aludido anteriormente, alguns desses sistemas possuem autonomia para a tomada de decisões ou capacidade de inferir novas informações a partir da análise de padrões e um conjunto de dados preestabelecidos, nesse aspecto poderia ser feita associação com as discussões já feitas sobre a previsibilidade do dano indenizável, embora não tenha previsão expressa no ordenamento brasileiro (Tepedino; Silva, 2019, p. 74). Mostra-se, no entanto, que o núcleo para o enfrentamento de problemas relacionados à IA encontra algumas respostas na discussão da causalidade e da imputabilidade.

No âmbito do nexo de causalidade, um problema que aponte para a dificuldade de identificar os agentes responsáveis pela produção do dano, deveria ser observado sob a ótica da teoria da causa direta e imediata, acrescida da necessidade da causa. Na hipótese de pluralidade de agentes responsáveis, sob as noções de concausas¹⁴. No caso de incidentes de segurança causados por *hackers*, as categorias de causas excludentes de responsabilidade¹⁵. Caso não se adote interpretação a partir da imprevisibilidade do dano, os defeitos e interferências no funcionamento dos sistemas inteligentes poderiam ser abordados a partir dos aprendizados sobre a interrupção do nexo causal (Tepedino; Silva, 2019, p. 75-77).

No que se refere à imputabilidade, o primeiro apontamento é que se trata de atribuição de responsabilidade a pessoas e não a robôs, uma vez que não possuem personalidade jurídica e o que se investiga é a conformidade da conduta da pessoa responsável por ele (Tepedino; Silva, 2019, p. 79).

É oportuno esclarecer essa premissa porque há discussão sobre a necessidade de reconhecer personalidade jurídica a robôs e sistemas de inteligência artificial (Teffé; Medon, 2020, p. 320). A crítica a essa proposta reside no fato que a atribuição de personalidade jurídica, em verdade, é apresentada de maneira instrumental para resolver problemas de danos causados e atribuição de responsabilidade, o que seria útil no campo da responsabilidade civil.

Contudo, deixa de considerar as demais consequências da atribuição de personalidade jurídica. Por exemplo, os sistemas de inteligência artificial passariam a ser sujeitos de direitos e deveres, aos quais deveria ser atribuído um patrimônio suficiente para arcar com danos em

¹⁴ Conforme definição de Sergio Cavalieri Filho, “Concausa é outra condição que, juntando-se à principal, concorre adequadamente para o resultado. Ela não inicia e nem interrompe o processo causal, apenas o reforça, tal como um rio menor que desagua em outro maior, aumentando-lhe o caudal. Em outras palavras, concausas são condições que concorrem adequadamente para o agravamento do dano, mas que não têm a virtude de excluir o nexo causal desencadeado pela conduta principal, nem de, por si só, produzir o dano. Assim, a concausa só deixará de ser causa do dano quando, segundo a natureza geral (normal desenrolar dos fatos), era de todo indiferente para a produção do dano, mas se tornou condição dele em virtude de outras circunstâncias extraordinárias. O agente suporta esses riscos porque, não fosse a sua conduta, a vítima não se encontraria na situação em que o evento danoso a colocou, não obstante a concausa” (Cavalieri Filho, 2023, p. 74).

¹⁵ A depender de cada situação: fato exclusivo da vítima, fato exclusivo de terceiro, caso fortuito e força maior.

potencial a serem causados, o que não se mostra prático e nem resolve os problemas de atribuição de responsabilidade, pelo contrário, há risco de limitação da responsabilidade¹⁶. Assim, na forma como a personalidade jurídica é compreendida atualmente, não parece ser a melhor solução, mostrando-se mais coerente e útil refletir a respeito do alcance e enquadramento dessas novas situações nos institutos jurídicos existentes.

Ainda a respeito da imputabilidade, a doutrina majoritária tende à aplicação do regime da responsabilidade civil objetiva, entretanto, sob diferentes fundamentos (Tepedino; Silva, 2019, p. 81). Há quem fundamente a aplicação da responsabilidade objetiva na comparação com a previsão de responsabilidade da pessoa que tem sob sua guarda coisa ou animal. Na primeira hipótese, o dever recai sobre aquele que tem bens sob sua custódia e pelos seus atos responde. Na segunda hipótese, é feito um paralelo entre a imprevisibilidade das ações dos animais e a IA (Tepedino; Silva, 2019, p. 81-82).

Apesar do resultado aceitável, parecem soluções que desconsideram a complexidade inerente dos sistemas de inteligência artificial. Trata-se de sistemas que possuem aprendizagem semelhante ou superior ao do ser humano, portanto, associar à imprevisibilidade dos animais não parece um fundamento sólido.

Quanto à responsabilidade pelo objeto em posse de alguém, decorreria da propriedade sobre a IA e os riscos de sua utilização. Nesse sentido, o fundamento, em última análise, é o risco. E essa é outra justificativa para a adoção do regime objetivo de responsabilidade, com o reconhecimento de atividade de risco e a aplicação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

¹⁶ Expandindo a crítica a respeito da atribuição de personalidade jurídica à IA: “Nesse cenário, retomando-se a indagação anterior, de que modo o tratamento de mecanismos dotados de inteligência artificial como pessoas jurídicas (ou, mais precisamente, como sujeitos capazes de direitos e deveres na ordem civil) poderia contribuir para o propósito de se ampliarem os mecanismos de responsabilização civil pelos danos produzidos por tais ferramentas? Ainda que se analise por diversos ângulos tal proposta, não se vislumbra como a personificação dessas figuras contribuiria para o propósito expresso da Resolução do Parlamento Europeu, que é o de evitar que se limitem, em qualquer caso, “o tipo ou a extensão dos danos a serem indenizados”, bem como “as formas de compensação que podem ser disponibilizadas à parte lesada, pelo simples fato de os danos não terem sido provocados por um agente não humano” (parágrafo 52). Ao contrário, como se comentou, a atribuição de personalidade jurídica a entes diversos da pessoa natural tem servido precipuamente para permitir uma limitação, em maior ou menor grau, da responsabilidade dos indivíduos envolvidos na atividade. Portanto, para que a personificação jurídica de mecanismos inteligentes pudesse ser útil à reparação de danos pretendida, seria necessário garantir a imputabilidade dos agentes envolvidos, de modo que o robô passaria a figurar apenas como um garante adicional do pagamento da reparação às vítimas. Nesse caso, porém, ainda seria preciso, em primeiro lugar, garantir que tais “pessoas” (às vezes designadas pelos sugestivos nomes de e-persons ou pessoas eletrônicas) fossem dotadas de um patrimônio proporcional à potencialidade danosa daquela tecnologia. Trata-se, como se percebe, de uma providência de difícil execução, a começar pelo fato de que a extensão desses possíveis danos é desconhecida. Além disso, a exigência da constituição de um vultoso patrimônio autônomo mínimo para que essas tecnologias entrassem em operação restringiria excessivamente esse setor de mercado – ao passo que, a rigor, o que se deseja é que muitos agentes, inclusive de pequeno porte, possam nele ingressar, desde que desenvolvam tecnologias seguras e preocupadas com a prevenção de danos. Por outro lado, caso se admita que a pessoa eletrônica poderia passar a existir com uma extensão patrimonial qualquer, ainda que insuficiente para arcar minimamente com os danos que produza, perde força o argumento pró-personificação, já que a reparação às vítimas seria melhor garantida pela responsabilização do agente que colocou a tecnologia em operação ou dela se beneficiou economicamente. Ademais, quem deveria ser responsável pela dotação patrimonial que permitiria a criação da e-person? O fabricante, o desenvolvedor, algum (ou todos os) membros da cadeia de usuários? E, após referida dotação, seriam esses agentes isentos de responsabilidade pelos danos?” (Souza, 2020, p. 37-38).

Compreende-se que a utilização de sistemas de inteligência artificial seria atividade por si mesma com elevado potencial danoso ou incrementaria os riscos da atividade normalmente desenvolvida sem adoção das novas tecnologias (Tepedino; Silva, 2019, p. 83). Dessa forma, o responsável pela IA assume os riscos da imprevisibilidade dessa tecnologia para exploração de atividade. Contudo, alerta-se que não se deve fazer uma invocação indiscriminada e irrefletida da noção de atividade de risco, de modo que é necessário investigar cada uma das atividades e suas especificidades para esse enquadramento.

Em relação ao tipo de risco, seria possível retomar as discussões relativas ao risco de desenvolvimento¹⁷. Ressalva-se, por último, que se tratando de relação de consumo seriam aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor, permitindo, sob o regime objetivo, a responsabilização de todos os fornecedores da cadeia de consumo pelos danos de fato ou vício do produto ou serviço, inclusive os desenvolvedores do programa (Tepedino; Silva, 2019, p. 83-84; Teffé; Medon, 2020, p. 318).

Para além da preocupação com os danos indenizáveis, a preocupação com questões gerais concernentes à IA também são relevantes. Inclusive serviriam de auxílio para enquadramento e interpretação de situações com atribuição de responsabilidade. Por isso a importância das discussões sobre ética, governança e *design* dos sistemas de inteligência artificial. A razão para utilizar IA é permitir a tomada de decisões de forma mais eficiente, objetiva, imparcial e com menos falhas do que decisões humanas.

Entretanto, essa afirmativa apresenta uma falsa noção de neutralidade da IA. Embora os robôs possam aprender por si só, esses sistemas são criados por humanos, com toda a sua subjetividade e interesses, conscientes ou inconscientes, com informações também selecionadas e fornecidas por humanos. Como consequência, a IA pode reproduzir vieses de análise e determinadas visões de mundo. Por essa razão não se pode desconsiderar o fator humano nesses sistemas matemáticos, aparentemente, neutros e imparciais.

Como afirmado anteriormente, além das normas específicas de responsabilização, também é necessário um quadro normativo geral que oriente o desenvolvimento dessa tecnologia, o que, aliás, auxilia na tarefa de evitar que danos sejam causados.

Nesse sentido, em um dos primeiros documentos transnacionais a respeito de diretrizes relacionadas à IA, foram estabelecidos pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) princípios fundamentais para o desenvolvimento de IA de forma segura e confiável: 1) promover o bem-estar das pessoas e o desenvolvimento sustentável; 2)

¹⁷ “O risco do desenvolvimento tem como objetivo tratar daqueles riscos não cognoscíveis pelo mais avançado estado da ciência e da técnica no momento da introdução do produto ou serviço no mercado e que só vêm a ser descobertos após um período de uso do mesmo, seja em razão de acidentes e danos, seja por avanços nos estudos e testes realizados” (Teffé; Medon, 2020, p. 321).

respeitar os direitos humanos; 3) transparência e explicabilidade nas decisões tomadas por IA; 4) robustez e segurança; 5) intervenção humana, permitir a intervenção quando necessário e 6) responsabilidade (*accountability*)¹⁸.

No Brasil, além da adesão aos princípios propostos pela OCDE¹⁹, o Poder Executivo reforça a importância e o comprometimento no desenvolvimento dessa tecnologia. Recentemente foi anunciado o Plano Brasileiro de Inteligência Artificial 2024-2028 denominado “IA para o Bem de Todos”²⁰. A proposta prevê o investimento de R\$ 23 bilhões nesse período.

O objetivo é impulsionar a pesquisa e o desenvolvimento de IA no país orientada para a solução dos grandes problemas nacionais. No curto prazo, o foco será nos setores de saúde, agricultura, meio ambiente, indústria, comércio e serviços, educação, desenvolvimento social e gestão do serviço público. A atuação se dará em cinco eixos: 1) infraestrutura e desenvolvimento de IA; 2) difusão, formação e capacitação em IA; 3) IA para melhoria dos serviços públicos; 4) IA para inovação empresarial; 5) apoio ao processo regulatório e de governança da IA.

No âmbito do Poder Legislativo também se discute a questão, com diversos projetos de lei em tramitação. Em nível nacional, as primeiras propostas de regulação da IA foram os projetos de lei nº 5.051/2019, 21/2020 e 872/2021, que têm como objetivo comum estabelecer princípios e regras para o desenvolvimento da IA no país. Mais tarde, em fevereiro de 2022, foi instituída uma comissão de juristas para elaborar um projeto substitutivo²¹.

Essa comissão apresentou anteprojeto que deu origem ao projeto de lei nº 2.338/2023, que atualmente é a principal proposta de regulação de IA no país. O projeto possui influência e segue a linha da proposta apresentada na União Europeia²², no qual são definidas normas para o desenvolvimento de sistemas de inteligência artificial confiáveis e que respeitem os direitos fundamentais.

Assim como no modelo europeu, as tecnologias de IA são classificadas conforme o risco. O texto inicial do projeto de lei dividia no artigo 13 e seguintes os sistemas de inteligência artificial em risco excessivo e alto risco. A IA de risco excessivo é proibida, a qual se caracteriza a) pelo emprego de técnicas subliminares para induzir a pessoa a se comportar de maneira prejudicial a si

¹⁸ É possível consultar os demais países aderentes no site da referida organização. Disponível em: <https://oecd.ai/en/ai-principles>. Acesso em: 25 fev. 2024.

¹⁹ O Brasil aderiu aos princípios da OCDE em 21 de abril de 2019, conforme se observa: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449#adherents>. Acesso em: 25 fev. 2024.

²⁰ Disponível em: <https://www.gov.br/lncce/pt-br/assuntos/noticias/ultimas-noticias-1/plano-brasileiro-de-inteligencia-artificial-pbia-2024-2028>. Acesso em: 09 set. 2024.

²¹ Conforme noticiado pelo Senado Federal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/08/15/comissao-temporaria-vai-estabelecer-marco-da-inteligencia-artificial>. Acesso em: 25 fev. 2024.

²² Proposta de regulação apresentada pela Comissão da União Europeia em abril de 2021 (COM/2021/206). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>. Acesso em: 25 fev. 2024.

mesma ou contra a lei; b) pela exploração de vulnerabilidades de grupos específicos de pessoas de modo a induzi-los a adotar condutas prejudiciais a si mesmos ou contra a lei ou c) pelo poder público para avaliação e categorização de pessoas.

Também havia previsão específica sobre a responsabilidade civil, a qual contava com três artigos. O artigo 27 definia a responsabilização do fornecedor ou operador de sistema de inteligência artificial que cause dano independentemente do grau de autonomia do sistema. Tratando-se de IA de risco excessivo ou alto, responderiam objetivamente pelos danos causados. Caso contrário, ou seja, se não se tratasse de IA de alto risco, a culpa do fornecedor ou operador seria presumida com a inversão do ônus da prova em favor da vítima. O artigo 28 previa as hipóteses de exclusão de responsabilidade. Por fim, o artigo 29 previa a aplicação do Código de Defesa do Consumidor quando houvesse danos causados por IA em relações de consumo.

Entretanto, o projeto sofreu substanciais alterações com a aprovação de diversas emendas, razão pela qual foi apresentado um substitutivo. A análise a seguir toma como base o último substitutivo consolidado apresentado em 10 de dezembro de 2024 ao texto inicial do projeto de lei nº 2.338/2023 e remetido à Câmara dos Deputados em 17 de março de 2025²³.

A essência do projeto, e sua inspiração no modelo europeu, permanece. O artigo 12 e seguintes do projeto brasileiro ainda divide os sistemas de inteligência artificial em risco excessivo e alto risco.

As IAs classificadas como de risco excessivo são proibidas (art. 13). A única exceção é para utilização em atividades específicas relacionadas à segurança pública (art. 13, IV).

Em relação ao projeto inicial, foram acrescentadas mais finalidades em que o desenvolvimento de IA é proibido por ser de risco excessivo. Conforme o artigo 13, I, é IA de risco excessivo os sistemas com o propósito de a) indução da pessoa a comportamento que cause danos à saúde, segurança e outros direitos fundamentais próprios ou de terceiros; b) exploração de vulnerabilidades de pessoas ou grupos específicos de modo a induzi-los a adotar condutas prejudiciais a si mesmos ou contra terceiros; c) avaliação da pessoa para fins de prever a chance de cometimento de delitos ou d) produção, disseminação ou criação de material que represente abuso ou exploração sexual de crianças e adolescentes. Além disso, é vedada a utilização dos sistemas de IA pelo poder público para avaliação e categorização de pessoas (art. 13, II), bem como por sistemas de armas autônomas (art. 13, III) e para identificação biométrica à distância em tempo real e em espaços públicos (art. 13, IV).

Os sistemas de IA de alto risco foram detalhadamente elencados no artigo 14 e seus incisos.

²³ A tramitação do projeto e do texto inicial pode ser consultada no seguinte endereço: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>.

Assim como no projeto inicial, há previsão específica sobre a responsabilidade civil, a qual agora conta com cinco artigos, 35 ao 39. Os artigos 35 e 36 reforçam a aplicação dos regimes de responsabilidade civil existentes no ordenamento brasileiro quando há danos causados por sistemas de IA.

Na hipótese de ser relação de consumo, aplica-se o regime de responsabilidade civil objetiva do Código de Defesa do Consumidor.

Nas demais situações, aplica-se as regras de responsabilidade civil do Código Civil. Neste segundo caso, para a definição em concreto do regime de responsabilidade aplicável, deverá ser considerado o nível de autonomia e o grau de risco da IA, conforme disciplinado nos artigos anteriores, e a natureza dos agentes envolvidos e a existência de regime de responsabilidade civil próprio na legislação.

O artigo 37 prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor da vítima no caso de hipossuficiência ou dificuldade técnica em razão das características de funcionamento do sistema de IA. E o artigo 38 estabelece a responsabilização dos participantes no ambiente de testagem da regulamentação da IA por quaisquer danos causados a terceiros decorrente da experimentação nesse ambiente.

Por fim, o artigo 39 faz a ressalva que as hipóteses de responsabilização previstas por legislação específica permanecem em vigor. A respeito dessa previsão, cabe destacar a significativa interseção entre tratamento de dados pessoais e utilização de IA. Assim, as regras, princípios e fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) também devem ser observadas na hipótese de responsabilização civil por danos decorrentes de sistemas de inteligência artificial.

O texto atual do projeto, no que diz respeito à responsabilidade civil, tem pontos positivos e negativos. Por um lado, foi positiva a remissão expressa aos regimes de responsabilidade civil já existentes no ordenamento jurídico brasileiro e, conseqüentemente, toda a experiência acumulada ao longo dos anos.

Por outro lado, a definição do regime de responsabilidade nas relações submetidas ao Código Civil se tornou mais complexa. Isso porque a norma prevê que o regime aplicável dependerá da análise em concreto do sistema de IA. O texto inicial, nesse aspecto, oferecia mais previsibilidade, pois desde logo estabelecia o regime objetivo para a IA de alto risco ou de risco excessivo e, nos demais casos, o regime subjetivo com presunção de culpa e inversão do ônus da prova em favor da vítima. Pontua-se que tanto o texto original quanto o substitutivo exigem avaliação prévia do risco do sistema que se pretende introduzir no mercado.

Além disso, a matéria também está em discussão no âmbito do anteprojeto de reforma do Código Civil, com a proposta de inclusão do Livro VI, “Do Direito Civil Digital” e, especificamente sobre inteligência artificial, o Capítulo VII.

De todo modo, enquanto as propostas legislativas se encontram em discussão, a falta de legislação específica não significa ausência de normas e de proteção. Tome-se como exemplo a atuação da Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD) no caso da política de privacidade da Meta²⁴. Cabe enfatizar, inclusive, que referida atuação demonstra o progressivo amadurecimento da cultura jurídica de proteção de dados pessoais no Brasil.

Em relação ao pioneiro projeto europeu, o debate até a aprovação durou anos²⁵. O projeto de regulamento foi apresentado pela Comissão da União Europeia para discussão em abril de 2021. Entretanto, somente em dezembro de 2023 é que chegaram a um consenso²⁶. O projeto de regulamento foi aprovado em 13 de março de 2024²⁷ e deu origem ao Regulamento (UE) 2024/1689, também conhecido como *AI Act*.

Assim como o projeto brasileiro, o regulamento pretende concretizar os princípios da OCDE com a finalidade de garantir o desenvolvimento de sistemas de inteligência artificial seguros e não discriminatórios. O regulamento divide a IA conforme o risco: a) inaceitável (art. 5); b) alto (art. 6); c) limitado (art. 50) e d) mínimo.

²⁴ A ANPD ao tomar conhecimento da atualização na política de privacidade da empresa Meta determinou cautelarmente a suspensão da referida política e do processamento de dados (processo nº 00261.004509/2024-36). A nova política de privacidade dos produtos da Meta (Instagram, Facebook, Messenger e outros) que entrou em vigor em junho de 2024 informava que a empresa passaria a utilizar informações publicamente disponíveis e conteúdos compartilhados pelos usuários para treinamento e aperfeiçoamento de sistemas de IA generativa. Conforme o despacho decisório nº 20/2024/PR/ANPD, os fundamentos para a suspensão cautelar foram: 1) ausência de hipótese legal apropriada para a realização do tratamento; 2) falta de transparência na divulgação das novas informações aos titulares; 3) limitação ao exercício de direitos; e 4) tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes sem as devidas salvaguardas. Após pedido de reconsideração e adequação por parte da empresa, a ANPD por meio do despacho decisório nº 33/2024/PR/ANPD autorizou a retomada do tratamento de dados sob os seguintes fundamentos: aprovação do plano de conformidade atualizado apresentado pela empresa; medidas que ampliam a transparência e facilitam o exercício dos direitos dos titulares; compromisso de não realizar tratamento de dados pessoais de usuários menores de 18 anos; apresentação de teste de balanceamento e adoção de salvaguardas quanto ao uso da hipótese legal do legítimo interesse. Entretanto, foi determinada a continuidade do procedimento de fiscalização instaurado para acompanhamento da implementação do plano de conformidade e a análise do uso da hipótese legal do legítimo interesse para o treinamento de IA generativa. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-determina-suspensao-cautelar-do-tratamento-de-dados-pessoais-para-treinamento-da-ia-da-meta>; <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/apos-pedido-de-reconsideracao-anpd-mantem-medida-preventiva-aplicada-a-meta> e <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/meta-cumpre-exigencias-da-anpd-e-podera-retomar-com-restricoes-o-uso-de-dados-pessoais-para-treinamento-de-inteligencia-artificial>. Acesso em: 21 set. 2024.

²⁵ A evolução da discussão pode ser consultada em: <https://artificialintelligenceact.eu/developments/>.

²⁶ Conforme noticiado pela assessoria de imprensa da União Europeia. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/press-room/20231206IPR15699/artificial-intelligence-act-deal-on-comprehensive-rules-for-trustworthy-ai>. Acesso em: 25 fev. 2024.

