

**Antonio Luiz Nunes Salgado**  
**Árlen Almeida Duarte de Sousa**  
**Vilmária Cavalcante Araújo Mota**

organizadores

**DISCUSSÕES JURÍDICAS CONTEMPORÂNEAS:  
COLETÂNEA DE ESTUDOS 6**

editora  
**Virtual Books**

Antonio Luiz Nunes Salgado  
Árlen Almeida Duarte de Sousa  
Vilmária Cavalcante Araújo Mota  
Organizadores



**Discussões jurídicas  
contemporâneas  
Coletânea de estudos 6**



**FUNORTE**



**VirtualBooks Editora**

© Copyright 2020, Organizadores e Autores.

1ª edição

1ª impressão

(publicado em junho de 2020)

Todos os direitos reservados, protegidos pela Lei 9.610/98. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida, em qualquer meio ou forma, nem apropriada e estocada sem a expressa autorização dos organizadores e autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

DISCUSSÕES JURÍDICAS CONTEMPORÂNEAS.  
COLETÂNEA DE ESTUDOS 6 Organizadores e Autores. Pará de Minas, MG: VirtualBooks Editora, Edição em ebook formato PDF

ISBN nº 978-65-5606-024-8

1. Direito. Brasil. Título.

CDD- 340

---

Livro editado pela  
VIRTUALBOOKS EDITORA E LIVRARIA LTDA.  
Rua Porciúncula, 118 - São Francisco  
Pará de Minas - MG - CEP 35.661-177  
Tel.: (37) 3231-6653 - e-mail: capasvb@gmail.com  
<http://www.virtualbooks.com.br>

## APRESENTAÇÃO

Essa obra, na forma de coletânea, faz parte de um processo de construção coletiva, iniciada pelos acadêmicos e professores do Curso de Direito da Funorte, desde as primeiras reflexões realizadas nos primeiros períodos do curso, que foram se maturando para que chegássemos ao final com produções científicas instigantes e atuais que adornam essa obra sobre as Ciências Jurídicas contemporâneas no Brasil.

Nesse sentido esse livro constitui-se num importante ponto de inflexão no processo de sistematização e produção de conhecimentos na área jurídico-acadêmica, que tem por objetivo apresentar para a comunidade em geral as mais diversas temáticas em curso sobre a sociedade contemporânea e sua relação com o Direito, de forma dialógica e interdisciplinar.

O livro encontra-se estruturado por uma coletânea de artigos que têm como temática e abordagem áreas do Direito Penal, Direito Civil, Direito do Trabalho, dentre outras. As ideias apresentadas encontram-se fundamentadas por filósofos e cientistas jurídicos de expressão nacional e internacional, cumprem assim a função de subsidiar as discussões que vêm sendo travadas nos Tribunais e na Doutrina sobre a Ciência Jurídica contemporânea, da sua prática de ensino e de pesquisa historicamente comprometida com a formação dos pensadores do Direito críticos e reflexivos.

De um modo ou de outro, todos os autores desta coletânea, sob diferentes perspectivas, apontam o papel estratégico do Direito dentro de uma sociedade digital, informatizada e globalizada, que deve ser aprimorado, lapidado e adequado a nova realidade, de modo a que possamos ter eficácia jurídica. A

segurança das relações depende da proteção do Direito, portanto o sistema de norma-sanção, baseado no conjunto Legislativo-Judiciário deve ser adequado e readequado sempre que se fizer necessário.

A FUNORTE por meio dessa iniciativa reafirma o conhecimento como arma indispensável no enfrentamento e na superação dos vários problemas sociais vivenciados na contemporaneidade, razão pela que temos que reinventar o Direito assim como a Sociedade está sendo reinventada e transformada fugazmente, senão estaremos todos vivendo de certo modo á margem da Lei.

*Organizadores.*

## SUMÁRIO

**A TUTELA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO NA PORNOGRAFIA DE VINGANÇA: um estudo da violência de gênero na era digital // 7**

*Adry Hara Cristini Oliveira Silva  
Maria Fernanda Soares Fonseca*

**A MULHER TRANSEXUAL COMO SUJEITO PASSIVO DO CRIME DE FEMINICÍDIO // 33**

*Helen Christine Gonçalves De Souza  
Maria Fernanda Soares Fonseca*

**POLIAMOR: o direito de meação nas uniões poliafetivas // 61**

*Joicy Aparecida Santos Trindade  
Filomena Luciene Cordeiro Reis*

**DESAFIOS ATUAIS NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO: uma análise sobre a sucessão de bens digitais // 95**

*Isabella Alquimim Mendes  
Maria Fernanda Soares Fonseca*

**DIREITO E BREJO DOS CRIoulos: movimentos da luta pela regularização das terras quilombolas no norte de Minas Gerais // 125**

*Jamyla Pereira dos Santos  
Filomena Luciene Cordeiro Reis*

## **A TUTELA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO NA PORNOGRAFIA DE VINGANÇA: um estudo da violência de gênero na era digital**

*Adry Hara Cristini Oliveira Silva*

Advogada. Faculdades Integradas do Norte de Minas (FUNORTE).

*Maria Fernanda Soares Fonseca*

Mestre em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Professora e Pesquisadora das Faculdades Integradas do Norte de Minas (FUNORTE).

### **Resumo**

A expressão *revenge porn* conhecida no Brasil como pornografia de vingança é o nome dado para as práticas de divulgação não permitida de imagens e vídeos, que pode ser considerada como uma forma de violência de gênero, sendo rapidamente propagada pela era digital que permite interações rápidas. O presente artigo visa analisar se a tutela do direito penal seria eficaz para a diminuição da pornografia de vingança que atinge tantas vítimas, em sua maioria mulheres, e que não tem previsão legal específica. Metodologicamente foi feito uso da revisão de literatura, pois esta possibilita a união de informações e discussões teóricas que são de suma importância para alcançar os objetivos da temática, utilizando o método hipotético dedutivo, uma vez que, existe um conhecimento prévio sobre o assunto que tem um problema e a partir daí surge à necessidade de uma busca por solução, recorrendo aos materiais científicos, documentos e doutrinas que foram indispensáveis para o desenvolvimento do artigo científico.

Tais materiais foram extraídos da base de dados das bibliotecas locais, virtuais e sites governamentais. Os resultados apontam para a real necessidade de o direito penal brasileiro tutelar sobre a pornografia de vingança, como forma de garantir segurança jurídica às vítimas e uma penalização apropriada, com intuito de coibir novas condutas.

**Palavras-chave:** Violência de gênero. Pornografia de vingança. Era digital. Direito Penal.

### **Abstract**

The term revenge in Brazil as porn pornography of revenge is the name given to the practices permitted disclosure of images and videos, which can be considered as a form of gender violence, being quickly propagated by the digital age that allows for quick interactions. This article aims to analyze whether the protection of criminal law would be effective in reducing pornography of revenge that affects so many victims, mostly women, and has no specific legal provision. Methodologically, a review of the literature was made, since it allows the union of information and theoretical discussions that are of paramount importance to reach the objectives of the thematic, using the hypothetical deductive method, since, there is a previous knowledge about the subject that has a problem and from there arises the need for a search for solution, resorting to the scientific materials, documents and doctrines that were indispensable for the development of the scientific article. Such materials were extracted from the database of local, virtual libraries and government websites. The results point to the real need for Brazilian criminal law on revenge

pornography as a way to guarantee legal certainty to victims and an appropriate penalty in order to curb new behaviors.

**Keywords:** Gender violence. Pornography of revenge. The Digital age. Criminal Law.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo versará acerca da análise da violência de gênero materializada pela pornografia de vingança ponderada sobre a tutela do direito penal brasileiro.

Como resultado de uma construção histórica, a violência contra a mulher está ligada diretamente às discussões sobre gênero e relações de poder, e, ao longo dos tempos, a partir das transformações sociais, tem se adequadado às experiências de cada geração.

Essa forma de violência tem atingido altos índices, sendo que o Fórum Brasileiro de Segurança<sup>1</sup> emitiu dados de uma análise sobre a vitimização de mulheres no Brasil, trazendo informações de que, no território nacional, a cada três mulheres, uma já sofreu com algum tipo de violência, sendo estas caracterizadas de variadas formas e modalidades.

A pornografia de vingança pode ser considerada um meio de violência contra a mulher, pois se materializa através da divulgação de mídias nos meios virtuais com conteúdo sexual, como forma de denegrir a imagem das vítimas.

Posto isto, identifica-se que no Brasil não existe uma tipificação específica para a pornografia de vingança, cabendo à doutrina conceituá-la, e, por ser considerada uma prática

relativamente nova, além de não haver grande produção doutrinária sobre o assunto, demanda investigação. Frisa-se que a maioria dos casos existentes, as condutas são adequadas aos crimes de difamação e injúria dispostas no Código Penal. Desta forma, ao analisar as penas utilizadas para sanar o problema, pode-se identificar alguma ineficácia, uma vez que não são elaboradas diretamente para esse crime.

Ademais, o artigo almeja entender se a tutela do direito penal sobre a pornografia de vingança seria responsável por ajudar no aumento da segurança jurídica e proteção à vítima.

Deste modo, identifica-se que a possibilidade de se ter uma lei que regule especificamente a pornografia de vingança, permitiria uma intervenção eficaz, pois trata-se de uma problemática que afeta a sociedade e é pertinente de discussão, uma vez que não apenas a pessoa que tem sua intimidade divulgada é prejudicada, como também aquelas em seu círculo de convivência.

Deste modo, a primeira seção do presente artigo visa uma apresentação direcionada especificamente à conceituação do termo gênero, abordando suas particularidades e diferenças em relação ao sexo, bem como conceituando as formas da violência de gênero e como esta se apresenta na atualidade, iniciando-se com uma elucidação com enfoque na mulher como sendo a principal vítima.

Na segunda seção, far-se-á uma explicação em volta do marco teórico da sociedade digital, identificando suas características ligadas à globalização e aos avanços tecnológicos, considerando como um dos seus resultados a pornografia de vingança, e assim, conceituá-la.

<sup>1</sup> Datafolha. Fórum Brasileiro de Segurança, 2017. Disponível em [www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio-pesquisa-vs4.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio-pesquisa-vs4.pdf). Acesso em 07 de setembro de 2017.

Na terceira seção será analisado o direito penal em seus aspectos gerais e princípios, ponderando sobre a adequabilidade deste ramo do direito em tutelar sobre a pornografia de vingança, relacionando com a apresentação da existência de legislação específica acerca do tema em debate, como projetos de leis e jurisprudências.

Para o desenvolvimento deste artigo, optou-se pelo método de revisão de literatura, pois esta possibilita a união de informações e discussões teóricas que são de suma importância para alcançar a fundamentação de desenvolvimento do artigo e objetivos que serão abordados pelas seções supracitadas.

Através da relevância jurídica e social do tema e do reconhecimento do direito como instrumento que regula as relações sociais e acompanha os avanços da sociedade, considera-se importante que o tema seja desenvolvido sob essa ótica, uma vez que identifica-se a possibilidade de a tutela específica do direito penal consistir em forma mais eficaz de proteção do bem jurídico e, conseqüentemente, alcançar a efetiva diminuição da prática delitiva.

### **GÊNERO E VIOLÊNCIA: algumas definições**

O termo gênero derivou da gramática, era utilizada como forma de designar palavras femininas, masculinas ou neutras. O termo foi apropriado por psicólogos norte-americanos da década de 1960, como tratamento de um modelo de uma identidade de gênero somado a um corpo, sem importar que corpo seja. Esses psicólogos estavam na busca de entender os corpos que eram ambíguos, ou seja, os hermafroditas, assim formulando a identidade de gênero associada à natureza e cultura e não as características corporais (CARVALHO, 2011).

O conceito de gênero se torna fundamental na discussão sobre os papéis construídos pela sociedade como forma de determinar as funções que devem ser desenvolvidos por homens e mulheres, na qual surgiram com base na concepção arcaica de família, onde todos deveriam ser submissos ao homem.

Ao conceituar gênero, Chaves (2017) entende que se trata de uma aceção cultural na qual estabelece padrões, funções e papéis para serem desenvolvidas por cada sexo por ser considerado como de uma ordem natural que é imutável biologicamente. Em uma visão pioneira e similar Scott (1995), diz ser o gênero recorrente do poder político por ser dele concebido e legitimado, por não apenas referenciar o significado da oposição em homem e mulher como também à a estabelecer.

Existem divergências sobre o conceito de gênero, e tal sempre estará presente por ser associado à sociedade, uma vez que trata-se de uma aceção que está ligada a relação sobre dominação e exploração entre homens e mulheres.

O gênero, na maioria das vezes, está associado ao sexo de cada pessoa, ou seja, suas características desde o seu nascimento no qual se torna um determinismo para a sua formação como homem ou mulher. Muitos autores não concordam com tal afirmação, como Strey (2001, p. 49) que define gênero como sendo,

Desde a constatação de que o bebê é menino ou menina, sua identidade começa a ser construída sob uma complexa trama de influências que abrangem a linguagem, as atitudes, as expectativas. Seu mundo será conformado pouco a pouco, aprendendo cada criança o que é ser mulher ou homem, de maneira aparentemente natural e espontânea, em um processo que dura toda a vida.

O entendimento de Dias (2012, p. 44) é que a distinção entre sexo e gênero é uma construção social,

A distinção entre sexo e gênero é significativa. Enquanto sexo está ligado à condição biológica do homem e da mulher, gênero é uma construção social, que identifica papéis sociais de natureza cultural, e que levam a aquisição da masculinidade e da feminilidade.

Diante do exposto, conclui-se que, ao longo do tempo, a palavra gênero foi adquirindo diversos significados para a descrição do seu conceito, tanto no âmbito das ciências biológicas, sociais ou psicológicas. Desta forma percebe-se que sua transformação é constante, por estar relacionada às sociedades nas quais estão sempre se modificando.

Já a violência foi definida pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como o uso de força física ou poder, em ameaça ou na prática, contra si próprio, outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade que resulte ou possa resultar em sofrimento, morte, dano psicológico, desenvolvimento prejudicado ou privação.

A forma conceitual da palavra violência, segundo Bastos (2013) se trata de termo de diversos significados, que é usado para dar nome às formas mais cruéis de tortura, como também as agressões mais sutis, ocorridas na vida social, profissional ou familiar. Nesse sentido, “trata-se da violência como ruptura de qualquer forma de integridade da vítima: integridade física, integridade psíquica, integridade moral” (SAFFIOTI, 2004, p. 17).

Esclarecido o significado da palavra violência é importante mencionar a sua associação ao gênero que tem a terminologia de violência de gênero, que é uma das principais temáticas desse artigo. Assim, no que dispõe sobre a violência de gênero,

Souza (2007), afirma que são os atos praticados contra mulheres, com o objetivo de causá-las sofrimento, tanto físico, sexual, ou psíquico. Desta forma, inclui para ele também as ameaças que podem ser no meio familiar, como na sociedade em geral e nas relações de trabalho, devido às formas de subordinação e controle do gênero masculino sobre o feminino.

A lei 11.340/2006, que ficou conhecida como Lei Maria da Penha, em seu artigo 7º nomeou as forma de violência contra a mulher como sendo física, sexual, moral, psíquica ou patrimonial.

No inciso I a violência física é definida como a condição de afetar a integridade ou saúde corporal da pessoa, que, segundo Bastos (2013) podem ocorrer de diversas maneiras como: socos, pontapés, tapas, empurrões e ainda alguns delitos tipificados penalmente como o homicídio (art. 121 Código Penal), lesão corporal (art. 129, § 9º e § 10º do Código Penal) dentre outros.

A violência psíquica foi conceituada no artigo 7º, II da Lei Maria da Penha como sendo,

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação (BRASIL, 2006).

Afirma Dias (2012) que a violência psicológica se trata da mais comum e mais difícil de ser identificada por atingir diretamente a autoestima e a saúde psicológica, se trata de uma agressão ao emocional, que é a menos denunciada. Assim, “a vítima, muitas

vezes, nem se dá conta de que agressões verbais, silêncios prolongados, tensões, manipulações de atos e desejos são violência e deve ser denunciada (DIAS, 2012, p. 68)”.  
A violência sexual está disposta no inciso III do artigo 7º que se caracteriza pela conduta com o intuito de constranger sexualmente a vítima, fazendo com que pratique atos sexuais ou os presencie através do uso da força, coação, ameaça ou intimidação. Além disso, neste particular, cumpre salientar que existe uma forma relativamente nova de tal violência que é a pornografia de vingança, tema específico deste artigo, que, conforme Cavalcante e Lelis (2016) se trata do compartilhamento de mídias em que a vítima se encontra em situações de sexo ou nudez.

Cunha (2007) preconiza que as agressões por atingirem diretamente o íntimo das vítimas, causam vergonha, além de sentimento de culpa e medo, desta forma, na maioria das vezes, devido a isso, ocultando o ocorrido e não denunciando seus agressores.

A violência patrimonial, a seu turno, segue exposta no inciso IV,

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure

retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

Essa forma de violência patrimonial envolve os bens materiais, e, o inciso IV descreve as maneiras que podem ser perpetuadas.

A última forma de violência elencada na lei se trata da moral, que está disposta no inciso V,

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Essa violência segundo Hermann (2007), se trata de uma desmoralização que pode ser confundida com a violência psicológica que é classificada pelos crimes contra a honra, de injúria<sup>2</sup>, calúnia<sup>3</sup> e difamação<sup>4</sup>.

Desta forma, é possível perceber que a violência não atinge apenas o corpo, mas também a mente e o lado emocional da vítima, podendo causar sequelas tanto físicas como psíquicas, além de diminuir sua autoestima e amor próprio.

Salienta-se que muitas vezes é difícil de identificar um ato violento, por a sociedade não o considerar como violento e repudiado, uma vez que não se considera um ato violento aquilo que a sociedade não reconhece como tal, por ser habituada a conviver com essas formas de manifestação.

Ninguém duvida que a violência sofrida pela mulher não é exclusivamente de responsabilidade do agressor. A sociedade ainda cultiva valores que incentivam a violência, o que impõe a necessidade de se tomar consciência de que a culpa é de todos. O fundamento é cultural e decorre da desigualdade no exercício do poder que leva a uma relação de dominante e dominado. [...] Essas posturas acabam sendo referendadas pelo Estado. Daí o absoluto descaso de como sempre foi tratada a violência doméstica (DIAS, 2012, p. 18).

Diante do exposto, observa-se que a violência contra a mulher encontra diversas formas para ser perpetuada, com características diferentes, mas com o mesmo objetivo, o constrangimento e o sofrimento, de modo a denegrir a imagem da mulher. Assim, ela se faz presente com o transcurso do tempo, adquirindo novas roupagens, e, além das já tipificadas e

<sup>2</sup> Conforme artigo 140 do Código Penal injúria é ofensa à dignidade e o decoro da pessoa.

<sup>3</sup> Conforme artigo 138 do Código Penal Calúnia é imputar a alguém falsamente fato definido como crime.

<sup>4</sup> Conforme o artigo 139 do Código Penal difamação é imputar falsamente ou não fato ofensivo à reputação alheia.



amplamente conhecidas, outras têm sido criadas, principalmente com os avanços tecnológicos e a interação rápida entre as pessoas.

## **A SOCIEDADE DIGITAL E A DISSEMINAÇÃO DA PORNOGRAFIA DE VINGANÇA**

O desenvolvimento da sociedade permite a evolução de várias áreas, um exemplo disso é a tecnologia, que teve início a partir do século XVII durante o processo de industrialização quando as tecnologias passaram a surgir com maior intensidade, sendo que no século XX surgiram as tecnologias que seriam aprimoradas e melhoradas com o tempo como o rádio, a televisão, o computador, o telefone e muitos outros, tendo sido apenas um passo para o desencadeamento da denominada Era digital, que, segundo Pena (2013), se trata de um termo utilizado para designar os avanços tecnológicos advindos da terceira revolução industrial, que teve a ascensão do ciberespaço, um meio de comunicação instrumentalizado pela informática e internet, na qual os avanços e a globalização tornaram mais rápidos e fáceis a possibilidade de espalhar informações pelo mundo, acontecendo em tempo real.

Segundo Lemos (2005) as práticas recentes relacionadas às tecnologias da cibercultura têm permitido configurar a cultura contemporânea, sendo definida como uma cultura da mobilidade, na qual as tecnologias digitais e as novas formas de conexão sem fio, foram responsáveis pela flexibilização do espaço urbano, permitindo acesso a internet, conectividade a telefone celulares e outros objetos que compartilham informações aos diversos dispositivos.

Neste contexto, várias são as ferramentas utilizadas para a disseminação de informações, tais como o computador, que, com a junção da internet, é responsável por pesquisar e compartilhar informações. A internet fez as pessoas cada vez mais interagirem, colaborando não apenas para a busca pela informação, como também passou a ter uma interação diretamente com opiniões de cada um.

O inciso I do artigo 5º da Lei n. 12.965, de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, traz a seguinte definição sobre internet,

I - internet: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes;

A possibilidade de ter uma vasta rede de informações e poder cruzar tais a qualquer tempo em apenas um acesso facilita a integração entre sociedades em diferentes locais.

Devido aos mencionados avanços o resultado foi a ascensão dos sites de relacionamentos como o facebook, whatsapp, instagram dentre outros, aplicativos que comportam a divulgação da vida dos usuários.

Em 2016, em uma palestra do facebook, Ime Archibong, diretor de parcerias estratégicas da rede social, divulgou dados dos números de usuários no Brasil, sendo 99 milhões de usuários ativos mensais; 89 milhões de usuários móveis ativos mensais e 8 em cada 10 brasileiros conectados estão no facebook. (COSSETTI, 2016).

Com os benefícios da era digital vieram também questões polêmicas causadas por essa nova realidade, sendo necessário que o direito acompanhe e delimite essas relações sociais, pois, com essas evoluções, surgem fenômenos como novas formas

de violações a direitos e novos comportamentos que, em determinados momentos, não são considerados crimes, mas, por sua gravidade, são suficientes para motivar a tipificação penal. É então, a partir desses problemas que acontece uma das condutas desencadeadas por esta transformação, denominada como pornografia de vingança.

Cumpre, portanto, apresentar o conceito: "a pornografia de vingança surgiu em um contexto de inovações tecnológicas e possibilidades de comunicação instantânea entre os pares, abrindo caminhos para a criação de mais um ambiente de hostilidades contra a mulher" (CAVALCANTE; LELIS, 2016, p. 66).

No mesmo sentido, importa citar que a pornografia de vingança se trata de,

[...] uma forma de violência moral (com cunho sexual) que envolve a publicação na internet (principalmente nas redes sociais) e distribuição com o auxílio da tecnologia (especialmente com smartphones), sem consentimento, de fotos e/ou vídeos de conteúdo sexual explícito ou com nudez. As vítimas quase sempre são mulheres e os agressores, quase sempre são ex-amantes, ex-namorados, ex-maridos ou pessoas que, de qualquer forma, tiveram algum relacionamento afetivo com a vítima, ainda que por curto espaço de tempo. (CRESPO, 2015, s.p).

Cumpre salientar que existe uma dificuldade na conceituação da conduta da pornografia de vingança, dado a infinidade de formas pelas quais podem ser praticadas. Assim, podem ser várias as condutas que caracterizam o ato, tal como enviar e-mails, publicar nas redes sociais, encaminhar para grupos de mensagens instantâneas ou para sites pornográficos, e outras que não envolva internet, como gravar o material em um DVD ou até mesmo imprimi-lo.

Uma crítica sobre essa modalidade de exposição pública foi tecida por Truzzia (2016) que, em sua concepção, considera ser a nomenclatura equivocada, uma vez que vingança dá sentido de que o conteúdo foi divulgado como forma de represália por algo que a vítima tenha feito, e, por se tratar de divulgação não autorizada de conteúdo íntimo, não há que se falar em pornografia e sim em invasão de privacidade.

Borges e Piloto (2016) preconizam que a pornografia de vingança é uma consequência da cibercultura, relacionada diretamente à sociedade que tem mudanças profundas e rápidas. O material audiovisual quando compartilhado parecia fazer sentido no momento, ou foi feito em um momento de amor, algo que, no momento da conduta delituosa, possivelmente não mais existe.

Neste sentido apresenta-se que, segundo Cavalcante e Lelis (2016), a pornografia de vingança pode ser um exemplo de violência de gênero como uma forma mais moderna e tecnológica da violência contra a mulher, com o intuito de reprimir moralmente e socialmente a liberdade sexual feminina, sendo que a liberdade sexual da mulher e a sua vida íntima quando exercida sem preconceitos é tida como luxuriosa, vulgar e reprovável.

Ademais, segundo Franks (2015) as mulheres são as principais afetadas e sofrem danos bem maiores que os homens com a divulgação de suas imagens, causando danos a sua honra, sendo que, nesses casos, percebe-se que a sociedade tem uma postura de culpabilizar à vítima e vitimizar o agressor, e, na maioria dos casos, fazendo com que as atitudes das vítimas sejam justificativas para a causa da violência sofrida. Assim “no modelo de ‘Violência Pornográfica’, todos os gêneros são passíveis de vitimação. Não obstante, têm-se constatado que a

volumosa maioria das vítimas são mulheres.” (CAVALCANTE; LELIS, 2016, p. 64).

A Organização não Governamental brasileira em defesa de direitos humanos divulgou seus dados sobre a pornografia de vingança:

O número de vítimas de vazamento de “nude selfies”, ou vídeos íntimos divulgados sem consentimento, quadruplicou no Brasil em dois anos. No ano passado, 224 internautas procuraram o serviço de ajuda da SaferNet, organização de defesa de direitos humanos na web, para denunciar o crime cibernético conhecido como “revenge porn” – pornografia de vingança, em tradução livre. Em 2012, 48 casos haviam sido registrados pela entidade. O vazamento de imagens íntimas atinge principalmente mulheres, que representam 81% dos casos denunciados. A cada quatro vítimas, uma delas é menor de idade. (DIÓGENES; PALHARES, 2015, s/p).

Cavalcante e Lelis (2016) afirmam que essa realidade afeta mulheres de todas as raças, etnias, classes sociais e padrões financeiros, gerando sofrimento emocional, problemas familiares, dificultando também o relacionamento amoroso e os círculos de amizades, além de constrangimento físico e virtual.

Apesar de se considerar tratar-se de uma conduta moralmente reprovável pela sociedade, e que afeta na maioria dos casos as mulheres, a pornografia de vingança não tem uma tipificação específica no ordenamento jurídico brasileiro. Ou seja, mesmo ferindo princípios basilares do direito, como a dignidade da pessoa humana, a pornografia de vingança não tem recebido devido tratamento legal, podendo se considerar que a generalização da conduta, pune os infratores de forma relativamente branda.

## **O DIREITO PENAL E A ADEQUABILIDADE SOBRE A PORNOGRAFIA DE VINGANÇA**

O direito penal tem o poder de regular as relações do indivíduo inserido em uma sociedade e suas relações nesse meio, sendo um instrumento de controle social exercido pelo Estado que só pode ser legitimamente utilizada de acordo com as normas preestabelecidas. (BITENCOURT, 2015).

Para chegar a um resultado, satisfativo ou não, que o direito penal seria responsável em tutelar a pornografia de vingança é necessário a análise de princípios que envolvem as possibilidades de penalização.

Os princípios norteadores do direito penal, conforme Greco (2016) são vários como o da legalidade, da irretroatividade da lei penal, da taxatividade, da culpabilidade, da intervenção mínima, da fragmentariedade, da humanidade, da adequação social, da insignificância, da lesividade e da territorialidade, sendo que, para esse artigo, serão enfatizados os princípios da reserva legal, da dignidade da pessoa humana e o da intervenção mínima.

Desta forma, o princípio da reserva legal que está descrito no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal de 1988 que preconiza que não há crime sem lei anterior que a defina, nem pena sem prévia cominação legal, sendo assim, para que exista uma pena para a conduta da pornografia de vingança é necessário a sua tipificação.

Nesse sentido, importante salientar,

o princípio da reserva legal não se limita à tipificação de crimes, estendendo-se às consequências jurídicas destes, especialmente a pena e à medida de segurança, ou o cidadão não terá como saber quais são as consequências que poderá atingi-lo (BITENCOURT, 2017, p.30).

