

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1138

(Ano XV)

(18/02/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1138



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1138, (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 486. *fls.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Tempos de Violência Penal
Eduardo Luiz Santos Cabette, 08.

ARTIGOS

Sim, é genocídio

Adel El Tasse, 13.

O princípio da boa-fé nos contratos nominados

Daniela Andrade Santos, 16.

Alterações na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos no direito intertemporal. Uma análise do Tema de Repercussão Geral 1.199

Pedro Borges Coelho de Miranda Freire, 23.

A aplicabilidade do tema repetitivo nº 1.146 do Superior Tribunal de Justiça aos mandados de segurança individuais e correspondentes ações de cobrança

Tatiana Martins de Oliveira, 35.

A impossibilidade atual de criação de novos municípios no Brasil e a inviabilidade de realização de etapas procedimentais antecedentes à criação.

Raul Queiroz de Menezes, 49.

A discussão legislativa acerca da alteração ou revogação da lei de alienação parental: uma análise sobre o melhor interesse da criança e do adolescente

Liliane Santana de Lima e Priscilla Valoes Moreira, 58.

Fake News – a desinformação na era da pós verdade

Guilherme Duran Depieri, Ana Lúcia Macéa Ortigosa e Rodolfo Giovane Ortiz M. Carvalho 74.

Improbidade administrativa por fraude em licitações: número de casos de cartéis no CADE entre 2016 e 2021

Vinicius Vanderley dos Santos, 92.

O direito ao esquecimento na era da internet: uma análise comparativa entre Brasil e União Europeia

Bianka Zloccowick Borner de Oliveira, 110.

A aplicabilidade do homeschooling a crianças portadores de transtorno de espectro autista

Allan Diego Andrade Santos, 136.

A possibilidade ou não de leis estaduais tratarem sobre o cultivo de cannabis sativa para fins medicinais.

Raul Queiroz de Menezes, 156.

O Direito Ambiental no ordenamento jurídica brasileiro e o esgotamento dos recursos naturais
Daniela Andrade Santos, 166.

Desapropriação: a relativização do direito de propriedade como meio para garantir o aproveitamento econômico sustentável

Pedro Borges Coelho de Miranda Freire, 172.

A morosidade no processo de adoção no Brasil como estímulo à adoção à brasileira

Dheisy Dhiane Barros Costa Rodrigues, 192.

Dimensão liberdade: Origem, evolução e conformação na Constituição da República de 1988

Jacileia Rocha de Vilhena, 211.

A atuação do profissional com formação em direito no novo ensino médio

André Jales Falcão Silva, 225.

A inconstitucionalidade superveniente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Pedro Borges Coelho de Miranda Freire, 253.

Os desafios da inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho e a esperança no teletrabalho

Vanusa da Costa Araújo e Marcus Vinicius Ferreira Ramos, 270

As considerações sociais e jurídicas acerca da violência contra a mulher e a atuação da coordenadoria da mulher em situação de violência doméstica e familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo

Renata Sandrine da Silva, 285.

O direito a saúde e a cidadania do ser humano

Daniela Andrade Santos, 417.

A competência para julgamento das contas de gestão dos prefeitos e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Marisa Bezerra Cortês Nascimento, 422.

O sigilo bancário e suas flexibilizações

Daiane Maziero Nogueira, 457.

Impactos do isolamento social nos crimes de violência doméstica contra a mulher durante a pandemia de coronavírus em Minas Gerais

Diego Emanuel Gonçalves Silva, 472.

TEMPOS DE VIOLÊNCIA

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial em graduação, pós-graduação e cursos preparatórios¹.

A palavra “violência” se origina do latim “vis”, derivando do adjetivo “violentus” e do substantivo “violentia” e também da raiz indo – europeia “weie” em alusão a pretender pegar ou tomar algo com tenacidade. Enfim, indica o emprego da força de uma pessoa sobre outra em variadas formas e contextos. 2

Percebe-se que a palavra pode ser empregada em variadas situações e não tem um sentido unívoco relacionado à violência física. Também, embora se faça normalmente menção do emprego ilegítimo da força de uma pessoa sobre outra numa relação horizontal, é plenamente possível falar em violência perpetrada contra uma pessoa ou grupos de pessoas por parte de instituições ou órgãos públicos em uma relação impositiva vertical.

Interessa-nos aqui o sentido de violência que já se encontra em Aristóteles, enquanto “ação contrária à ordem ou à disposição da natureza”. O movimento “segundo a natureza” conduz “os elementos ao seu lugar natural”. Já o movimento informado pela “violência” afasta as coisas de sua natureza. Em suma, a violência é, neste sentido, a “ação contrária à ordem moral, jurídica ou política”. 3

Seja sob o ponto de vista moral, jurídico ou político, o movimento natural numa alegada “democracia” é que os representantes eleitos regularmente pelo povo sejam devidamente empossados nos cargos respectivos, sem intervenção de qualquer espécie. Esse é o rumo natural das coisas a seus lugares. O desvio desse caminho é o movimento imposto por meio da “violência” e afasta as coisas de sua natureza, contrariando a ordem sob os três aspectos acima mencionados.

1 Contato: cabette@uol.com.br

2 VESCHI, Benjamin. Etimologia de Violência. Disponível em <https://etimologia.com.br/violencia/>, acesso em 28.01.2023.

3 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 1002.

Assim sendo, se há um desvio desse rumo natural, seja por lei positiva estatal, seja por decisão judicial (a norma individual para o caso concreto – Kelsen) 4, verifica-se uma hostilidade entre a norma e a reta razão. E a norma deve ser algo próprio da razão reta (“aliquid pertinens ad rationem”). Nessas condições a “lei” em um sentido amplo aqui empregado, abrangendo a decisão judicial, não merece o nome de “lei”, de cuja essência, na realidade, se afasta mais se adequando ao que se pode chamar de “legis corruptio”. São “leis” (em amplo sentido) que “magis sunt violentiae quam legis” (“mais são violências que leis”). 5

Como bem destaca Jürgen Baumann a respeito da correlação mínima entre o Direito e a Moral:

No puede existir un orden socialmente correcto y moralmente reprochable; una comunidad que para su convivência ha fijado normas con cominaciones penales contrarias a la ley moral, no es una comunidad jurídica, sino una cuadrilha de ladrones. 6

Eis que surge a repentina notícia de que o Ministro do STF, Alexandre de Moraes, encaminha à PGR um pedido formulado por advogados de um grupo ligado a movimentos de esquerda, que se autodenomina “Prerrogativas”, com a espúria pretensão de suspender a posse de 11 deputados federais da oposição, dentre eles o mais votado no último pleito (Nikolas Ferreira – PL/MG). O fundamento para tal ato de violência política, jurídica e moral não poderia ser mais pueril. A imputação de suspeita de participação de tais deputados, ainda que indiretamente, em atos de vandalismo ocorridos em Brasília no dia 08 de janeiro deste ano. A demanda se dá às pressas, já que a posse está marcada para o próximo dia 1º.02.2023, de modo que o prazo dado para manifestação da PGR são exíguas 24 horas. 7

A fundamentação é de extrema puerilidade vez que tais deputados sequer são ainda formalmente investigados, muito menos condenados com trânsito em julgado por

4 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 165.

5 Essas não são novidades, mas lições que se encontram desde antanho nos ensinamentos de São Tomás de Aquino em sua Suma Teológica (Questões 90, 95 e 96) e que jamais perderam ou perderão sua atualidade. Apud, DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica & Crise do Mundo Pós – Moderno*. 3ª. ed. São Luís: Resistência Cultural, 2019, p. 146.

6 BAUMANN, Jürgen. *Derecho Penal – conceptos fundamentales y sistema*. Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1981, p. 3.

7 MORAES envia à PGR pedido de suspensão da posse de deputados. Disponível em <https://revistaoeste.com/politica/moraes-envia-a-pgr-pedido-de-suspensao-da-posse-de-deputados/>, acesso em 28.01.2023.

qualquer crime. Nem mesmo as apurações dos fatos genericamente mencionados estão terminadas e dependem de muitas e muitas diligências ainda na fase investigatória da persecução penal. Na verdade consta do próprio petítório dos advogados a solicitação de instauração de Inquérito Policial para a devida apuração, 8 ou seja, *não há absolutamente nenhuma justa causa para a suspensão da posse de representantes políticos eleitos pelo povo*. A única coisa existente é a manifestação de um voluntarismo apartado das normas e princípios legais, o qual deveria ter sido coibido “in limine” pelo Ministro, dada sua indignância política, moral e jurídica. Basta lembrar episódios de parlamentares tomando posse presos já denunciados e até condenados em primeira instância, não por discutíveis posicionamentos políticos, ideológicos e manifestações oposicionistas mais ou menos duras, mas por crimes de homicídio, tráfico de drogas, corrupção etc. Inexistindo condenação transitada em julgado, em respeito à Presunção de Inocência, é inviável coartar os direitos políticos do indivíduo e pior, por reflexo, os direitos políticos da população que o elegeu. Isso é tão basilar que deveria ter motivado o indeferimento da petição de imediato. Poderia ser acatada a solicitação de instauração de investigação quanto a eventual ilícito penal perpetrado, seja pelos deputados ou por qualquer pessoa. Mas pretender obstar a posse dos políticos com esse tipo de fundamentação e haver o acatamento inicial desse pleito com encaminhamento à PGR é algo inconcebível.

Parece que devemos dar razão a Lassale quando afirma que questões constitucionais, na realidade, não são de Direito, mas de poder. 9 O poder, ou melhor, a “vontade de poder”, está expulsando o Direito junto com a Justiça pela porta dos fundos a pontapés.

Atuações como esta por parte de supostos cultores do Direito constituem aquilo que Dip denomina de “operações disparatadas” que, conforme escólio citado pelo autor, de Humberto Ávila, servem para encobrir “um caprichoso decisionismo” com emprego de proposições gerais com ares principiológicos, buscando “justificar o injustificável, inibindo a aferição racional das argumentações”, mediante a invocação de “tópicos” aleatórios como se fossem realmente a defesa de princípios caros ao Direito e à Justiça. Daí singelas e perfunctórias referências a expressões esvaziadas e gastas de “respeito aos valores democráticos” ou “salvaguarda dos direitos humanos”. 10 Esvaziadas e gastas porque empregadas sem contextualização e fundamentação adequadas, apenas mencionadas

8 Op. Cit.

9 LASSALE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Trad. Leandro Farina. Campinas: Minelli, 2003, p. 35 e 78. “Essa é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem um país”. “Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder...”.

10 DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica & Crise do Mundo Pós – Moderno*. 3ª. ed. São Luís: Resistência Cultural, 2019, p. 95.

como palavras ao vento, as quais, despidas de suas substâncias reais, podem servir para qualquer fim, por mais ilegítimo, até mesmo para sua autodestruição.

Estamos aqui a falar de extremismo e violência em seus mais amplos e abrangentes sentidos, de modo que é altamente apropriado trazer à baila o conceito de Boaventura de Sousa Santos que se refere ao que ele denomina de “violência sacrificial”:

Mas a forma mais perturbadora de **extremismo** é o que designo violência sacrificial. **A violência sacrificial** significa a imolação do que é mais precioso sob o pretexto ou com o propósito de o salvar. Destrói-se a vida para salvar a vida; violam-se os direitos humanos para defender os direitos humanos; **elimina-se a democracia para a salvaguardar** (grifo nosso). 11

Essa “violência sacrificial” tem marcado fortemente muitas atuações de repressão e opressão a todo espectro ideológico que se designe de “Direita” ou mais comumente e levemente de “Extrema Direita”, mas que, na verdade, se trata tão somente de qualquer espécie de pessoa ou grupo cujas ideias diverjam, por mínimo que seja, do “establishment” que tem sido denominado de “Progressista” e muito raramente chamado de “esquerda”, “esquerda ideológica” e quase nunca (para não dizer nunca) identificado como “extrema esquerda”. A “violência sacrificial” corrompe a “Democracia” e cria algo que chama pelo mesmo nome, mas que não permite a diversidade de ideias, as divergências ou críticas, impondo, ao reverso, verticalmente uma espécie de pensamento único, sob pena de estigmatização de qualquer pessoa que se desvie, seja por meio dos chamados “cancelamentos” ou mesmo de medidas coercitivas judicialmente impostas de forma arbitrária.

Resta ainda a esperança de que a Procuradoria Geral da República se oriente pelo bom – senso e pela razoabilidade, bem como pela constitucionalidade e legalidade de forma a rechaçar essa absurda, autoritária e parcial violação do processo eleitoral democrático.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

11 SANTOS, Boaventura de Sousa. Os Direitos Humanos na Zona de Contato Entre Globalizações Rivalis. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 64, jan./fev., 2007, p. 328 – 329.

BAUMANN, Jürgen. *Derecho Penal – conceptos fundamentales y sistema*. Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1981.

DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica & Crise do Mundo Pós – Moderno*. 3ª. ed. São Luís: Resistência Cultural, 2019.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Trad. Leandro Farina. Campinas: Minelli, 2003.

MORAES envia à PGR pedido de suspensão da posse de deputados. Disponível em <https://revistaoeste.com/politica/moraes-envia-a-pgr-pedido-de-suspensao-da-posse-de-deputados/>, acesso em 28.01.2023.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os Direitos Humanos na Zona de Contato Entre Globalizações Rivalis. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 64, p. 313 – 337, jan./fev., 2007.

VESCHI, Benjamin. Etimologia de Violência. Disponível em <https://etimologia.com.br/violencia/>, acesso em 28.01.2023.

SIM, É GENOCÍDIO

ADEL EL TASSE: é professor de Direito Penal em cursos de graduação e pós-graduação, professor na Escola da Magistratura do Estado do Paraná e no Curso Cers, mestre e doutor em Direito Penal, coordenador no Paraná da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais e do Núcleo de Estudos Avançados em Ciências Criminais e membro do Conselho de Direitos Humanos do Município de Curitiba.

O crime de genocídio está definido no Brasil pela Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, a qual surgiu no cenário das respostas mundiais aos massacres havidos na Europa, durante o período nazista, sendo que assim está tipificada a conduta genocida:

Art. 1º Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

Da leitura do dispositivo legal supra destacado, bastante claro que o genocídio não ocorre apenas quando se matam os membros de um grupo, embora, claro, esse comportamento caracteriza o delito em questão, contudo, importante destacar ocorrer o genocídio, também, quando se desenvolvem outras modalidades de conduta, como as lesões físicas ou mentais e mesmo à submissão do grupo a condições que possam ocasionar sua destruição, ainda que parcial.

A ideia vetor do crime de genocídio é a ação que objetiva a eliminação de determinado grupo, seja ele nacional, étnico, racial ou religioso, a partir da prática de condutas que, não necessariamente representam a agressão direta à vida.

Por exemplo, a prática da esterilização forçada de uma etnia tem como resultado a eliminação dela, assim como, a imposição de sofrimento grave a um grupo religioso, longe de representar qualquer forma de trabalho missionário, representa ação genocida, pois, com a finalidade de promover a eliminação do pensamento diverso.

Relevante ter em conta que, na democracia, o convívio com a diferença é base essencial, de sorte que os espaços democráticos, não podem, a pretexto da exposição de ideias, serem utilizados para, em verdade, pôr fim ao distinto.

É fácil perceber que no Brasil, a partir da exploração sensacionalista do discurso de combate à corrupção e eliminação dos malfeitores relacionados a ela, com a extirpação de todos os defensores de determinada postura ideológica, foi habilitada a lógica da intolerância com o outro, devendo os que não se adequam à estrutura de um pensamento autoproclamado majoritário, serem eliminados.

Referida lógica é a mesma habilitada na grande maioria dos regimes autoritários de poder, por isso, são eles, independente de suas nuances, uniformes na produção de massacres, pois, a quem é inserido no catálogo do diferente, somente há uma consequência possível, a destruição. Assim, a história humana experimentou massacres religiosos, étnicos, raciais, de gênero, enfim, as mais diferentes atrocidades habilitadas sempre em nome de um discurso de salvaguarda nacional e preservação dos valores da maioria. Mesmo na atualidade, ações como os genocídio palestino, por exemplo, são estruturadas nessa lógica.

Quando se observa em território brasileiro, a submissão da etnia indígena Yanomami a condições de total abandono pelos órgãos responsáveis pela sua preservação, com omissão contínua e deliberada para garantir às ações ilícitas voltadas para a mineração, pesca e extração de madeira, há evidentemente um comportamento em que esse grupo é submetido intencionalmente a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial, o que tipifica o crime de genocídio, na forma do artigo 1º letra c, da Lei nº 2.889/56.

Com isso, não há dúvida em afirmar ter havido ação de genocídio no horripilante caso recém revelado do abandono dos Yanomamis, restando apenas auferir a autoria delitiva, com a lembrança de que na hipótese da letra c, do artigo 1º, da Lei nº 2.889/56, o crime é de forma livre, admitindo sua prática por qualquer meio, mediante ação ou omissão.

Assim sendo, não somente pessoas que atuaram diretamente na prática de condutas ativas de submissão do povo Yanomami à possibilidade de sua eliminação, ainda que parcial, cometem o delito, mas, também aqueles que se omitiram de adotar as ações e políticas públicas necessárias para sua preservação.

Sob ponto de vista penal, não há dúvidas, quem com sua ação ou omissão submeteu os Yanomami a condições de existência capazes de ocasionar-lhes a destruição física total ou parcial, cometeu o crime de genocídio, podendo a questão, ainda, ganhar aspectos de maior contundência, quando submetida à avaliação dentro do crime comissivo por omissão.

Não se descuide serem muitos dos detentores de funções específicas no Estado, atrelados a obrigações de agir para impedir determinados resultados, inserindo vários agentes públicos na condição de garantes em relação ao bem-estar do povo indígena, inclusive Yanomami.

Nessa toada, sob qualquer aspecto ao qual a matéria seja submetida à avaliação, a conclusão sempre será a mesma, qualquer pessoa que, com sua ação ou omissão, utilizando de qualquer meio, contribuiu na manutenção dos Yanomamis em condição capaz de produzir sua eliminação, praticou o delito de genocídio, podendo ainda, em relação ao comportamento omissivo, ocorrer especial gravidade, quando diante de pessoa com condição de garante (crime comissivo por omissão).

Dúvidas nessa matéria apenas ratificam a presença da nefasta lógica de aceitação da eliminação do diferente no Brasil atual. Não sentir repulsa com a morte a minguas de crianças, pelo simples fato de pertencerem a determinada etnia ou com seres humanos sendo reduzidos às mais cruéis condições, por serem vistos como obstáculo à mineração, é apenas um exemplo do quanto os valores morais e éticos de uma sociedade podem ser destruídos.

Assim, quando você se perguntar de novo, como puderam os alemães aceitar o nazismo e a pilha de corpos nos campos de extermínio, lembre-se de nós brasileiros aceitando corpos esqueléticos e crianças morrendo de inanição nas aldeias Yanomamis e muitos preocupados em defender os causadores dessa atrocidade, apenas para que suas posições ideológicas não pareçam arranhadas, então, você vai concluir que todo massacre sempre começa no mesmo lugar, em um discurso, um discurso estabelecido da presença de um mal, seja ele a bruxaria, a corrupção ou qualquer outra coisa, com a necessidade urgente de sua eliminação, sem qualquer piedade, pois, com isso habilita-se, em verdade, o discurso do ódio e dele, outra coisa nunca surgiu, senão as matanças.

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NOS CONTRATOS NOMINADOS

DANIELA ANDRADE SANTOS:

Advogada, Estudante de História, Curso de TTI, Registro de Jornalista nº 0080784/SP, Curso de Coaching, Especialização em Síndico Profissional e Gestão Condominial. Presidente da Comissão Jovem Advocacia da OAB Lapa, Ex-Presidente da Comissão de Cultura e Eventos da OAB Lapa, Ex-Presidente do CDC da OAB Lapa¹².

RESUMO: A intenção do presente artigo é a de procurar demonstrar como é necessária a presença da boa-fé nos contratos, não somente na leitura do contrato, mas também, antes (período pré-contratual) e depois da formalização, ou seja, na sua execução (período pós-contratual). Assim como, mostrar a importância desse princípio no ordenamento jurídico vigente, fruto de um avanço legislativo no tocante a proteção dos sujeitos nas relações obrigacionais, tendo em vista a necessidade de intervir nas relações individuais dos sujeitos que compõem a relação contratual, para que se possa ter um pacto nivelado para ambas as partes contratantes.

Palavras-chave: boa-fé, contrato, princípios, partes contratantes e proteção.

1 INTRODUÇÃO

O contrato, instrumento necessário à circulação de riquezas, vem sofrendo, ao longo dos séculos, várias transformações, seja no modo de sua conclusão, interpretação, como também de sua execução.

Em decorrência das disparidades outrora vislumbradas, onde o princípio da autonomia da vontade imperava nas relações contratuais, tido como um super princípio o que dava ensejo às práticas desonestas, o Estado foi chamado a intervir, instituindo preceitos legais de ordem pública, que limitaram a liberdade contratar.

Daí o Direito adotou a boa-fé objetiva e função social do contrato como princípios a nortear as relações contratuais.

¹²Com especializações: MBA em Direito Imobiliário, Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Pós-Graduação em Direito Processual Civil, Pós-Graduação em Direito Empresarial. Estudando Pós-Graduação em Direito do Consumidor e Previdenciário. Autora do Livro: Tratamento Jurídico do Portador de Câncer. Participação na Elaboração da Cartilha de Perguntas e Respostas de Direito de Sucessões. Contato: daniellaandradeadv@gmail.com

O presente estudo foi desenvolvido com o propósito de analisar este princípio e quais as consequências de sua aplicação aos contratos.

Na primeira parte do trabalho, examinar-se-á o contrato típico (nominados) regulamentada no ordenamento jurídico, seu conceito e pormenor idades. Na segunda parte, serão analisados os princípios norteadores, atinente aos contratos que constituíram o alicerce do sistema contratual, bem como, sua importância para a efetivação e formação do contrato justo, com o enfoque especial no princípio da boa-fé.

A fase seguinte, a última parte deste trabalho, será dedicada ao estudo do princípio da boa-fé objetiva, às consequências da sua não observância pelas partes na formação e execução do contrato.

A pesquisa foi desenvolvida pelo método bibliográfico, através de consultas doutrinárias, legislativas e em meio eletrônico.

2 CONTRATOS NOMINADOS

Contrato consiste em um acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos, ou seja, criar, modificar ou extinguir direitos. São fontes de direito obrigacional, como também os atos ilícitos, declaração unilateral de vontade e lei os são. Gera obrigação para as partes. Diferentemente da lei que gera obrigações gerais.

As funções do contrato são: econômica, em que o contrato é um modelo jurídico de operações econômicas (de transferência de riquezas – sentido amplo), como interveniente da liberdade econômica; e, de elemento civilizador para evitar que as partes exerçam suas próprias razões ou interesses.

Esse é o entendimento de WALD, ao expor que:

A atual tendência do direito para maior interferência nos contratos visa a ampla proteção para o elemento economicamente fraco, não pretendendo, todavia, reduzir ou limitar o número de contratos inominados e a liberdade que os contratantes têm de criar novos tipos de contratos. Tal liberdade só encontra limitações quando a finalidade real das partes consiste em burlar a lei ou em locupletamento à custa de outrem. O que a lei pretende estabelecer são condições mínimas de ordem pública em relação a todos os contratos a fim de evitar o enriquecimento sem causa, a usura, a coação econômica (2010, p. 261).

Dizem-se contratos típicos ou nominados, os que, além de possuírem um nome próprio, que os distingue dos demais, constituem objeto de uma regulamentação legal específica. Segundo Maria Helena Diniz, em sua obra intitulada Curso de Direito Civil

Brasileiro – teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, os contratos nominados “são aqueles que possuem uma determinação legal e própria, estando previstos e regulados por norma jurídica, formando espécies definidas” (2007, p. 94).

Os contratos típicos ou nominados, que a lei chama a si para discipliná-los juridicamente, correspondem às espécies negociais mais importantes no comércio jurídico. E a disciplina específica traçada na lei para cada um deles obedece, pelo menos, a um duplo objetivo do legislador. Por se encontrar regulamentados por meio de lei, é que tais contratos foram classificados pelos doutrinadores como típicos, uma vez que recebe da ordem jurídica uma regulamentação.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA RELAÇÃO CONTRATUAL

O Código Civil de 2002 traz em seu bojo muitas modificações por demais significativas para a seara jurídica, e nesse passo, traço interessante diz respeito à estrutura principiológica, que se difere do arcabouço do código anterior.

Os princípios na acepção clássica constituem mandamentos nucleares do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o setor do ordenamento em que se irradiam.

Assim, entre os princípios que regem a relação obrigacional, destacam-se os princípios da autonomia de vontade, função social do contrato e boa-fé.

Entende-se hoje, não é a mera e simples autonomia da vontade que direciona a execução dos contratos. A vontade não mais vigora ampla e livremente.

É certo que o acordo de vontades continua sendo o elemento subjetivo essencial do contrato, pois, esse negócio jurídico só se origina da declaração de vontade. A liberdade individual e a iniciativa pessoal continuam sendo a razão de ser dos contratos. No entanto, a visão mais humanitária do Estado Democrático de Direito impõe uma certa intervenção estatal, por força da qual a autonomia não tem hoje a mesma plenitude.

O atual Código Civil, buscando dar maior segurança às relações contratuais instituiu novos princípios que assim como o princípio da autonomia de vontade regulam os contratos firmados entre partes. São eles, o princípio da função social do contrato e o princípio da boa-fé.

O primeiro desses novos princípios acima citados vem expressamente previsto no art. 421, do novo Código Civil, da seguinte forma: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social dos contratos”.

O que o princípio imperativo da “função social do contrato” estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando danos à parte contrária ou a terceiros, uma vez que, nos termos do Art. 187, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Para o ilustre THEODORO JÚNIOR, “a função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade e não apenas no campo das relações entre partes que estipulam” (2004, p.31).

O princípio da função social do contrato é uma norma geral do ordenamento jurídico de ordem pública, pelo qual o contrato deve ser necessariamente visualizado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade.

Dessa forma, para se analisar a função social do contrato, há de se partir da relação do contrato com o seu meio social externo. O direito contratual, abarcando como um dos seus alicerces o princípio da função social, significa dizer que o contrato deixou de ser somente coisa dos contratantes, e passou a interferir negativa e positivamente, também, em relação aos terceiros.

4 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Este princípio reflete a ideia de que as relações negociais devem ser regidas por valores e condutas de modo a desenvolver-se da forma mais honesta e correta. Desse modo, quando um contrato prejudica uma das partes, estar-se-á ofendendo o princípio da boa-fé. A boa-fé pode ser entendida como o agir correto, leal e confiável conforme os padrões culturais de uma dada época e local.

O atual Código Civil preceitua em seu art. 422 que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”.

A boa-fé objetiva exige das partes contratantes uma regra de conduta, pautada em padrões sociais de lisura, honestidade e correção. Traduz a ideia de confiança. A boa-fé objetiva é ela própria, uma norma jurídica.

A boa-fé objetiva produz uma série de efeitos, os chamados deveres laterais ou anexos: deveres de proteção, de cooperação e de informação.

Os deveres de proteção impõem a cada parte o respeito à pessoa, à família e ao patrimônio da outra. Os deveres de cooperação obrigam as partes a auxiliarem-se mutuamente, afastando as dificuldades que estiverem a seu alcance e minimizando os

custos para a outra, na busca da realização do adimplemento. Os deveres de informação e esclarecimento obrigam as partes à informação mútua de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que com ele tenha relação e, ainda, dos efeitos que da execução possam advir.

Arnoldo Wald ressalta a importância da boa-fé, como um super princípio das relações contratuais:

A partir da regra da boa-fé nascem deveres acessórios de proteção (informação e lealdade) que não derivam da vontade das partes contratantes. Nesse sentido, a boa-fé tem natureza supletiva e função instrumental, reduz a margem de autonomia privada, uma vez que a sua observância independe da vontade das partes. (2010, p. 214).

O art. 422 do Código Civil disciplina que o princípio da boa-fé deve ser aplicado tanto na conclusão, quanto na execução do contrato. Neste sentido vislumbra-se a sua importância, pois, obriga que as partes vinculadas ao contrato tipicamente previsto, atuem com lisura e honestidade. Objetiva-se dar maior segurança a relação contratual, e impedir um prejuízo futuro com atuações desonestas e ilícitas.

Desta forma, vislumbra-se que a previsão legal do princípio da boa-fé tem, como consequência imediata, a transparência na formação, conclusão e execução do contrato.

5 CONSEQUÊNCIAS DA NÃO OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NA FORMAÇÃO E EXECUÇÃO DO CONTRATO

Com o advento do atual Código Civil, o princípio da boa-fé tornou-se imperativo em toda e qualquer relação contratual, a sua inobservância implica em responsabilidades, uma vez que, feriu dispositivo legal. Esse princípio positivado, de larga aplicação em obrigações e contratos, impõem às partes um dever de lealdade, respeito, probidade, que deve acompanhar todas as fases contratuais.

Sabe-se que o descumprimento ou não observância do disposto no artigo 422 do Código Civil/02, levará a nulidade do que fora pactuado, com consequências patrimoniais ao transgressor, que deverá suportar as consequências, inclusive com indenização por perdas e danos a parte lesada, uma vez que, houve má-fé por parte de um dos contratantes, visto que não agiu com lisura e hombridade.

Maria Helena Diniz prescreve que, "a nulidade é, uma sanção, por meio da qual a lei priva de efeitos jurídicos o contrato celebrado contra os preceitos disciplinadores dos pressupostos de validade do negócio jurídico" (2007, p. 158).

O contrato viciado, anulável, proveniente de irregularidades na sua constituição devido à má-fé, obriga o sujeito que agiu com fraude a restituir a parte prejudicada ao estado a quo, no teor do artigo 182 (primeira parte) do CC/02, “Anulado o negócio jurídico, restituir-se-á as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”.

Desta forma, caso se verifique irregularidade na formação ou execução do contrato deve a parte lesada levar ao conhecimento do juiz a inobservância do que fora pactuado, assim como a transgressão da lei que regulamenta os contratos, em geral, para que o mesmo tome as medidas legais cabíveis. Caso fique comprovada a ilicitude, por meio de sentença judicial, o contrato será extinto, devendo o prejudicado ser ressarcido pelo prejuízo sofrido com o ato ilegal.

Afigure-se a hipótese de um dos contratantes faltar com o dever de informação, ocultando informação fundamental, que importaria na decisão da outra parte em contratar. É indiscutível que em tal hipótese caracterizada estará à má-fé do contratante, ensejando a rescisão do contrato.

6 CONCLUSÃO

Ao longo deste artigo, buscou-se sentir a real necessidade da presença da boa-fé nos contratos atuais, em virtude da massificação dos contratos, fazendo com que este instituto jurídico possa realmente atingir a sua finalidade, que nada mais é do que a formalização das vontades de ambas as partes contratantes, baseando-se no consensualismo, para que aquilo pactuada possa ter realmente a validade (fazer lei entre as partes).

É lógico que esse acordo deve possuir limites arraigados as suas raízes, na intenção de não sobrepôr o interesse maior de todo o ordenamento jurídico, que é o bem-estar social em todas as esferas.

Em síntese, o princípio da boa-fé é um dever geral de conduta ativa, que impele certo comportamento aos contratantes, que limita a liberdade de contratar, impõem obrigações acessórias na formação, execução e mesmo após a extinção do contrato e ainda, funciona como regra de interpretação dos contratos. Devido a esse princípio os sujeitos vinculados ao contrato possuem deveres recíprocos como, o dever de informação e veracidade, o dever cooperação, o dever de cuidado, entre outros.

A violação de algum, desses deveres inerentes ao princípio da boa-fé objetiva, permite ao julgador adaptar ou modificar as cláusulas contratuais, ou ainda, rescindir o contrato, a fim de que se alcance a equidade contratual.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Vade Mecum (Colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto ET all.) 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. v. 3 . 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Marcello Albuquerque de. O princípio da boa-fé objetiva como limite da liberdade contratual. Disponível em [www. JurisWay.com](http://www.JurisWay.com), acessado em 10. 03.11.