²⁷ Conforme informado pela assessoria de imprensa da União Europeia. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/press-room/20240308IPR19015/regulamento-inteligencia-artificial-parlamento-aprova-legislacao-historica>. Acesso em: 21 set. 2024.

O regulamento se ocupa principalmente das normas relativas aos sistemas de risco alto, uma vez que os de risco inaceitável são proibidos, os de risco limitado têm obrigações mais simples de transparência (informar ao usuário que está interagindo com IA, por exemplo, IAs geradoras de imagens, manipuladoras de imagens, áudio e vídeo, *chatbots* e *deepfakes*), e o mínimo não é regulado (por exemplo, IA em jogos eletrônicos ou filtros de spam).

Há uma diferença a ser pontuada entre o contexto brasileiro e o europeu. Embora as propostas de regulação da IA sejam semelhantes, deve-se considerar o conjunto regulatório em que estão inseridas. Na União Europeia, o *AI Act* é uma das normas da estrutura regulatória da “Década Digital” proposta pela Comissão Europeia. Há outras normas supranacionais europeias que compõem esse sistema, por exemplo, o *General Data Protection Regulation* (GDPR), o *Digital Services Act* e *Digital Markets Act* (DSA e DMA), o *Data Governance Act* (DGA), e o *Data Act*. Além disso, o bloco europeu possui experiência com proteção de dados pessoais desde a implementação da Diretiva 95/46/CE em 1995.

O Brasil, por sua vez, não possui a mesma experiência consolidada e a estrutura legislativa é diversa. Nessa temática, as principais leis são a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e o Marco Civil da Internet (MCI), ambas as normas, de certa forma, ainda são recentes e possuem questões a serem consolidadas nos tribunais nacionais.

Assim, se por um lado falta amadurecer o debate nacional, por outro é oportuno observar e aprender com os erros e acertos da União Europeia. Além disso, as normas brasileiras possuem a vantagem de serem concebidas a partir e para um único ordenamento jurídico, o que favorece a satisfação de necessidades específicas do país, ao contrário do cenário europeu em que é necessário conciliar interesses de diversos países e diferentes culturas jurídicas em regulamentos supranacionais.

A partir do exposto, é possível observar as discussões no âmbito jurídico que buscam acompanhar a realidade cada vez mais transformada pelas novas tecnologias e a preocupação de garantir o respeito às liberdades individuais e possibilitar o desenvolvimento tecnológico saudável.

CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo foi apresentar o contexto social, tecnológico e jurídico em que a inteligência artificial se insere. Como visto, da imaginação da ficção científica a IA passou à realidade, cada vez mais presente no dia a dia. Sempre se cogitou a possibilidade de computadores

tecnológicos autônomos e inteligentes que pudessem realizar as mais variadas tarefas, com pouca ou nenhuma intervenção humana.

O desenvolvimento dessa tecnologia, apesar de experimentar atualmente um crescimento vertiginoso nas últimas décadas, tem suas bases em conhecimentos construídos ao longo de séculos em vários campos do conhecimento. O desenvolvimento de novas tecnologias, movido pela vontade humana de simplificar tarefas e torná-las mais eficientes, tensiona o limite entre o possível e o impossível.

O contexto atual resulta não só do desenvolvimento tecnológico, mas também da grande disponibilidade de dados armazenados e de rápido acesso (*Big Data*). A sociedade igualmente acompanha essas mudanças e se transforma junto.

As transformações sociais e tecnológicas trazem novas complexidades e problemas que o direito deve tentar resolver. Em razão disso, se apresentou o panorama jurídico e as dificuldades de regular essa realidade. Questionou-se se o ordenamento jurídico brasileiro é capaz de dar as respostas adequadas a essas novas tecnologias, concluindo-se que sim, ao menos na esfera do direito privado, o que é reforçado pelo projeto de lei nº 2338/2023.

Isso porque, embora os fatos sejam novos, há institutos jurídicos, teorias e interpretações que permitem atribuir responsabilidade a quem cause danos utilizando sistemas de IA. Por exemplo, a experiência jurisprudencial e doutrinária com a previsibilidade do dano, a multiplicidade das causas (concausas), no que diz respeito ao pressuposto do nexo causal da responsabilidade civil, bem como as teorias do dano direto e imediato e da causalidade adequada, no que diz respeito à interrupção do nexo causal. Somado a isso, quando aplicáveis, também devem ser consideradas as regras relativas às relações de consumo previstas no CDC, com a possibilidade de responsabilização de toda a cadeia de produção, e ao tratamento de dados pessoais previstas na LGPD.

É necessário frear o ímpeto de anunciar novos ramos do direito e de precipitadamente criar leis específicas²⁸, sob o risco de prejudicar a tutela das pessoas, que devem ser o centro da preocupação²⁹.

²⁸ “Viewing AI systems as a part of larger socio-technical systems highlights the fact that the risks associated with the implementation of these systems largely do not depend on the technologies described above as “AI”. Indeed, the vast majority of issues discussed under the heading “AI and Law” refer, at least on closer inspection, to old and well-known legally relevant consequences. For instance, the categorization of people based on AI systems triggers risks for human rights, for example the principle of equality, that already exist with “traditional” algorithms that may lead to unfair discrimination, while problems of diversity created by news recommender systems are similarly not restricted to uses of AP”. (König et. al, 2022, p. 29).

²⁹ “Afirma-se, com isto, que a inteligência artificial, na medida em que consiste em uma espécie de tecnologia, deve estar a serviço do ser humano para, em sua atuação, auxiliá-lo no desafio emancipatório de viver como o principal protagonista, seja no momento atual, seja no futuro, de tal sorte que deve estar alinhada com o fortalecimento de uma circuitaria emocional que favorece uma vida mais livre, responsável, solidária e autônoma, apesar do atual contexto instável, incerto, volátil e complexo [...] parametrização por meio da responsabilidade, da solidariedade para o devido gozo da liberdade, da dignidade e da autonomia, dentre outros parâmetros e limites, especialmente advindos da necessária concretização do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Esse enquadramento da relação do ser humano com as novas tecnologias, tende a refletir na criação de novas formas de utilização das tecnologias, mas também em novos modelos de correlação/cooperação e de regulação/regulamentação” (Sarlet, I.; Sarlet, G.; Bittar, 2022, p. 8-9).

A IA deve ser utilizada para a promoção do bem-estar e desenvolvimento humano, sem se descuidar dos possíveis riscos³⁰. Nesse sentido, os institutos jurídicos tradicionais devem ser interpretados com a finalidade de recepcionar as novas situações. Caso contrário, corre-se o risco de criar diversas leis não coerentes com o sistema e que não garantem uma tutela satisfatória.

O direito civil assume papel importante no balanço entre autonomia privada e respeito aos direitos fundamentais. Nesse contexto, o Direito possui dupla função, criar os pressupostos para que não ocorram danos e, caso se concretizem, apresentar as ferramentas para reparação, especialmente por meio da responsabilidade civil.

Como pontuado, as normas atuais de responsabilidade civil, junto com a experiência desenvolvida com elas, aparentam ser suficientes para dar respostas adequadas. Por sua vez, normas específicas também são necessárias para orientar o setor das tecnologias de inteligência artificial, de modo a estabelecer princípios e limites ao seu desenvolvimento, sem ignorar as demais normas relevantes na temática, como a LGPD e o MCI.

³⁰ “é de se atentar para os efeitos colaterais negativos do uso da IA, em especial, um processo gradual de maior vulnerabilização e submissão das pessoas” (Sarlet, I.; Sarlet, G.; Bittar, 2022, p. 9).

REFERÊNCIAS

- ALEJANDRO, Diego. Verdade: escritor Isaac Asimov antecipou, em 1957, atual dependência dos celulares. **Monitor R7**, 06 abr. 2022. Disponível em: <https://monitor7.r7.com/verdade-escriptor-isaac-asimov-antecipou-em-1957-atual-dependencia-dos-celulares-06042022>. Acesso em: 24 fev. 2024.
- ASIMOV, Isaac. **Eu, robô**. São Paulo: Aleph, 2014.
- ASIMOV, Isaac. Visit to the World's Fair of 1964. **The New York Times**, 16 ago. 1964. Disponível em: <https://archive.nytimes.com/www.nytimes.com/books/97/03/23/lifetimes/asi-v-fair.htm>. Acesso em: 24 fev. 2024.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa De Responsabilidade Civil**. 16ª ed. Barueri: Editora Atlas, 2023.
- DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto; MENDES, Laura Schertel; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 23, n. 4, 2018.
- DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- GOODFELLOW, Ian; BENGIO, Yoshua e COURVILLE, Aaron. **Deep Learning**. **Cambridge, MA**: MIT Press, 2016.
- HEVERLY, Robert A. Tort Theories and AI: An American Perspective In DIMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina; CANNARSA, Michel (Ed.). **The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence**: Global Perspectives on Law and Ethics, Cambridge: Cambridge University Press, 2022.
- JOHNSON, Stephen. In 1983, Isaac Asimov predicted the world of 2019. Here's what he got right (and wrong). **Big Think**, 27 dez. 2018. Hard Science. Disponível em: <https://bigthink.com/hard-science/isaac-asimov-future-predictions-from-1983/>. Acesso em: 24 fev. 2024.
- KINGWELL, Mark. Are Sentient AIs Persons? In: DUBBER, Markus; PASQUALE, Frank; DAS, Sunit (Ed.). **The Oxford Handbook of the Ethics of Artificial Intelligence**. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- KNETSCH, Jonas. Tort Theories and AI: A European Perspective. In: DIMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina; CANNARSA, Michel (Ed.). **The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence**: Global Perspectives on Law and Ethics. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.
- KÖNIG, Pascal D.; KRAFFT, Tobias D.; SCHULZ, Wolfgang; ZWEIG, Katharina A. Essence of AI: What Is AI? In DIMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina; CANNARSA, Michel (Ed.). **The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence**: Global Perspectives on Law and Ethics. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.
- LUGER, George F. A Brief History and Foundations for Modern Artificial Intelligence. **International Journal of Semantic Computing**, v. 17, n. 01, p. 143-170, 2023. Disponível em: <https://www.worldscientific.com/doi/10.1142/S1793351X22500076>. Acesso em: 17 fev. 2024.
- MCCARTHY, John. **What Is Artificial Intelligence?** Stanford: Stanford University, 2007. Disponível em: <http://jmc.stanford.edu/articles/whatisai.html>. Acesso em: 25 fev. 2024.
- PRAGMATISM. **Encyclopedia Britannica**. Rosenthal, Sandra B. and Thayer, H.S. 2024. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/pragmatism-philosophy>. Acesso em: 18 fev. 2024.
- PRAGMATISM. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Editor Edward N. Zalta. 2021. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/ENTRIES/pragmatism/>. Acesso em: 18 fev. 2024.
- REBALA, Gopinath; AJAY, Ravi. Machine Learning Definition and Basics. In: **An Introduction to Machine Learning**. Cham: Springer, 2019.

SARLET, Ingo W.; SARLET, Gabrielle B. S.; BITTAR, Eduardo C. B. **Inteligência artificial, proteção de dados pessoais e responsabilidade na era digital**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Dilemas atuais do conceito jurídico de personalidade: uma crítica às propostas de subjetivação de animais e de mecanismos de inteligência artificial. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, 2020. Disponível em:

<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/562>. Acesso em: 19 fev. 2024.

SURDEN, Harry. Artificial Intelligence and Law: An Overview. **Georgia State University Law Review**, v. 35, 2019, U of Colorado Law Legal Studies Research Paper, n. 19-22, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3411869>. Acesso em: 19 fev. 2024.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MEDON, Filipe. Responsabilidade civil e regulação de novas tecnologias: questões acerca da utilização de inteligência artificial na tomada de decisões empresariais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 301-333, jan./abr., 2020.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 21, p. 61-86, jul./set., 2019.

Como citar este artigo:

POLLA, Rafael Montilla. Inteligência artificial e direito: complexidade, regulação e desafios. **Revista Eletrônica do CEJUR**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 102-124, 2025. DOI: 10.5380/cejur.v3i2.97805.

O TRABALHO ESCRAVO DOMÉSTICO NO BRASIL: ESTRUTURAS DOMINANTES DE PODER QUE PRIVILEGIAM CLASSES E PERPETUAM O RACISMO

DOMESTIC SLAVE LABOR IN BRAZIL: DOMINANT POWER STRUCTURES THAT PRIVILEGE CLASSES AND PERPETUATE RACISM

Eduardo da Silva Calixto¹

Resumo: Aborda a histórica trajetória de desigualdades sociais e raciais no trabalho doméstico no Brasil, predominantemente realizado por mulheres negras de baixa renda. Debate como essa ocupação tem sido marcada por precariedade salarial e falta de proteção jurídica. Discorre sobre a evolução legislativa da regulamentação dos direitos dos trabalhadores domésticos a partir da Lei 5.859/72, progredindo significativamente somente com a Constituição de 1988, a Emenda Constitucional n. 72 de 2013 e a Lei Complementar n. 150 de 2015. Explana os fundamentos jurídicos e elementos gerais e especiais para configuração do vínculo de emprego doméstico. Discute que, mesmo com avanços legais, persistem desigualdades que afetam sobretudo as mulheres negras, através de dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). A pesquisa utiliza dados bibliográficos e do IPEA para explorar como estruturas de poder, racismo e castismo, a partir de autores como Isabel Wilkerson e Silvio Almeida, impactam a vida das trabalhadoras domésticas. Apresenta casos contemporâneos de condições análogas à escravidão que ilustram a perpetuação dessas dinâmicas opressivas. Questiona o papel do Judiciário na manutenção dessas hierarquias sociais e discute a importância de políticas públicas que enfrentem as questões de gênero, raça e classe visando à justiça social. A perpetuação dessas injustiças é observada tanto nas condições materiais de trabalho quanto no sistema de castas enraizado na sociedade brasileira. Conclui que, além das leis, é essencial a implementação de mecanismos eficazes de fiscalização e promoção da igualdade para alcançar uma real transformação social e justiça para essa categoria de trabalhadores.

Palavras-chave: Desigualdade de gênero; Trabalho doméstico; Justiça Social; Direito do Trabalho; Racismo Estrutural.

Abstract: This study explores the historical trajectory of social and racial inequalities in domestic work in Brazil, predominantly performed by low-income Black women. It examines how this occupation has been characterized by precarious wages and a lack of legal protection. The paper traces the legislative evolution of domestic workers' rights, starting with Law 5,859/72 and progressing significantly with the 1988 Constitution, Constitutional Amendment No. 72 of 2013, and Complementary Law No. 150 of 2015. It analyzes the legal foundations and general and specific elements that define domestic employment relationships. Despite legal advancements, inequalities persist, disproportionately affecting Black women, as highlighted by data from the Institute for Applied Economic Research (IPEA). Using bibliographic and IPEA data, the research investigates how power structures, racism, and caste systems, drawing on authors such as Isabel Wilkerson and Silvio Almeida, impact the lives of domestic workers. Contemporary cases of slavery-like conditions illustrate the persistence of oppressive dynamics. The study questions the judiciary's role in maintaining social hierarchies and emphasizes the need for public policies addressing gender, race, and class issues to achieve social justice. It concludes that beyond legislation, effective mechanisms for enforcement and the promotion of equality are essential to achieving meaningful social transformation and justice for this workforce.

Keywords: Gender inequality; Domestic work; Social justice; Labor law; Structural racism.

Sumário: Introdução. 1. O trabalho doméstico e sua regulamentação jurídica. 2. Trabalho doméstico: raça, gênero e classe. 3. Estruturas de poder, castas, racismo e legitimação da exploração da trabalhadora doméstica. Considerações finais. Referências.

¹ Doutorando em Direito em Direitos Humanos e Democracia pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, eduardo.calixtoequip@gmail.com, ORCID: 0000-0002-7320-7104.

INTRODUÇÃO

O trabalho doméstico no Brasil é historicamente marcado por desigualdades sociais e raciais, sendo predominantemente realizado por mulheres negras de baixa renda. Remontando ao período escravocrata, essa ocupação tem sido caracterizada por remuneração precária e falta de proteção jurídica adequada.

A evolução legislativa para regularizar os direitos dos trabalhadores domésticos no Brasil foi tardia. Até 1972, eles não possuíam direitos trabalhistas básicos, uma exclusão reforçada pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943. A partir da Lei 5.859/72, houve um início de regulamentação, ampliado pela Constituição de 1988 e pela Emenda Constitucional n. 72 de 2013, culminando na Lei Complementar n. 150 de 2015. Apesar desses avanços, dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) de 2023 mostram que persistem desigualdades significativas, com as mulheres ainda arcando com a maior parte do trabalho doméstico e de cuidados não remunerados.

O artigo examina a regulação jurídica do trabalho doméstico no Brasil, contextualizando-a no cenário de desigualdades raciais e de classe. A análise é aprofundada pelo conceito de *castismo*, proposto por Isabel Wilkerson, que oferece uma lente crítica para entender as hierarquias sociais. Casos recentes, como o de Madalena, resgatada de condições análogas à escravidão, ilustram como essas dinâmicas de poder persistem.

A pesquisa utiliza referencial bibliográfico, dados do IPEA e o método hipotético-dedutivo para explorar a interseção entre racismo, castismo e estruturas de poder, destacando como essas estruturas de opressão se entrelaçam no contexto capitalista. Assim, questiona-se o papel do Judiciário e a perpetuação das hierarquias sociais, propondo uma reflexão crítica sobre a justiça social no Brasil contemporâneo para essa categoria de trabalhadores.

1. O TRABALHO DOMÉSTICO E SUA REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA

No âmbito brasileiro, a evolução legislativa do Trabalho Doméstico foi tardia. Até 1972, os trabalhadores domésticos não possuíam direitos trabalhistas, inclusive, a redação do artigo 7º, *a*, da CLT, exclui expressamente esses prestadores de serviços ao dispor que os preceitos desta Consolidação, salvo legislação própria ou expressamente determinado em contrário, não se aplicam: “aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam

serviços de natureza não-econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas”.

Em 1972, a Lei Especial n. 5.859/72 foi aprovada, iniciando a regulamentação sobre direitos dos domésticos, mas ainda sem equipará-los a empregados² e, com a Constituição de 1988, seu artigo 7º, ampliou seus direitos, mas sem equipará-los aos trabalhadores urbanos e rurais.

Com a aprovação da Emenda Constitucional n. 72, no ano de 2013 os trabalhadores domésticos passaram a ter os direitos trabalhistas previstos no artigo 7º da Constituição, conforme parágrafo único do referido artigo, sendo que a Lei Complementar n. 150/2015 revogou expressamente a Lei 5.859/72 e passou a legislar toda relação em torno do trabalhador doméstico, que passou a ser tratado como empregado típico, ou seja, o empregado doméstico “assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana”.

O empregado doméstico recebe os mesmos elementos fáticos-jurídicos de qualquer empregado. Ele é “pessoa física que presta, com pessoalidade, onerosidade e subordinação, serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, em função do âmbito residencial destas” (Delgado, 2019, p. 441). Nota-se que, nos termos da Lei Específica, diferentemente da CLT, que adota um elemento-fático negativo ao expor a *não eventualidade* como elemento comprobatório da relação de emprego, a Lei Complementar 150/2015 expõe o elemento fático-jurídico da *continuidade*, além de que, esse empregado(a) não pode prestar serviços para um empregador que busque uma finalidade econômica, se tratando então de efetuação de serviços em função do âmbito residencial dos tomadores:

Com isso, percebe-se a presença de *elementos fáticos-jurídicos gerais* e *elementos fáticos-jurídicos especiais*. No primeiro campo, estão presentes quatro componentes, são eles: “*pessoa física, pessoalidade, onerosidade e subordinação*”. Trata-se, portanto, de elementos que se compreendem, no trabalho doméstico, a partir dos mesmos dados empíricos e conceituais verificados em outros segmentos da realidade socioeconômica (Delgado, 2019, p. 442). A título de nota, o próximo capítulo demonstrará como o elemento da *pessoa física* do prestador de serviços doméstico está intimamente ligado a discriminação decorrente de raça e gênero, sobretudo no Brasil.

Quanto a pessoalidade, se presencia a figura de trabalhadores e trabalhadoras que possuem extrema fidúcia para com seus empregadores, seja pela natureza dos serviços prestados ou por conta do local dessa prestação de serviços, que via de regra, se dá no âmbito familiar. Por sua vez, quando

² Nunca é demais lembrar que toda relação de emprego é uma relação de trabalho e nem toda relação de trabalho é uma relação de emprego e foi assim com os trabalhadores domésticos até a Lei Complementar 150/2015, afinal, considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário (art. 3º, da CLT), preenchendo assim os pressupostos da não eventualidade, onerosidade, subordinação jurídica, alteridade e pessoalidade.

O TRABALHO ESCRAVO DOMÉSTICO NO BRASIL: ESTRUTURAS DOMINANTES DE PODER QUE PRIVILEGIAM CLASSES E PERPETUAM O RACISMO

se expõe o elemento da *onerosidade* no campo do trabalho doméstico, deve ser observado que os serviços prestados serão remunerados, mas não necessariamente através de pecúnia. Por óbvio, sem se adentrar nas modalidades de *remuneração*, o trabalho doméstico é em sua grande parte remunerado pelo *salário in natura*³.

Outro elemento fático-jurídico geral se refere ao da *não eventualidade*, ou continuidade, ao se analisar o artigo 3º da CLT, nota-se que o elemento fático-jurídico para configuração da relação de emprego é a *não eventualidade*, porém, a Lei Complementar n. 150/2015 fez referência à expressão “aquele que presta serviços de *forma contínua*”, em outras palavras, o elemento fático para configuração da relação de emprego do empregado doméstico é a *continuidade*, inclusive a referida Lei Complementar trouxe um liame temporal para que essas *continuidade* restasse configurada.

Ainda que tal diferenciação seja irrelevante na prática, para fins de interpretação da lei (lógico-sistêmico e teleológico), a doutrina trabalhista reflete o motivo para tal diferenciação, qual seja:

Ora, ao não adotar a expressão celetista consagrada (natureza não eventual) — que importava o afastamento da teoria da descontinuidade no tocante à caracterização do trabalhador eventual —, elegendo, ao revés, exatamente a expressão rejeitada pela CLT (natureza contínua), a Lei Especial dos Domésticos (n. 5.859/72) fez claramente uma opção doutrinária, firmando o conceito de trabalhador eventual doméstico em conformidade com a teoria da descontinuidade. Essa opção doutrinária não se chocaria com o sistema, não seria com ele incompatível: apenas daria tratamento diferenciado a um elemento fático-jurídico geral, no contexto de uma relação jurídica empregatícia particular (tratamento diferenciado, aliás, que a ordem jurídica confere ao doméstico em quase tudo: jornada, adicionais legais, FGTS, etc.). Ou seja: o elemento da não eventualidade na relação de emprego doméstica deve ser compreendido como efetiva continuidade, por força da ordem jurídica especial regente da categoria (Delgado, 2019, p. 445-446).