Para que se tenha uma medida penal eficiente é importante que a sociedade esteja informada, já que, sem a consciência das

consequências de cada ato praticado seria impossível à diminuição das condutas delitivas.

Segundo Bitencourt (2015), para existir um tipo penal é necessário que tenha uma seleção de comportamentos e também uma valoração, sendo importante uma relevância social, para que não aconteça de ter normas penais incriminadoras com comportamentos aceitos pela sociedade.

Não se concebe a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico, posto que os tipos não passem de particulares manifestações de tutela jurídica desses bens. Embora seja certo que o delito é algo a mais, ou muito mais que a lesão de um bem jurídico, esta lesão é indispensável para configurar a tipicidade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2001).

Outro importante princípio que deve ser analisado é o da dignidade da pessoa humana, uma vez que foi eleito pela Constituição Federal como sendo fundamento da República, segundo Bitencourt (2017) a dignidade da pessoa humana se trata de um bem que é superior e essencial aos direitos fundamentais do homem.

A dignidade da pessoa humana de acordo com Estefam e Gonçalves (2017) se vislumbra em dois aspectos no âmbito do direito penal, sendo um deles voltado ao crime e outro vinculando à pena, que são a proibição de incriminação de condutas socialmente inofensivas e a vedação de tratamento degradante, cruel ou de caráter vexatório. Nesse sentido, ao se estabelecer uma base entre o princípio e a pornografia de vingança é possível perceber que a conduta do agente é socialmente ofensiva e que uma pena estabelecida de forma que punisse moderadamente, poderia ser responsável pela diminuição da prática delitiva.

Ademais, o direito penal tem caráter fragmentário, que se representa por ser a ultima ratio que tem por finalidade a proteção dos bens e interesses do indivíduo e da sua sociedade. Advindo do princípio da intervenção mínima que, segundo Bitencourt (2017), uma conduta só será criminalizada, quando essa constitua meios que sejam necessários para a prevenção de ataques a bens jurídicos importantes.

Com relação à pornografia de vingança, cumpre ressaltar, novamente, que esta não está expressamente prevista no sistema jurídico brasileiro e que, na ocorrência de condutas que se adequam ao conceito são tratadas através das analogias de crimes já tipificados no Código Penal como injúria e difamação.

Neste contexto, faz-se necessária, ainda, a análise do projeto de Lei 6.668 de 2016 que trata da pornografia de vingança e sua tipificação.

Assim, o projeto de Lei 6.668 de 2016 em seu artigo 1º tipifica a conduta de pornografia de vingança como sendo,

Art. 1º. Esta lei tipifica o crime de pornografia de revanche, bem como a publicação de material pornográfico, como fotografias ou vídeos que contenham cenas consideradas pornográficas ou cenas de sexo explícito, se não houver o consentimento da vítima.

Esse projeto tem como finalidade a adição de dois novos artigos ao Código Penal Brasileiro, trazendo a forma que se encaixaria na conduta da pornografia de vingança como também associada a uma pena. Seria adicionado o artigo 216-B com a seguinte redação,

“Art. 216-B”. Caracteriza-se pornografia de revanche a distribuição, a difusão, a divulgação, a disponibilização, o oferecimento, a publicação, a proporção, a troca, a exibição, a transmissão, a entrega, a alienação ou a cessão, ainda que

gratuitamente, com finalidade de vingança, por qualquer meio, de material pornográfico, como fotografias ou vídeos, originais, editados ou falsificados, obtidos no âmbito de relações domésticas, ou obtidos em razão da manutenção de algum relacionamento amoroso, afetivo ou de confiança, com ou sem habitualidade, se não houver o consentimento da vítima, acompanhada ou não de outras formas de violência.

A conduta, então, passaria a ser tipificada, sendo que a redação do artigo demonstra as mais variadas formas de perpetuação da conduta da pornografia de vingança, permitindo a sua transformando em uma violência estabelecida em lei.

Assim, a conduta se basearia na possibilidade de compartilhamento de mídias que envolvem materiais com conteúdo sexual, obtidos tanto das relações domésticas como também em relacionamento afetivo, desde que divulgados sem consentimento da vítima.

O segundo artigo seria o 2016-C com a seguinte redação,

Art. 216-C. Distribuir, difundir, divulgar, disponibilizar, oferecer, publicar, proporcionar, trocar, exibir, transmitir, entregar, alienar ou ceder, ainda que gratuitamente, por qualquer meio, qualquer material pornográfico que envolva alguém que, para tanto, não tenha dado o seu consentimento:

Pena - Reclusão, de dois a oito anos, e multa.

O artigo 216-C caput preconiza a pena que seria estabelecida pela conduta da pornografia de vingança, associada aos verbos que ensinaria essa conduta, ressaltando novamente que a prática deveria ser feita sem o consentimento da vítima, ou seja, a divulgação do material não teria a concordância da vítima.

Esse artigo em sua redação tem mais três outros parágrafos com a majoração das penas.

O § 1º e 2º do artigo 216-C do Projeto de Lei 6.668 de 2016 estabelece,

§ 1º. Se a vítima, em razão do crime, tentar o suicídio.

Pena - reclusão, de três a dez anos, e multa.

§2º. Se a vítima, em razão do crime, suicidar-se.

Pena – reclusão, de quatro a doze anos, e multa.

Esses dois parágrafos tratam do suicídio que algumas das vítimas tentam ou comentem por conta da humilhação sofrida com a prática da pornografia de vingança.

O § 3º do artigo 216-C traz as hipóteses de majoração da pena,

§3º. A pena é aumentada de um a dois terços:

I – se o crime é praticado na presença de três ou mais pessoas, ou por meio que facilite a divulgação do material pornográfico;

II – se o material pornográfico for o resultado de uma edição ou falsificação;

III – se o agente valer-se de conta ou perfil falsos, em qualquer rede social, ou de página falsa hospedada na internet, para a prática do crime;

IV – se o crime for praticado por ascendente, descendente, irmão ou irmã, cônjuge, companheira ou companheiro da vítima, ou se o agente manteve ou mantém algum relacionamento amoroso, afetivo ou de confiança, com ou sem habitualidade, com a vítima, presente ou não a intenção de vingança;

V – se o agente induziu ou manteve a vítima em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento, para obter, para si ou para outrem, o material pornográfico;

VI – se do crime resulta danos de natureza material para a vítima.

VII – se a vítima é criança, adolescente ou pessoa portadora de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não tendo o necessário discernimento para a prática do ato, ou se, por qualquer outra causa, transitória ou permanente, seja incapaz de oferecer resistência;

O § 3º do artigo 216-C do projeto de Lei 6.668 de 2016 apresenta variadas formas que poderão ter a pena majoração, sendo uma delas o concurso de pessoas, que envolvem mais de uma pessoa na prática da conduta delitiva, como também se a conduta utilizar edição ou falsificação do material pornográfico.

Outra hipótese de aumento de pena que o projeto traz se trata da divulgação de material através de conta ou perfil falso em sites de relacionamento ou de página falsa, que é uma das formas mais fácil de encontrar a prática da pornografia de vingança.

Além dessas formas, o § 3º inclui a prática dessa conduta tendo como vítima criança, adolescente ou pessoa portadora de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, fomentando a incapacidade de algumas vítimas que não tem discernimento de seus atos, podendo ser majorada a pena de um a dois terços.

Feita a apresentação acerca do projeto de lei, salienta-se que este foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e, após, foi encaminhado para o Plenário, para a sua segunda votação, sendo que a movimentação atual é aguardando despacho do Presidente da Câmara dos Deputados<sup>5</sup>.

Posto isto, vislumbra-se que o sistema jurídico pátrio caminhou no sentido de tipificar especificamente a conduta tratada neste artigo, culminando com a publicação da Lei 13.718 de 24 de setembro de 2018.

Portanto, frisa-se que, ao se analisar o projeto de lei que criminaliza a pornografia de vingança é possível entender que a sua tipificação é necessária e poderia ser responsável pelo aumento da segurança jurídica.

---

<sup>5</sup> Necessário esclarecer que após a redação deste artigo, em 24 de setembro de 2018, foi aprovada e publicada a Lei 13.718, que, em seu artigo 1º tipificou os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornou pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, e estabeleceu causas de aumento de pena para esses crimes, além de definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A expressão *revenge porn* conhecida no Brasil como pornografia de vingança é o nome dado para as práticas de divulgação não permitida de imagens e vídeos, em momentos de nudez, que pode ser considerada como uma violência de gênero, proporcionada mais facilmente pela predominância da era digital em que se vive modernamente, e que permite interações rápidas entre pessoas de todo mundo em tempo real.

O desenvolvimento do presente artigo possibilitou analisar a necessidade da tipificação da pornografia de vingança pelo direito penal brasileiro e a sua adequação à essa prática, buscando entender se a possibilidade de tutela do direito penal seria medida eficaz para a diminuição da pornografia de vingança, que atinge tantas vítimas, sendo na maioria mulheres, e que não tem previsão legal específica.

Restou esclarecido que a pornografia de vingança é uma forma de violência de gênero que utiliza dos meios tecnológicos para se perpetuar e divulgar mídias com sinais de nudez das vítimas, sendo que, conforme acima exposto, as mulheres são as maiores prejudicadas por essa prática.

Neste sentido, frisa-se que o avanço da tecnologia e do acesso à mesma, foi um dos responsáveis pela possibilidade de perpetuação da pornografia de vingança, pois a interação entre as pessoas se efetiva em tempo real, facilitando, assim, a divulgação de mídias com conteúdo sexual das vítimas.

Diante dessa transformação das sociedades, o direito mostra-se como importante instrumento, visto que deve conhecer dessas novas relações e, de alguma forma, moldar as futuras normas reguladoras.

Desta forma, devido à necessidade do direito estar sempre em constante mudança para acompanhar os avanços das sociedades e os novos fenômenos sociais, mostra-se necessária a criminalização específica da conduta, para se ter uma punição adequada.

Assim, a punição adequada para a conduta da pornografia de vingança poderia ser responsável pela diminuição da prática, além de permitir maior segurança jurídica e apoio às vítimas, além de criar a possibilidade de o Estado intervir nesse particular com políticas públicas de conscientização e educação quanto à não proliferação dessa prática.

Por outro lado, é necessário salientar que compreende-se que apenas a criação do tipo penal específico, não assegura o fim dos delitos, sendo necessário além da tipificação, buscar outras (e novas) formas de inibir a prática da conduta através da atuação do Estado, como acima exposto.

Portanto, conclui-se que existe a necessidade de regulamentação específica da pornografia de vingança, demandando a criação de um novo tipo penal tal como efetivado pela aprovação da Lei 13.718 em setembro de 2018, como meio de garantir proteção às vítimas, considerando a conduta como potencialmente ofensiva à dignidade humana do ofendido, já que pode causar danos irreparáveis à vítima e a sociedade em geral.

## REFÊRENCIAS

BASTOS, Tatiana B. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: análise da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006): um diálogo entre a teoria e a prática. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito Penal**: Parte Especial 2. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BORGES, Clara M. R; PILOTO, Alessandra C. **Relações líquidas**: a pornografia de revanche no ciberespaço. *Raízes Jurídicas*. Curitiba: v.8, n.1, p.9-25, Jan.2016. Disponível em: <http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/view/206>. Acesso em: 15 de ago. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei Nº 6.668/2016**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1522893.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. **Lei Nº 11.340/2006**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 de agosto de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm). Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. **Lei Nº 12.965/2014**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 de abril de 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm). Acesso em: 27 jan. 2018.

CARVALHO, M. O conceito de gênero: uma leitura com base nos trabalhos do GT Sociologia da Educação da ANPED (1999-2009). **Revista Brasileira de Educação**, v. 16, n. 46, 2011.

CAVALCANTE, Vivianne; LELIS, Acácia. **Violência de gênero contemporâneo**: uma nova modalidade através da pornografia da vingança. **Inter Faces Científicas**, Aracaju: v. 4, n. 3, p. 59-68, jun. 2016. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/3118>. Acesso em: 20 ago. 2017.

CAVALCANTI, Stela V. S. de F. **Violência Doméstica**: análise da lei “Maria da Penha”, nº 11.340/. Salvador: Edições Podivm, 2007.

CHAVES, Débora Caroline Pereira. **Afinal, quem sou eu para o Direito?:** Reflexões sobre a tutela do transgênero no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

COSSETTI, Melissa Cruz. **Facebook revela dados do Brasil na CPBR9 e whatsapp vira zapzap.** Disponível em: <http://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2016/01/facebook-revela-dados-do-brasil-na-cpbr9-e-whatsapp-vira-zapzap.html>. Jan. 2016. Acesso em: 20 set. 2017.

CUNHA, Rogério S.; PINTO, Ronaldo B. **Violência Doméstica (Lei Maria da Penha):** Lei 11.340/2006. Comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CRESPO, Marcelo. **Revenge Porn:** A Pornografia da vingança. JUSBRASIL. Disponível em: <http://marcelocrespo1.jusbrasil.com.br/artigos/153948423/revenge-porn-a-pornografia-da-vinganca>. Nov. 2014. Acesso em: 17 set. 2017.

DATAFOLHA; FORÚM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Visível e Invisível:** A vitimização de mulheres no Brasil. Março 2017. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio-pesquisa-vs4.pdf>. Março 2017. Acesso em: 17 set. 2017.

DIAS, Maria B. A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIOGENES, Juliana; PALHARES, Isabela. **Em 2 anos, nº de vítimas de imagens íntimas vazadas quadruplica.** Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral-numero-de-vitimas-de-imagens-intimas-vazadas-na-web-quadruplica-em-2-anos,1719799>. Jul. 2015. Acesso em: 17 set. 2017.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal:** Parte Geral. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FRANKS, Mary A. **Como derrotar o 'pornô de vingança':** primeiro, reconheça que se trata de privacidade, não de vingança. Disponível em: [https://www.huffpostbrasil.com/mary-anne-franks/como-derrotar-o-porno-de-vinganca-primeiro-reconheca-que-se\\_a\\_21684162/](https://www.huffpostbrasil.com/mary-anne-franks/como-derrotar-o-porno-de-vinganca-primeiro-reconheca-que-se_a_21684162/). Jun. 2015. Acesso em: 10 de fev. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte geral 1. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

HERMANN, Leda M. **Maria da Penha Lei com nome de mulher:** considerações à Lei nº 11.340/2006: contra a violência doméstica e familiar, incluindo comentários artigo por artigo. Campinas/SP: Servanda, 2007.

LEMOS, André. Cibercultura e Mobilidade. **A Era da Conexão.** Intercom: Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. XXVIII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. UERJ, set/2005.

PENA, Rodolfo F. A. **Era da informação.** Disponível em: <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/era-informacao.htm>. Acesso em: 15 de abril. 2018.

SAFFIOTI, Heleith I. B. **Gênero, patriarcado, violência.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SCOTT, Joan. **Gênero:** uma categoria útil de análise histórica. Educação e realidade. Porto Alegre: v. 20, n. 2, 1995. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/educacaoerealidade/article/view/71721/40667>. Acesso em: 14 set. 2017.

SOUZA, Sérgio R. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher.** Curitiba: Juruá, 2007.

STREY, Marlene N. **Violência e gênero:** um casamento que tem tudo para dar certo. In: WERBA, Graziela C.; GROSSI, Patrícia K. (Orgs.). Violências e gênero: coisas que a gente não gostaria de saber. Porto Alegre: Edipucrs, 2001. p. 47-69.

TRUZZIA, Giseli. **A intimidade na rede: Assédio e compartilhamento não autorizado de conteúdo íntimo no direito brasileiro.** Disponível em: <http://www.truzzi.com.br/blog/2016/12/05/artigo-intimidade-assedio-compartilhamento-conteudo-intimo/>. Acesso em: 15 set. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** Parte Geral. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2001.



## A MULHER TRANSEXUAL COMO SUJEITO PASSIVO DO CRIME DE FEMINICÍDIO

*Helen Christine Gonçalves De Souza*

Advogada. Faculdades Integradas do Norte de Minas (FUNORTE).

*Maria Fernanda Soares Fonseca*

Mestre em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Professora e Pesquisadora das Faculdades Integradas do Norte de Minas (FUNORTE).

### Resumo

A lei 13.104/2015 (Lei do Femicídio) insere nova qualificadora ao crime de homicídio, previsto no artigo 121 do Código Penal (CP). E, assim como a lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), foi criada com escopo de dar maior proteção à mulher vítima de violência doméstica e instituem no ordenamento brasileiro a proibição da violência de gênero. No caso específico do Femicídio, foco desse artigo, as hipóteses do crime estão bem definidas no § 2º do artigo 121 do CP, no entanto, a lei é omissa quanto à possibilidade da mulher transexual figurar como sujeito passivo desse tipo penal. O tema é extremamente controverso e contemporâneo, considerando a violência de gênero envolvendo pessoas transexuais. Portanto, em razão da omissão legislativa em relação às mulheres transexuais, nos dois dispositivos legais, faz-se necessário analisar esta possibilidade com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, bem como a luz dos direitos da personalidade, a fim de resguardar os direitos da personalidade civil também na esfera penal. Sobre o assunto há duas correntes doutrinárias

divergentes que apontam para direções diferentes, para além da esfera penal. Para desenvolvimento do artigo foi utilizado o método de revisão de literatura, pois essa modalidade possibilita a reunião de informações e discussões sobre o assunto debatido.

**Palavras-chave:** Femicídio. Mulher transexual. Violência doméstica. Direitos Humanos.

### Abstract

Law 13.104 / 2015 (Femicide Law) inserts a new qualifier for the crime of homicide, provided for in article 121 of the Penal Code (PC). And, like Law 11.340 / 2006 (Maria da Penha Law), it was created with the aim of giving greater protection to women who are victims of domestic violence, and they institute the prohibition of gender violence in Brazilian law. In the specific case of Femicide, the focus of this article, the hypotheses of the crime are well defined in § 2 of Article 121 of the PC, however, the law is silent as to the possibility of transgender woman to be a taxpayer of this criminal type. The theme is extremely controversial and contemporary considering gender violence involving transgender people. Therefore, due to the legislative omission regarding transsexual women, in both legal provisions, it is necessary to analyze this possibility based on the constitutional principles of human dignity and equality, as well as the light of personality rights, in order to safeguard the rights of civil personality also in the criminal sphere. On the subject there are two divergent doctrinal currents that point in different directions, beyond the penal sphere. For the development of the article, the literature review

method was used, as this modality enables the gathering of information and discussions on the subject discussed.

**Keywords:** Femicide. Transsexual woman. Domestic violence. Human rights.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade realizar uma discussão sociojurídica acerca da possibilidade de a mulher transexual figurar como sujeito passivo no crime de Femicídio, previsto no artigo 121, §§2º inc. VI e 2º-A, do Código Penal Brasileiro (CPB).

O referido tema, com a vigência da lei 13.104/2015, é extremamente controverso e contemporâneo, visto que a violência de gênero e homofóbica eleva a discussão para além da esfera penal, sendo relevante analisá-la também sob o prisma dos direitos da personalidade e dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

A violência de gênero, bem como a rejeição contra os homossexuais e transexuais aumentou significativamente ao longo do tempo, conforme dados da Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos (BRASIL, 2013). Contudo, apesar dos vários movimentos visando à proteção destas minorias, a legislação vigente não atende especificamente a todos esses grupos sociais, sendo necessária uma adequação dos dispositivos legais visando proteger a escolha pessoal de cada ser humano, independente da sua opção sexual ou gênero.

A lei 13.104/2015, que prevê o feminicídio, inseriu nova qualificadora ao crime de homicídio com escopo de dar maior

proteção à mulher, assim como a Lei Maria da Penha, promulgada em 07 de agosto de 2006.

No entanto, percebe-se que, nos dois dispositivos legais, o legislador foi omissivo quanto à proteção da mulher transexual em crimes nos quais figuram como vítimas de violência de gênero, considerando as hipóteses de violência doméstica e familiar, bem como o menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Para desenvolvimento dessa temática, este artigo foi estruturado em três seções. A primeira seção apresentará o conceito dos termos homossexualidade e transexualidade, a fim de diferenciá-los conforme a psicologia forense e antropologia jurídica. Na segunda seção, o foco da discussão será a trajetória histórico-legislativa dos crimes de violência doméstica contra a mulher e feminicídio no Brasil.

Por fim, na terceira e última seção, discutir-se-á a importância da proteção da mulher transexual pelo Direito Penal Brasileiro, considerando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, bem como os direitos da personalidade. Nas considerações finais serão apresentadas as principais conclusões do artigo.

Diante do exposto, verifica-se que o presente artigo abrange não somente o conceito de mulher, mas de todo aquele que se sente como mulher e que assim se apresenta perante a sociedade. A igualdade a que alude o art.5º, I da Carta Magna (BRASIL, 1988), qual seja, “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta Constituição” deve ser exercida em sua plenitude, que dá ao homem o direito de se expressar, sem nenhuma oposição, quanto à sua sexualidade.

Para alcance do objetivo, a metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, pois essa modalidade possibilita a reunião de informações e discussões sobre o assunto escolhido. Sendo que, para tanto, foram realizadas pesquisas em obras de Direito Penal, Direito Civil, Direito Constitucional, Sociologia e Antropologia Jurídica, e em sites científicos e governamentais.

### **HOMOSSEXUALIDADE E TRANSEXUALIDADE: conceitos e definições**

Dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), promulgada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, no seu artigo 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. (ONU, 1948, p.4).

Na sequência, a própria declaração enfoca em seu artigo segundo,

Todos os seres humanos tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (ONU, 1948, p. 5).

Dessa forma, conforme Piovesan (2013), a Declaração Universal de Direitos Humanos, texto base que norteia as constituições dos estados democráticos modernos, já garantia nos anos 40 o direito à liberdade, sendo que tal exercício independe, entre outros fatores, do sexo, ratificando que todos nascem livres e iguais.

Entretanto, esse exercício da liberdade, com relação às questões específicas de gênero e sexo, previsto no supracitado preceito supremo, por vezes, na prática, demonstrava-se relativo, tendo em vista a ausência de legislações que efetivamente resguardassem os direitos dos homossexuais e transexuais, quanto à liberdade de orientação sexual e identidade de gênero.

Portanto, para que se possa discutir sobre o tema desse artigo, é necessário um conhecimento prévio do significado e distinção entre os termos homossexualidade e transexualidade, no tocante a orientação sexual e identidade de gênero.

Inicialmente frisa-se que o preconceito contra o indivíduo homossexual era tão evidente que o termo homossexualismo era estudado pelas ciências médicas, especificamente pela psiquiatria, como um dos transtornos mentais e, segundo Laurenti (1984), era incluído na classificação internacional de doenças (CID) até a 7ª revisão, em 1955, na subcategoria de personalidade patológica.

Após várias manifestações e solicitações de associações de homossexuais, a partir da 9ª revisão da CID, em 1975, o homossexualismo foi incluído na categoria de desvios e transtornos sexuais (LAURENTI, 1984).

Mas, apenas na década de 90, a Organização Mundial da Saúde (OMS) retirou o homossexualismo do status de doença, razão pela qual o dia 17 de maio ficou marcado como Dia Internacional contra a Homofobia (PIOVESAN, 2013).

Entretanto, conforme a supracitada autora, apesar dessa resolução internacional, a questão da homossexualidade é tratada de forma diversa em vários países, conforme a aceitação social. No Brasil, por exemplo, por meio do Conselho Federal de Psicologia, o homossexualismo deixou de ser tratado como

doença desde 1985, antes mesmo da resolução da OMS, estando, dessa forma, à frente dos outros países no tocante à defesa dos direitos dos homossexuais.

Por conseguinte, desde a despatologização da orientação sexual, a OMS retirou o sufixo “ismo”, desvinculando o homossexualismo da ideia de doença, sendo utilizado em seu lugar o termo homossexualidade.

Nesse sentido, conforme os ensinamentos de Dias (2000, p. 31) homossexualidade “exprime tanto a ideia de semelhante, igual, análogo, ou seja, homólogo ou semelhante ao sexo que a pessoa almeja ter, como também significa a sexualidade exercida com uma pessoa do mesmo sexo”. Referida autora (2000, p. 40) acrescenta que “a homossexualidade não têm origem na livre escolha, pois se houvesse esta opção, muitos optariam em não ser homossexual”. Tal situação ocorre em razão do preconceito e discriminação que os indivíduos homossexuais sofrem no âmbito social e, não raras vezes, familiar.

Apresentada a questão da homossexualidade, faz-se necessário realizar algumas diferenciações com relação ao termo transexualidade e as expressões orientação sexual e identidade de gênero.

Em sua obra Dias (2016, p. 190) afirma que “a falta de coincidência entre o sexo anatômico e o psicológico chama-se transexualidade”. Neste sentido, conforme a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.955/2010, a comunidade médica já considerava “ser o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio”.

No mesmo sentido, transexualidade era definido pela OMS como um transtorno da personalidade e do comportamento do adulto, e classificado como doença de acordo a CID, conforme se verifica,

Trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado (BANCO DE SAÚDE - CID-10, 1990).

Segundo Vieira (2011, p. 412) transexualidade configura-se “conflito entre corpo e identidade de gênero, [...] com desejo de adequar o corpo hormonal e/ou cirurgicamente àquele do gênero almejado”, ou seja, diz respeito à identidade de gênero de uma pessoa, visto que o transexual não se identifica com o gênero socialmente construído e o sexo biológico com o qual nasceu.

Portanto, homens transexuais seriam aqueles que nasceram com o sexo biológico feminino e foram designados socialmente como tal, mas se identificam com o gênero masculino. Lado outro, as mulheres transexuais seriam aquelas que nasceram com o sexo biológico masculino, mas que na verdade se identificam com o gênero feminino (LEAL, 2016).

Ressalta-se que indivíduos transexuais, para a satisfação pessoal e convívio social, buscam adequar a condição física à psíquica, ou seja, apresentam-se com nome social diferente do nome do registro civil, bem como com vestimentas conforme o gênero ao qual se identificam.

Para Dias (2016, p. 190) o conceito de transexualidade, “ainda aguarda regulamentação, pois reflete a identidade do indivíduo e na sua inserção no contexto social”. Nesse sentido, apesar da

ausência normativa, recentemente, em Fevereiro de 2018, o STF decidiu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4275 sobre a possibilidade de alteração do nome e gênero no assento de registro civil sem que haja a obrigatoriedade do procedimento cirúrgico de transgenitalização (BRASIL, 2018).

Segundo a Presidente do Supremo, Ministra Cármen Lúcia, o julgamento “marca mais um passo na caminhada pela efetivação material do princípio da igualdade, no sentido da não discriminação e do não preconceito”<sup>6</sup>.

O referido julgamento demonstra um avanço social, respeitando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, bem como os pactos internacionais que tratam dos direitos fundamentais, quando admite aos transexuais a possibilidade de alteração do nome e gênero no assento de registro civil, sem que, para tanto, seja necessário qualquer procedimento cirúrgico ou autorização judicial.

Portanto, ante ao exposto e conforme Cambaúva (2016, p.120) a transexualidade esta intimamente ligada à identidade de gênero que se trata,

da 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.

Enquanto a homossexualidade está associada à orientação sexual que faz,

referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas (CAMBAÚVA, 2016, p. 119).

Após a distinção entre os termos homossexualidade e transexualidade, é importante analisar o percurso histórico-legislativo da violência de gênero e feminicídio, a fim de compreender a evolução legislativa, com a finalidade de adequação da norma aos anseios sociais e normativos desta minoria, a fim de efetivar os direitos conquistados no âmbito civil também na esfera penal.

## **PERCURSO HISTÓRICO-LEGISLATIVO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO E FEMINICÍDIO**

Antes de tratar do conceito e tipificação do crime de Feminicídio, necessário se faz analisar os precedentes que culminaram na referida norma penal.

Historicamente, a mulher sempre foi tratada de maneira desigual em relação ao homem, tendo em vista que a sociedade era e, ainda, é patriarcal e machista, razão esta que a mulher era detentora de poucos direitos reconhecidos pela sociedade (MARCO, 2002).

Em decorrência desta desigualdade, em 1975 foi realizada a Conferência Mundial sobre a Mulher, proclamando este ano como o Ano Internacional da Mulher e de 1975 a 1985 como a Década das Nações Unidas para a Mulher (LIMA, 2016).