MELO, Lucinete Cardoso de. O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil. Jus Disponível em: < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6027>>. Acesso em: 6 mar. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e sua função social. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WALD, Arnaldo. Direito Civil – Direito das Obrigações e teoria Geral dos Contratos. 2 v. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALTERAÇÕES NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO INTERTEMPORAL. UMA ANÁLISE DO TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL 1.199

PEDRO BORGES COELHO DE MIRANDA FREIRE:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Advogado. Pós-graduado em Direito Tributário e Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).¹³

Resumo: O presente trabalho objetiva analisar aspectos gerais da improbidade administrativa, instrumento ímpar na consagração do princípio da moralidade administrativa. Tecer breves comentários acerca de algumas das alterações legislativas trazidas pela Lei 14.230/21, que promoveu profunda alteração no instituto da improbidade administrativa. Bem como comentar a decisão do STF acerca de importantes questões que envolvem o direito intertemporal que surgiram com as alterações trazidas pela Lei supracitada. Especificamente vai se analisar a razão de decidir e o que foi decidido no Tema 1.199 de Repercussão Geral, já que existe uma enorme repercussão prática advinda do que foi decidido.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Alterações legislativas. Direito intertemporal. Jurisprudência Vinculante. Uniformidade.

Abstract: The present work aims to analyze general aspects of administrative impropriety, a unique instrument in the consecration of the principle of administrative morality. Make brief comments about some of the legislative changes brought about by Law 14.230/21, which promoted a profound change in the institute of administrative impropriety. As well as commenting on the decision of the STF on important issues involving intertemporal law that arose with the changes brought about by the aforementioned Law. Specifically, the reason for deciding and what was decided in Theme 1.199 of General Repercussion will be analyzed, since there is an enormous practical repercussion arising from what was decided.

Keywords: Administrative dishonesty. Legislative changes. Intertemporal law. Binding Jurisprudence. Uniformity.

INTRODUÇÃO

O tema improbidade administrativa é da mais alta relevância, desde a busca de se ressarcir o erário, punir os praticantes dos atos severamente prejudiciais ao funcionamento da Administração Pública, de maneira geral, até a correta interpretação dos dispositivos

¹³ Contato: pedrobcmf@hotmail.com

que regulam a lei para que os servidores possuam a devida segurança jurídica para sua atuação, evitando assim, o fenômeno do “apagão das canetas”, ou seja, uma constante busca do servidor por evitar a sua responsabilização, de modo a limitar ou paralisar o exercício das suas funções. Verdadeira fuga do exercício de suas atribuições, por medo de eventual responsabilização.

Esse tema, que, inclusive, daria um outro artigo, não é o objeto do presente, mas está, com ele relacionado, já que boa parte das alterações trazidas pela Lei 14.230/21 teve como objetivo conferir mais segurança jurídica e afastar esse tipo de fenômeno.

O ato de improbidade administrativa é gravíssimo, não a toa pode levar à suspensão dos direitos políticos do indivíduo. Nesse sentido, é preciso restringir a aplicação aos casos mais graves e evitar a banalização do instituto. Boa parte das alterações trazidas, foram nesse sentido. Em especial a taxatividade do rol de casos de improbidade por violação aos princípios da administração pública. Esse tema será melhor delineado adiante.

A Lei de Improbidade foi profundamente alterada pela Lei 14.230/21 e, como consequência, houve questionamentos acerca dos impactos dessas alterações nos processos já em curso, transitados em julgado, enfim, questões de direito intertemporal. Esse é o cerne do que se pretende analisar neste artigo.

Nessa toada, especificamente, analisar o que o STF decidiu em sede de jurisprudência vinculante acerca de questões envolvendo direito intertemporal no Tema 1.199 de repercussão geral e os principais argumentos utilizados para fundamentar a posição adotada.

Trata-se de decisão relevantíssima e muito necessária à manutenção da segurança jurídica, visando a evitar decisões conflitantes e não isonômicas.

1 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Segundo a doutrina majoritária¹⁴, a improbidade administrativa é espécie de imoralidade administrativa que mereceu tratamento constitucional, o que, *ab initio*, já denota a sua importância no seio administrativo. A possibilidade de suspensão dos direitos políticos, igualmente, ressalta a grandiosidade do instituto, afinal, o direito mais sagrado que advém de uma democracia, é o de votar.

O tratamento dispensado pela Constituição ao tema apenas enumera alguns meios de punição daquele que cometer ato de improbidade administrativa: suspensão dos

¹⁴ CASTRO, Renério. Manual de Direito Administrativo. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 824.

direitos políticos, perda da função, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, afirmando que não há prejuízo da ação penal cabível. A Lei de Improbidade Administrativa aumenta o rol de punições. Dessa forma, é de perceber que não se trata de rol taxativo, mas meramente exemplificativo. A própria forma como o artigo constitucional é escrito já denota bem a questão:

Art. 37 § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Na doutrina e na jurisprudência pátria é pacífico o entendimento de que é possível que a Lei de Improbidade preveja outras penalidades. Prova disso é o fato de haver previsão da pena de multa na Lei de Improbidade, a qual não consta no dispositivo constitucional. As penas previstas na Lei de improbidade após a alteração da Lei 14.230 de 2021 foram mais racionalizadas e são as seguintes:

Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato

I - na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual

seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos;

A esfera atingida pelo ato de improbidade é a cível, trata-se de ilícito civil. Se o ato de improbidade administrativa também configurar crime, haverá a penalização do agente também na esfera penal. Não por outro motivo, o já transcrito artigo 37, §4º da CF preceitua “sem prejuízo da ação penal cabível”. Igualmente não é de natureza administrativa, não alterando a persecução na esfera administrativa. Na realidade as 3 esferas são independentes.

Disso decorre, a possibilidade de uma tríplice responsabilização, advinda de um único ato, desde que configurada essa responsabilidade nas respectivas esferas.

Válido o esclarecimento que, conforme dito inicialmente, é considerado espécie de imoralidade, o que nos permite concluir que nem todo ato que configure afronta ao princípio da moralidade será ato ímprobo.

2 DA DECISÃO EM REPERCUSSÃO GERAL

Antes de se adentrar no que foi decidido, é preciso esclarecer que o STF decidiu em sede de repercussão geral. Mas qual a importância e relevância disso?

A EC 45/04, buscando afastar a malfadada insegurança jurídica, evitar decisões não isonômicas e dar maior racionalidade e eficiência ao sistema, instituiu esse mecanismo.

Na época, até houveram vozes que se levantaram contra o instituto alegando a sua inconstitucionalidade por violar a separação dos poderes, já que as decisões proferidas pelo STF em repercussão geral vinculariam outros poderes.

É preciso esclarecer que a decisão do STF, nessa modalidade, passa a ser vinculante para todo o Judiciário, exceto o próprio STF, que pode futuramente rever o posicionamento, para a Administração Pública, bem como, para o Legislativo, quando do exercício de sua função atípica, qual seja, a Administrativa.

Desse modo, essencial delinear que não há vinculação do Poder Legislativo quando do exercício de função típica – a de Legislar.

3. DA REVOGAÇÃO DA MODALIDADE CULPOSA

De todas as espécies de improbidade administrativa, apenas o ato de improbidade violador dos princípios administrativos previa a possibilidade de conduta culposa. Nesse sentido, confira-se a redação antiga:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

Dessa redação, além de haver a possibilidade de conduta culposa, a qual admite a prática de improbidade por imperícia, imprudência e negligência, o rol ainda era exemplificativo, afinal, o artigo fala em “notadamente”.

Por conta disso, muitos agentes públicos e particulares foram condenados, pois é muito mais fácil configurar a conduta culposa do que a dolosa. Além disso, em sendo o rol aberto e em se tratando de violação de princípios, foram se configurando uma série de casos em que se configurava a improbidade administrativa.

Um bom exemplo é o seguinte caso:

A tortura de preso custodiado em delegacia praticada por policial constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública¹⁵.

Ocorre que, como dito, existem diversas instâncias que podem punir o ato e a improbidade é um ilícito civil qualificado, já que, dada sua gravidade, o legislador permite até que se suspendam os direitos políticos do autor do ato.

Nesse sentido, permitir que a jurisprudência determine ou não se um determinado ato configura improbidade violadora dos princípios da administração pública, que, por serem princípios, possuem enorme abertura semântica, bem como, que se configure, tão somente quanto à culpa, gera enorme insegurança jurídica e a banalização desse ato que só deve ser aplicado nos casos mais extremos.

Foram justamente esses os motivos que levaram o Congresso Nacional a alterar a Lei de Improbidade, que ficou com a seguinte redação:

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. REsp 1.177.910-SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 26/8/2015 (Info 577).

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas:

Perceba-se, que, agora, somente atos de improbidade dolosos e somente os previstos no rol taxativo do artigo 11 da Lei de Improbidade, é que são ensejadores de ato de improbidade por violação aos princípios administrativos.

Por conta dessa guinada legislativa, muitas ações foram protocoladas pedindo a absolvição em condenações anteriores que foram culposas ou que se pautaram em atos de improbidade que não estão tipificados na lei pós atualização normativa.

Os principais argumentos são no sentido de que a Lei de Improbidade Administrativa expressamente prevê a aplicação dos princípios do direito administrativo sancionador que tem forte ligação com o direito penal, nesse sentido:

Art. 1º (...) § 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

Ademais, alegou-se que, no caso, deveria se aplicar o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, nos termos da CF:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Ocorre que, como se sabe, a improbidade administrativa é matéria afeta à seara cível, de forma que a regra da retroatividade benéfica não pode ser aplicada ao caso, conforme decisão do STF no tema analisado.

É preciso ter em mente, que a regra no nosso ordenamento jurídico é a irretroatividade, até por conta da segurança jurídica. Dessa forma, o art. 5º, XL, da CF/88, que fala especificamente em lei penal e visa a tutelar especificamente casos que envolvam restrição da liberdade, deve ser interpretado restritivamente, por constituir exceção à regra e, não pode, absolutamente, ser aplicado na esfera civil para fins de improbidade administrativa.

A lógica do constituinte ao instituir essa exceção foi a de fazer incidir a retroatividade quando, por exemplo, deixa-se de se considerar certa conduta crime. Afinal, acaso se deixe de considerar determinada conduta criminosa, não faz sentido manter preso alguém que a cometeu antes da descriminalização.

Em suma, são bens jurídicos diferentes e âmbitos de atuação diversos (um é penal, outro é cível). Por isso, no que se refere aos processos transitados em julgado e as execuções das penas e seus incidentes, não é possível a aplicação das alterações advindas da Lei 14.230/21. Somado aos argumentos supracitados, tem-se que a admitir a aplicação a esses processos violaria a coisa julgada, afinal, o art. 5º, XXXVI, da CF, expressamente delinea que a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Nesse sentido, concluiu o STF:

Por força do art. 5º, XXXVI, da CF/88, a revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, promovida pela Lei nº 14.230/2021, é irretroativa, de modo que os seus efeitos não têm incidência em relação à eficácia da coisa julgada, nem durante o processo de execução das penas e seus incidentes¹⁶.

Superada essa questão, impõe-se perquirir, então, a que processos as alterações trazidas se aplicam? Ora, a depender da resposta, isso pode resultar numa absolvição ou numa condenação, daí a extrema relevância do tema e, também, a necessidade de se responder o tema o mais rápido possível.

Essas mudanças se aplicam a todos os processos posteriores à sua data de publicação e vigência (26/10/21)? Ou se aplica aos processos em curso, mas ainda não transitados em julgado?

A resposta para essa questão passa pela natureza de processo civil, que já foi analisada. Ora, em se tratando de processo civil, a regra aplicável é a do “tempus regit actum”, nesse sentido é o seguinte artigo do CPC:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e **será aplicável imediatamente aos processos em curso**, respeitadas os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ARE 843989/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18/8/2022 (Repercussão Geral – Tema 1199) (Info 1065).

Por esse motivo, o STF entendeu que, nos processos ainda em curso a alteração promovida é plenamente aplicável, sem importar em retroatividade. Seria o caso de um processo que tramitou na primeira instância, a parte foi condenada com base na Lei de Improbidade por ato culposo e ao chegar no Tribunal houve a publicação das alterações na Lei de Improbidade. Nesse caso, deve-se verificar a ausência de dolo e, o fazendo o réu deve ser absolvido.

Com isso, quer-se dizer que, o só fato de ter sido condenado por ato de improbidade culposo e no curso do processo advir a alteração legislativa, não implica a absolvição automática, devendo o juízo competente proceder ao exame de eventual dolo. É nesse sentido a decisão do STF:

Incide a Lei nº 14.230/2021 em relação aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência da Lei nº 8.429/1992, desde que não exista condenação transitada em julgado, cabendo ao juízo competente o exame da ocorrência de eventual dolo por parte do agente¹⁷.

Então, o STF decidiu a que processos se aplica a mudança legislativa e que isso não implica a absolvição automática, devendo o órgão julgador proceder ao julgamento do caso conforme se identifique a existência de dolo.

4. MUDANÇAS NA PRESCRIÇÃO

A prescrição é a perda da pretensão de exercer o direito de ação contra um determinado sujeito. Perceba que não há fulminação do direito em si, mas somente da pretensão, ou seja, ele permanece intacto, mas a parte não pode se socorrer do judiciário para fazer valer seu direito. Quem regulamenta o instituto o Código Civil, mais precisamente o seu artigo 189:

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Assim como boa parte das alterações promovidas na lei de improbidade, como citado, a prescrição tem como fundamento a segurança jurídica e a paz social, pois impede que quem se mantém inerte exerça seu direito sobre outrem depois do decurso do prazo previsto em lei. Dessa forma, há inegável estabilização de relações jurídicas, algo que é fundamental para os mais diversos aspectos da vida, considerada como um todo.

¹⁷ *Idem*.

Feita essa explicação, percebe-se que era fundamental prever o prazo prescricional para se ajuizar a ação de improbidade, o que foi feito no art. 23 LIA. A antiga previsão era nos seguintes termos:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.

Perceba-se, portanto, que havia uma complicada disciplina, que inclusive foi alvo de diversos debates, como por exemplo, quando começaria o prazo de prescrição no caso de exercente de cargo eletivo que comete ato de improbidade, mas é reeleito para outro mandato? A expressão contida no art. 23, I, da LIA “término do exercício de mandato”, se refere ao do mandato em que se praticou o ato de improbidade ou, em caso de reeleição, ao fim de qualquer mandato eletivo?

Enfim, eram diversas as divergências, que até foram pacificadas pela jurisprudência, mas aqui não se adentra no mérito dessas questões, pois não é o foco do presente artigo. Na realidade, o objetivo de trazer a discussão é somente mostrar que houve uma simplificação do trato da matéria, quando do advento da Lei que alterou a LIA.

Atualmente, o artigo 23 da LIA dispõe da seguinte maneira:

Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência.

§ 1º A instauração de inquérito civil ou de processo administrativo para apuração dos ilícitos referidos nesta Lei suspende o curso do prazo prescricional por, no máximo, 180 (cento e oitenta) dias corridos, recomeçando a correr após a sua conclusão ou, caso não concluído o processo, esgotado o prazo de suspensão.

De pronto, é notável o fato de que, em termos absolutos, se aumentou o prazo, já que o maior sob a égide da Lei anterior era de 5 anos e agora é de 8 anos. Em sendo assim, por que foram ajuizadas diversas ações visando à aplicação do novo prazo previsto na lei de improbidade? Não faria mais sentido para o réu querer que se aplique o prazo de menos anos?

Não necessariamente. A resposta está no termo inicial do prazo. De maneira geral, o prazo anterior, em termos absolutos era menor, mas o seu termo inicial se dava somente com o conhecimento da autoridade o que poderia levar anos, tornando a soma do prazo para conhecimento pela autoridade com o previsto no artigo 23 maior do que o prazo trazido pela Lei 14.230/21, já que da prática do ano, já começa a contar o prazo prescricional.

Abre-se um pequeno parêntese para ressaltar a previsão de suspensão do prazo em 180 dias no caso de ser aberto inquérito civil ou processo administrativo.

Dito isso, assim como ocorreu na questão referente à supressão da modalidade culposa, passou-se a questionar que prazo deve se aplicar, já que essa decisão afeta diversos processo, que, a depender do caminho que se tomar podem estar prescritos. É salutar, nesse sentido, mencionar que, diferente da LIA anterior, a nova previu a aplicabilidade da prescrição intercorrente nos processos de improbidade administrativa. Esse é um ponto bastante relevante, pois a LIA pré- alterações era omissa e, firmou-se, no âmbito do STJ o seguinte entendimento:

Esta Corte Superior possui jurisprudência consolidada no sentido de que não há falar em prescrição intercorrente nas ações de improbidade administrativa, pois a Lei 8.429/92 somente prevê a existência de prazo prescricional para o ajuizamento da ação¹⁸.

Dessa forma, resta superado o referido entendimento, que, por sinal, era consolidado. Conforme nota-se da previsão a seguir:

Art. 23 (...) § 8º O juiz ou o tribunal, depois de ouvido o Ministério Público, deverá, de ofício ou a requerimento da parte interessada, **reconhecer a prescrição intercorrente da pretensão sancionadora** e decretá-la de imediato, caso, entre os marcos interruptivos referidos no § 4º, transcorra o prazo previsto no § 5º deste artigo.

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. AgInt nos EDcl no REsp 1860617/MS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 23/11/2020.

§ 5º Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no **caput** deste artigo.

Em suma, a questão enfrentada pelo STF era se esse novo prazo previsto retroage. Decidiu-se o que segue:

Os prazos prescricionais previstos na Lei nº 14.230/2021 não retroagem, sendo aplicáveis a partir da publicação do novo texto legal (26/10/2021)¹⁹.

A razão de ser foi que acaso retroagissem estaria ferindo de morte o ato jurídico perfeito, o princípio da segurança jurídica, a proteção da confiança (vertente da segurança jurídica ligada à Administração Pública, bem como se restringiria o acesso à justiça. Afinal, determinado processo que foi ou seria ajuizado poderia ter que ser extinto ou ser estar prescrito quando do seu eventual ajuizamento se o prazo novo retroagisse, pois, como explicado anteriormente, apesar de se tratar de prazo com mais anos, o termo inicial é completamente diverso e de forma que torna muito mais provável a prescrição.

Outro ponto relevante e que foi levada em consideração pelo STF quando da decisão é que, acaso se permitisse que o novo prazo prescricional retroagisse o que se teria é verdadeiro desvirtuamento do instituto da prescrição.

Explico melhor. O fundamento da prescrição é a pacificação social e a punição da inércia do detentor da pretensão. Nesse sentido, imaginemos a situação em determinada ação de improbidade ainda pudesse ser ajuizada em 2 anos. Logo mais, advém uma alteração legislativa e pela nova contagem, acaso fosse permitida a retroação, a pretensão estaria fulminada.

Ora, nesse caso, fica claro que, se permitida a retração, uma lei posterior determinou que o detentor da pretensão foi moroso, inerte, tratando-se de verdadeira conduta surpreendente, pois, no caso dado como exemplo ainda haviam 2 anos para se ajuizar a ação. É por esse motivo que se fala que permitir a retroação do prazo prescricional violaria o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança. Taxar de inerte, quem não foi, por lei futura é situação teratológica e que deve, portanto, ser afastada, de forma que muito pertinente o marco temporal escolhido pelo STF.

Considerações Finais

19 _____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ARE 843989/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18/8/2022 (Repercussão Geral – Tema 1199) (Info 1065).

Por todo o exposto, é preciso primeiro elogiar a velocidade com que o STF decidiu a questão, pois isso é muito importante para uniformizar a jurisprudência e evitar o sentimento de injustiça dos jurisdicionados para o caso de decisões opostas em que a situação jurídica é a mesma.

Do mesmo modo, é muito salutar o instituto da repercussão geral e o sistema de jurisprudências vinculantes que progrediu bastante com o advento do novo CPC.

No que concerne o mérito do artigo, é preciso esperar para ver como vão ser as repercussões das alterações na Lei de Improbidade, mas, de pronto, muitas delas são muito pertinentes já que visam a dar maior segurança jurídica. Em especial a unificação dos prazos de prescrição num único, com termo inicial bem definido, além de um maior controle e, portanto, menor abertura semântica para caracterizar os atos de improbidade violadores dos princípios da administração pública.

Especificamente quanto as questões de direito intertemporal, o STF decidiu que a retirada da modalidade culposa dos casos que envolvem condenação de atos de improbidade por violação aos princípios da administração pública deve ser vistos à luz dos princípios da irretroatividade da lei e da regra processual na qual o tempo em que ato processual é praticado é que determinada a regra a que se aplica.

Desse modo, não se aplicam aos processos transitados em julgados, bem como aos que executam eles, mas se aplica aos processos em curso.

Já no que tange ao novo prazo prescricional e a todas as alterações trazidas por ele e já comentadas no corpo do artigo, ele só se aplica para os atos de improbidade praticados após a publicação da Lei 14.230/21. Foram esses os marcos temporais adotados pelo STF e que foram exaustivamente analisados.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. REsp 1.177.910-SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 26/8/2015 (Info 577).

_____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. AgInt nos EDcl no REsp 1860617/MS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 23/11/2020.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 843989/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 18/8/2022 (Repercussão Geral – Tema 1.199) (Info 1065).

CASTRO, Renério. Manual de Direito Administrativo. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

A APLICABILIDADE DO TEMA REPETITIVO Nº 1.146 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AOS MANDADOS DE SEGURANÇA INDIVIDUAIS E CORRESPONDENTES AÇÕES DE COBRANÇA

TATIANA MARTINS DE OLIVEIRA:
Procuradora na Procuradoria Geral do
Estado da Bahia.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo investigar a aplicabilidade do Tema Repetitivo nº 1.146 do Superior Tribunal de Justiça às ações de cobrança de valores referentes a períodos anteriores a impetração do mandado de segurança. Para tanto delinear-se-á os contornos normativos e jurisprudenciais dos mandados de segurança coletivos e individuais, assim como da correspondente ação de cobrança.

Palavras-chave: Mandado de segurança, coletivo, individual, ação de cobrança, trânsito em julgado, interesse de agir.

1. INTRODUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça submeteu o Recurso Especial nº 1.836.423-SP, de relatoria do Min. Mauro Campbell Marques, à sistemática dos recursos representativos da controvérsia, conforme estabelece o art. 1.036, §§1º e 5º do Código de Processo Civil e o art. 256-H do Regimento Interno do STJ, no qual pretende analisar a seguinte tese: *“verificação de interesse de agir no ajuizamento de ação de cobrança com base no lustro anterior à impetração de mandado de segurança coletivo ainda não transitado em julgado”*.

A controvérsia teve origem no recurso interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento de Incidente de Resolução Demandas Repetitivas nº 2052404-67.2018.8.26.0000, no qual se apreciou a possibilidade de ajuizamento de ação de cobrança de períodos anteriores ao mandado de segurança coletivo ainda não transitado em julgado.

Na ocasião o aludido Tribunal entendeu que é imprescindível para o ajuizamento da ação de cobrança o trânsito em julgado do *mandamus*. Segue a ementa do julgado:

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – Tema: possibilidade do ajuizamento de ação de cobrança com base o no lustro anterior à impetração de mandado de segurança coletivo cujo julgamento ainda não transitou em julgado - Discrepância do

entendimento entre a 9ª Câmara de Direito Público e a 12ª Câmara de Direito Público, ambas prevemos pelo julgamento de ações mandamentais coletivas acerca da mesma relação de direito material - Reconhecimento do risco de ofensa à isonomia e à conveniência da segurança jurídica - Incidente admitido - Necessidade de formação da coisa julgada material para produção de efeitos jurídicos para além do processo - **Tese fixada: é cabível ação de cobrança com base no lustro anterior à impetração de mandado de segurança coletivo, desde que o julgamento da impetração haja transitado em julgado.**

JULGAMENTO DO RECURSO ORIGINÁRIO - Art. 978, parágrafo único, do Código de Processo Civil - Recurso provido - Extinção da ação sem resolução do mérito nos termos do artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Em face dessa decisão foram opostos embargos de declaração pela São Paulo Previdência – SPPREV, os quais foram acolhidos com efeito modificativo somente para adequar a tese, mas sem alteração do conteúdo tese anteriormente fixada, conforme se depreende da respectiva ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Interposição fundada no artigo 1.022 do Código de Processo Civil - Alegação de obscuridade - Alegação de contradição - Alegação de omissão - Caráter infringente - Prequestionamento - Reconhecimento dos reclamos e consequente substituição do julgado - Acolhimento dos embargos para esclarecimentos que constarão no corpo do acórdão, reafirmada a divergência exposta na sessão anterior de julgamento. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - Tema: possibilidade do ajuizamento de ação de cobrança com base no lustro anterior à impetração de mandado de segurança coletivo cujo julgamento ainda não transitou em julgado - Discrepância do entendimento entre a 9ª Câmara de Direito Público e a 12ª Câmara de Direito Público, ambas preventas pelo julgamento de ações mandamentais coletivas acerca da mesma relação de direito material - Reconhecimento do risco de ofensa à isonomia e à conveniência da segurança jurídica - Incidente admitido - Necessidade de formação da coisa julgada material para produção de efeitos jurídicos para além do processo - Sem o trânsito em julgado não há interesse de agir - Tese fixada: **O interesse de agir para ajuizamento da ação de cobrança embasada em mandado de segurança coletivo nasce com o trânsito em julgado da**

sentença que decidir a impetração. JULGAMENTO DO RECURSO ORIGINÁRIO - Art. 978, paragrafo único, do Código de Processo Civil - Recurso provido - Extinção da ação sem resolução do mérito nos termos do artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Feita essa contextualização, a questão que se apresenta nesse artigo refere-se a possibilidade de aplicação da tese que será construída pelo STJ no julgamento do Tema 1.146 aos mandados de segurança individuais e respectivas ações de cobrança, o que implicaria, conseqüentemente, também na suspensão destas até o julgamento do mencionado Recurso Especial.

2. O MANDADO DE SEGURANÇA E SEUS CONTORNOS

O mandado de segurança, como ação constitucional, foi previsto pela primeira vez no art. 113, item 33, da Constituição de 1934, ao estabelecer que:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes

(...)

33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.

Contudo, foi somente sob a égide da Constituição de 1946 que foi editada a Lei nº 1533/1951 que cuidou de regulamentar pela primeira vez o instituto do mandado de segurança, a qual esteve em vigor por quase 58 anos.

Na atual Constituição Federal o mandado de segurança está previsto no art. 5º, inciso LXIX e LXX, tendo adquirido contornos mais específicos, prevendo, inclusive a possibilidade de ajuizamento de forma coletiva, o que será melhor detalhado nos próximos tópicos.

No âmbito infraconstitucional o mandado de segurança encontra-se atualmente regido pela Lei nº 12.016/2009, que revogou a Lei nº 1.533/51.

2.1. Mandado de segurança individual

O mandado de segurança individual está previsto no inciso LXIX do art. 5º da Constituição Federal. Destina-se a proteger direito líquido e certo, desde que não possa ser protegido por meio de *habeas corpus* ou *habeas data*, possuindo, portanto, um caráter excepcional. Sua utilização restringe-se aos atos praticados pela autoridade pública. Confira-se o dispositivo constitucional:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

O art. 1º da Lei nº 12.016/2009, por sua vez, possui redação parecida com o dispositivo constitucional, mas prevê, expressamente, na própria definição do instituto, a possibilidade de ser ajuizado também por pessoa jurídica, afastando qualquer dúvida nesse particular, *in verbis*:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Da definição legal e constitucional extrai-se alguns elementos do instituto, a saber: a) o direito a ser protegido deve ser líquido e certo; b) impossibilidade de utilização de *habeas corpus* ou *habeas datas* para a defesa do direito; c) deve ser usado contra ato ilegal ou abuso de poder; d) a autoridade contra qual se ajuíza ação deve ser pública ou deve estar no exercício de atribuições do poder público.

Entre esses elementos, sobressai a necessidade de se compreender o conteúdo normativo da expressão "direito líquido e certo".

A certeza e a liquidez do direito relacionam-se à possibilidade de se demonstrar cabalmente os fatos sobre os quais recai o direito. Em outras palavras, direito líquido e certo é aquele corroborado por provas indiscutíveis previamente constituídas e juntadas aos autos pela parte autora (Marinoni, 2022). Daí por que se passou a entender que no mandado de segurança não se admite dilação probatória.

Esse também é o entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se extrai da ementa dos seguintes julgados:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. DIREITO ADMINISTRATIVO. PENA DE DEMISSÃO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos. **II – Esta Corte, em sucessivas decisões, já assinalou que o direito líquido e certo, capaz de autorizar o ajuizamento do mandado de segurança, é, tão somente, aquele que concerne a fatos incontroversos, constatáveis de plano, mediante prova literal inequívoca.** III – Agravo regimental a que se nega provimento.

(RMS 37643 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 14/02/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 21-02-2022 PUBLIC 22-02-2022)

E M E N T A: MANDADO DE SEGURANÇA – PETIÇÃO INICIAL DESACOMPANHADA DOS DOCUMENTOS NECESSÁRIOS À COMPROVAÇÃO LIMINAR DOS FATOS ALEGADOS – INDISPENSABILIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – CONCEITO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – FATOS INCONTROVERSOS E INCONTESTÁVEIS – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – Refoge, aos estreitos limites da ação mandamental, o exame de fatos despojados da necessária liquidez, não se revelando possível a instauração, no âmbito do processo de mandado de segurança, de fase incidental de dilação probatória. Precedentes. – **A noção de direito líquido e certo ajusta-se, em seu específico sentido jurídico-processual, ao conceito de situação decorrente de fato incontestável e inequívoco, suscetível de imediata demonstração mediante prova literal pré-constituída.** Precedentes.

(MS 23190 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-026 DIVULG 06-02-2015 PUBLIC 09-02-2015)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. EXCLUSÃO DE VANTAGEM ECONÔMICA CONCEDIDA POR DECISÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE CÓPIA DO ATO APONTADO COMO COATOR E DA DECISÃO CONCESSIVA DA VANTAGEM. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS ARGUMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO DESPROVIDO. **1. O procedimento do mandado de segurança exige, como requisito indispensável à demonstração da liquidez e certeza do direito postulado, que os fatos articulados na inicial sejam demonstrados de plano, por prova pré-constituída, o que não se verificou in casu.** 2. A ausência de impugnação específica, capaz de infirmar a decisão hostilizada, impõe o desprovido do agravo. 3. Agravo desprovido.

(MS 28943 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 02-10-2014 PUBLIC 03-10-2014)

Nessa perspectiva, uma vez demonstrada a liquidez e certeza do direito pelas provas carreadas aos autos, apresenta-se despicienda eventual controvérsia sobre matéria de direito, que não impedirá a concessão da segurança, consoante o que dispõe o enunciado da súmula de jurisprudência nº 625 da Suprema Corte.

2.2. Mandado de segurança coletivo

O mandado de segurança coletivo, está previsto no inciso LXX do art. 5º da Constituição Federal nos seguintes termos:

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Como se nota, a norma constitucional restringiu-se a enunciar os legitimados para o ajuizamento do mandado de segurança, todos eles pessoas jurídicas que possuem em sua essência o caráter representativo de uma coletividade. Registre-se que em relação

às entidades constantes na alínea “b” a legitimidade está adstrita aos interesses dos membros e associados, o que não ocorre em relação aos partidos políticos.

Não obstante, o art. 21 da Lei nº 12.016/2009 foi além e incluiu o requisito da pertinência temática também para os partidos políticos ao deduzir que o interesse defendido deve estar atrelado a seus integrantes ou à finalidade partidária. Confira-se a redação da norma:

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Nesse particular, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a limitação imposta pela norma infraconstitucional, no julgamento Recurso Extraordinário nº 196.184/AM, de Relatoria do Ministra Ellen Gracie, reconheceu a sua inconstitucionalidade, posto que restringe o exercício de um direito ilimitadamente conferido pela Constituição Federal. Dada a clareza e objetividade dos argumentos apresentados pela Relatora, transcreve-se a abaixo a seguinte passagem do seu voto:

A tese do recorrente no sentido da legitimidade dos partidos políticos para impetrar mandado de segurança coletivo estar limitada aos interesses de *de(sic)* seus filiados não resiste a uma leitura atenta do dispositivo constitucional supra. Ora, se o Legislador Constitucional dividiu os legitimados para a impetração do Mandado de Segurança Coletivo em duas alíneas, e empregou somente com relação à organização sindical, à entidade de classe e à associação legalmente constituída a expressão “*em defesa dos interesses de seus membros ou associados*” é porque não quis criar esta restrição aos partidos políticos. Isso significa dizer que está reconhecido na Constituição o dever do partido político de zelar pelos interesses coletivos, independente de estarem relacionados a seus filiados.