Logo, para fins de configuração da relação de emprego do trabalhador doméstico para com o tomador de serviços, a partir do elemento da *continuidade*, se tem como liame temporal a necessidade de que esse trabalhador(a) labore com habitualidade *três ou mais vezes* por semana para a mesma pessoa física ou família tomadora, se o indivíduo trabalha duas vezes, por semana, já não está preenchido tal elemento e, conseqüentemente, está afastado o vínculo empregatício para com aquele tomador. Em resumo, a Lei Complementar n. 150/2015, incorporou anos de discussão

³ O salário *in natura*, também conhecido como *salário utilidade*, é entendido como toda parcela, bem ou vantagem oferecida pelo empregador para o empregado como gratificação *pelo* trabalho prestado. A título de exemplo, se tem valores pagos a título de alimentação, habitação, entre outras parcelas que podem decorrer do próprio contrato de trabalho, conforme explana o art. 458 da CLT. Destaca-se que, nos termos do artigo 82 da CLT, o salário *in natura* deve ser no máximo em 70% do salário do empregado e 30%, no mínimo, deverá ser em pecúnia. Necessário recordar ainda que a Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), apresentou uma série de parcelas que os empregadores poderão oferecer para seus empregados das quais não serão consideradas como salário, ou seja, não serão objeto de contribuições sociais, encargos fiscais e reflexos em outras verbas trabalhistas, mas a dinâmica do que se configura salário *in natura* para fins de reconhecimento de sua natureza salarial segue em discussão devendo observar a seguinte situação: o salário utilidade que o empregado recebe ou usufrui foi pago *pelo* trabalho ou *para* o trabalho? Explica-se isto a partir do fundamento na relação de emprego, afinal, se o empregado recebe algo, ainda que *in natura* como contraprestação do serviço prestado, decorrente de habitualidade, comutatividade, gratuitamente e com fundamento contratual visando suprir necessidade vital do empregado, entender-se-á que tal utilidade será caracterizada como verba salarial. Diferentemente de um veículo, o fornecimento de vestuário ou reembolso de despesas os quais o empregado utiliza *para* o trabalho, ainda que de forma gratuita, incorrendo assim em uma verba *meramente indenizatória*, vide interpretação extraída da Súmula 367 do C. TST.

doutrinária e jurisprudencial e pacificou a regulação do vínculo de emprego a partir da seguinte tese em seu art. 1º: trabalho doméstico até dois dias por semana, considera-se *descontínuo*; trabalho doméstico por mais de dois dias na semana considera-se *contínuo* (Delgado, 2019, p. 447).

Acerca dos elementos fáticos-jurídicos *especiais*, a relação de emprego doméstico, por ser regida por Lei Especial, faz com que sejam observados alguns elementos distintos da relação de emprego convencional, um desses é que o trabalhador preste serviços a um tomador que não tenha finalidade lucrativa, seja ele pessoa física ou uma família. Essa finalidade não lucrativa de serviços tem como objetivo não submeter o empregado doméstico no fator de produção do empregador, afirmando-se seu trabalho enquanto *valor de uso* e não como *valor de troca*, ou seja, uma atividade de mero consumo e não de produção. São exemplos de empregados domésticos o caseiro, a faxineira, o jardineiro, a cozinheira, contudo, se o empregador utilizar essa força de trabalho para produzir bens para terceiros, descaracteriza-se a natureza doméstica do vínculo estabelecido (Delgado, 2019, P. 448).

Havendo essa ruptura no elemento fático-jurídico da prestação de serviços para um empregador que não detenha finalidade lucrativa, o trabalho doméstico é descaracterizado e, conseqüentemente, aplica-se a Consolidação das Leis do Trabalho, possuindo dispositivos mais favoráveis e mais amplos:

TRABALHO DOMÉSTICO. DESCARACTERIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO TRABALHADOR. Considera-se empregado doméstico aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal, bem como de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana (art. 1º da Lei Complementar n. 150 de 1º.06.2015). No caso, o reclamante exerceu a função de jardineiro tanto na residência quanto no escritório do reclamado, onde se desenvolve atividade econômica que reverte lucros para o empregador. O empregado que colabora para o desenvolvimento dessa atividade lucrativa não é considerado doméstico, mas empregado comum, com contrato regido pela CLT. Regência do princípio da norma mais favorável ao trabalhador. Recurso não provido, no particular. (TRT-24 00253129320145240001, Relator: RICARDO GERALDO MONTEIRO ZANDONA, Data de Julgamento: 02/09/2015, 2ª Turma).

Ainda no que se refere aos elementos fático-jurídicos especiais, o empregado doméstico deve prestar serviços para pessoa ou família, não pode o tomador de serviços ser pessoa jurídica, ou ainda, exigir que o empregado seja um M.E.I. Tal elemento consubstancia a noção de despersonalização do empregador, afinal, essa pessoalidade havida entre empregado e empregador é diferente daquela que se tem em uma relação de emprego regida pela CLT, pois lá, em um primeiro momento, a CLT exclui os domésticos (art., 7º, *a*) e, em segundo, o conceito de empregador está fixado na ideia de empresa (art. 2º, 10, 448 e 448-A, da CLT).

Por fim, como elemento fático-jurídico especial para configuração do empregado doméstico, deve este prestar serviços em âmbito residencial do empregador ou em função da residência da pessoa ou da família. Destaca-se aqui não somente a residência do empregador, mas extensões familiares como, chácaras, sítios, casas de praia, entre outras. “O que se considera essencial é que o espaço

O TRABALHO ESCRAVO DOMÉSTICO NO BRASIL: ESTRUTURAS DOMINANTES DE PODER QUE PRIVILEGIAM CLASSES E PERPETUAM O RACISMO

de trabalho se refira ao interesse pessoal ou familiar, apresentando-se aos sujeitos da relação de emprego em função da dinâmica estritamente pessoal ou familiar do empregador” (Delgado, 2019, p. 451).

No Brasil, essa modalidade de trabalho é composta em sua grande maioria por mulheres, historicamente submetidas a aspectos excludentes, como baixa remuneração, ausência de registro em Carteira de Trabalho e sempre discriminadas em razão de gênero e raça. Nesse sentido, é importante pautar a questão de gênero no cerne do trabalho doméstico, onde se passará a compreender como o trabalho doméstico se interrelaciona com os pontos a seguir.

2. TRABALHO DOMÉSTICO: RAÇA, GÊNERO E CLASSE

Carolina Maria de Jesus, ao retratar em *Quarto de Despejo: Diário de uma favelada* (1960) registra a dura realidade da população pobre e negra do Brasil, as páginas do livro traçam o estigma de uma mãe preta e solteira que se desdobrava para honrar seus compromissos financeiros e sustentar seus filhos, carregando a fome e o amargor de se submeter diariamente ao trabalho mal remunerado no Brasil da década de 1960.

Mais de 50 anos depois, a obra de Carolina Maria de Jesus, mesmo com toda proteção constitucional e infraconstitucional acima delineada, retrata como o Brasil do Século XXI não superou seu histórico escravagista e conservador, mantendo constantemente mulheres, sobretudo, negras, no campo do trabalho doméstico. Enquanto homens negros, em sua maioria, são submetidos a trabalhos braçais, o trabalho doméstico tem tido uma concentração maior entre trabalhadoras negras, inserindo-se como lavadeiras, domésticas, cozinheiras, diaristas, entre outras atividades como forma de ganharem a vida (Carvalho; Gonçalves, 2021, p. 4).

Muitas delas se submetem ao trabalho doméstico em casa de famílias em troca de comida, sem qualquer proteção jurídica, por vezes submetidas a condições análogas a de escravidão. Portanto, discutir o trabalho doméstico no Brasil é se deparar com a desigualdade social que habita o país, principalmente, em questões de raça e gênero, de modo que se presencia nitidamente hierarquias entre raças e uma lógica de desvalorização do trabalho feminino (Carvalho; Gonçalves, 2021, p. 4).

O mercado de trabalho exclui a mulher negra de baixa renda e, Carolina Maria de Jesus, se enquadra justamente naquilo que Jessé de Souza explora em *Ralé Brasileira: Quem é e como vive* (2009):

Isso não significa que a “ralé” não seja também explorada sistematicamente em subempregos. Pelo contrário, a sua não incorporação no extrato competitivo do mercado de trabalho, reservado às outras classes, a torna um brinquedo impotente e passivo de uma lógica social excludente que explora o trabalho não qualificado. Entre as mulheres da “ralé”, são as empregadas domésticas, faxineiras, lavadeiras ou prostitutas — a perfeita metáfora “real” de quem só tem o corpo e é obrigado a vendê-lo — que trabalham nas casas de classe média ou para a classe média. Essas mulheres permitem, a baixo preço, toda uma posição privilegiada às classes média e alta brasileira — em comparação

inclusive com seus companheiros de classe europeus — que pode, assim, ser poupada de grande parte do cotidiano e custoso trabalho doméstico. É esse tempo de trabalho poupado por uma classe privilegiada que pode, então, ser reinvestido em atividades reconhecidas e lucrativas “fora de casa”. Os homens da “ralé”, como vimos na pesquisa, estão envolvidos em atividades que exigem trabalho muscular e não qualificado, como ambulante, biscateiro, lavador de carros, vigia, transporte de carga pesada etc., e servem aos mesmos fins das mulheres.

Em estudo publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em outubro de 2023, foi demonstrado que as mulheres desempenham uma carga maior de trabalho doméstico e de cuidados não remunerados em comparação com os homens e, conforme questões raciais e regionais no Brasil os índices remuneratórios são ainda mais discrepantes. Vejamos:

TABELA 1**Características da amostra – Brasil (2019)**

(Em %)

Variáveis	Mulheres	Homens
Variáveis do curso de vida		
De 18 a 29 anos de idade	0,125	0,073
De 30 a 59 anos de idade ¹	0,828	0,831
De 60 a 65 anos de idade	0,047	0,096
Ensino fundamental ¹	0,285	0,365
Ensino médio	0,412	0,403
Ensino superior	0,303	0,232
Número de filhos de 0 a 3 anos	0,132	0,132
Número de filhos de 4 a 5 anos	0,090	0,090
Número de filhos de 6 a 14 anos	0,428	0,428
Número de filhas de 15 a 18 anos	0,089	0,089
Número de filhos de 15 a 18 anos	0,100	0,100
Presença de idosos no domicílio	0,008	0,008

(continua)

O TRABALHO ESCRAVO DOMÉSTICO NO BRASIL: ESTRUTURAS DOMINANTES DE PODER QUE PRIVILEGIAM CLASSES E PERPETUAM O RACISMO

Variáveis de disponibilidade de tempo		
Presença de outra mulher adulta no domicílio	0,172	0,172
Presença de outro homem adulto no domicílio	0,193	0,193
Trabalho em tempo integral na primeira entrevista	0,472	0,832
Trabalho em tempo parcial na primeira entrevista	0,183	0,093
Desempregados/inativos na primeira entrevista ¹	0,345	0,075
Renda do trabalho na primeira entrevista: abaixo da mediana ¹	0,616	0,293
Renda do trabalho na primeira entrevista: da mediana ao percentil 90	0,316	0,557
Renda do trabalho na primeira entrevista: do percentil 90 ao 95	0,037	0,072
Renda do trabalho na primeira entrevista: do percentil 95 ao 100	0,031	0,078
Variável de barganha		
Renda do trabalho individual como fração da renda do casal: primeira entrevista	31,285	68,715
Variáveis de controle		
Ser negro	0,510	0,530
Norte ¹	0,068	0,068
Sudeste	0,499	0,499
Nordeste	0,192	0,192
Centro-Oeste	0,082	0,082
Sul	0,159	0,159
Horas semanais no trabalho reprodutivo		
Proporção de zeros	1,45	10,39
Média entre aqueles com horas positivas	23,92	11,22
Número de observações	31.152	31.152

Elaboração dos autores.
Nota: ¹ Categorias omitidas na regressão.

(Pinheiro; Medeiros; Costa; Barbosa, 2023, p. 20)

As pesquisas levantadas no estudo em referência indicam que as posições ocupadas ao longo da vida e a composição familiar influenciam as jornadas reprodutivas de maneira desigual entre os gêneros, sendo os impactos mais significativos para as mulheres. A presença de filhos aumenta o tempo dedicado ao trabalho doméstico e de cuidados não remunerados, e esse aumento é duas vezes maior para as mulheres em comparação aos homens (Pinheiro; Medeiros; Costa; Barbosa, 2023, p. 20). Quando os filhos são adolescentes, a carga de trabalho dos pais homens é reduzida, mas isso só ocorre para mães se forem filhas adolescentes. A presença de outros adultos no domicílio, especialmente mulheres, diminui o trabalho doméstico dos homens. Idosos com 80 anos ou mais aumentam a carga de trabalho das mulheres, mas não dos homens.

Outro ponto levantado pela pesquisa do IPEA expõe como a disponibilidade de tempo também afeta as jornadas de trabalho não remunerado, sendo este efeito mais expressivo para as mulheres. Homens são menos propensos a aumentar seu trabalho reprodutivo quando têm mais tempo disponível. Famílias com maior renda utilizam recursos para reduzir o trabalho doméstico, com um efeito de substituição mais forte para as mulheres. Rendimentos individuais aumentam o poder de barganha, mas são as normas de gênero que determinam maioritariamente a distribuição do trabalho doméstico, levando a uma resposta compensatória onde mulheres que ganham mais ainda

realizam mais trabalho reprodutivo (Pinheiro; Medeiros; Costa; Barbosa, 2023, p. 20).

Portanto, percebe-se que questões de gênero se destaca como a variável mais influente na determinação das jornadas reprodutivas, mais do que a composição familiar, educação ou renda, com mulheres dedicando em média 11 horas a mais por semana ao trabalho não remunerado quando comparadas aos homens (Pinheiro; Medeiros; Costa; Barbosa, 2023, p. 20).

O processo de acumulação do capital, nitidamente, atinge de maneira mais drástica as mulheres, eis que em busca de condições vitais de existência a noção de *trabalhar* se subverte, ela deixa de ser um meio de realização humana e se tornar condição de possibilidade de existência, se tornando, portanto, uma necessidade (Severo, 2021, P. 12):

As mulheres, alijadas inclusive da possibilidade da troca em um primeiro momento, mas ao mesmo tempo sujeitas à realização do trabalho invisível de cuidado (reprodução social), sofrem essa alienação de modo ainda mais profundo, pois sequer servas de seu objeto elas podem ser (Severo, 2021, p. 12).

Diante dos dados e fatos, discute-se como o modelo de trabalho doméstico brasileiro propaga o machismo e o racismo através de um mercado de trabalho exploratório e, por muitas vezes, análoga à escravidão, ainda que haja importantes instrumentos de resistência, como apontado através da Lei Complementar n. 150/2015.

3. ESTRUTURAS DE PODER, CASTAS, RACISMO E LEGITIMAÇÃO DA EXPLORAÇÃO DA TRABALHADORA DOMÉSTICA

O trabalho considerado como redutor de desigualdades e elevado à condição de organizador da vida individual e coletiva é analisado sob diversos autores e perspectivas críticas distintas.

Em Hegel (1997, p. 177-178), o trabalho demonstra como o homem fica refém da automatização, da mútua dependência e da reciprocidade na satisfação de suas carências, tornando-se um hábito, uma atividade objetiva com qualidades universais ligado a uma ideia de “consciência”, da qual Hansen (2020) explica que “Hegel evidência o trabalho a partir da produção da consciência e do autorreconhecimento utilizando a “figura do senhor e do escravo”, onde o trabalho atua como condição de emancipação (Hansen, 2020, p. 109).

Já sob um ponto de vista marxista, tudo gira em torno do trabalho, pois as “relações sociais que se constroem, as expectativas que se adquirem, as contradições que emergem, a emancipação que se busca, o olhar de mundo que se tem, fazem-se no e a partir do trabalho” (Sanson, 2021, p. 18):

Marx ainda revela ao longo de seus escritos duas perspectivas diferentes sobre o trabalho: uma primeira, a partir do referencial lógico-metodológico de Hegel em *Fenomenologia do Espírito*, onde o fruto do trabalho é a fonte de emancipação dos trabalhadores; posteriormente, sob uma nova perspectiva marxista, o trabalhador passaria a alcançar sua dignidade a partir de mecanismos revolucionários contra os privilégios burgueses (Hansen, 2020, p. 110-111). Conforme ressalta Paulo Bonavides (2013, p. 173) “na verdade, o que levou Marx àquela profunda e sombria reflexão crítica foi a perplexidade da mesma dor: o espanto de ver o Homem escravizado”.

O TRABALHO ESCRAVO DOMÉSTICO NO BRASIL: ESTRUTURAS DOMINANTES DE PODER QUE PRIVILEGIAM CLASSES E PERPETUAM O RACISMO

Neste interim, o capitalismo cria formas de escravidão cada vez mais brutais e mais traiçoeiras, nessa intensidade de exploração que, especialmente, se percebe a desigualdade entre homens e mulheres. “Há, portanto, uma centralidade na exploração dos corpos femininos” (Severo, 2021, p. 13).

Essa inferioridade causada pela exploração permitiu ao capitalismo ampliar imensamente a exploração do trabalho feminino:

Significa dizer que reforçar a lógica patriarcal, inclusive em prejuízo de espaços já ocupados à época pelas mulheres, com a perseguição sistemática daquelas que não se adaptaram e o confinamento das demais em âmbito doméstico, foi determinante para a possibilidade de alterar radicalmente as bases do convívio social, tornando o trabalho algo obrigatório.

A inserção das mulheres no “mercado” de trabalho nada mais é do que, na feliz expressão de Ricardo Antunes, a conquista do “privilégio da servidão”. Algo, aliás, que nunca deixou de ser realidade para as mulheres mais pobres e para aquelas marcadas pela ideologia de raça, criada para justificar a dominação colonial e servir à consolidação da sociedade capitalista (Severo, 2021, p. 14).

Inseridas em trabalhos precários, trabalhadoras domésticas, sobretudo aquelas de cor preta, demonstra-se como políticas culturais de enfrentamento das adversidades decorrentes dos longos séculos de escravidão no Brasil ainda deixaram marcas que potencializam o trabalho como *necessidade*, fazendo com que elas precisem se inserir como objetos de troca, de trabalhos com maior precariedade.

Percebe-se uma sociedade baseada em castas e, a partir do trabalho de Isabel Wilkerson (2020), podemos debater o conceito de castismo como referência analítica em substituição ao tema do racismo.

A autora diferencia o racismo e o castismo sob o argumento de que em determinados países se torna difícil de separá-los. A exemplo dos Estados Unidos. Menciona que “qualquer ação ou instituição que escarneça, prejudique, pressuponha ou atribua uma inferioridade ou um estereótipo a alguém com base na construção social da raça pode ser considerada racismo” (Wilkerson, 2020). Por sua vez, o castismo é extraído de “qualquer ação ou estrutura que procure limitar, deter ou colocar uma pessoa numa posição hierárquica definida, elevando-a ou rebaixando-a com base naquilo que é percebido como sua categoria” (Wilkerson, 2020). No castismo se tem a preservação de uma hierarquia de poder, essas castas mantêm a posição de privilégio, se elevam acima dos outros para manter outros abaixo de si.

A autora ainda exemplifica como nos Estados Unidos, mais precisamente na Virginia, houve uma série de métodos para se formar uma hierarquia entre imigrantes, sobretudo, para africanos que não eram incluídos no censo por seu nome, afinal, sua idade, data de chegada no país não eram registradas.

Esse sistema de castas está presente nas infraestruturas de nossas divisões sociais. “É a arquitetura da hierarquia humana, o código subconsciente de instruções para manter, no nosso caso, uma ordem social de quatrocentos anos”.

A autora ainda aborda que na história humana três sistemas de castas se destacam: Alemanha nazista; sistema indiano; pirâmide estadunidense. Cada versão se baseia na estigmatização dos supostos inferiores a fim de justificar a desumanização necessária para manter na base as pessoas de classificação mais baixas e os protocolos para vigência dessa ordem. Esse sistema se perdura, a exemplo da Índia, muitas vezes é justificado em nome da “vontade divina” (Wilkerson, 2020).

Casta e raça não são sinônimas e nem se excluem, na realidade eles coexistem. Enquanto na raça é o que podemos ver, os traços físicos, etc., a casta é a poderosa infraestrutura que mantém cada grupo em seu lugar. Wilkerson afirma que “o castismo é o investimento na preservação da hierarquia tal como ela é, a fim de manter a posição, as vantagens e os privilégios próprios, de se elevar acima dos outros ou manter os outros abaixo de si” (Wilkerson, 2020).

Mas então questiona-se: não teria o racismo e o castismo uma lógica diferente da lógica da luta de classes? Silvio Almeida expõe o dilema na divisão entre raça e classe. “A divisão de classes, a divisão de grupos no interior das classes, o processo de individualização e os antagonismos sociais que caracterizam as contradições que formam a sociabilidade capitalista têm o racismo como veículo importantíssimo” (2019, p. 185-186).

Assim, compreende-se que tanto na discussão em torno do castismo de Wilkerson e do próprio racismo, à luz das discussões do Racismo Estrutural de Silvio Almeida, se tem um ponto em comum: os indivíduos que compõem as raças, as classes ou as castas se constituem concomitantemente nas condições estruturais do capitalismo.

Inclusive, o autor destaca que:

Para entender as classes em seu sentido material, portanto, é preciso, antes de tudo, olhar para a situação real das minorias. A situação das mulheres negras exemplifica isso: recebem os mais baixos salários, são empurradas para os trabalhos improdutivos – aqueles que não produzem mais-valia, mas que são essenciais. Por exemplo, as babás e empregadas domésticas, em geral negras (...)” (Almeida, 2019, p. 186).

Logo, os problemas de raça e classe não se contrapõem, mas se interpenetram como elementos explosivos do capitalismo.

A partir disto, que o trabalho doméstico, sobretudo o trabalho da empregada doméstica, está dentro de uma lógica de classe dominante *vs* classe dominada ou de raça *vs* casta.

A obra Quarto de Despejo de Carolina Maria de Jesus, expõe uma realidade presente que ainda perdura no Brasil. Em 2021, o Brasil tomou o conhecimento do caso de Madalena, mulher que foi

O TRABALHO ESCRAVO DOMÉSTICO NO BRASIL: ESTRUTURAS DOMINANTES DE PODER QUE PRIVILEGIAM CLASSES E PERPETUAM O RACISMO

resgatada em condição análoga a de escravidão, onde foi empregada doméstica de uma família rica por quatro décadas⁴.