Como resultado dessa Conferência surge a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, ou simplesmente Convenção da Mulher (LIMA, 2016,

---

<sup>6</sup> Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>>. Acesso em 30 de março de 2018.

p. 897), que entrou em vigor no ordenamento internacional em 03 de setembro de 1981 e trazia em seu artigo primeiro, Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, Lima (2016, p. 897),

Com o objetivo de compensar as desigualdades históricas entre os gêneros masculino e feminino, e de modo a estimular a inserção e inclusão desse grupo socialmente vulnerável nos espaços sociais, promovendo-se, assim, a tão desejada isonomia constitucional entre homens e mulheres (CF, art. 5º, I), esta Convenção passou a prever a possibilidade de adoção de ações afirmativas (“discriminação positiva”). Afinal, a promoção da igualdade entre os sexos passa não apenas pelo combate à discriminação contra a mulher, mas também pela adoção de políticas compensatórias capazes de acelerar a igualdade de gênero.

A Convenção da Mulher, adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1979, só foi promulgada no ordenamento interno brasileiro em 2002, através do Decreto nº 4.377.

Insta salientar, ainda, o Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996, que promulgou a Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará, na qual consta em seu artigo primeiro que,

Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada (BRASIL, 1996).

Conforme a referida Convenção, em seu artigo segundo,

Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica.a) ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras turmas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual.

Desta forma, conforme os ensinamentos de Lima (2016, p. 898) “todas essas Convenções Internacionais visando à proteção da mulher refletem um avanço do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos”.

No entanto, apesar de ser signatário desses tratados internacionais, somente em 2006, o Brasil publicou a Lei 11.340, que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher, visando cumprir recomendação da Organização dos Estados Americanos (OEA).

A Lei 11.340, também conhecida como Lei Maria da Penha, recebeu este nome em homenagem a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que foi vítima de grave violência doméstica perpetrada por seu próprio marido, o qual foi denunciado em 1984, mas apenas foi preso 18 anos depois, em 2002 (LIMA, 2016).

Em decorrência da lentidão do processo, e por envolver grave violação aos direitos humanos, a vítima Maria da Penha denunciou o Brasil perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) (CUNHA; PINTO, 2008).

Após recebimento da denúncia, a Comissão publicou o Relatório 54/2001, em 16/04/2001, no qual é apontada as falhas do Brasil, bem como sua omissão ante a violência doméstica contra a mulher, nos seguintes termos “a ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação mostra a falta de cumprimento do compromisso

assumido pelo Brasil de reagir adequadamente ante a violência doméstica” (LIMA, 2016, p. 899).

Em razão da omissão do Estado brasileiro em relação aos questionamentos da CIDH, esta tornou público o relatório 54/2001 e estabeleceu um prazo para normatização da violência doméstica contra a mulher. No entanto, somente após a publicação deste relatório, o Brasil publicou a Lei Maria da Penha, “com objetivo de coibir e reprimir a violência doméstica e familiar contra a mulher e superar uma violência há muito arraigada na cultura machista do povo brasileiro” (LIMA, 2016, p. 899).

Neste contexto, necessário se faz apresentar o conceito de violência de gênero, conforme os ensinamentos de Cunha e Pinto (2008, p.39),

entende-se por violência doméstica e familiar toda a espécie de agressão (ação ou omissão) dirigida contra a mulher (vítima certa), num determinado ambiente (doméstico, familiar ou de intimidade), baseada no gênero, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Apesar da vigência da Lei 11.340/2006, a violência contra a mulher ainda persiste na sociedade brasileira, fato que motivou a criação da Lei 13.104, em 2015, que inseriu nova qualificadora para o crime de homicídio previsto no Código Penal Brasileiro (CPB), bem como inseriu o feminicídio no rol de crimes hediondos.

Esta modalidade de assassinato, denominado feminicídio, que se trata do homicídio praticado contra a mulher, nasceu no Senado Federal através do projeto de lei (PL) 292/2013 e, posteriormente, na Câmara dos Deputados através do PL 8305/2014.

Segundo o PL 292/2013, que inicialmente propôs tipificar o Feminicídio, esse termo foi utilizado pela primeira vez nas conclusões acordadas da 57ª sessão da comissão sobre o *status* da Mulher da ONU, na qual se recomendou aos países membros a reforçar a legislação nacional a fim de punir e erradicar a violência de gênero contra a mulher.

O referido projeto ainda apresentou dados estatísticos de órgãos internacionais com referência à violência contra a mulher em todo o mundo e, especialmente no Brasil, onde 43,7 mil mulheres foram mortas entre 2000 e 2010, sendo que 41% destas vítimas foram mortas dentro de casa em situações de violência doméstica.

Na Câmara dos Deputados, o PL 8305/2014 foi alterado pouco tempo antes de ser aprovado, no qual o termo gênero foi substituído pela expressão condição de sexo feminino, para melhor adequação da atual realidade social (MASSON, 2016).

Portanto, em decorrência do crescente número de homicídios contra as mulheres, especialmente os dados estáticos citados no PL 292/2013, os projetos foram aprovados nas duas casas do Congresso Nacional e criada a Lei 13.104, de 09 de março de 2015.

Ainda, cabe ressaltar a importância do feminicídio com trecho da justificativa do PL 292/2013,

A importância de tipificar o feminicídio é reconhecer, na forma da lei, que mulheres estão sendo mortas pela razão de serem mulheres, expondo a fratura da desigualdade de gênero que persiste em nossa sociedade, e é social, por combater a impunidade, evitando que feminicidas sejam beneficiados por interpretações jurídicas anacrônicas e moralmente inaceitáveis, como o de terem cometido “crime passionai”. Envia, outrossim, mensagem a sociedade de que o direito à vida é universal e de que não haverá impunidade. Protege, ainda, a dignidade da vítima, ao obstar antemão as estratégias de se

desqualificarem, midiaticamente, a condição de mulheres brutalmente assassinadas, atribuindo a elas a responsabilidade pelo crime que foram vítimas (BRASIL, 2013, p. 4).

No entendimento de Bianchini (2015), ao longo da história, nos mais distintos contextos socioculturais, mulheres e meninas são assassinadas somente pelo fato de serem mulheres. Tal cenário repugnante gera um contexto de violência de gênero consubstanciada em estupros, torturas, mutilações genitais, infanticídios, violência sexual, exploração e escravidão sexual, incesto e abuso sexual dentro e fora do seio familiar.

Tal tratamento é perfeitamente justificável, uma vez que a violência de gênero fere não somente a incolumidade física, mas também a honra, o amor-próprio, a autoestima, e a dignidade, inerente a todo ser humano bem como os seus direitos fundamentais.

Diante desse quadro alarmante, surgiu a figura do Femicídio, a partir de uma necessidade não somente da sociedade, mas também do direito, que é chamado a atuar sempre que determinado comportamento em sociedade passa a lesar um bem jurídico penalmente relevante (OLIVEIRA, 2009).

Verifica-se, portanto, que o feminicídio é um variante do crime de homicídio, no qual tutela a vida da mulher, respeitando às hipóteses definidas no §2º-A do artigo 121, do CPB. Posto isso, importante discutir sobre a proteção da mulher transexual pelo direito penal brasileiro, caso fosse assassinada, questionando a possibilidade de se enquadrar como vítima de feminicídio.

## **A PROTEÇÃO DA MULHER TRANSEXUAL PELO DIREITO PENAL BRASILEIRO NO CRIME DE FEMINICÍDIO**

Inicialmente cumpre frisar que “a lei é a principal fonte (fonte formal primária) do direito brasileiro, porque o nosso sistema é baseado no sistema romano-germânico da *Civil Law*, sendo as demais fontes acessórias (fontes formais secundárias)” (TARTUCE, 2017, p. 16).

Contudo, conforme artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (BRASIL, 1942).

Analisando a possibilidade das fontes secundárias serem aplicadas ao Direito Penal, apresenta-se a “analogia como uma forma de autointegração da norma, consistente em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição legal relativa a um caso semelhante, atendendo-se, assim, ao brocardo *ubi eadem ratio, ubi eadem legis dispositivo*” (GRECO, 2017, p.122). No entanto, o instituto da analogia só pode ser invocado no sistema penal para beneficiar o réu (*in bona partem*), nunca para prejudica-lo (*in malam partem*).

Assim, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) já decidiu no tocante à violência doméstica contra a mulher, visando resguardar os direitos dos indivíduos transexuais no âmbito criminal,

Para a configuração da violência doméstica não é necessário que as partes sejam marido e mulher, nem que estejam ou tenham sido casados, já que a união estável também se encontra sob o manto protetivo da lei. Admite-se que o sujeito ativo seja tanto homem quanto mulher, bastando a existência de relação familiar ou de afetividade, não importando o gênero do agressor, já que a norma visa tão somente à repressão e prevenção da violência doméstica contra a mulher. Quanto ao sujeito passivo abarcado pela lei, exige-se uma qualidade especial: ser mulher, compreendidas como tal as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo



feminino. Ademais, não só as esposas, companheiras, namoradas ou amantes estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica como sujeitos passivos. Também as filhas e netas do agressor como sua mãe, sogra, avó ou qualquer outra parente que mantém vínculo familiar com ele podem integrar o polo passivo da ação delituosa (MINAS GERAIS, TJ, 2010).

No esteio do entendimento do TJMG, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em recente julgado, analisou outro caso envolvendo pessoa transexual, à luz dos princípios constitucionais, e assim decidiu,

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO PARA A TROCA DE PRENOME E DO SEXO (GÊNERO) MASCULINO PARA O FEMININO. PESSOA TRANSEXUAL. DESNECESSIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. Em relação à aplicação da Lei Maria da Penha, a transexual, desde que convivendo em um ambiente familiar, dentro de uma relação íntima de afeto, está no campo de sua proteção. A Lei não cria qualquer restrição às transexuais, tampouco exige prévia retificação do registro civil ou cirurgia de adequação de sexo, e onde a lei não restringe, não cabe ao intérprete fazê-lo (BRASIL, STJ, 2017).

Dessa forma, verifica-se que o tribunal estadual, assim como o STJ, já equiparou os transexuais às mulheres, em questão de direitos, para conferir-lhes maior proteção no âmbito criminal.

Assim, de acordo com a LINDB, além da analogia, os magistrados podem invocar os princípios gerais do direito para sanar omissões legislativas. Portanto, para assegurar os direitos da personalidade dos indivíduos transexuais, os tribunais estaduais embasam suas decisões em dois importantes princípios constitucionais o da dignidade da pessoa humana e o da igualdade.

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, segundo consta do artigo 1º,

III, CF/88, e conforme os ensinamentos de Fernandes (2011, p. 231),

(...) é erigida à condição de metaprincípio (sic). Por isso mesmo, esta irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando a pessoa como fim em si mesma, nunca como meio (coisa) para a satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros.

Reforçando e completando essa ideia, de acordo com Moraes (2007, p. 46),

o princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário entre semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria.

Portanto, a dignidade da pessoa humana é o princípio basilar dos direitos fundamentais, o qual deve ser invocado em situações de conflitos de regras normativas ou ausência destas, inclusive na esfera penal.

No tocante ao princípio da igualdade,

o constituinte originário expressou no dispositivo as lutas históricas travadas contra a discriminação do sexo feminino. Assim, homens e mulheres que se encontrarem em situação idêntica não poderão sofrer qualquer cerceamento em suas prerrogativas e nos seus deveres. As discriminações são toleradas apenas quando a finalidade pretendida for a diminuição dos desníveis entre homem e mulher, ou entre as pessoas em geral, tendo em vista as diferenças de idade, sexo, capacidade econômica etc (BAHIA, 2017, p. 114).

Com relação a proteção da mulher transexual, o princípio da igualdade deve ser analisado principalmente na forma material, pois,

do Poder Público é exigido que adote providências concretas que diminuam a desigualdade. Chama-se 'política de ação afirmativa ou discriminação positiva' a providência que leve à diminuição da desigualdade. É atingida quando o Estado edita normas que privilegiam os desfavorecidos da sociedade e estas se tornam efetivas (BAHIA, 2017, p. 114).

No mesmo sentido, ensinam Paulo e Alexandrino (2017, p. 116) que “a igualdade é a base fundamental do princípio republicano e da democracia. Tão abrangente é esse princípio que dele inúmeros outros decorrem”.

Os supracitados autores ainda trazem que,

o princípio da igualdade determina que seja dado tratamento igual aos que se encontram em situação equivalente e que sejam tratados de maneira desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades (2017, p. 117).

Com relação ao direito da personalidade, é necessário entender o conceito deste termo no âmbito jurídico,

A personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. É o objeto de direito por ser alusivo a tudo que se referir à natureza do ser humano. É o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições de ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens. A personalidade é o objeto de direito, o sujeito de direito é a pessoa (TELLES JR., 2001, p. 297 a 304, *apud* DINIZ, 2014, p. 87).

Assim também ensina Moraes (2010, p. 141) que,

a personalidade, conseqüentemente, não é um direito, mas um valor, o valor fundamental do ordenamento, que está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz sua incessantemente mutável exigência de tutela.

Portanto em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, bem como com os direitos da personalidade, a legislação pátria permite que seja dado às mulheres transexuais tratamento igual ao ofertado à mulher, visto que veda tratamento desigual para pessoas em situação equivalente (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 117).

Se para o Direito Civil a mulher transexual tem direito a retificação do nome e alteração do sexo no registro civil, a proteção desta mesma mulher no direito penal ainda é aquém do desejado, visto que não há uma especificação normativa para essas mulheres, ficando a cargo dos magistrados a interpretação no caso concreto.

Segundo Masson (2016, p. 41), ao tratar do feminicídio,

o legislador não foi feliz na redação do tipo penal. No lugar de "razões da condição de sexo feminino" deveria ter utilizado a expressão "razões de gênero", seguindo o exemplo bem-sucedido da Lei 11.340/2006 - Lei Maria da Penha. A propósito, o Projeto de Lei 8.305/2014, que culminou na Lei 13.104/2015, adotava a terminologia "razões de gênero", mas esta foi substituída em decorrência de manobras políticas da bancada "conservadora" do Congresso Nacional, com a finalidade de excluir os transexuais da tutela do feminicídio.

E explica que,

Nessa hipótese, não há falar em feminicídio na morte do transexual, pois a vítima biologicamente não ostenta o sexo feminino, tanto que jamais poderá reproduzir-se, pela ausência dos órgãos internos. Essa situação é mantida ainda que a pessoa tenha sido beneficiada pela alteração do registro civil (mudança de nome). Com efeito, entendimento diverso seria prejudicial ao agente, constituindo-se em inquestionável analogia *in malam partem*, repudiada pelo moderno Direito Penal (MASSON, 2016, p. 45).

O que se percebe nos ensinamentos de Masson (2016) é que este considera mulher apenas no sentido biológico, sem sequer

mencionar a possibilidade do conceito jurídico conforme discutido a seguir.

Em sentido mais amplo, Greco (2017) faz algumas considerações importantes sobre o assunto, considerando que a mulher sob o aspecto jurídico, abrange as transexuais que realizaram alteração do registro civil, adequando seu nome e sexo a realidade social. Assim,

aqui, pode ocorrer que a vítima tenha nascido com o sexo masculino, havendo tal fato constado expressamente de seu registro de nascimento. No entanto, posteriormente, ingressando com uma ação judicial, vê sua pretensão de mudança de sexo atendida, razão pela qual, por conta de uma determinação do Poder Judiciário, seu registro original vem a ser modificado, passando a constar, agora, como pessoa do sexo feminino. Somente a partir desse momento é que poderá, segundo nossa posição, ser considerada como sujeito passivo do feminicídio (GRECO, 2017, p. 81).

Assim, o referido autor conclui que entre os critérios psicológico, biológico e jurídico, somente o último apresenta a segurança necessária para efeitos de reconhecimento do conceito de mulher, e ressalta que,

não podemos estender tal conceito a outros critérios que não o jurídico, uma vez que, *in casu*, estamos diante de uma norma penal incriminadora, que deve ser interpretada o mais restritamente possível, evitando-se uma indevida ampliação do seu conteúdo que ofenderia, frontalmente, o princípio da legalidade, em sua vertente *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* (GRECO, 2017, p. 81).

Atualmente não há jurisprudências acerca da possibilidade da mulher transexual figurar como vítima de feminicídio, estando as discussões nos campos doutrinários. No entanto, o Ministério Público de São Paulo (MPSP), em 2016, foi pioneiro em oferecer denúncia por feminicídio de mulher transexual,

processo nº 0001798-78.2016.8.26.0052, que tramita em segredo de justiça, ainda sem julgamento.

Assim, sobre o feminicídio de Michele<sup>7</sup> (mulher trans) por seu parceiro Luiz Henrique Marcondes dos Santos, o MPSP publicou notícia<sup>8</sup>, datada de 06/10/2016, informando que,

a denúncia reforça entendimento recente do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPJ), que orienta as Promotorias de Justiça do país a aplicar a Lei Maria da Penha em casos de agressões a mulheres transexuais e travestis, independentemente de cirurgia, alteração do nome ou sexo no documento civil. Para Lorza, a denúncia reflete 'um reconhecimento formal de que a violência doméstica deve ser tratada sob o ponto de vista não do sexo, mas do gênero da mulher'. Para a promotora de Justiça Valéria Diez Scarance Fernandes, coordenadora do Núcleo de Gênero do MPSP, 'a denúncia de feminicídio contra vítima mulher trans é um marco jurídico e histórico na aplicação dessa lei' (SÃO PAULO, MP, 2017).

Assim, conforme Piovesan (2012, p. 211),

incorporar a perspectiva de gênero na doutrina jurídica brasileira impõe, sobretudo, o desafio de mudança de paradigmas. Esse desafio aponta à necessidade de introjetar novos valores e uma nova visão de Direito, de sociedade e de mundo. Traduz também a necessidade de inclusão de grande parcela da população mundial e da inclusão de seu modo de perceber e compreender a realidade.

Portanto, observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro caminha considerando as questões das minorias e voltando seus olhares para as diversas apresentações do gênero feminino. Deste modo, pondera-se que para uma melhor adequação e proteção pelo direito, é pertinente a discussão acerca da possibilidade da mulher transexual figurar como sujeito passivo no crime de feminicídio, tendo em vista a necessidade de

<sup>7</sup> O nome Michele é utilizado como nome social, pois o nome no Registro Civil da vítima é Miguel do Monte.

<sup>8</sup> Disponível em [www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias). Acesso em: 17 set. 2017.

resguardar os direitos da personalidade também na esfera penal, ratificando os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema da violência e da criminalidade contra a mulher é um fenômeno multifatorial e presente na sociedade, persistente nos dias atuais e que demanda atenção pelo direito. Nesse sentido, apesar da transformação da legislação, ampliando os instrumentos e garantias de proteção às mulheres, culminando com a publicação da lei 11.340/2006, a mulher continuou sendo vítima das mais diversas e variadas formas de violência ocorrida dentro dos seus próprios lares e nas suas relações de afetividade.

O feminicídio, espécie qualificadora do crime de homicídio, é, portanto, a mais grave violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, pois ofende o maior bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro, que é a vida.

Então, por orientação da ONU, considerando o aumento dos assassinatos das mulheres, quer em razão da violência doméstica e familiar, quer pelo menosprezo da sua condição de mulher, em 2015 foi publicada a Lei 13.104, com escopo de proporcionar maior proteção a mulher, bem como dar maior visibilidade às questões afetas ao gênero.

Mas, a despeito do aprimoramento da legislação, ainda persiste um conflito jurídico, pois se observa uma omissão legislativa quanto à possibilidade de reconhecimento das mulheres transexuais como vítimas de crimes direcionados a mulher

biologicamente definida, muito embora, perceba-se a evolução quanto aos reconhecimentos civis dos indivíduos transexuais.

Portanto, a princípio, foi necessária a abordagem quanto à distinção da homossexualidade e transexualidade, visto que esta está relacionada com a identidade de gênero, enquanto àquela a orientação sexual. Porquanto, o indivíduo transexual que se identifica e se reconhece socialmente como mulher, independentemente de cirurgia de transgenitalização, deve ser reconhecido juridicamente como mulher.

Nesse sentido, com fundamento no conceito jurídico do termo mulher, sem ferir as regras e normas do direito penal, torna-se possível à figura da mulher transexual como sujeito passivo do feminicídio. Sendo essa interpretação analógica a mais adequada com respaldo dos direitos da personalidade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Diante de todo exposto, ressalta-se que a legislação brasileira ainda deve evoluir bastante no que se refere à proteção dos direitos das mulheres, em quaisquer das concepções mencionadas neste artigo, especialmente as transexuais, quando se fizer necessário a atuação do direito criminal. Contudo, frisa-se que não basta apenas uma mudança legislativa, mas sim uma ampla conscientização dos valores sociais e das diferenças em geral, culminando com o respeito irrestrito ao outro.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. 1940. **Decreto-Lei Nº. 2.848**, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 26 fev. 2018.

BRASIL. 1942. **Decreto-Lei Nº. 4.657**, de 4 de Setembro de 1942. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm). Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de Outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 26 fev. 2018

BRASIL. 1996. Decreto Nº 1.973, de 1º de Agosto de 1996. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm). Acesso em: 26 fev. 2018.

BRASIL. 2002. **Decreto 4.377**, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 26 fev. 2018.

BRASIL. 2006. **Lei Nº. 11.340**, de 7 de Agosto de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm) Acesso em: 26 fev. 2018.

BRASIL. 2011. STF. Supremo Tribunal Federal. **Supremo reconhece união homoafetiva**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. 2013. **Relatório de Violência Homofóbica no Brasil: ano 2013**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Disponível em: [www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/dados-estatisticos/Relatorio2013.pdf](http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/dados-estatisticos/Relatorio2013.pdf). Acesso em: 6 mar. 2018.

BRASIL. 2013. Projeto de Lei do Senado Nº 292, de 2013. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4153090&disposition=inlinenef>. Acesso em: 6 de mar. 2018.

BRASIL. 2015. **Lei 13.104**, de 09 de Março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio

como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm). Acesso em: 6 mar. 2018.

BRASIL. 2017. STJ. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1626739 RS 2016/0245586-9**, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 09/05/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJE 01/08/2017). Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201602455869&dt\\_publicacao=01/08/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602455869&dt_publicacao=01/08/2017). Acesso em: 6 de mar. 2018.

BRASIL. 2018. STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acesso em: 6 mar. 2018.

BANCO DE SAÚDE. CID-10. **Classificação Internacional de Doenças**. Transexualismo. Disponível em: <http://cid10.bancodesaude.com.br/cid-10-f/f640/transexualismo>. Acesso em: 19 mar. 2018.

BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional**. 3 ed. Recife: Armador, 2017.

BIANCHINI, Alice. **O feminicídio**. Disponível em: <http://www.professoraalice.jusbrasil.com.br/171335551º-feminicídio>. Acesso em: 02 abr. 2018.

CAMBAÚVA, Fernanda Darcie. Diversidade sexual e identidade “trans”: modificação do prenome e adequação do estado sexual como proteção jurídica à identidade de gênero. **Revista Liberdades**, edição nº 23, set./dez. 2016. Disponível em: [http://www.revistaliberdades.org.br/\\_upload/pdf/28/DHumanos1.pdf](http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/28/DHumanos1.pdf). Acesso em: 30 mar. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)**, comentada artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**: de acordo com o novo CPC. 4. ed. e-book baseada na 11. ed. Imprensa. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Vol. 1. Niterói: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial. Vol. 2. Niterói: Impetus, 2017.

LAURENTI, Ruy. **Homossexualismo e a classificação internacional de doenças**. Revista de Saúde Pública, vol. 18, nº 5. São Paulo. 1984. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v18n5/02.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.

LEAL, Edmundo. **Como a transexualidade é encarada pela medicina?** Disponível em: <https://livrariaflorence.com.br/como-a-transexualidade-e-encarada-pela-medicina>. Acesso em: 12 mar. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Volume único. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARCO, Carla Fernanda de. **A desigualdade de gênero e a violência contra a mulher à luz da Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher**. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3452>. Acesso em: 12 mar. 2018.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**. Vol. 2 – Parte Especial (arts. 121 a 212). 9 ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Método, 2016.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus Nº 1.0000.09.513119-9/000 - Violência doméstica - Lei Maria da Penha - Aplicabilidade - Imposição de Medidas Protetivas - inteligência do art. 19 da lei 11.340/06. 4ª Câmara Criminal. Relator: Des. Júlio Cezar Guttierrez, 30/03/2010. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12 mar. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. **MPSP oferece primeira denúncia no Estado por feminicídio de mulher trans**. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id\\_noticia=15908065&id\\_grupo=118](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=15908065&id_grupo=118). Acesso em: 12 mar. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Fundamentais: teoria geral**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Maria Cecília Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, ONU, 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em 11 de mar. 2018.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 16 ed. São Paulo: Método, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14 ed. Revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

SÃO PAULO. Ministério Público. **Notícias**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias>. Acesso em 17 de set. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v. 1: Lei de Introdução e Parte Geral. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Transexualidade**. In: Dias, Maria Berenice (Coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 412-424.

## **POLIAMOR: o direito de meação nas uniões poliafetivas**

*Joicy Aparecida Santos Trindade*

Advogada. Faculdades Integradas do Norte de Minas (FUNORTE).

*Filomena Luciene Cordeiro Reis*

Doutora em História Social pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Professora e Pesquisadora das Faculdades Integradas do Norte de Minas (FUNORTE).

### **INTRODUÇÃO**

Sabe-se ao longo dos tempos, que a sociedade sofreu constantes modificações em sua estrutura familiar. Tais transformações trouxeram como consequências novas dinâmicas pautadas em valores e ideologias, passando a fazer parte das relações afetivas e sexuais das pessoas: "[...] entre os vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteram no curso dos tempos" (VENOSA, 2007 *apud* BOECHAT; CABRAL; SOUZA, 2016, p. 3). Denota-se que, o conceito de família vem se modificando e ganhando novas vertentes tanto sociais, quanto no meio jurídico, fatores que contribuíram para a alteração dos padrões relacionais, da reconfiguração e da evolução de um sistema cada vez mais plural e aberto (BOECHAT; CABRAL; SOUZA, 2016).

Ao analisar as vertentes jurídicas frente às mudanças no âmbito das relações familiares entende-se que, o ordenamento jurídico brasileiro precisa encontrar maneiras para se adequar às constantes mudanças pelas quais a sociedade atravessa. As normas, conceitos e fundamentos jurídicos precisam se

desvencilhar das estruturas sociais tradicionais e se adaptarem às novas formas de organizações familiares.

O conceito de família sofreu modificações ao longo dos tempos, que culminaram com transformações dentro das relações entre seus membros. O indivíduo passou a ser visto e a família a existir como idéia de um ambiente propício ao desenvolvimento social, lugar de comunhão afetiva e liberdade, no qual, os seus componentes vão conviver de forma plena, estável e ostensiva com o intuito de constituir e resguardar seu patrimônio (BARROS, 2017).

Um ponto chave para demonstrar as modificações pelas quais a estrutura familiar passou está presente na análise das constituições que já vigoraram no Brasil. O ordenamento jurídico pátrio faz menção às transformações pelas quais a sociedade sofria, um processo espontâneo, visto que, existe a expectativa de que, a norma acompanhe as novas demandas da sociedade (CAMARGO, 2014)

É evidente que, o Estado tem obrigações, pois é um instrumento garantidor e como tal deve proteger à instituição familiar, a moral e a legalidade, uma vez que, o ser humano vive em sociedade e não isoladamente. Por isso, há um conflito entre o que se entende por autonomia da vontade, sua real representação e as disposições legais imputadas pelo poder do Estado (RAMALHO NETO, 2015).

No que tange a família, enquanto um cenário de comunhão, passivo ao desenvolvimento de novos laços afetivos, ocorreu a insurgência de novos tipos de uniões e relações não monogâmicas com a presença de novos conceitos e características próprias.