É digno de nota, ainda, o parágrafo único do art. 21, que cuidou de delimitar quais as espécies de direitos coletivos podem ser tutelados por meio do ajuizamento do mandado de segurança coletivo:

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Confrontando esse dispositivo com o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078 /1990, facilmente se percebe que os direitos difusos, em uma interpretação literal, não estariam inseridos no âmbito de proteção do mandado de segurança coletivo. Contudo, muito se discute a respeito da possibilidade de utilização do mandado de segurança como instrumento de proteção dos direitos difusos, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal (RMS 2.423, EDcl no MS 197, MS 34.070). Contudo, em que pese se tratar de importante discussão, esse ponto não será aprofundado neste artigo, tendo vista não estar inserido em seu objeto de análise, fazendo-se menção somente a título de contextualização.

Como visto, o mandado de segurança coletivo distingue-se do mandado de segurança individual no que toca ao âmbito de proteção, fator que apoia a escolha de uma legitimação ativa mais ampla, e conduz a resultado distinto no que se refere ao alcance da coisa julgada, nos termos do que estabelece o art. 22, §1º, da Lei 10.016/2009 (Pereira, 2021).

3. CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO TEMA 1146 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

O art. 14, §4º, da Lei nº 12.016/2009 estabelece que o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias decorrentes da sentença ou acórdão concessivo da segurança somente alcançará as prestações que se vencerem a partir da data do ajuizamento do *mandamus*, *in verbis*:

Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

(...)

§ 4º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

Essa também é a compreensão que emerge do texto dos enunciados de súmula de jurisprudência nº 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal, editadas, ainda sob égide da Lei nº 1.533/51:

Súmula 269

O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.

Súmula 271

Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.

Com efeito, o mandado de segurança somente produz efeitos patrimoniais a partir de sua impetração, o que significa dizer que todos os períodos vencidos em data anterior à impetração deverão ser objeto de cobrança por meio de ação própria, sempre respeitada a prescrição quinquenal.

A partir dessa compreensão o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a parte impetrante somente passa a possuir interesse de agir para o ajuizamento da ação de cobrança dos períodos pretéritos, a partir do trânsito em julgado do *mandamus*.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. AÇÃO DE COBRANÇA. DIFERENÇAS PRETÉRITAS A MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência pacífica do STJ não admite a ação de cobrança de períodos anteriores à impetração de mandado de segurança enquanto não houver o trânsito em julgado da sentença no writ.

2. O provimento do recurso especial depende de exame probatório dos autos com o fim de verificar se já há coisa julgada em mandado

de segurança capaz de sustentar a ação de cobrança dos efeitos financeiros anteriores à impetração. Essa tarefa não é possível nos termos da Súm. n. 7/STJ.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EDcl no REsp 1774364/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 28/10/2019)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. TRÂNSITO EM JULGADO. NECESSIDADE. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Consoante o entendimento desta Corte, é necessário aguardar o trânsito em julgado da sentença em mandado de segurança coletivo para o ajuizamento da ação de cobrança visando à percepção de parcelas pretéritas. Incidência da Súmula 83 do STJ.

2. A apreciação do inconformismo, no tocante à conformação da resjudicata, da forma como posto nas razões do apelo obstado, demandaria incursão no substrato fático probatório constante nos autos, providência inviável no âmbito do recurso especial, ante o óbice estampado na Súmula 7 do STJ.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp 1769221/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2019, DJe 04/12/2019)

É nesse contexto que emerge a questão debatida no Tema Repetitivo nº 1.146 da Corte Especial, o qual está delimitado nos seguintes termos: "*verificação de interesse de agir no ajuizamento de ação de cobrança com base no lustro anterior à impetração de mandado de segurança coletivo ainda não transitado em julgado*".

Em linhas gerais, discute-se a possibilidade de ajuizamento de ação de cobrança de períodos anteriores a impetração antes do respectivo trânsito em julgado, sob a ótica do interesse de agir, considerando a inexistência de título judicial coletivo.

Em uma primeira leitura, a discussão submetida ao Tema nº 1.146 parece se referir somente aos mandados de segurança coletivos, não abarcando os mandados de segurança individuais.

A partir dessa compreensão, indaga-se sobre a aplicabilidade do Tema 1.146 também aos mandados de segurança individuais e respectivas ações de cobrança.

Nessa perspectiva, há que se considerar que as distinções da estrutura jurídico-normativa do mandado de segurança coletivo em relação ao mandado de segurança individual não denotam circunstâncias aptas a restringir o âmbito de aplicação da tese a ser definida no Tema nº 1.146.

Com efeito, se no mandado de segurança coletivo, que visa proteger interesses de uma coletividade, a divergência sobre imprescindibilidade do trânsito em julgado do *writ* para o ajuizamento da ação de cobrança de valores referentes a períodos anteriores a impetração é suficiente a justificar a admissão do Tema Repetitivo em comento, com muito mais razão há que se aplicar o Tema também às ações de cobrança calcadas em mandados de segurança individuais, já que ao acertamento do direito se mostra imprescindível ao escopo da própria ação.

Tal interpretação, melhor se coaduna com a necessidade de uniformização da jurisprudência dos tribunais brasileiros, evitando-se, assim, que, em casos análogos, sejam proferidas decisões distintas, colocando em evidência, e reforçando, a aplicação do princípio da segurança jurídica.

Por fim, em que pese a Corte Especial, consoante jurisprudência colacionada, já demonstrar qual será a provável solução da questão jurídica (qual seja imprescindibilidade do trânsito em julgado do *mandamus* para o ajuizamento da ação de cobrança), o julgamento do Tema se apresenta de suma importância, posto que criará um precedente vinculante sobre a matéria, o qual deverá ser adotado por todos os Tribunais.

Nesse sentido, o art. 987, §2º do CPC, ao discorrer sobre os efeitos do julgamento do recurso especial interposto contra acórdão que apreciou incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, estabelece que "*apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito*". Esse também é o teor do art. 1.039 e 1.040 do CPC, ao regular os efeitos da tese firmada no julgamento de recurso especial e de recurso extraordinário representativos da controvérsia.

4.CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo analisar a possibilidade de aplicação do Tema Repetitivo nº 1.146 às ações de cobrança dos períodos retroativos quando decorrentes de mandado de segurança individual.

Para tanto, realizou-se uma digressão a respeito dos contornos normativos e jurisprudenciais dos mandados de segurança individual e coletivo apresentando os seus elementos.

Discorreu-se ainda, sobre a necessidade de ajuizamento de ação de cobrança de valores referentes a períodos anteriores a impetração, conforme determina o art. 14, §4º da Lei nº 12.016/2009 e os enunciados de súmula de jurisprudência nº 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, analisou-se o Tema Repetitivo nº 1.146 do Superior Tribunal de Justiça com a finalidade de compreender a esfera de sua aplicação, alcançando-se a conclusão de que, muito embora faça referência textual somente aos mandados de segurança coletivos e às ações de cobrança deles decorrentes, também se aplica às ações de cobrança derivadas dos mandados de segurança individuais.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em: 30 de janeiro de 2023.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> . Acesso em: 29 de janeiro de 2023.

BRASIL. Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1533.htm> . Acesso em 17 de janeiro de 2023.

BRASIL. Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm> . Acesso em 18 de janeiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 196.184-AM. Recorrente: Município de Manaus. Recorrido: Partido Socialista Brasileiro-PSB. Relator: Ministra Ellen Gracie. DJE de 18 de fevereiro de 2005. Disponível

em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur94537/false>>. Acesso em 25 de janeiro 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 28.943 – DF. Recorrente: Roberto Ribeiro Silva. Recorrido: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Luiz Fux. DJE de 10 de outubro de 2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur278904/false>>. Acesso em 16 de janeiro 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 23.190 – RJ. Recorrente: Marcus Vinícius do Amaral e outros. Recorrido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. DJE de 09 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6085573>>. Acesso em 16 de janeiro 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 37.643 – DF. Recorrente: Francisco Plauto Mendes Moreira. Recorrido: União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE de 22 de fevereiro de 2022. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur459456/false>>. Acesso em 12 de janeiro 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 269. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2468>>. Acesso em 16 de janeiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 271. Disponível em:

<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula271/false>>. Acesso em 16 de janeiro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.836.423 – SP. Recorrente: Roberta de Carvalho e outros. Recorrido: São Paulo Previdência. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. DJE de 7/12/2022. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em 12 de janeiro 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.774.364 – SP. Recorrente: Benedito Donizeti de Sousa e outros. Recorrido: São Paulo Previdência. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. DJE de 28 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=AGINT+NOS+EDCL+NO+RESP+1.774.364&b=ACOR&p=true&tp=T>>. Acesso em 20 de janeiro 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no Recurso Especial n. 1.769.221 – SP. Recorrente: Luiz Jeronimo e outros. Recorrido: Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gurgel de Faria. DJE de 04 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802502090&dt_publicacao=04/12/2019>. Acesso em 20 de janeiro 2023.

ARENHART, Sérgio; OSNA, Gustavo. Capítulo 9. O Mandado de Segurança Como Instrumento de Processo Coletivo In: ARENHART, Sérgio; OSNA, Gustavo. Curso de Processo Civil Coletivo. São Paulo (SP):Editora Revista dos Tribunais. 2021. Disponível em: <<https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1279972584/curso-de-processo-civil-coletivo>>. Acesso em: 6 de Fevereiro de 2023.

CLÈVE, Clèmerson. 4. Mandado de Segurança In: CLÈVE, Clèmerson. Direito constitucional: ações constitucionais. São Paulo (SP):Editora Revista dos Tribunais. 2015. Disponível em: <<https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1341523885/direito-constitucional-acoes-constitucionais>>. Acesso em: 1 de Fevereiro de 2023.

MARINONI, Luiz; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Diferenciados. São Paulo (SP):Editora Revista dos Tribunais. 2022. Disponível em: <<https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1540360975/curso-de-processo-civil-tutela-dos-direitos-mediante-procedimento-diferenciados>>. Acesso em: 1 de Fevereiro de 2023.

MEDINA, José; ARAÚJO, Fábio. Art. 1º In: MEDINA, José; ARAÚJO, Fábio. Mandado de Segurança Individual e Coletivo: Comentários à Lei 12.016/2009. São Paulo (SP):Editora Revista dos Tribunais. 2021. Disponível em: <<https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1279972472/mandado-de-seguranca-individual-e-coletivo-comentarios-a-lei-12016-2009>>. Acesso em: 2 de Fevereiro de 2023.

PEREIRA, Paula et al. 45. Mandado de Segurança: O Incessante Aperfeiçoamento do Instituto In: PEREIRA, Paula et al. Processo Constitucional. São Paulo (SP):Editora Revista dos Tribunais. 2021. Disponível em: <<https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1339715969/processo-constitucional>>. Acesso em: 31 de Janeiro de 2023.

A IMPOSSIBILIDADE ATUAL DE CRIAÇÃO DE NOVOS MUNICÍPIOS NO BRASIL E A INVIABILIDADE DE REALIZAÇÃO DE ETAPAS PROCEDIMENTAIS ANTECEDENTES À CRIAÇÃO.

RAUL QUEIROZ DE MENEZES: Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife da UFPE, Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Advogado e ocupante do cargo efetivo de Agente Legislativo da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco, onde assessora a Comissão de Constituição, Legislação e Justiça²⁰.

RESUMO: O presente artigo faz uma análise sobre a impossibilidade de criação de novos Municípios no Brasil, após a Edição da Emenda Constitucional nº16/96, enquanto não for editada a Lei Complementar Federal de que trata o artigo 18 § 4º da CF/88. Ademais, o autor, tomando por base caso prático por ele enfrentado no exercício de sua atividade profissional (é Agente Legislativo com atribuição de assessoramento da Comissão de Constituição, Legislação e Justiça da ALEPE), analisa a viabilidade ou não de, mesmo sem serem criados os Municípios, serem dados alguns dos outros passos previstos no dispositivo constitucional supracitado, de forma que o processo ficasse dependendo apenas da edição da Lei Complementar Federal e da promulgação de posterior lei estadual a fim de criar as novas edilidades

Palavras-chave: Federalismo. Criação de Municípios. Emenda Constitucional nº16/96. Impossibilidade. Ausência de Lei Complementar Federal. TSE. Impossibilidade de ser realizado plebiscito antes da LC Federal.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo é fruto de pesquisa realizada na área do Direito Constitucional, com análise centrada na impossibilidade de criação de novos municípios no Brasil enquanto não for editada a Lei Complementar Federal a que se refere o artigo 18, § 4º, da Carta Magna, com a redação que lhe foi dada pela EC nº 16/96. Ademais, o ensaio também analisa o posicionamento do TSE acerca da inviabilidade de realização das demais etapas do procedimento previsto no dispositivo constitucional supracitado, além de trazer argumentos do autor em reforço dessa posição.

²⁰ E-mail: raulqmenezes@gmail.com

O autor teve contato mais aprofundado com o tema em virtude de sua atuação profissional, já que ocupa o cargo de Agente Legislativo na ALEPE, prestando assessoramento à Comissão de Constituição, Legislação e Justiça daquela casa. No ano de 2022 foram distribuídos àquele colegiado uma série de projetos de lei com a finalidade de criação de novos municípios no âmbito do Estado de Pernambuco, que levaram à debates no seio da Comissão, culminando com a rejeição dos projetos.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Da Emenda Constitucional nº 16/96 e da necessidade de edição de lei complementar federal para que novos municípios sejam criados no Brasil.

Inicialmente, é imperioso trazer à colação o dispositivo constitucional citado no título deste tópico:

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

[...]

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996) Vide art. 96 - ADCT

Inferese a partir do dispositivo acima transcrito, que se trata de norma de eficácia limitada, e que são pressupostos indispensáveis à criação de novos Municípios: período determinado em lei complementar federal, divulgação dos estudos prévios de viabilidade municipal; e consulta, mediante plebiscito, à população dos Municípios diretamente envolvidos (tanto da área a ser desmembrada, quanto da área que se desmembra).

Em seu âmago, esses requisitos, introduzidos pela Emenda Constitucional nº 15, de 12 de setembro de 1996, tiveram como escopo pôr fim à criação desenfreada de Municípios, verificada em meados da década de 90, em todo o País.

No entanto, a referida lei complementar ainda não foi editada pelo Congresso Nacional, apesar de transcorridos quase vinte anos da EC 15/96. Desse modo, ainda que a omissão legislativa do Congresso Nacional seja reprovável (fato reconhecido no

juízo da ADO 3.682/MT, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ de 06.09.2007), resta inviabilizada a criação de novos Municípios no País.

Nesse sentido segue a doutrina ²¹pátria:

(...) não há dúvida de que se eventual Município vier a ser criado após 31.12.2006 e ainda não tiver sido editada a LC federal prevista no art. 18, § 4.º, também estaremos diante de um vício formal de inconstitucionalidade.

Consentâneo com o posicionamento acima exposto, são inúmeros os precedentes do Supremo Tribunal Federal – STF, dentre os quais destacam-se:

“(...) É certo que o novo processo de desmembramento de municípios, conforme a EC 15/96, ficou com a sua implementação sujeita à disciplina por lei complementar, pelo menos no que diz com o Estudo de Viabilidade Municipal, que passou a reclamar, e com a forma de sua divulgação anterior ao plebiscito.”²²

“(...) Município: desmembramento: exigibilidade de plebiscito. Seja qual for a modalidade de desmembramento proposta, a validade da lei que o efetive estará subordinada, por força da Constituição, ao plebiscito, vale dizer, à consulta prévia das ‘populações diretamente interessadas’ – conforme a dicção original do art. 18, § 4º – ou ‘às populações dos Municípios envolvidos’ – segundo o teor vigente do dispositivo.” ²³

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Lei 2.264/2010, do Estado de Rondônia, que dispõe sobre a criação do Município de Extrema de Rondônia, a partir de desmembramento de área territorial do Município de Porto Velho, fixa os seus limites, bem como informa os Distritos que integrarão a municipalidade criada. 3. Autorização, pelo Tribunal Superior Eleitoral, apenas para realização de consulta plebiscitária. 4. Violação ao art. 18, § 4º, da Constituição Federal. Inexistência de Lei Complementar Federal. Impossibilidade de criação, fusão, incorporação ou desmembramento de novos

²¹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional. 18ªed, p.503, São Paulo: Saraiva, 2014.

²² ADI 2.381-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 20-6-01, Plenário, DJ de 14-12-01.

²³ ADI 2.967, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 12-2-04, Plenário, DJ de 19-3-04

municípios antes do advento dessa legislação. Precedentes. 5. A Emenda Constitucional nº 57/2008 não socorre a lei impugnada, editada no ano de 2010. 6. Medida cautelar confirmada. 7. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente. 24

Para afastar qualquer dúvida a respeito da completa inconstitucionalidade da matéria até agora analisada neste artigo, convém ressaltar posicionamento reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade, julgada em Setembro de 2021, ação na qual, mais uma vez, o Pretório Excelso apenas reafirma aquilo que já é jurisprudência notória, remansosa e pacífica no âmbito da mais alta Corte de justiça do País: enquanto não houver a Lei Complementar Federal regulamentando o §4º do art. 18 da Carta Magna é ***inconstitucional*** qualquer lei estadual editada, após a EC 15/96, que tenha por finalidade criar novos Municípios. Restou assim ementada a referida ADI:

EMENTA: Direito constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Leis estaduais que dispõem sobre a criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios. 1. Ação direta proposta pelo Procurador-Geral da República contra a Lei Complementar nº 13.587/2010, do Estado do Rio Grande do Sul, que dispõe sobre a criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios. A cadeia normativa impugnada pelo autor inclui, ainda, as Leis Complementares nºs 13.535/2010, 10.790/1996, 9.089/1990 e 9.070/1990, todas do mesmo Estado. 2. A declaração de inconstitucionalidade em abstrato de normas legais, diante do efeito repristinatório que lhe é inerente, importa a restauração dos preceitos normativos revogados pela lei declarada inconstitucional, de modo que o autor deve impugnar toda a cadeia normativa pertinente. 3. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal exige a impugnação da cadeia de normas revogadoras e revogadas até o advento da Constituição de 1988, porquanto o controle abstrato de constitucionalidade abrange tão somente o direito pós-constitucional. Nada obstante, esta Corte admite o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade nos casos em que o autor, por precaução, inclui, em seu pedido, também a declaração de revogação de normas anteriores à vigência do novo parâmetro constitucional. 4. A redação original do art. 18, § 4º, da CF/1988 condicionava a criação de municípios à edição de lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em Lei Complementar estadual, e a uma consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas.

24 ADI 4994/ RO, Relator: Min. Gilmar Mendes, dje-223 DJ 12-11-2014 .

*Esse procedimento simplificado, que delegou exclusivamente à esfera estadual a regulamentação dos parâmetros para a emancipação, propiciou a proliferação de entes municipais no Brasil após a promulgação da Constituição de 1988. 5. Atento a essa realidade, o constituinte derivado alterou o texto constitucional e dificultou a criação de municípios, restringindo a fragmentação da federação. O art. 18, § 4º, da CF/1988, com redação dada pela EC nº 15/1996, passou a exigir, além dos requisitos anteriormente previstos, a edição de lei complementar federal e a divulgação prévia dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. **6. Esta Corte firmou jurisprudência no sentido de que a inexistência da lei complementar federal a que se refere o art. 18, § 4º, da CF/1988 impede a criação, fusão, incorporação ou desmembramento de novos municípios. Precedentes. 7. Ao promulgar a Lei Complementar nº 13.587/2010, o legislador gaúcho instaurou procedimento administrativo e legislativo que se esgota no âmbito estadual, praticamente ripristinando a redação originária do art. 18, § 4º, da CF/1988. A atual dicção desse dispositivo constitucional impõe a aprovação prévia de leis federais para que os Estados sejam autorizados a iniciar novos processos de emancipação municipal. Até que isso ocorra, leis estaduais que versem sobre o tema são inconstitucionais. 8. Pedido julgado procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 13.587/2010 e a não recepção das Leis Complementares nº 10.790/1996, 9.089/1990 e 9.070/1990, todas do Estado do Rio Grande do Sul. 9. Fixação da seguinte tese de julgamento: “É inconstitucional lei estadual que permita a criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios sem a edição prévia das leis federais previstas no art. 18, § 4º, da CF/1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 15/1996”.²⁵***

A título informativo, cabe citar também a Emenda Constitucional nº 57/2008, que acrescentou o artigo 96 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal, com a seguinte redação:

²⁵ ADI 4711, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 15-09-2021 PUBLIC 16-09-2021

“ Art. 96. Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação”

Tal Emenda Constitucional foi editada a fim de convalidar leis estaduais de criação de Municípios que tenham ocorrido posteriormente à edição da EC 15/96, ou seja, à revelia do processo constitucionalmente previsto. Apesar da inconstitucionalidade originária, o legislador constituinte derivado, em uma ponderação realizada, entendeu por bem sanar eventuais vícios, de forma a afirmar que tais leis deveriam ter sua validade, excepcionalmente, reconhecida, com a fixação clara de um marco temporal: 31 de dezembro de 2006. Após a data retrocitada, qualquer lei estadual que resolva criar Municípios enquanto não houver a LC federal será, como vem, reiteradamente, sendo declarada inconstitucional.

2.2 Impossibilidade de realização de plebiscito com a finalidade de criação de municípios enquanto não editada a lei complementar federal de que trata o artigo 18, § 4º, da CF/88

Superada qualquer dúvida a respeito da patente inconstitucionalidade de edição de leis estaduais criando municípios no atual panorama normativo brasileiro, avancemos para uma análise da viabilidade de serem realizados, ao menos, etapas anteriores à edição da lei, como, por exemplo, o Plebiscito, consultando as populações diretamente envolvidas na questão. A resposta que o Tribunal Superior Eleitoral vem dando para a realização de tal etapa também é negativa, conforme se passará a explicar.

Algumas Assembleias Legislativas e Tribunais Regionais Eleitorais vêm editando instrumentos normativos convocando consultas plebiscitárias sob argumento de que não estariam criando, ainda, os Municípios, mas apenas efetivando uma das etapas do procedimento. Tal prática não encontra guarida na jurisprudência do TSE, como depreende-se da seguinte decisão:

“Mandado de segurança. Pedido de liminar. Convocação de consulta plebiscitária. Inconstitucionalidade de eventual lei estadual de criação, incorporação, fusão ou desmembramento de Município. Inobservância ao disposto no art. 18, § 4º, da CF. Precedentes. Concessão da liminar para suspender a realização da consulta, regulamentada pela Resolução TRE/MA nº 8.936, de 21.6.2016.

[...]

Firme a jurisprudência deste Tribunal Superior Eleitoral no sentido de que, “enquanto não editada a lei federal prevista no artigo 18 da Carta da República, revelase imprópria a realização de plebiscito visando a definir criação, incorporação, fusão ou desmembramento de Município” (PA nº 2830/RO, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 9.12.2013). Isso porque “não se justifica a realização de gastos e dispêndio de recursos com consulta popular que, pelo não advento da lei complementar federal, não poderia alcançar seu fim último em razão da inconstitucionalidade de eventual lei estadual de criação, incorporação, fusão ou desmembramento de Município. Assim, enquanto não editada a lei complementar prevista no § 4º do art. 18 da Constituição Federal, a Justiça Eleitoral não deve realizar plebiscitos para criação, incorporação, fusão ou desmembramento de municípios” (PA nº 2745/RO, Rel. Min. Henrique Neves, DJe de 3.9.2013) Ausente, portanto, utilidade concreta na realização da consulta plebiscitária, cuja homologação, ao final, tem sido inadmitida por esta Corte Superior. Ante o quadro, com amparo no art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009[1], defiro o pedido de liminar para suspender a realização da consulta plebiscitária relativa aos Municípios de João Lisboa, Senador La Rocque e Buritirana, do Estado do Maranhão, acerca de desmembramento e anexação de povoados. Comunique-se, com urgência, o TRE/MA para as providências cabíveis. 26

De 2021, demonstrando a atualidade do referido entendimento, citemos o seguinte caso, em que o Tribunal Superior Eleitoral suspendeu a homologação de Plebiscito realizado no Pará para a criação do Município de Moraes de Almeida:

“TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 0600426-66.2020.6.14.0000 -
BELÉM - PARÁ

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

26 MANDADO DE SEGURANÇA Nº 060148351.2016.6.00.0000 – JOÃO LISBOA – MARANHÃO, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 13 de setembro de 2016

Interessado: Tribunal Regional Eleitoral do Pará

PROCESSO ADMINISTRATIVO. PEDIDO. HOMOLOGAÇÃO. RESULTADO FINAL. CONSULTA PLEBISCITÁRIA. TRE/PA. DESMEMBRAMENTO E CRIAÇÃO DE NOVO MUNICÍPIO. EXIGÊNCIA. EDIÇÃO. LEI COMPLEMENTAR FEDERAL. ART. 18, § 4º, DA CF. **PRESSUPOSTO INEXISTENTE. INDEFERIDO O PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO.**

1. Ao TSE compete verificar o cumprimento dos requisitos exigidos pela Lei nº 9.709/1998 e pela Res.-TSE nº 23.385/2012 para fins de homologação de resultado de consulta plebiscitária.

2. Não se pode ignorar, no caso concreto, o comando do art. 18, § 4º, da CF, com redação dada pela EC nº 15/1996, que exige, para a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios, a edição de lei complementar federal - no caso, ainda hoje não existente.

3. Diante da inércia do Congresso Nacional, o presente pedido de homologação deve ser indeferido, nos exatos termos da jurisprudência já firmada por esta Corte Superior acerca da matéria, mormente se considerada a possibilidade de deturpação da vontade popular expressada na consulta plebiscitária acerca do desmembramento da área distrital de Moraes de Almeida do Município de Itaituba/PA, caso o pedido venha a ser deferido sob a condição de edição futura do referido normativo federal.

4. Indeferido o pedido de homologação.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em indeferir o pedido de homologação, nos termos do voto do relator.

Brasília, 13 de maio de 2021.”²⁷

3. CONCLUSÃO

²⁷ PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 0600426-66.2020.6.14.0000 - BELÉM – PARÁ. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, publicado em 31 de maio de 2021.

Ante todo o exposto, percebe-se que a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que a norma prevista no artigo 18, § 4º, da CF/88 é norma de eficácia limitada, apenas podendo serem criados novos municípios uma vez que for editada Lei Complementar Federal estabelecendo o período no qual os municípios podem ser criados. O fato de o Congresso Nacional estar em mora na edição de tal lei não altera o fato de que enquanto não for editada a Lei Complementar, não há como serem criados municípios.

De mais a mais, conforme demonstrado, nem mesmo as demais etapas do complexo procedimento previsto no dispositivo citado acima, como, por exemplo, o plebiscito realizado junto às populações interessadas, podem ser realizadas. Neste tópico, o autor concorda integralmente com a vedação, dentre outros motivos, pelo fato de que não se sabe quando a Lei Complementar Federal será editada, de forma que a vontade manifestada pela população hoje, e mesmo a própria composição da população, pode ser bastante diversa na época da edição da Lei Complementar que regulamente a matéria. Assim sendo, entende este autor completamente improdutivo a realização de plebiscitos agora, enquanto não há qualquer sinalização concreta da edição da norma federal.

REFERÊNCIAS

LENZA, Pedro. Direito Constitucional. 18ªed, p.503, São Paulo: Saraiva, 2014.

ADI 2.381-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 20-6-01, Plenário, DJ de 14-12-01.

ADI 2.967, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 12-2-04, Plenário, DJ de 19-3-04

ADI 4994/ RO, Relator: Min. Gilmar Mendes, dje-223 DJ 12-11-2014 .

ADI 4711, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 15-09-2021 PUBLIC 16-09-2021

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 060148351.2016.6.00.0000 – JOÃO LISBOA – MARANHÃO, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 13 de setembro de 2016

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 0600426-66.2020.6.14.0000 - BELÉM – PARÁ. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, publicado em 31 de maio de 2021.

A DISCUSSÃO LEGISLATIVA ACERCA DA ALTERAÇÃO OU REVOGAÇÃO DA LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA ANÁLISE SOBRE O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

LILIANE SANTANA DE LIMA:
Graduação, bacharel em Direito

PRISCILLA VALOES MOREIRA

(coautora)

RESUMO: O presente trabalho tem como proposta apresentar uma discussão que está em voga no Congresso Nacional atualmente, a qual já obteve diversos projetos de lei acerca do assunto, que é a possibilidade de revogação/alteração da Lei de Alienação Parental. Sabe-se que, infelizmente, há relatos de pais e outros familiares que se utilizam da Lei de Alienação Parental para voltar a ter contato com o menor do qual abusou, ou para atingir a mãe como forma de vingança, por ter sido punido pela Lei Maria da Penha. Assim, insurgiram projetos de lei com o propósito de revogar/alterar a Lei 12.318/2010, com o objetivo de proteger de forma mais eficaz os direitos da criança e do adolescente.

Palavras Chave: Revogação. Alteração. Lei de Alienação Parental. Abuso.

ABSTRACT: The present work proposes to present a discussion that is currently in vogue in the National Congress, which has already obtained several bills on the subject, which is the possibility of repealing/amending the Parental Alienation Law. It is known that, unfortunately, there are reports of parents and other family members who use the Parental Alienation Law to get back into contact with the minor they abused, or to hit the mother as a form of revenge, for having been punished by the Law. Maria da penha. Thus, bills emerged with the purpose of repealing/amending Law 12.318/2010, with the aim of more effectively protecting the rights of children and adolescents.

KEYWORDS: *Revocation. Amendment. Parental Alienation Law. Abuse.*

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa abordar a possibilidade de revogação/alteração da Lei de Alienação Parental, através de projetos de leis proposto em relação à matéria, com o intuito de proteger de forma plena os direitos e garantias de crianças e adolescentes vítimas de abusos, uma vez que muitos abusadores se utilizam da lei para se beneficiar.

Lado outro, é importante frisar que o conceito de alienação parental foi criado através de uma pesquisa independente de um psiquiatra norte americano que afirmou que a alienação parental desenvolve uma síndrome em crianças e adolescentes, gerando

problemas psicológicos devido a uma campanha de desmoralização promovida pelo genitor que detém a guarda em detrimento do outro.

Partindo desse pressuposto que em 2010 o Congresso Nacional editou e foi publicada a Lei 12.318/2010, conhecida como Lei de Alienação Parental, a qual objetivava proteger crianças e adolescentes dessa suposta síndrome. A Lei trouxe mecanismos severos para coibir essa prática, inclusive determinando a inversão da guarda, se o caso fosse muito grave.

Todavia, muitos pais começaram a utilizar a lei de maneira deturpada, uma vez que alegavam alienação parental quando mães denunciavam os abusos sexuais, psicológicos e físicos praticados por esses genitores contra seus filhos. Por essa razão, o Conselho Nacional de Saúde (CNS) e a Organização das Nações Unidas (ONU) recomendaram a extinção do termo Alienação Parental, por ausência de comprovação científica, bem como a revogação da Lei 12.318/2010.

Além disso, existem diversos projetos de lei acerca do assunto que pretendem reformar ou revogar a Lei de Alienação Parental, os quais serão discutidos e avaliados, tendo foco no Projeto de Lei 6371/19, que busca a revogação da Lei de Alienação Parental justamente por deixar crianças e adolescentes ainda mais vulneráveis frente aos abusos praticados por seus genitores.

Dessa forma, questiona-se: A revogação/reforma da Lei de Alienação Parental traria mais proteção para crianças e adolescentes que sofreram abusos? De que forma?

Assim, através da revisão bibliográfica, a presente pesquisa buscará resposta para o problema apresentando, demonstrando-se que a revogação da Lei de Alienação Parental é a melhor forma de se evitar que abusos continuem acontecendo contra crianças e adolescentes por parte de seus genitores.