Como se não bastasse a exploração da força de trabalho dessa mulher, seus patrões a transformaram em uma fonte de renda, ao obrigarem ela a casar-se com um parente da família para, após seu falecimento, receber uma pensão por morte a ser repassada para a família⁵. Pensão da qual bancou o curso de medicina de uma das filhas dos acusados.

Dentro do modelo de castismo existente, também podemos citar as estruturas de poder do Brasil e agentes que fazem parte dessa estrutura, como no caso de Sonia Maria de Jesus, 49 anos, negra e surda, que foi resgatada da casa de um Desembargador do TJ SC após trabalhar há 40 anos, sem registro formal de emprego, salário ou benefícios trabalhistas e que, em dezembro de 2023, esse desembargador conseguiu através de decisão judicial o resgate da trabalhadora em razão de um pedido de reconhecimento de paternidade socioafetiva e outras provas suspeitas de envolverem coação de familiares, elaboração de laudos e afastamento de auditores fiscais do trabalho⁶.

A própria estrutura da justiça também é racista e classista, onde se percebe isso na tolerância da exploração do trabalho humano em decisões judiciais. A hierarquia se assenta primordialmente na raça e na classe social, elementos entrelaçados em um ambiente de neocolonialismo capitalista. “É o classismo e o racismo estrutural, presentes nas democracias ocidentais” (Cavalcanti, 2021, p.224). Existe uma complacência de situações de negação da humanidade, ela é estrutural, está presente em todos os ambientes sociais, nas instituições do Estado e, inclusive, no Poder Judiciário. Conforme expõe Tiago Muniz Cavalcanti: “a ideologia hegemônica é a ideologia da classe dominante, e os juízes compõem essa classe social”⁷ (2021, p. 226).

Em decisões judiciais absolutórias de trabalho escravo também. O Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, entendeu que trabalhadores encontrados em condições degradantes e desumanas,

⁴ Madalena Gordiano: *envolvidos no caso da mulher que viveu 40 anos em situação análoga à escravidão em MG são ouvidos em audiência*. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/triangulo-mineiro/noticia/2023/03/14/madalena-gordiano-envolvidos-no-caso-da-mulher-que-viveu-40-anos-em-situacao-analoga-a-escravidao-em-mg-sao-ouvidos-em-audiencia.ghtml>

⁵ Casal é condenado a mais de 14 anos por escravizar doméstica em Minas Gerais. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2024/04/casal-condenado-escravizar-domestica-minas-gerais/>

⁶ DE VOLTA À CASA GRANDE - Desembargador denunciado por trabalho escravo usou ‘manipulação psicológica’ para vítima voltar à sua casa, revelam laudos. Disponível em: <https://www.intercept.com.br/2023/12/11/desembargador-denunciado-por-trabalho-escravo-usou-manipulacao-psicologica-para-vitima-voltar-a-sua-casa-revelam-laudos/#:~:text=Sua%20sa%C3%BAde%20bucal%20estava%20deteriorada,em%20condi%C3%A7%C3%B5es%20an%C3%A1logas%20%C3%A0%20escravid%C3%A3o.>

⁷ Barroso chama Joaquim Barbosa de ‘negro de primeira linha’ em discurso. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/barroso-chama-joaquim-barbosa-de-negro-de-primeira-linha-em-discurso-21449394>. Juíza de Vara Criminal diz que réu não parece bandido por ser branco: (...) “Vale anotar que o réu não possui o estereótipo padrão de bandido, possui pele, olhos e cabelos claros, não estando sujeito a ser facilmente confundido”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-01/juiza-campinas-reu-nao-parece-bandido-branco/#:~:text=A%20ju%C3%ADza%20da%205%C2%AA%20Vara,e%20uma%20testemunha%20do%20crime.>

sem sanitários e sem EPIS, não mereciam reparação pelos danos morais sofridos, eis que "próprias do exercício da função desempenhada", fazendo parte da realidade de vida do trabalhador:

Em relação às condições de moradia, ditas aviltantes, sem banheiro e tratamento de água e esgoto adequadas, mister que façamos algumas reflexões. Vejamos. É patente que a maior parte da população mundial, mormente dos países periféricos, como é o caso do Brasil, vivencia uma realidade social de privação, seja como morador das periferias nas grandes cidades, seja como habitante da zona rural.

Não raro, tomamos conhecimento de que, em pleno século XXI, grandes cidades brasileiras não dispõem de condições ideais de saneamento básico, tais como tratamento de água e esgoto, realidade essa não muito diferente da que se espera encontrar em locais que estão incrustados no meio do mato, distantes mais de 32 km do povoado mais próximo. [...] Todo trabalho desenvolvido, seja como operário da construção civil, seja como catador de lixo, seja como garí, seja como trabalhador rural, lidando com o cultivo da reta, na agricultura ou mesmo na pecuária, cada trabalhador cumpre um papel relevante para o desenvolvimento econômico da sociedade, se submetendo às condições próprias do exercício da função desempenhada, de acordo com a realidade e o contexto em que se desenvolve.

Não se pode aplicar à realidade de um trabalhador rural, do nordeste brasileiro, um ambiente de trabalho diverso do que fora apresentado na situação em análise. Autos n. 0143200-45.2009.5.16.0013.

A decisão, além de preconceituosa e hostil, nega direitos básicos ao trabalhador, consagra a ideia de castismo e da existência de classes subalternas em nosso país, ao impor uma hierarquia de seres humanos, uns que por desempenharem determinadas atividades não necessitam de proteções ou segurança no local de trabalho pois seriam condições inerentes a função desempenhada.

Igualmente, percebe-se que tais condições são oriundas do modelo de trabalho visto no Brasil ao longo da história. Coincidentemente o réu da ação era um juiz. Exemplos são vistos aos montes, como na própria terceirização, onde o índice de resgate de trabalhadores análogos à condição de escravidão aumentou nos últimos anos⁸.

O Judiciário está alinhado com o modelo de desenvolvimento econômico neoliberal do setor privado. É nesse cenário que se presencia um modelo classista a serviço dos grupos dominantes. Um poder que aniquila políticas emancipatórias de direitos humanos e qualquer proteção social defendida pelo Estado Social perpetuando ainda mais os mecanismos de castas e classes hegemonicamente estabelecidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história do trabalho doméstico no Brasil revela uma trajetória marcada pelo atraso em sua regulamentação legal e pelo perpetuamento de desigualdades sociais, de gênero e raciais. Nos últimos anos, com a implementação da Emenda Constitucional n. 72 de 2013 e da Lei Complementar n. 150 de 2015, se assistiu a um significativo avanço na formalização e ampliação dos direitos destes trabalhadores.

A legislação inicial estabeleceu que o empregado doméstico é aquele que presta serviços de forma

⁸ *Terceirização favorece o trabalho análogo ao escravo no país*. Disponível em: < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/direitos-humanos/audio/2023-03/terceirizacao-favorece-o-trabalho-analogo-ao-escravo-no-pais> >.

O TRABALHO ESCRAVO DOMÉSTICO NO BRASIL: ESTRUTURAS DOMINANTES DE PODER QUE PRIVILEGIAM CLASSES E PERPETUAM O RACISMO

contínua, subordinada e não econômica, no âmbito residencial da pessoa ou família. No entanto, a Lei Complementar de 2015 trouxe uma definição mais precisa e objetiva ao especificar o requisito da continuidade, exigindo que o trabalho seja prestado por mais de dois dias na semana. A análise dos requisitos estabelecidos pela Lei Complementar n. 150/2015 revela quatro critérios essenciais para a configuração da relação de emprego doméstico: continuidade, finalidade não lucrativa, prestação de serviços à pessoa física ou família, âmbito residencial e a onerosidade.

Esses critérios são fundamentais para distinguir entre diferentes formas de trabalho e garantir que a proteção legal seja adequadamente aplicada. Assim, a análise da legislação demonstra a necessidade contínua de avanços legislativos e políticas públicas que enfrentem as desigualdades e promovam a justiça social para os trabalhadores domésticos. A compreensão e aplicação correta desses requisitos são essenciais para garantir que o trabalho doméstico seja reconhecido e tratado com a dignidade e os direitos que merece.

Contudo, ainda persiste uma série de desafios e questões complexas, notadamente relacionadas às condições de trabalho e à discriminação estrutural que afeta predominantemente mulheres negras e de baixa renda.

No contexto histórico, a análise do trabalho doméstico nos remete a um cenário de marginalização e exploração sistemática das trabalhadoras domésticas, manifestada desde a escravidão até os dias atuais, onde as marcas da discriminação racial e do machismo são profundamente sentidas. O trabalho de Carolina Maria de Jesus, por exemplo, continua refletindo uma realidade de exclusão social e racial que, apesar das reformas legislativas, ainda não foi completamente superada no Brasil. As estruturas de poder e as hierarquias sociais existentes no país contribuem para a perpetuação de um sistema que subvaloriza o trabalho doméstico e quem o realiza. A exploração desses trabalhadores não se dá apenas pelas condições materiais de trabalho, mas também através de um sistema de castas e de um racismo estrutural que favorece a manutenção de privilégios para determinadas classes sociais. A análise de casos contemporâneos de exploração, inclusive decisões judiciais que legitimam condições de trabalho degradantes, expõe as profundas falhas do sistema de justiça e a cumplicidade institucional na perpetuação dessas desigualdades.

O Direito do Trabalho e os Direitos Humanos possuem nítida importância para combater o modelo contratualista de troca de trabalho por capital como forma de sobrevivência. Eles refletem a luta de classes, a necessidade da organização coletiva e a busca por resistência para pressionar o capital e o Estado para reduzir essas diferenças.

Portanto, é essencial que políticas públicas, legislações e práticas judiciais deem especial atenção aos aspectos de gênero, raça e classe que permeiam a relação de trabalho doméstico. A proteção dos direitos desses trabalhadores não pode se limitar à legislação existente; deve incluir mecanismos

eficazes para a fiscalização, prevenção de abusos e promoção da igualdade de oportunidades. Em suma, a verdadeira transformação social necessária para alterar este cenário passa por um comprometimento sério e contínuo com a justiça social em todos os níveis da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silvio. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado Social**. 11a Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 23 jul. 2024.
- BRASIL. **Lei Complementar n. 150, de 1º de junho de 2015**. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 02 jun. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm. Acesso em: 23 jul. 2024.
- CARVALHO, Monica Gurjão; GONÇALVES, Maria da Graça Marchina. **Trabalho doméstico remunerado e resistência: interseccionando raça, gênero e classe**. Psicologia: Ciência e Profissão, v. 43, e249090, p. 1-16, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1982-3703003249090>. Acesso em: 23 jul. 2024..
- CAVALCANTI, Tiago Muniz. **Sub-humanos: o capitalismo e a metamorfose da escravidão**. 1. Ed. São Paulo: Boitempo, 2021.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 21 ed. São Paulo: Editora LTr. 2019.
- HASSEN, Gilvan Luz. **Modernidade, Utopia e Trabalho**. 2a Edição. Londrina: Engenho das Letras, 2020.
- HEGEL, G.W.F. **Princípios da Filosofia do Direito**. 1. Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1997.
- PINHEIRO, Luana; MEDEIROS, Marcelo; COSTA, Joana; BARBOSA, Ana de Holanda. **Gênero é o que importa: determinantes do trabalho doméstico não remunerado no Brasil**. Brasília, DF: Ipea, set. 2023. 44 p. ISSN 1415-4765. (Texto para Discussão, n. 2920). DOI: <http://dx.doi.org/10.38116/td2920-port>.
- SANSON, Cesar. **Trabalho nos clássicos da sociologia: Marx, Durkheim e Weber**. 1a Edição. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2021.
- SEVERO, Valdete Souto. **A perda do emprego no Brasil: notas para uma teoria crítica e para uma prática transformadora**. Porto Alegre: Sulina, 2021.
- SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: Quem é e como vive**. Editora da UFMG, 2009.
- TRT-24. **Trabalho Doméstico. Descaracterização. Princípio da Norma Mais Favorável ao Trabalhador**. Relator: Ricardo Geraldo Monteiro Zandona, 2ª Turma, 02 set. 2015. Processo 00253129320145240001. Disponível em: [<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-24/663191409>]. Acesso em: 24 jul. 2024.
- WILKERSON, Isabel. **Casta. As origens de nosso mal-estar**. Trad. Denise Bottmann e Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

Como citar este artigo:

CALIXTO, Eduardo da Silva. O trabalho escravo doméstico no Brasil: estruturas dominantes de poder que privilegiam classes e perpetuam o racismo. **Revista Eletrônica do CEJUR**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 125–140, 2025. DOI: 10.5380/cejur.v3i2.97731.

OS DIREITOS POLÍTICO-ELEITORAIS DAS MULHERES NO BRASIL: COTAS DE GÊNERO SOB A PERSPECTIVA DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

WOMEN'S POLITICAL AND ELECTORAL RIGHTS IN BRAZIL: GENDER QUOTAS FROM THE PERSPECTIVE OF DELIBERATIVE DEMOCRACY

Renata Naomi Tranjan¹

Resumo: Este artigo examina a política de cotas de gênero no Brasil, inserida no contexto mais amplo dos direitos humanos, com ênfase nas implicações práticas e nos desafios enfrentados em sua aplicação. A partir de uma abordagem qualitativa, de natureza exploratória e com análise indutiva, busca-se compreender os avanços e entraves na implementação dessas medidas, identificando padrões regionais. A análise é contextualizada por referenciais normativos e por contribuições da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja atuação é brevemente ilustrada por precedentes como os casos *Maria Merciadri de Moroni* (Argentina) e *Janet Espinoza Feria* (Peru). O estudo discute as premissas democráticas da representação política, ressaltando que, mesmo com recentes reformas constitucionais — como a Emenda Constitucional nº 117/2022 e a chamada 'PEC da Anistia' —, partidos e órgãos eleitorais ainda falham em cumprir integralmente a legislação de cotas. Conclui-se que, apesar dos obstáculos internos, o fortalecimento dos direitos políticos das mulheres no Brasil encontra respaldo na atuação do sistema internacional de direitos humanos, o qual fomenta uma rede institucional e colaborativa indispensável à defesa democrática.

Palavras-chave: Internacionalização dos direitos políticos; cotas de gênero no Brasil; Corte Interamericana de Direitos Humanos; democracia deliberativa.

Abstract: This article examines gender quota policies in Brazil within the broader context of human rights, with a focus on the practical implications and challenges of their implementation. Using a qualitative, exploratory approach guided by inductive analysis, the study seeks to understand the progress and obstacles in enforcing these measures, identifying regional patterns. The analysis is contextualized through normative frameworks and contributions from the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, briefly illustrated by precedents such as *Maria Merciadri de Moroni* (Argentina) and *Janet Espinoza Feria* (Peru). The study discusses the democratic premises of political representation, highlighting that, despite recent constitutional reforms—such as Constitutional Amendment No. 117/2022 and the so-called 'Amnesty PEC'—political parties and electoral bodies often fail to fully comply with quota legislation. It concludes that, despite domestic challenges, the strengthening of women's political rights in Brazil is supported by the international human rights system, which fosters an institutional and collaborative network essential to the protection of democracy.

Keywords: Internationalization of political rights; gender quotas in Brazil; Inter-American Court of Human Rights; deliberative democracy.

Sumário: Introdução. 1. A internacionalização dos direitos políticos das mulheres: uma abordagem multinível. 2. O poder de reforma no contexto da democracia deliberativa. 3. Conformação das emendas constitucionais sobre cotas de gênero ao princípio democrático: há maior potencial deliberativo?. Considerações finais. Referências.

¹ Mestre em Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, renatatranjan@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0555-737X.

INTRODUÇÃO

José Jairo Gomes (2022, p. 4) ensina que as democracias liberais contemporâneas sustentam sua legitimidade na concepção ampliada de povo e na soberania popular exercida por meio do sufrágio universal e periódico. Segundo o autor, o povo é tanto a base quanto o objeto do Estado Democrático de Direito. Contudo, vivencia-se um período de declínio democrático global, marcado pela erosão dos controles contra abusos de poder e violações de direitos humanos, com a instabilidade democrática nas Américas agravada por condições econômicas e sociais adversas (Piovesan; Hernandez, 2022, p. 6).

De acordo com o Índice de Vulnerabilidade Eleitoral (Freedom House, 2022), que mede a integridade das eleições, o Brasil obteve 66 pontos em 100, indicando vulnerabilidade moderada. Nesse cenário, a sub-representação feminina na política brasileira persiste, apesar de as mulheres representarem mais da metade do eleitorado (IBGE, 2022)². Em 2022, apenas 17,7% das cadeiras na Câmara dos Deputados e 16% no Senado eram ocupadas por mulheres³, colocando o Brasil entre os últimos em representatividade feminina global. Um estudo da União Interparlamentar (UIP) posicionou o país em 131º lugar entre 193 nações em participação feminina no parlamento (Brasil, 2023, online).

Esse problema histórico tem sido alvo de ações afirmativas no Brasil desde os anos 1990, com a Lei nº 9.100/95 sendo a primeira a exigir que ao menos 20% das candidaturas fossem femininas. Desde então, a legislação evoluiu, e atualmente os partidos devem destinar 30% das candidaturas e dos recursos do Fundo Eleitoral, bem como 30% do horário eleitoral de rádio e TV, para candidatas mulheres.

Essas medidas buscam garantir os direitos políticos das mulheres, previstos nos artigos 14 a 16 da Constituição Federal de 1988, com respaldo em tratados internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966). No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a democracia é central, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) assegura a participação política como um direito fundamental. Assim, a inclusão feminina na política tem sido objeto de análise e resposta no âmbito do Sistema Interamericano.

² Dados do censo de 2022 do IBGE mostram que as mulheres representam a maioria da população brasileira apta a votar (52,65%). Disponível em: <https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/>. Acesso em: 04 nov. 2024.

³ Nas eleições de 2022, de acordo com o Tribunal Superior Eleitoral, 9.794 mulheres se candidataram aos cargos disponíveis, incluindo para posições de suplentes, e 302 foram eleitas – o equivalente a quase 3,1%. Já entre os homens, 19.072 se candidataram e 1.346 foram eleitos – pouco mais de 7%. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2022/eleicoes-2022>. Acesso em: 04 nov. 2024.

Embora o Brasil disponha de legislação para mitigar a desigualdade de gênero na política, essas ações ainda são insuficientes. Este artigo propõe examinar os direitos político-eleitorais das mulheres brasileiras à luz da legislação interna e da jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com atenção às interfaces entre direito, democracia e igualdade de gênero. A análise percorre três eixos principais: os fundamentos normativos e internacionais da participação política feminina; a relação entre deliberação democrática e reformas constitucionais; e, por fim, o atual panorama institucional das cotas de gênero no Brasil, com foco na sua conformidade com os direitos humanos e o princípio democrático.

1. A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS DAS MULHERES: UMA ABORDAGEM MULTINÍVEL

Para Norberto Bobbio (1995, p. 6.6), um conceito mínimo de democracia consiste no “conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”. Esse conceito procedimental de democracia, segundo Piovesan e Hernandez (2022, p. 13), deve ser complementado com condições substanciais (liberdade e igualdade) para que o povo exerça a soberania popular de maneira emancipada e livre.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (2009) define os direitos políticos como aqueles que asseguram e protegem o direito e o dever dos cidadãos de participar da vida política de seu país, fomentando o fortalecimento da democracia e do pluralismo político. Os direitos políticos abrangem o direito de participar direta ou indiretamente do governo e da organização do Estado, permitindo a intervenção popular nas decisões governamentais (Gomes, 2022).

Nesse contexto, “a participação política pode incluir atividades [...] com o propósito de intervir na designação dos governantes [...] e influenciar na formulação da política estatal por meio de mecanismos de participação direta” (Corte IDH, 2005, p. 86-87). Assim, o direito eleitoral, como garantidor dos direitos políticos e da democracia, é reconhecido como uma categoria protegida internacionalmente. Desse modo, fraudes no processo eleitoral que comprometem o exercício livre dos direitos políticos e a preservação do regime democrático configuram violações de direitos humanos, sujeitas à proteção internacional (Monteiro, 2015, p. 173).

O reconhecimento dos direitos políticos como direitos humanos foi fortalecido com a constitucionalização e, posteriormente, a internacionalização dos direitos humanos (Monteiro, 2015, p. 178). O sistema global de proteção dos direitos humanos se articula ao sistema regional nas Américas, formando uma rede de tutela internacional baseada na abordagem dos direitos

humanos. Esse processo reduz a soberania estatal, permitindo um intercâmbio jurídico coevolutivo baseado no diálogo entre sistemas (Piovesan, 2012, p. 71; Piovesan; Hernandes, 2022, p. 19).

A proteção do princípio democrático, portanto, opera-se em múltiplos níveis, fundamentada no valor da pessoa humana (Piovesan; Hernandes, 2022, p. 19). Piovesan (2013, p. 86) explica que a interação dialógica entre sistemas de proteção de direitos humanos universal e regional identifica o princípio democrático como “núcleo comum”, recepcionando-o no âmbito interamericano como “*ius constitutionale commune latino-americano*” (Piovesan; Fachin, 2019, p. 352).

A Constituição Federal (1988) estabelece, em seu art. 1º, que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Os direitos políticos disciplinam manifestações da soberania popular, que se concretizam por meio do sufrágio universal, voto direto e secreto, plebiscito, referendo e iniciativa popular, e formam a base do regime democrático (Gomes, 2022, p. 4; Mendes; Branco, 2019, p. 753).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) foi o primeiro documento das Nações Unidas a endossar expressamente a democracia como forma de governo⁴, assegurando-a como meio de respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais (Piovesan, 2009, p. 110). Com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, os direitos políticos foram fortalecidos, passando de simples enunciados declaratórios para a proteção efetiva em um tratado internacional.

Na América Latina, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1978) acolheu o princípio democrático em seu artigo 23, estabelecendo que todos os cidadãos devem ter direitos e oportunidades para participar dos assuntos públicos, votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, assegurando a livre expressão da vontade dos eleitores⁵.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (2005, p. 85-86) afirma que a “democracia representativa é determinante em todo o sistema” da Convenção, constituindo um princípio reafirmado pela Carta da OEA. A Carta Democrática Interamericana (2001) reforça esse princípio, identificando eleições periódicas, livres, justas e baseadas no sufrágio universal e secreto como expressão da soberania do povo.

Os sistemas internacionais de proteção aos direitos políticos não visam impor um modelo único de eleições, mas definir parâmetros mínimos que respeitem a singularidade de cada Estado

⁴ “1. Todo ser humano tem o direito de fazer parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2. Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país. 3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto”.