Ocorreu o reconhecimento da União Estável e do objetivo que há entre os seus membros em constituir uma entidade familiar. O surgimento das Uniões Poliafetivas é também conhecido como Poliamor. Estas uniões são repletas de características próprias, sob uma perspectiva social e cultural daquilo que se reconhece dentro de um ambiente familiar. Isso ocorre, pela forma como é feita a sua composição de uma maneira diferente dos padrões tradicionais de um modelo familiar

Quando se trata em analisar as uniões e as relações, que se destoam de um modelo matrimonial tradicional, o ordenamento jurídico brasileiro, ainda tem feito confusões em relação em como lidar com as peculiaridades presentes em suas composições. Fato este, que tem impossibilitado alguns avanços no entendimento dessa matéria e que, alguns direitos sejam reconhecidos, uma vez que, ainda vivemos em uma sociedade pautada em valores patriarcais, matrimoniais, monogâmicos, patrimonial e heterossexual (RAMALHO NETO, 2015).

O desenvolvimento de novos tipos de uniões suscitou amplas discussões, tanto doutrinárias, quanto jurisprudenciais sobre seu reconhecimento e também, acerca dos direitos que podem vir a ser provenientes destas, dentre estes, aqueles derivados da esfera sucessória no que tange o direito de meação, para os relacionamentos constituídos por meio da união estável. Esta, por sua vez, é reconhecida como uma entidade familiar respaldada pela Constituição da República Federativa do Brasil datada de 1988 (CFRB /1988).

Desta forma, depois de expor as linhas introdutórias deste estudo, visou-se apontar argumentos necessários a elucidação da seguinte problemática: há nas Uniões Poliafetivas, além do

sentimento amoroso e da boa fé, o direito de meação entre os companheiros que se envolvem neste tipo de relacionamento?

Para elucidar este problema de pesquisa fez-se uma breve exposição das mudanças, que ocorreram no núcleo familiar ao longo da história, perpassando pelas diferenças entre o casamento, união estável, união estável putativa e o concubinato até o desenvolvimento da União Poliafetiva e sob quais circunstâncias esta se consolida. Também analisou-se discussões, tanto doutrinárias, quanto jurisprudências sobre o direito de meação e seu reconhecimento dentro das uniões estáveis.

Após fazer estes apontamentos há que se questionar a deficiência do ordenamento jurídico em interpretar e reconhecer direitos ligados ao cenário das Uniões Poliafetivas, as suas peculiaridades e o desejo pelo seu reconhecimento enquanto uma espécie de união estável aos olhos da justiça, bem como na possibilidade em obter o direito a parte de uma herança.

Este estudo verificou o posicionamento de tribunais e de órgãos do poder judiciário de várias regiões do Brasil acerca do reconhecimento de uma nova entidade familiar, através da formação das Uniões Poliafetiva, bem como do direito daqueles que se envolveram nesta relação em obter garantias sucessórias e um amparo econômico, caso ocorra a morte de um dos parceiros ou a separação de fato.

A busca pelo aludido esclarecimento teve como referências científicas a Constituição de República Federativa do Brasil de 1988, as legislações vigentes, artigos científicos e entendimentos de jurisprudências de fatos que versam sobre o assunto em questão. Estes serviram como base para a



construção da temática. Também foram utilizadas doutrinas e materiais científicos de fundamental importância para o desenvolvimento desta pesquisa.

Para esclarecimento acerca do tema em questão, optou-se pela revisão de leituras, uma vez que, esta permitiu a reunião de informações e discussões teóricas necessárias para elucidar os objetivos do estudo.

### **O DESENVOLVIMENTO DA FAMÍLIA EM UMA PERSPECTIVA SÓCIO-HISTÓRICA**

Em tempos remotos na história, as pessoas se uniam em grupos com o intuito de garantir a sobrevivência e resistir ao frio, além da necessidade de se desenvolver meios para obtenção da caça. Mais tarde, surgiu também o objetivo de perpetuar a espécie. Nesse ambiente primitivo, as relações familiares eram grupais. Não havia preocupação em se formar moldes individuais. Predominava a endogamia, sendo que, nos grupos numerosos se conhecia a figura da mãe, fato que levou alguns doutrinadores a afirmarem que a família era matriarcal (VENOSA, 2007 *apud* BOECHAT; CABRAL; SOUZA, 2016).

Como o passar do tempo, as relações começaram a se individualizar, grupos menores se organizaram com o objetivo de construir e resguardar seu patrimônio. As relações iniciam o processo no sentido de concorrer para a existência de um modelo familiar mais restrito, no qual as pessoas procuram formar suas próprias famílias (BOECHAT; CABRAL; SOUZA, 2016).

De acordo com Gizelda Hironaka citada por Maria Berenice Dias:

Não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual a espécie de grupamento familiar a que ele pertence – o que importa é pertencer ao seu âmago, estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade (DIAS, 2010, p. 27).

Neste sentido, salienta-se sobre o surgimento de um sentimento ligado a proteção em resguardar aos seus com o intuito de garantir os interesses em comum do grupo. Cria-se um vínculo afetivo instituído por meio das transformações ocorridas na realidade, pois “As mudanças na realidade acabam se refletindo nas leis, que cumprem sua função conservadora” (DIAS, 2010, p. 27).

Em seu caminho evolutivo, no âmbito pós-romano, a família recebeu a contribuição do direito germânico sob a presente influência cristã, que ditava as regras civis e sociais. A família reduziu o grupo familiar aos pais e filhos, assumindo um caráter sacramental (PEREIRA, 2015, p. 32).

A sociedade se organizou em torno de uma estrutura familiar pautada nos moldes tradicionais sob uma égide dogmática religiosa e tendo o Estado como seu interventor. Dias afirma que,

Historicamente, a família sempre esteve ligada à idéia de instituição sacralizada indissolúvel. A ideologia patriarcal somente reconhecia a família matrimonializada, hierarquizada, patrimonializada, e heterossexual, atendendo à moral conservadora de outra época, há muito superada pelo tempo. Com o patriarcalismo principiou a asfixia do afeto (DIAS, 2009, p. 73).

Por estar ligado a uma moralidade imbuída de concepções conservadoras, o conceito que se conhece sobre família acabou por trazer consigo um pensamento sistemático relacionado à forma como a estrutura familiar deve ser composta e sobre a

conservação do seu patrimônio. Dessa maneira, pensamentos jurídicos com tendência de punir aqueles que vivem de forma divergente do que é aceito pelo entendimento conservador se apresentaram. Estes pensamentos jurídicos buscam preservar apenas a idéia de uma família pautada pelo matrimônio e inibir qualquer interpretação que fuja desta forma de pensamento (DIAS, 2016).

O modelo patriarcalizado, matrimonializado, patrimonializado e heterossexual presente na composição familiar pode ser revisto. Um dos pontos responsáveis por esta nova análise está presente no advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no momento pós-guerra, que deu ênfase aos direitos fundamentais, estabeleceu a liberdade, a igualdade, a fraternidade e o direito à dignidade (DUDH, 1948). Muitas transformações ocorreram em relação à família e aos seus componentes. A dignidade da pessoa se estabelece no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH/48), originando o movimento de valorização da pessoa humana. Esse princípio passa a influenciar as constituições da maioria dos Estados Democráticos de Direito (BARCELLOS, 2008 *apud* BOECHAT; CABRAL; SOUZA, 2016).

Sobre as inovações suscitadas com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Flavia Piovesan afirma que:

A Declaração de 1948 inovou extraordinariamente a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, com a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade (PIOVESAN, 2005, p. 2).

Com o passar do tempo, as mudanças vieram, assim como o surgimento das leis. Transformações, antes sutis, foram tomando dimensões, que influenciaram tanto no legislativo, quanto no judiciário, culminando, de maneira expressa, na mudança do conceito de família (BARROS, 2017).

Neste contexto, Ginacarlos Buche afirma que,

A família, que anteriormente, tinha como três pilares o Direito patrimonial, Direito parental e Direito assistencial, agora, com o advento da constitucionalização, começam a dominar as relações de afeto, baseadas na solidariedade e cooperação. Segundo Lôbo, “não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade” (...) No mesmo diapasão, Ferrarini explica que a “família se afasta de uma perspectiva institucional para centralizar-se na realização pessoal de seus membros (...)” (BUCHE, 2011, p. 06 *apud* LÔBO, 2007; FERRARINI, 2010).

Outros aspectos responsáveis pelas transformações no cenário familiar provieram dos movimentos sociais, ocorridos no mundo e no Brasil nas décadas de 1960, 1970 e 1980, além da busca pela efetivação dos direitos da mulher e liberdade de manifestação do pensamento, dentre outras, relevantes transformações sociais. No Brasil, estes movimentos marcaram e refletiram na juventude uma dinâmica excessivamente liberal, apresentando características que remetiam a rebeldia e a irreverência, que buscavam romper com os padrões tradicionais até então estabelecidos. Todas essas alterações no cenário social, legislativo e sociológicas têm a consequência de prescindir a necessidade que a espécie humana possui em pertencer a um núcleo afetivo que desempenhe as funções de família (BOECHAT; CABRAL; SOUZA, 2016).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) realizou enorme avanço na concepção da família,

não eliminando o casamento como forma ideal de regulamentação, bem como não marginalizou a família natural como realidade social, digna de tutela jurídica. Desta forma, a família conhecida como célula base da sociedade, passou a ter especial proteção do Estado, tanto a que provém do casamento, quanto a que resulta da união estável (BUCHE, 2011).

De acordo com o artigo 226 da CRFB/88, “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (BRASIL, 1988). Ao fazer uma análise deste dispositivo, o legislador não determinou qual modelo familiar merece especial proteção, mas todas as famílias em suas diversas formações, uma vez que, estas não possuem uma hierarquia entre si.

Nessa perspectiva, verifica-se o direito em ter a liberdade de promover e estabelecer uma nova configuração familiar. Pereira e outros autores dizem que,

Não há necessidade de que haja na família o modelo tradicional de mãe e pai, mas que no padrão de família é indispensável que haja alguém para exercer esses papéis com responsabilidade, pois o mau exercício dessas funções “É um eterno desajuste psíquico e social (PEREIRA, 2003, p. 54 *apud* BOECHAT; CABRAL; SOUZA, 2016 p. 6).

Desta forma, o que importa não é o modelo familiar, mas a forma como seus integrantes desempenham o seu papel na hora de educar seus descendentes.

A evolução dos costumes fez surgir as uniões extra matrimoniais, fazendo com que, estas fossem aceitas pela sociedade, fato que levou a CRFB/88 a dar nova vertente à concepção de família e introduzir o termo entidade familiar, responsável por expandir o conceito de família e resguardar relacionamentos além daqueles constituídos pelo casamento, judicializando enlaces extra matrimoniais não reconhecidos pela lei. As uniões, de fato, entre um homem e mulher foram

reconhecidas como união estável e como vínculos monoparentais, formados por um dos pais com os seus filhos, recebendo a proteção estatal. (DIAS, 2010).

Sobre a união estável Maria Helena Diniz afirma que,

A Constituição Federal (art. 226,§3º), ao conservar a *família*, fundada no casamento, reconhece como entidade familiar a união estável, a convivência pública contínua e duradoura de um homem com uma mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, estabelecida com o objetivo de constituir família, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para sua convalidação (CC,art.1.723,§ 1º e 2º). Apesar disso, há decisão do STF (ADI 4.277 e ADPF132) e Resolução do CNJ n. 175/ 2013 (art.1º *in fina*) reconhecendo a união estável homoafetiva (...). Com isso, a união estável perde o *status* de sociedade de fato e ganha o de entidade familiar, logo não pode ser confundida com união livre (...) (DINIZ, 2015, p. 410).

Não se pode negar a forma preconceituosa como o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 coloca, de maneira expressa, apenas, as uniões entre um homem e uma mulher, ainda que não exista diferença entre a convivência homossexual da união estável heterossexual. Contudo, não se pode deixar de conferir a nenhum desses tipos de vínculos o *status* de família, pois o capítulo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra o respeito à dignidade de pessoa humana (DIAS, 2010).

Dessa forma, surge uma nova postura dos tribunais em relação ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, com ações que tramitam nas varas de famílias, mesmo que sejam interpretadas por meio de analogias. A elas devem ser aplicadas a legislação da união estável (DIAS, 2010).

A doutrina atual aborda a União Estável putativa, na qual está presente todos os requisitos da união estável, inclusive a *Affectio Familiaris*<sup>9</sup>. Neste tipo de união existe a presença da boa fé subjetiva, que se torna uma característica, bem como uma das pessoas não sabe que o seu par é casado ou possui requisitos que configuram o impedimento matrimonial (FACCENDA, 2011).

Nesse discurso sobre o reconhecimento da união estável, como um tipo de relação contínua e duradoura e do objetivo que há entre os seus membros em constituir uma entidade familiar existem as uniões poliafetivas, também conhecidas como poliamor, sob uma perspectiva social, cultural e jurídica. Este tema possui características próprias daquilo que se reconhece dentro de uma perspectiva familiar, através da forma como é feita a sua composição.

O conceito do poliamor se abarca na ideia de uma relação afetiva íntima entre mais de duas pessoas que, de forma transparente e gozando da sua autonomia da vontade, tem o objetivo de exercer o direito de se relacionar afetiva, sexualmente e de maneira duradoura. Aqueles que fazem parte das relações poliafetivas visam a honestidade e boa fé, almejando gozar dos efeitos legais de uma família. Estas relações apresentam uma diferença das outras formas não-monogâmicas como o *swing* e das relações abertas em que não há o interesse em se constituir uma união estável em mais de uma pessoa e se voltam apenas para a prática do ato sexual sem estabilidade (RAMALHO NETO, 2015).

Paulo Iotti faz uma discussão diferenciando a união poliafetiva e a união de famílias paralelas:

---

<sup>9</sup> Carinho da Família

Famílias paralelas são aquelas formadas por diferentes núcleos familiares que têm ao menos um integrante comum mantendo comunhão plena de vida e interesses com estes distintos núcleos. Logo, trata-se de situação fática na qual uma pessoa forma *mais de uma família conjugal* por se relacionar com duas ou mais pessoas que não mantêm uma tal relação entre si. Já a *união poliafetiva* é aquela formada por três ou mais pessoas que mantêm uma comunhão plena de vida e interesses entre si<sup>4</sup>. O essencial é a comunhão plena de vida e interesses de todos entre si para fins de sua caracterização como uma união poliafetiva. Ou seja, na união poliafetiva, temos apenas um núcleo familiar, no qual três ou mais pessoas mantêm uma comunhão plena de vida entre si, ao passo que nas famílias paralelas, temos mais de um núcleo familiar, no qual pelo menos uma pessoa mantém uma comunhão plena de vida com diferentes pessoas, as quais não se relacionam entre si (IOTTI, 2016, p. 02).

Famílias paralelas são, “relações de afeto e, apesar de serem consideradas uniões adúlteras, geram efeitos jurídicos” (DIAS, 2009, p. 50). Em análise a esse conceito deve-se entender que,

As Famílias paralelas são vínculos concomitantes de conjugalidade ou companheirismo vividos por um indivíduo comum à ambas formações sociais. Portanto as famílias paralelas evidenciam claramente duas situações: uma é prevista no artigo 1727 do código civil brasileiro, denominado concubinato, sendo que dentre as hipóteses legais de impedimento ao casamento, a família paralela é aquela dos impedidos em decorrência de já serem casados; e outra a concomitância de vínculos de companheirismo, que em certa medida é equiparado pela doutrina como concubinato também (BARROS, 2017, p. 36).

Quando se fala das relações poliafetivas, enquanto um tipo de relacionamento que destoa dos padrões tradicionais de um modelo familiar há que se reconhecer e encará-las como formas de expressão da liberdade, nas quais, as pessoas escolhem aquilo que as fazem bem e lhes trazem felicidade e prazer.

As famílias poliafetivas não precisam se encaixar em qualquer tipo de família constitucionalmente prevista para que sejam

reconhecidas como juridicamente legítimas. Contudo, é preciso haver uma legitimidade às entidades poliafetivas, uma vez que, a esse tipo de entidade não é imputado nenhum crime, bem como não são proibidas pelo ordenamento jurídico (DOMITH, 2014, *apud* FELL; SANSHE, 2016).

Demonstrado o processo de transformações pelos quais o termo família passou ao longo dos tempos, bem como surgimentos de novos núcleos familiares constituídos, não somente por meio do matrimônio, não é concebível, nem sob os termos da Constituição Federal de 1988, tão pouco, nos moldes da justiça, negar que uma família exista quando ela exista de fato. Embora o legislador omita quanto as existência das famílias poliafetivas e ao reconhecimento dos direitos inerentes a sua união, o mesmo não pode ser feito pelo judiciário. Portanto, essa discussão sobre a possibilidade do reconhecimento do direito de meação nas relações poliafetivas e quais seriam os possíveis efeitos deste reconhecimento é imprescindível.

## **SUCESSÃO E DIREITO DE MEAÇÃO NA UNIÃO ESTÁVEL**

Fez-se uma análise nas mudanças que ocorreram no núcleo familiar ao longo da história, perpassando pelas diferenças entre o casamento e a união estável, da união estável putativa, pelas relações extraconjugais assumidas e o concubinato até o desenvolvimento de novos tipos de uniões, que suscitaram o surgimento de amplas discussões, tanto doutrinárias, quanto jurisprudenciais sobre seu reconhecimento e, também, dos direitos provenientes destas. Neste caso, o surgimento das uniões poliafetivas.

Estas transformações indicam que, se pretende da família, na atualidade, é que, esta, seja vista como um meio capaz de promover o desenvolvimento da personalidade de cada um dos seus integrantes, através da promoção da qualidade das relações e do desejo de cada um dos seus membros, fundados no afeto, igualdade e solidariedade.

Desta maneira, analisou-se o reconhecimento dos direitos na esfera sucessória, para os relacionamentos provenientes da união estável, visto que, esta entidade familiar é respaldada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, seja através de princípios gerais ou específicos do Direito de Família.

Quando se trata do regime de bens dentro de uma União estável, estando comprovada, que esta atende todos os seus requisitos legais, também pode-se traduzir uma longa discussão doutrinária e jurisprudencial, que é realizada ao longo do anos, quanto a forma de interpretar os dispositivos legais que abrangem a divisão e o regime de comunhão patrimonial (TEPEDINO, 2012).

Os juristas ao procurarem explicar o fenômeno sucessório encontram notórias diversificações quanto ao seu conceito, seja em relação a sua fundamentação ou a jurisdição. Esta fundamentação se enquadra, genericamente, ao fato de uma pessoa estar ligada a um grupamento familiar pela consaguinidade ou pelo casamento e, na falta de ambos, se sujeitará ao Estado. Considerando que, no direito brasileiro, com a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que trata dos direitos dos companheiros na união estável, os laços decorrentes da união estável, passaram a integrar o fundamento da sucessão *ab intestato* (PEREIRA, 2015).

A lei nº 8.971 revelou-se modesta ao reconhecer uma união com vigência de 5 anos ou com filhos, deixando de abranger as relações da mera separação de fato, com vedação de casar. Propôs o direito a alimentos, incluiu a figura do companheiro na ordem de vocação hereditária, concedendo-lhe a metade ou a quarta parte dos bens, a depender da existência de filhos. Também possibilitou o reconhecimento do direito à meação, exclusivamente, quando a herança for resultado da colaboração do companheiro (DIAS, 1997).

Segundo Silvio de Salvo Venosa, esta lei apresenta muitas imperfeições, entre elas, o artigo 1º dispõe que:

A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5(cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva. (VENOSA, 2017, p. 152).

Segundo o autor, esta foi uma forma desajeitada, que a lei atribuiu direito a alimentos, referindo-se somente à lei processual, que regula a ação alimentícia, e se omitiu quanto ao direito material. Esta lei também suprimiu o direito aos conviventes não casados a mais de cinco anos de vida em comum ou com filhos.

Em relação ao direito de meação, a Lei nº 8.971 de 1994 fez com que esta relação fosse inserida na ordem de vocação hereditária. De acordo com o artigo 3º da referida lei, “Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem da atividade que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens” (BRASIL, Lei nº 8.971/94, 1994).

Na meação, o cônjuge, em regra, já tem em vida, o direito do outro, enquanto for vigente a sociedade conjugal. A morte de um dos cônjuges, só põe termo ao estado de indivisão dos bens, no caso do regime de comunhão, permitindo que eles sejam discriminados e individualizados sobre o que incide a metade de cada um. No Código Civil de 2002, o regime de separação final dos aquestos, como prevê o seu artigo 1.672 e seguintes, importa em separação de patrimônio, mas, quando a sociedade conjugal é dissolvida pela morte de um dos seus integrantes, o sobrevivente ficará com a metade dos bens adquiridos pelo casal, na constância do casamento. A meação do cônjuge é inatingível, porque lhe pertence por direito próprio e a ela será anexada a parte que for recebida por herança que lhe couber (PEREIRA, 2015).

O artigo 1.660 do Código Civil de 2002 é taxativo ao delimitar as situações e sob quais condições os bens participarão da meação, seguindo o regime da comunhão parcial de bens:

Art. 1.660. Entram na comunhão: **I-** os bens adquiridos na constância da união por título oneroso, ainda que só em nome de um dos companheiros; **II-** os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior; **III-** os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os companheiros; **IV-** as benfeitorias em bens particulares de cada companheiro; **V-** os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada companheiro, percebidos na constância da união, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão (BRASIL, Lei 10.406, 2002).

Ao fazer uma análise da Lei nº 8.971 de 1994, Francisco Pizzolante citado por Silvio de Salvo Venosa, observa que:

Em coro com a doutrina, a matéria sucessória na união estável é a mais complicada entre tantas outras levantadas por essa lei. Esse diploma, como vimos, restringiu os direitos a que alude, de alimentos, de herança e de meação, aos companheiros com convivência de mais de cinco anos ou com prole. De acordo com

essa lei, para fins de meação, a colaboração não se presumia e deveria ser provada em cada caso. Posteriormente, por força da segunda lei, o companheiro sobrevivente, independentemente do prazo de duração da união estável ou de existência de prole, tornou-se meeiro em relação aos bens adquiridos onerosamente na respectiva convivência (PIZZOLANTE, 1998, p. 119 *apud* VENOSA, 2017).

Verifica-se que, quando se trata da matéria sucessória, o legislador preferiu estabelecer um sistema isolado, no qual o companheiro supérstite não se equipara ao cônjuge ou não se estabelece regras claras para a sucessão. Poderia ter optado por uma união estável equivalente ao casamento, contudo, não o fez (VENOSA, 2017).

Embora, as semelhanças entre casamento e a união estável sejam constitucionalmente reconhecidas, elas restringem-se, apenas, aos elementos essenciais. A aprovação da Lei nº 9.278 de 1996, considera o dispositivo legal mais recente, referente aos direitos dos companheiros na união estável, quando veio a acrescentar o direito real de habitação como direito sucessório, que poderia ter esclarecido esta questão, porém mostrou-se ainda mais confusa, uma vez que, em termos de habitação limitou-se a atribuir direito real ao companheiro com relação ao bem imóvel destinado à residência da família, enquanto esta não constituísse uma nova união (VENOSA, 2017). Para Maria Berenice Dias, esta Lei refere-se a:

Não quantificou prazo de convivência e albergou as relações entre pessoas somente separadas de fato. Além de fixar a competência das Varas de Família para o julgamento dos litígios, previu o direito real de habitação, não reproduzindo o direito a herança e usufruto. Ao gerar a presunção de que os bens adquiridos são fruto do esforço comum, acabou por deslocar o ônus probatório da inexistência da colaboração do par - que pela lei anterior era do companheiro - para aquele que disputar a herança, querendo afastar o direito à meação (DIAS, 1997, p. 2).

Analisando, de forma análoga, pode-se perceber uma evolução em relação à vocação sucessória do cônjuge e do companheiro no sentido de conferir propriedade aos bens transmitidos e, não apenas, sobre os direitos reais que envolvam usufruto e a habitação, já reconhecido pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96. Contudo, o Código Civil de 2002 veio contrariar esses dois dispositivos ao situar o companheiro em uma ordem de vocação hereditária inferior na ausência de descendentes e ascendentes, quando o colocou para concorrer com outros parentes sucessíveis e não mais como herdeiro único, pois, o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 e seguintes, afirmam que, o companheiro só terá direito a herança em sua integralidade, quando não houver parentes sucessíveis. Conclui-se com esse fato, que é um retrocesso injustificável (PEREIRA, 2015).

Destarte, é *mister* afirmar que, tratando-se da divisão patrimonial, deve-se considerar o regime sob o qual esteve presente a união. De acordo com o artigo 1.725 do Código Civil de 2002: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens” (BRASIL, Lei nº 1.725/02, 2002). Ao analisar este dispositivo legal, Silvio Rodrigues afirma que:

Por analogia, adota-se para a união estável o mesmo regime oficial da comunhão parcial de bens. Esta adoção implica em afirmar que os bens trazidos ao universo patrimonial anteriormente à união estável não integram o patrimônio comum (TJRS, Ap. Cív. 70021101415, 19ª CC, Rel. Des. Guinther Spode, julg. 16.10.2007). “Quanto aos efeitos patrimoniais, determina a aplicação, no que couber, do regime da comunhão parcial de bens (art. 1.725), e, assim, os companheiros passam a partilhar todo o patrimônio adquirido na constância da união, como se casados fossem” (RODRIGUES, 2007 *apud* TEPEDINO, 2012, p. 282).

Esta inovação, presente pela forma análoga de interpretar o artigo 1.725 do Código Civil de 2002, deve ser compreendida com ressalvas, pois, de acordo com Gustavo Tepedino:

A natureza do regime de bens se associa ao ato jurídico formal da constituição da família, justificando-se a amplitude de seu espectro de incidência na vida patrimonial dos cônjuges em razão da publicidade derivada do registro do ato matrimonial no cartório competente, em favor da segurança de terceiros. Disso decorre que a união estável invoca a disciplina da comunhão parcial no que concerne exclusivamente à divisão dos aquestos, não já no que tange aos demais aspectos do regime patrimonial atinentes, como, por exemplo, à outorga conjugal para a alienação dos bens (art. 1.647, I, Código Civil) ou para a celebração do contrato de fiança (art.1.647, III). O regime de bens se afigura tipicamente vinculado ao ato-condição solene que deflagra sua validade: o casamento. Daí ter o codificador civil determinado a aplicação do regime de comunhão parcial de bens às uniões estáveis *no que couber*. Deve se limitar, portanto, aos aspectos atinentes à solidariedade que permeia as relações familiares, especialmente no que concerne à divisão do esforço comum (TEPEDINO, 2012, p. 152).

Dessa forma, uma relação amorosa, na qual se busca oficializar por meio da lavratura de um contrato de união estável, consistirá, além das obrigações que este, que por sua natureza gera, na incidência e na amplitude dos direitos entre as partes, no que diz respeito à definição dos regimes e da vida patrimonial, pois a união estável, enquanto um instrumento oficial, irá disciplinar sob quais circunstâncias ocorrerá a divisão do patrimônio adquirido na constância desta. Tepedino afirma que,

À união estável, como entidade familiar, aplicam-se, em contraponto, todos os efeitos jurídicos próprios da família, não diferenciando o constituinte, para efeito de proteção do Estado (e, portanto, para todos os efeitos legais, sendo certo que as normas jurídicas são emanção do poder estatal), a entidade familiar constituída pela conduta espontânea e continuada dos

companheiros, não fundada no matrimônio” (TEPEDINO, p. 407- 408, 2008 *apud* TEPEDINO, p. 152, 2012).

Atualmente existe um tratamento diferente e uma maneira deficiente para lidar com a herança dos companheiros. Situação que, geralmente, não ocorre no casamento. Esta tendência já é analisada pela jurisprudência do Superior Tribunal Federal, que tende a pender para chegar a uma solução. A união estável deve ter em todos os sentidos, os mesmos direitos do casamento. Não há como sobrepor uma instituição sobre a outra. Por isso, a necessidade de se aplicar o artigo 1.829 do Código Civil de 2002 nos assuntos ligados à sucessão dos companheiros e se desvincular do artigo 1.790 deste mesmo Código, considerado por estar repleto de inconstitucionalidade no que tange aos direitos a sucessão. As obscuridades cometidas pela má vontade do legislador são aos poucos esclarecidas pelos novos entendimentos dos tribunais (VENOSA, 2017).