2 Alienação Parental

A alienação parental é um conceito complexo que surgiu através de pesquisas implementadas por um psiquiatra norte americano chamado Richard Gardner, que defendeu a existência de uma síndrome que atinge crianças e adolescentes filhos de pais separados, quando um dos genitores, notadamente o guardião, faz uma campanha de desconstrução da imagem do outro, de forma negativa.

Segundo Almeida Jr. (2010, p. 08), a Alienação Parental é a campanha de desmoralização feita por um genitor em relação ao outro ou por alguém que possua a guarda da criança. É feita uma técnica de tortura psicológica no filho, para que esse passe

a odiar e desprezar o genitor que não detém a guarda, e, dessa maneira, afaste-se do mesmo.

Destaca-se a diferença entre Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental, sendo a primeira a campanha difamatória feita pelo alienador com objetivo de afastar os filhos do alienado, e a segunda consiste nos problemas comportamentais, emocionais e psicológicos que surgem na criança após o afastamento e a desmoralização do genitor alienado (MORAES, 2011, p. 37).

Para Gardner (2002), "síndrome, segundo a definição médica, é um conjunto de sintomas que ocorrem juntos" e que, mesmo que assim não ocorram, "justifica-se que sejam agrupados por causa de uma etiologia comum ou causa subjacente básica".

Importante destacar que a distinção feita entre Alienação Parental e Síndrome da Alienação Parental é técnica, uma vez que, para a medicina, a utilização da palavra Síndrome deveria ser aplicada somente para os casos que configurassem o transtorno psicológico causado na criança em decorrência do ódio que a mesma passa a sentir por um dos genitores.

2.1 A Lei de Alienação Parental (Lei 12.318/2010)

Primeiramente, cumpre destacar que a Lei 12.318/2010 vem, em tese, preencher uma lacuna referente à proteção psicológica do menor, tendo em vista que ao dispor sobre a alienação parental, busca evitar esse tipo de comportamento tão prejudicial à formação da criança e adolescente.

Nessa esteira, verifica-se que o Art. 2º da Lei 12.318/2010 define de forma ampla a alienação parental da seguinte forma:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010).

A principal finalidade da lei 12.318/2010 é proteger os direitos fundamentais da criança e adolescente. De acordo com a disposição do art. 3º da referida lei: A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Todavia, ela pode estar prejudicando o direito de crianças e adolescentes conforme se verá adiante.

3 O uso distorcido da Lei 12.318/2010 (Alienação Parental)

A Lei de Alienação Parental (Lei 12.318/2010) foi formulada para proteger e resguardar os direitos de convivência da criança e do adolescente de forma harmônica com seus genitores, bem como seus direitos psicológicos. Todavia, muitos genitores abusadores se utilizam da lei para se vingar da ex companheira que os denunciou por violência doméstica ou, principalmente, por abuso sexual contra os filhos, deturpando a premissa para a qual a legislação foi criada.

3.1 Os abusos praticados utilizando a Lei de Alienação Parental

Primeiramente é importante destacar que a criança e o adolescente tem direito de proteção individualizada e integral, dessa maneira, lhe é garantido o princípio da proteção integral, uma vez que os menores encontram-se em posição privilegiada em razão da vulnerabilidade que estão submetidos, assim, eles têm prioridade absoluta na garantia de seus direitos.

O referido princípio foi consolidado com a aprovação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança em 1989, o qual foi incorporado às legislações do Brasil. Assim, quando houver conflito de interesses de menores e de outras pessoas, o da criança e adolescente deverá sempre prevalecer.

Nessa toada, verifica-se que a Lei de Alienação vem de afronta com os princípios constitucionais e principalmente aos direitos da criança e do adolescente, tendo em vista que ela é utilizada de forma deturpada por pais abusadores.

Nesse aspecto, apontam-se questionamentos em relação à Lei de Alienação Parental, um ponto que se destaca é o que a promotora de Justiça Valéria Fernandes, do Ministério Público do Estado de São Paulo, questiona:

(...) quem a Lei 12.318/10 está protegendo? Muito comum encontrar doutrinas e no judiciário que a mãe denuncia o genitor de abuso sexual para implantar falsas memórias e utilizar como forma de “vingança”, pelo fato de não aceitar o fim da relação conjugal. Mas, isso faz com que proteja ainda mais os abusadores e agressores. O Brasil está se tornando o paraíso da pedofilia, o paraíso dos violadores dos direitos das mulheres (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

Através desse olhar que a promotora descreve a atual situação dos casos em que a genitora denuncia o pai de abuso sexual, é possível afirmar que esses abusadores estão cada vez mais amparados pela lei que deveria proteger o menor.

Vale lembrar que, de acordo com as palavras de Thaylla Isabella Souza Pinheiro:

(...) quando se trata de abuso sexual praticado pelo genitor, os meios de obtenções de provas são difíceis, pois esse crime acontece de forma silenciosa e planejada, na maioria dos casos não há ferimentos, a coleta o material genético do agressor na vítima deve ser realizada dentro de 24 horas, os depoimentos das crianças são difíceis de obter, pois para o menor é complicado entender tudo o que está acontecendo e assimilar toda essa situação drástica, com tudo isso, se torna fácil para a defesa rebater e argumentar sobre a acusação, com isso, fazendo com que a acusação de abuso sexual se inverta a outra parte como alienação parental (PINHEIRO, 2019, p. 04).

Além disso, o abuso sexual pode vir acompanhado de outros tipos de maus tratos, como violência física e psicológica, o que se torna mais fácil a comprovação do abuso. Ressalta-se, porém, que nem sempre há sinais óbvios de violência sexual, como marcas físicas, doença sexualmente transmissível e até mesmo gravidez, sendo de extrema importância observar a forma como o menor reagirá, há criança e adolescente que irá ter uma mudança no comportamento, afastando do abusador e repugnando-o, já outras se tornaram alienadas e terão proximidades excessivas. Pinheiro ainda alerta que:

Importante dizer que a violência sexual contra crianças e adolescentes são acima de tudo, considerada um grave problema de saúde pública. Contudo, o ato libidinoso, abuso sexual que envolva menores tem tipificação no Código Penal brasileiro, crime esse praticado longe dos olhos de testemunhas, em ambientes privados, ocorrendo na grande maioria no âmbito intrafamiliar, dificultando ainda mais o combate (PINHEIRO, 2019, p. 04).

Salienta-se que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, *caput*, traz que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente à saúde, dignidade, respeito, liberdade e proteger de toda forma de negligência, exploração, violência, crueldade, opressão e para garantir o direito fundamental se fez necessário à elaboração de uma legislação específica, sendo editada a Lei nº 8.069/90, nomeada de Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, garantido aos menores de 18 anos direitos fundamentais. Portanto, a partir do momento que a Lei de Alienação Parental é utilizada para fins escusos, que acabam por prejudicar a criança ou adolescente, ela deve ser extinta do ordenamento jurídico.

Conforme já esclarecido, é tecnicamente difícil comprovar o abuso sexual infantil ainda mais quando praticado por um familiar. Nesse sentido, as mães que se encorajam a denunciar os abusos sexuais sofridos pelos filhos por parte do genitor ou outro membro da família, correm o risco de perder a guarda da criança e respondem por alienação parental.

É perceptível que, na maioria das vezes, o infrator sai impune, as mães saem prejudicadas e as vítimas, os menores, ficam reféns dos abusadores, uma vez que a guarda é revertida para eles.

Uma matéria publicada no dia 04 de setembro de 2018 pela "O Globo" traz os depoimentos de mães que passaram por todo esse processo. Uma das entrevistadas é Mayara (nome fictício), que é psicóloga, possuía 48 anos na época da entrevista, e se separou do pai de seu filho em 2014, ela relata que:

(...) o ex-marido praticou ato libidinoso por diversas vezes, o primeiro caso aconteceu quando o filho João Paulo (nome fictício) passou duas semanas de férias na casa do pai e poucos dias depois que retornou para a casa da genitora fez um apelo pedindo ajuda, ele com 5 (cinco) anos à época, disse que o pai o machucava constantemente, algumas das vezes só, as vezes diante da presença de um terceiro, introduzia o dedo no ânus do menor.

Na reportagem, Mayara relata qual foi a primeira decisão dela:

Naquele agosto de 2016, após a conversa no balcão da cozinha, Mayara saiu com o filho a tiracolo e correu a uma unidade do Conselho Tutelar do bairro em que viviam pronta a relatar o ocorrido. De lá, os dois foram encaminhados a uma delegacia. João Paulo foi ouvido sozinho. No relato descrito no inquérito, contou como o pai o penetrava com o dedo repetidas vezes ao dia, com o auxílio de uma pomada retirada de uma bisnaga branca e azul: "Meu pai fica enfiando o dedo com força no meu bumbum. Já pedi, chorando, para ele parar. Mas ele não para". João Paulo ainda disse que presenciava jogos sexuais entre o pai e outro homem: "Ele mostrou o pipi para o meu pai. Eu peguei uma faixa ninja e coloquei no meu olho, que eu não queria ver nada", relatava o menino. "A delegada não teve dúvidas: me orientou a interromper as visitas do pai de imediato", disse Mayara. "Seu filho é uma criança abusada, mãe. Ele, agora, é um problema do Estado", teria dito a policial, segundo Mayara.

Após oficializada a denúncia, a mãe do menor confiou que a situação iria resolver, mas, para a sua surpresa, o pai ajuizou uma ação e alegou que a genitora Mayara estava inventando toda essa situação, tratando-se de um caso de alienação parental.

Dessa forma, Mayara perdeu a guarda do filho, pois, segundo a justiça, ela era uma ameaça à saúde do menor e foi impedida de ter contato com ele. Isso demonstra que o julgador se preocupou muito mais com a vida do genitor do que a vida do menor, deixando-o ainda mais vulnerável ao invés de protegê-lo, que foi o motivo precípua da existência da Lei de Alienação Parental.

A matéria ressalta acerca da falta de números oficiais no que se refere ao assunto, pois como é relatado pela médica legista do Instituto Médico-Legal, que muitos laudos dão negativo para abuso sexual, e foi justamente o que aconteceu no caso de Mayara, ou seja, sem prova material dentro dos autos.

Noutro giro, destaca-se que a lei lista um conjunto de situações em que ocorre a alienação parental. Nesse aspecto, comete a falta o genitor que tenta dificultar o contato do ex-parceiro com a criança; que fala mal do ex-parceiro diante do filho ou que — em casos extremos — denuncia o ex-parceiro por um crime que não cometeu. As sanções vão de simples advertência até a reversão da guarda.

A reportagem apresenta também um outro caso semelhante:

Em 2014, depois de denunciar o ex-marido por abusar do filho, ela perdeu a guarda da criança. Lúcia se casou com um homem quase 20 anos mais velho. "Gentil e encantador", segundo ela. O filho do casal tinha cerca de 1 ano quando ela soube que era traída. Seguiu-se um divórcio amigável e um acordo informal segundo o qual o filho dividiria o tempo igualmente entre as casas dos pais. Lúcia disse que tudo corria bem, até o dia em que o garoto voltou para a casa da mãe chorando e vomitando. A situação se repetiu algumas vezes. Na última delas, Lúcia foi dar banho na criança e percebeu lesões na região anal. "O papai mexe no seu bumbum?", perguntou. "Sim. E dói muito." Em desespero, procurou ajuda no hospital Pérola Byington, referência em casos de violência sexual. Foi avisada de que, antes de tudo, ela deveria fazer um boletim de ocorrência. Recuou. "Anos antes, meu ex-marido me contara que tinha sofrido abuso na infância", disse ela. "Eu o via como uma vítima também. Não queria resolver a questão na esfera criminal." Não registrou a ocorrência; preferiu confrontar o ex-cônjuge. Ele recorreu à Justiça, alegou ser vítima de alienação parental. Quando Lúcia registrou o boletim, seu filho passou por exame de corpo de delito, mas, àquela altura, não

restavam mais sinais da violência. Ao fim do processo na Vara de Família, Lúcia foi considerada alienadora. O menino foi morar com o pai.

Diante das circunstâncias, Lúcia decidiu pesquisar casos semelhantes, onde conheceu Mayara, e juntas reuniram outras mães em situação análogas num grupo de *WhatsApp*. Descrentes do Judiciário, essas mães decidiram se amparar umas nas outras. Atualmente as mães coordenadas por Mayara e Lúcia pedem a revogação da lei da alienação parental; ou, ao menos, sua reformulação, de maneira a proteger quem porventura denuncie abusos sexuais.

Assim, é possível perceber que infelizmente são casos recorrentes, onde pais abusadores utilizam da Lei de Alienação Parental para perpetuar os abusos sem serem punidos, e revertendo a culpa para a mãe, que só quer proteger o filho.

4 A necessidade de revogação/alteração da Lei de Alienação Parental para se evitar abusos

Conforme verificou-se, a revogação/alteração da Lei de Alienação Parental é medida que se impõe, uma vez que abusadores vem se utilizando da legislação para se furtarem da responsabilidade de responder criminalmente pelos atos sexuais ilícitos cometidos contra seus próprios filhos, invertendo a culpa, e colocando-a na mãe, que tenta proteger o filho, alegando alienação parental.

4.1 A Recomendação do Conselho Nacional de Saúde (CNS) e da Organização das Nações Unidas (ONU)

O Conselho Nacional de Saúde (CNS), através da Recomendação Nº 003, de 11 de fevereiro de 2022, recomendou ao Congresso Nacional, a revogação do Projeto de Lei (PL) nº 7.352/2017, que objetiva alterar a Lei da Alienação Parental.

Para o CNS as mudanças propostas beneficiam os homens em detrimento das mulheres e crianças, mesmo quando são agressores ou abusadores da mãe ou dos filhos. Além do projeto, o Conselho também solicita aos parlamentares a revogação da lei 12.318/2010, pelo mesmo motivo.

O Conselho alega que a lei foi elaborada a partir da "síndrome de alienação parental", conceito que não possui validação científica, não sendo reconhecido como síndrome pela *American Medical Association*, pela *American Psychological Association* e não constando no Manual de Diagnóstico e Estatística (DSM) da *American Psychiatric Association* como um transtorno psiquiátrico (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2022).

De acordo com o CNS, a Organização das Nações Unidas (ONU) orienta extinguir os termos ligados à “síndrome da alienação parental” nos tribunais, uma vez que entende que tal termo prejudica mulheres e crianças, especialmente aquelas em situações de violência doméstica e familiar, além dos casos de abuso sexual.

Nesse sentido, entre os países que receberam recomendações da ONU estão: Itália (2011); Costa Rica (2017); Nova Zelândia (2018); Espanha (2020). E ainda o Conselho Europeu recomendou a Áustria e a Espanha em 2020 (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2022).

Dessa forma, verifica-se que a Lei de Alienação Parental, atualmente, não vem sendo utilizada da maneira correta, gerando, na verdade, prejuízos à crianças e adolescentes, uma vez que pais abusadores utilizam-se da Lei para se vingar da mãe que o denunciou. Além disso, o termo “síndrome de alienação parental” não é um termo científico. Por essa razão o CNS e a ONU recomendam que o termo seja abolido, juntamente com a lei.

4.2 As propostas legislativas que pretendem a revogação/alteração da Lei de Alienação Parental

Atualmente, existem em tramitação no Congresso Nacional, quatro projetos de lei relacionados à alteração ou revogação da Lei n. 12.318/2010 (Lei de Alienação Parental). Quais sejam: PLS n. 498/2018, PL 6.371/2019, PL 10.712/2018 e PLS 5.030/2019. Os dois primeiros buscam a revogação da Lei de Alienação Parental, enquanto os outros dois pretendem encontrar formas de solucionar o desvio de finalidade na aplicação da norma sem retirá-la do ordenamento jurídico brasileiro.

No ano de 2017 houve uma CPI no Congresso que tratou de investigar acerca dos maus tratos causados em crianças e adolescentes, inclusive acerca da alienação parental, onde foi percebido diversos casos em que o genitor abusador conseguia a guarda do menor de quem abusou utilizando-se da Lei de Alienação Parental.

Nesse sentido, a comissão da CPI entendeu que a Lei de Alienação Parental “não apazigua conflitos de interesse, nem estabelece normas de conduta social, nem protege as crianças e adolescentes das más condutas maternas ou paternas ao longo do processo de criação” (CPIMT, 2017, p. 44), apresentando como solução sua revogação, através do PLS n. 498/2018.

O Projeto de Lei 6371/19, idealizado pela deputada Iracema Portella (PP-PI) propõe a revogação da Lei de Alienação Parental, uma vez que muitos especialistas e membros das comunidades jurídicas e científica afirmam que essa lei tem servido, em grande escala, como instrumento para que pais que abusaram sexualmente dos seus filhos possam exigir

a manutenção da convivência com estas crianças, inclusive as retirando da presença das mães.

Portella reforça ainda a ideia de que a denúncia de abuso sexual vem, muitas vezes, desacompanhada de vestígios físicos, especialmente quando as vítimas são crianças ou adolescentes, considerando que os abusadores costumam praticar atos libidinosos com penetração de digital, manipulação das partes íntimas e sexo oral, sendo estas práticas perversas de difícil comprovação judicial, já que não deixam marcas físicas. Nesse sentido a parlamentar lamenta:

Nem sempre, mediante perícia e outros meios, consegue-se extrair a prova necessária do abuso praticado. O denunciante passa, via de regra, a ser considerado alienante à vista de ter apresentado denúncia não comprovada contra o genitor abusador (tida como falsa para obstar ou dificultar a convivência dele com a criança ou adolescente) e este consegue a manutenção da convivência com o filho menor, passando, por vezes, a repetir com o menor os mesmos abusos já praticados.

Destaca-se que o projeto, que tramita em caráter conclusivo, ainda será analisado pelas comissões de Seguridade Social e Família; de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Lado outro, é importante dizer que a Constituição Federal de 1988 possui um princípio que veda a supressão ou redução de direitos fundamentais e sociais a níveis inferiores àqueles já conquistados e garantidos aos cidadãos brasileiros. De acordo com esse princípio, o legislador e o chefe do executivo não podem suprimir ou reduzir direitos injustificadamente e desproporcionalmente, pelo contrário, devem trabalhar para promover o cumprimento integral dos direitos e garantias previstos na Carta Magna do país.

Nesse diapasão, de acordo com Ricardo Lewandowski em um artigo publicado na Folha, intitulado “Proibição do retrocesso”, ele afirma que:

O princípio da proibição do retrocesso, portanto, impede que, a pretexto de superar dificuldades econômicas, o Estado possa, sem uma contrapartida adequada, revogar ou anular o núcleo essencial dos direitos conquistados pelo povo. É que ele corresponde ao mínimo existencial, ou seja, ao conjunto de bens materiais e imateriais sem o qual não é possível viver com dignidade.

Dessa maneira, é possível perceber que não se pode suprimir ou reduzir direitos já conquistados sobre qualquer pretexto. Todavia, no que tange à Lei de Alienação Parental, verifica-se que não há supressão de direitos ao se requerer sua anulação, tendo em vista que ela pode trazer mais malefícios para a vida de crianças e adolescentes do que benefícios.

Lado outro, o Projeto de Lei n. 10.712/2018, idealizado pela deputada Soraya Santos (PR/RJ), propõe a alteração dos arts. 4º, 5º e 6º da Lei de Alienação Parental e no art. 157 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e está em tramitação na Câmara dos Deputados. O projeto modifica o parágrafo já existente no art. 4º para garantir tratamento psicológico a pais e filhos nessa situação, em conjunto com a visita assistida, assegurada pelo projeto.

Além disso, a proposta inclui a redução do prazo para que a perícia psicológica e/ou biopsicossocial seja feita. Essa perícia tem o intuito de avaliar a medida assecuratória de inversão liminar de guarda, e o projeto pretende reduzir o prazo para a sua realização de 90 para 10 dias, por se tratar de uma ação emergencial.

Outro projeto também tramita no Senado Federal, o Projeto de Lei n. 5.030, proposto pela senadora Leila Barros (PSB/DF), substitutivo ao Projeto de Lei do Senado n. 498/2018, o qual propõe a alteração do Código Penal e o Código de Processo Penal buscando elevar as penas dos crimes que envolvem vítimas menores de catorze anos.

No projeto, o art. 61 do Código Penal, também apresenta alteração para abarcar mais indivíduos nas hipóteses de circunstâncias agravantes das penas restritivas de direitos. Dessa forma, além de contemplar os descendentes, como faz a redação atual do Código, o projeto propõe que sejam contemplados também menores sob guarda ou tutela e, ainda, irmãos, cônjuges e companheiros.

O projeto também oferece alteração no tocante à pena do crime de maus tratos, prevista no art. 136 do Código Penal, e, nos casos de crimes contra a dignidade sexual, de menores de 14 anos, o aumento da pena de um terço a metade. Além disso, o PL n. 5.030/2019 quer adicionar ao Código de Processo Penal, a possibilidade de aplicação das medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) aos casos de crimes sexuais contra menores (BARROS, 2019).

4.4 A revogação da Lei de Alienação parental e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, segundo Camila Colucci (2014):

(...) adveio do instituto inglês *parens patriae* que tinha por objetivo a proteção de pessoas incapazes e de seus bens. Com sua divisão entre proteção dos loucos e proteção infantil, esta última evoluiu para o princípio do *best interest of child*.

De acordo com Gonçalves (2011), o referido princípio não possui previsão expressa na Constituição Federal ou no Estatuto da Criança e do Adolescente: “Os especialistas do tema lecionam que este princípio decorre de uma interpretação hermenêutica, está implícito e inserido nos direitos fundamentais previstos pela Constituição no que se refere às crianças e adolescentes”.

O melhor interesse da criança, recepcionado pela Convenção Internacional de Haia, que trata acerca da proteção dos interesses das crianças e no Código Civil, em seus artigos 1.583 e 1.584 reconhece tal princípio, por exemplo, quando trata-se sobre a guarda do menor (FLORENZANO, 2021). Ressalta-se que este instituto tem força de princípio, uma vez que está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, caput:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Além disso, no Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA, previsto na Lei 8.069/2013, também reforça o que a própria Constituição, em seu art. 3º e 4º, sucessivamente, o ECA leciona:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou

outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.” “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL,2013).

Noutro giro, tal princípio também está inserido no ordenamento jurídico na grande maioria das decisões do judiciário, especialmente quando se trata sobre a guarda dos menores. No entanto, no que concerne ao decidir sobre a vida e guarda de um menor, ainda se observa bastante a falta de interpretação social que o melhor interesse carrega em sua essência.

Partindo desse pressuposto, verifica-se que a Lei de Alienação Parental, trata-se de lei inconstitucional, uma vez que viola o princípio da proporcionalidade, além de conflitar com os artigos 226 e 227 da Constituição Federal, bem como com tratados internacionais de proteção e erradicação de qualquer tipo de violência contra crianças e mulheres.

Referida lei foi aprovada sem os debates sociais necessários, com justificativa sexista que remete textualmente à suposta “tendência vingativa” de mães divorciadas, baseada em uma síndrome sem qualquer comprovação científica e que, conforme estudos, vem promovendo a supremacia entre pais e deixando crianças vítimas de abuso sexual desamparadas, assim como mulheres que sofreram violência de gênero.

Assim, a Lei de Alienação Parental viola o princípio do melhor interesse da criança, sendo incompatível com a promoção do bem estar da família. Por isso, tendo ciência do histórico da promulgação da lei e dos resultados práticos da sua aplicabilidade, é inegável perceber que a legislação representa um retrocesso aos avanços legislativos de proteção de mulheres e crianças.

Por fim, é necessário consignar que existe um arcabouço protetivo no Estatuto da Criança do Adolescente, bem como no Código Civil, suficientes e proporcionais ao enfrentamento do abuso do poder parental, uma vez que eles de fato existem. Porém, estes dispositivos não retiram a criança/adolescente do centro das discussões referentes às violações aos seus direitos, assim como não submetem/silenciam mulheres mães, como se tem promovido pela Lei de Alienação Parental. Afinal, se observar do ponto de vista macro, não existe direito social mínimo garantido constitucionalmente que seja tutelado pela Lei de Alienação Parental, que será suprimido e afrontará o princípio da vedação ao retrocesso legal.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou, através da revisão bibliográfica, debater acerca da revogação da Lei de Alienação Parental, demonstrando-se que atualmente ela não protege o direito de crianças e adolescentes, mas de pais abusadores, devendo ser extinta do ordenamento jurídico brasileiro.

Iniciou-se a pesquisa abordando-se o conceito de Alienação Parental, deixando claro que foi um conceito construído por um psiquiatra norte americano chamado Richard Gardner, que foi o precursor nesse tema, em que alegou que o ato de alienação gera a Síndrome de Alienação Parental, que constitui em problemas psicológicos gerado aos filhos de casais separados em que um promove uma campanha de difamação contra o outro para que o filho do ex casal tenha ódio daquele que teve a imagem manchada.

Todavia, é uma síndrome não catalogada e nem amplamente estudada e aprofundada por outros pesquisadores, médicos, psicólogos e cientistas, foi por essa razão que o Conselho Nacional de Saúde (CNS) e a Organização das Nações Unidas (ONU) recomendaram que a Lei de Alienação Parental, aprovada sob o número 12.318/2010, vigente no Brasil, seja revogada.

Para além de ausência de comprovação científica, existe também uma questão ainda mais grave que envolve a manutenção da lei no ordenamento jurídico brasileiro, que é a viabilização do abusador ter a guarda do filho contra quem praticou violência sexual. A pesquisa demonstrou, através de casos veiculados na mídia, que quando a mãe denuncia o ex companheiro de abusar sexualmente do filho do ex casal, eles costumam entrar com pedido de alienação parental sob a justificativa de falsa acusação de crime. Como crimes de natureza sexual são de difícil comprovação, pois muitas vezes não deixam vestígios físicos, as mães acabam perdendo a guarda e os filhos ficam à mercê do abusador.

Com o intuito de coibir essa realidade, surgiram diversos projetos de lei, com destaque para o Projeto de Lei 6371/19, que possui o intuito de revogar a Lei de Alienação Parental, uma vez que a realidade demonstra que a lei está deixando crianças e adolescentes ainda mais vulneráveis. O projeto ainda está em tramitação no Congresso Nacional.

Por fim, verificou-se que dentro do próprio ECA e do Código Civil há punições previstas para quem abusa do pátrio poder, não havendo necessidade de manter no arcabouço jurídico uma legislação tão agressiva e perigosa.

Desse modo, conclui-se que a Lei de Alienação Parental precisa ser revogada, uma vez que ela não assegura de forma assertiva a proteção da criança e do adolescente, tão pouco observa o melhor interesse dos seus protegidos, pelo contrário, dá mais poderes ao abusador para manter o ciclo de violência.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo. **Comentários à Lei da Alienação Parental – Lei nº 12.318, de 26 de Agosto de 2010**. Revista Síntese Direito de Família, vol 12, nº 62, out/nov, 2010.

BARROS, Leila. **Projeto de Lei n. 5.030 de 2019**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggeter/documento?dm=8007235&ts=1569849167223&disposition=inline>>. Acesso em 22 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição Federal** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **LEI Nº 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010 (LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 25 out 2022.

BRASIL. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990 (ECA)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 25/10/2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Lei de Alienação Parental desestimula denúncias de abuso sexual e violência doméstica, apontam debatedores**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/548744-lei-de-alienacao-parental-desestimula-denuncias-de-abuso-sexual-e-violencia-domestica-apontam-debatedores>>. Acesso em 21/10/2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 6371/19**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2233358>>. Acesso em 22/10/2022.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **RECOMENDAÇÃO Nº 003, DE 11 DE FEVEREIRO DE 2022**. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbnmnibpcjpcglclefindmkaj/http://conselho.saude.gov.br/images/Resolucoes/2022/Reco003.pdf>>. Acesso em 22/10/2022.

FLORENZANO, Beatriz Picanço. **Princípio do melhor interesse da criança: como definir a guarda dos filhos?** IBDFAM; 2021. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1653/Princ%C3%ADpio+do+melhor+interesse+da+crian%C3%A7a+como+definir+a+guarda+dos+filhos%3F#:~:text=O%20melhor%20interesse%20da%20crian%C3%A7a%20ou%20o%20best%20interest%20of,sobre%20a%20guarda%20do%20menor.>>>. Acesso em 22/10/2022.

GARDNER, Richard A. M. D.. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?**. Departamento de Psiquiatria Infantil da

Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade de Columbia, Nova Iorque, 2002. Disponível <<https://sites.google.com/site/alienacao-parental/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em 10/10/2022.

LEWANDOWISKI, Ricardo. **Proibição do retrocesso**. Folha; 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2018/02/1954870-proibicao-do-retrocesso.shtml>>. Acesso em 25/10/2022.

MORAES, Luiz Felipe Rodrigues. **Alienação Parental**. Ponta Grossa: Faculdade Estadual de Ponta Grossa/PR. Setor de Ciências Jurídicas. Departamento de direito das Relações Sociais. 2002. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Aliena%C3%A7%C3%A3o%20parental%2003_11_2011.pdf> – Acesso em 05/10/2022.

O GLOBO. **As mães que perderam a guarda dos filhos após acusarem os pais de abuso sexual**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/epoca/as-maes-que-perderam-guarda-dos-filhos-apos-acusarem-os-pais-de-abuso-sexual-23035498>>. Acesso em 25/10/2022.

PINHEIRO, Thaylla Isabella Souza. **Consequências provocadas ao menor que convive com o genitor que alega alienação parental e pratica abuso sexual**. 2019. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-civil-familia-e-sucessoes/4640/consequencias-provocadas-ao-menor-convive-com-genitor-alega-alienacao-parental-pratica-abuso-sexual>>. Acesso em 25/10/2022.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica Para Operadores do Direito**. 4ª ed. verificada, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

FAKE NEWS – A DESINFORMAÇÃO NA ERA DA PÓS VERDADE

GUILHERME DURAN DEPIERI:

Mestrando em Direito Civil Comparado pela PUC/SP. Juiz de Direito no Estado de São Paulo.²⁸

ANA LÚCIA MACÉA ORTIGOSA²⁹

RODOLFO GIOVANE ORTIZ MONTEIRO CARVALHO³⁰

(Coautores)

Resumo: O presente artigo analisa o fenômeno da desinformação, por meio da disseminação de *fake news*, tratando de seus efeitos negativos quanto ao desenvolvimento da autonomia da pessoa e à sua participação democrática, por atingir o substrato do direito à informação. Busca-se perquirir sua influência na formação do pensamento e do processo decisório, além de identificar seus contornos jurídicos e as propostas de contenção de sua disseminação, bem como os institutos jurídicos em vigor que se façam aplicáveis a tal escopo.

Abstract: This article analyzes the phenomenon of disinformation, through the dissemination of fake news, dealing with its negative effects on the development of the person's autonomy and their democratic participation, by reaching the substrate of the right to information. It seeks to look at its influence on the formation of thought and decision-making process, in addition to identifying its legal contours and the proposals to contain its dissemination, as well as the legal institutes in force that are applicable to this scope.

Palavras – chave: desinformação; *fake news*, autonomia; participação democrática.

Keywords: misinformation; fake news, autonomy; democratic participation.

1 - Introdução

O presente artigo objetiva analisar o fenômeno das *fake news*, buscando sua definição, efeitos e mecanismos de combate a sua disseminação.

28 Mestrando em Direito Civil Comparado pela PUC/SP. Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

29 Mestranda em Direito Civil pela PUC/SP. Advogada. Professora Assistente na PUC/SP.

30 Mestrando em Direito Civil Comparado pela PUC/SP. Advogado

Utilizou-se, para tanto, o método indutivo, partindo-se da observação do cotidiano atual para a análise do instituto por premissas teóricas, aplicáveis de forma genérica, além de pesquisa bibliográfica a respeito do tema e de assuntos correlatos.

É composto por quatro capítulos, com subitens, nos quais se procede a análise da liberdade de expressão e informação, do conceito e elementos do instituto e da formação do pensamento para a formulação decisória, das medidas de combate a disseminação e dos institutos jurídicos em vigor já aplicáveis, bem como a conclusão.