⁵ O mesmo dispositivo ainda institui as hipóteses em que os direitos políticos podem sofrer restrições, sendo eles: a) por motivo de idade, nacionalidade, residência, instrução, capacidade civil ou mental; ou b) condenação, por juiz competente, em processo penal.

(Oliveira, 2019, p. 113). Assim, os direitos políticos das mulheres foram incluídos em instrumentos internacionais, tanto universais quanto regionais. A igualdade de gênero na política foi introduzida pela primeira vez na Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1953), que reconhece especificamente o direito à participação política feminina.

A igualdade de gênero na representação política também está presente em documentos como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)⁶, Declaração Universal dos Direitos Humanos⁷, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem⁸, o Estatuto de Roma⁹, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará)¹⁰, Convenção Interamericana Sobre a Concessão dos Direitos Políticos da Mulher¹¹ a Carta Democrática Interamericana¹².

A IV Conferência Mundial das Nações Unidas sobre a Mulher (1995) foi um marco na afirmação dos direitos das mulheres como direitos humanos, impulsionando a política de cotas globais (Oliveira, 2019, p. 111). A Lei nº 9.100/95, de autoria de Marta Suplicy, instituiu as cotas para mulheres no Brasil, alinhada à recomendação da Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial, que propôs ações afirmativas para promover a igualdade de gênero na política.

As cotas femininas, atualmente presentes em mais de 130 países, são um dos principais avanços sociopolíticos das últimas décadas (Oliveira, 2019, p. 111; Krook; Hughes; Paxton, 2017, p. 332). A Convenção Americana garante igualdade perante a lei no artigo 24, e a Corte IDH (2005, p. 84) reafirma que o princípio de igualdade e não discriminação é *jus cogens*, cabendo ao Estado criar mecanismos eficazes para a efetiva proteção dos direitos políticos, respeitando a igualdade.

⁶ Artigo 23, I. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a) de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b) de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual, e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

⁷ 5 Artigo 21. 1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte na direção dos negócios públicos do seu país, quer diretamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2. Toda a pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país. 3. A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto.

⁸ Artigo XX. Toda pessoa, legalmente capacitada, tem o direito de tomar parte no governo do seu país, quer diretamente, quer através de seus representantes, e de participar das eleições, que se processarão por voto secreto, de uma maneira genuína, periódica e livre.

⁹ Artigo 36, 8, a, III. Na seleção dos juízes, os Estados Partes ponderarão sobre a necessidade de assegurar que a composição do Tribunal inclua uma representação justa de juízes do sexo feminino e do sexo masculino.

¹⁰ Artigo 4º. Toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos. Estes direitos abrangem, entre outros: [...] j) direito a ter igualdade de acesso às funções públicas de seu país e a participar nos assuntos públicos, inclusive na tomada de decisões.

¹¹ Artigo 1º. As Altas Partes Contratantes convêm em que o direito ao voto e à eleição para um cargo nacional não deverá negar-se ou restringir-se por motivo de sexo.

¹² Artigo 28. Os Estados promoverão a participação plena e igualitária da mulher nas estruturas políticas de seus respectivos países, como elemento fundamental para a promoção e o exercício da cultura democrática.

No entanto, garantir esses direitos exige mais do que a simples promulgação de normas; requer medidas concretas para assegurar seu exercício pleno, especialmente para grupos vulneráveis. Ou seja, para além da construção normativa e das obrigações internacionais assumidas pelos Estados, a efetividade dos direitos políticos das mulheres depende da forma como esses compromissos são implementados nos contextos nacionais.

A análise comparada entre ordenamentos latino-americanos permite visualizar diferentes níveis de incorporação da igualdade de gênero no campo político. Nesse sentido, a seguir serão apresentados exemplos constitucionais que ilustram como alguns países da região optaram por explicitar esse compromisso em seus textos fundamentais, o que fornece subsídios importantes para compreender os avanços e limites da experiência brasileira.

A Constituição brasileira consagra o princípio da igualdade de forma ampla, sem distinções específicas entre homens e mulheres. No entanto, outras constituições latino-americanas abordam a igualdade nos direitos políticos das mulheres de forma explícita. Exemplos incluem as constituições da Argentina (1994, art. 37), México (1996), Costa Rica (1996), Peru (1997), Bolívia (1997), República Dominicana (1997), Equador (1991, art. 102), Nicarágua (1987, art. 48) e Paraguai (1992, art. 117) (Oliveira, 2019).

Nesse contexto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) se manifestou sobre a representatividade feminina na política em dois casos emblemáticos. O primeiro é o caso *María Merciadri de Moro vs. Argentina*, levado à CIDH em 2001. Este caso foi crucial para tornar a Argentina um modelo de participação feminina na política, alcançando hoje 38,9% de representação na Câmara dos Deputados e 41,7% no Senado (Oliveira, 2019).

María Merciadri contestou a lista de candidatos de seu partido, União Cívica Radical, que nas eleições de 1993 colocou mulheres nas quarta e sexta posições, violando a Lei de Cotas (Lei nº 24.012/1991 e Decreto nº 379/93), que exigia que ao menos duas mulheres estivessem entre os cinco primeiros da lista, com um mínimo de 30% de candidatas com chances reais de eleição. Merciadri esgotou todos os recursos judiciais na Argentina, mas suas impugnações foram rejeitadas, levando-a a apresentar o caso à CIDH, argumentando que o Estado argentino violou seu direito à igualdade e aos direitos políticos previstos nos artigos 8, 23 e 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Oliveira, 2019).

Em resposta, o governo argentino firmou um acordo amistoso em 2001, revogando o Decreto nº 379/93 e reforçando a aplicação da Lei de Cotas, garantindo que a porcentagem mínima de mulheres fosse aplicada ao total de cargos renovados na eleição (CIDH, 2001). Assim, a Argentina foi pioneira na América Latina ao instituir, em 1991, uma política de cotas femininas que

exigia que ao menos 30% das listas de candidatos fossem compostas por mulheres, como condição para oficialização das listas eleitorais (Oliveira, 2019).

O segundo caso é o de Janet Espinoza Feria y otras vs. Peru, apresentado à CIDH em 2001. Walter Albán Peralta, defensor público, e Victoria Villanueva Chávez, coordenadora do Movimento Manuela Ramos, alegaram que o Peru violou os direitos políticos e à igualdade ao regulamentar de forma restritiva as cotas eleitorais para mulheres nos distritos de Callao, Ica e La Libertad durante as eleições parlamentares de 2001. Embora a Lei Orgânica de Eleições (Lei nº 268559) previsse uma cota de 25% de mulheres ou homens nas listas de candidatos, a interpretação das autoridades eleitorais favoreceu a discriminação de gênero, violando o percentual mínimo de participação feminina.

A Comissão Interamericana admitiu o caso em 2002 (Relatório nº 51/02) e, em 2003, a *Defensoría del Pueblo* e o Movimento Manuela Ramos manifestaram interesse em uma solução amigável com o Estado peruano, aproximando o caso da resolução obtida no caso argentino (Oliveira, 2019, p. 134).

Os casos de María Merciadri de Moro vs. Argentina e Janet Espinoza Feria y otras vs. Peru ilustram o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) na promoção da representatividade feminina na política, revelando a importância de intervenções judiciais para assegurar o cumprimento das leis de cotas eleitorais e dos direitos políticos das mulheres. As resoluções impulsionadas pela Corte não só fortaleceram o marco legal, como também sinalizaram um compromisso regional com a paridade de gênero na política, ainda que obstáculos e resistências internas persistam em alguns contextos.

Os casos analisados evidenciam que, embora a atuação internacional desempenhe papel importante na consolidação dos direitos políticos das mulheres, a efetivação desses direitos também depende da dinâmica institucional interna dos Estados. Nesse contexto, torna-se essencial compreender como as constituições nacionais podem incorporar e transformar esses compromissos em garantias concretas. No Brasil, esse debate passa necessariamente pela análise do poder de reforma constitucional e dos limites à atuação dos poderes constituídos. A seguir, serão discutidas as bases teóricas do poder constituinte e suas implicações para o fortalecimento da democracia e da participação política feminina.

2. O PODER DE REFORMA NO CONTEXTO DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Emmanuel Joseph Sieyès é considerado o precursor da concepção de poder constituinte originário, entendida, em sua visão jusnaturalista, como a capacidade de instituir, a qualquer

momento, uma nova ordem jurídica. Esse poder é atribuído à nação, definida sociologicamente pelo compartilhamento homogêneo de tradições, língua e religião em uma sociedade específica (Fernandes, 2017, p. 109).

No século XX, com a ascensão do positivismo, o poder constituinte passou a ser visto como um instituto pré-jurídico — inicial, ilimitado e autônomo — responsável pela criação de uma Constituição capaz de romper com a ordem jurídica anterior. Nessa perspectiva, o titular desse poder é o povo, um conceito sociologicamente mais pluralista, focado na tolerância e no direito à diferença (Fernandes, 2017, p. 109).

Assim, passou-se a considerar que a legitimidade democrática depende do reconhecimento da autoridade pelo povo. Contudo, autores como Joseph Schumpeter (1961) questionaram a ideia de “vontade do povo”, apontando a dificuldade de convergir interesses diversos em um único propósito coletivo (Amantino, 1998, p. 128). Para Schumpeter, “a vontade da maioria é apenas a vontade da maioria, e não a vontade do povo”, pois o povo é um “mosaico” que a maioria não representa integralmente (1961, p. 325). Esse “mosaico” é ainda mais complexo na América Latina, onde a diversidade cultural e étnica foi historicamente suprimida pelas imposições coloniais europeias (Quijano, 2005, p. 127).

Esse contexto contribuiu para o desenvolvimento de um direito constitucional próprio na América Latina, caracterizado por longos catálogos de direitos adaptados às realidades regionais (Alvarado, 2013, p. 37). Diferentes grupos e indivíduos, portanto, têm percepções variadas sobre o bem comum que os representantes eleitos devem promover. Como explica Jairo Lima, as normas constitucionais estabelecem a estrutura, princípios e direitos fundamentais de uma comunidade, mas a interpretação constitucional enfrenta o desafio de acomodar uma diversidade de demandas sociais (Lima, 2018, p. 9).

Esse paradoxo entre soberania popular e poder constituinte, e entre democracia e constitucionalismo, é descrito por Vera Karam de Chueiri e Miguel Gualano de Godoy (2010, p. 160) como o dilema de que, enquanto a democracia permite ao povo decidir sobre questões políticas, o constitucionalismo limita essa soberania para proteger certos conteúdos da Constituição da decisão majoritária.

Para Gargarella (1996), reconhecer a soberania popular implica que o povo é o legislador de si mesmo, responsável pela criação da ordem normativa que o rege. Paradoxalmente, essa mesma soberania popular exige limites, para garantir que não ultrapasse certos princípios essenciais.

A literatura especializada sugere abordagens para lidar com esse paradoxo. Claude Lefort (1981, p. 118) defende que a democracia é um processo contínuo de reinvenção de direitos. Nesse sentido, Vera Karam de Chueiri e Katya Kozicki afirmam que “soberania e poder constituinte,

poder constituinte e poder constituído estabelecem uma dinâmica que possibilita a instauração e a manutenção de uma constituição radical” (2014, p. 9).

A constituição radical, segundo as autoras, deve manter seu impulso constituinte, permitindo que a aplicação e concretização de seus direitos revitalizem seu papel no Estado Constitucional Democrático (Chueiri; Kozicki, 2014, p. 11). A realização da constituição depende da participação constante dos cidadãos, e, conforme Cólón-Ríos (2012), o povo é visto como ator potencial de transformações no regime constitucional, sendo a legitimidade democrática associada à identificação do cidadão com a constituição.

O desafio, portanto, é evitar que a Constituição se torne obsoleta, ignorando a força normativa dos fatos (Ferreira, 2010, p. 161). Segundo Cólón-Ríos (2012), garantir a continuidade da democracia exige restrições ao poder popular, evitando que esse mesmo poder possa, intencionalmente ou não, eliminá-la.

Nesse contexto, insere-se o poder constituinte reformador, um mecanismo que permite atualizar a Constituição sem rompê-la, modificando apenas determinados dispositivos (Chueiri; Bockmann; Câmara; Godoy, 2021, p. 182). Este poder, embora distinto do poder constituinte originário, não pode ser considerado um poder constituído, pois as emendas constitucionais criam novas normas constitucionais, ampliando ou restringindo o escopo da Constituição (Lima, 2020, p. 1318).

Segundo Jairo Gomes (2022), o poder de reforma é limitado tanto em procedimentos quanto em conteúdo, diferindo da incondicionalidade do poder constituinte originário. Contudo, a natureza criadora desse poder impede que ele seja reduzido ao status de legislação infraconstitucional, pois envolve um processo deliberativo mais intenso, potencialmente com a participação popular via referendo (Lima, 2020, p. 1317).

Lima (2020, p. 1317) propõe que o poder de reforma se aproxime do poder constituinte originário, sem se confundir com ele. Esse poder seria uma delegação de competência pelo titular constituinte. Embora haja distinção hierárquica entre poder constituinte originário e derivado, os poderes constituídos permanecem subordinados à Constituição. Logo, o controle de constitucionalidade das emendas, segundo Lima (2020, p. 1318), deve considerar a soberania popular ao interpretar essas reformas.

O Supremo Tribunal Federal (STF) desempenha um papel fundamental nesse controle. Com base na teoria dos diálogos e na soberania popular, o STF permite novas rodadas de deliberação sobre direitos fundamentais. Ao interpretar a cláusula pétrea “direitos e garantias individuais” (art. 5º, §2º, CRFB/88), adota uma visão ampla, protegendo o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

No julgamento da ADI nº 5.105/DF (rel. Min. Luiz Fux, DJe 16/3/16), o STF estabeleceu que revisões legislativas via emenda constitucional só podem ser invalidadas por violação ao art. 60 da CF/88 (cláusulas pétreas ou processo legislativo). Nessa decisão, o STF entendeu que mudanças no paradigma de controle justificavam a revisão do julgamento, já que a norma constitucional alterada havia deixado de existir.

Conforme Lima (2020, p. 1319), quando as cortes constitucionais revisam emendas para proteger a identidade ou limites constitucionais, estabelecem um marco para o que constitui um novo poder constituinte originário. Essa perspectiva é complementada por uma abordagem que insere a dimensão democrática no próprio exercício do poder de reforma. Segundo Joel Colón-Ríos (2012, p. 139), o caráter democrático do poder constituinte não se limita a legitimar um novo texto constitucional, mas também se expressa nas formas de reforma das constituições, pois o poder de reforma deriva desse poder constituinte originário.

Esse poder situa-se entre o constituinte originário e os poderes constituídos, sendo limitado por restrições procedimentais, circunstanciais e cronológicas (art. 60, §§1º, 2º e 3º, CRFB/88), bem como por conteúdos que o constituinte originário definiu como inalteráveis por emenda (art. 60, §4º, CRFB/88). Quando esses limites são ultrapassados, é possível submeter a emenda ao controle judicial, pois a interpretação constitucional é uma tarefa compartilhada entre os Poderes, as instituições e a sociedade.

Essa abordagem visa impedir que um único órgão tenha a última palavra sobre o significado da Constituição, promovendo a pluralidade política em um processo essencialmente democrático, a fundação de uma ordem constitucional justa (Silva, 2018). Além disso, busca-se fortalecer a capacidade epistêmica da democracia, em que o desempenho deliberativo é o princípio regulador das interações institucionais (Mendes, 2011). Quando as instituições consideram os argumentos umas das outras, desafiando-se mutuamente para buscar melhores soluções, emergem respostas mais criativas e menos adversariais (Godoy, 2017).

O diálogo institucional entre STF e Congresso sobre emendas constitucionais é um exemplo desse processo e pode ocorrer de várias maneiras. Caso o poder constituinte derivado discorde de uma decisão de controle de constitucionalidade, ele pode alterar o texto constitucional para compatibilizar a legislação ordinária (Lima, 2018, p. 1317), cabendo ao STF realizar novo controle de constitucionalidade da emenda, caso instado a isso.

Esse intercâmbio de ideias ultrapassa a relação entre Corte e Parlamento, estendendo-se a outras interações institucionais e com a sociedade civil. Em temas eleitorais, por exemplo, essa relação se manifesta entre o STF e o TSE, bem como entre as Cortes e o Parlamento, incluindo também a participação de membros da sociedade civil organizada.

Embora a democracia deliberativa aspire a escapar de decisões utilitaristas e parciais, nem sempre o procedimento legítimo impede erros em decisões que não protejam adequadamente os direitos fundamentais. Se o Parlamento comete um erro, uma Corte pode corrigi-lo, mas o que ocorre se a própria Corte errar? Não há garantia de que as cortes produzirão decisões que protejam plenamente os direitos fundamentais, especialmente os das minorias (Lima, 2018).

Estudos empíricos indicam que, no STF, a maioria das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, que representam cerca de 94% dos processos de controle concentrado, são frequentemente utilizadas para defender interesses privados dos legitimados (Benvindo; Estorilio, 2017, p. 176-177). Isso reflete uma falibilidade compartilhada com as instituições parlamentares: os direitos em disputa na interpretação constitucional são alvo de desacordos, inerentes às democracias (Lima, 2018, p. 202).

A proposta de democracia deliberativa, conforme contribuições de Carlos Santiago Nino (2003) e Roberto Gargarella (1996), busca reconciliar a soberania popular e o Estado de Direito, em que este último é condição de possibilidade para o primeiro (Godoy, 2012). Nino, com sua concepção dialógica de democracia, sugere que política e moral se entrelaçam, definindo o valor da democracia. O intercâmbio de ideias permite identificar falhas no raciocínio e protege a imparcialidade, melhorando o conhecimento individual (Godoy; Chueiri, 2010).

A defesa da deliberação como forma de alcançar decisões mais imparciais não implica uma busca pelo consenso, mas sim uma exposição dos conflitos existentes. Dessa forma, a democracia deliberativa torna-se um meio de transformar interesses e preferências, permitindo alcançar caminhos mais justos e corretos (Godoy; Chueiri, 2010).

Teorias do diálogo têm a separação de poderes como pano de fundo e buscam entender a interação entre parlamento e corte de forma dialógica, evitando uma abordagem excludente (Mendes, 2011, p. 19). Mendes (2011) propõe que o desempenho deliberativo seja o princípio regulador das relações entre cortes e parlamentos, promovendo uma “cultura da justificação”, na qual bons argumentos ocupam o centro do processo (Mendes, 2011, p. 212).

Na Teoria dos Diálogos de Mendes (2011), a “última palavra” de uma corte em um caso específico é apenas provisória, permitindo novas rodadas procedimentais de deliberação. Mesmo que uma decisão judicial represente um ponto final para aquele caso, o tema pode continuar a ser debatido em outros foros institucionais (Mendes, 2011, p. 166).

Conclui-se que o poder de reforma, como delegação de competência do poder constituinte originário, está intimamente ligado à soberania popular. Contudo, como será analisado no capítulo seguinte, algumas emendas, embora formalmente constitucionais, podem ser incompatíveis com o princípio democrático da soberania popular.

3. CONFORMAÇÃO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS SOBRE COTAS DE GÊNERO AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: HÁ MAIOR POTENCIAL DELIBERATIVO?

O déficit histórico da presença feminina na política brasileira remonta à concessão tardia do sufrágio universal, uma vez que o voto feminino foi permitido apenas em 1932 pelo Código Eleitoral Provisório, e ainda assim, com restrições: somente mulheres casadas, com autorização dos maridos, e viúvas ou solteiras com renda própria podiam votar (Rainha, 2011). Em 1934, essas restrições foram eliminadas, mas o voto obrigatório permaneceu um dever exclusivo dos homens até 1946, quando foi estendido às mulheres.

Desde os anos 1990, o Brasil adotou medidas afirmativas para aumentar a participação feminina nas eleições proporcionais. A primeira delas, a Lei nº 9.100/95, de autoria de Marta Suplicy, estabeleceu que pelo menos 20% das candidaturas de cada partido ou coligação para as Câmaras Municipais fossem femininas. A Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições) ampliou essa política para as Assembleias Estaduais e a Câmara dos Deputados, elevando o percentual mínimo para 30%. No entanto, essa legislação contava o percentual com base nas candidaturas possíveis, não nas efetivamente apresentadas, o que levou à Lei nº 12.034/2009, que tornou obrigatório o cumprimento dos 30% para candidaturas femininas.

Apesar de incentivar mais candidaturas, a proporção de mulheres eleitas não aumentou na mesma medida. Fatores como machismo estrutural e violência nos espaços políticos continuam a desmotivar a participação feminina. Como aponta Sonia Picado (2007, p. 58), as democracias representativas na América Latina ainda são associadas aos homens¹³. Além disso, as chamadas “candidaturas-laranja” — candidaturas fictícias para cumprir a cota e desviar recursos — permanecem uma prática recorrente. A legislação permite ações judiciais eleitorais para invalidar mandatos e punir responsáveis em caso de fraude.

O Comitê CEDAW, em suas Recomendações Gerais nº 23, 25 e 28, destacou a necessidade de sanções para o descumprimento das cotas no Brasil, considerando o processo de aplicação controverso e pouco eficaz. A Reforma Política de 2015 (Lei nº 13.165/15) tentou estimular o investimento em campanhas femininas, destinando de 5% a 15% do Fundo Partidário a candidaturas de mulheres. Contudo, essa proporção inferior aos 30% exigidos para candidaturas

¹³ Um exemplo é o banheiro feminino no plenário do Senado, que só foi construído em 2016. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/mulheres-aumentam-representacao-na-camara-mas-representatividade-ainda-e-baixa/>. Acesso em: 04 nov. 2024.

foi julgada inconstitucional pelo STF em 2018 (ADI 5617), que equiparou o mínimo de recursos ao percentual mínimo de candidaturas femininas.

Hoje, a legislação exige que os partidos destinem 30% das candidaturas, recursos do Fundo Eleitoral, e horário eleitoral de rádio e TV para mulheres. No entanto, o Congresso tem continuamente evitado sanções aos partidos que não cumprem essas normas. Em 2008, a Lei nº 13.831 permitiu que partidos que não aplicaram os recursos do Fundo Partidário para incentivo à participação feminina até 2018 não tivessem suas contas rejeitadas. Em 2022, a Emenda Constitucional nº 117 anistiou partidos que descumpriram a cota mínima de recursos para candidaturas de mulheres e negros em eleições anteriores.

Esse cenário se agrava com a Proposta de Emenda à Constituição nº 9/2023, conhecida como “PEC da Anistia”, que exime partidos de sanções por não cumprimento das cotas de gênero e raça e por outras irregularidades nas contas anuais¹⁴. Apesar das críticas de setores da sociedade civil e instituições, a PEC foi aprovada pelo Congresso Nacional e promulgada em 22 de agosto de 2024, tornando-se a Emenda Constitucional nº 133/2024.