Desta forma, esta pesquisa não pretendeu definir o que está correto e o que está errado, pois analisar o direito de meação entre os companheiros de uma união estável envolve extrema complexidade e divergência, bem como tais situações devem ser tratadas conforme o caso concreto, pois, ainda, existem muitas divergências e dogmas envolvidos dentro da doutrina e da jurisprudência, no que diz respeito a maneira como esses direitos precisam ser interpretados e aplicados<sup>10</sup>. É necessário seu reconhecimento a tutela jurídica, uma vez que, não há o requisito essencial de uma entidade familiar, que não seja, o ânimo de constituir família (CAMARGO, 2014).

---

<sup>10</sup> Ressalta-se que, por determinação do CNJ, não mais é autorizado aos cartórios brasileiros registrar uniões poliafetivas.



## **DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA: entendimentos sobre o direito de meação na união poliafetiva**

Constam-se divergências doutrinárias e jurisprudenciais na forma de analisar as questões ligadas a herança dos integrantes de uma união estável e a necessidade de estender as interpretações do artigo 1.829 do código civil de 2002 para que alcancem os companheiros no que tange os seus direitos na linha sucessória.

Neste sentido, apontam-se alguns acontecimentos e entendimentos de jurisprudências, que suscitaram uma discussão sobre o fato daqueles que constituem uma união estável possuírem os mesmos direitos dos que se casam. Direitos estes, que se estendem aos companheiros de uma União Poliafetiva.

Em maio do ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal por votação unânime, julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 (ADPF) e a Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 4277 (ADI), com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A ADPF atribuía às uniões homoafetivas as mesmas regras e consequências da união estável heteroaferiva (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

No entanto, esta decisão do Supremo Tribunal Federal, não foi específica quanto a possibilidade de conversão da união estável em casamento. Dessa forma, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul manifestou pela inexistência de vedação expressa para que as pessoas do mesmo sexo possam se habilitar para o casamento. Entendimento adotado pela Quarta Turma do STJ/RS (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

Este entendimento afere-se com base na dignidade da pessoa humana, princípio consagrado pela Constituição Federal de 1988, que ao ser interpretado em relação ao uso da sexualidade, deve primar pela imparcialidade, assim como a orientação sexual das pessoas que não deve ser uma forma de excluir as famílias da esfera protetora da justiça (TIZZO; BERTOLINI, 2018).

Neste sentido, Maria Berenice Dias considerava que, um Estado que se intitula Democrático de Direito não pode contrariar seus princípios fundamentais, devendo assegurar e proporcionar a realização das garantias, direitos e liberdades consagradas, atentando para não comprometer sua própria soberania, caso não as atenda (DIAS, 2009).

O cenário que tende a ampliar o conceito de família também levanta discussões acerca da viabilidade de reconhecimento das denominadas Uniões Poliafetivas. Discussão esta, que ganhou maior proporção, quando, em 2012, os meios de comunicação veicularam a notícia de um reconhecimento através de Escritura Pública de uma união entre um homem e duas mulheres, no Município de Tupã, São Paulo (RAMALHO NETO, 2015).

A tabeliã, Cláudia do Nascimento Domingues, responsável pelo caso, explica que, os três indivíduos eram pessoas capazes, viviam em união estável contínua e duradoura e desejavam declarar essa situação publicamente para a garantia de seus direitos. Ao averiguar se existia algum impedimento legal, verificou-se que não. Assim, declarou que, não poderia se recusar a lavrar a declaração, pois, “O tabelião tem a função pública de dar garantia jurídica ao conhecimento de fato” (IBDFAM, 2012).

Na ocasião, a tabeliã também argumentou não haver vedação legal para a referida lavratura e que, esta era autorizada por se amparar nos princípios constitucionais da igualdade, dignidade da pessoa humana e da liberdade. Por isso, não há como negar a juridicidade presente em tal documento para o reconhecimento público. A partir desse fato, o poliamorismo, já existente em movimentos de grupos civis em outros países, culminou com o surgimento de várias posições doutrinárias brasileiras, que passaram a tratar do assunto e, conseqüentemente, também surgiram as divergências entre as posições jurisprudenciais (RAMALHO NETO, 2015).

A oficialização em cartórios ou reconhecimento judicial são fatores imprescindíveis para resguardar direitos civis no caso da dissolução da união ou óbito de um dos indivíduos. A oficialização da união poliafetiva feita por meio de uma escritura pública, possivelmente, foi a primeira a ser reconhecida no país que legitimou a família e estabeleceu regras referentes ao direito patrimonial. Este documento, apesar de não abarcar todos os direitos civis, foi de suma importância para o avanço desta nova configuração familiar (PEIXOTO, 2014).

No dia 6 de outubro de 2015, o 15º Ofício de Notas do Rio de Janeiro oficializou a primeira união entre três mulheres de que se tem notícia no Brasil. A união poliafetiva inclui cláusulas, que dispõe desde a divisão dos bens até decisões que deverão ser tomadas em conjunto, caso uma das três esteja a beira a beira da morte (IBDFAM, 2015).

De acordo com Marcos Alves da Silva, vice-presidente da Comissão de Ensino Jurídico de Família do IBDFAM: “Atualmente, no Brasil, não há como não reconhecer plena vigência ao princípio da pluralidade das entidades, consagrado

no artigo 226 da Constituição Federal de 1988. Ocorre que algumas representações simbólicas têm propensão à permanência (...)” (IBDFAM, 2015). O *caput* do artigo 226 é extremamente significativo, uma vez que, não aborda apenas do casamento em si. Afirma que, a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Essa modificação teve uma adesão por parte da doutrina e da jurisprudência como cláusula geral de inclusão (IBDFAM, 2015).

Nessa perspectiva, verificou-se a possibilidade de uma comparação entre as uniões registradas pelos dois cartórios e os contratos de sociedade de fato que eram feitos entre os casais homoafetivos antes de suas uniões serem consideradas uniões estáveis, considerando que, os contratos obrigacionais não eram por si só suficientes para tutelar estas uniões e nem os direitos provenientes delas. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal ao reconhecer através do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, mostrou o direito de proteger as minorias, relatando que, os instrumentos judiciais criam mecanismos para tutelar novas maneiras para que todos possam ter direitos iguais e não sejam excluídos (PEIXOTO, 2014).

Considerando que, a dignidade humana e a busca da felicidade fundamentam as relações de afeto, o Supremo Tribunal Federal, aceitando a união homoafetiva, rompeu barreiras e iniciou um processo de evolução, que não pode ser interrompido (ALEXANDRE, 2015 *apud* FELL; SANCHES, 2016).

Sob esta ótica, Marcos Alves Silva afirma que:

A família passou a ser reconhecida antes de tudo como um fato social e temos uma cultura excepcionalmente cartorial. A união estável pode ser juridicamente reconhecida como entidade

familiar, independentemente da existência de pacto por instrumento público ou privado. “O que constitui a família atualmente não é uma declaração, nem a formalização deste ato perante um notário [...]” (IBDFAM, 2015).

Conforme o artigo 1.725 do Código Civil: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens” (BRASIL, 2002). Neste sentido, ao reconhecer uma entidade familiar e definir certos direitos dentro da relação que a compõe, abrem-se também, questionamentos sobre o direito do cônjuge e do companheiro, quando se trata da sucessão de bens, pois, em matéria patrimonial, os efeitos provenientes da união estável são semelhantes aos do casamento (CUNHA, 2016).

A jurisprudência pátria tem se posicionado nos assuntos ligados às garantias da companheira e os direitos previstos no âmbito do Direito de Família, principalmente, quando se trata das questões patrimoniais, nos casos de união paralela ao casamento baseado na putatividade, ou seja, na boa fé de uma das partes, quando esta mantém relacionamento público e duradouro com a outra parte considerada impedida de casar (CUNHA, 2016).

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o relator Rui Portanova ao tratar da Apelação Cível Nº 70060165057 da 8ª Câmara Cível faz o seguinte posicionamento acerca do tema:

UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA. PARTILHA DE BENS. MAJORAÇÃO DE ALIMENTOS [...]. A confissão da apelante de que ficou sabendo somente "no processo" que o apelado estava em processo de separação com a esposa do Tocantins, as idas e vindas do réu, a distância entre os estados da federação e o processo de separação do casamento; corroboram a tese de que a apelante não sabia que o réu era casado, vivendo uma "união estável putativa", a qual, em analogia ao "casamento putativo", deve receber as consequências jurídicas similares às da união

estável. Precedentes jurisprudenciais. Partilha de bens. DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DA AUTORA E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO DO RÉU (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70060165057. 8ª Câmara Cível. Rel. Rui Portanova, Julgado em 30/10/2014 *apud* CUNHA, 2016, p. 17).

Desta forma, entende-se que, no relacionamento simultâneo ao casamento ou à união estável, a parte que for considerada inocente terá seus direitos resguardados e poderá pleitear a meação dos bens adquiridos na constância do relacionamento, caso for comprovada, de fato, a dependência econômica do companheiro.

Tal situação poderá ser usada, de forma análoga, ao caso do poliamor, o qual o julgador deve atentar para os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Afetividade, a fim de interpretar e reconhecer os efeitos jurídicos das relações simultâneas, duradouras, em que todas as partes se conhecem e aceitam a relação, em prol da constituição da família, preenchendo as lacunas entre os requisitos para configuração de união estável conforme prever o artigo 1.723 do Código Civil de 2002 (CUNHA, 2016).

Nos assuntos que tratam do tema de direito sucessório, o Supremo Tribunal Federal tem inovado em suas decisões, pois no dia 10 de maio de 2017, o Plenário concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 878694 relacionado ao caso concreto de uma viúva, que foi obrigada a partilhar a herança com três irmãos de seu companheiro falecido, sendo beneficiada.

O julgamento do (RE) 878694 de 10 de maio de 2017 do STF entende ser:

[...] inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, que estabelece diferenças entre a participação do companheiro e do

cônjuge na sucessão dos bens. O (RE) 878694 trata de união de casal heteroafetivo [...]. A conclusão do Tribunal foi de que não existe elemento de discriminação que justifique o tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro estabelecido pelo Código Civil, estendendo esses efeitos independentemente de orientação sexual (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

No julgamento em questão, prevaleceu o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, relator do (RE) 878694, o qual afirmou que: “O código de 2002 foi fruto de um debate realizado nos anos 1970 e 1980, anterior a várias questões que se colocaram na sociedade posteriormente. Portanto, o Código Civil é de 2002, mas ele chegou atrasado relativamente às questões de família” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

De acordo com o STF “O artigo 1.790 do Código Civil Brasileiro pode ser considerado inconstitucional porque viola princípios como a igualdade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e a vedação ao retrocesso” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

Por fim, o (RE) 878694 do STF aprovou a seguinte tese: “É inconstitucional diferenciar o regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime presente no artigo 1829 do Código Civil Brasileiro” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

O companheiro que comprovar a união estável terá direito à metade da herança do companheiro falecido, sendo o restante dividido entre os filhos. Caso não houver descendentes ou ascendentes, a herança é integralmente do companheiro.

Destarte, percebe-se o papel do Judiciário, agindo em cooperação com o Estado para que este cumpra sua função regulamentadora perante a sociedade dentro dos preceitos consagrados na Constituição Federal de 1988. Algo que

precisa cada vez mais ser presente, pois o Judiciário deve assumir a responsabilidade de fazer justiça, oxigenando as regras jurídicas, aplicando conforme a realidade da vida, no entanto, sem deixar de reconhecer os direitos ou impor obrigações quando a questão trazida a julgamento foge daquilo que a sociedade aceita (DIAS, s.d).

Ao fazer uma análise das formas como o judiciário poderá pautar seus entendimentos sobre as questões ligadas a esfera familiar, quando estas não sejam previstas em leis, Carneiro e Magalhães (2013) ressaltam que:

Da mesma maneira que o casamento e a união estável geram efeitos a partir de um contrato, assim também ocorre com o contrato de união poliafetiva. O simples fato de inexistir previsão expressa em lei não se apresenta como impedimento, devendo o caso ser analisado a partir de princípios. Assim sendo, a solução para indivíduos que estejam em uma união poliafetiva seria dirigir-se ao Judiciário para buscar a tutela de seus direitos, até que o Poder Legislativo venha a regulamentar a matéria (CARNEIRO; MAGALHAES, 2013 *apud* FELL; SANCHES, 2016, p. 12).

Portanto, ao fazer uma análise da doutrina e jurisprudência é preciso atentar para um exame detalhado de cada caso em sua forma concreta, para que o direito de família e seus efeitos possam ser aplicados de forma justa. Nesse sentido, quando o julgador estiver diante de uma situação, que envolva o poliamor, deve evitar beneficiar relacionamentos que se constituam pelo mero interesse patrimonial e assegurar a justiça aos relacionamentos sérios, os quais preenchem todos os requisitos essenciais de uma união estável.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Importa inferir que, as constantes mudanças ocorridas na sociedade no decorrer do tempo contribuíram para a renovação no que se refere ao modo de enxergar a família brasileira. Desprezando de um conceito extremamente pautado por valores patriarcais e patrimoniais, o conceito de família ganhou novas vertentes através das entidades familiares, imbuídas, principalmente pelo valor afetivo entres seus componentes.

Não há como negar a existência de novas estruturas parentais e conjugais, que estão se tornando cada vez mais frequentes, como as famílias simultâneas, poliafetivas, multiparentais, coparentais, entre outras. Esses formatos continuarão a existir e a reivindicar seu lugar no meio social, independentemente da permissão do Estado, que não deve interferir nesta evolução, a não ser que seja para proteger aqueles considerados vulneráveis.

Como forma de atender a estas mudanças, a legislação evoluiu no sentido de reconhecer o a união estável como entidade familiar e a ela assegurar os direitos inerentes aos bens de família.

Os cartórios, ao registrarem as uniões poliafetivas, reconhecem que, estas preenchem os requisitos essenciais a se constituir uma união estável e não há previsão legal que impeça os seus integrantes de estabelecerem esta união, uma vez que, estes, estão pautados pela boa fé de uma relação contínua e duradoura.

A jurisprudência inova seus entendimentos quando atribuem direitos a outras entidades familiares constituídas por meio da união estável. Direitos que se estendem aos companheiros no

sentido de garantir a eles, metade do patrimônio compartilhado na constância da união ao invés de torná-los apenas concorrentes a herança na linha sucessória.

É fato que, a doutrina ainda tem se mostrado modesta, sobretudo quando se trata das relações poliafetivas, principalmente quanto aos assuntos ligados aos direitos daqueles que se envolvem neste tipo de relação. Contudo, o direito não pode permanecer oposto à realidade humana, nem se mostrar alheio as situações geradoras de mudanças na sociedade.

É necessário valer-se dos princípios constitucionais e das fontes acessórias do direito para lidar com as transformações sociais e aplicá-las em cada caso concreto conforme suas especificidades. É preciso, também, considerar a forma análoga como os tribunais têm referenciado cada aspecto ligado ao direito sucessório no sentido de definir a divisão dos bens entre companheiros, conforme a situação vivida por eles. Aplicar esta analogia, quando o requisito for a meação dos bens e se esta, estiver ligada aos companheiros envolvidos dentro de uma união poliafetiva é importante.

Fechar os olhos às mudanças sociais e para as garantias dos direitos daqueles que constituem uma união poliafetiva, talvez, seja hipocrisia por parte do legislativo e do judiciário em uma época em que não mais se compete com a sociedade do passado.

Portanto, esta pesquisa procurou apontar uma análise interpretativa dos princípios que embalam o direito de família, os quais poderão servir de base para a defesa daqueles que pretendem construir um tipo de relação pautada no poliamor e reconhecimento da união estável dessa relação.

Ao refletir sobre as relações poliafetivas, a partir do aspecto que envolve o direito de meação entre seus integrantes, procurou-se abrir possibilidades para novas pesquisas que buscam inovar o campo do Direito Civil, para lidar com as mudanças que ocorrem na sociedade atual e nas perspectivas e fundamentos do Direito de Família com a possibilidade do reconhecer uma nova entidade familiar, bem como suas peculiaridades e garantindo aquilo que lhe for de direito. Aspectos como estes, precisam ser reconhecidos e defendidos pelos operadores do direito e aqueles que pretendem seguir na área jurídica. Além disso, reconhecer e respeitar as formações familiares, que fogem dos padrões convencionais de uma formação familiar tradicional, implica em romper com qualquer forma de pré conceito e aceitar, que o direito, enquanto uma ciência, precisa se desprender de conceitos basilares e adequar suas interpretações às evoluções que ocorrem no âmbito social, uma vez que, uma de suas funções é garantir que a sociedade esteja sempre amparada.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Ana Cristina Sousa Ramos. **Famílias paralelas e poliamor: conceito e caracterização.** Direito das famílias e das sucessões: Novas tendências. Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2017.

BOECHAT, Leda Tinoco; CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de. A união poliafetiva: A família na perspectiva sócio histórica e Jurídica. **Revista Científica Interdisciplinar.** São Paulo, v. 3, n. 2, artigo n.10, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17115/2358-8411/v3n2a10>. Acesso em: 07 set. 2017.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406). Acesso em: 23 fev. 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF.** Originária da Ação Declaratória de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), sob n.º 132-RJ. Plenário. Rel. Min Ayres Brito. Brasília, DF, 05 maio 2011. DJe nº 198, de 14 out. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.183.378/RS.** Rel. Min. Luiz Felipe Salomão. Brasília, DF, 25 out. 2011. DJe de 01 fev. 2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201000366638&dt\\_publicacao=01/02/2012](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201000366638&dt_publicacao=01/02/2012). Acesso em: 25 abr. 2018.

BUCHE, Giancarlos. Famílias Simultâneas: O Poliamor no Sistema Jurídico Brasileiro. **Revista Eletrônica OAB Joinville,** Joinville, Ed. 2, Vol. 2, abr./jun. 2011. Disponível em: <http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/78/familias-simultaneas-o-poliamor-no-sistema-juridico-brasileiro/>. Acesso em: 26 fev. 2018.

CAMARGO, Kátia Aparecida de. **O rateio da pensão por Morte nos casos de configuração de Famílias Simultâneas:** uma análise a partir dos precedentes da Justiça Federal. 2014 Faculdade de Direito Monografia (Graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis - SC. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/127587>. Acesso em: 20 mar. 2018.

CUNHA, Danielle Sá Barreto da. **Triação de bens:** uma análise do poliamorismo sob a ótica patrimonial. 20/07/2016 Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/danielle-cunha/artigos/triacao-de-bens-uma-analise-do-poliamorismo-sob-a-otica-patrimonial-2525>. Acesso em: 24 abr. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11ed. rev. Atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2009.

DIAS, Maria Berenice. União homoafetiva: o preconceito e a justiça. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: **Revista dos Tribunais,** 2009. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/44\\_-\\_a\\_fam%EDlia\\_homoafetiva.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/44_-_a_fam%EDlia_homoafetiva.pdf). Acesso em: 15mar. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Efeitos patrimoniais das relações de afeto**. Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família (I). Rio de Janeiro: Livraria Del Rey Editora, In: Repertório IOB de Jurisprudência, nº 15/97, ago/97. Revista AJURIS, vol. 70, pp. 290/294, 1997. Disponível em: [http://www.academia.edu/35478850/Efeitospatrimoniais\\_das\\_relacoes\\_de\\_afeto](http://www.academia.edu/35478850/Efeitospatrimoniais_das_relacoes_de_afeto). Acesso em: 25 mar. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Adulterio, bigamia e união estável**: realidade e responsabilidade. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/pt/uniao-estavel-e-concubinato.dept>. Acesso em: 26 abr. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5. 30 ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

FACCENDA, Guilherme Augusto. **União estáveis paralelas**. 2011. Monografia (Graduação) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Faculdade de Direito. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/31367>. Acesso em: 20 fev. 2018.

FELL, Elizângela Treméa; SANCHES, Jeniffer. Possibilidade de reconhecimento da união poliafetiva como Entidade familiar e suas respectivas implicações perante o Ordenamento jurídico pátrio. **Revista de Direito de Família e Sucessões**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 1 – 19, jul./dez. 2016. Disponível em: [www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/download/1272/pdf](http://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/download/1272/pdf). Acesso em: 12 set. 2017.

IOTTI, Paulo Roberto. União Poliafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida. **Libertas Revista em Pesquisa em Direito**, Ouro Preto, v. 2, n.2, p. 2-30, 2016. Disponível em: [www.periodicos.ufop.br/pp/index.php/libertas/article/view/418](http://www.periodicos.ufop.br/pp/index.php/libertas/article/view/418). Acesso em: 07 set. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DO DIREITO DE FAMÍLIA. **Assessoria de Comunicação do Rio de Janeiro registra a primeira união entre três mulheres 21/10/2015**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5814/Rio+de+Janeiro+registra+a+primeira+uni%C3%A3o>. Acesso em: 25 abr. 2018.

NETO, Jose Ramalho, possibilidade do poliamorismo enquanto direito personalíssimo e a ausência de regulamentação no direito brasileiro. **Revista**

**Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 90 – 105, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/.../G0evJOEYscO4mV5Q.pdf>. Acesso em: 12 set. 2017.

PIOVESAN, Flavia. Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos. **Cadernos de Pesquisa**, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/cp/v35n124/a0435124.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2018.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: direito das sucessões. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. **Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro**. Pensar, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 138-160, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/2279/pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018.

TIZZO, Luis Gustavo Liberato; BERTOLINI, Priscila Caroline Gomes. Das uniões poliafetivas hoje: uma análise à luz da publicização do privado e do acesso à justiça. **Revista Síntese: Direito de Família**, São Paulo, v. 18, n. 105, p. 86-115, dez./jan. 2018. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/117583>. Acesso em: 27 abr. 2018.

VENOSA, Sílvio Salvo, **Direito civil sucessões**. 17 ed. Atlas. São Paulo, 2017.

# DESAFIOS ATUAIS NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO: uma análise sobre a sucessão de bens digitais

*Isabella Alquimim Mendes*

Advogada. Faculdades Integradas do Norte de Minas (FUNORTE).

*Maria Fernanda Soares Fonseca*

Mestre em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Professora e Pesquisadora das Faculdades Integradas do Norte de Minas (FUNORTE).

## Resumo

O direito sucessório, embora já positivado na legislação pátria, precisa ajustar-se à realidade social advinda com a globalização e consequente tecnologia digital. O aumento do uso das ferramentas digitais no dia a dia dos brasileiros é notável o bastante para refletir se as normas vigentes estão adequadas para tal. Prova disso é a possibilidade de aquisição de bens digitais, fazendo comum o acúmulo desse tipo de patrimônio, que embora tenham valor econômico evidente, não possuem existência material, no mundo concreto. A herança digital é uma realidade atual ainda pouco explorada pelas mais modernas doutrinas, e, ainda sem qualquer amparo legal específico que possa definir as regras de transmissão de tais bens. Diante disso, esse artigo aborda desde o contexto histórico da evolução digital, no que tange os bens e patrimônio, sejam eles de valor monetário ou não, as doutrinas e jurisprudências nessa seara, a dificuldade do julgador na ausência de leis que norteiem este tema, a normatização por

analogia na transmissão de bens adquiridos e armazenados em plataforma virtual sob a ótica civil e constitucionalizada e propostas para sanar tal deficiência jurídica. Para desenvolvimento da temática foi utilizada como metodologia a pesquisa bibliográfica, por meio de periódicos, leis, doutrinas e jurisprudências a luz do tema.

**Palavras-chave:** Sucessão. Herança. Bens digitais. Patrimônio digital.

## Abstract

Although inheritance law is already positively regulated in legislation, it must adjust to social reality, with globalization and consequent digital technology. The increased use of digital tools in everyday life is noticeable enough to reflect whether current standards are being applied. Proof of this is the possibility of acquiring digital goods, making it common or accumulated this type of heritage, which still has obvious economic value, has no material found, no concrete world. Digital inheritance is a current reality that is still little explored by the most modern doctrines and yet any specific legal comparison that may define the rules of transmission of these goods. Given this, this article addresses from the historical context of digital evolution, which has no monetary value or not, whether monetary value or not, as doctrines and jurisprudence in this area, a difficulty of the judge in the absence of laws that guide this theme, a standardization by analogy in the transmission of goods purchased and stored on the virtual platform from a civil and constitutional perspective and applications to remedy such legal deficiency. For the



development of the theme was used as methodology of bibliographic research, through periodicals, laws, doctrines and jurisprudences in the light of the theme.

**Keywords:** Succession. Heritage. Digital goods. Digital heritage.

## INTRODUÇÃO

A sociedade se transforma, novas questões surgem a todo tempo, aquilo que podia parecer impossível ou inalcançável, pode passar a ser realidade. E toda essa transformação, tudo aquilo de novo que emerge no meio social deve ser observado por aqueles que trabalham para zelar pelo bom convívio na sociedade. Logo, os olhares do poder legislativo devem sempre estar atentos às realidades sociais, a fim de manter a segurança jurídica.

Dito isso, o presente artigo tem como objetivo trazer a baila uma situação atual, ainda não devidamente amparada no ordenamento jurídico brasileiro, que consiste na possibilidade de sucessão aos herdeiros dos bens deixados pelo de cujus em plataforma virtual. Para tanto, expõe-se o instituto da sucessão normatizado no ordenamento jurídico pátrio, bem a como a necessidade de atualização e adequação deste, buscando alinhar-se na resolução das demandas que podem eventualmente surgir.

A outra face da situação encontra-se ao se tratar do conflito de direitos que envolvem essa transmissão, uma vez que se chocam os dois direitos constitucionalmente amparados: a propriedade do herdeiro e a privacidade do autor da herança.

O termo sucessão dentro do ordenamento jurídico possui o significado de transmissão, que é a possibilidade dos bens de

um sujeito serem transferidos a outrem, a partir do evento morte. Desta feita, o direito sucessório normatizado objetiva, de modo mais específico, justamente essa mudança de titularidade dos bens antes pertencentes ao de cujus agora repassados aos seus herdeiros, em decorrência da morte daquele.

Neste contexto, compreendendo o aumento da aquisição de bens virtuais e tendo ciência do seu valor monetário, chega-se a consideração de que tais bens devem fazer parte do espólio e partilha no direito sucessório. Entretanto, a legislação civil pátria, até então, não possui aplicação específica para as relações sucessórias de bens digitais, exigindo uma interpretação análoga e similar às que tangem bens corpóreos.

Diante da imprevisibilidade legislativa acerca do tema, eis que surge uma insegurança jurídica, tanto no que se refere aos direitos de propriedade dos herdeiros, quanto ao direito constitucionalizado em respeito à garantia da privacidade do autor da herança.

Ante o exposto, no desenvolvimento desse artigo, para melhor organização da abordagem temática, na primeira seção buscase elucidar o histórico e o conceito do direito sucessório, a positivação de tal instituto no ordenamento pátrio juntamente com os elementos que o compõe. Tudo isso exposto segundo posicionamentos históricos e doutrinários, além da legislação vigente.

Na segunda seção os olhares se voltam para a sociedade contemporânea, o enfoque recai sob a globalização da sociedade e conseqüentemente sob a popularização e aumento da aquisição e armazenamento de bens considerados imateriais, aqueles se encontram em plataformas virtuais.

Seguindo, passa-se a terceira seção, na qual será tratado o

conflito de direitos constitucionalmente amparados que a transmissão dos bens virtuais pode desencadear. A referida seção expõe a importância e o aparato legislativo dos direitos de propriedade e de privacidade no ordenamento brasileiro e nos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário, demonstrando, então, que o conflito advindo da omissão legislativa ao se tratar da sucessão, pode munir de ilegalidade o ato de transmissão.

Por último, a quarta seção trata de expor as possíveis soluções buscadas pelos legisladores, uma vez que existem projetos de leis que tramitam no legislativo, tendo como intuito regular a situação aqui tratada, o que torna ainda mais clara a necessidade de adequação legal, muito embora o resultado concreto ainda não tenha sido alcançado.

Com relação à metodologia utilizada, trata-se de uma revisão bibliográfica de natureza básica baseada em doutrinas consolidadas e majoritariamente aceitas. O método de abordagem é qualitativo, pois não há a utilização de recursos estatísticos, mas sim de aspectos teóricos e legais. Quanto ao método de pesquisa utilizado será o dedutivo, uma vez que o raciocínio parte das regras e leis gerais para a aplicação ao caso concreto. Tratando do objetivo, a pesquisa é classificada como exploratória, visto que objetiva ocasionar maior familiaridade com o tema abordado, a fim de aprimorar as ideias sobre a problemática de pesquisa.