2 – Liberdade de Expressão e Autonomia

2.1 – Natureza jurídica e relevância da liberdade de expressão no desenvolvimento e consolidação da autonomia da pessoa

A liberdade de expressão constitui um aspecto específico da esfera de autonomia humana, caracterizada pela faculdade de manifestação do pensamento (ou também de não se manifestar), com a exteriorização de ideias, opiniões ou fatos, sem óbice por parte de ente público ou de particulares (por censura ou repressão posterior), por meio da qual o indivíduo interage na vida social e participa da conformação democrática estatal.

Trata-se, pois, de direito da personalidade e fundamental, estabelecido como cláusula pétrea no art. 5º, IV, da CF/88.

Por sua própria natureza, a liberdade de expressão é essencial tanto ao desenvolvimento da personalidade quanto à dignidade da pessoa. Nesse sentido, leciona Sarmiento (2006):

Sendo a pessoa humana essencialmente gregária e social, a sua comunicação com o outro, mais do que uma faculdade, constitui uma verdadeira necessidade. A possibilidade de cada um de exprimir as próprias idéias e concepções, de divulgar suas obras artísticas, científicas ou literárias, de comunicar o que pensa e o que sente, é dimensão essencial da dignidade humana. Quando se priva alguém destas faculdades, restringe-se a sua capacidade de realizar-se como ser humano e de perseguir na vida os projetos e objetivos que escolheu. Trata-se de uma das mais graves violações à autonomia individual que se pode conceber, uma vez que nossa capacidade de comunicação – nossa aptidão e vontade de exprimir de qualquer maneira o que pensamos, o que sentimos e o que somos – representa uma das mais relevantes dimensões da nossa própria humanidade.

O mesmo autor indica, ainda, a relevância da liberdade de expressão para o desenvolvimento do ideário democrático:

A liberdade de expressão é peça essencial em qualquer regime constitucional que se pretenda democrático. Ela permite que a vontade coletiva seja formada através do confronto livre de idéias, em que todos os grupos e cidadãos devem poder participar, seja para exprimir seus pontos de vista, seja para ouvir os expostos por seus pares. Por isso, o ideário democrático não se circunscreve à exigência de eleições livres e periódicas. Na verdade, uma democracia real pressupõe a existência de um espaço público robusto e dinâmico, em que os temas de interesse geral possam ser debatidos com franqueza e liberdade (SARMENTO, 2006).

A liberdade de expressão, assim, integra o desenvolvimento pessoal, caracterizando-se como um dos fatores para o alcance da autonomia, da autodeterminação, tanto no concernente ao plano de vida quanto no que tange a participação democrática.

A autonomia, em seu sentido comum, constitui a capacidade de dirigir-se por vontade própria, a independência pessoal do indivíduo. O direito de tomar suas decisões livremente.

Tal sentido comum se espraia pelas diversas áreas da vida da pessoa, implicando, sempre, a liberdade de dirigir sua própria vida, por meio de escolhas livres e conscientes. Assim, por exemplo, na seara da biomédica, Aquino Paula (2019) aponta que:

A autonomia, um dos princípios bioéticos descritos pelos autores Beauchamp e Childress (2013, p. 137), corresponde à capacidade das pessoas de decidir sobre ou buscar algo que seja melhor para si segundo os seus próprios valores e, para que isso ocorra, o indivíduo deve ser livre para decidir, sem coações externas de controle que influenciem as suas decisões, bem como deve possuir consciência, razão e compreensão das opções que lhe são ofertadas. O respeito à autonomia envolve o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, considerando-o um ser biopsicossocial e espiritual, dotado de capacidade para tomar suas próprias decisões.

A liberdade de expressão constitui um aspecto da autonomia da pessoa, não apenas enquanto meio de manifestação (a emissão de opiniões, crenças, ideários, decisões), mas também viabilizando a livre constituição do conteúdo do que é

manifestado (formação das opiniões, crenças, ideários, decisões), por meio da interação social, da informação e do livre debate de ideias.

2.2 – Liberdade de expressão e de informação

A liberdade de expressão, de modo amplo, compreende também a liberdade de informação, tanto em sentido ativo, consistente na faculdade de exteriorizar fatos, quanto em sentido passivo, por meio da recepção dos fatos manifestados por outrem, para conhecimento e formação de ideias, opiniões e decisões a respeito.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, preceitua que o ser humano tem direito à livre opinião e expressão, o qual “inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras” (artigo 19).

Doutrinariamente, no entanto, é feita uma distinção entre as liberdades de expressão e de informação, conforme seu conteúdo, sendo a primeira relacionada a pensamentos (ideias, opiniões), enquanto a segunda se refere a divulgação e informação a respeito de acontecimentos, fatos, apontando-se, como diferencial em seu regime jurídico, sua ligação com a verdade. Quanto a tal aspecto, a lição de Barroso (2004):

A informação não pode prescindir da verdade - ainda que uma verdade subjetiva e apenas possível (o ponto será desenvolvido adiante) - pela circunstância de que é isso que as pessoas legitimamente supõem estar conhecendo ao buscá-la. Decerto, não se cogita desse requisito quando se cuida de manifestações da liberdade de expressão. De qualquer forma, a distinção deve pautar-se por um critério de prevalência: haverá exercício do direito de informação quando a finalidade da manifestação for a comunicação de fatos noticiáveis, cuja caracterização vai repousar sobretudo no critério da sua veracidade.

Também Sarmiento (2013/2014, p. 255/256) aponta o referido fator de distinção:

Para fins didáticos, é possível desdobrar a liberdade de expressão em dois campos: manifestação de pensamento e divulgação de fatos. Com grande frequência, a narração de fatos e a manifestação do pensamento são atividades que se amalgamam, tornando-se praticamente indissociáveis. Sem embargos, há certas diferenças entre os respectivos regimes jurídicos, sobretudo no que concerne à

questão da verdade, que pode ter relevo quando estão em jogo fatos, mas não tem pertinência no campo das ideias.

No contexto da comunicação social (que, a par dos meios tradicionais, deve abranger os novos meios, gerados pelo avanço tecnológico), o mesmo autor aduz que “o foco principal é a proteção e promoção dos direitos e interesses dos cidadãos em geral, que constituem o público da mídia” (op. cit., p. 2037), incluindo-se em tal proteção o âmbito do debate democrático plural, no qual a verdade já era reconhecida como essencial na antiguidade grega, como relata Bobbio (2020, p. 135), ao se referir a Atenas: “Quando o povo estava reunido, escreve Glotz, o arauto amaldiçoava quem quer que procurasse enganar o povo”.

A exigência da verdade, embora deva ser buscada de forma incessante, não pode chegar ao ponto de tornar o debate estático ou inviabilizar versões e opiniões divergentes, minoritárias, seja no campo das ideias, seja no dos fatos em si.

Stuart Mill (2011, p. 50), em clássica obra, já defendia a necessidade de expressão e discussão de opiniões divergentes, a qual apontava como vantajosa e necessária ao bem estar da humanidade, sob diversos aspectos, dentre eles a possibilidade de que a opinião dominante seja falsa; de que se aprofunde a compreensão e sentimento da verdade de uma opinião dominante (pelo contraponto da outra), bem como que as opiniões tragam, cada qual, uma parte da verdade. Enfatiza, assim, que:

Nenhumas opiniões de alguém em relação a qualquer assunto merecem o nome de conhecimento, exceto na medida em que lhe tenha sido imposto por outros, ou autoimposto, o mesmo processo mental que lhe tenha sido requerido ao manter uma discussão ativa com adversários. Portanto, é mais do que absurdo privarmo-nos daquilo que quando ausente é tão indispensável, mas tão difícil de gerar, quando espontaneamente se oferece! Se há quaisquer pessoas a contestar uma opinião dominante, ou que o farão se a lei e a opinião os deixarem, agradeçamos-lhes por isso, façamo-nos receptivos a escutá-los, e fiquemos felizes pelo fato de que há alguém para fazer por nós o que caso contrário teríamos o dever de fazer – se temos qualquer respeito quer pela certeza que peça vitalidade das nossas convicções – com muito mais esforço sozinhos.

A questão das *fake news*, portanto, adquire relevância no que concerne a liberdade de informação (não se descurando que a expressão de fatos é, no mais das vezes, integrante ou associada a difusão de opiniões), bem como no âmbito do debate público livre e plural que constitui substrato essencial da ordem democrática.

3 – Desinformação e *Fake News*

3.1 – Mentira e desinformação

A desinformação, seja pela divulgação de notícias falsas, distorções de conteúdos verdadeiros, criação de teorias conspiratórias, desconstrução de biografias, prolação de discursos de ódio, criação e barreiras informativas, dentre outras formas, com os mais diversos objetivos e relacionadas a distintas áreas da vida, desde situações comezinhas até afirmações em momentos críticos da vida política e social de países, instilando a mentira e/ou inviabilizando o debate, não constitui novidade na história humana.

Assim, por exemplo, Eco (2006) refere a mentira na construção de mitologia e poder pessoal, em texto a respeito do Conde de Cagliostro, enunciando como mistério verdadeiro e inquietante não a conduta daquele que assim atua, ora sendo desmascarado, ora obtendo vantagens, mas “que uma pessoa presumivelmente de inteligência mediana, com deveres políticos e religiosos, se deixe convencer por tais intrigas, fascinada, obnubilada (...)”.

Há situações, também, de manipulação da opinião pública, por meio de falsidades e sensacionalismo, para obtenção de seu apoio a um ou outro lado em um guerra, como na Hispânico – Americana, na qual, “desde o final do século XIX, grades jornais norte – americanos liderados por Pulitzer e Hearst já contaminavam a opinião pública fabricando falsas informações sobre o que ocorria em Cuba, para fazer a opinião pública colocar-se a favor da guerra contra a Espanha (MARCONDES FILHO, s.d) ou durante a Guerra Civil Espanhola, indicando Orwell (2006, p. 222-223), nas memórias a respeito de sua participação no conflito, as falsidades publicadas para obtenção de apoio internacional a um ou outro lado da contenda:

Todos nos lembramos do cartaz do Daily Mail: ‘VERMELHOS CRUCIFICAM FREIRAS’, enquanto para o *Daily Worker* a Legião Estrangeira de Franco era ‘composta de assassinos, aliciadores de mulheres, drogados e o rebotalho de todos os países europeus’. Até mesmo o *New Statesman*, em outubro de 1937, nos brindava com histórias sobre barricadas fascistas feitas com os corpos de crianças vivas’.

Na mesma obra refere a utilização da tática de acusações fabricadas de traição, utilizadas pelos comunistas contra os anarquistas, após a eliminação e desaparecimento dos expoentes destes, para alcançar a liderança das tropas republicanas.

Castells (2019, p. 219-243) indica também a influência da propagação de informações distorcidas, por parte do governo norte americano, para obtenção de apoio à Guerra do Iraque, informando que um relatório publicado pelo subcomitê da Câmara sobre Reforma Governamental dos Estados Unidos (2004), incluía um banco de dados com 237 razões enganosas para justificar o conflito, dentre as quais figuram a existência de armas de destruição em massa no Iraque, a ligação de Saddam Hussein com a al-Qaeda e sua participação no ataque de 11 de setembro e a libertação do povo da opressão, molduras que foram se sucedendo, conforme as anteriores perdiam a credibilidade.

Há, ainda, mentiras que não alcançam relevo social, como a teoria do falecimento de Paul McCartney em acidente de veículo e sua substituição por sócia, do que haveria pistas dispostas nas capas dos álbuns da icônica banda *The Beatles*, as inúmeras aparições de Elvis Presley e outros artistas em locais públicos, após sua morte, dentre outras, a bem demonstrar o gosto humano por teorias da conspiração, sejam de que cunho forem.

Como dito, pois, a mentira acompanha a humanidade durante toda sua evolução, sob as mais diversas formas e com as mais variáveis finalidades, desde aquelas relevantes a persuasão da coletividade pelo poder pessoal ou estatal, até as que simplesmente atizam a imaginação e curiosidade das pessoas.

3.2 – *Fake News* – conceituação e elementos distintivos

Consideradas as premissas indicadas acima, pode-se afirmar que a utilização de notícias falsas integra o fenômeno de “desordem informativa”, definido por Wardle e Derakshaw (apud MELATI, 2020) como “uma poluição informacional em escala global”, constituído, basicamente, por três situações distintas: difusão não intencional de informações falsas (informação errada ou “mis-information”); divulgação de informações verdadeiras, mas manipuladas para levar a entendimento/interpretação enganosos (informação negativa ou “mal-information”) e divulgação intencional de informações falsas, com objetivo predeterminado de gerar confusão informacional (informação falsificada ou “dis-information”) (FORSTER; MONTEIRO DE CARVALHO; FILGUEIRAS e AVILA, 2021) (MELATI, 2020).

A caracterização autônoma das *Fake News*, como forma de manipulação contemporânea, a gerar maior preocupação quanto a sua utilização, decorre, basicamente, de seu imenso potencial de propagação pela utilização das modernas tecnologias de comunicação, de alcance mundial e instantâneo por meio da *internet*, pela disseminação de redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas, a viabilizar a criação rápida e sem custos (ou com poucos) por uma imensa gama de usuários, com

possibilidade de replicação massiva (uso de robôs, por exemplo), aliados aos objetivos de desinformação, potencialmente causadores de danos coletivos e/ou individuais.

Inserese, ademais, no contexto da pós – verdade, no qual os argumentos retóricos são fundados em elementos de crenças e emocionais, na formação da opinião pública, em detrimento dos fatos.

A expressão passou a ser utilizada em caráter geral, basicamente, a partir de 2006, relacionadas as circunstâncias levantadas nas eleições presidenciais norte-americanas e votação do Brexit na Inglaterra, alcançado, no entanto, sentidos diversos, seja como refutação a fatos ou alegações com as quais não se concorda (independentemente de sua veracidade ou de debates a respeito), seja no significado de disseminação intencional daquilo que se sabe não ser verdadeiro, com objetivo determinado.

No que tange ao conceito de *Fake News*, os economistas Hunt Allcott e Matthew Gentzkow (apud ZUBOFF, 2019), a definem como “‘sinais distorcidos não relacionados com a verdade’ que impõem ‘custos privados e sociais tornando mais difícil (...) inferir o verdadeiro estado do mundo (...)’”.

Binembojm (2020) refere que a melhor tradução possível para *Fake News* é a de notícias fraudulentas; no mesmo sentido, Rais (2018), em entrevista ao Conjur, esclarecendo que para sua identificação como objeto do direito devem concorrer os elementos da falsidade, dolo e dano, caracterizando-a como “o conteúdo comprovada e propositadamente falso, mas com aparência de verdadeiro, capaz de provocar algum dano, efetivo ou em potencial”.

Nery Júnior e Andrade Nery advertem, ainda, que o conceito em questão não se constitui apenas pelo conteúdo falso da informação, mas também pela utilização de fatos verdadeiros, manipulados para desacreditar a veracidade de outra informação:

(...) não somente de fatos inverídicos se compõe o conceito de *Fake News*, mas também de ardiloso e bem urdido conjunto de fatos verdadeiros que desmerecem uma afirmação, também verdadeira, mas que se quer seja recebida como falsa. Está incluída nesse conceito a meia – verdade, ou a mentira recebida por várias vezes para criar no destinatário a certeza de que essas mentiras reiteradas se apresentam como verdade (2021, p. 232).

Pode-se afirmar, com base nos conceitos acima, que as *fake news* constituem notícias fraudulentas, caracterizadas pela falsidade de seu conteúdo ou pela manipulação de conteúdo verdadeiro que distorça seu sentido, criadas e/ou divulgadas

e/ou difundidas intencionalmente, com o objetivo de acarretar dano, visando uma vantagem.

Assim, são elementos que as distinguem da simples mentira: a ciência de seu conteúdo falso ou da distorção do contexto; a intencionalidade ao criar, divulgar e difundir o conteúdo falso; a potencialidade de gerar dano individual ou coletivo e a finalidade de obtenção de vantagem por meio da desinformação produzida.

Inserem-se, pois, no âmbito mais amplo da desinformação, constituindo-se por informações falsificadas (divulgação intencional de conteúdo falso) e negativas (manipulação do contexto verdadeiro para gerar interpretações enganosas), que se vale, dentre outros e como instrumento, da informação errada (divulgação de informações falsas, sem ciência da falsidade de seu conteúdo ou contexto), em correlação ao fenômeno da desordem informativa, definido por Wardle e Derakshaw (apud MELATI, 2020), em lição citada no início deste tópico.

3.3 – Comunicação e formação do pensamento para a tomada de decisões

A difusão intencional de conteúdo falso ou distorcido, busca influir e manipular a autonomia das pessoas, quanto à tomada de suas decisões, mecanismo voltado a obtenção de uma vantagem.

Há estudos neurocientíficos que põe em xeque a própria autodeterminação das pessoas, enquanto liberdade de fazer escolhas conscientes. Harari (2016) menciona estudos que afirmam que as decisões são tomadas por uma reação em cadeia de ocorrências bioquímicas, por processos que são determinísticos ou aleatórios (ou uma combinação de ambos), afastando o livre – arbítrio.

Sarmiento (2020, p. 137, nota de rodapé 9), também informa a respeito de tais estudos:

Uma objeção ao livre – arbítrio que vem causando comoção decorre de descobertas recentes no campo da neurociência. Nós temos impressão que os nossos atos são causados por decisões conscientes que tomamos. Porém, comprovou-se empiricamente que os impulsos elétricos no cérebro que disparam as ações ocorrem cerca de meio segundo antes que haja a tomada consciente de qualquer decisão.

Ao tratar da comunicação e da formação do pensamento, lastreado também em pesquisas de neurociência (com a expressa advertência por parte do autor de que não está reivindicando competência especial na referida área, mas apenas introduzindo o processo da mente humana como elemento da análise da comunicação, sob uma

perspectiva científica interdisciplinar), Castells (2019, p. 191-194) afirma que a mente é um processo em interação com o corpo, caracterizado por imagens mentais que podem ou não ser conscientes, integrando emoções, sentimentos e raciocínio, que levam a tomada de decisões.

O mesmo autor indica que pesquisas na área demonstram a existência de integração entre a cognição e a emoção na tomada de decisões políticas (aspecto específico sob análise na obra, podendo-se estender a conclusão para as demais áreas de decisão), sem oposição entre ambas, mas com articulação entre elas, de modo que a “cognição política é formada emocionalmente” (op. cit, p. 199).

Refere que “Esperança e medo se combinam no processo político, e mensagens de campanha são muitas vezes direcionadas para estimular a esperança e provocar o medo do oponente”. E, ao se intensificar o conflito interno entre cognição e emoção, afirma que:

Uma pluralidade de estudos parece indicar que as pessoas *tendem a acreditar naquilo em que querem acreditar*. Com efeito, estudos mostram que as pessoas são muito mais críticas na avaliação de fatos que contradizem suas crenças do que no caso de questões que estão de acordo com o que elas pensam. (...). Quanto mais instruídos forem os cidadãos, mais capazes serão de elaborar interpretações das informações disponíveis em apoio de suas preferências políticas predeterminadas (Op. Cit., p. 207).

Fato é que o ser humano tem a capacidade não só de formar opiniões e agir em conformidade com elas, mas também de modificá-las, sejam ou não tais fenômenos originados por processos eletroquímicos aleatórios.

As *fake news* lidam exatamente com as emoções das pessoas, envolvendo, no mais das vezes, esperança, medo, ódio. Buscam exacerbar tais emoções, o que, com efeito, tem o condão de levar as pessoas a “acreditar naquilo que acreditam” e desenvolver argumentos que apoiem a informação fraudulenta, mesmo quando seu conteúdo não resista ao mínimo argumento crítico. Muda-se a realidade, desacredita-se a evolução científica, acrescentando argumentos que buscam consolidar a validade da informação fraudulenta, por adequada aos sentimentos e preferências pessoais, potencializando o isolamento ideológico e a polarização de ideias. Castells (2019, p. 202-203) expressa que “(...). Partidários fortes tendem a fazer parte de redes políticas homogêneas. As atitudes dos sujeitos são influenciadas por sentimentos em relação a outras pessoas na rede.” Esclarece, ainda, que:

Quando buscam informações, as pessoas começam com seus valores e depois buscam informações que confirmem aqueles valores. (...) os indivíduos são “avarentos cognitivos” que procuram informações que confirmem suas crenças e hábitos já existentes, um atalho cognitivo que reduz o esforço mental necessário para desempenhar uma tarefa (Popkin, 1991; Schreiber,, 2007).

Como exemplo de mecanismo relacionados ao quanto exposto, pode-se referir os filtros bolha, caracterizados pela personalização de mensagens direcionadas a certos grupos, com lastro em perfis elaborados a partir de dados fornecidos por eles próprios durante o uso da rede. Souza e Teffé (2021, p. 305) mencionam a possibilidade de que, com isso, os internautas sejam “afastados de conteúdos que de alguma maneira os desafiassem e fossem contrários a suas opiniões, gostos ou preferências, o que poderia prejudicar a capacidade deles de aprender e inovar”.

Macedo Júnior (2021, p. 259-260) relaciona a produção do “efeito da câmara de eco”, pelo qual as pessoas, na utilização das redes sociais, direcionam-se a informações que reforçam suas próprias opiniões e preconceitos.

Depreende-se, pois, que as decisões são formadas não apenas por racionalidade, mas também pela integração de sentimentos, os quais, quando exacerbados, levam a pessoa a buscar a confirmação daquilo em que já acredita, elemento que, ao que se verifica, é aproveitado pela elaboração das fake news e mecanismos utilizados para sua difusão.

4 – Propostas de Mecanismos de Controle e Responsabilidade

No que tange ao controle da disseminação das Fake News, há diversas propostas, além de alertas quanto ao risco de que se recaia em censura.

Binebojm (2020), alertando quanto a possibilidade de censura e de utilização do tema como pretexto para “exclusão de posição inconvenientes, antieconômicas ou politicamente incorretas”, indica como meio de combate a atuação de agências de checagens de notícias, a permitir, inclusive, o debate e formulação do senso crítico quando houver divergência entre elas, em razão da inviabilidade de adoção de solução baseada em imposição unilateral de alguma verdade, além do “controle social da mídia” na única expressão que indica como constitucional, ou seja, decorrente da liberdade de escolha do público, que tenderá a optar por veículos de maior credibilidade, em razão dos debates gerados a respeito dos conteúdos vinculados.

Rais (2021, p. 285) também faz advertência em tal sentido, quanto ao controle abstrato e preventivo:

(...). Por estarmos diante de um conteúdo, removê-las ou impedi-las por meio de ferramentas jurisdicionais exigiria uma análise caso a caso. Caso o Judiciário, de forma repressiva, o fizesse de modo abstrato e preventivo, a agressão à liberdade de expressão significaria censura.

De um lado, a definição de *fake news* mediante leis significaria a restrição à liberdade pelo Legislativo. Por outro, uma definição imprecisa permitiria aos juízes que, aleatoriamente e segundo seu próprio entendimento, restringissem todas as mensagens que entendessem como *fake news*, gerando insegurança jurídica.

O controle da desinformação pode decorrer de seu próprio conteúdo falso e da crítica por seu contraponto, pelo amplo debate gerado a respeito, com o fomento de uma educação que, desde suas etapas iniciais, permitam preparar as pessoas ao desenvolvimento de um pensamento crítico (ONUMA, 2020).

Nesse ponto, o uso da própria rede social mostra-se relevante mecanismo não estatal para combate a desinformação, constituído pelas agências de checagem, indicando Rais (2021, p. 286-288) alguns deles, como a agência Aos Fatos, o Lupe, o Trueet, o Comprova, dentre outros.

Sob o aspecto normativo, Cueva (2021, p. 292-295) aponta a existência de dois modelos de regulamentação, que podem complementar um ao outro, consistentes na reserva de jurisdição, no qual apenas o Poder Judiciário pode determinar a remoção do conteúdo ilícito, quando provocado pelo interessado, por via processual, sempre *a posteriori*; e o de autorregulação, pelo qual incumbe aos próprios provedores remover o conteúdo indevido, após provocação do ofendido.

No que concerne a imputação pela disseminação de *Fake News*, tratando-se de elemento fraudulento com potencialidade de causar danos, como referido quando analisado o conceito do instituto, pode se caracterizar a responsabilidade civil daquele que o cria e/ou divulga, pessoa física ou jurídica, observados os requisitos dos respectivos institutos, como o elemento subjetivo que informa a conduta (ou alguma das hipóteses legais de responsabilização objetiva, como o fato do serviço em relação de consumo), dano gerado e o nexo causal entre um e outro.

Possível, também, a responsabilidade penal, em caso de ofensa a outrem, com a caracterização de crimes de calúnia, difamação e injúria.

A responsabilidade do provedor por conteúdo gerado por terceiros, de seu turno, é subsidiária, somente incidindo quando descumprir ordem judicial específica para tornar indisponível o conteúdo ofensivo, conforme disposto no artigo 19 da Lei 12.965/14 (Marco Civil da *Internet*).

Nery Júnior e Andrade Nery (2021, p. 242-243) referem, ademais, a possibilidade de violação de bem jurídico difuso ou coletivo, aduzindo que:

Quando a notícia falsa atinge bem jurídico de natureza difusa ou coletiva, qualquer entidade constante do rol do CDC 82 e LACP 5º tem *legítima tío ad causam* para promover ação civil pública na defesa desses direitos, tanto para pleitear reparação de dano material, como de dano moral coletivo.

Pode ser utilizada, também, como meio processual, a tutela inibitória (buscado impedir a prática do ilícito) e a de remoção do ilícito, no âmbito individual ou coletivo, com fulcro nos artigos 536 do CPC e 84 da Lei 8.078/90.

A divulgação da *fake news* pode ensejar, ademais, a utilização do direito de resposta, estabelecido no artigo 5º, V, da CF.

Há diversos projetos de lei em trâmite nas casas legislativas, sendo que o Projeto de Lei 2630/20, que visa instituir a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, é o que se encontra em fase mais adiantada, com texto aprovado no Senado Federal e remetido à Câmara dos Deputados, onde foi apresentado substitutivo, com rejeição de requerimento de prioridade de tramitação.

5 – Conclusão

A distorção da realidade, embora fenômeno antigo, adquiriu maior relevo na atualidade, em virtude do desenvolvimento da tecnologia de comunicação e da *internet*, bem como de redes sociais e aplicativos de mensagens, que propiciam a criação de conteúdos por número indeterminado de pessoas e sua rápida e ampla disseminação em âmbito mundial, inclusive por meios artificiais (utilização de robôs), a acarretar preocupação com a magnitude da manipulação que podem produzir e seus efeitos sobre aspectos relevantes, quando não fundantes, da estrutura da comunidade e do Estado.

Nesse contexto, a potencialidade de desinformação de uma notícia adquiriu maior relevo, passando-se a usar a terminologia *fake news*, a qual pode ser entendida como a informação fraudulenta, criada e/ou disseminada intencionalmente, com o intuito de obtenção de vantagem e aptidão para causar dano, coletivo ou individual.

A liberdade de expressão, enquanto direito da personalidade que viabiliza o pleno desenvolvimento da pessoa, além de constituir substrato do regime democrático, envolve também o direito a informação, o qual não prescinde da veracidade do fato, elemento violado frontalmente pelas *fake news*.

A formação do pensamento, conforme os mais recentes estudos da neurociência, advém de impulsos bioquímicos determinísticos ou aleatórios, pondo em xeque a existência do livre arbítrio. Estudos na mesma área científica indicam, ainda, que o pensamento é constituído não apenas por racionalidade, mas também por emoções, existindo uma tendência, quando estas sobrelevam, de que a pessoa opte e defenda o ponto de vista que já possui, aproveitando-se as *fake news*, no mais das vezes, exatamente da exacerbação dos sentimentos do receptor.

No tratamento e combate as *fake news* há o risco da aplicação da censura sob a roupagem de defesa social, indicando-se a necessidade de se propiciar o desenvolvimento do senso crítico das pessoas, desde as fases iniciais de sua educação, a fim de coadunar o exercício da liberdade de expressão com a tutela da sociedade, por meio de debate e contrapontos que superem os efeitos da desinformação, além de se mencionar mecanismos decorrentes da própria tecnologia de rede (agências de checagem) e os institutos jurídicos já em vigor que podem ser utilizados na situação.

Não obstante o cenário atual, caracterizado pela polarização social, pelo aumento da vigilância e da potencialidade de manipulação das pessoas e diminuição do senso crítico, não é a primeira oportunidade em que a humanidade passa por profundas alterações, ousando-se manter a esperança quanto a superação dessa etapa, pois, nos dizeres de Bauman (2013, p. 140):

(...) é o destino (nome genérico de tudo que não podemos evitar ou alterar significativamente) que estabelece para nós a gama de opções disponíveis e realistas, mas é o caráter (nome genérico daquilo que podemos tentar conscientemente controlar, alterar ou cultivar) que faz a seleção entre elas. A copresença e a interação desses dois fatores amplamente autônomo tornam os feitos humanos indeterminados, e, no fim das contas, jamais totalmente previsíveis. Nem os nazistas e os comunistas, em seus campos de concentração, conseguiram eliminar de todo as escolhas humanas!

As inverdades (mesmo aliadas a opressão), de fato, não eliminaram a autodeterminação humana ao longo da história, cabendo-nos utilizar e estimular o senso crítico, livre e independente, para a superação desta era de pós – verdade,

buscando, sempre, que a humanidade trilhe um caminho comum, tendo por ponto de chegada o seu desenvolvimento e completa integração.

6 – Referências

BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. Vigilância Líquida; tradução Carlos Alberto Medeiros – Rio de Janeiro: Zahar, 2013

BAPTISTA, Carla. Digitalização, desinformação e notícias falsas – uma perspectiva histórica, in As fake news e a nova ordem (des) informativa na era da pós – verdade, FIGUEIRA, João; SANTOS, Sílvio. Edição Digital. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Disponível em: <https://civileimobiliario.com.br/colisao-entre-liberdade-de-expressao-e-direitos-da-personalidade-criterios-de-ponderacao-interpretacao-constitucionalmente-adequada-do-codigo-civil-e-da-lei-de-imprensa>. Acessado em 27/06/2022.

BINENBOJM, Gustavo. Liberdade Igual – o que é e porque importa. ed. digital. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo; tradução Marco Aurélio Nogueira. 17. Ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em 22/05/2022.

CANÁRIO, Pedro. “A melhor tradução para fake news não é notícia falsa, é notícia fraudulenta”. Entrevista com Diogo Rais. 2018: Revista Eletrônica Conjur. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/entrevista-diogo-rais-professor-direito-eleitoral>. Acesso em 22/05/2022.

CASTELLS, Manuel. O poder da comunicação; tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne; revisão de tradução de Isabela Machado de Oliveira Fraga. 4. ed. – São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2019.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Alternativas para a remoção de *fake news* das redes sociais, in Fake News e Regulação, ABBOUD, Georges, NERY JÚNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo. 3. ed – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

ECO, Umberto. Entre a mentira e a ironia. 2ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2006.

FORSTER, Renê; MONTEIRO DE CARVALHO, Rodrigo; FILGUEIRAS, Alberto; AVILLA, Emanuelle. Fake News: o que é, como se faz e por que funciona?. Scielo, 2021, disponível em <https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/view/3294/version/3484>, acesso em 22/05/2022.

FRANCO DE SÁ, Alexandre. Pré-verdade, verdade e pós-verdade: um percurso rumo à política contemporânea, in *As fake news e a nova ordem (des) informativa na era da pós – verdade*, FIGUEIRA, João; SANTOS, Sílvio. Edição Digital. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2019.

HARARI, Yuval Noah. Homo Deus: uma breve história do amanhã; tradução Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Fake News* e as novas ameaças à liberdade de expressão, in *Fake News e Regulação*, ABOUD, Georges, NERY JÚNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo. 3. ed – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARCONDES FILHO, CIRO. Fake news: o buraco é muito mais em baixo, in *As fake news e a nova ordem (des) informativa na era da pós – verdade*, FIGUEIRA, João; SANTOS, Sílvio. Edição Digital. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2019.