Essa emenda anistia os partidos políticos que não destinaram recursos para candidaturas de pessoas pretas e pardas em eleições anteriores, além de estabelecer parâmetros para regularização de débitos e reforçar a imunidade tributária dos partidos políticos. Sua aprovação gerou debates significativos na sociedade civil e entre instituições, sendo considerada por muitos como um retrocesso nas políticas afirmativas destinadas a promover a participação de mulheres e minorias na política. É um cenário que reforça a urgência de compreender as cotas não apenas como exigência normativa interna, mas como compromisso assumido no âmbito internacional, cujas bases já foram reconhecidas e defendidas por órgãos como a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como visto, as cotas de gênero foram implementadas para aumentar a participação das mulheres na política, concretizando seus direitos político-eleitorais, respaldados pela proteção internacional dos Direitos Humanos. Embora diversas constituições latino-americanas incluam medidas afirmativas para esse fim, a abordagem varia entre os países. Ainda assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) já se manifestou em duas ocasiões sobre violações dos direitos políticos das mulheres, ativando o sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos.

¹⁴ O primeiro artigo da PEC estende para a disputa de outubro de 2022 a anistia aos partidos que não cumpriram a cota mínima de repasse de recursos públicos a mulheres e negros. Já o segundo artigo da PEC estabelece que "não incidirão sanções de qualquer natureza, inclusive de devolução e recolhimento de valores, multa ou suspensão do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, nas prestações de contas de exercício financeiro e eleitorais dos partidos políticos que se deram anteriormente à promulgação desta alteração de Emenda Constitucional".

OS DIREITOS POLÍTICO-ELEITORAIS DAS MULHERES NO BRASIL: COTAS DE GÊNERO SOB A PERSPECTIVA DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

A jurisprudência interamericana evidencia que partidos políticos e órgãos eleitorais frequentemente desrespeitam a legislação de cotas (Oliveira, 2019). No Brasil, a trajetória das leis sobre cotas de gênero também revela a negligência das instituições democráticas quanto a esse direito. A PEC nº 9/2023, de autoria do deputado Paulo Magalhães, por exemplo, “proíbe a aplicação de sanções aos partidos políticos por descumprimento da cota mínima de recursos para candidaturas femininas até as eleições de 2022 ou por irregularidades nas prestações de contas anteriores” (BRASIL, 2023).

Essa proposta gerou forte oposição de setores da sociedade civil e do Judiciário, que a consideram um retrocesso nos direitos políticos das mulheres. Durante o evento CASA JOTA (2023), realizado em 30 de março de 2023, a ministra substituta do TSE, Maria Claudia Bucchianeri, afirmou que “há algo muito errado no nosso arcabouço jurídico, que impede a ascensão de mulheres [...]. Essa PEC pode cristalizar essa situação, em vez de promover mudanças.” A procuradora da República Raquel Branquinho também criticou a medida: “Estamos vivenciando uma proposta que contraria políticas afirmativas para superar a desigualdade. O Congresso editou uma PEC desnecessária que pode comprometer avanços” (Jota, 2023, online).

A proposta foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados. Em seu parecer, o relator, deputado Diego Coronel, argumentou que a PEC “não pretende modificar núcleos constitucionais inalteráveis” e “não viola a separação de poderes” ou os “limites circunstanciais” do poder constituinte derivado (Brasil, 2023, p. 3).

A Emenda Constitucional nº 133 foi aprovada em agosto de 2024, reforçando a percepção de que a fiscalização da Justiça Eleitoral sobre os partidos permanece insuficiente, especialmente em um contexto de crise democrática. O texto final estabeleceu novas diretrizes para a destinação de recursos a candidatos pretos e pardos e perdoou multas de partidos que não atingiram a cota mínima para essas candidaturas em pleitos passados.

Repisa-se que a soberania popular refere-se à capacidade do “povo” de legislar para si mesmo e estabelecer a ordem normativa que o regerá (art. 1º, parágrafo único, CRFB/88). Essa ordem, ao constituir a comunidade política, exige também que seja respeitada (Gargarella, 1996; Godoy, 2012), estabelecendo, paradoxalmente, limites à soberania popular.

Como explica Vera Karam de Chueiri (2013), a constituição é, antes de tudo, uma promessa que se realiza por meio da intervenção permanente de seus destinatários, que são, ao mesmo tempo, os realizadores e beneficiários desse pacto político. A legitimidade democrática, portanto, relaciona-se com a identificação do cidadão com a constituição que rege sua comunidade (Lima, 2018). Dessa forma, a constituição permanece “aberta” ao seu tempo, particularmente na América Latina, região caracterizada por sua heterogeneidade cultural (Quijano, 2005, p. 127).

Esse contexto de diversidade e discordância não impede a construção de uma visão comum na sociedade, mas exige que a atividade política considere as diferenças e construa consensos possíveis (Lima, 2018). A democracia brasileira tem uma dimensão deliberativa (Neto, 2020), em que a complexa rede de instituições e sistemas jurídicos permite o diálogo em múltiplos níveis, alinhados com os fluxos normativos dos sistemas de proteção universal e regional dos direitos humanos (Piovesan; Hernandez, 2022, p. 51).

Sob essa perspectiva, o princípio democrático funciona como uma norma coevolutiva e multinível, exigindo participação popular, diálogo, representação de grupos vulneráveis, transparência e accountability. Segundo Piovesan e Hernandez (2022, p. 32), a legitimidade do poder político fundamenta-se na deliberação pública e igualitária, sujeita à responsividade e ao controle jurisdicional. Dessa forma, a jurisdição constitucional protege a democracia ao capacitar os cidadãos a reivindicarem políticas públicas que garantam a proteção igualitária dos direitos e liberdades fundamentais.

As cotas de gênero no Brasil são uma política pública essencial para garantir os direitos políticos das mulheres, mas seus efeitos são frequentemente enfraquecidos pelo Congresso Nacional e por outras instâncias de poder. Medidas como a EC nº 117/2022 e a PEC nº 9/2023, ao perdoar partidos que não destinam recursos previstos para candidaturas femininas, comprometem o princípio democrático da soberania popular. O STF, ao interpretar a cláusula pétrea de “direitos e garantias individuais”, reconheceu direitos fundamentais explícitos e implícitos em todo o texto constitucional, incluindo o princípio democrático em seu núcleo essencial.

Para a Corte IDH, a mera existência de uma norma não garante sua efetivação. É necessário criar condições reais para que o direito se concretize. Quando o Congresso, atuando no poder constituinte de reforma, emite legislações que enfraquecem os direitos políticos das mulheres, enfraquece também a soberania popular, da qual esse poder deriva.

Uma saída para esse cenário reside no fortalecimento de uma rede de proteção democrática articulada e cooperativa, conforme sugerem Piovesan e Hernandez (2022, p. 80). A integração das normativas nacionais e internacionais, aliada à jurisprudência da Corte IDH sobre os direitos políticos das mulheres, não só compartilha objetivos comuns como também cria uma articulação eficaz (Alvarado, 2013, p. 85).

Dessa forma, a democracia não se fortalece apenas por meio da representação política formal, mas também pelo exercício efetivo do controle social, da transparência e da responsabilização institucional (Piovesan; Hernandez, 2022, p. 85). Mecanismos como o accountability contribuem para que os cidadãos não apenas escolham seus representantes, mas também acompanhem, questionem e influenciem suas decisões, especialmente em temas sensíveis

como a promoção da igualdade de gênero na política. Ao garantir que políticas afirmativas, como as cotas de gênero, sejam implementadas de forma eficaz e supervisionadas por instâncias democráticas e judiciais, amplia-se o espaço de participação e de construção coletiva das decisões, consolidando um modelo de democracia substantiva e responsiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fortalecimento da democracia nas Américas requer uma abordagem holística, com um reforço mútuo entre democracia, direitos humanos e desenvolvimento (Piovesan; Hernandes, 2022, p. 80). Assim, este trabalho partiu da internacionalização dos direitos políticos das mulheres e da atuação da Corte IDH para analisar a situação atual da política de cotas de gênero no Brasil, destacando tanto os avanços quanto os desafios. Essa análise baseou-se em teorias que posicionam o princípio democrático dentro de uma democracia representativa, em que a deliberação é fundamental para legitimar as decisões que afetam a sociedade.

A jurisprudência latino-americana e o contexto brasileiro, especialmente com a EC nº 117/2022 e a “PEC da Anistia”, indicam que partidos políticos e órgãos eleitorais são frequentemente os responsáveis pelo descumprimento da legislação de cotas de gênero. Além disso, observa-se que o potencial deliberativo, esperado em reformas constitucionais, muitas vezes não é plenamente realizado.

Esse cenário reflete uma política ainda dominada por homens. Nos quase 40 anos de redemocratização do Brasil, tanto a liderança nacional, com 66 homens e apenas 4 mulheres, quanto às lideranças partidárias são majoritariamente masculinas (Oliveira; Azevedo, 2023, online), o que dificulta avanços significativos na representatividade feminina.

Ainda assim, a construção gradual de um diálogo interinstitucional e a adoção de uma perspectiva multinível de proteção dos direitos humanos (Piovesan; Hernandes, 2022, p. 87) oferecem caminhos para fortalecer a democracia brasileira, promovendo uma sociedade mais livre, justa, inclusiva e pluralista.

REFERÊNCIAS

- ALVARADO, Paola. *Más allá de la utopía: del diálogo interjudicial a la constitucionalización a la constitucionalización del derecho internacional*. Tesis (Doctorado en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales) – Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 2013.
- AMANTINO, A. K. Democracia: a concepção de Schumpeter. *Revista Teoria e Evidência Econômica*, v. 5, n. 10, 1998.
- BRASIL. Observatório Nacional da Mulher na Política completa dois anos de atividades. *Portal da Câmara dos Deputados*, Brasília, 2023. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/secretarias/secretaria-da-mulher/observatorio-nacional-da-mulher-na-politica/noticias-1/observatorio-nacional-da-mulher-na-politica-completa-dois-anos-de-atividades>. Acesso em: 05 nov. 2024.
- BOBBIO, Norberto. *Il futuro della democrazia: Una difesa delle regole del gioco*. Torino: Einaudi, 1995. e-book.
- CEDAW. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Brasil, 2003, CEDAW/C/BRA/1-5, 29 Período de Sesiones. New York: Naciones Unidas.
- CEDAW. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Brasil, 2007, CEDAW/C/BRA/CO/6, 39. Período de Sesiones. New York: Naciones Unidas.
- CHUEIRI, V. K; BOCKMANN, E.; CÂMARA, H. F; GODOY, M. G. *Fundamentos de Direito Constitucionais: novos horizontes brasileiros*. 1ª ed. JusPODIVM: Salvador, 2021.
- CHUEIRI, V; GODOY, M. Constitucionalismo e Democracia - Soberania e Poder Constituinte. *REVISTA DIREITO GV*, SÃO PAULO 6(1), p. 159-174, JAN-JUN 2010.
- CHUEIRI, V; KOZICKI, K. *Uma Constituição Radical é possível?* Disponível em: <https://xdocs.com.br/doc/chueiri-vera-e-kozicki-katya-uma-constituicao-radical-e-possiveldocx-xn45ym2703oj>. Acesso em 14 ago. 2022.
- COLÓN-RÍOS, J. *Weak Constitutionalism: democratic legitimacy and the question of constituent power*. New York: Routledge, 2012.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe n. 103/01. Caso 11.307. María Merciadri de Moroni vs. Argentina. 11 de octubre de 2001, IV. Solución amistosa, Acuerdo de solución amistosa.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe n. 51/02. Petición 12.404. Janet Espinoza Feria y otras vs. Perú. 10 de octubre de 2002.
- CORTE IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de junho de 2005.
- CORTE IDH. Informe Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. 2009.
- FERNANDES, B. G. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. Salvador: JusPODIVM. 2017.
- FERREIRA, S. L. A Constituição Reinventada pelas Crises: do Neoconstitucionalismo ao Constitucionalismo Internacionalizado. *Direito e Política nas Decisões do Poder Judiciário*. v. 7 n. 32, 2010.
- FH. Freedom House. Election Vulnerability Index. Election Watch for the Digital Age, 2022. Disponível em: <https://freedomhouse.org/report/election-watch-digital-age#brazil>. Acesso em: 19 ago. 2022.
- GARGARELLA, R. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.
- GODOY, M. G. *Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva Jur, 2012.
- GODOY, M. G. Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

OS DIREITOS POLÍTICO-ELEITORAIS DAS MULHERES NO BRASIL: COTAS DE GÊNERO SOB A PERSPECTIVA DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

- GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 18ª ed. Atlas: Barueri, 2022.
- IBGE. Disponível em: <https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/>. Acesso em: 13 jul. 2023.
- LEFORT, C. *A Invenção Democrática*. Editora Brasiliense, 1981. São Paulo.
- KROOK, Mona Lena; HUGHES, Melanie M.; PAXTON, Pamela. Gender quotas for legislatures and corporate boards. *Annual Review of Sociology*, 43, 331-352, 2017, p. 331-352.
- LIMA, Jairo. *Democratização do controle de constitucionalidade: análise das emendas constitucionais no Brasil pós-1988*. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo. São Paulo. 2018.
- LIMA, Jairo. Decisão por Supermaioria nas Cortes Constitucionais: o caso das emendas constitucionais inconstitucionais. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 3, p. 1310-1331, set./dez. 2020.
- MENDES, C. H. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. Curso de Direito Constitucional. 14ª ed. São Paulo: Saraiva jur, 2019.
- MONTEIRO, Vítor de Andrade. Direitos Humanos e direitos políticos: perspectivas e tendências do direito eleitoral perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista IIDH*, vol. 61, p. 173-201. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34226.pdf>. Acesso em 29 jul. 2023.
- NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NINO, C. S. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003.
- OLIVEIRA, Pedro Henrique Costa de. A proteção internacional dos direitos político-eleitorais das mulheres: análise dos casos “María Merciadri de Moroni vs. Argentina” e “Janet Espinoza e outras vs. Peru”. *Resenha Eleitoral*, Florianópolis, n. 23, n. 1, p. 109-138, 2019.
- OLIVEIRA, Thaísa; AZEVEDO, Victoria. Cúpula da República teve só 4 mulheres no pós-ditadura e segue masculina. *FOLHA DE S. PAULO*, em 7 mar. 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/03/cupula-da-republica-teve-1-mulher-para-cada-16-homens-apos-redemocratizacao-e-segue-masculina.shtml>. Acesso em: 31 jul. 2023.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitoshumanos>. Acesso em: 22 abr. 2022.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 2966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 22 abr. 2022.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Protocolo de San Salvador”), 1999. Disponível em: http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm. Acesso em: 22 abr. 2022.
- ORTEGA, Roberto Niembro. Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces nacionales e internacionales tratándose de derechos fundamentales. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- PAIVA, Leticia. PEC que anistia partidos por descumprir cotas pode deter avanço feminino na política. *JOTA*, em 31 mar. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/casa-jota/pec-que-anistia-partidos-por-descumprir-cotas-pode-deter-avanco-feminino-na-politica-31032022>. Acesso em: 31 jul. 2023.
- PICADO, Sonia. Derechos políticos como derechos humanos. In: *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina* / comps. Dieter Nohlen, Daniel Zovatto, Jesús Orozco, José Thompson, 2. ed., México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad

de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC, São Paulo, n.19, p. 67-93, 2012.

PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale communelatino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, 2017.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi. Artigo 25: Proteção Judicial. In: PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (orgs.). *Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. RJ: Forense, 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª ed. SP: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: Desafios e Perspectivas Contemporâneas. *Rev. TST*, Brasília, vol. 75, n. 1, jan/mar 2009.

PIOVESAN, Flávia; HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro. Democracia: proteção constitucional e internacional. ExpressaJur: São Paulo, 2023.

QUIJANO, A. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: CLÍMACO, Danilo Assis (org.). *Antología esencial: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

RAINHA, Jamila Coco. Quem disse que lugar de mulher não é na política? A difícil inserção das mulheres no espaço de tomada de decisão, in: Anais do XI Congresso Luso Afrobrasileiro de Ciências Sociais. Salvador: Universidade Federal da Bahia. Acesso em: 13 jul. 2023.

SCHUMPETER, J. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura 1961.

SILVA, R. D. P. *Aventuras Constituintes: Venezuela e a ditadura soberana do povo*. 2018.

Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2018.

TEODORO, Rafael. Cotas de gênero em eleições proporcionais: como funcionam? *Politize!*, em 02/04/2020. Disponível em: https://www.politize.com.br/cotas-de-genero-em-eleicoes/?https://www.politize.com.br/&gclid=CjwKCAjwwb6lBhBJEiwAbuVUSoyXbpbsxEo d8BzHh8SvM9lbuHEEDoAfKW3UwezAvMvU8QmTa1EnVBoCqf4QAvD_BwE. Acesso em: 13 jul. 2023.

Como citar este artigo:

TRANJAN, Renata Naomi. Os direitos político-eleitorais das mulheres no Brasil: cotas de gênero sob a perspectiva da democracia deliberativa. **Revista Eletrônica do CEJUR**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 141–159, 2025. DOI: 10.5380/cejur.v3i2.97421.

RETIFICAÇÃO DO NOME CIVIL PARA PESSOAS TRANSGÊNERO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

CIVIL NAME CHANGE FOR TRANSGENDER INDIVIDUALS IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

André Luiz dos Santos Campos¹

Pedro Manenti Vieira da Silva²

Resumo: O presente estudo investiga e analisa o direito à retificação do nome civil para pessoas transgênero no Brasil, destacando o papel fundamental do nome no âmbito do direito à personalidade. A pesquisa organiza-se a partir de um referencial teórico e bibliográfico para fundamentar a construção histórica e social de gênero, seguida de uma análise doutrinária do direito ao nome como direito da personalidade, finalizando com a discussão sobre o processo de retificação de nome para pessoas transgênero no Brasil. A análise parte de uma perspectiva histórica e social da construção de gênero e aborda a evolução do movimento feminista e suas repercussões para os direitos das pessoas transgênero. Além disso, discute-se o direito ao nome, assegurado pela Constituição Federal de 1988, como um direito da personalidade, essencial para o reconhecimento social e o exercício pleno da cidadania. Ressalta-se que este estudo não se dedica à análise detalhada do procedimento de retificação de nome nos cartórios, sendo esse assunto apenas tratado de maneira breve no texto. Não obstante ainda existam barreiras sociais e institucionais, o estudo conclui que o reconhecimento do nome, além de ser um instrumento jurídico legalmente garantido, configura um passo fundamental para a efetivação da cidadania de pessoas transgênero no Brasil.

Palavras-chave: Retificação do nome; Direito ao nome; Pessoas transgênero; Direito da personalidade.

Abstract: This study investigates and analyzes the right to legal name change for transgender people in Brazil, highlighting the fundamental role of the name regarding personality rights. The research adopts a theoretical and bibliographical framework to support the historical and

social construction of gender, using a doctrinal analysis of the right to a name as a personality right and discussing the legal name change process for transgender people in Brazil. The analysis starts from a historical and social perspective of the construction of gender and addresses the evolution of the feminist movement and its repercussions for the rights of transgender people. The right to a name, guaranteed by the 1988 Federal Constitution, is analyzed as a personality right, essential for social recognition and full exercise of citizenship. This study is not a detailed analysis of the name change process in registry offices, and this subject is only briefly dealt with. Although there are still social and institutional barriers, the study concludes that name recognition, besides being a legally guaranteed right, is a fundamental step towards the fulfillment of citizenship for transgender people in Brazil.

Keywords: Legal name change; Right to a name; Transgender people; Personality rights.

Sumário: Introdução. 1. A construção social do gênero. 1.1. Transgênero. 2. Direito da personalidade: o direito de se ter um nome. 2.1. Conceito de nome para o ordenamento jurídico brasileiro. 3. Retificação do nome: direito impacta cidadania. 3.1. Nome social e nome de registro. Considerações finais. Referências.

¹ Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pelo GRAN Centro Universitário - andreluiz.camposleite@gmail.com, ORCID:0009-0005-5322-2939.

² Doutorando em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pedromanentivs@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0538-2031.

INTRODUÇÃO

O presente estudo investiga e analisa a retificação de nome para pessoas transgênero no ordenamento jurídico brasileiro, destacando a importância do nome como um direito fundamental vinculado à personalidade.

Em janeiro de 2023, inspirado pelo Dia Nacional da Visibilidade Trans, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) lançou a série de vídeos “TRANSformando Direitos: a visibilidade trans e os precedentes do STJ”. Essa série traz o depoimento de Victoria Moreno, servidora do STJ, que compartilha os desafios enfrentados antes de conseguir a retificação de seu nome e gênero. Em seu relato, Moreno descreve como a atuação do Judiciário em defesa dos direitos fundamentais é fundamental para romper barreiras sociais e culturais enfrentadas pela população trans no Brasil (Secretaria de Comunicação Social do Superior Tribunal de Justiça, 2024).

No vídeo a pessoa de nome Victoria Moreno detalha as dificuldades de ser identificada por seu nome de registro em atividades como concursos, ambiente universitário e atendimentos em serviços públicos, gerando frequentes situações de constrangimento. Ela relata a realidade das pessoas trans nas escolas, onde frequentemente são vítimas de humilhações e abusos que dificultam a permanência e promovem a evasão escolar, contribuindo para uma baixa escolaridade entre essa população. No mercado de trabalho, pessoas trans também enfrentam limitações, sendo comumente direcionadas para a prostituição ou o setor da beleza, em razão da discriminação social e da falta de oportunidades (Secretaria de Comunicação Social do Superior Tribunal de Justiça, 2024).

De acordo com Moreno, as decisões judiciais que asseguram o direito à retificação de nome e gênero proporcionam conforto, dignidade e uma nova realidade para as pessoas transgênero. Em 2009, a Terceira Turma do STJ reconheceu a uma mulher transexual o direito de modificar seu nome e gênero na certidão de nascimento, sem qualquer anotação sobre a alteração. Esta decisão, relatada pela ministra Nancy Andrighi, é vista como um marco na afirmação dos direitos das pessoas trans no Brasil. Em sua decisão, a ministra destacou que "a negativa dessas alterações perpetuaria um estado insustentável de angústia, incerteza e conflitos para as pessoas transexuais." (Secretaria de Comunicação Social do Superior Tribunal de Justiça, 2024). Assim, a retificação do nome e gênero confere dignidade e abre oportunidades para a realização de sonhos.