## **CONTEXTO HISTÓRICO LEGISLATIVO DO DIREITO SUCESSÓRIO**

Para compreender a proposta central desse artigo, faz-se necessário elucidar o conceito de direito sucessório, sua positividade na legislação pátria, aplicabilidade e também os

elementos que o compõem. Para tal, a seção que se inicia baseia-se em posicionamentos doutrinários consolidados e legislação vigente no que tange as noções introdutórias ao direito hereditário.

Relatos históricos levam a crer que o instituto da sucessão é moldado na sociedade, desde as épocas mais remotas. Como pontua o filósofo francês Montesquieu (2007) os pais sustentarem aos seus filhos é uma obrigação firmada pelo direito natural, entretanto, dar-lhes a sucessão de seus bens após a morte é obrigação do direito civil ou político, portando, necessita de positividade.

No mesmo sentido, aponta Monteiro (1999) que a sucessão de bens pós-morte é ato praticado desde a mais alta antiguidade, uma vez que tal figura jurídica está vinculada à comunidade familiar, consistindo-se, então, em um prolongamento natural, como ele mesmo nomeia.

Rodrigues (2003, p. 14) corrobora a ideia de que o instituto da sucessão é algo que vem da mais alta antiguidade,

A possibilidade de alguém transmitir seus bens, por sua morte, é instituição de grande antiguidade, encontrando-se consagrada, entre outros, nos direitos egípcio, hindu e babilônio, dezenas de séculos antes da Era Cristã.

Ao acompanhar a história da sociedade e do homem, nota-se que com o passar das eras o instituto, que é objeto desta seção, atualmente nomeado como sucessão, fora se desenvolvendo nos moldes das necessidades societárias que se formavam, aderindo e se adaptando as particularidades sociais.

Passando à uma posição jurisdicional e mais apta ao direito positivado no ordenamento pátrio, a sucessão é preceituada por Beviláqua (1983, p. 17) como sendo,

Successão, em sentido geral e vulgar, é a sequência de fenômenos

ou fatos, que aparecem uns após outros, ora vinculados por uma relação de causa, ora conjuntos por outras relações. Na tecnologia jurídica, significa a transmissão de direitos e obrigações de uma pessoa à outra.

Sem pretensão de exaurir o tema, Rizzardo (2009, p. 2) traz em sua obra uma definição subjetiva para o termo,

No seu sentido subjetivo, sucessão vem a ser o direito por força do qual a herança é devolvida a alguém; no conceito objetivo, considera-se como a universalidade dos bens de um defunto que ficam com todos os seus encargos, vale dizer, é o próprio patrimônio objeto da transmissão, equivalendo aí a expressão como sinônimo de herança.

Passando de apenas termos e conceitos, tem-se um instituto que positivado e contantemente aplicado nas relações sociais.

Compreende-se que o instituto da sucessão, dentro do direito civil brasileiro, comporta o significado de transmissão. É a possibilidade que a lei prevê de uma pessoa assumir o lugar de outra, em seus direitos e obrigações, inclusive substituindo a titularidade de seus bens.

Com relação a positivação do instituto da sucessão no sistema jurídico brasileiro, a influência mais forte no processo de positivação do direito sucessório adveio do direito romano, uma vez que tal como se fez necessário crescer na legislação, o direito romano primava pela liberdade do proprietário dos bens em testar, dando a este a oportunidade de escolher a forma como ocorreria a transmissão de seus bens, conquanto que se garantisse aos parentes próximos o direito de percepção da herança intestada (OLIVEIRA, 2009).

É válido ressaltar a importância que o direito canônico também teve para efetiva positivação do direito sucessório na legislação brasileira: seja pela igualação no tratamento das pessoas, ou ainda pela criação do instituto de representação (OLIVEIRA,

2009).

Com esses pilares, surge no Brasil após a Proclamação da Independência, a positivação do direito hereditário com a criação do Código Civil de 1916. O Título III do Livro II tratava dos direitos sucessórios, referidos como direitos reais.

Nas palavras de Colombo (2015, p. 170), eis que se compreende o surgimento da sucessão como instituto jurídico positivado,

No Brasil, a legislação precodificista refletia a legislação reinícola das ordenações e dos alvarás, que refletia uma visão patrimonialista. Com o advento do Código Civil de 1916, estabeleceu-se um diploma com base na sociedade patriarcal.

Ainda nesse viés, Gomes (1961, apud Colombo, 2015, p.170) afirma que com a positivação dos direitos sucessórios na legislação civil em 1916 houve, “no campo do direito hereditário, a preocupação pela estabilidade do grupo familiar ostentada em traços berrantes”.

Segundo o mesmo autor, justifica-se que a legislação tratou da facilitação em conservar o patrimônio dentro do círculo familiar, garantindo aos filhos a porção legítima, o que não extingue a possibilidade do testador em grafar bens em testamento.

Com o passar das décadas houve necessidade de adequação legislativa, na qual atualmente, tais direitos são reconhecidos pela Constituição Federal de 1988, seu artigo 5º, XXII e XXX, e pelo Código Civil de 2002, em quatro Títulos que englobam do artigo 1784 ao 2027.

Entretanto, o ciclo que movimenta a sociedade e faz transformar as suas necessidades e anseios, continua, o que faz caminhar em busca de complementos que supram as lacunas advindas da evolução social.

O reconhecimento e a positivação dos direitos sucessórios trouxeram consigo uma série de termos que os compõe, dentre estes, a herança e o bem.

Diniz (2010, p. 77) define herança como sendo, “o patrimônio do falecido, isto é, o conjunto de direitos e deveres que se transmitem aos herdeiros legítimos ou testamentários”.

No mesmo sentido, Tartuce (2014) também explica a definição de herança, expondo que esta pode ser conceituada como a totalidade bens, sendo estes positivos ou negativos, deixados a partir da morte do sujeito.

Sem a pretensão de exaurir o tema, Venosa (2015, p. 6) explica que, “herança é o conjunto de direitos e obrigações que se transmitem, em razão da morte, a uma pessoa, ou a um grupo de pessoas, que sobrevivem ao falecido”.

Ainda nesse sentido, o autor mesmo autor, completa dizendo que a herança “deve ser vista como o patrimônio do de cujus”. Patrimônio este que, segundo ele, “contém bens materiais ou imateriais, mas sempre coisas avaliáveis economicamente” (VENOSA, 2015, p. 6-7).

Sendo assim, claramente se observa que a universalidade que forma a herança é o complexo de bens deixado pelo de cujus aos seus sucessores.

No que diz respeito aos bens, o doutrinador clássico Beviláguas (1999) ensina em sua obra que bem é tudo aquilo que corresponde e, por conseguinte atende à solicitação dos desejos humanos.

Nesta seara, Lara (2016, p. 17) conceitua bem como sendo, “coisas materiais e imateriais, que possuem um valor que possa ser expresso economicamente”.

A legislação civil, em seu texto, relaciona a palavra bem para

tudo que é de propriedade de alguém, que, para tanto, tem poderes patrimoniais sobre o mesmo. Desta feita, é importante salientar que a materialidade é irrelevante bastando que haja o valor pecuniário estimável.

Após todo o mencionado, clareia aos olhos que a sucessão, algo particado desde os tempos mais remotos, que chegou até a atualidade munida de positivação para melhor atender as demandas.

Contudo, para facilitar a aplicação do instituto, conceitos foram explicitados, dentre eles, o que, para o presente artigo, parece ser o mais relevante, qual seja o conceito de “bem”. Pelo que é ensinado pelos estudiosos juristas, os bens assumem formas corpóreas ou não, podem ser materiais ou imateriais. Dito isso, passamos às exposições sobre os bens adquiridos em esfera virtual.

## **A GLOBALIZAÇÃO E A AQUISIÇÃO DE BENS NA ESFERA VIRTUAL**

A presente seção procura expor a recente e abrangente revolução social no que tange a informatização de propriedades. Para tal, busca-se a apresentação desde o processo de globalização, processo este que coloca a sociedade diante da rede mundial de computadores e é capaz de revolucionar o dia a dia do homem, trazendo para próximo de si inúmeras e, até então desconhecidas permissões, até chegar na possibilidade de criação e armazenamento de bens digitais, objeto central dessa pesquisa.

Dito isso, Santos (2008) traz a baila que desde o fim do século XX, graças aos avanços da ciência, produziu-se um sistema de técnicas presidido pelo uso e transmissão da informação digital,

que fez nascer um elo capaz de unir e assegurar ao novo sistema técnico uma presença universal, levando a reconhecer aquilo que chama-se de sistema globalizado. O autor ainda conclui dizendo, que a globalização é o fator principal e se encontra no ápice do processo de internacionalização do mundo capitalista.

Partindo desse pressuposto, a globalização constituiu força tecnológica suficiente para internacionalizar dados e informações a partir de um sistema único e capaz, a internet.

Criada em cenário de guerra, a internet foi idealizada por Paul Barn, com a finalidade de manter a comunicação militar entre os centros de ataque, a partir da movimentação de dados de forma inteligente, escolhendo o melhor caminho, tornando a transmissão mais rápida e segura. Desde então a rede evoluiu aumentando seu alcance e possibilidades de acesso (DUMAS, 2014)

No Brasil a rede foi inserida em 1989 pelo Ministério da Ciência e Tecnologia do Governo Federal, mas só se popularizou a partir de 1995, quando passou a atingir também o público comum, deixando de ser uma ferramenta unicamente para pesquisa e passando a integrar-se ao dia a dia da população brasileira (INSTITUTO TAMIS, 1997).

O aumento da tecnologia, bem como a popularização do uso da internet trouxe aos brasileiros uma nova realidade, onde se mudou o jeito de saber as notícias, de se fazer compras, surgindo novos meios de entretenimento, de estudo e de comunicação. Nesse sentido, afirma Bertasso (2015, p. 29),

As grandes inovações tecnológicas e um acesso generalizado à Internet deram início a um novo estilo de vida: a vida digital. Esse novo estilo resultou na digitalização dos dados de negócios, da vida social e das riquezas.

A partir dessa inovação social, as mudanças no cotidiano das pessoas foram claras, conforme aponta Pinheiro (2013, p. 42-43),

O arquivo original não é mais o papel, mas o dado, que deve ser guardado de modo adequado à preservação de sua autenticidade, integridade e acessibilidade, para que sirva como prova legal. Nessa nova realidade, a versão impressa é cópia, e as testemunhas são as máquinas. [...] Logo, no decorrer de nossas vidas fomos educados nos conceitos de „certo“ e „errado“, dentro dos valores sociais estabelecidos e das normas vigentes. No entanto, a tecnologia trouxe novos comportamentos e condutas que precisam de orientação e treinamento para poderem estar também alinhados com os mesmos preceitos que já aprendemos, garantindo assim a segurança jurídica das relações.

Notável é que na medida em que o mundo dos negócios foi se globalizando e a Internet cada vez mais intensa, iniciou-se um crescente espaço digital de contínua produção. E é exatamente nesse cenário que surgem os bens digitais, cada vez mais ganhado peso no conjunto das transações econômicas em todo o mundo (BOSSOI, 2015)

Importante salientar, que no que tange ao crescente número de adeptos à essa globalização uso das ferramentas virtuais, pontua Correia (2016, p. 49),

O número de internautas só cresce com o tempo, e passaram a agregar ao patrimônio destes outros bens, digitalizando fotos, documentos, publicando textos, recados em redes sociais, adquirindo e-books, cursos online, músicas, filmes, revistas digitais, artigos em PDF, softwares, entre outros do mundo digital.

Apesar de cada vez mais comuns, tais patrimônios supracitados são munidos de um diferencial: enquanto na maioria dos bens se é apresentada a característica da materialidade, sendo estes considerados corpóreos e existentes no mundo exterior, os bens

adquiridos e armazenados de forma virtual perdem essa possibilidade de existência física.

No entender de Lara (2016, p. 22),

[...] bens digitais são instruções traduzidas em linguagem binária que podem ser processadas em dispositivos eletrônicos, tais como fotos, músicas, filmes, etc., ou seja, quaisquer informações que podem ser armazenadas em bytes nos diversos aparelhos como computadores, celulares e tablets.

Ainda sobre o tema, Emerenciano (2003, p.83) traz,

Os bens digitais, conceituamos, constituem conjuntos organizados de instruções, na forma de linguagem de sobre nível, armazenados em forma digital, podendo ser interpretados por computadores e por outros dispositivos assemelhados que produzam funcionalidades predeterminadas.

Conforme acima pontuado, não há o que rebater ao se falar que os bens considerados digitais são incorpóreos, existindo apenas nas plataformas virtuais, entretanto esta imaterialidade não é fator decisivo na apuração de valor econômico atribuído a tais bens.

Partindo dos apontamentos feitos por Barreto e Nery Neto (2016), quaisquer arquivos ou serviços comprados pelo indivíduo por meio de um provedor de serviço online, são economicamente valoráveis. E tudo que tem valor econômico apurável é considerado patrimônio do adquirente.

Ainda nesse mesmo tema de bens virtuais, Bossoi (2015, p. 86) explica que,

[...] os Bens Virtuais, em suas espécies, detêm um feixe de direitos consubstanciados nas faculdades de usar, fruir, dispor e reivindicar, traduzindo-se no direito de propriedade sancionado às espécies tradicionais.

Paulo e Alexandrino (2014, p.153), completam dizendo que “o direito de propriedade assegurado na constituição como direito fundamental abrange tanto os bens corpóreos quanto os

incorpóreos”.

Dito isso, resta claro que os bens adquiridos e armazenados nos meios informatizados, dos quais seja possível a apuração de valor pecuniário devem integralizar ao patrimônio da pessoa adquirente e/ou proprietária.

A grande questão nasce no dado momento em que se encerra a vida desse proprietário de bens digitais. Na ausência de testamento ou outro meio que possibilite o acesso a tais bens, os sucessores encontram-se desamparados quanto a transmissão destes. Sendo bem possível que tais propriedades sejam meramente ignoradas e não integralizadas ao espólio do de cujus.

Diante desse cenário, emerge uma nova realidade no sistema judiciário brasileiro - a herança digital, que deve ser tratada exatamente nos moldes que a legislação prevê para o instituto da sucessão, o que muda aqui são só os bens a serem transmitidos.

Nesse sentido Lara (2016, p.98), pontua sobre a transferência dos bens virtuais,

Pois com os bens digitais o direito de propriedade se transfere da mesma forma, porém, o inventário, ou seja, a busca por esses bens, requer um mínimo de conhecimento técnico na área de informática. Requer ainda uma legislação que se adequa aos novos tempos e regulamente a atuação das empresas que comercializam esses bens digitais, de forma que essas empresas não impeçam o acesso dos sucessores ao patrimônio digital deixado pelo de cujus.

Porém, mesmo havendo a convicção da popularização dos bens digitais, a possibilidade de levantamento do seu valor patrimonial, bem como a sua integralização no espólio, depara-se com tamanha insegurança jurídica, visto que a legislação pátria ainda é omissa nesse sentido, se fazendo necessário o uso

da analogia de forma expansiva e sistemática para a aplicação do judiciário. (COSTA FILHO, 2016).

Na aplicação da analogia direitos constitucionais podem ser afetados, gerando um provável conflito de direitos.

## **A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA HERANÇA DIGITAL: propriedade e privacidade**

Como outrora exposto, a aquisição, bem como o armazenamento de bens em plataformas digitais é uma realidade social, porém há uma série de questões a serem observadas pela legislação. Uma dessas é o possível conflito que pode ser desencadeado com a sucessão destes, uma vez que poderão entrar em combate o direito de propriedade do sucessor com o direito de privacidade do autor da herança, e é disso que tratará a seção que se inicia.

O direito de propriedade encontra-se assegurado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXII, que declara “é garantido o direito de propriedade”. Seguindo o texto constitucional, no seu artigo 170, II, a Carta Magna enumera a “propriedade privada” como sendo princípio fundamental da ordem econômica do país.

Tal direito também se positiva na Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu artigo XVII, que assevera que “todo ser humano tem direito à propriedade só ou em sociedade com outros”, e ainda determina que “ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade”.

Já o Código Civil Brasileiro não define ou aponta tal direito, mas reproduz a ideia central que envolve a propriedade. Em seu artigo 1.228, o dispositivo assevera que: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-

la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”, logo a lei civilista reafirma o que foi apontado na Constituição Federal, garantido o proprietário todos os direitos sobre a coisa.

Partindo à uma projeção mais conceitual, segundo Venosa (2015, p. 288) temos,

É o direito de propriedade o mais amplo direito real, ao lado dos demais, como as servidões, o usufruto, os direitos reais de garantia (penhor, hipoteca). O Direito real é uma faculdade, que pertence a uma pessoa, com exclusão de qualquer outra, incidente diretamente sobre uma coisa determinada, oponível erga omnes, isto é, perante todos.

Pelas palavras de Diniz (2010, p. 106) o direito à propriedade se refere, “Ao direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente a detenha”.

Ante ao exposto, válido é ressaltar que em épocas passadas a propriedade privada era vista como direito absoluto e oponível a toda e qualquer pessoa que não respeitasse o domínio do proprietário. Atualmente, no âmbito do direito constitucional positivado, não é mais cabível essa concepção da propriedade como direito absoluto, uma vez que tal direito deve estar voltado a atender a sua função social, como a própria Constituição Federal prevê.

Passando ao direito da privacidade tem-se que este é assegurado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, X, que tratou de proteger a privacidade assim assegurando que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Tratados internacionais como a Declaração Universal dos

Direitos Humanos e o Pacto de São José da Costa Rica, dos quais o Brasil é signatário, também elucidam tal direito, afirmando que toda pessoa tem direito ao respeito a sua honra, reputação e dignidade.

Além disso, o direito à privacidade é reconhecido também pelo Código Civil, em seu artigo 21, que ensina que: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Voltando os olhares para o que ensina a doutrina, tem-se que a privacidade pode ser conceituada, conforme Mendes e Branco (2017), como sendo o resultado da exigência que o indivíduo tem de se encontrar na solidão naquilo em que queira. De modo geral, segundo os mesmos autores, o direito à privacidade tem por característica básica a pretensão de estar separado de grupos, mantendo-se livre da observação de outras pessoas. Desse modo, os autores terminam afirmando que o direito à privacidade, em seu sentido mais estrito, reflete à pretensão do indivíduo de não ser foco da observação por terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros ou ao público em geral.

Conclui-se, então, que a privacidade é o direito que o indivíduo tem de manter oculta para todos os outros as atividades das quais não queira tornar pública, a fim de resguardá-las somente para si, por motivos próprios e particulares.

Como o direito de propriedade, a privacidade também não é absoluta, podendo ser “violada” a partir de um interesse maior.

Deve-se salientar que, a tutela da privacidade também abrange os falecidos, visto que embora finde os direitos a personalidade, o direito a honra e a boa fama permanecem. (TEIXEIRA; DE

PAULA, 2017).

Pelo que até então exposto se é fácil compreender que ambos os direitos aqui tratados são de suma importância para a efetivação da dignidade da pessoa humana. Entretanto, tais direitos sofrem com a possibilidade de conflito quando trata-se da sucessão, pós morte, de bens armazenados em plataforma digital.

Na era digital, como já elucidado na presente pesquisa, os bens digitais são cada vez mais comuns. Inevitável se faz, então, a transmissão de tais bens após a morte daquele que detém sua propriedade. Todavia, pelas particularidades que possuem tais bens, não raras vezes estes estão munidos de informações de cunho particular, podendo ser bruscamente ferido o direito a privacidade do de cujus.

Assim instiga Lima (2013, p. 34), ao tratar da privacidade após a morte,

Em paralelo à questão das posses, existe outro aspecto que deve ser levado em consideração: a privacidade. Se uma pessoa morrer, os herdeiros têm direito a abrir a caixa de e-mail, como algumas decisões já autorizaram?

Observa o mesmo autor que, “diante do excesso de exposição no ambiente digital, é importante pensar na imagem e reputação pós-morte” (LIMA, 2013, p. 35).

Ante ao exposto, conforme Franco (2015), a possível solução consiste na importância da declaração de última vontade, onde o autor da herança constasse suas recomendações sobre o tratamento de seus perfis em redes sociais, bem como da sua herança digital, assim haveria uma melhor orientação dos sucessores quanto ao recebimento de tais bens.

Contudo, não se é possível “exigir” do cidadão que aja por conta própria buscando promover a segurança jurídica no que



diz respeito à direitos positivados pela legislação. O mais plausível seria a própria legislação que positivou o direito dar-lhe a possibilidade de efetivação na realidade fática social.

Para tanto se faz necessário uma atualização normativa, voltada especificamente para o modo de vida cotidiana da sociedade brasileira, para, a partir disso, adequar as normas legais para proporcionar a segurança jurídica necessária para efetivar os direitos individuais.

## **A OMISSÃO JUDICIÁRIA E OS PROJETOS LEGISLATIVOS**

A seção que se inicia almeja apresentar a omissão legislativa, dantes exposta nesse artigo, no que tange a sucessão de bens armazenados em plataforma virtual, tendo por finalidade buscar e expor os projetos de leis que já foram propostos e tramitam nas casas legislativas nacionais.

Conforme já mencionado a aquisição e armazenamento de bens virtuais é uma realidade fática, se fazendo necessário que os legisladores voltem olhares para este ponto, tratando de regulamentar a situações que envolvem tais bens, principalmente no que tange a sucessão destes, e assim garantir, tanto ao sucessor quanto aos sucessores, a segurança jurídica nessa relação jurídica que envolve da transferência do patrimônio, os direitos de personalidades do autor da herança.

Como menciona Silva (2015, p. 2), ao tratar na omissão legislativa sobre a herança digital

Em nosso país, não temos nenhuma norma que regulamente este tipo de assunto, e conseqüentemente algumas discussões têm surgido no que diz respeito à sucessão dos já mencionados bens virtuais.

Diante dessa imprevisibilidade legislativa acerca do tema e das

discussões que isso tem desencadeado, como mencionado, projetos de lei foram propostos e já tramitam nas casas legislativas do nosso país, sendo que o primeiro deles foi o projeto nº 4.099 de 2012, proposto pelo Deputado Federal Jorginho Mello do Partido da Social Democracia Brasileira, que pode ser consultado pelo site oficial da Câmara Legislativa, e visa alterar o Código Civil Brasileiro, acrescentando parágrafo único ao artigo 1.788 do referido código, conforme segue,

PROJETO DE LEI Nº 4.099, DE 2012 (Do Sr. Jorginho Mello).  
Altera o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “institui o Código Civil”.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º. Esta lei altera o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “institui o Código Civil”, a fim de dispor sobre a sucessão dos bens e contas digitais do autor da herança.

Art. 2.º. O art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 1.788. ....

Parágrafo único. Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança.”

Art. 3.º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação. (PL 4900/12, p.1)

O Deputado Federal deu a seguinte justificativa para a propositura do projeto de lei,

O Direito Civil precisa ajustar-se às novas realidades geradas pela tecnologia digital, que agora já é presente em grande parte dos lares.

Têm sido levadas aos Tribunais situações em que as famílias de pessoas falecidas desejam obter acesso a arquivos ou contas armazenadas em serviços de internet e as soluções tem sido muito díspares, gerando tratamento diferenciado e muitas vezes injustos em situações assemelhadas. É preciso que a lei civil trate do tema, como medida de prevenção e pacificação de conflitos

sociais.

O melhor é fazer com que o direito sucessório atinja essas situações, regularizando e uniformizando o tratamento, deixando claro que os herdeiros receberão na herança o acesso e total controle dessas contas e arquivos digitais. Cremos que a medida aperfeiçoa e atualiza a legislação civil, razão pela qual conclamamos os Nobres Pares a aprovarem esta proposição (PL 4900/12, p. 1-2).

Em suma, o parlamentar dispõe sobre sua intenção em facilitar o processo da herança digital, a fim de oferecer segurança jurídica às ações que envolvem o direito sucessório desse tipo de bens.

O referido projeto legislativo, desde a sua propositura em 2012, já passou pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, onde foi aprovado, seguindo em outubro de 2013 para a apreciação do Senado Federal, por meio do Of. nº 291/13/PS-GSE, onde está, desde então, aguardando apreciação dos senadores.

Nesse mesmo sentido, também o ano de 2012, foi proposto um segundo projeto de lei. Dessa vez, quem propôs foi o então Deputado Federal pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro, Marçal Filho.

O projeto nº.: 4.847/2012, que está publicado no endereço eletrônico oficial da Câmara legislativa, veio com a intenção de alterar do Código Civil, acrescentado o Capítulo II-A e os artigos 1.797-A a 1.797-C, conforme mostra,

PROJETO DE LEI Nº 4847, DE 2012 (Do Sr. Marçal Filho).

Acrescenta o Capítulo II-A e os arts.1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º - Esta Lei estabelece normas a respeito da herança digital.

Art. 2º Fica acrescido o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com a seguinte

redação: Capítulo II-A -

Da Herança Digital

“Art. 1.797-A. A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes:

I – senhas;

II – redes sociais;

III – contas da Internet;

IV – qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido.

Art. 1.797-B. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos.

Art. 1.797-C. Cabe ao herdeiro:

I - definir o destino das contas do falecido;

a) - transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e mantendo apenas o conteúdo principal ou;

b) - apagar todos os dados do usuário ou;

c) - remover a conta do antigo usuário.”

Art. 3º - Esta lei entrará em vigor na data da sua publicação (PL 4847/12, p. 1-2).

Diante a propositura do projeto legislativo, o então parlamentar se justificou nas seguintes palavras,

Tudo o que é possível guardar em um espaço virtual – como músicas e fotos, passa a fazer parte do patrimônio das pessoas e, conseqüentemente, da chamada “herança digital”. O Caderno TEC da Folha de S. Paulo trouxe uma reportagem sobre herança digital a partir de dados de uma pesquisa recente do Centro para Tecnologias Criativas e Sociais, do Goldsmiths College (Universidade de Londres). O estudo mostra que 30% dos britânicos consideram suas posses on-line sua “herança digital” e 5% deles já estão incluindo em testamentos quem herdará seu legado virtual, ou seja, vídeos, livros, músicas, fotos e emails. No Brasil, esse conceito de herança digital ainda é pouco difundido. Mas é preciso uma legislação apropriada para que as pessoas ao morrerem possam ter seus direitos resguardados a começar pela simples decisão de a quem deixar a senha de suas contas virtuais e também o seu legado digital.

Quando não há nada determinado em testamento, o Código Civil prioriza familiares da pessoa que morreu para definir herdeiros. Dessa forma, o presente Projeto de Lei pretende assegurar o direito dos familiares em gerir o legado digital daqueles que já se foram.

Ante o exposto, esperamos contar com o apoio de nossos ilustres Pares para a aprovação deste projeto de lei (PL 4847/12, p. 2).

De forma resumida, Marçal Filho se justifica na abrangente evolução no que tange a herança digital no Brasil e no mundo, afirmando, então, que se faz necessário uma legislação apropriada para garantir segurança jurídica à sucessão de bens digitais.

A proposta em questão passou pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados em 2013, onde foi apensada ao projeto de lei de Jorginho Mello. No mesmo ano, a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados arquivou o projeto legislativo, se justificando nos termos do artigo 163 cominado com o artigo 164, § 4º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que diz que serão definitivamente arquivados pelo Presidente da Câmara todos os projetos que sejam considerados prejudicados conforme o regulamento. Ainda em 2013, o então parlamentar apresentou reclamação requerendo a elucidação da decisão pautada no regulamento interno. Entretanto, no ano seguinte, a Coordenação de Comissões Permanentes deu por arquivado o projeto de lei nº.:4.847 de 2012.

Do mesmo modo, foram realizadas buscas por jurisprudências, tanto nos tribunais superiores, quanto na primeira instância, no poder judiciário brasileiro, contudo, decisões judiciais que envolvam o tema sob a perspectiva que aborda essa pesquisa não foram encontradas.

Com isso, reafirma-se a concepção de que tal tema é,

indiscutivelmente, muito recente, e, possivelmente, não tratado com a seriedade e importância que merece. A ausência de decisões especificadamente sobre bens digitais, far-se-á nascer a ideia que os referidos bens estão sendo simplesmente descartados da herança, ou que os mesmos estão sendo tratados como se corpóreos fossem, sendo as estes aplicados a regras gerais do Código Civil, sem elevar as peculiaridades que os envolvem.