MELATI, Nathalia. As contribuições da retórica para o estudo das fake news, in *Revista Verbum*, v. 9, nº 1. São Paulo: PUC, 2020, disponível em <https://revistas.pucsp.br/verbum/article/view/48382/0>, acesso em 22/05/2022.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Confiança na mídia: responsabilidade civil por danos causados por *Fake News*, in *Fake News e Regulação*, ABOUD, Georges, NERY JÚNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo. 3. ed – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ONUMA, Tatiane Tomie. Liberdade de expressão e o direito à informação: o papel da educação no exercício da democracia informativa e no combate à desinformação, in *Revista Científica do STJ*, nº 1. Brasília, 2020, disponível em https://www.academia.edu/es/48845060/LIBERDADE_DE_EXPRESS%C3%83O_E_O_DIREITO_%C3%80_INFORMA%C3%87%C3%83O, acesso em 22/05/2022.

ORWELL, George. Lutando na Espanha. São Paulo: Globo, 2006.

_____. 1984. 10ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PAULA, Homero de Aquino. Autonomia dos pacientes. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/artigos/autonomia-dos-pacientes/#:~:text=A%20autonomia%2C%20um%20dos%20princ%C3%ADpios%20bio%C3%A9ticos%20descritos%20pelos,e%20compreens%C3%A3o%20das%20op%C3%A7%C3%B5es%20que%20lhe%20s%C3%A3o%20ofertadas>. Acessado em 27/06/2022.

RAIS, Diogo. Desinformação no contexto democrático, *in* Fake News e Regulação, ABOUD, Georges, NERY JÚNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo. 3. ed – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

RINCÓN, Maria Luciana. A curiosa história de como o boato de que Paul McCartney morreu se espalhou. 2018. Disponível em: <https://www.megacurioso.com.br/misterios/105942-a-curiosa-historia-de-como-o-ato-de-que-paul-mccartney-morreu-se-espalhou.htm>. Acessado em 22/05/2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Fake News e o STF: ainda há o que fazer. 2020: Revista Eletrônica Conjur. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-13/observatorio-constitucional-fake-news-stf-ainda>. Acesso em 22/05/2022.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech". In: Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 207-262.

_____. Comentário aos arts. 5º, IV, V, e 220. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SILVA, Juremir Machado da. Fake News, a novidade das velhas falsificações, *in* As fake news e a nova ordem (des) informativa na era da pós – verdade, FIGUEIRA, João; SANTOS, Sílvio. Edição Digital. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2019.

SODRÈ, Muniz. O facto Falso: do factóide às fake news, *in* As fake news e a nova ordem (des) informativa na era da pós – verdade, FIGUEIRA, João; SANTOS, Sílvio. Edição Digital. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2019.

SOUZA, Carlos Affonso; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. *Fake News* e eleições: identificando e combatendo a desordem informacional, *in* Fake News e Regulação, ABOUD, Georges, NERY JÚNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo. 3. ed – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

SOUZA, Fernanda. Liberdade de Imprensa: o Senado no combate às fake news. 2021, disponível em <https://www.zerohoranews.com.br/noticia/9989/liberdade-de-imprensa-o-senado-no-combate-as-fake-news>, acesso em 22/05/2022.

MILL, John Stuart, sobre a liberdade, tradução Pedro Madeira, Ed. Especial – Rio de Janeiro, Nova Fronteira: 2011.

ZUBOFF, Shoshana. A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Rio de Janeiro: Ed. Intrínseca, 2021.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR FRAUDE EM LICITAÇÕES: NÚMERO DE CASOS DE CARTEIS NO CADE ENTRE 2016 E 2021

VINICIUS VANDERLEY DOS SANTOS:
bacharel em direito pela Universidade
Federal do Tocantins - UFT³¹

SUYENE MONTEIRO DA ROCHA³²

(orientadora)

RESUMO: Esse estudo analisa a questão da improbidade administrativa por fraudes em licitações, delimitando-se a investigar o número de casos de cartéis encontrados no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, entre os anos de 2016 e 2021, a partir da comparação de dois triênios (2016-2018 e 2019-2021). Como objetivo central buscou-se verificar o quantitativo de casos ao longo de 6 anos e o cenário de ocorrências, com olhar convergente às mudanças implementadas pela reforma à legislação de improbidade administrativa (Lei 14.230 de 2021). Para tanto, esse estudo se alicerça para desenvolvimento metodológico nas técnicas bibliográfica e documental, em uma perspectiva qualiquantitativa, uma vez que debruça análise em dados coletados no sítio do CADE. Como resultados, verificou-se que o triênio 2016-2018 apresentou 267 casos, enquanto que o período de 2019-2021 registrou 241 casos. A partir dos dados é possível inferir que os casos não variaram em relação à nova lei de improbidade administrativa, mas que já apresentavam certa variação normal, ano a ano, antes dela, e continuaram apresentando depois de sua aprovação.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Fraude em Licitações. Registros de Cartéis no CADE.

ADMINISTRATIVE IMPROBITY FOR FRAUD IN BIDDING: NUMBER OF CARTEL CASES AT CADE BETWEEN 2016 AND 2021

ABSTRACT: *This study analyzes the issue of administrative improbity due to fraud in bids, limiting itself to investigating the number of cases of cartels found in the Administrative Council for Economic Defense - CADE, between the years 2016 and 2021, based on the comparison of two trienniums (2016-2018 and 2019-2021). As a central objective, we sought to verify the number of cases over 6 years and the scenario of occurrences, with a convergent look at the changes implemented by the reform of the legislation on administrative improbity (Law 14,230 of 2021). Therefore, this study is based on methodological development in bibliographic and documentary techniques, in a qualitative and quantitative*

31 Contato: viniciusvanderlei8@hotmail.com

32 Doutora em Biodiversidade e Biotecnologia - BIONORTE/UFAM. Mestre em Ciências do Ambiente - UFT. Professora Adjunta no curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins. Coordenadora do grupo de pesquisa CNPq: Políticas Públicas Ambientais e Sustentabilidade. Coordenadora da Grupo de Extensão: Direitos, Meio Ambiente e Sociedade: Diálogos interdisciplinares. Professora do Mestrado em Administração Pública – PROFIAP. E-mail: suyenerocha@uft.edu.br.

perspective, since it analyzes data collected on the CADE website. As a result, it was found that the 2016-2018 triennium had 267 cases, while the 2019-2021 period had 241 cases. From the data, it is possible to infer that the cases did not vary in relation to the new law of administrative improbity, but that they already presented a certain normal variation, year to year, before it, and continued to present after its approval.

Keywords: *Administrative Improbity. Fraud in Tenders. Cartel registrations with CADE.*

1 INTRODUÇÃO

A improbidade administrativa tem estado em voga nos últimos anos, especialmente a partir do processo que levou ao processo de impeachment da presidente Dilma Rousseff, em 2016, assim como por conta de mudanças na Legislação que disciplina essa prática, tida como uma infração cível. Por isso, é preciso que estudiosos de diversas áreas, como os do Direito, estudem a questão por diversos ângulos, como é o caso deste estudo que procura pensar a questão da improbidade administrativa por fraudes em licitações, especialmente aquelas oriundas da prática do cartel.

Assim, este artigo tem como tema como objeto central de estudo a improbidade administrativa, delimitando-se a analisar os atos de improbidades resultantes das fraudes por cartel em licitações, a partir do seguinte problema de pesquisa: “os casos de fraude em licitações por formação de cartel, apurados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, no período de 2016 a 2021, têm diminuído ou aumentado, após as mudanças implementadas pela reforma à legislação de improbidade administrativa- Lei 14.230 de 2021?”.

Esse tema ocupa um lugar de destaque, pois a questão da corrupção no setor público é tema recorrente no país, principalmente após os grandes escândalos de corrupção que vieram à tona nas últimas décadas. Sendo que, de acordo com a Associação do Ministério Público do Rio de Janeiro - AMPERJ (2021), cresce, ano a ano, os casos de processos por improbidade administrativa protocolados na justiça. Uma questão que precisa ser melhor compreendida, em suas especificidades.

Para responder às questões levantadas, essa pesquisa utilizou como técnica de pesquisa a revisão bibliográfica e documental, sendo uma pesquisa dedutiva e qualitativa. Para tanto, foram pesquisadas fontes nas plataformas Google Acadêmico, SCIELO e CAPES, priorizando-se estudos em língua portuguesa dos últimos 10 anos. Excetuando citações de legislações, que muitas vezes são anteriores a esse período, mas que são necessárias para compreensão do objeto central do estudo. A pesquisa se caracteriza como um estudo de caso, com recorte temporal, para tal, realizou um levantamento de quantos casos de fraudes em licitações por cartel foram encontrados no âmbito do CADE entre os anos de 2016 a 2021, um lapso temporal que se mostrou pertinente por considerar o período de vigência da antiga e da entrada em vigor da nova legislação de improbidade administrativa.

Diante disso, buscou-se compreender o que é improbidade administrativa e fraudes em licitações por prática de cartel, verificando se a nova legislação tem impactado em uma diminuição dos casos registrados no CADE.

Assim, inicialmente realizou-se uma análise descritiva e analítica entre a antiga e nova lei de licitações, necessária para a compreensão de todo o período aqui analisado (2016 a 2021). Em um segundo momento, realizou-se a caracterização das licitações públicas, suas etapas, fases e necessidades jurídicas. Por fim, fundamental se mostrou a compreensão do que são os cartéis, para então, analisar o número de casos de fraudes em licitações por cartéis registrados no CADE, entre 2016 e 2021.

2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: DA ANTIGA PARA A NOVA LEI

Antes de pensar a questão específica da improbidade administrativa por fraudes em licitações, a partir de formação de cartel, é preciso conceituar, em separado, os temas jurídicos da improbidade administrativa e das licitações e suas fraudes. Para tanto, é preciso iniciar com a análise da antiga Lei de Improbidade administrativa, Brasil (1992) e a nova lei, implementada em 2021, Brasil (2021). Ambos as leis são importantes para esse estudo porque fazem parte do período analisado nos arquivos do CADE (2016 a 2021), e porque esse estudo procura verificar justamente se essa nova Lei já demonstra impactos positivos nesse tipo de fraude licitatória.

Essa nova alteração da legislação de Improbidade Administrativa foi sancionada pelo Presidente da República, Jair Bolsonaro, no ano de 2021 (BRASIL, 2021), disciplinando as punições aos agentes públicos e agentes políticos em práticas de enriquecimento ilícito, danos ao Erário ou outras irregularidades contra a Administração Pública, que atentem contra a probidade administrativa prevista por seus cargos.

Segundo o texto da lei, essa medida viria para trazer uma definição mais clara do que é improbidade administrativa, explicitando o sistema de responsabilização por atos de improbidade, de forma a assegurar a integridade do patrimônio público e social. No entanto, ela estabelece que os atos de improbidade dependem de condutas dolosas, ou seja, só poderá ser atribuído do gestor que praticar esses desvios de forma livre e consciente. Assim, a Lei de Improbidade Administrativa deixa de prever punições para atos culposos de improbidade, praticados sem a intenção de cometer o ilícito (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2021).

Outra mudança trazida pelo texto foi a inclusão do agente político como sujeito dos atos de improbidade, passíveis de serem sancionados nos termos da Lei nº 8.429, de 1992.

Além destes, são abarcados pela Lei o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função, ou àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade, o que inclui pessoas físicas e pessoas jurídicas. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2021, [s/d], [s/p]).

Além dessas mudanças, a proposição institui que o MP poderá pedir o pacto de não persecução civil, desde que o agente acusado de improbidade administrativa ressarça integralmente os valores ou

reponha o dano cometido. Sendo que para esse pacto devem ser levadas em consideração também a personalidade do agente, a natureza do crime, suas circunstâncias, gravidade e repercussão social (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2021).

Diante disso, é importante analisar questões específicas de improbidade administrativa, para verificar as diferentes nuances desse tipo de ato ilegal, e as possibilidades e abrangências da legislação brasileira para coibir e punir esses atos. Como é o caso da questão específica da improbidade por fraudes em licitações analisada neste estudo.

Gajardoni et al. (2021), define esse ato como uma ação ilegal e contrária aos princípios básicos da Administração Pública, cometida por agentes públicos durante o exercício de sua função. No entanto, mesmo pessoas que não estejam em funções públicas, mas que participem nessas ações ilegais, podem estar sujeitas às penalidades previstas na Constituição Federal e em legislação própria (Lei 8429/92).

Marques et al. (2017), no entanto, dizem que a definição de improbidade administrativa no Direito brasileiro é complexa, podendo ser vista a partir de três principais correntes: a primeira professa que os efeitos desse tipo de crime são de natureza administrativa e patrimonial, por isso são de natureza apenas cível; a segunda posição defende que a improbidade administrativa está, na verdade, inclusa no Direito Penal, devendo assim ser considerada; já a terceira visão aponta para uma postura mais eclética, afirmando que a natureza desse crime dependerá da autoridade que dela se valha, podendo ser da natureza dos crimes políticos, de responsabilidade ou de responsabilidade patrimonial e administrativa.

Essa dificuldade não se dá necessariamente por uma falta de legislações que caracterizem esse tipo de crime, pois a própria Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), afirma a possibilidade de punição legal para os atos de improbidade: “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (BRASIL, 1988).

Além disso, em 1992 foi criada legislação própria para esse tipo de ação ilegal, a Lei 8429/92, também conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, propõe três tipos de atos ilegais que configuram improbidade: (1) enriquecimento ilícito dos agentes públicos ou pessoas físicas e jurídicas (Art. 9); (2) lesão ao patrimônio público (Art. 10); e (3) atentado contra os princípios da Administração Pública (Art.11) (BRASIL, 1992).

Gajardoni et al. (2021) explicam ainda que esses princípios da Administração Pública, a que a Lei 8429/92 se refere são: (1) a legalidade, ou seja, a necessidade de se cumprir a lei; (2) a impessoalidade, que se refere a necessidade de oferecer tratamento igualitário para todas as pessoas, baseando-se na Constituição Federal (BRASIL, 1988, art.5) que estabelece que “todos são iguais perante a lei”; (3) o conceito da moralidade, que obriga agentes públicos a serem sempre éticos; (4) o princípio da publicidade, que determina que todo agente público deve prestar contas à população, abrindo todos

os dados para consulta; e, por fim (5) o princípio da eficiência, que diz que deve-se buscar sempre a melhor gestão dos recursos e serviços públicos.

Dall Pozzo e Oliveira (2022), por sua vez, estabelecem que na Lei brasileira há cinco tipos de improbidade previstas: (1) a improbidade trabalhista; (2) a Improbidade Administrativa, ou Político-Administrativa; (3) a improbidade disciplinar; (4) a improbidade penal; e (5) a improbidade civil ou administrativa. Classificações essas que, ainda segundo o autor, podem dificultar a caracterização dos atos de improbidade administrativa e sua punição, pois muitas vezes é difícil enquadrar um ato ilegal em uma dessas classificações.

Além disso, Dall Pozzo e Oliveira (2022) afirmam ainda que a Lei de Improbidade Administrativa não possui natureza penal, por isso ela deixa em aberto para que o legislador crie figuras típicas penais, hora imputando aos culpados ações cíveis, hora ações penais. Uma questão que também está ligada às dificuldades de definição e de punição desse tipo de ato ilegal no Brasil, pois as legislações são demasiadamente genéricas e abrem brechas legais.

A diferença entre esses dois tipos de ação foi definida pela desembargadora federal Sílvia Goraieb, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em um processo de pedido de suspensão de Ação Civil Pública de improbidade administrativa movida contra os réus acusados na Operação Rodin. Nesta decisão a desembargadora afirma que:

[...] o objetivo de uma e de outra ação são diferentes. Enquanto na Ação Penal visa-se à apuração das condutas tipificadas como crime, na Ação Civil Pública por improbidade administrativa busca-se a aplicação de sanções outras que não as tipificadas no Código Penal. (BRASIL, TRF, 4º JURISDIÇÃO, 2011, p.3).

Esse exemplo demonstra que há uma dificuldade para os legisladores brasileiros identificarem, categorizarem e julgarem de modo uniforme os crimes de improbidade Administrativa, que muitas vezes acabam recebendo apenas sanções administrativas, outras acarretam em ações penais. Haja vista que muitas vezes esses atos de improbidade estão envoltos em questões políticas, esses instrumentos legais deveriam ser mais claros acerca da natureza do crime e de suas punições.

Marques (2017) é outros dos autores que afirma existir uma dificuldade em se caracterizar os atos de improbidade administrativa no Brasil, e puni-los corretamente. Para o autor, mesmo com a Lei da Improbidade Administrativa, que visava diminuir essas dificuldades, há ainda a necessidade de procedimentos mais eficientes e adequados para apurar e punir efetivamente a ocorrência de atos ímprobos na administração pública, racionalizando a aplicação das penalidades previstas na referida lei.

Porém esse ponto de vista não é unânime, Sá (2021), por exemplo, afirma que a Lei da Improbidade Administrativa é bastante eficiente e que ela garante a possibilidade de ação civil pública contra os mais diversos atos de improbidade administrativa, previsto em lei, servindo como um importante instrumento de concretização do direito fundamental ao combate à corrupção no país.

Para a autora, a Lei nº 8.429/92 institui norma de direito material e processual com fim específico de punir, na esfera cível *lato sensu*, aqueles que praticam improbidade administrativa, sem afastar os aspectos penais incidentes, de acordo com o princípio da legalidade, sobre ações consideradas ilícitas cometidas pelo mesmo agente.

Diante disso, não seria possível que essa Lei adquirisse um caráter criminal para aplicação de suas sanções, porquanto o próprio legislador, no âmbito de sua soberana discricionariedade, previu o veículo da ação civil da improbidade para imposição das consequências jurídicas decorrentes dos atos da improbidade administrativa (SÁ, 2021).

Portanto, há suficientes ferramentas jurídicas no país para o combate, a caracterização e a punição dos crimes de improbidade administrativa, sejam qual for o seu tipo, motivação ou efeito. (SÁ, 2021) Lembrando ainda que após a definição desse crime na Constituição de 1988, logo no ano de 1992, foi promulgada a primeira legislação específica a tratar da improbidade administrativa no Brasil, a Lei nº 8.429, que discorre sobre as “sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional” (BRASIL, 1992).

No Art. 1º da referida Lei, fica estabelecido que os atos de improbidade praticados por qualquer funcionário público, seja ele servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer um dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios, ou de empresas incorporadas ao patrimônio público, serão punidos (BRASIL, 1992).

Essa Lei dispõe que são atos de improbidade administrativa todos aqueles que atentem contra os princípios da administração pública, violando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, bem como, bem como aqueles que atentem contra o erário ou gerem enriquecimento ilícito.

Quando à improbidade administrativa por atentado aos princípios da administração pública, ela se dará por:

VII – revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

VIII – descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;

(BRASIL, 1992, Art.11).

Ainda que a improbidade administrativa por atentado aos princípios da administração pública não fale explicitamente dos casos de fraudes em licitações, elas podem ser subentendidas pelos itens

VII e VIII , pois essas fraudes se dão, geralmente, por divulgar informação privilegiada aos concorrentes do certame, influenciando em políticas econômicas que afetam preços de mercadorias (Item VII), e porque essas fraudes descumprem as normas de celebração de contratos que afetam as contas públicas (Item VIII).

No entanto, pensando especificamente nessa questão das fraudes em licitações, assunto a ser melhor discutido no final deste artigo, a Lei de Improbidade Administrativa tem outros termos que caracterizariam melhor esse crime. Isso porque além de categorizar a Improbidade administrativa por atentado contra os princípios da administração pública, ela também categoriza a improbidade administrativa como fruto do enriquecimento ilícito, e como decorrência de prejuízos causados ao erário. Ou seja, pensando na questão específica da fraude em licitações, no tocante ao enriquecimento ilícito podem ser citados os seguintes parágrafos da Lei:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I – receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II – perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III – perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

[...]

IX – perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza.

(BRASIL, 1992, Art. 9,)

No tocando aos crimes de dano ao erário, ele também é considerado improbidade administrativa, sendo o prejuízo aplicado à Fazenda, aos cofres públicos e ao tesouro nacional, por ação ou omissão de agente público. Sendo que esse crime é caracterizado por, dentre outras coisas:

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei;

XVI – facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XIX – frustrar a licitude de processo seletivo para celebração de parcerias da administração pública com entidades privadas ou dispensá-lo indevidamente;

(BRASIL, 1992, Art. 10, online)

No entanto, ainda de acordo com Marques et al. (2017), apesar desses dispositivos que caracterizam a improbidade administrativa no Direito brasileiro, a sua comprovação prática é difícil. Daí as grandes batalhas jurídicas travadas contra políticos na atualidade para se safarem das acusações de improbidade administrativa lhes atribuída.

Dipp e Carneiro (2019), concordam com essa dificuldade, afirmando que a Lei de Improbidade Administrativa ao invés de coibir o crime efetivo de gravidade, pode ser utilizado de forma política para punir atos administrativos ilegais de menor gravidade ou mesmo realizados sem má-fé. Pois a lei acaba por generalizar a questão, além de ser muito ampla, o que pode ser usado tanto a favor de réus que cometeram atos mais graves, quanto para punir severamente atos menores, como, por exemplo, mostra a jurisprudência de condenações por improbidade que envolvem o mero atraso na entrega de prestação de contas, ainda que posteriormente aprovadas pelo órgão competente.

Diante dessas mudanças, da antiga para a nova lei de improbidade administrativa, é importante analisar questões específicas dentro dessa prática, para verificar as diferentes nuances desse tipo de ato ilegal, e as possibilidades e abrangências da legislação brasileira para coibir e punir esses atos. Como é o caso da questão específica da improbidade por fraudes em licitações.

3 LICITAÇÕES PÚBLICAS

Garcia e Ribeiro (2012), explicam que o processo de licitação é um procedimento administrativo utilizado para a contratação dos mais diversos tipos de serviço e compra de produtos úteis para a administração pública, por preços a ela vantajosos, sempre se valendo dos princípios da economicidade (art. 70 da CF/88) e da eficiência (art. 37 da CF/88).

Para garantir esses princípios, todo processo licitatório deve obedecer ainda aos princípios da isonomia e da competitividade, afastando quaisquer tentativas de se obter privilégios aos licitantes, e assegurando que a compra final será vantajosa para a Administração Pública, do ponto de vista do preço e da qualidade do produto ou serviço adquirido (GARCIA; RIBEIRO, 2012).

Pela definição de Silva e Ralhas (2010), um processo licitatório é aquele onde vigora um procedimento democrático e justo para a contratação, pelo poder público, de produtos ou serviços do setor privado, sempre baseado nos princípios constitucionais de isonomia, e sempre selecionando a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em várias frentes, e não apenas na questão econômica.

Desse modo, a licitação é um procedimento administrativo através do qual a entidade pública abre um processo de busca de fornecedores, de produtos ou serviços, a todos os interessados que estejam de acordo com as regras previamente estabelecidas no documento convocatório, sempre oferecendo a essas empresas concorrentes a garantia de igualdade de condições. Neste processo, cada empresa concorrente pode formular propostas à administração pública que deverá necessariamente escolher entre a mais conveniente e vantajosa (SILVA; RALHAS, 2010).

Como esse é um processo complexo e que envolve uma série de interesses conflitantes, e grande brecha à corrupção, os órgãos públicos devem garantir a lisura do processo através de uma série de atividades de auditoria e controles governamentais. Bem como é importante que o Governo Federal mantenha uma série de dispositivos legais e institucionais de controle dessas atividades, tal como a Polícia Federal e seus órgãos associados (SILVA; RALHAS, 2010).

Assim, para a realizar as licitações há uma série de regras e serem seguidas, entre elas está a necessidade de que os produtos e serviços adquiridos pela administração pública sejam não somente mais baratos, mas cumpram com outros requisitos de qualidade e até mesmo outras necessidades do Estado. Por exemplo, existem atualmente legislações que visam oferecer tratamentos diferenciados para micro e pequenas empresas, visando suprir outras carências políticas e econômicas. Uma dessas legislações é a Lei Complementar nº 123/2006, que visa incentivar empresas de pequeno porte para ampliar a formação de emprego e o desenvolvimento socioeconômico (BRASIL, 2006).

No entanto, a antiga lei de licitações era a Lei 8.666, de 1993 (BRASIL, 1993), que passou por alterações no ano de 2021, a partir da Lei 14.133 (BRASIL, 2021). Essa nova Lei de Licitações estabelece as normas gerais de licitação para contratação de serviços e compra de produtos para as administrações públicas diretas, para as autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No documento da Secretaria de Gestão sobre essa mudança na Lei das Licitações, Brasil (2022), afirma-se que ela fará com que toda a contratação pública seja revista nos próximos anos, revolucionando a questão e acabando com muitas possibilidades de fraudes. No entanto, para isso, é preciso aguardar a regulamentação da Lei nº 14.133/21 que, em 2023, passará a vigor como a única Lei Geral de Licitações do País.

Essa nova lei não revoga a anterior, e ambas permanecem válidas por um período de dois anos. Até lá, fica a critério da administração pública escolher se abrirá processos licitatórios baseados em na lei antiga ou na nova. Como mudanças, entretanto, o novo regulamento prevê cinco modalidades de licitação: (1) concorrência; (2) concurso; (3) pregão; (4) leilão; e (5) diálogo competitivo (BRASIL, 2021).

Aumentou-se também o valor mínimo para o qual não é necessária abrir processo licitatório. Passando de 33 mil para as obras e serviços na lei antiga (BRASIL, 1993), para 100 mil na nova Lei (BRASIL, 2021); e passando de 17 mil para compras e outros serviços, na antiga lei (BRASIL, 1993), para 50 mil na nova Lei (BRASIL, 2021).

Houveram também alterações nos prazos de divulgação, que foram aumentados na nova lei, e também nos períodos de vigência dos contratos. No entanto, apesar dessas mudanças, algumas coisas permanecem, como a exigência de que se respeite os princípios da administração pública, e os princípios da isonomia e da competitividade.

Quando se fala de isonomia e igualdade de direitos nos processos licitatórios, é preciso ter em mente que há dispositivos de Estado que aparentemente criam uma certa “desigualdade”, para na realidade efetivar a igualdade de condições. Essa “desigualdade”, ou seja, essa aparente “vantagem” dada para as micro e pequenas empresas desde 2006, por exemplo, visa corrigir uma desvantagem do mercado e da sociedade capitalista contemporânea, onde as grandes empresas conseguem uma série de vantagens, tal como redução nos custos de matérias primas adquiridas em grandes quantidades, e etc. (GARCIA; RIBEIRO, 2012).

Segundo Calasans (2021), para que um processo de licitação seja realizado nos conformes, de acordo com as leis que lhe determinam, devem ser seguidos alguns passos, sendo que esses passos podem ser divididos em dois momentos: a fase interna, e a fase externa. Onde a interna passa pela formulação do projeto, orçamento, elaboração do edital e etc., enquanto a fase externa parte da análise das propostas, julgamento e adjudicação (ou seja, escolha do concorrente ganhador do processo licitatório). Conforme pode ser observado no Quadro 1.

Quadro 1 – Fases do processo de Licitação

FASE INTERNA DAS LICITAÇÕES							
Projeto básico aprovado e tornado público	Orçamento detalhado	Previsão de recursos orçamentários	Escolha da modalidade e do tipo da licitação	Designação da comissão de licitação, ou responsável legal pelo processo	Verificar se o produto está contemplado no PPA, se for o caso	Elaboração da Minuta do Edital	Análise e aprovação da assessoria jurídica

FASE EXTERNA DAS LICITAÇÕES

Publicação do aviso do edital ou convite público	Direito de impugnação do processo licitatório, se for o caso	Habilitação dos licitantes, se for o caso	Julgamento da comissão de licitação	Homologação	Adjudicação
--	--	---	-------------------------------------	-------------	-------------

Fonte: Autoria própria a partir de em Brasil (2021) e Calasans (2021)

Seguir os passos descritos no Quadro 1 é importante, pois garante a legalidade e a lisura do processo. Porém, analisando todas essas etapas também é possível verificar o quanto o processo licitatório é complexo, abrindo brechas para muitas fraudes e erros, propositais ou não. Daí a necessidade de que cada caso de suspeita de fraude em licitação pública seja investigado separadamente, para se evitem as injustiças e falsas acusações.

Porém, analisando todas essas etapas também é possível verificar o quanto o processo licitatório é complexo, abrindo brechas para muitas fraudes e erros, propositais ou não. Daí a necessidade de que cada caso de suspeita de fraude em licitação pública seja investigado separadamente, para se evitem as injustiças e falsas acusações.

4 FRAUDES EM LICITAÇÕES E O CARTEL

Sobre os principais tipos de fraude nos processos de licitação, Di Pietro (2022) diz que os esquemas ilícitos mais comuns nessa área são o de formação de cartel, ou seja, a realização de um acordo implícito ou explícito entre os concorrentes para fixem preços ou quotas de produção, objetivando que cada participante do cartel elimine a concorrência, com o consequente aumento de preços e redução de bem-estar para o consumidor.

Nos cartéis é comum a prática dos rodízios de licitações, assim cada participante já sabe prontamente quem deverá ganhar a licitação naquela “rodada”, entrando no processo só para forçar os preços e garantir que o “participante da vez” leve a licitação com preços mais vantajosos para ela, e mais altos do que os valores de mercado (DI PIETRO, 2022).

Algumas das instituições públicas responsáveis por coibir esses cartéis são a CGU (Controladoria Geral da União) e o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). A CGU é um órgão central de controle interno que mantém parcerias com outros órgãos, enquanto que o CADE que investiga práticas de cartéis no âmbito da Administração Pública, tomando as providências cabíveis (SILVA; RALHA, 2010).

Cartéis, segundo o CADE (2019), são resultado do acordo de cooperação entre empresas concorrentes que determinam preços em conjunto para limitar novas concorrências e controlar o mercado em que atuam. Os cartéis prejudicam os consumidores, pois aumentam os preços e restringem a oferta de produtos ou serviços, ou inviabiliza a aquisição deles.

Assim, quando são confirmados casos de processos de licitação envolvendo cartel, a CGU ou a CADE utilizam a antiga lei de licitações (n. 8.666/93), ainda válida, e também a nova lei (n. 14.133/21), para coibir essa prática. Da mesma forma, essas instituições públicas coíbem outros tipos de fraudes em licitações.

Além dos cartéis, bastante comuns nas fraudes de licitações, Filho et al. (2022) citam mais onze tipos de fraudes em licitações, sendo elas: (1) Superfaturamento; (2) Conluio; (3) Processo feito sem licitação ou com empresas inaptas; (4) Contratação de serviços fantasmas; (5) Fraude na elaboração dos documentos de convocação para licitação; (6) Vínculo entre os participantes; (7) Participação de empresas coligadas; (8) Falta de publicidade do certame; (9) Contratação de produtos ou serviços desnecessários; (10) Contrato para acobertar desvios de verba pública; (11) Alterações contratuais indevidas.

Todas elas sendo graves e resultando em cancelamento do certame, bem como em ato ilegal tanto dos agentes públicos proponentes do ato licitatório quanto das pessoas físicas e jurídicas envolvidas na ilegalidade observada. Todos eles podendo responder por ato de improbidade administrativa por fraudes em licitações.

Estudando especificamente a questão da improbidade administrativa por fraude em licitações, Nunes (2016) diz que a grande maioria dessas acusações decorre mesmo da formação de cartéis. Algo que fere frontalmente a Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529 de 30/11/2011), e um atentado contra a ordem econômica do país, incidindo nas práticas danosas do monopólio.

Quando esses cartéis são realizados apenas na iniciativa privada, para controle dos preços no mercado privado, ela se configura como um crime penal, porém, quando exercido a partir da cumplicidade com figuras públicas, passa a ser também uma infração administrativa, podendo ser caracterizada como improbidade administrativa. O que não a desenquadra em seu aspecto penal, podendo levar a penas de detenção ou pagamento de multas, além da perda do cargo, mandato ou dos direitos políticos (NUNES, 2016).

Esses cartéis estão previstos na Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529 de 30/11/2011), a qual define crime:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) **preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública** grifo nosso (BRASIL, 2011, s/d, s/p)

Assim, em resumo, quando a prática de cartéis é realizada por empresas privadas para manipular os preços do mercado, eles incorrem em crime contra a concorrência e o livre comércio, praticando monopólio e podendo arcar judicialmente por seus atos, do ponto de vista penal, com detenções e multas. Porém, quando esses cartéis são formados contra a iniciativa privada, com a ajuda de agentes públicos, concursados ou eleitos para cargos políticos, esses incorrem em todos os demais crimes e ainda na improbidade administrativa. Podendo ser presos ou perder seus cargos e direitos políticos.