A pesquisa tem como problema identificar os fundamentos jurídicos que permitem a retificação de nome para pessoas transgênero no Brasil. O objetivo principal é compreender os fundamentos jurídicos que permitem a retificação de nome e como a retificação contribui para o reconhecimento jurídico da identidade de gênero dessas pessoas. Os objetivos específicos incluem:

RETIFICAÇÃO DO NOME CIVIL PARA PESSOAS TRANSGÊNERO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

analisar a fundamentação jurídica existente, apresentar os impactos legais e sociais da retificação de nome, e propor reflexões sobre as melhorias necessárias para assegurar esse direito.

A relevância jurídica do tema está na garantia do direito ao nome e à identidade de gênero como direitos da personalidade, amparados pela Constituição Federal e por tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos e à população LGBTQIA+. A retificação do nome garante dignidade e inclusão social, promovendo o exercício pleno da cidadania e o acesso a outros direitos civis e sociais por pessoas transgênero.

Metodologicamente, utiliza-se o estudo e a análise bibliográfica, bem como o método de pesquisa documental, explorando doutrinas jurídicas, jurisprudência e tratados internacionais de direitos humanos relativos à identidade de gênero. Estruturalmente, o artigo está dividido em seções: inicia com a construção social do gênero, oferecendo uma análise teórica sobre o conceito e o papel dos movimentos feministas; em seguida, discute-se o direito ao nome como parte dos direitos da personalidade; finalmente, aborda-se a retificação de nome para pessoas transgênero no Brasil, analisando os aspectos legais e sociais do reconhecimento da identidade de gênero.

1 A CONSTRUÇÃO SOCIAL DO GÊNERO

O conceito de gênero oferece uma lente fundamental para entender como as identidades e os corpos são construídos socialmente, revelando as dinâmicas e hierarquias presentes na sociedade. Gênero não é apenas uma questão biológica, mas uma construção social que organiza as relações humanas em diversas áreas, como trabalho, riqueza, sistema político, educação, saúde e violência. De acordo com Sérgio Carrara *et al.* (2009), o gênero foi moldado na década de 1970, sob forte influência do pensamento feminista, com o propósito de separar a dimensão biológica da social.

Ele foi criado para distinguir a dimensão biológica da dimensão social, baseando-se no raciocínio de que há machos e fêmeas na espécie humana, no entanto, a maneira de ser homem e de ser mulher é realizada pela cultura. Assim, gênero significa que homens e mulheres são produtos da realidade social e não decorrência da anatomia de seus corpos (Sérgio Carrara *et al.*, 2009, p. 43).

O desenvolvimento dos movimentos feministas foi fundamental para questionar as estruturas que limitavam as mulheres ao ambiente doméstico, à criação dos filhos e ao cuidado da casa, excluindo-as de espaços como a política e o trabalho formal. Conforme Julia Botelho (2022), os movimentos feministas emergiram como contestação ao sistema patriarcal, um modelo que restringia a participação das mulheres em diversas esferas da vida social. Este movimento permitiu que a sociedade evoluísse em sua compreensão sobre o gênero, favorecendo o surgimento de novos grupos e identidades que também questionaram as normas tradicionais.

A autora Regiane Folter (2021) define o patriarcado como um sistema social enraizado em práticas culturais e estruturais que privilegiam os homens, em especial o homem branco e cisgênero. Esse modelo de sociedade perpetua relações de poder e dominação que favorecem os homens em detrimento das mulheres e de todos aqueles que não se encaixam no padrão normativo de raça, gênero e orientação sexual. Assim, entender o feminismo é fundamental para compreender a luta por igualdade e como o gênero se relaciona com as relações de poder.

O feminismo, na perspectiva de Julia Botelho (2022), não é um movimento homogêneo, mas sim composto por várias ondas e grupos que, em diferentes períodos históricos, lutaram por causas específicas. A primeira onda, como menciona Djamila Ribeiro (2018, p. 45), teve início no Brasil no século XIX, abordando reivindicações como o direito ao voto e a participação das mulheres na vida pública. Em 1922, foi criada a Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, cuja missão incluía a luta pelo sufrágio feminino e pelo direito ao trabalho, sem a necessidade de autorização do marido.

A segunda onda do feminismo, nos anos 1970, ocorreu durante um momento de instabilidade democrática e teve como foco a valorização do trabalho feminino, o direito ao prazer e a luta contra a violência sexual, como aponta Djamila Ribeiro (2018, p. 45).

Nesse período, o Movimento Feminino pela Anistia e o jornal *Brasil Mulher* surgiram como importantes ferramentas de resistência e conscientização. A terceira onda, que começou na década de 1990, foi impulsionada por teóricas como Judith Butler, trazendo uma discussão sobre os paradigmas binários de gênero e promovendo uma análise micropolítica das relações sociais. (Ribeiro, 2018).

A autora Djamila Ribeiro (2018, p. 45-46) ainda ressalta que o discurso universalista do feminismo foi criticado por não considerar as particularidades de raça e classe, ignorando as diferentes formas de opressão que afetam as mulheres de maneira desigual destaca

As críticas de algumas dessas feministas vêm no sentido de mostrar que o discurso universal é excludente, porque as mulheres são oprimidas de modos diferentes, tornando necessário discutir gênero com recorte de classe e raça, levando em conta as especificidades de cada uma. A universalização da categoria “mulheres” tendo em vista a representação política foi feita tendo como base a mulher branca de classe média - trabalhar fora sem a autorização do marido, por exemplo, jamais foi uma reivindicação das mulheres negras ou pobres. Além disso essa onda propõe a desconstrução das teorias feministas e das representações que pensam a categoria de gênero de modo binário, ou seja, masculino / feminino (Ribeiro, 2018, p. 45-46).

As discussões sobre gênero, ao longo do tempo, revelam como a sociedade estabelece normas de comportamento, atribuições e responsabilidades diferentes para homens e mulheres em várias esferas, como religião, política, lazer, educação, saúde e sexualidade.

A compreensão do gênero como construção social levou à ampliação das discussões sobre identidade de gênero, a qual, segundo os Princípios de Yogyakarta (2006, p. 7), é descrita como

RETIFICAÇÃO DO NOME CIVIL PARA PESSOAS TRANSGÊNERO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Compreendemos identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.

Os Princípios de Yogyakarta, desenvolvidos por especialistas em Direitos Humanos em 2006, orientam a aplicação dos direitos humanos no que se refere à orientação sexual e à identidade de gênero, com base em normas internacionais. Estes princípios ressaltam a importância da proteção da identidade de gênero como um direito fundamental, promovendo o reconhecimento e a inclusão das diversidades de gênero nas leis e políticas públicas.

Nos pressupostos de Maria Berenice Dias (2017, p. 53), a identidade de gênero está diretamente ligada ao gênero com o qual a pessoa se reconhece

Como homem, como mulher, como ambos ou como nenhum. Experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode ou não, corresponder ao atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos. Independe dos órgãos genitais e de qualquer outra característica anatômica, já que a anatomia não define gênero.

Assim, a identidade de gênero representa uma autocompreensão única que pode ou não coincidir com o sexo atribuído ao nascimento. Essa percepção é independente de características físicas e anatômicas, pois o gênero não é definido exclusivamente pela biologia. Isso destaca a necessidade de compreender o gênero como uma construção social, possibilitando uma maior inclusão e respeito às diversas identidades existentes.

Dessa forma, o reconhecimento da identidade de gênero promove o fortalecimento da dignidade humana e a ampliação dos direitos sociais para todos, independentemente de suas características ou expressões individuais.

1.1 TRANSGÊNERO

Ao abordar a realidade da população transgênero, a autora Jaqueline Gomes de Jesus (2012, p. 11) enfatiza que, historicamente, essa população tem sido estigmatizada, marginalizada e perseguida. Tal discriminação está enraizada na crença de que o "natural" é que o gênero atribuído no nascimento seja aquele com o qual a pessoa se identifica, o que gera expectativas rígidas sobre como cada gênero deve se comportar. A ideia de que existe um comportamento "adequado" para cada gênero, de acordo com o sexo atribuído, cria normas opressoras que limitam a vivência e a expressão de pessoas trans, tornando difícil a inclusão plena dessas identidades na sociedade.

O conceito de transgênero tem, entretanto, avançado para novos espaços de debate, não apenas nos estudos de gênero, mas também na política e nos direitos humanos. Para a autora Letícia Lanz (2014), "transgênero" funciona como um termo "guarda-chuva" que reúne todas as

identidades que divergem, em algum grau, do dispositivo binário de gênero. Letícia Lanz explica que esse termo engloba identidades que, de alguma forma, violam, desafiam ou rompem com as expectativas binárias de gênero. Dessa maneira, o termo "transgênero" descreve pessoas cuja identidade de gênero não se alinha com o sexo biológico com o qual nasceram.

Nesse sentido, é importante diferenciar os conceitos de cisgênero e transgênero. Uma pessoa cisgênero é aquela cuja identidade de gênero está alinhada com o sexo biológico atribuído ao nascimento; por exemplo, uma mulher que nasceu com genitália feminina e se identifica com o gênero feminino. Em contraste, uma pessoa transgênero é alguém cuja identidade de gênero não corresponde ao sexo biológico de nascimento.

João Justi (2023), exemplifica que uma pessoa que nasceu com genitália masculina, mas se identifica e vive como mulher, é considerada uma mulher transgênero. O termo transgênero, portanto, abrange todas as pessoas que não se identificam com seu sexo biológico, englobando uma diversidade de identidades e expressões.

A autora Berenice Bento (2008, p. 18) esclarece que

A transexualidade é uma experiência identitária, caracterizada pelo conflito com as normas de gênero[...] definir a pessoa transexual como doente é aprisioná-la, fixá-la em uma posição existencial que encontra no próprio indivíduo a fonte de explicativa para seus conflitos, perspectiva divergente daqueles que a interpretam como uma experiência identitária.

A imposição de normas de gênero começa antes mesmo do nascimento, com expectativas pré-definidas que vão desde as cores de roupas até os tipos de brinquedos associados a cada sexo. Desde cedo, crianças aprendem que "meninos vestem azul e meninas vestem rosa", ou que "boneca é brinquedo de menina e carrinho é brinquedo de menino".

Essas convenções moldam e limitam as expressões de gênero e reforçam um sistema binário que exclui as identidades transgêneras, tornando essas pessoas vulneráveis à marginalização social e, muitas vezes, negando-lhes direitos básicos, como o acesso à educação e trabalho.

Jaqueline Gomes de Jesus (2014), ainda pontua que, em sociedades ocidentais com tradições culturais e religiosas judaico-cristãs, o conceito de gênero tende a ser visto de maneira binária e universal. A autora aponta que

Nas sociedades ocidentais de tradição cultural-religiosa judaico-cristã se costuma generalizar concepções de mundo a partir da crença de que o sexo seja algo universal, binário (macho e fêmea) e globalizante das identidades e papéis sociais. A compreensão das diferenças entre sexo e gênero ainda é demasiadamente teórico-acadêmica, significando isso que não foi apropriadamente absorvida e adaptada pela sociedade nos seus instrumentos legais e burocráticos. Essa lacuna se evidencia em detalhes expressivos, como o da exigência de identificação de sexo em crachás, controles de frequência, contracheques, entre outros documentos oficiais; o gênero, porém, é uma variável inutilizada, senão confundida com o próprio conceito de sexo. No caso particular dos homens e mulheres trans, e outras pessoas trans que não se reconhecem no binário homem-mulher, isso incorre em sofrimento e negação de direitos cotidianos. A famosa frase de Simone de Beauvoir, de que "ninguém nasce mulher: torna-se mulher bem caracteriza a questão do gênero e pode ser utilizada para nos introduzir à discussão sobre

RETIFICAÇÃO DO NOME CIVIL PARA PESSOAS TRANSGÊNERO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

a população trans(gênero), que tal como os ditos homens e mulheres cis(gênero), vivem a construção de suas identidades de gênero no dia a dia (por mais que não percebam). (Gomes de Jesus, 2014, p. 8).

A percepção de que uma pessoa "nasce" com um gênero específico e "se torna" parte desse gênero por meio de normas sociais é uma premissa importante para entender as identidades transgêneras. Conforme enfatiza Jaqueline Gomes de Jesus *et al.* (2014, p. 8), "é comum se dizer ou escrever que pessoas trans 'nasceram homens/mulheres e viraram mulheres/homens'". Esse raciocínio, no entanto, é falacioso, pois simplifica a complexidade da identidade de gênero e a torna dependente apenas do sexo biológico, ignorando as construções e vivências que formam a identidade de cada pessoa. A autora observa que

É comum se dizer ou escrever que pessoas trans "nasceram homens/mulheres e viraram mulheres /homens". Raciocínio falacioso. Todos os seres humanos nascem com um sexo biológico / uma conformação genital e se tornam alguém de um gênero que corresponde ou não às expectativas sobre esse sexo / conformação genital. " (Gomes de Jesus, *et al.* 2014, p.8)

Dessa forma, as pessoas transgênero experienciam a construção de suas identidades de forma única e pessoal, rompendo com as expectativas sociais impostas sobre o binarismo de gênero. A existência de pessoas trans reforça a necessidade de uma reavaliação social e jurídica sobre a diversidade de gênero, ressaltando que a dignidade humana inclui o direito de cada pessoa de ser reconhecida em sua verdadeira identidade, independentemente das normas e dos padrões estabelecidos pela sociedade.

2 DIREITO DA PERSONALIDADE: O DIREITO DE SE TER UM NOME

Os direitos da personalidade são intrínsecos à pessoa humana e têm como fundamento o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana.

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

De acordo com Juliana Mendonça Alvarenga (2016, p. 163), as Constituições de diversos países passaram a abordar temas anteriormente restritos à esfera privada. Dessa forma, o que era tratado pelos códigos civis, que sempre privilegiavam o patrimônio, e não a pessoa humana, passou a ser tratado pelas constituições, o que é chamado de constitucionalização do Direito Civil.

Conforme Danilo Doneda (2005, p. 71-72), os direitos da personalidade configuram uma categoria relativamente recente no direito civil brasileiro, decorrendo da valorização da pessoa humana como o centro do ordenamento jurídico. Essa evolução representou uma mudança

significativa, que deu prioridade à proteção da pessoa sobre questões meramente patrimoniais, especialmente com a Constituição de 1988.

O autor Paulo Lôbo (2024), reforça a importância do foco no indivíduo no direito civil contemporâneo

O foco predominante do direito civil contemporâneo é a pessoa, a partir da relevância que se passou a atribuir à realização da dignidade da pessoa humana, como valor essencial, que no Brasil se elevou a princípio constitucional fundamental, com o advento da Constituição de 1988 (principalmente art. 1º, III) (Lôbo, 2024).

Esses direitos visam proteger os atributos físicos e morais da pessoa, garantindo as condições necessárias para seu pleno desenvolvimento. Eles envolvem, entre outros, a proteção do nome, da integridade física e psíquica, da imagem e da privacidade.

Sobre os direitos da personalidade, Iuri Bolesina e Tamiris Alessandra Gervasoni (2018) destacam que esses direitos possuem uma singularidade essencial: viabilizam, de maneira livre e condigna, a expressão da própria personalidade e identidade de cada indivíduo em um projeto existencial particular. Essa característica diferencia os direitos da personalidade de outros direitos, cujo objetivo também é a dignidade humana, mas que não possuem a mesma profundidade identitária. Os autores esclarecem

Os direitos da personalidade têm como singularidade o objetivo de viabilizar, livre e condignamente, a própria personalidade/identidade em um projeto existencial particular. Não se trata apenas de objetivar tão-só a dignidade da pessoa humana. Isto é, outros direitos, como os direitos sociais, os direitos do consumidor, os direitos do trabalhador, as garantias fundamentais, as políticas públicas, os tributos e tantos outros direitos, também, a seu modo, objetivam a dignidade humana, mas nem por isso são especificamente reconhecidos como direitos da personalidade (Bolesina e Gervasoni, 2018).

Os direitos da personalidade, de acordo com Roberta Queiroz (2020), são inatos, pois estão intrinsecamente ligados à própria condição humana. Esses direitos são absolutos, uma vez que não podem ser violados por terceiros, e são extrapatrimoniais, o que significa que não possuem valor econômico. Além disso, são imprescritíveis, ou seja, não se perdem com o tempo, e vitalícios, extinguindo-se apenas com a morte do titular. Esses direitos também são inalienáveis, impenhoráveis e indisponíveis, o que significa que não podem ser transferidos ou renunciados, reforçando o caráter inviolável da personalidade.

A Constituição Federal, em seu Título II, define os direitos e garantias fundamentais como uma base essencial para o pleno exercício da cidadania e a proteção da dignidade humana. O Código Civil de 2002, por sua vez, consagrou um capítulo dedicado aos direitos da personalidade, demonstrando, segundo Danilo Doneda (2005, p. 71), uma mudança significativa em relação ao Código anterior, que era fortemente orientado para a proteção patrimonial. A inclusão de um capítulo específico para os direitos da personalidade reflete uma evolução simbólica e jurídica, em que a valorização da pessoa humana se tornou central no direito civil.

RETIFICAÇÃO DO NOME CIVIL PARA PESSOAS TRANSGÊNERO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Portanto, os direitos da personalidade e os direitos fundamentais representam uma evolução no reconhecimento e na proteção da dignidade humana. Esses direitos não apenas protegem os atributos individuais, mas também asseguram a inserção plena e igualitária do indivíduo na sociedade, evidenciando o compromisso do Estado brasileiro com os princípios de justiça, liberdade e igualdade.

2.1 CONCEITO DE NOME PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A abordagem do direito ao nome sofreu uma transformação significativa no Brasil entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002. No primeiro, o nome não era tratado como um direito da personalidade, uma vez que o código refletia um enfoque patrimonialista, onde as questões de direitos de personalidade ainda não estavam em evidência. Já o Código de 2002, ao contemplar o nome como um direito da personalidade, reflete a evolução da sociedade e da própria interpretação do direito (Brasil, 2014).

Segundo Danilo Doneda (2005, p. 75), ao longo do século XX, com a crescente valorização da dignidade humana e as mudanças sociais, tornou-se evidente que o sistema jurídico não poderia mais se restringir a questões exclusivamente patrimoniais. Havia uma demanda por maior proteção aos direitos da personalidade, resultando na inclusão do nome como um dos elementos fundamentais da dignidade da pessoa humana.

Conforme destaca Roberta Queiroz (2020), o nome possui um papel essencial na dignidade humana, pois é por meio dele que o indivíduo se identifica e é reconhecido socialmente. O nome de uma pessoa, formado pelo prenome e sobrenome, não só individualiza, mas também assegura seu lugar na sociedade, sendo um direito que permite ao indivíduo ser inserido de maneira única e respeitosa no meio social.

Ademais, a entrada do Pacto de San José da Costa Rica no ordenamento jurídico brasileiro em 1992, por meio do Decreto n.º 678, trouxe força adicional à garantia desse direito, consolidando o entendimento de que toda pessoa tem direito ao nome. No artigo 18, o pacto estabelece: “Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esses direitos, mediante nomes fictícios, se for necessário”. Esse pacto fortalece o direito ao nome, alinhando o Brasil com os compromissos internacionais de direitos humanos.

Luiz Cezar Nicolau e Eduardo Cambi (2024, p. 2) também ressaltam a relevância do nome como direito da personalidade, conforme expresso no artigo 16 do Código Civil e no artigo 58 da Lei de Registros Públicos. Eles explicam que o nome conecta o indivíduo ao seu meio social,

conferindo-lhe um reconhecimento único que transcende sua presença física. Essa importância é reforçada por Anderson Schreiber (2013), que observa que o legislador infraconstitucional não só reconhece o direito ao nome, mas o configura também como um dever, evidenciando a relação indissociável entre o nome e a existência social de cada pessoa.

Em síntese, o reconhecimento do nome como direito da personalidade reflete uma evolução jurídica que acompanha a valorização da dignidade humana. Esse direito, amparado tanto em legislações internas quanto em tratados internacionais, não apenas individualiza, mas também assegura o respeito e o reconhecimento do indivíduo na sociedade. Tal avanço é essencial para uma sociedade que busca ser mais inclusiva e justa, respeitando a identidade e dignidade de cada cidadão.

3 RETIFICAÇÃO DO NOME: DIREITO IMPACTA CIDADANIA

O direito ao nome representa uma das facetas mais íntimas e fundamentais da personalidade, funcionando como um elemento de individualização e reconhecimento de cada pessoa na sociedade. De acordo com Denise Hammerschmidt *et al.* (2022, p. 662), o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275/DF pelo Supremo Tribunal Federal (STF) marcou um avanço histórico ao assegurar que pessoas transgênero poderiam alterar nome e gênero diretamente no Cartório de Registro Civil, sem necessidade de ação judicial ou cirurgia.

Essa decisão foi amparada pelos princípios da dignidade da pessoa humana, privacidade, honra e imagem, além do direito ao nome, conforme previsto no Pacto de São José da Costa Rica, um tratado internacional de direitos humanos. Essa possibilidade contribui significativamente para o bem-estar das pessoas trans, oferecendo-lhes a oportunidade de alinhar a documentação civil com sua identidade de gênero, promovendo, assim, uma maior inclusão social.

Em 2009 o Superior Tribunal de Justiça (STJ), deu um importante passo rumo à possibilidade de transgêneros usarem seu nome social com mais facilidade, durante o julgamento do REsp 1.008.398. Na ocasião, a Terceira Turma do STJ decidiu a favor do recurso de uma mulher transgênero que desejava modificar o gênero e o nome presentes em sua certidão de nascimento após passar pela cirurgia de transgenitalização.

A ministra Nancy Andrighi, relatora do recurso, ressaltou que é fundamental para as pessoas transexuais viverem com dignidade ao terem sua identidade sexual reconhecida, considerando a perspectiva psicossocial que reflete a realidade experienciada por esses indivíduos.

O voto analisado aborda a relevância da dignidade da pessoa humana na efetivação dos direitos das pessoas transexuais, à luz dos princípios da Bioética. A ministra relatora argumenta que

RETIFICAÇÃO DO NOME CIVIL PARA PESSOAS TRANSGÊNERO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

a dignidade deve ser protegida em ambiente de tolerância, assegurando a integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual do indivíduo.

Para o transexual, viver dignamente requer o reconhecimento da identidade sexual sob o ponto de vista psicossocial, de forma coesa com sua vivência social. Salienta-se que o Direito, por vezes, não acompanha a realidade social, exigindo a aplicação de princípios que assegurem uma proteção integral ao ser humano.