Ante o exposto, há de se afirmar que a insegurança jurídica já é constatada e as providências começam a brotar, mas, resultados concretos ainda não foram alcançados, seja pela falta de celeridade das casas legislativas, seja pelo desinteresse no assunto, que embora de suma importância, não é levantado pelos representantes do povo.

Qualquer que seja o motivo, nada pode ser capaz de justificar a insegurança jurídica frente à uma realidade constata. O cidadão não pode ser colocado diante de incertezas jurídicas em matéria que além de envolver o patrimônio de indivíduos, envolve também os direitos de personalidade daquele que já é falecido.

Neste sentido, finaliza-se usando dos ensinamentos de Canotilho (2003, p.252) ao tratar da segurança jurídica no Estado de Direito,

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito.

Dante ao exposto pela seção e aplicando sob todo o trazido anteriormente, compreende-se que é real a necessidade de adequação legislativa, e que os olhos daqueles que criam as normas já se voltaram a essa realidade. Porém, a segunça

jurídica só existe a partir da efetivação. As normas propostas, só serão aplicáveis, após a devida tramitação e consequente efetivação das mesmas. Até que isso ocorra, a insegurança jurídica prevalece.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O instituto da sucessão, embora antigo e com sua instituição regulamentada de forma específica na legislação positivada, passa por mais um desafio, que é se ajustar a realidade globalizada, na qual bens imateriais se tornam cada vez mais comuns.

Como já exposto no desenvolvimento desse artigo, o direito civil por seu diploma positivado prevê as possibilidades e regula a forma de como os bens do indivíduo são transmitidos após a sua morte. No entanto, a sociedade está em constante desenvolvimento e mutação que demanda, em certa medida, o devido acompanhamento por parte da legislação. Na atualidade passa-se por um processo de globalização, onde a informatização por meios tecnológicos invade o dia a dia de toda uma nação, tornando cada vez mais comum o acesso aos meios digitais.

Com esse acesso as pessoas mudaram seus hábitos, buscando facilitar ou até reformar seus costumes em atitudes corriqueiras. Exemplos disso são, o modo como as pessoas hoje trocaram os jogos de tabuleiro por jogos eletrônicos; ao invés de mandar cartas, mandam e-mails; até a ligações se tornam incomuns para dar lugar à troca de mensagens instantâneas.

Diante de tal informatização, outro campo também atingido, foi a área de consumo, sendo que livros, músicas, vídeos,

programas, aplicativos, jogos, dentre uma infinidade de outros bens imateriais, são diariamente adquiridos pelas pessoas, que mantêm tais bens armazenados nas plataformas online ou em seus aparelhos de acesso.

Quanto à aquisição de tais bens, esta ocorre, na grande maioria das vezes, pelo pagamento pecuniário, logo, é indiscutível que tais bens são munidos de valor econômico, embora a imaterialidade possa, em muitos casos, desfigurar essa valoração.

O ponto central de discussão desse artigo assenta sobre a sucessão de bens digitais, sendo notório que estes possuem uma série de particularidades, não sendo tão simples a aplicação das normas comuns em casos específicos. Diante disso, se faz necessária a atualização legislativa voltada a atender as individualidades desses bens, garantindo a inclusão destes na herança e a sua transmissão de modo seguro e legal.

Ao tratar dessa adequação legal, os legisladores devem voltar os olhares de maneira atenta tanto ao âmbito civil, para tratar de normas regulamentadoras da transmissão, quanto na seara constitucional, a fim de garantir que os direitos assegurados pela Carta Magna não serão atingidos ou desrespeitados.

Buscando zelar pela segurança jurídica, projetos de leis já foram propostos, e que apresentam plausíveis soluções quanto à sucessão da herança digital, entretanto, estes, desde a época de sua propositura (há mais de cinco anos), permanecem sem produzir efeitos à realidade fática e concreta pois apenas tramitam pelas casas legislativas, sem tornarem-se lei.

Diante de todo o exposto, o presente artigo se encerra acreditando ter demonstrado as questões que circundam o instituto da sucessão, expondo sua positivação, aplicação, e a

necessidade de sua adequação à realidade social, buscando sempre a segurança jurídica em todos os âmbitos do direito, garantindo aos jurisdicionados que bens, materiais ou imateriais, podem ser adquiridos de forma segura e que os mesmos serão legalmente transmitidos.

## REFERÊNCIAS

BARRETO, Alexandre Gonçalves; NERY NETO, José Anchiêta. Herança Digital. **Revista Eletrônica Direito e TI**, Porto Alegre, 2016. Disponível em: <http://direitoeti.com.br/artigos/heranca-digital/>. Acesso em: 28 mar. 2018.

BERTASSO, Bruno de Matos. **Bens Digitais em Serviço de Computação em Nuvem e Direito de Sucessão**. 2015. 67 f. Monografia (Graduação em Ciências da Computação). Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <http://bdm.unb.br/handle/10483/11139>. Acesso em: 01abr. 2018.

BEVILÁQUA, Clovis. **Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983.

BOSSOI, Roseli A. Casarini. **Os Bens Virtuais e o Direito de Propriedade**. 2015. 167 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito). Centro Universitário Eurípides De Marília, Marília, 2017. Disponível em: <http://aberto.univem.edu.br/handle/11077/1622>. Acesso em: 01 abr. 2018.

BRASIL. **Código Civil de 1916**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1º jan. 1916. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Diário Oficial da União, Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm). Acesso em: 03 abr. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed.. São Paulo: Almedina, 2003.

COLOMBO, Cristiano. Sociedade digital e os novos rumos do direito sucessório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 33, p. 157-176, 2015.

CORREIA, Janaína Gonçalves. Herança Digital: sucessão de bens digitais na ausência de testamento. **Revista Científica da Escola de Direito**, Natal, Universidade Pontiguar, 2016. Disponível em: <https://repositorio.unp.br/index.php/juris/article/view/1552/924>. Acesso em: 27 mar. 2018.

COSTA FILHO, Marco Aurélio de Farias. **Herança Digital**: valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. Recife, n. 9, p. 187-215, 2016. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/152/143>. Acesso em: 01 abr. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol. 6.

DUMAS, Véronique. **A Origem da Internet**: A história da rede de computadores criada na Guerra Fria que deu início à Terceira Revolução Industrial. Scientific American Brasil: Editora Segmentos, 2014.

EMERENCIANO, Adelmo da Silva. **Tributação no Comércio Eletrônico**. São Paulo: Thomson Iob, 2003.

FILHO, Marçal. **Projeto de Lei nº. 4847, de 2012**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, , que "institui o Código Civil". Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56339>. Acesso em: 10 abr. 2018.

FRANCO, Eduardo Luiz. **Sucessão nas redes sociais**: tutela jurisdicional dos dados on-line do de cujus. 2015. 71 f. Monografia. (Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2015. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/158933/TCC\\_final.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/158933/TCC_final.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 03 abr. 2016.

INSTITUTO TAMIS. **Popularização da Internet**: introdução ao uso de correio eletrônico e web. São Paulo: RNP- Rede Nacional de Pesquisa, 1997. Disponível em: [https://memoria.rnp.br/\\_arquivo/documentos/ref0186.pdf](https://memoria.rnp.br/_arquivo/documentos/ref0186.pdf). Acesso em: 27 mar. 2018.

LARA, Moisés Fagundes. **Herança Digital**. 1. ed. Porto Alegre: Edição do Autor, 2016.

MELLO, Jorginho. **Projeto de Lei n.º 4.099, de 2012**. Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "institui o Código Civil". Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>. Acesso em: 10 abr. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 1999. Vol. 6.

MONTESQUIE, Charles Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. Tradução: Jean Melville. Editora Martin Claret: São Paulo, 2007.

OLIVEIRA, Euclides. **Direito de Herança**: a nova ordem da sucessão. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 12. ed. São Paulo: Método, 2014.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: direito das sucessões. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. 7.

SANTOS, Milton. **Por Uma Outra Globalização**: do pensamento único à consciência universal. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2008.

SILVA, Melina P. Ruas. **Herança Digital**. 2015. 7 f. Encontro de Iniciação Científica. Toledo Prudente Centro Universitário, Presidente Prudente, 2015. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/4872>. Acesso em: 10 abr. 2018.

TATURCE, Flávio. **Direito Civil**: direito das sucessões. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2014. Vol. 6.

TEIXEIRA, Alumara Diniz; PAULA, Roberto de. **Direito ao Esquecimento em Herança Digital**. **Judicare**, v. 11, n. 1, p. 31-47, 2017. Disponível em: <http://www.ienomat.com.br/revista2017/index.php/judicare/article/view/19>. Acesso

em: 03 abr. 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. 15. ed. v. 7. São Paulo: Atlas, 2015.

## **DIREITO E BREJO DOS CRIoulos: movimentos da luta pela regularização das terras quilombolas no norte de Minas Gerais**

*Jamyla Pereira dos Santos*

Advogada. Faculdades Integradas do Norte de Minas (FUNORTE).

*Filomena Luciene Cordeiro Reis*

Doutora em História Social pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Professora e Pesquisadora das Faculdades Integradas do Norte de Minas (FUNORTE).

### **INTRODUÇÃO**

A pesquisa pensou, em especial sobre as comunidades quilombolas e a necessidade do seu reconhecimento e regulamentação através da auto definição dos próprios membros da comunidade estabelecida por lei. Portanto, a abordagem sobre a regularização de terras quilombolas da comunidade de Brejo dos Crioulos, nosso objeto de estudo, teve por finalidade analisar a sua luta judicial com os ex-proprietários e o poder público á título de fazer valer seus direitos. Nesse sentido, esse estudo foi de relevância social, pois tratou dos direitos quilombolas caracterizados por suas especificidades históricas, antropológicas e territoriais.

A discussão acerca desta temática objetivou trazer contribuições valiosas para a sociedade, norteadas por pessoas que se depararam com situações semelhantes, bem como os aplicadores do direito. Esse debate na sociedade possibilita o sistema jurídico analisar com outros olhos esta problemática e regulamentar tais direitos, verificando resoluções equilibradas e harmônicas sem lesionar nenhuma das partes envolvidas,

sobretudo os quilombolas. Concernente a essa questão, a legislação brasileira objetiva e assegura o direito a propriedade as comunidades negras rurais dotadas de relações territoriais específicas dadas pelo amparo legal no artigo 68 da Constituição Federal de 1988 (INSTITUTO DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRARIA, 2017).

A missão de regularizar os territórios quilombolas foi atribuída ao Instituto de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) em 2003, com a promulgação do decreto nº 4.887/03, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos.

A questão jurídica da propriedade quilombola fomenta várias dúvidas. Na presença das disposições legais transcritas e dos entendimentos jurisprudenciais, o direito à propriedade quilombola é compreendido como um direito originário. Para a titulação das comunidades faz-se necessário o procedimento de desapropriação e subsequente á identificação das terras, gerando indenização na hipótese de propriedade particular anterior. Regularizar as terras quilombolas significa minimizar diversos problemas de infraestrutura e qualidade de vida como habitação, escassez de água, instalações sanitárias inadequadas, meios de transportes ineficientes e escassos e postos de saúde nas comunidades com pouco atendimento disponível.

Portanto, cabe ao poder público, o dever constitucional de estabelecer programas específicos de regularização fundiária para assentamento e preservação da comunidade e da cultura quilombola, por isso, há a necessidade de definição pelo Estado dos parâmetros e limites de sua política pública de regularização fundiária das terras quilombolas, com respeito ao

princípio da proporcionalidade sob pena de descumprimento da norma constitucional.

Historicizar o quilombo de Brejo dos Crioulos, se fez necessário, bem como analisar e verificar os procedimentos do processo administrativo para a identificação, reconhecimento, delimitação, desinstrução, titulação e registro das terras ocupadas pelos remanescentes quilombolas e, também averiguar as reparações de injustiças históricas e culturais sofridas.

Essa temática – regularização de terras quilombolas - colaborou, igualmente, com debates acadêmicos, incentivando o sistema jurídico brasileiro a tomar providências a respeito dessas questões tão polêmicas na sociedade. Por isso, sua relevância cultural e jurídica, pois houve a possibilidade de orientação para a sociedade em relação como agir diante dessa situação ou quais decisões tomar em momentos de conflitos de terra.

Para a pesquisa utilizou-se de uma abordagem qualitativa, através de estudos bibliográficos, por meio de artigos científicos, legislações, doutrinas, jurisprudência, referencial teórico e dados estatísticos de instituições nacionais e decisões de tribunais brasileiros para o direito de propriedade em questão. O resultado da pesquisa traduz-se em um texto que contém três momentos de construção narrativa. Inicialmente, apresentam-se algumas discussões teóricas sobre o tema. No segundo momento, constitui do estudo histórico do quilombo Brejo dos Crioulos, destacando suas tradições e festas religiosas em um panorama geral, bem como a chegada dos fazendeiros à região formando um campo de disputas e direitos. No terceiro momento, verificou os procedimentos para regularização e titulação das terras quilombolas. No quarto

momento, analisou quais providências foram tomadas pelo poder público a respeito de regulamentação e normatização das terras quilombolas. E, por fim, as considerações finais, possibilitando uma reflexão a partir da realidade apresentada.

### **DISCUSSÕES TEÓRICAS: uma breve reflexão**

O termo quilombo é uma categoria jurídica usada pelo Estado brasileiro a partir da Promulgação da Constituição Federal de 1988, que objetiva assegurar a propriedade definitiva às comunidades negras rurais dotadas de relações territoriais específicas e uma trajetória histórica própria, bem como ancestralidade negra relacionada com o período escravocrata<sup>11</sup> (INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA, 2017).

O conceito de comunidade quilombola abrange o grupo étnico-racial que, no artigo 2º do Decreto nº 4.887/2003, é definido da seguinte forma:

Art. 2º - Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

§1º - Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade (BRASIL, 2003).

O amparo legal das comunidades quilombolas é dado pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho

---

<sup>11</sup> Ver em: ANDRADE, Manuel Correia de. **O Brasil e a África**. São Paulo: Contexto, 2001.



(OIT), cujas determinações foram incorporadas à legislação brasileira pelo Decreto Legislativo nº 143/2002 e Decreto nº 5.051/2004 (BRASIL, 2004).

Segundo dados oficiais da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), existem atualmente (2017) mais de setecentas comunidades oficialmente registradas pela Fundação Palmares do Ministério da Cultura e mais de duzentos processos de regularização fundiária em andamento, envolvendo mais de trezentas comunidades espalhadas por 24 estados brasileiros (INSTITUTO DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRARIA, 2017).

A missão de regularizar os territórios quilombolas foi atribuída ao INCRA em 2003, com a promulgação do Decreto nº 4.887/2003, que regulamentou o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 68. Segundo o Decreto 4887/2003:

As terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos são aquelas utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural. Como parte de uma reparação histórica, a política de regularização fundiária de Territórios Quilombolas é de suma importância para a dignidade e garantia da continuidade desses grupos étnicos (INSTITUTO DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRARIA, 2017).

Nesse sentido, para que ocorra a regularização dos territórios quilombolas, as comunidades quilombolas devem encaminhar uma declaração na qual se identificam como comunidade remanescente de quilombo à Fundação Cultural Palmares, que expedirá uma Certidão de Autodefinição em seu nome. Devem

ainda, encaminhar à Superintendência Regional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) uma solicitação formal de abertura dos procedimentos administrativos, visando à regularização.

Tais procedimentos se baseiam na elaboração de um relatório técnico, denominado Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (RTID), composto de estudo antropológico, levantamento fundiário, memorial descritivo e cadastramento das famílias quilombolas. Posteriormente, abre-se a possibilidade de contestações ao RTID por eventuais interessados. Caso o Relatório seja aprovado, o INCRA realiza a indenização dos ocupantes não quilombolas, para que deixem o território. No entanto, é importante ressaltar que, os territórios quilombolas titulados não podem ser desmembrados, mantendo-se preservados para as futuras gerações. Tampouco, podem ser vendidos e colocados no mercado, sendo reservado, exclusivamente, para as comunidades.

A questão da natureza jurídica da propriedade quilombola fomenta várias dúvidas. Na presença das disposições legais transcritas e dos entendimentos jurisprudenciais, o direito à propriedade quilombola é compreendido como um direito originário.

Para todos os casos de titulação das comunidades quilombolas, faz-se necessário o procedimento da desapropriação subsequente à identificação das terras, gerando indenização na hipótese de propriedade particular anterior. A desapropriação tem sido defendida como uma medida de imparcialidade para justificar a indenização aos ex-proprietários, o que não impediria a defesa do domínio por parte das comunidades quilombolas, mesmo antes da expropriação.

Nessa perspectiva, regularizar as terras quilombolas significa minimizar diversos problemas de infraestrutura e qualidade de vida como habitações precárias; construções de palha ou de pau a pique; escassez de água potável; instalações sanitárias inadequadas; acesso difícil às escolas, construídas em locais distantes das residências dos alunos; meios de transporte ineficientes e escassos; e inexistência de postos de saúde na maioria das comunidades, com pouco atendimento disponível.

Portanto, cabe ao Poder Público, o dever constitucional de estabelecer um programa específico de regularização fundiária para assentamento e preservação das comunidades e da cultura quilombola. Por isso, há a necessidade de definição pelo Estado dos parâmetros e limites de sua política pública de regularização fundiária das terras quilombolas, com respeito ao princípio da proporcionalidade, sob pena de descumprimento da norma constitucional.

Ao pensar essas questões, o presente estudo tem por finalidade tratar sobre a regularização das terras quilombolas da comunidade de Brejo dos Crioulos, localizada no Norte de Minas Gerais. Esse território se constitui de 17.302 hectares e se encontra nos municípios de São João da Ponte, Varzelândia, Verdelândia, Minas Gerais, distante 598 km de Belo Horizonte e 175 km de Montes Claros. A estimativa populacional, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (2010), é de aproximadamente 3.140 habitantes, distribuídos em oito núcleos populacionais: Araruba, Cabaceiros, Caxambu, Furado Modesto, Furado Seco, Orion, e Serra D'água.

A formação da comunidade deu-se em meados do século XVIII, quando os negros fugitivos da escravidão do período colonial e imperial no Brasil estabeleceram territórios na

região, precisamente as margens do Ribeirão do Arapuim, onde muitos outros negros fugidos se dirigiram para a área, aumentando a população que, no fim do Século XIX, era cerca de trinta troncos familiares (COSTA, 2008).

No início do século XX, os quilombolas de Brejo dos Crioulos começaram a sofrer o processo de expropriação. Os fazendeiros chegaram ao final do século XX, utilizando artifícios legais e solicitaram junto à justiça o direito por usucapião das terras que eles viviam. A Lei da Terra de 1850 tornaram-se terras devolutas, aquelas que não eram registradas por ninguém. A partir dos anos de 1960, com a expansão agrícola no norte de Minas, fazendeiros, utilizando de recursos violentos, como jagunços armados, passaram a grilar e tomar as terras de diversas famílias herdadas de seus ancestrais, usando o artifício da venda forçada (COSTA, 1999 *apud* RIBEIRO, 2015).

A partir de 1999, os quilombolas começaram a realizar mobilizações na luta pela retomada do seu território, dando início ao processo de regularização fundiária e aos enfrentamentos dentro e fora do quilombo. Frente à lentidão do Estado na desapropriação das fazendas, quilombolas de Brejo dos Crioulos têm recorrido a duas estratégias nos seus enfrentamentos: as retomadas e mobilização de uma rede de parceiro e documentos – processos jurídicos, relatórios, laudos antropológicos, decretos, correspondência, notas, projetos, boletins de ocorrência, etc. - em diferentes instâncias judiciais, caracterizando um universo burocrático que é acionado a todo instante (COSTA, 2015).

Enfim, ao refletir sobre essa temática, o estudo procurou entender essa situação conflituosa e tensa à luz do Direito. Para tanto, é preciso conhecer melhor o Quilombo Brejo dos Crioulos, nosso objeto de estudo.

## **QUILOMBOLAS DE BREJO DOS CRIoulos: um pouco de história**

Ao longo da segunda metade do século XVIII, negros fugindo da escravidão, iniciaram a ocupação nos arredores do Ribeirão do Arapuim e da mata da Jaíba. Na época, a região era conhecida como um lugar de água farta e boas terras de plantio, contudo, a forte incidência de malária afastou a população branca. Curiosamente, essa circunstância favoreceu a ocupação dos negros, que se aquilombaram naquela “terra solta” sem dono (INSTITUTO DE COLONIZAÇÃO DE REFORMA AGRARIA, 2016).

À medida que ocupavam o território, os negros recém-chegados vindos de outras regiões, se associavam aos “de dentro”, os nativos, por meio da criação ou vínculo como compadrio, matrimônio, comércio e política. Dessa forma, formaram uma coligação de famílias (INSTITUTO DE COLONIZAÇÃO DE REFORMA AGRARIA, 2016).

De acordo com Terras de Quilombos por Elizete Ignácio Santos:

Hoje o território ocupado pelos antepassados de Brejo dos crioulos está dividido por fazendas e sítios que lá se instalaram. Por isso, as famílias vivem atualmente em áreas mínimas, dificultando a manutenção de suas atividades tradicionais de subsistência. O quilombo é conhecido na vizinhança por seu modo de vida singular e pelos resquícios de uma língua tradicional herdado de seus ancestrais africanos: a “língua costa” (SANTOS, 2016, p. 3).

Desde suas origens, no século XVIII, a vida em Brejo dos Crioulos girava em torno das atividades agropastoris, orientados pelos períodos de cheias e vazantes. Os quilombolas guardam, ainda, o saber tradicional de previsão de clima. A

comunidade aguarda o período das águas com grande expectativa, pois, inaugura o tempo da agricultura (INSTITUTO DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRARIA, 2016).

A criação de gado é feita seguindo as margens do rio dos Furados e das Lagoas. A caça e outras formas de extrativismo não obedecem a um período específico. As famílias têm uma pequena produção caseira, que segue o tempo da agricultura. Parte do que cultiva é consumida em natura, outra parte é transformada em produtos (INSTITUTO DE COLONIZAÇÃO DE REFORMA AGRARIA, 2016).

Pensar o Quilombo Brejo dos Crioulos sem refletir suas tradições e cultura deixa uma lacuna para a compreensão desse povo. Nesse sentido, é necessário historicizar esse grupo, mostrando, em especial suas tradições e festas religiosas.

## **TRADIÇÃO E FESTAS RELIGIOSAS: panorama geral**

Os acontecimentos festivos do Quilombo Brejo dos Crioulos constituem como um rito. O rito em apreciação consiste em uma festa dedicada ao santo padroeiro do povoado de Araruba, Arapuim, Cabaceiros, Caxambu, Conrado e Furado Seco. Membros das famílias, que ali residem e migram permanentemente para outras localidades e cultuadores do mesmo santo, também participam dos acontecimentos festivos. Entretanto, o Bom Jesus é considerado o protetor por grande parte da população, que abraçam Brejo dos Crioulos, Canabral e Morro Preto no município de São João da Ponte, Furadão, Tanquinho e Limeira no território varzelandense, bem como nas localidades mais distantes, mas, ainda, situadas no vale do Rio Verde Grande, que é a base territorial comum a

todos: Cachoeirinha e Taboquinha no município de Verdelândia, Lagoa de São João e Assa Peixe no território Pontense e barreiras do rio Verde no município de Janaúba dentre outros (COSTA, 1999).

Em Brejo dos Crioulos, a principal religião é o catolicismo, seguido do protestantismo evangélico e do espiritismo. Há três igrejas católicas, um templo evangélico e uma mesa de santo (INSTITUTO DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRARIA, 2016).

Em relação ao catolicismo, no Quilombo destacam-se os festejos que celebram os santos padroeiros, ou seja, a festa de Bom Jesus, realizada em agosto de cada ano. Em segundo lugar, está a festa de Santos Reis celebrada anualmente a partir de 24 de dezembro a 06 de janeiro. As festas do Bom Jesus e Santos Reis são antecipadas pela trezena e por duas festas familiares, uma em Conrado e outra em Caxambu. No período dessas celebrações, as regras são feitas pelo Terno do Terço e cantos dos foliões do Terno de Folia de Reis. Ao terminar as rezas, cantos e celebrações, começa farta distribuição de comidas, assim como apresentações de danças de Batuque. Também há leilões para arrecadar recursos para os próximos festejos. A festa de Santos Reis é realizada no entorno da antiga igreja. O grupo de folia é convidado a participar de todas as festas religiosas católicas, que ocorrem no Quilombo, seja como pagamento de promessas ou festejos para os santos padroeiros. A folia de reis é mais intensa no final do ano, em especial a partir de 24 de dezembro. Os foliões se reúnem na igreja de Santos Reis e Bom Jesus para cantarem o Terno do Terço e rezarem (INSTITUTO DE COLONIZAÇÃO DE REFORMA AGRARIA, 2017).

Costa (1999) aborda a realização dessas festas nesse período dentro de um estudo cotidiano e do trabalho da mulher em Minas Gerais no século XVIII. Informa que, a população não branca, desclassificados sociais e escravos realizavam suas festas, apesar de todo o aparelho repressivo instituído pelo estado e igreja, através das irmandades do sistema social, que abarcava a hierarquia de forma marginalizadamente.

Até 1960, ao fim dos dias de trabalho, as moradoras do quilombo dançavam o batuque. Após essa época ocorre a introdução dos bailes na comunidade e o batuque deixou de ser realizado diariamente, ficando reservado só para dias especiais.

O xote é uma das danças de Brejo dos Crioulos, que quase se perdeu. Ele é mais difícil que o batuque por ter uma coreografia complexa, embora, exija menos esforço físico. Os quilombolas também dançam o lunde e a dança de sala. A grande diferença está nos instrumentos usados e no ritmo da música.

Outra dança, a rodadas moças, também está desaparecendo. Eram formadas por mulheres solteiras, impedidas de participarem do batuque. Elas se reuniam em uma roda separada para cantar versos, seguidos de desafios improvisados.

A cultura é o que faz e torna o homem enquanto ser através dos modos de viver de seu grupo, povo e ambiente. Mathews (2002) trata da forma autêntica e local de cada povo se constituir e resistir à força globalizante, que busca homogeneizar as diferenças. A proposição comum a muitos estudos sobre esse tema é a de que, cada cultura consiste em um universo simbólico em si mesmo, de cada povo, organizado socialmente de maneira coerente e limitada. Dessa maneira, haveria padrões discretos de comportamentos, cognição e valores compartilhados entre os membros componentes de cada

grupo em contraste com os de outros grupos (MATHEWS, 2002).

Pensar as formas de viver desse povo quilombola consiste em remeter as suas lutas para manutenção da terra e, conseqüentemente da preservação das suas tradições e costumes. O Direito nos auxilia a compreender esse movimento de expropriação e apropriação de terras.

### **TERRAS QUILOMBOLAS: “a divisão de 30”**

Na década de 1920 começou no território de Brejo dos Crioulos um processo de expropriação que levou muitas famílias a deixarem suas terras, as quais passaram a ser ocupadas por fazendeiros das redondezas. Esse período ficou conhecido como “Divisão de 30”<sup>12</sup>. Algumas famílias decidiram não acompanhar a divisão e mudou-se para outras áreas. Outras famílias se juntaram a parentes que acompanharam a divisão e foram residir em suas glebas (INSTITUTO DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRARIA, 2016). Santos afirma que,

Segundo o relato dos quilombolas, entre 1927 e 1930 os agrimensores Augusto de Andrade e Juca Miro (ou Juca Milo) iniciaram – supostamente a mando do Estado – a demarcação das fazendas Morro Preto (no lado de São João da Ponte) e Arapuá (em Varzelândia, nesta época ainda distrito de São João da Ponte), respectivamente. Estas fazendas eram antigas sesmarias que não foram registradas segundo a Lei de Terras de 1850 e por isto tornam-se terras devolutas. No entanto, a divisão não se restringiu às fazendas Arapuá e Morro Preto, mas atingiu toda a sociedade negra da Jaíba; por isto nas comunidades remanescentes dos quilombolas vizinhas à Brejo dos Crioulos

<sup>12</sup> A “Divisão de 30” remete ao ano de 1930, quando, agrimensores de Brasília de Minas, fizeram a divisão das fazendas Arapuá e Morro Preto, período que inaugurou entre os quilombolas, a noção de um patrimônio fundiário.

estas também são categorias importantes para marcar o início da perda da autonomia destas comunidades (SANTOS, 2004, p. 80).