Além da questão do cartel, a mais comum nas fraudes de licitações contra o setor público, há outras formas de se cometer crimes contra as regras das licitações públicas, como, por exemplo, quando o gestor público dá informações privilegiadas, frauda ou mesmo deixa de realizar contratos ou editais e etc. Neste caso, cometem improbidade administrativa por dano ao erário, como pode ser observado nos processos apurados no CADE.

4.1 Processos contra cartéis em licitações apurados no CADE

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é um órgão federal brasileiro, especificamente uma autarquia, vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, fazendo parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, ao lado da Secretaria de Acompanhamento Econômico. Nesse sistema é possível encontrar todos os processos abertos sobre empresas públicas e privadas que cometem crimes e ações ilegais, no campo da concorrência de mercado. Como no caso das formações de cartel, ou ainda dos cartéis envolvendo licitações públicas, foco deste estudo.

Foram realizadas 3 buscas no sítio do CADE, a primeira, usou filtros de data, para o ano de 2019 (de 01/01/2019 a 31/12/2019), com os termos "fraude em licitação por cartel", e as opções de processos, documentos gerados e documentos externos. A segunda e terceira pesquisas seguiram o mesmo modelo, apenas alterando apenas o período, um deles para cobrir todo o ano de 2020 e outra o ano de 2021.

Após a realização das buscas com os filtros especificados, foram encontradas 85 casos no anos de 2019, 75 casos em 2020 e 81 em 2021, totalizando 241 casos específicos de indicativos de fraude em licitações por cartel no triênio 2019-2021. O Quadro 2 mostra esses números.

Quadro 2 – Número de processos e documentos indicativos de fraude em licitação por cartel (2019 a 2021)

Ano	Número de processo CADE
2019	85
2020	75
2021	81
TOTAL	241

Fonte: Autoria própria a

coletados no sítio do CADE

partir dos dados

Analisando os números obtidos com a busca, observa-se que não houve um declínio de processo e de documentos indicativos de fraudes em licitações por cartel no período em questão. Entre 2019 e 2020 houve uma queda de 10 casos (11,7%), todavia, essa queda aparente foi recuperada em 2021, quando já voltaram a se somar 81 casos (apenas 4,7% menos casos do que 2019, início do período analisado). Indicando que talvez a nova legislação de improbidade administrativa talvez tão tenha surtido efeito em diminuir os casos de cartéis em fraudes licitórias.

Ainda que o período estabelecido inicialmente para análise neste estudo tenha sido o triênio 2019-2021, como os dados se mostraram inconclusivos, fez-se necessário analisar o triênio anterior (2016-2018), para verificar se a pequena diminuição dos casos já vinha sendo observada antes das alterações legais. Por isso os dois triênios foram analisados em separados, de modo a possibilitarem uma comparação mais efetiva. O levantamento do período de 2016 a 2018 pode ser verificado na Quadro 3.

Quadro 3 – Número de processos e documentos indicativos de fraude em licitação por cartel (2016 a 2018)

Ano	Número de processo CADE
2016	145
2017	52
2018	70
TOTAL	267

Fonte: Autoria própria a

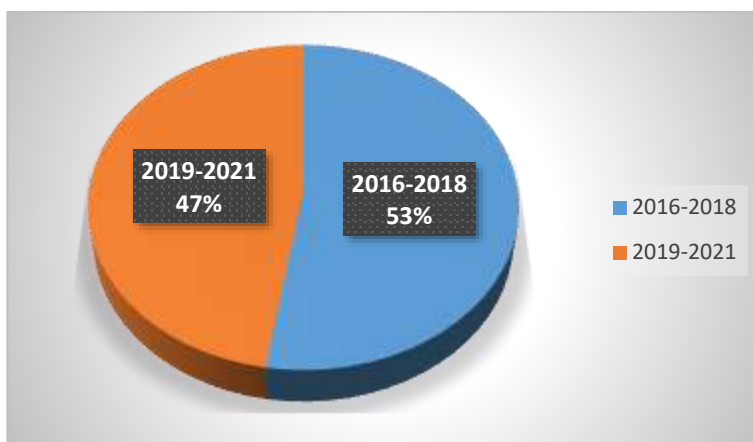
coletados no sítio do CADE

partir dos dados

O quadro 3 mostra que o triênio 2016-2018 teve 267 casos, e que o ano de 2016 teve um número muito acima de todos os demais anos analisados.

Como forma de trazer maior clareza aos dados obtidos apresenta-se gráficos 1 e 2, o primeiro traz a comparação entre o número de ocorrências de processos relacionados a cartel no CADE dos triênios 2016-2018 e 2019-2021.

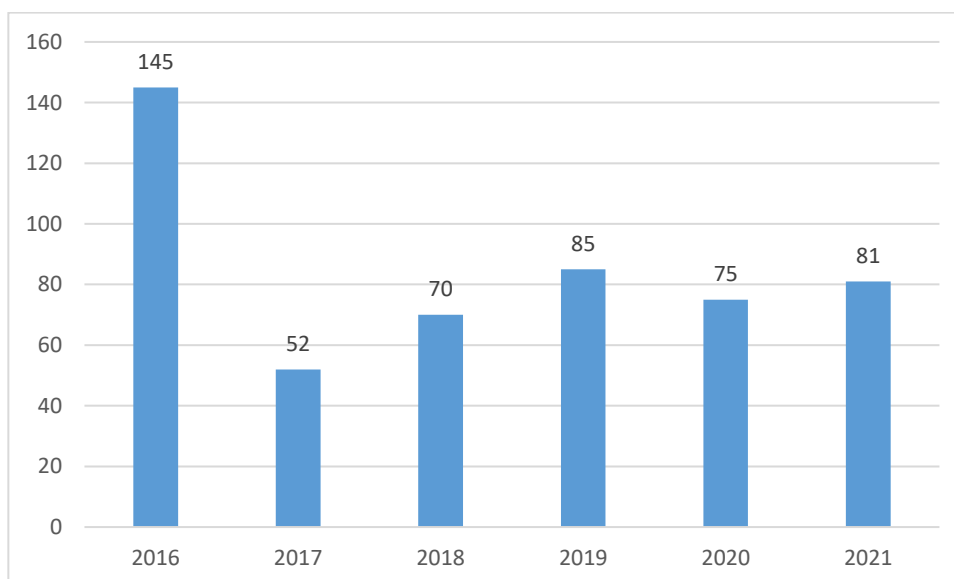
Gráfico 1 – Número de ocorrências ao cartel no CADE (entre 2016-2018 e 2019-2021)



Fonte: Autoria própria a partir dos dados coletados no sítio do CADE

Observando o Gráfico 1, nota-se que a diferença entre os dois períodos (triênio de 2016 a 2018 e de 2019 a 2021) mostra-se pequena. Assim, entre o período posterior e anterior à nova lei de improbidade administrativa, só consta uma diferença de 6%, sendo que ao analisar ano a ano (Gráfico 2) percebe-se que essa variação não se deve a nova lei, pois os valores já foram menores antes dela (em 2017 e 2018), tornando a variar levemente após a lei. O Gráfico 2 mostra a variação ano a ano de 2016 a 2021.

Gráfico 2 – Número de ocorrências ao cartel no CADE (de 2016 a 2021)



Fonte: Autoria própria a partir dos dados coletados no sítio do CADE

No Gráfico 2 é possível observar que não houve uma movimento crescente ou decrescente relativos à nova legislação de improbidade administrativa, já que os números de 2017 e 2018 já haviam

caído muito em relação a 2016, sem a nova lei, e que após a nova lei, os números tornaram a praticamente se igualar aos de 2019, antes da nova lei.

Com isso, verifica-se que não há uma tendência de que queda no número de casos de fraude em licitação por cartel, mostrando que ao menos nesse tipo específico de improbidade administrativa a nova lei não coibiu os casos e também não aumentou significativamente os processos, mostrando que teria havido um aumento na fiscalização e punição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prática da improbidade administrativa é atualmente muito debatida por juristas e pela opinião pública em geral, especialmente nos últimos anos, desde o *impeachment* da presidente Dilma Rousseff por conta dessa prática, e também de outros casos que vieram à tona em uma onda de casos de corrupção política no país. No entanto, essa prática não possuía fácil identificação e punição, pois as Leis que a determinavam eram bastante vagas.

A improbidade administrativa já era apontada superficialmente pela Constituição Federal de 1988, e por uma legislação própria (Lei nº 8.429/92), implementada em 1992. No entanto, nessas legislações ela ainda aparecia de forma bastante vaga e abrangente, não definindo ao certo sequer o caráter administrativo ou penal da prática. Algo que foi corrigido pela nova Lei da Improbidade Administrativa (Lei 14.230/21).

Todavia, no caso particular da improbidade administrativa por fraude em licitações, foco deste estudo, a definição do crime e sua possibilidade de punição é mais simples, pois existe ainda a Lei específica das Licitações, também atualizada no ano de 2021 (Lei 14.133/21).

Assim, esse estudo procurou analisar de improbidade administrativa decorrentes de fraude em licitação por cartel, um tipo de prática de improbidade administrativa bastante comum, para determinar se essas novas legislações estariam indicando uma possibilidade de queda nessas práticas. Analisando a atuação do órgão CADE, nesse processo. Uma autarquia federal ligada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, e que visa prevenir práticas de cartel ou outras que coloquem a livre concorrência em risco.

Para tanto, esse estudo analisou dados do CADE fraudes em licitações por formação de cartel, observando que os números de casos não parecem ter se alterado consideravelmente após a nova lei de improbidade administrativa, já que os anos de 2019 a 2021 apresentaram mais casos do que em 2017 e 2018, porém muito menos casos do que em 2016. O seja, antes dessa nova lei houveram anos com números maiores (2016 teve 145 casos), e anos com números menores (2020 teve 75 casos). Mostrando que ao menos para a questão dos cartéis em licitações, a nova lei de improbidade administrativa não parece ter demonstrado efeito aparente e importante.

Por isso, esse estudo abre espaço para que novas pesquisas sejam desenvolvidas no sentido de investigar particularmente as estatísticas de casos julgados de improbidade administrativa nos últimos anos, em um período maior antes da nova lei, e também após decorridos alguns anos da nova legislação.

REFERÊNCIAS

AMPERJ. **'Ministério Público: um retrato': processos de improbidade cresceram 10% em 2020.** 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 11/06/2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 11/04/2022.

BRASIL. **LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992 – Lei de Improbidade Administrativa.** 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em 15/04/2022.

BRASIL. **LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993 - Antiga lei de licitações.** 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em 20/03/2022.

BRASIL. **LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006 - Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.** 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em 15/03/2022.

BRASIL. **LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011 - Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.** 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em 15/04/2022.

BRASIL. **LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021 - Nova Lei de licitações e contratos administrativos.** 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em 22/06/2022.

BRASIL. **Contratações Públicas em 2022.** Secretaria de Gestão. 2022. Disponível em: [https://www.gov.br/compras/pt-br/nllc/Contrataes Pblicas 2022.pdf](https://www.gov.br/compras/pt-br/nllc/Contrataes%20Pblicas%202022.pdf). Acesso em 22/06/2022.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia: combate a carteis em licitações.** 2019. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf>. Acesso em 22/06/2022.

CALASANS, José. **Manual da Licitação.** Editora Atlas, 3ª ed., 2021.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito administrativo.** Editora Forense, 35ª edição, 2022.

DIPP, Gilson; CARNEIRO, Rafael Araripe. **A dosimetria das sanções por improbidade administrativa.** 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-19/opinioao-dosimetria-sancoes-improbidade-administrativa>. Acesso em 22/04/2022.

FILHO, Vicente Greco; et al. **Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos**. Editora Revista dos Tribunais, 2022.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; et al. **Comentários à nova lei de improbidade administrativa**. Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2021.

GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Licitações públicas sustentáveis**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 260, p. 231-254, maio/ago. 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8836/7629>. Acesso em 03/03/2022.

MARQUES, Mauro Campbell; et al. **Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos**. Editora Forense, 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Presidente Bolsonaro sanciona alterações na Lei de Improbidade Administrativa**. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/noticias/2021/outubro/presidente-bolsonaro-sanciona-alteracoes-na-lei-de-improbidade-administrativa>. Acesso em 01/05/2022.

NUNES, Daniele de Oliveira. **Carteis em licitações: fronteiras entre a infração à ordem econômica e o ato de improbidade administrativa**. 2016. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/254>. Acesso em 23/04/2022.

DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Lei de Improbidade Administrativa Reformada - Lei 8.429/92 e Lei 14.230/21**. Editora Revista dos Tribunais. 2022.

SÁ, Acácia Regina Soares. **A ação civil pública de improbidade administrativa como instrumento de concretização do direito fundamental ao combate à corrupção**. Revista FADISP, v.15, n.3, 2021. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/302>. Acesso em 21/06/2022.

TRF - Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento nº. 0007349-22.2011.404.0000/RS**. 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-trf-agravo-instrumentos.pdf>. Acesso em 20/04/2022.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DA INTERNET: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E UNIÃO EUROPEIA

BIANKA ZLOCCOWICK BORNER DE OLIVEIRA:

Advogada, Procuradora do Município de São Paulo, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Pós-graduada em Direito Tributário pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.³³

Resumo: O presente artigo visa analisar a colisão de princípios constitucionais que envolvem a aplicação do direito ao esquecimento, que coloca, de um lado, os direitos fundamentais individuais à intimidade e à vida privada, e de outro, os direitos fundamentais coletivos à história e memória. O trabalho tem como foco a análise desse direito no cenário da sociedade do espetáculo, marcada pela alta exposição da vida privada nas redes sociais e na internet. A partir disso, pretende-se examinar os diferentes tratamentos do tema no âmbito da jurisprudência e da legislação sobre proteção de dados pessoais, numa perspectiva comparativa entre o Brasil e a União Europeia.

Palavras-chave: direitos fundamentais; direito ao esquecimento; colisão de princípios; internet; dados pessoais.

Abstract: This article aims to analyze the collision of constitutional principles that involve the application of the right to be forgotten, which places, on the one hand, the fundamental individual rights to intimacy and private life, and on the other, the fundamental collective rights to history and memory. The work focuses on the analysis of this right in the scenario of the society of the spectacle, marked by the high exposure of private life on social networks and the internet. From this, it is intended to examine the different treatments of the subject in the context of jurisprudence and legislation on the protection of personal data, in a comparative perspective between Brazil and the European Union.

Keywords: fundamental rights; right to oblivion; collision of principles; Internet; personal data.

1.Introdução

“Incessantemente uma folha se destaca da roldana do tempo, cai e é carregada pelo vento - e, de repente, é trazida de volta para o colo do homem. Então, o homem diz: ‘eu me lembro’, e inveja o animal que imediatamente esquece e vê todo instante realmente

³³ E-mail de contato: biaborner@gmail.com.

morrer imerso em névoa e noite e extinguir-se para sempre”³⁴. Nessa passagem de Segunda Consideração Intempestiva, Nietzsche remonta à ideia de como a memória, traço singular do ser humano, é capaz de lhe causar sofrimento, ao tocar em questões de grande profundidade para a existência humana, como a culpa, o ressentimento, o remorso e a vergonha.

Neste sentido, Nietzsche vem trazer a ideia de esquecimento como uma *atividade* dotada de *força plástica* e não como mera consequência da inércia³⁵, associando-a à atividade de digestão, mas uma digestão da “alma” (*Einverseelung*³⁶). Assim, o filósofo compara o ser humano em que o “aparelho inibidor” do esquecimento se encontra danificado a um dispéptico, termo da medicina que designa aquele que tem dificuldade de digerir. O ser dispéptico, neste sentido, seria aquele que “não dá conta” do passado e não fica pronto para o presente, nem livre para criar o futuro. Torna-se, assim, refém de seu passado e de suas marcas³⁷.

Sem retirar a relevância da memória e da história para a humanidade, as lições de Nietzsche servem para ilustrar a importância do esquecimento para o desenvolvimento da personalidade humana, pois, como afirma o filósofo: “não poderia haver felicidade, jovialidade, esperança, orgulho, *presente*, sem o esquecimento”³⁸.

É neste sentido que, ao trazer a questão para o campo jurídico, cogita-se da inclusão de um direito ao esquecimento no rol dos direitos fundamentais da personalidade. Isso porque, o direito ao esquecimento busca tutelar o bem jurídico da personalidade do ser humano, ao protegê-lo do seu próprio passado, que muitas vezes é capaz de lhe causar danos e impedir o seu livre desenvolvimento.

34 NIETZSCHE, Friedrich. *Segunda consideração intempestiva: da utilidade e desvantagem da história para a vida*. Tradução: Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003, p.7. E-book.

35 NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. E-book.

36 Nietzsche criou essa palavra a partir do termo *Einverleibung* (digestão em alemão), que é composto pelo pelas ideias de movimento para dentro (*ein-*), de trans-formação (*ver-*), do substantivo corpo (*Leib*) e de um sufixo que indica a substantivação de um processo (*-ung*) e trocou a ideia de corpo (*Leib*) pela ideia de alma (*Seele*).

37 Franco Ferraz, M.C., *Cadernos Nietzsche* n. 7, p. 31.

38 NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. E-book.

No contexto da sociedade da informação e espetacular, a noção de direito ao esquecimento ganha ainda mais relevância, à medida em que os atos humanos deixaram o ambiente privado e invadiram cada vez mais o espaço público.

Além de ter que lidar com os conflitos internos existenciais que envolvem a memória e o esquecimento, os atos, erros e traumas do ser humano comum passaram a ser registrados na *internet* e assumiram lugar no debate público. Assim, fatos que ficariam apenas na intimidade e privacidade do indivíduo tornam-se alvo do julgamento público – com todas as implicações na honra e na imagem do indivíduo daí decorrentes. Com isso, o ser humano perdeu o (pouco) controle sobre a sua própria história, sobre o seu passado, presente, e conseqüentemente, futuro.

No ambiente da *internet*, das ferramentas de busca e das redes sociais, esse direito assume novos contornos e relevância especial, de modo que é preciso revisitar o tema, para adequá-lo ao tratamento dessas novas tecnologias.

Mas a atividade da força plástica do esquecimento não é indene de polêmicas. Ela é contraposta por uma força contrária igualmente importante que se traduz na memória coletiva, na história que forma o patrimônio cultural e a identidade de um povo, conduzindo o seu futuro.

Em sociedades que se dizem democráticas, o esquecimento pode encontrar barreiras, outrossim, no direito à liberdade de informação e expressão, que asseguram a divulgação e o acesso público sobre os fatos sem qualquer impedimento ou meio de censura.

Neste contexto, o direito ao esquecimento envolve necessariamente a colisão de direitos fundamentais. De um lado, um direito de personalidade e seus múltiplos vértices, como a dignidade da pessoa humana, a privacidade, a honra e a imagem; e de outro, direitos de viés democrático, como o direito à memória, à história, a liberdade de informação e de expressão.

Contudo, pese embora esses direitos sejam colidentes, não devem ser tratados de forma maniqueísta, na lógica do “tudo ou nada”, como frequentemente têm sido colocados pela doutrina e jurisprudência³⁹.

Conforme será exposto ao longo do presente trabalho, o direito ao esquecimento não pode servir de instrumento contrário à democracia, de modo que sua aplicação não

³⁹ A Ministra Carmen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal do Brasil, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.010.606, julgado em 10/02/2021, tratou o direito ao esquecimento como “desaforo jurídico” fazendo referência a sua geração, que viveu o período de censura durante o período militar, e lutou pela liberdade de expressão e de imprensa.

tem o condão de apagar os livros de história, destruir a memória coletiva de um povo, ou impedir o livre exercício do direito à liberdade de informação, expressão e de imprensa.

Neste sentido, após apresentar as linhas gerais do direito ao esquecimento e a colisão clássica de princípios que circundam o tema, o trabalho adentrará no exame da aplicação desse direito no cenário atual da sociedade informacional e espetacular, no qual se articula com o direito à proteção de dados pessoais.

Na sequência, será realizada uma análise comparativa no tratamento do direito ao esquecimento entre o Brasil e a União Europeia, que encontra diferenças no cenário normativo e jurisprudencial.

Em seguida, longe de almejar o esgotamento do tema, o trabalho apresentará uma proposta de ponderação de princípios, com o objetivo de compatibilizar os direitos colidentes e harmonizar as forças do esquecimento e da memória.

Por fim, as ideias serão sumarizadas e apresentadas de maneira a retomar a conjugação das principais questões que envolvem o direito ao esquecimento e os novos desafios que se inserem no contexto da *internet* e da sociedade atual.

2. Direito ao esquecimento: linhas gerais

Já em 1890, preocupados com a invasão da privacidade pelas novas tecnologias da época, como a fotografia e o crescimento da indústria da mídia, Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis publicaram o emblemático artigo intitulado "The Right to Privacy" na *Harvard Law Review*⁴⁰, inaugurando o debate sobre o "right to be let alone"⁴¹. No estudo, os autores defendem, com ineditismo para a época, que os direitos de personalidade devem ter proteção similar ao direito à propriedade material, indicando limites da liberdade de expressão e informação no que tange à intimidade e a vida privada dos indivíduos. Por sua vez, desde aqueles primeiros escritos, procurou-se deixar claro que o "right to be let alone" não é absoluto, de modo que não pode impedir a divulgação de matérias de interesse público, o que deve ser analisado em cada caso concreto:

[...] the matters of which the publication should be repressed may be described as those which concern the private life, habits, acts, and relations of an individual, and have no legitimate connection with his fitness for a public office which he seeks or for which he is suggested,

40 WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy*. *Harvard Law Review*, V. IV, No. 5, December 1890. Disponível em: < <http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>>. Acesso em 23/04/2021.

41 O termo foi cunhado pelo Judge Cooley na obra *Treatise on the Law of Torts* (1st ed. 1879).

or for any public or quasi public position which he seeks or for which he is suggested, and have no legitimate relation to or bearing upon any act done by him in a public or quasi public capacity.⁴²

O desenvolvimento dessa esfera de proteção evoluiu a ponto de os direitos da personalidade serem consagrados não apenas em instrumentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴³, mas também de forma expressa em diversos textos constitucionais com *status* de direitos fundamentais, principalmente os direitos à privacidade, intimidade, honra e imagem.⁴⁴

Neste cenário, o direito ao esquecimento surge a partir de forte influência pretoriana, em julgamentos de casos emblemáticos que analisaram situações de colisão entre o direito à privacidade, intimidade e honra sobre fatos passados e o direito à informação e à liberdade de expressão e definiram os contornos para o exercício desse direito.

Um dos primeiros casos paradigmáticos foi o *Melvin v. Reid*, em 1918, nos Estados Unidos. O caso trata de uma mulher chamada Gabrielle Darley, que no passado, havia sido prostituta e acusada de homicídio, mas foi absolvida do crime, abandonou a prostituição e constituiu família. Anos depois, foi produzido o filme "Red Kimono", que retratava em detalhes a vida de Gabrielle e o evento ocorrido no seu passado. Ao julgar o pedido de indenização formulado pela requerente, a Corte de Apelação da Califórnia estabeleceu que ""any person living a life of rectitude has that right to happiness which includes a freedom from unnecessary attacks on his character, social standing or reputation."⁴⁵

Outro caso bastante conhecido e a partir do qual surgiu pela primeira vez a menção doutrinária ao direito ao esquecimento (*le droit à l'oubli*⁴⁶) foi o caso *Landru*, julgado em 1967 pela Corte de Apelação de Paris. No caso, a ex-amante de um *serial killer* propôs ação de indenização em razão da produção de um documentário que apresentava detalhes de momentos de sua vida ao lado do *serial killer* e utilizou seu nome sem sua autorização. A

42 Idem.

43 O artigo 12.º prevê que: "[n]inguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei."

44 Neste sentido, a Constituição Federal Brasileira, no inciso X, do artigo 5º, prevê o direito fundamental à "intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas". Por sua vez, a Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 26.º prevê a todos o direito "à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar."

45 *Melvin v. Reid* - 112 Cal. App. 285, 297 P. 91 (Dist. Ct. App. 1931)

46 A expressão foi cunhada pelo professor Gerard Lyon-Caen em artigo no qual analisou o caso *Landru*.

Corte de Apelação, embora tenha responsabilizado a produtora por outros motivos, recusou o direito ao esquecimento da autora, pois, no caso, os fatos tratados já seriam de domínio público, uma vez que ela própria teria publicado um livro de memórias.

Também não é possível tratar do direito ao esquecimento sem mencionar os casos *Lebach I* e *Lebach II*, julgados pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em 1973 e 1996, respectivamente.⁴⁷

No primeiro, o autor, que havia sido condenado por ser partícipe de um crime de grande comoção popular, solicitou provimento jurisdicional para impedir que um canal de TV divulgasse um documentário sobre o crime, no qual haveria a reconstituição dos fatos, com referência aos nomes dos envolvidos. O Tribunal Constitucional deu provimento ao recurso por entender que, no caso, haveria a prevalência dos direitos da personalidade e para a ressocialização do autor, em função do transcurso do tempo desde os fatos, que retiraria ou reduziria o interesse público na divulgação da informação.

Por outro lado, no caso *Lebach II*, o Tribunal Constitucional Alemão reconheceu o direito de divulgação de um documentário de TV sobre o mesmo crime, no qual não havia elementos para identificar os autores.

Em razão da sua origem jurisprudencial, o direito ao esquecimento possui contornos indeterminados, sendo, muitas vezes, confundido como uma dimensão de outros direitos da personalidade (privacidade, intimidade, honra e imagem)⁴⁸, ou mesmo com o direito à ressocialização, nos casos de condenações criminais⁴⁹. Atualmente, o direito ao esquecimento também passou a ser visto como um direito da nova geração digital, vinculado ao direito de proteção de dados pessoais e de autodeterminação informativa no contexto das novas tecnologias e especialmente no âmbito da *internet*.⁵⁰

No entanto, apesar da conexão com outros direitos da personalidade, a evolução da doutrina sobre a matéria já permite identificar a existência de um direito autônomo ao

47 Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Bundesverfassungsgericht (First Division) 5 June 1973 BVerfGE 35, 202.

48 Neste sentido: MONCAU, Luiz Fernando Marrey. Direito ao Esquecimento: entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.46.

49 Em razão da sua construção histórica ligada a casos criminais em que se dicutiu o direito de ressocialização dos autores, como se verifica nos casos *Lebach*.

50 Neste sentido, vide : SORIANO GARCÍA, José Eugênio. «Derecho al olvido y la creación de derecho». *Galileu-Revista de Economia e Direito* (2012), vol. XVII, n.º 1 e 2, p. 207-281. Disponível em: <http://journals.ual.pt/galileu/wp-content/uploads/2019/02/Galileu-XVII-1-2-2012-Miolo-FINAL.pdf>. Acesso em 29.06.2021.

esquecimento⁵¹, que possui como peculiaridade a finalidade de proteger o ser humano de seu próprio passado, conferindo peso ao transcurso do tempo, de modo a evitar a divulgação de fatos passados da vida privada do indivíduo cujo interesse público seja irrelevante no presente⁵².

Conforme leciona Alessandro Mantelero, a figura do direito ao esquecimento surge do reconhecimento da necessidade de “um indivíduo em determinar o desenvolvimento da sua vida de uma maneira autônoma, sem ser perpetuamente ou periodicamente estigmatizado como consequência de um ato específico realizado no passado.”⁵³

O direito ao esquecimento pode ser conceituado, portanto, como “o direito de uma pessoa a não ver publicadas notícias, já legitimamente veiculadas, concernentes a vicissitudes que lhe dizem respeito, quando entre o fato e a republicação tenha transcorrido um longo tempo”.⁵⁴

No plano constitucional, pese embora em muitos textos não se verifique a menção expressa a esse direito, é possível admitir a existência do direito fundamental implícito ao esquecimento⁵⁵. Neste sentido, Ingo Sarlet, à luz da Constituição Federal brasileira de 1988, defende que:

Como direito humano e direito fundamental, o assim chamado direito ao esquecimento encontra sua fundamentação na proteção da vida privada, honra, imagem e ao nome, portanto, na própria dignidade da pessoa humana e na cláusula geral de proteção e

51 RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Direito a ser deixado em paz, a ser esquecido e de apagar dados*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-04/direito-deixado-paz-esquecido-apagar-dados>. Acesso em 29.06.2021.

52 Há quem considere que o direito ao esquecimento se situa no controle temporal da privacidade cf. BUCAR, Daniel. *Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento*. *Civilistica.com*, ano 2, n. 3, 2013, p. 9.

53 MANTELERO, Alessandro. The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the roots of the “right to be forgotten”. *Computer Law & Security Review*, vol. 29, 2013, p. 229-235.

54 MORATO, Antonio Carlos; DE CICCIO, Maria Cristina. Direito ao esquecimento: luzes e sombras. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães (orgs.). *Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira*. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 80.

55 Porém, conforme será analisado no presente trabalho, no Brasil, há ainda quem refute a existência do direito ao esquecimento, por considerar que a Constituição Federal de 1988, além de não prever expressamente esse direito no rol dos direitos fundamentais, deu proteção preferencial aos direitos democráticos de liberdade de expressão, informação e imprensa, o que tornaria incompatível o reconhecimento do direito ao esquecimento. Neste sentido: SARMENTO, Daniel. “Liberdades Comunicativas e Direito ao Esquecimento na Ordem Constitucional Brasileira.” *Revista Brasileira de Direito Civil*, 7, 2016, p. 190-233-239.

promoção da personalidade em suas múltiplas dimensões. Cuida-se, nesse sentido, em virtude da ausência de disposição constitucional expressa que o enuncie diretamente, de um típico direito fundamental implícito, deduzido de outras normas, sejam princípios gerais e estruturantes, como é o caso da dignidade da pessoa humana, seja de direitos fundamentais mais específicos, como é o caso da privacidade, honra, imagem, nome, entre outros.⁵⁶

Por outro lado, a proteção ao direito de ser esquecido tem âmbito de aplicação estreito. Isto é, como ressaltado nos primeiros estudos sobre o tema e na jurisprudência que deu origem ao instituto, ele se aplica apenas: (i) aos fatos passados da vida privada e íntima do ser humano; (ii) cuja divulgação possa gerar danos à honra, à imagem e à dignidade humana do titular; (iii) não pode se estender a fatos de interesse público, histórico ou cultural; (iv) ou ainda quando os dados são necessários para tutelar direitos de igual ou superior relevância ao do interessado.⁵⁷

Como será exposto nos tópicos a seguir, as polêmicas sobre a aplicação do direito ao esquecimento giram em torno da sua compatibilidade com o direito à memória, à história e à liberdade de informação e expressão.

3. A clássica colisão de princípios que circundam o direito ao esquecimento

A aplicação do direito ao esquecimento envolve uma colisão clássica entre os direitos da personalidade (privacidade, intimidade, honra e imagem e dignidade humana), de um lado, e os direitos de raiz democrática (história, à memória e à liberdade de expressão, informação e de imprensa), de outro lado.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, instituiu em seu artigo 1.º o direito à dignidade da pessoa humana e em seu artigo 12.º, o direito à privacidade, à honra e ao sigilo de correspondência, nos seguintes termos: "Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação."

Os direitos da personalidade, como normalmente chamados, referem-se ao direitos "imprescindíveis, inatos, inalienáveis e indisponíveis" do ser humano, que estão ligados à

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. Revista Consultor Jurídico, maio/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>. Acesso em 03/05/2021.

⁵⁷ BUCAR, Daniel. *Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento*. *Civilistica.com*, ano 2, n. 3, 2013, p. 11.

garantia do mínimo existencial. Numa perspectiva kantiana, os direitos da personalidade colocam o ser humano como fim último do direito, acima de todos os outros bens ou valores.⁵⁸

Tais direitos asseguram ao ser humano a liberdade de escolher aquilo que quer manter na esfera íntima e privada e aquilo que quer compartilhar com o público, de não ser perturbado sem o seu consentimento pela curiosidade alheia, de não ser exposto ao julgamento público moral sobre suas escolhas íntimas. Mais ainda, visam proteger a liberdade de ser quem se é, de não ser perturbado por ninguém, enfim, o “right to be let alone”, como já defendiam Warren e Brandeis⁵⁹.