A decisão em estudo destaca que a dignidade humana contempla o direito à expressão plena da identidade, inclusive a sexual, e que negar a alteração do registro civil após a cirurgia de redesignação sexual representa uma perpetuação do sofrimento. A manutenção do sexo biológico no registro civil contradiz a aparência física e a realidade vivenciada por pessoas que foram submetidas à cirurgia de redesignação sexual, gerando constrangimentos e exclusão. O reconhecimento jurídico da identidade de gênero, portanto, é uma medida necessária e urgente para a promoção da cidadania plena.

A função do registro civil, como instrumento de publicidade dos fatos relevantes da vida do indivíduo, deve refletir sua condição atual, garantindo segurança jurídica e inclusão social.

Negar a mudança do nome e do gênero acarreta violação do princípio da dignidade humana, já que impede o exercício da liberdade e do desenvolvimento pessoal. A decisão evidencia que a retificação do registro é tão importante quanto a cirurgia, pois ambas integram o processo de afirmação da identidade.

Por fim, a decisão judicial analisada reitera o papel do Direito na promoção da igualdade e da proteção contra a discriminação, assegurando que pessoas transexuais possam exercer seus direitos civis sem limitações impostas por preconceito ou intolerância.

O uso do nome social, garantido pelo Decreto n.º 8.727/2016, reforça essa inclusão ao permitir que pessoas trans sejam tratadas em consonância com sua identidade de gênero nos espaços da administração pública federal. Esse decreto define o nome social como o nome pelo qual uma pessoa se identifica e é socialmente reconhecida, e especifica que a identidade de gênero é uma dimensão pessoal que transcende o sexo biológico atribuído ao nascimento.

Ao regulamentar o uso do nome social, o decreto visa assegurar o respeito e a dignidade dessa população em todas as instâncias do serviço público federal. Essa medida é um marco para a promoção da cidadania, mas ainda enfrenta desafios na implementação prática, que muitas vezes dependem da conscientização e da aceitação social para serem realmente eficazes (Brasil, 2016).

No entanto, apesar dos avanços, o reconhecimento do nome social não garante automaticamente a plena cidadania das pessoas transgênero. Conforme Berenice Bento (2014, p. 166), o uso do nome social nas instituições públicas e privadas é uma conquista importante, mas,

sem uma legislação abrangente e políticas públicas eficazes, ele se limita a uma cidadania precária e simbólica.

Em muitos casos, o uso do nome social em esferas como escolas e universidades é permitido, mas a pessoa trans ainda enfrenta barreiras e constrangimentos, como a necessidade de exibir documentos de identidade que não correspondem ao seu gênero, especialmente em processos seletivos ou em ambientes de trabalho. Berenice Bento (2014, p. 175) argumenta que, embora o nome social seja uma inovação importante, ele não substitui o direito pleno à retificação de nome e gênero nos documentos oficiais, nem protege integralmente as pessoas trans de discriminações e constrangimentos.

O impacto da retificação do registro civil vai além da simples modificação documental; ele contribui para o fortalecimento da cidadania, permitindo que pessoas transgênero vivam com dignidade e acesso a direitos básicos, como educação, emprego e saúde, sem serem constantemente questionadas ou expostas a situações humilhantes. No entanto, a aplicação desse direito ainda se depara com limitações estruturais e culturais. Mesmo com a retificação, a sociedade muitas vezes não acompanha as transformações jurídicas, perpetuando preconceitos e exclusões.

Carolina Dias dos Reis (2018, p. 49), pontua que o uso do nome social no Sistema Único de Saúde (SUS), em exames educacionais como o ENEM, e em instituições financeiras é um passo importante, mas insuficiente para erradicar as práticas transfóbicas que ainda prevalecem nesses contextos.

Além disso, o nome social pode ser visto, para algumas pessoas, como uma solução temporária e insuficiente, especialmente em países onde o acesso a uma retificação integral é limitado ou burocrático.

O conceito de “cidadania precária” é relevante aqui, uma vez que reflete o paradoxo entre o reconhecimento jurídico e a efetiva integração social, onde, mesmo com o direito ao nome social, muitos ainda enfrentam dificuldades de inserção social plena, como afirma Berenice Bento (2014, p.167). Isso se deve à falta de políticas públicas que incentivem e apoiem a inclusão de pessoas trans em diversas esferas da sociedade. O reconhecimento formal, embora seja um avanço, ainda não elimina o preconceito e a discriminação enraizados, o que demonstra que uma mudança normativa não é suficiente sem uma transformação cultural paralela.

A retificação do registro civil para incluir o nome e gênero conforme a identidade da pessoa é, portanto, uma medida essencial para o exercício pleno da cidadania de pessoas transgênero. Esse direito reflete o princípio constitucional da dignidade humana, assegurando que cada indivíduo seja respeitado em sua identidade e possa gozar dos mesmos direitos que qualquer outro cidadão. De acordo com dados da Associação Nacional de Travestis e Transexuais

RETIFICAÇÃO DO NOME CIVIL PARA PESSOAS TRANSGÊNERO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

(ANTRA), de 2022 o processo de retificação de nome e gênero é notado pelas pessoas transgênero como um processo complexo e burocrático

Quanto ao grau de dificuldade do processo de retificação, 72,4% consideram a dificuldade como um desestímulo para a retificação, sendo que 282 (44,7%) pessoas o consideram “complexo”, 175 (27,7%) pessoas que o consideram “muito complexo” e 7 (1,1%) informaram que ainda não fizeram a retificação, e apenas 167 (26,5%) das pessoas que retificaram informaram que consideram o processo de retificação “simples” (ANTRA, 2022).

Verifica-se que para muitas pessoas o processo de retificação ainda é moroso e considerado difícil necessitando de vários documentos para requerer junto ao Cartório o trâmite de retificação do nome.

Ao permitir essa retificação, o sistema jurídico brasileiro proporciona um instrumento de proteção contra a exclusão e a marginalização, promovendo uma sociedade mais igualitária e inclusiva. Contudo, para que essa inclusão se torne plena, é indispensável que sejam adotadas políticas públicas eficazes e campanhas educativas para combater o preconceito e assegurar que a sociedade compreenda e respeite a diversidade de gênero em todas as suas manifestações.

3.1 NOME SOCIAL E NOME DE REGISTRO

O conceito de nome social refere-se ao nome pelo qual uma pessoa transgênero deseja ser reconhecida, contrastando com o nome de registro atribuído ao nascimento. O nome social é mais do que uma simples designação; ele representa a identidade de gênero do indivíduo e permite que essa pessoa seja tratada de acordo com sua autoidentificação.

Em contextos em que o nome de registro difere da identidade de gênero vivenciada, o uso do nome social torna-se essencial para evitar constrangimentos, humilhações e discriminação, especialmente em espaços como escolas, locais de trabalho e ambientes de saúde, onde o respeito à identidade é fundamental para a inclusão social e o bem-estar da pessoa trans.

A retificação do nome nos documentos oficiais é um processo jurídico que permite a substituição do nome de registro pelo nome social. Esse direito não só protege a dignidade pessoal, mas também assegura que a pessoa trans possa exercer plenamente sua cidadania sem sofrer constrangimentos. Segundo De Marchi Gherini, Valentim (2019), a escolha de retificar o nome e, se desejado, realizar intervenções como terapias hormonais ou cirurgias, deve ser uma decisão pessoal e voluntária, reforçando que cada indivíduo tem o direito de expressar sua identidade sem imposições externas. Assim, a retificação do nome e a implementação de políticas de uso do nome social em instituições públicas e privadas não são meramente administrativas; elas são medidas de proteção contra a exclusão e de promoção de respeito e dignidade.

Nos ambientes educacionais, o uso do nome social tem sido um campo de luta para garantir que estudantes transgênero possam se sentir seguros e respeitados. Pesquisas como a de Éder Junio da Silva e Fernando Guimarães Oliveira da Silva (2022) revelam que a negação do nome social em escolas de Mato Grosso do Sul e São Paulo representa uma forma de exclusão que acentua as taxas de evasão escolar e limita o desenvolvimento pleno desses estudantes. Instituições que resistem ao uso do nome social perpetuam um ambiente de cisheteronormatividade, onde identidades de gênero diversas são vistas como anormais ou inadequadas. Esse tipo de resistência institucional gera não apenas uma exclusão social, mas também um ciclo de violência simbólica que contribui para a invisibilidade e o apagamento das identidades trans no ambiente escolar.

Do ponto de vista psicanalítico, Douglas Manoel Antonio de Abreu Pestana dos Santos (2022) discute o impacto psicológico negativo que a não validação do nome social causa nas pessoas trans. A obrigatoriedade de usar o nome de registro pode reforçar sentimentos de desconexão e despersonalização, levando a um sofrimento psíquico.

A psicanálise oferece uma lente crítica para entender como o uso do nome social é parte fundamental da afirmação da identidade de gênero e como ele auxilia no enfrentamento de uma sociedade que muitas vezes nega esse direito básico.

O direito ao nome social permite que o sujeito trans tenha sua subjetividade respeitada e é um instrumento contra o apagamento simbólico e a marginalização social, constituindo-se como um passo essencial para a inclusão e o reconhecimento da diversidade humana.

A implementação de políticas que reconheçam o nome social, como o Decreto n. 8.727/2016 (Brasil, 2016), que regulamenta seu uso na administração pública federal, é fundamental para garantir que as instituições respeitem as identidades de gênero de seus usuários.

Este decreto estabelece o nome social como o nome pelo qual a pessoa é reconhecida e deseja ser chamada, assegurando que o direito ao nome social se estenda a todas as esferas da administração pública, promovendo um ambiente mais inclusivo e receptivo à diversidade de gênero. A retificação do nome e o reconhecimento do nome social em documentos e registros oficiais são, portanto, medidas vitais para a construção de uma sociedade que respeite a dignidade e a identidade de cada indivíduo, conforme previsto no princípio da dignidade humana estabelecido na Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, a retificação de nome para pessoas transgênero transcende a esfera dos direitos formais e se insere profundamente no reconhecimento da dignidade humana. Esse processo,

RETIFICAÇÃO DO NOME CIVIL PARA PESSOAS TRANSGÊNERO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

essencial para garantir a identidade e a personalidade individual, permite que pessoas trans possam viver em consonância com sua identidade de gênero, assegurando-lhes maior autonomia e respeito no convívio social. Embora existam precedentes judiciais que consolidam o direito à retificação de nome e gênero, o exercício desse direito ainda esbarra em resistências sociais e institucionais. Mesmo com o respaldo legal que possibilita a alteração sem necessidade de intervenção judicial ou cirúrgica, há um contraste entre o avanço normativo e a dificuldade de sua aplicação plena, devido a preconceitos e entraves burocráticos.

Essas situações são evidenciadas cotidianamente. Como exemplo, marca-se o relato, na plataforma Instagram, de Ernesto Nunes Brandão, homem transgênero, psicólogo clínico, mestre em Processos de Desenvolvimento Humano e Saúde pela Universidade de Brasília (UNB) e membro da Comissão Especial LGBTQI+ do Conselho Regional de Psicologia do Distrito Federal (CRP 01/DF), o qual narra sua experiência ao ter seu nome e sexo retificados em sua Certidão de Nascimento³.

Conheço a sensação de felicidade por uma conquista muito esperada, por projeto alcançado, como uma dissertação terminada e defendida; a alegria do nascimento de um filho, ou pela conquista que o filho teve; a arrebatção de uma paixão avassaladora, um amor esperado, uma saudade matada. Mas o sentimento que esse documento me gera transcende o repertório de afetos que conheço. Não necessariamente é maior, melhor, mais forte.... Difícil explicar, é não mensurável, de uma outra ordem. É sim um grande passo e uma grande conquista individual, social e política. Talvez a tradução para o que eu sinto agora tenha mais a ver com o impacto que segurar e ler esse documento pela primeira vez me gerou: é um documento novo, de hoje, mas eu o vi velho, tão antigo quanto eu, como se fosse um documento inveterado que eu estou lendo pela primeira vez, mas de alguma forma já o conhecia, um velho conhecido com cheiro de papel novo. Uma confusão de tempos que se acentua com o estranhamento de ter vivido tanto tempo sem 'saber' disso. É como encontrar um pedaço de mim que demorei a entender que me faltava. Pra *[sic]* muitas pessoas é uma grande e incômoda novidade, é confuso, às vezes até doloroso "pra *[sic]* onde foi a outra pessoa?". Pra *[sic]* mim isso é só eu. Esse processo de transição vira a gente do avesso cotidianamente, uma jornada difícil explicar, às vezes confusa e solitária e bastante invisível, que me revira tanto e faz revisitar-me, revisitar minha própria história, os percursos, os caminhos e trilheiros tomados nessa aventura chamada viver, em especial uma transição feita depois de quase 40 anos de vida, mas também fez eu ter a dimensão que ser gente é ser um universo, me faz olhar pra mim mesmo num mergulho verdadeiro, intenso e sem balizas, faz os modelos normatizantes perderem sentido, faz ter noção que a alma da gente nunca respeitou regras, moralismo e jurisprudências. É intenso, bonito, verdadeiro, mas muitas vezes cansativo, doloroso e solitário. Então, qualquer coisa que concretiza as mudanças, que reitera o caminho, a identidade, tem uma baita força (Ernesto Nunes, 2018).

Conforme relatado por Ernesto Nunes, a retificação do nome reflete uma construção de identidade que supera o reconhecimento jurídico. Nunes destaca que o documento retificado não apenas valida sua identidade no plano jurídico, mas também o afirma publicamente como uma

³ Os dados e relatos apresentados têm autorização expressa na forma de declaração, previamente encaminhada ao periódico, para transcrição, no presente estudo. Ernesto Nunes recebeu um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido para o uso do nome, no qual poderia escolher o nome que desejaria usar durante a pesquisa, ressaltando que o anonimato era permitido.

verdade pessoal profundamente enraizada, indo ao encontro com o que Jaqueline Gomes de Jesus descreve sobre identidade de gênero como uma experiência única e interna, independente do sexo atribuído ao nascimento.

Essa vitória individual também revela uma conquista social e política, como citado por Bento (2018), ao esclarecer que a retificação do nome para pessoas transgênero ultrapassa a esfera do direito civil e retrata um rompimento com as estruturas sociais que diariamente negam o direito à identidade das pessoas transgênero.

As resistências na efetivação de direitos já reconhecidos refletem uma barreira histórica, onde fatores culturais e ideológicos enraizados tentam, muitas vezes, limitar ou questionar os direitos das pessoas transgênero. Esse cenário não apenas perpetua a exclusão, mas também impede que o reconhecimento formal desses direitos alcance uma acolhida social ampla e irrestrita.

Há entraves em aceitar e normalizar essas mudanças, evidenciando uma lacuna entre o que está escrito na lei e a vivência cotidiana das pessoas transgênero. Essa hesitação impede que muitas pessoas transgênero exerçam seu direito à identidade de forma plena e segura, tornando-se um obstáculo à verdadeira inclusão.

Para superar essas limitações, é fundamental que o ordenamento jurídico brasileiro adote não apenas normas, mas também práticas efetivas e políticas públicas que consolidem os direitos de identidade de gênero como parte da cidadania plena. Isso exige que o Estado, as instituições e a sociedade civil trabalhem juntos para fortalecer a inclusão e combater a discriminação em todas as esferas da vida social.

A falta de reconhecimento e de acesso a esses direitos civis essenciais priva as pessoas transgênero de uma cidadania completa, marginalizando-as e dificultando seu acesso a oportunidades fundamentais, como educação, trabalho e serviços de saúde.

Assim, assegurar juridicamente o direito à identidade de gênero é fundamental para criar uma sociedade mais justa e acolhedora, onde a diversidade é valorizada e respeitada. Esse processo vai além de garantir o respeito individual; ele representa um compromisso com uma sociedade que enxerga na pluralidade de identidades um caminho para o fortalecimento democrático e para o desenvolvimento de uma convivência baseada na igualdade, no respeito e na dignidade.

RETIFICAÇÃO DO NOME CIVIL PARA PESSOAS TRANSGÊNERO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

REFERÊNCIAS

- ALVARENGA, J. M. **Transexualidade e seus reflexos no direito e registro civil**. Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2016.
- BENEVIDES, Bruna. *et al.* **Diagnóstico sobre o acesso à retificação de nome e gênero de travestis e demais pessoas trans no Brasil**. Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), 2022. Disponível em: <https://antrabrasil.org/wp-content/uploads/2022/11/diagnostico-retificacao-antra2022.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2024.
- BENTO, Berenice Alves de Melo. **Travestis e transexuais: construção de identidade**. São Paulo: Unesp, 2013. Disponível em: <https://berenicebento.com/2013/10/berenice-bento-travestis-e-transexuais-construcao-de-identidade/>. Acesso em 08 nov. 2024.
- BENTO, Berenice. **Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal**. Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar, São Carlos, v. 4, n. 1, jan.-jun. 2014, pp. 165-182.
- BOLESINA, I.; GERVASONI, T. A. O direito à identidade pessoal no Brasil. **Saber Humano: Revista Científica da Faculdade Antonio Meneghetti**, [S. l.], v. 8, n. 13, p. 65–87, 2018. DOI: 10.18815/sh.2018v8n13.298. Disponível em: <https://saberhumano.emnuvens.com.br/ew/298>. Acesso em: 17 out. 2024.
- BOTELHO, Julia. **Vertentes do feminismo: conheça as principais ondas e correntes!** Santa Catarina: Politize, 11 fev. 2022. Disponível em: <https://www.politize.com.br/feminismo/>. Acesso em: 12 out. 2024.
- BRANDÃO, Ernesto Nunes. **Conheço a sensação de ... (@ernesto_nunes_psi)**. Instagram, 1 ago. 2018. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/Bl8q2FkFbWY/?igsh=c2FrgxMml2>. Acesso em: 21 out. 2024.
- BRASIL. **Código civil e normas correlatas**. 5. ed. Senado Federal, Brasília: Coordenação de Edições Técnicas, 2014. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/b4/codigo_civil_5ed.pdf. Acesso em: 17 out. 2024.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 17 out. 2024.
- BRASIL. **Decreto Nº 8.727, de 28 de abril 2016**. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília: 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8727.htm. Acesso em: 17 out. 2024.
- BRASIL. STJ. **REsp: 1008398 SP 2007/0273360-5**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJe 18/11/2009. Disponível em: https://processo.stj.jusontem_05&data&formato=PDF. Acesso em 12 out. 2024.
- CARRARA, Sergio. *et al.* **Gênero e diversidade na escola: formação de professoras/es em Gênero, Orientação Sexual e Relações Étnico-Raciais**. E-clam Formação em Gênero, Sexualidade e Direitos Humanos, 2009. Disponível em: https://www.e-clam.org/downloads/GDE_VOL1versaofinal082009.pdf. Acesso em: 30 set. 2024.
- DE MARCHI GHERINI, Pamela Michelena; VALENTIM, Giovanna. **Guia para retificação do registro civil de pessoas não cisgêneras**. Cartilha Alteração Nome e Gênero ANTRA, 2019. Disponível em: https://antrabrasil.org/wp-content/uploads/2020/03/guiacao_genero.pdf. Acesso em: 09 out. 2024.
- DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e Direitos LGBTI**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2017.

RETIFICAÇÃO DO NOME CIVIL PARA PESSOAS TRANSGÊNERO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

- DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 6, n. 6, p. 71-98, jun. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/24663>>. Acesso em: 19 out. 2024.
- FOLTER, Regiani. **O que é patriarcado**. [2021]. Disponível em: <https://www.politize.com.br/patriarcado/>. Acesso em 09 out. 2024.
- GOMES DE JESUS, Jaqueline. *et al.* **Transfeminismo: teorias e práticas**. Rio de Janeiro: Metanoia, 2014.
- GOMES DE JESUS, Jaqueline. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. São Paulo: Metanoia, 2012.
- HAMMERSCHMIDT, Denise. *et al.* **Tratado dos direitos das mulheres**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2022.
- JUSTI, João. Quero saber – **O que é ser uma pessoa trans?** E quais as origens da transfobia? YouTube, 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=knCShFe6Zuk>. Acesso em: 22 out. 2024.
- LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 8a. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- LANZ, Leticia. **O corpo da roupa: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero**. Dissertação. Curso de Pós-Graduação em Sociologia, Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes, Departamento de Ciências Sociais, da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: Biblioteca de Ciências Humanas e Educação, 2014. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/bitstream/6800/R%20-> Acesso em: 22 out. 2024.
- LÓBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil**. v. 1. Parte geral. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. (e-book).
- NICOLAU, Luiz Cezar; CAMBI, Eduardo. Pessoa transgênera: mudança do nome registral para o nome social (jurisprudência e legislação). **Revista dos Tribunais**, v. 1064, ano 113, p. 161-182. São Paulo: Ed. RT, junho 2024. Disponível em: <http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?std=st-rql&marg=DTR-2024-9505>. Acesso em: 23 out. 2024.
- OS PRINCÍPIOS de Yogyakarta. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Yogyakarta, Indonésia, 2006. Disponível em: https://www.clam.org.br/upo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 09 out. 2024.
- QUEIROZ, Roberta. **Direito da personalidade e nome social**. Direito como nunca civil. YouTube. Jun.2020. 1:06:10. Disponível em: https://www.youtube.com/live/TURJDb0wX_s. Acesso em: 23 out. 2024.
- REIS, Caroline Dias dos. *et al.* **A Declaração Universal dos Direitos Humanos e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Ministério Público do Estado de São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.mpsp.mp.br/portaldigital/BibDigitalLivros/To/A-Declaracao-Universal-dos-Direitos-Humanos-e-os-ODS.pdf>. Acesso em: 18 out. 2024.
- RIBEIRO, Djamila. **Quem tem medo do feminismo negro?** São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- SANTOS, Douglas Manoel Antonio de Abreu Pestana dos. Notas da psicanálise sobre o uso do nome social na educação: chame-me pelo meu nome. **Revista Humanidades e Inovação**, Palmas - TO, v. 10, n. 16, p. 342-343, 2022.
- SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

SECRETARIA de Comunicação Social do Superior Tribunal de Justiça (STJ). **TRANSformando Direitos:** a visibilidade trans e os precedentes do STJ. Vídeo, 4 min 20 seg. YouTube. 29 jan. 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=S6s6oUvsZgo>. Acesso em: 14 set. 2024.

SILVA, Éder Junio da; SILVA, Fernando Guimarães Oliveira da. Nome social como direito fundamental de mulheres trans nas redes estaduais de ensino de Mato Grosso do Sul e de São Paulo. **Revista de Educação, Cultura e Comunicação**, Canoas, v. 27, n. 2, p. 1-16, 2022.

Como citar este artigo:

CAMPOS, André Luiz dos Santos; SILVA, Pedro Manenti Vieira da. Retificação do nome civil para pessoas transgênero no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica do CEJUR**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 160–179, 2025. DOI: 10.5380/cejur.v3i2.97693.