A divisão das fazendas foi feita sem considerar, nem o tamanho e nem quem era o ocupante da terra. O território foi fragmentado em 43 parcelas pertencentes a 35 famílias. O agrimensor introduziu no território negro “glebas de ausente”, posteriormente vendidas para fazendeiros de fora (INSTITUTO NACIONAL DE REFORMA AGRARIA, 2017).

Costa (1999) também chama a atenção para o fato da divisão ter sido realizada por alguns agrimensores de Brasília de Minas e Montes Claros a serviço de famílias abastadas da região. “Às famílias negras são comercializadas pequenas parcelas da terra, em torno de vinte alqueires, a troco de algumas cabeças de gado” (COSTA, 1999, p. 55).

Para os moradores, que acompanharam a divisão dessas terras foi emitido certidões de compra como as da família de Dona Elizarda (Caxambu), conforme descrito por Santos (2004) e para a família de Seu Adelino (Orion). Em relação a estas ações, Costa (2012), informa que, após a divisão das terras da denominada fazenda Arapuim, Juca Milo negociou com diversos fazendeiros, que lhes custearam as despesas e a divisão das terras da denominada fazenda Morro Preto, que deveria considerar a permanência das famílias negras, desde que pagassem pelos seus serviços. Acertadas as condições, o agrimensor dividiu uma área com milhares de hectares de terra e as famílias negras permaneceram nas localidades, onde se encontravam ou se deslocaram para outras áreas. Nesse período foram doadas glebas de terras para diversos santos protetores de famílias negras, notadamente, Bom Jesus, Santos Reis, Santo Antônio e São João.

Portanto, a grande maioria das famílias não recebeu este documento, pois sequer sabia da necessidade de procurar o cartório de Brasília de Minas (MG), do qual São João da Ponte era distrito na época, para requerê-lo (SANTOS, 2004).

Segundo o INCRA, (2016), a divisão inaugurou entre os quilombolas a noção de um patrimônio fundiário. A maioria dos descendentes, que adquiriram as glebas guarda os documentos da época da divisão, pois, são importantes para a luta pela recuperação das terras.

Durante a divisão ocorreu um circuito de trocas entre os moradores, os agrimensores e os fazendeiros. Ao registrarem as glebas das fazendas, onde atuavam como terras de ausentes, os agrimensores adjudicavam em seus nomes e depois vendiam para os fazendeiros. Através da ocupação pacífica das terras soltas da mata da Jaíba pela população negra, estas são transformadas em seu patrimônio. Essa divisão propicia outro movimento, ou seja, a venda das terras para os fazendeiros resulta na transformação da terra solta, terra livre, em terra de negócio. Aqueles sistemas, que antes eram caracterizados pela ocupação das terras como “sistemas de posse comunal” (ALMEIDA, 1987), se tornaram fonte de especulação nas mãos de fazendeiros e empresários rurais, não só do norte de Minas Gerais, mas de outras cidades e estados (MORTUÉ, 2015).

### **A CHEGADA DOS FAZENDEIROS: campo de disputas e direitos**

O Governo Federal iniciou o combate à malária e a doença de Chagas na região norte mineira por meio do Departamento Nacional de Endemias Rurais, especificamente na comunidade quilombola de Brejo dos Crioulos. Após a desinfecção, a região

passou a integrar a Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE), tornando-se alvo de grandes projetos agropecuários. No entanto, as terras da comunidade de Brejo dos Crioulos ficaram mais visíveis e atraíram a cobiça de grandes empresários e fazendeiros. Alguns moradores foram embora, outros desapareceram de modo misterioso, enquanto andavam a sós nas trilhas e caminhos e outros foram constrangidos ou seduzidos a venderem seus terrenos (INSTITUTO DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRARIA, 2016).

De acordo com os relatos de Costa (1999),

Nos anos quarenta, capitaneados por Simão da Costa Campos, Padre Joaquim Gangana, Geovani Fagundes, Romão Ferreira e outros, numa aliança entre as principais famílias do povoado da Ponte, do povoado de Santo Antonio da Boa Vista, de Condado do Norte, de Campo Redondo e Ibiracatu, conseguem sua emancipação política. São João da Ponte torna-se sede do município que se separou de Contendas, atual Brasília de Minas (COSTA, 1999, p. 36).

Com a institucionalização do município de São João da Ponte, os membros da família Campos ocupam os principais cargos inerentes ao novo município como prefeitura, delegacia de polícia, oficial de justiça, dentre outros (COSTA, 1999).

Pereira (2002) cita que, caracteriza o coronelismo como sistema político da Primeira República, articulando todas as esferas do poder Público (Município, Estado e União) em uma intrincada rede interdependente, ancorada por favores e compromissos. Havia nesse sistema, a reciprocidade das relações de poder, a prática de favores enquanto moeda política e uma estrutura econômica arcaica, dominada pelo latifúndio. O personagem principal desse sistema é o coronel, geralmente figura a imagem de alguém, que dispõe de poder econômico e

de liderança (PEREIRA, 2012). Cynara Silde Mesquita Veloso Aguiar localizou, na realidade social de São João da Ponte, a vigência do sistema coronelista até meados de 1996. Para ela, o coronelismo no município dividiu-se em quatro fases, das quais, a primeira iniciada em 1930 a 1945, tendo como representante Simão da Costa Campos. A segunda fase, datada de 1946 a 1962, contava com os líderes políticos Simão da Costa Campos, Olímpio da Costa Campos e Dona Lulu. A terceira fase, de 1963 a 1970, em que perde a figura de Simão da Costa Campos, mantendo-se os demais e, por último, de 1970 a 1996, Dona Lulu assume o comando político da cidade.

Mourthé (2016) relata que, esse é um período de violências e ameaças, quando os coronéis chegavam e amedrontavam tomando terras, alguns pretos iam presos e violando as eleições. Em relação às terras, os embates resultavam em mortes encomendadas por fazendeiros. Esse movimento violento proporcionava a posse da terra a esses fazendeiros e a expropriação daqueles que ali viviam, assim como, também, daqueles que estavam ao redor, que, por medo, iam desocupando o território.

Protegida por um bando de jagunços, a família Campos estabeleceu alianças com membros das elites locais e de outros municípios, principalmente com profissionais liberais de Montes Claros, cidade que emergia como pólo da região (COSTA, 2012).

Na prática, segundo Costa (2012) e narrações dos moradores, o cartório ia até o Quilombo Brejo dos Crioulos, pois, os documentos eram levados para os quilombolas assinarem forçadamente, passando as terras para o nome de fazendeiros. Coagindo, violentamente, os moradores por meio dos seus jagunços, os fazendeiros iam grilando as terras. Os documentos

provocaram efeitos devastadores, agenciando a transformação da posse em Brejo dos Crioulos e na região, sendo elementos importantes para compreender o conflito fundiário.

Com a anexação da região à área de atuação institucional da Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE), são realizados investimentos para a modernização da atividade agropecuária regional. Com financiamentos e apoio técnico da Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Estado de Minas Gerais (EMATER) ou de empresas particulares, que surgiam, ou até mesmo de empréstimos bancários realizados no Banco do Brasil ou Banco do Nordeste, os fazendeiros melhoravam a estrutura das suas fazendas, modernizando-as. O governo federal financia a transformação das fazendas em empresas rurais. Há também a distribuição de remédios para a população branca que vivia nos arredores. Apesar do crescimento momentâneo da economia e da melhoria da infraestrutura de algumas cidades, os investimentos infringiram consequências drásticas à população negra. A privatização das terras e o direcionamento da produção exclusivamente para a pecuária extensiva modernizada, ambos associados à exploração indiscriminada dos recursos naturais, deixaram os quilombolas sem alternativas para o cultivo. O processo de expansão das relações capitalistas de produção era apoiado por ações governamentais, que propiciaram a mercantilização da terra. Os beneficiados pelos investimentos da SUDENE realizaram processos de expropriação territorial e apoderam-se do gado das populações que ali viviam e o criavam solto. É nesse contexto de mudanças, que se inauguram os conflitos entre a população regional e as comunidades negras rurais (MOURTHÉ, 2015).

Conforme aborda Pedro Henrique Mourthé de Araújo Costa:

Aí quando chega essa expansão de agronegócio o governo começou a investir nos fazendeiros a respeito da criação de bois de corte e outros tipos de exploração. Começou os fazendeiros demandarem essas terras aqui. Fazendeiros de São João da Ponte mesmo, pessoas que compravam arroz aqui, já queriam tomar o Brejo, não queriam comprar mais. Queriam o Brejo para plantar e eles mesmos colherem. Aí houve esse interesse dos fazendeiros de fora também, que já demandem essa terra aqui. Aí quando chega em 1930 no tempo da divisão e depois no tempo dos fazendeiros, quando eles começaram a vir para a região, começou a perda do território. E o pessoal ficou vivendo em pequenas faixas de terra, sendo encurralado dentro do seu próprio território. Aí foi gerando um inchaço dentro dessas pequenas faixas de terra que chegou um ponto que não tinha como nem plantar mais nada. Relatos de um depoimento de quilombola (COSTA, 2015, p. 76).

Aguiar (2002) aborda sobre quem ditava as leis. Existia apenas um chefe. Todos os acontecimentos locais dependiam da vontade dos políticos, que, quando contrariados, não hesitavam no uso da força. A resistência da família Campos em São João da Ponte e, conseqüentemente exclusão dos membros do grupo de remanescentes quilombolas aos benefícios públicos distribuídos via poder local, possibilitou a utilização de estratégias de acesso a tais benfeitorias junto à administração da cidade limítrofe de Varzelândia. Além disso, o processo de exclusão localmente instituído fomentou a jornada e luta por reconhecimento de sua “identidade” para além das esferas locais, tornando a comunidade negra Brejo dos crioulos, uma das mais representativas do interior das Gerais (COSTA, 1999).

A expropriação das terras da comunidade, ao longo do tempo, causou um grande impacto em Brejo dos Crioulos. Antes, só havia cercas em torno dos roçados, para protegê-los dos animais, e nos currais e chiqueiros. A tomada das terras de cultura por novos proprietários significou o fim da produção

agrícola de alimentos, bem como da agroindústria caseira de farinha, rapadura e fubá. Outro problema foi à derrubada das matas. Essa ação significou a perda da biodiversidade e o esgotamento das reservas de madeira, de remédios naturais e da caça. Com a dificuldade para sobreviver nas terras, os quilombolas tiveram que buscar novas soluções. Parte da comunidade começou a migrar, temporária ou permanentemente, em busca de trabalho. Alguns moradores também construíram cômodos, que eram alugados ou usados para fins de comércio, principalmente de mantimentos, carnes e bebidas. Outros optaram pela produção à meia nas terras das fazendas vizinhas. Contudo, quase sempre, os fazendeiros soltavam os animais na área plantada antes da colheita, fazendo com que tudo fosse perdido (INSTITUTO NACIONAL DE REFORMA AGRARIA, 2016).

Neste período, vários conflitos agrários ocorreram no sertão do norte de Minas. No entanto, um deles, famoso por ser um dos mais violentos da região, aconteceu em Cachoeirinha, localizada no município de Verdelândia acerca de 30 km de Brejo dos Crioulos. Seus efeitos são narrados pelos quilombolas até os dias atuais. Segue o relato de João Batista citado no estudo de Santos sobre o conflito, o qual é importante para compreender como este acontecimento refletiu na comunidade:

Nos anos 1960, um médico (amigo de Darcy Ribeiro) e um Capitão da polícia militar adquiriram glebas de terra na região de Cachoeirinha. No tempo da divisão, os agrimensores definiram diversas glebas como “terra de ausente” e posteriormente adjudicaram em seus nomes. Quando venderam para outras pessoas. Estes adquirentes chegavam à localidade (em Brejo houve disto, o caso de Nozinho Figueiredo) e passavam a exigir a retirada das pessoas da terra comprada. Sempre utilizando de muita violência. Em Brejo, algumas famílias saíram da terra e



migraram, ficando alguns parentes na terra de santo, formando, em torno da igreja, o povoado de Araruba. Em Cachoeirinha, o pessoal resistiu e o Capitão, utilizando de sua influência, acusou o grupo de estar assessorado pelo partido comunista e obteve do comando da PMEMG o apoio para expulsão dos “subversivos” da área. Foi um processo mais sangrento que nas outras comunidades. E, a partir daí, muitos preferiram sair da terra a sofrer o que as pessoas sofreram em Cachoeirinha. Pois foi um processo violento demais (BATISTA, apud SANTOS, 2004, p. 27).

Inicia-se, o processo de criminalização, vivenciado até os dias atuais pelos quilombolas de Brejo dos Crioulos. A expropriação territorial faz com que os quilombolas passem a viver encurralado pelas fazendas, com acesso restrito ao território e aos recursos naturais. Muitos moradores lembram deste período relacionando-o aos tempos em que plantava de meia, uma forma de plantio associada aos fazendeiros. Na alternativa encontrada, os moradores plantavam suas roças nos terrenos dos fazendeiros e, após a colheita, tinham que dividir o que conseguiram com estes. Aqueles foram tempos difíceis, muitos moradores lembram-se do “tempo em que começaram a perder sua liberdade” (MOURTHÉ, 2015).

Conforme dados da Comissão da Pastoral da Terra, dos 17.302,61 hectares correspondentes ao território quilombola de Brejo dos Crioulos, 13.920 hectares, o equivalente a 77% do total da área, estava concentrado nas mãos de nove fazendeiros. Costa (1999) diz que, a partir do ano de 1998, os quilombolas começam a realizar suas mobilizações na luta pela retomada do território, dando início aos enfrentamentos dentro e fora de Brejo dos Crioulos com vistas ao processo de titulação.

### **“A LUTA PELO RECONHECIMENTO E TITULAÇÃO”: amparo legal**

Atualmente, o procedimento de regularização fundiária dos territórios quilombolas é regido pelo Decreto Federal 4.887/2007, que é fundamentado na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação, desintrusão, titulação e registro dos territórios quilombolas. A operacionalização destes procedimentos fica a cargo de órgãos estatais. A Fundação Cultural Palmares (FCP) é a responsável pela concessão da certidão de auto-reconhecimento. O Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio do INCRA, tem a incumbência de garantir o andamento do processo administrativo de titulação. A atuação desta instituição é regida pela Instrução Normativa (IN) 57/2009. O processo de regularização fundiária do território quilombola é composto por sete fases, que vão desde a “abertura de processo no INCRA para o reconhecimento de territórios quilombolas” (RIBEIRO, 2015, p. 118) até a “emissão de título coletivo em nome da associação para a comunidade” (RIBEIRO, 2015, p. 118). Em cada etapa são mobilizados documentos e acionadas várias instituições, atores e saberes como, por exemplo, o antropólogo, que elabora o estudo da área para a confecção do Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (RTID), assim como as instâncias judiciais como o Ministério Público Federal (MPF), que se incumbe das portarias, notificações de vários órgãos governamentais e os processos jurídicos. No momento, o processo de Brejo dos Crioulos está na etapa da “desintrusão do território”, onde estão sendo desapropriados, inicialmente, os fazendeiros e, posteriormente, os demais ocupantes não quilombolas (COSTA, 2015).

Brejo dos Crioulos foi à primeira comunidade negra rural do norte de Minas Gerais a solicitar o reconhecimento como remanescente de quilombo e a requerer a regularização fundiária de seu território. Este acontecimento se deu no ano de 1998 e começou a ser difundido entre as comunidades negras rurais do Território Negro da Jahyba com a sua divulgação como quilombo e do posicionamento frente ao direito constitucional (COSTA, 2002).

Costa (2002) cita que, ocorreram ações externas, visando à vinculação desta comunidade a uma rede social e política de apoio para sustentação à luta pela conquista territorial. Também aconteceram ações internas, objetivando adequar os membros dos grupos locais ou de vizinhança aos novos tempos que todos anteviam, principalmente o domínio integral ao território legado pelos seus ancestrais. As discussões sobre a necessidade de uma articulação comum foram realizadas durante o processo de tomada de posição frente ao direito constitucional. Tão logo foram encaminhados os pedidos de reconhecimento e o de regularização fundiária, iniciou-se o processo de criação de uma entidade que agregasse a coletividade e, em 2000, foi criada a Associação do Quilombo de Brejo dos Crioulos, que contou com representantes de cada grupo local em sua diretoria.

Em três artigos da Constituição de 1988 encontram-se contempladas as comunidades remanescentes de quilombolas. Textos como as demarcações de terras, controle social de políticas públicas, função social da propriedade e universalização da assistência e previdência social constituem direitos dos quilombolas. Veja o que diz a Carta da República: “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e

apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais” (BRASIL, 1988).

O parágrafo primeiro desse mesmo artigo enfatiza as manifestações culturais afro-brasileiras e indígenas, as quais contribuíram para o delineamento da identidade cultural no Brasil: “Art. 215. [...] § 1.º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares indígenas e afro-brasileiras, e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” (BRASIL, 1988).

O mesmo texto constitucional apresenta conquistas com relação aos sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. Desta forma, declara:

Art. 216. Constitui patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à nação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: [...] § 5.º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (BRASIL, 1988).

Dispõe também, os artigos 215 e 216 e seus parágrafos, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal de 1988, quando foi incluído o artigo 68, que trouxe relevantes conquistas. Determina: “Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhe os títulos respectivos” (BRASIL, 1988).

Para aclarar a relevância destes dispositivos constitucionais, diz Silva:

Define a Constituição, o patrimônio cultural brasileiro, como sendo constituído dos bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, desde que portadores de referências à identidade, à nação, à memória dos diferentes

grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico, patrimônio esse que terá que ser protegido pelo poder público, com a colaboração da comunidade, por meio de investimentos, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento (SILVA, 2006, p. 843).

De acordo com Ribeiro (2015), o que fica patente é que, no campo teórico e da legislação está balizado, mas, também há a necessidade em romper com a inércia dos poderes constituídos para efetivar os direitos positivados constitucionalmente. Há o seguinte acréscimo de Rosenvald:

Como já firmado no nosso sistema de Direito Civil, interpretado conforme as premissas constitucionais, os limites da atividade econômica, a organização familiar e a função social da propriedade passam a integrar uma nova ordem pública constitucional e devem ser encarados como meios de ampla tutela aos direitos existenciais de personalidade do ser humano, e não como meros direitos patrimoniais que se destinam a perpetuar relações de poder (ROSENVALD, 2004, p. 28).

Ribeiro (2015) ressalta que, indiscutivelmente, o que perpassa primordialmente esta história de lutas e resistências das comunidades quilombolas, - questão também do Brejo dos Crioulos, no norte de Minas Gerais – relaciona-se ao acesso a terra ou ao seu território. Nesses termos, atenta-se para o Relatório da Comissão da Pastoral da Terra da Arquidiocese de Montes Claros, sobre o Brejo dos Crioulos:

Há aproximadamente 12 anos, essas famílias vêm lutando pela conquista/retomada de seu território, buscando de fato o direito garantido na Constituição. No período de 1999 a 2004 os negros realizaram várias tentativas junto aos órgãos competentes como o INCRA, que é o responsável pela regularização e titulação do território quilombolas. Frente à morosidade das instituições e ao

reconhecimento de seus direitos, os Quilombolas se organizaram e vieram retomando suas antigas terras reocupando-as, para pressionar o Estado na agilização do referido processo de regularização e titulação de seu antigo território, como também para o plantio e garantia da sobrevivência das famílias. Doze anos de luta, vários conflitos ocorridos, fazendeiros com suas propriedades e pistoleiros, quilombolas feridos, uma morte ocorrida, o Decreto de desapropriação assinado (Decreto assinado em 29 de setembro de 2011, declarando de interesse social para fins de desapropriação 17 mil hectares), cinco pretos pobres presos e Brejo dos Crioulos com seus pretos e pobres sem território numa vida cheia de incertezas e inseguranças (COMISSÃO DA PASTORAL DA TERRA, 2012, p. 2).

A luta e o processo de titulação têm como efeitos o encontro de criatividade e perspectivas, que ocorrem em meio a um processo inventivo, no qual, os atores envolvidos mobilizam seus saberes e fazem suas conexões e analogias sobre o conflito e os diversos temas recorrentes à luta. Os quilombolas e cada membro das instituições mobilizam suas extensões e fazem suas analogias a conexões (MOURTHE, 2015).

A conquista do território é bastante custosa. Exige da comunidade muita luta e resistência. Diante desse contexto, percebe-se que, vislumbra-se grandes conquistas. Nesse sentido, a pergunta que inquieta é: E agora? O quilombo de Brejo dos Crioulos ganhou o território de volta? Eles terão a responsabilidade de fazer bom uso dele? A gestão de um território quilombola exige muita responsabilidade e deve ter uma gestão diferenciada. Diante dessa realidade, sabe-se que deve-se conhecer como lidar com os atores externos, que continuam a ter interesses econômicos e exploratórios nesse território (INSTITUTO NACIONAL DE REFORMA AGRARIA, 2016).

Após a assinatura do decreto Lei 4887/03, em 2004, o extinto Partido da Frente Liberal (PFL), hoje, Democratas (DEM),

ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF), pedindo a anulação do instrumento. Portanto, os quilombolas vivem nessa sombra de dúvidas: Por que o interesse em votar na ADI 3239/04? A quem interessa a anulação desse decreto? Ele é apenas um procedimento da Constituição Federal de 1988? Tornar a política de regularização fundiária ilegal não é trazer esses grupos a marginalidade ou algo semelhante do período escravocrata? (SILVA, 2017).

Tramitando desde 2012, o julgamento foi concluído com 08 votos a favor da constitucionalidade do decreto, dois votos parciais e um contra o questionamento. Votaram a favor da manutenção do decreto os ministros, Carmem Lúcia (presidente do STF), Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Marcos Aurélio, Luiz Fux, Celso de Mello e Alexandre Moraes. Dias Toffoli e Gilmar Mendes acataram parcialmente o pedido dos Democratas (DEM) de demarcar o marco temporal para assentar a titulação apenas em áreas ocupadas pelos quilombolas na data da promulgação da Constituição, em 1988, salvo comprovação de perda da posse em função de atos ilícitos. Esse limite é chamado de marco temporal. Caso fosse aprovado, ficariam de fora muitos quilombos, que já haviam sido expulsos de suas terras por invasores. Com a “vitória” na votação, a questão do marco temporal foi suprimida, ficando nas comunidades quilombolas uma esperança na titulação definitiva de suas terras após anos de lutas para a vitória dessa conquista (SILVA, 2018).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Nesta pesquisa foi descrito os vários movimentos, que compõem a luta pelo território em Brejo dos Crioulos. A

narrativa foi construída na tentativa de trazer para reflexão, o caráter de movimento que marcou, em diferentes escalas, este trabalho. Para os moradores de Brejo dos Crioulos, o processo de titulação significa uma luta por direitos, que envolvem vários atores e o entrelaçamento de coisas e pessoas, ou seja, documentos, ferramentas, etc., estendendo-se para além do território quilombola.

A luta e a política são vivenciadas e acionadas em diferentes contextos e espaços. O fazer político dos quilombolas envolve as caminhadas, retomadas, modos de viver e muitas lutas pelo reconhecimento. As lutas são feitas nas ações em rede e em conjunto.

Em todas as pesquisas realizadas para elaboração deste estudo, ficou evidente a separação histórica e jurídica entre aqueles que detêm o poder em relação àqueles que esperam o reconhecimento do direito. Apesar de todas as dificuldades, os quilombolas Brejo dos Crioulos são um povo guerreiro, que não abandona suas raízes, seus aprendizados culturais e nem se intimidam diante dos enfrentamentos e, aos poucos, conquistam espaços se posicionando como cidadãos de direitos e cientes dos seus deveres.

Portanto, ressalta-se que, apesar de tanto sofrimento, é um povo alegre, que luta pelos seus direitos. Direitos esses, que não são mais tão distantes, após uma longa caminhada com resistências. As comunidades quilombolas, hoje, têm a garantia de suas terras amparadas por leis. Diante desse contexto de tensões, disputas e conflitos resta a esperança desse povo para a devida titulação final. Titulação essa, que é o sonho da comunidade quilombola de Brejo dos Crioulos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 4.88777 de 2003**. Brasília, DF: Senado Federal Centro Gráfico, 2003.

COSTA, João Batista de Almeida. Agreste e Brejo dos Crioulos: situações desiguais no território negro da Jahyba. **Reunião Brasileira de Antropologia** (26), Porto Seguro, BA, 1 e 4 jun. 2008. Disponível em: [http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD\\_Virtual\\_26\\_RBA/grupos\\_de\\_trabalho/trabalhos/GT%2002/joao%20batista%20de%20almeida%20costa.pdf](http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD_Virtual_26_RBA/grupos_de_trabalho/trabalhos/GT%2002/joao%20batista%20de%20almeida%20costa.pdf). Acesso em: 5 set. 2017.

COSTA, Pedro Henrique Mourthé de Araújo. **Notas etnográficas sobre Brejo dos Crioulos**: os documentos, as retomadas, e a luta pelo território. In: Reunião de Antropologia da Ciência e da Tecnologia (V), Porto Alegre, Maio de 2015. Disponível em: <https://ocs.ige.unicamp.br/ojs/react/article/view/1353/705>. Acesso em: 11 set. 2017.

INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRARIA. Disponível em: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8gIICiDc9kcJ:incra.gov.br/sites/default/files/brejo\\_dos\\_crioulos-mg\\_26-10-16\\_miolo.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8gIICiDc9kcJ:incra.gov.br/sites/default/files/brejo_dos_crioulos-mg_26-10-16_miolo.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br). Acesso em: 27 abr. 2018.

INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRARIA. **Instrução Normativa INCRA nº1666/2004**. Brasília, DF: Senado Federal Centro Gráfico, 2004.

INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRARIA. **Instrução Normativa INCRA nº 20/2005**. Brasília, DF: Senado Federal Centro Gráfico, 2005.

INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRARIA. **Instrução Normativa INCRA nº 49/2008**. Brasília, DF: Senado Federal Centro Gráfico, 2008.

INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRARIA. **Instrução Normativa INCRA nº57/2009**. Brasília, DF: Senado Federal Centro Gráfico, 2009.

MASCARENHAS, Paulo. **Manual de Direito Constitucional**. Disponível em: <https://files.comunidades.net/ambientelegis/ManualdeDireitoConstitucional.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2018.

RIBEIRO, Aurindo José. Brejo dos Crioulos: efetivação e reconhecimento de Direitos a partir do que dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **FAS@JUS - e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho**, v. 5, n. 2/2015. Disponível em: <http://revistas.santoagostinho.edu.br/index.php/Direito/article>. Acesso em: 20 set. 2017.

QUILOMBOS. Disponível em: <https://cartacapital.com.br/sociedade/os.qilombos>. Acesso em: 08 abr. 2018.

SILVA, Vanessa Martina. **Redação Brasil de fato**. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/02/08/STF-decide-que-decreto-de-lula-regulamenta.terras-quilombola-e-constitucional/>. Acesso em: 27 abr. 2018.



**Antonio Luiz Nunes  
Salgado**



**Árlen Almeida  
Duarte de Sousa**



**Vilmária Cavalcante  
Araújo Mota**

Por tratar-se de obra de construção coletiva, ressaltar as qualidades pessoais e profissionais dos organizadores individualmente retirar-lhe-á importância que se quer proporcionar a esse trabalho como uma produção significativa advinda da experiência profissional e docente de seus autores. Mas há que se ressaltar a brilhante trajetória das professoras Maria Fernanda Fonseca e Vilmária Cavalcante como pesquisadoras e autoras de vários artigos e livros no âmbito das Ciências Jurídicas. Não menos intensa é a trajetória acadêmica dos professores Antônio Luis Salgado e Árlen Almeida, pesquisadores, com longa carreira docente e várias publicações de livros e artigos científicos em várias áreas.

ISBN 978-65-5606-024-8



editora  
**Virtual Books** 

[www.virtualbooks.com.br](http://www.virtualbooks.com.br)