O direito ao esquecimento se insere no rol dos direitos da personalidade, pois a exposição contínua ou cíclica ao fato traumático ou à situação vexatória do passado possui grande potencial danoso ao ser humano. Como afirma Daniel Bucar “[i]mpor uma coerência imutável às escolhas existenciais, sem permitir que haja mudanças na história pessoal, é acorrentar o indivíduo ao seu passado, sem possibilitar que tenha uma vida futura, livre em suas opções.”⁶⁰

A violação a esses direitos é capaz de causar danos morais, psíquicos e existenciais nas pessoas envolvidas, além de abalar suas relações pessoais, sociais e profissionais, razão pela qual são objeto de ampla proteção jurídica, em âmbito internacional e nacional, muitas vezes com *status* de direitos fundamentais⁶¹.

Por outro lado, não há dúvidas da importância da memória coletiva ou histórica para a formação da identidade cultural e da consciência crítica de um povo, que moldam as ações do presente e do futuro. É clássica a lição de Heródoto, considerado o pai da história, de que é preciso “pensar o passado para compreender o presente e idealizar o futuro.”

Particularmente no que diz respeito aos direitos humanos, a memória coletiva assume papel de grande relevância, pois é a partir do conhecimento das verdades históricas sobre a violência e os crimes contra a humanidade que se pode evitar que a sociedade cometa os mesmos erros do passado. Nessa perspectiva, a Organização das Nações Unidas declara que a preservação da memória coletiva está diretamente ligada ao direito à verdade, o qual pretende assegurar à população o conhecimento da sua história e as violações e abusos ocorridos no passado, no sentido de que “a verdade deve ser dita”

58 MIRANDA, Jorge. *A Constituição e a Dignidade da Pessoa Humana*. Didaskalia, XXIX, 1999, p.473-485.

59 WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy*. *Harvard Law Review*, V. IV, No. 5, December 1890. Disponível em: < <http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>>. Acesso em 23/04/2021.

60 BUCAR, Daniel. Op. Cit., p.9.

61 Como já ressaltado na nota 11, os direitos à privacidade, intimidade honra e imagem são tutelados nas constituições do Brasil e de Portugal com *status* de direitos fundamentais.

. Em outras palavras, a preservação de arquivos e documentação alusiva às violações dos direitos humanos é crucial para assegurar um registro histórico verdadeiro e a preservação da memória coletiva .62

No mesmo sentido, o direito à informação também é essencial para as sociedades democráticas, como mecanismo de controle popular do exercício do poder pelos governantes. Como já dizia Louis Brandeis, juiz da Suprema Corte norte-americana, “sunlight is said to be the best of disinfectants.”⁶³

O direito à informação garante a transparência e a fiscalização das atividades públicas pela população. Assim, negar o acesso a essas informações violaria, a um só tempo, o direito à memória, à informação e, sobretudo, à democracia,⁴⁸ na medida em que mutilaria a possibilidade do exercício autônomo e crítico da cidadania.

Por sua vez, o direito à liberdade de expressão, segundo Jónatas Machado⁶⁴, possui duas dimensões, uma de natureza individual, segundo a qual a liberdade de expressão é um meio para o desenvolvimento da personalidade, e outra de caráter transindividual, numa dimensão democrático-fundamental, que assegura o desenvolvimento da opinião pública e o exercício consciente da participação política.

Trata-se, na mesma medida, de um princípio fundamental da democracia, na qual o debate de opiniões diversas, ou nos dizeres de John Mill, o livre mercado de ideias,⁶⁵ é essencial para a participação popular na definição dos rumos políticos, sociais e culturais de uma nação.

Pela exposição feita até aqui, é possível notar que, no plano abstrato, os direitos colidentes não apenas protegem valores de elevada importância, mas possuem mesmo nível de tutela jurídica, ou seja, detêm o mesmo patamar na hierarquia normativa.

62 CENTRO REGIONAL DE INFORMAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – UNRIC. O holocausto e a dignidade humana em reflexão no Dia Internacional de Comemoração em memória das vítimas do holocausto. Bruxelas, maio 2017. Disponível em:

63 BRANDEIS, Louis D. OTHER PEOPLE'S MONEY - CHAPTER V, What Publicity Can Do. Harper's Weekly article, December, 1913.

64 MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra, 2002.

65 John Stuart Mill defende que só um “mercado livre de ideias”, ou seja, um ambiente de debate livre, no qual convivam inúmeras visões de mundo conflitantes ao mesmo tempo, seria capaz de levar a sociedade ao fim do preconceito e a um maior conhecimento da verdade. MILL, John Stuart. On Liberty (1859), Batoche Books Kitchener, 2001.

Diante disso, ao se buscar uma solução genérica ou abstrata para a colisão desses direitos, corre-se o risco de violar direitos de igual validade e importância. Assim, como será abaixo analisado, a harmonização desses direitos pressupõe a ponderação de valores, por meio do juízo de proporcionalidade, a ser realizado no caso concreto.

3.1. A ponderação dos princípios

Os casos emblemáticos sobre o tema envolvem a divulgação de notícias e fatos passados, geralmente de grande repercussão, em grandes veículos de mídia, nomeadamente TV e jornais de grande circulação.

Dessa forma, o tratamento tradicional do tema frequentemente estabelece uma dicotomia entre os direitos individuais e coletivos, colocando-os em polos opostos e mutuamente excludentes. Ou se garante o direito individual ao esquecimento, ou se assegura a livre e irrestrita divulgação de fatos notórios envolvendo esses indivíduos, em nome da liberdade de informação e de imprensa.

Assim, Ingo Sarlet destaca que, em geral, “tem passado despercebida a circunstância de que se ao direito ao esquecimento é atribuído (como tem sido o caso), a condição de um direito fundamental, a ele se aplicam necessariamente os predicados inerentes a tal condição, designadamente, a plenitude do regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais”⁶⁶, em especial se destaca a proteção em face de restrições e na esfera de colisões com outros direitos fundamentais.

Como salienta Luís Roberto Barroso, diante do princípio da unicidade da constituição, os critérios tradicionais do método subsuntivo de solução de conflitos normativos não são adequados diante de colisão de direitos fundamentais, entre os quais não há hierarquia jurídica, nem mesmo axiológica. Disso decorre que não é possível estabelecer, em abstrato, uma regra de preferência entre eles.⁶⁷

Os direitos fundamentais de conteúdo principiológico atuam como “deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas”⁶⁸, o que significa que seus conflitos não se resolvem pelo método do “tudo ou nada”, como nas regras jurídicas, mas a partir de um processo de ponderação que tem como base um juízo de *proporcionalidade* que avaliará qual valor tem maior peso e deverá sobressair no

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Vale a pena lembrar o que estamos fazendo com o direito ao esquecimento*. Revista Consultor Jurídico, janeiro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-26/direitos-fundamentais-vale-pena-relembra-fizemos-direito-esquecimento>. Acesso em 26/04/2021.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade – Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 6.

⁶⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 57-58.

caso concreto. Dessa forma, a colisão desses valores deve ser resolvida a partir do processo de ponderação que deverá ter como objetivo a máxima efetivação dos princípios fundamentais em cada caso.

Como salientado nos tópicos acima, o direito ao esquecimento é considerado um direito humano e fundamental, derivado do direito da dignidade da pessoa humana e da proteção à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. Neste sentido, a sua colisão com os direitos à história, memória, informação e expressão deve ser resolvida por meio da técnica da ponderação, de acordo com o regime constitucional dedicado aos direitos fundamentais.

Não obstante, calha salientar que tem ganhado força a teoria dos *preferred rights*, desenvolvida pela Suprema Corte norte-americana, segundo a qual pode haver o estabelecimento de preferências abstratas aos princípios, no caso, em favor dos direitos democráticos de informação e expressão contra os direitos da personalidade⁶⁹.

Contudo, duas observações são necessárias sobre essa preferência. Em primeiro lugar, ela somente se apresenta quando: i) as informações possuírem relevância política ou social; ii) o meio utilizado para divulgação, no exercício da liberdade de expressão, preserva o nome e a imagem do interessado; e iii) o caráter cívico da informação supera sua exploração econômica.⁷⁰

Em segundo lugar, a teoria dos *preferred rights* não cria prevalências absolutas e não retira a necessidade de ponderação à luz do caso concreto.⁷¹ Isto quer dizer que, ainda que se estabeleça uma presunção de prevalência axiológica do direito à informação no ordenamento jurídico, o direito ao esquecimento poderá prevalecer após a ponderação dos valores trazidos à cena.

4. Direito ao esquecimento na sociedade do espetáculo

Em 1968, Guy Debord chamava a atenção para o que denominou de “sociedade do espetáculo”, uma sociedade baseada no consumo, na imagem e na aparência, isto é, no

⁶⁹ Neste sentido: SARMENTO, Daniel. *Liberdades Comunicativas e Direito ao Esquecimento na Ordem Constitucional Brasileira*. Revista Brasileira de Direito Civil, 7, 2016, p. 190-233-239.

⁷⁰ DA ROCHA, Maria Vital, et al. Esquecimento, internet e “preferência” da informação: possibilidades de aplicação da doutrina dos *preferred rights* da jurisprudência norte-americana ao caso brasileiro. Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol. 7, no. 3, 2017, p. 484-511.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Vale a pena lembrar o que estamos fazendo com o direito ao esquecimento*. Revista Consultor Jurídico, janeiro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-26/direitos-fundamentais-vale-pena-lembrar-fizemos-direito-esquecimento>. Acesso em 26/04/2021.

fazer ver e no ser visto, cuja mensagem principal é “o que aparece é bom, o que é bom aparece.”⁷²

Se tivesse presenciado a popularização da *internet* e das redes sociais, o sociólogo teria visto esses ideais atingirem seu pico, como em nenhum outro momento histórico. Nos tempos de Facebook, Instagram, Twitter, Youtube, entre tantos outros, a esfera da vida privada ganha cada vez mais o espaço público. Pessoas anônimas passaram a compartilhar o seu dia a dia nas redes sociais, os lugares que frequentam, as relações afetivas, os eventos sociais, inclusive os fatos mais íntimos passaram a ser publicados abertamente. Assim, o que antes ficava na intimidade do lar, agora se tornou exposto a um público ilimitado e pode ser compartilhado na velocidade viral da *internet*, fugindo totalmente do controle do indivíduo

Junto a isso, as pessoas passaram a ser julgadas constantemente nas redes sociais, dando origem ao fenômeno do “tribunal da internet”, que tem se mostrado bastante rigoroso – muitas vezes cruel, e do “cancelamento” social, espécie de *bullying* digital. Esses são apenas alguns exemplos de fenômenos da era digital que podem afetar as relações sociais, profissionais e, sobretudo, a condição psicológica do indivíduo.

Um exemplo simples pode auxiliar na compreensão do contexto. Nos Estados Unidos, uma professora de ensino fundamental publicou uma foto nas redes sociais em que comemorava o Halloween vestida de pirata e com uma bebida na mão. Na legenda, escreveu: “drunken pirate”, ou pirata bêbada em português. A foto foi compartilhada na *internet* e acabou ganhando repercussão na mídia, o que resultou na difamação da professora e na perda do seu diploma do magistério.

Além disso, a *internet* constitui um arquivo aberto, perene e acessível a um clique. Basta digitar o nome de um indivíduo em ferramentas de busca para obter todo o histórico de fatos que eventualmente tenham ocorrido em seu passado e estejam vinculados à sua imagem. Como aponta Danilo Doneda “a internet não esquece”.⁷³

Isso altera significativamente o contexto e a importância do direito ao esquecimento na sociedade atual e o articula diretamente com o direito à proteção de dados pessoais e de autodeterminação informativa, de acordo com o qual é garantido ao indivíduo a capacidade para determinar a divulgação e o uso de seus dados pessoais⁷⁴.

72 DEBÓRD. Guy. A Sociedade do Espetáculo Tradução Railton Souza Guedes, Coletivo Periferia, e-book, p 17.

73 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de danos pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 178.

74 Conforme GOMES CANOTILHO, J.J. ; MOREIRA, Vital., Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. 1, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 551, o direito à autodeterminação informativa consiste em

Nesse sentido, a então Vice-Presidente da Comissão Europeia, Viviane Reding, em discurso proferido em 2012 externou preocupação com a capacidade de busca e memória da *internet*, onde informações pessoais podem ter grande impacto, mesmo anos depois de serem compartilhadas. Na sua visão, o direito ao esquecimento na *internet* está intimamente ligado ao direito à privacidade online, à identidade digital e à autodeterminação informativa. Assim, arremata “[i]f an individual no longer wants his personal data to be processed or stored by a data controller, and if there is no legitimate reason for keeping it, the data should be removed from their system.”⁷⁵

Assim, no ambiente informacional, é preciso haver uma mudança de paradigma quanto à interpretação e aplicação do direito ao esquecimento. Mais do que servir para “to be let alone”, esse direito vem possibilitar e afirmar o *controle* do ser humano sobre seus dados e informações. Como bem resume Daniel Bucar:

[...] o direito ao esquecimento permite que a pessoa, no âmbito da concretização de sua plena autodeterminação informativa, exerça o controle da circulação de seus dados após determinado período, mediante supressão ou restrição, ainda que estes tenham por conteúdo informações passadas e verídicas acerca do interessado.⁷⁶

Neste cenário, há quem defenda, inclusive, a criação de mecanismos automáticos de apagamento de informações na *internet*, como exemplo do aplicativo *snapchat*, que deleta as publicações compartilhadas após um período de tempo. É o que o Professor Viktor Mayer-Schönberger denomina de “prática de esquecimento” que seria promovida por processos e ferramentas técnicas, ou seja, a instituição de uma “data de validade digital”⁷⁷.

Embora ainda se considere esta uma solução radical, alguns instrumentos de controle e apagamento dos dados pessoais na *internet* já foram colocados em prática, por exemplo, na União Europeia, que inseriu o direito ao esquecimento no bojo do

conferir ‘a cada pessoa o direito de controlar a informação disponível a seu respeito, impedindo-se que a pessoa se transforme em «simples objeto de informação»”.

75 REDING, Viviane. Vice-President of the European Commission, EU Justice Commissioner The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age. SPEECH/12/26. Innovation Conference Digital, Life, Design Munich, 22 January 2012. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_26. Acesso em 29.06.2021.

76 BUCAR, Daniel. Op. Cit., p. 10.

77 MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete – the virtue of forgetting in the Digital Age*. New Jersey: Princenton University Press, 2009.

Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), n.º 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, e no Brasil, por meio da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) n.º 13.709 de 14 de agosto de 2018. É o que se passa a analisar abaixo.

5. Direito ao esquecimento na União Europeia e no Brasil

Neste tópico, será realizada uma análise comparativa do tratamento do tema na União Europeia e no Brasil, tanto do ponto de vista normativo quanto jurisprudencial.

A partir das normas e dos casos trazidos, será possível observar as diferenças em termos de valores dados aos bens jurídicos conflitantes, bem como de evolução do entendimento e da importância do tema nesses diferentes contextos.

5.1. O tratamento do tema na União Europeia

A União Europeia tem uma longa tradição de proteção de direitos da personalidade, nos aspectos da vida privada, intimidade, honra e imagem, assim como de proteção aos dados pessoais, considerado como qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável.

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (Conselho da Europa, 1950) elenca o direito à privacidade em seu artigo 8º como um dos princípios fundamentais do direito comunitário. Tais direitos também estão previstos nos artigos 7º e 8º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (União Europeia, 2000).

Desde 1995, a comunidade europeia tratou de proteger os direitos à proteção de dados pessoais por meio da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, o que foi tida como primeiro Regulamento de Proteção de Dados do bloco e vigorou por mais de 20 anos.

Nos artigos 6º, 7º e 9º, a Diretiva 95/46/CE já fornecia uma base para o direito ao esquecimento, ao limitar o tratamento posterior dos dados pessoais às finalidades para as quais foram recolhidos. Por outro lado, as normas estabeleciam exceções/restrições à proteção dos dados quando o seu uso for de interesse público, seja para fins históricos, estatísticos, científicos, jornalísticos, artísticos ou literários, situações em que se deve buscar uma conciliação de interesses.

Contudo, como será demonstrado adiante, o reconhecimento e a concretização do direito ao esquecimento no âmbito da comunidade europeia só veio ser notória a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), e posteriormente, na inclusão da norma expressa do art. 17 no novo Regulamento Geral de Proteção de Dados (Resolução UE 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016).

5.1.1. O caso Google Espanha vs. González

No âmbito da União Europeia, os debates acerca do direito ao esquecimento ganharam notoriedade após o julgamento do caso Google Espanha vs. González,⁷⁸ julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em 2014. O caso envolve Mario Costeja González, um cidadão espanhol que, em 1998, foi objeto de uma notícia no jornal *La vanguardia*, por ter um imóvel de sua propriedade submetido a um leilão em razão de dívidas contraídas com a seguridade social da Espanha. O leilão nunca chegou a se concretizar, pois o cidadão quitou a dívida antes da sua realização.

Em 2010, já passados mais de 10 anos do ocorrido, o cidadão verificou que ao digitar seu nome no Google, as pesquisas direcionavam à notícia sobre o evento passado. Após ter seu pedido de remoção das notícias negado pelo jornal, Mario Costeja González ingressou com um processo na Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD), que ao julgar o caso, reconheceu o direito do jornal de manter a informação em seus arquivos eletrônicos, mas determinou ao Google a “desindexação” do nome do cidadão à notícia. Contra essa decisão a Google recorreu ao TJUE.

O TJUE julgou o caso a favor do direito à desindexação, com base no direito à privacidade e intimidade previsto no artigo 8º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, e na proteção de dados pessoais, de acordo com o regime então vigente da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu. Há, pelo menos, duas questões de grande relevância na decisão. A primeira, o TJUE considerou que a Google realiza tratamento de dados e, por isso, está sujeita às normas de proteção de dados, devendo zelar pelos direitos previstos no regulamento.

A segunda, o TJUE reconheceu que, ainda que o tratamento dos dados tenha sido inicialmente legal, o indivíduo pode solicitar a retirada do conteúdo “cuando estos datos ya no sean necesarios en relación con los fines para los que se recogieron o trataron. Éste es el caso, en particular, cuando son inadecuados, no pertinentes o ya no pertinentes o son excesivos en relación con estos fines y el tiempo transcurrido.”

A decisão foi alvo de muitas críticas⁷⁹, principalmente por ter aparentemente reconhecido a prevalência dos direitos de personalidade sobre o direito à informação e se

78 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-131/12. 13 maio 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>. Acesso em 26/04/2021.

79 SARMENTO, Daniel. "Liberdades Comunicativas e Direito ao Esquecimento na Ordem Constitucional Brasileira." *Revista Brasileira de Direito Civil*, 7, 2016, p. 222.

debruçado pouco sobre o direito à liberdade expressão, que constitui direito fundamental em uma democracia.

No entanto, a decisão não é categórica em determinar a prevalência do direito ao esquecimento, além de ressaltar a necessidade de ponderação à luz do caso concreto, o que abre margens a que os Tribunais Constitucionais nacionais a interpretem de maneira mais ou menos restritiva, a depender do peso dos valores protegidos em cada ordenamento.

5.1.2. A positivação do direito ao esquecimento no RGPD

A decisão do TJUE teve reflexos importantes no âmbito normativo, que influenciaram na reforma das normas de proteção de dados pessoais e culminaram com a elaboração do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, mais conhecido como Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)⁸⁰.

Pela primeira vez, foi prevista uma norma expressa que estabeleceu, no artigo 17 do RGPD, o direito ao esquecimento consistente no “apagamento dos seus dados pessoais” em determinadas situações: (i) se os dados deixarem de ser necessários para a finalidade para a qual foram recolhidos ou tratados, (ii) se os titulares dos dados retirarem o seu consentimento ou se opuserem ao tratamento de dados pessoais que lhes digam respeito ou se o tratamento dos seus dados pessoais não respeitar o disposto no presente regulamento.

No entanto, o direito ao esquecimento previsto no RGPD não é absoluto. Conforme ressalva o item 3, do artigo 17, esse direito não pode ser aplicado quando a conservação dos dados se revele necessária para o exercício do direito à liberdade de expressão e informação, bem como para o cumprimento de uma obrigação jurídica, para o exercício de funções de interesse público, e para fins de arquivo de interesse público, investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, ou para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

5.2. Direito ao esquecimento no Brasil: um tema a ser esquecido?

O debate em torno do direito ao esquecimento no Brasil sempre suscitou muitas divergências e desconfianças, na medida em que envolve questões de grande apelo popular, em virtude do passado recente e sombrio da censura imposta pelo regime militar,

⁸⁰ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>. Acesso em 26/04/2021.

principalmente durante a vigência do Ato Institucional nº 5 (AI-5), entre os anos de 1968 e 1978.

A Constituição Federal de 1988, primeira carta democrática após o período ditatorial, reflete os anseios da sociedade pela liberdade de expressão e de informação, ao consagrar esses valores no rol de direitos fundamentais, no art. 5º, incisos IV, V, IX e XIV, e ainda dispor de norma específica, no artigo 220, na qual estabelece que a “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão *qualquer* restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

Por outro lado, a Carta constitucional também elenca no rol de direitos fundamentais, no inciso X, do artigo 5º, a “intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, norma esta que é, diga-se de passagem, ressalvada no artigo 220, ao tratar da liberdade de informação.

De fato, embora não tenha previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, o direito ao esquecimento se encontra implicitamente positivado em diversos textos normativos e, como já salientado neste trabalho, pode ser considerado um direito fundamental implícito⁸¹. Como exemplo, podem ser citados o prazo máximo de cinco anos para constarem em bancos de dados informações negativas a respeito de consumidores inadimplentes, no âmbito do Direito do Consumidor e o instituto da reabilitação penal previsto no artigo 93 do Código Penal e do artigo 748 do Código de Processo Penal.

5..2.1. O julgamento do caso *Aída Curi v. Globo*

Neste trabalho, será analisado um caso paradigmático, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça e, posteriormente, submetido ao Supremo Tribunal Federal, que ilustra o tratamento do tema no Judiciário brasileiro.

Trata-se do chamado *Caso Aída Curi*⁸², em que a família da vítima (Aída) que sofreu uma violação coletiva seguida de homicídio praticado no ano de 1958, tentou obter uma indenização da Rede Globo de Televisão pelos danos morais sofridos em razão da reprodução dos fatos traumáticos, com uso de imagens e dados detalhados, em um programa chamado “Linha Direta - Justiça”, transmitido na TV aberta no ano de 2004.

81 SARLET, Ingo Wolfgang. Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. Revista Consultor Jurídico, maio/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>. Acesso em 03/05/2021.

82 BRASIL. STJ, REsp 1.335.153-RJ, Nelson Curi e Outros (Recorrente) v. Globo Comunicação e Participações (Recorrida), Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013.

No julgamento do Superior Tribunal de Justiça, muito embora tenha sido negado o direito à indenização no caso concreto, o ministro relator Luís Felipe Salomão defendeu o reconhecimento do direito ao esquecimento no ordenamento brasileiro, lembrando que há diversos exemplos em que a lei confere ampla significação à passagem do tempo, exatamente para conferir "o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar". No entanto, considerou que o caso tratado tinha notoriedade pública e, por isso, seriam legítimos os fins jornalísticos que levaram à nova divulgação dos fatos na TV.

Por sua vez, o aguardado julgamento do caso pelo Supremo Tribunal Federal⁸³, de relatoria do ministro Dias Toffoli, finalizado em 10 de fevereiro de 2021, foi palco de grandes e acalorados debates sobre a compatibilidade do direito ao esquecimento no arquétipo constitucional brasileiro.

Ao final, o Supremo Tribunal Federal adotou a interpretação de que "é incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais", porém, não fechou completamente as portas ao dispor que "eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais — especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral — e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível".

O Ministro Relator Dias Toffoli considerou inexistir no ordenamento jurídico brasileiro um direito fundamental ao esquecimento, expressa ou implicitamente, e ressaltou que, no seu entender "a passagem do tempo, por si só, não tem o condão de transmutar a condição de uma publicação ou um dado nela contido de lícita para ilícita", bem como que "[n]egar acesso a fatos ou dados simplesmente porque já passados é interferir, ainda que indiretamente, na ciência, em sua independência e em seu progresso."⁸⁴

Em linhas gerais, o Supremo Tribunal Federal concluiu que os direitos da personalidade (privacidade, intimidade, honra e imagem) já são protegidos

⁸³ BRASIL, STF. Recurso Extraordinário nº 1.010.606- RJ, Nelson Curi e Outros (Recorrente) v. Globo Comunicação e Participações S/A (Recorrida). Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 11/02/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346473757&ext=.pdf>. Acesso em 03.05.2021.

⁸⁴ Idem.

constitucionalmente contra abusos da liberdade de expressão, mas a passagem do tempo não é motivo suficiente para alargar o seu âmbito de proteção.

O Tribunal se pronunciou, ainda, sobre a aplicação desse direito no ambiente digital, optando, mais uma vez, por negar a sua existência no ordenamento brasileiro e criticar a tentativa de transferir ao titular o direito de controle ou autodeterminação informativa sobre seus dados, afirmando que “em vez de se combaterem os efeitos da “hiperinformação” sobre os direitos da personalidade, tem-se optado por conclamar a “hipoinformação”, em uma associação, ao fim e ao cabo, danosa aos próprios direitos fundamentais.”

A decisão da Suprema Corte brasileira claramente caiu na armadilha de polarizar a análise dos direitos colidentes, desconsiderando o restrito âmbito de aplicação do direito ao esquecimento, que não pode violar o direito à informação de interesse público, tampouco interferir na ciência. Ademais, como será demonstrado abaixo, no contexto da sociedade da informação, a decisão se equivocou ao tratar a *internet* como um ambiente livre e “sem lei”, conceito já bastante ultrapassado, sobretudo desde que grandes corporações dominaram o cenário digital.⁸⁵ Não é demais ressaltar que é tarefa do poder público regular a sociedade e proteger seus cidadãos, principalmente em situações de hipossuficiência e vulnerabilidade, como é o caso do indivíduo que muitas vezes desconhece por completo os caminhos traçados por seus dados pessoais nesse ambiente.

Outrossim, a decisão também não leva em consideração os poderes conferidos ao titular dos dados pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira, que pese embora não mencione expressamente o direito ao esquecimento, admite a revogação de consentimento de do titular de dados de modo a impedir novos tratamentos, conforme será exposto no tópico abaixo.

5.2.2. A LGPD brasileira

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira⁸⁶, que entrou em vigor em 2020, garante o direito à proteção à dos dados pessoais com fundamento na privacidade,

⁸⁵ Neste sentido: “Cyberspace, heralded as the new frontier, offered the vision of a borderless space on which no nation’s Neil Armstrong would plant its flag. Although this virtual world without boundaries offered limitless possibilities, it also posed challenging legal problems.” (EARLE, Beverley; MADEK, Gerald A. International cyberspace: from borderless to balkanized? Georgia Journal of International and Comparative Law, v. 31, n. 2, p. 225-263, 2003).

⁸⁶ BRASIL. Lei Federal n.º 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm#art65. Acesso em 03/05/2021.

intimidade, honra e imagem, e no livre desenvolvimento da personalidade e dignidade da pessoa humana. Por outro lado, a retirada do seu âmbito de proteção o tratamento de dados pessoais realizado “para fins exclusivamente jornalístico e artístico”, “acadêmicos”, ou de “segurança” e “defesa nacional.”

No artigo 2º, a Lei elenca como um dos seus fundamentos “a autodeterminação informativa”, o que deixa claro a intenção do legislador de garantir o respeito da capacidade do indivíduo para determinar a divulgação e o uso de seus dados pessoais.

Em seu artigo 7º exige, regra geral, o consentimento do titular dos dados para o tratamento, salvo para fins de interesse público e quando os dados são “tornados manifestamente públicos pelo titular”. Na mesma norma, há previsão de que o tratamento posterior dos dados pessoais é permitido para novas finalidades, desde que observados os “propósitos legítimos e específicos para o novo tratamento” e os princípios previstos na lei.

Em seus artigos 8.º e 15, a lei assegura ao titular o direito à revogação do consentimento pelo titular dos dados, “resguardado o interesse público”, o que garante o direito à eliminação dos dados pessoais.

Apesar de ter um tratamento mais restritivo do que aquele dado pela RGPD no âmbito da União Europeia, a LGPD brasileira permite uma interpretação teleológica e sistemática para assegurar o direito ao esquecimento digital, desde que os dados não tenham interesse público, histórico, artístico ou jornalístico.

6. Nem tanto ao mar, nem tanto à terra: uma nova proposta de ponderação de princípios

O direito ao esquecimento busca assegurar aos indivíduos a proteção em face da curiosidade alheia sobre sua vida privada e íntima e, principalmente, visa cortar a linha da eternização da perseguição moral da sociedade. O direito a esquecer e a ser esquecido é essencial para a existência humana, como forma de libertar o ser humano da culpa e dos traumas do passado, para poder seguir adiante.

Porém, o esquecimento não significa apagar, mas apenas deixar à margem da consciência, ou seja, da vida cotidiana, aquilo que gera sofrimento e prejuízos à saúde e à vida digna.⁸⁷

O direito a esquecer tampouco tem o condão de apagar os livros de história, os fatos que materializam a memória e a identidade comum do povo, nem tem qualquer

⁸⁷ MAURMO, Júlia Gomes Pereira. O Direito ao Esquecimento Sob a Perspectiva da Saúde Individual. Revista Internacional Consinter de Direito, Ano IV, número VI, 1. Semestre 2018, p. 81-98.

pretensão de inibir a liberdade de produção artística, investigativa e jornalística, pilares que são de um Estado Democrático de Direito. Assegurar a memória, a verdade histórica, e a liberdade de informação e expressão são essenciais para uma democracia e fundamentais para o próprio desenvolvimento da personalidade humana.

Por sua vez, numa sociedade informacional e “espetacular” em que nos inserimos, o volume de informações e dados pessoais abertos ao público ganhou novas dimensões, sendo premente a necessidade de garantir aos indivíduos o controle sobre a sua vida digital e sobre seu próprio passado. É aí que se inscreve o papel relevante do direito ao esquecimento, na faculdade do indivíduo anônimo de reivindicar que essas informações deixem de ser acessíveis em mecanismos de busca da internet ou divulgadas eternamente nas redes sociais, na medida em que, se não integrar a memória histórica e patrimônio cultural de um povo, a eternização dessas lembrança se torna ilegítima.

Ao contrário do que um olhar dicotômico possa indicar, o direito ao esquecimento é contratotalitário, na medida em que é um direito que tem raiz na liberdade individual e na dignidade humana.

A compatibilização da memória e do esquecimento é tarefa fundamental para assegurar a democracia, mas ao mesmo tempo garantir o bem-estar individual e coletivo de uma sociedade que se aproxima cada vez mais de um espetáculo que pode ser eternizado na *internet*. Como já salientava Nietzsche:

Para que o homem torne-se criador, é importante a atividade da memória, é relevante o passado, mas utilizado de forma a dar lugar ao esquecimento, que permite o novo. Para tanto, o passado do homem não deve agir como um peso sobre sua vida, como uma corda presa ao seu calcanhar impedindo-o de andar. A memória deve agir junto com o esquecimento; que ele transforme, com todo vigor e gana, sua vida numa criação do presente⁸⁸

Neste sentido, a necessária revisitação do tema deve passar por uma análise menos extremista e mais conciliadora, que busque harmonizar os direitos em conflito, garantindo a máxima efetividade dos bens jurídicos protegidos.

7. Conclusão

A relação entre memória e esquecimento sempre permeou a consciência humana e trouxe inúmeros conflitos existenciais e sociais, na medida em que o esquecimento tem

88 NIETZSCHE, Friedrich. *Segunda Consideração Intempestiva...* p. 11

ligações profundas com questões existenciais do ser humano, como a culpa, a vergonha e o ressentimento.

O reconhecimento de um direito ao esquecimento surgiu da evolução e como desdobramento do direito à vida privada, intimidade, honra e imagem, assim como do direito à dignidade da pessoa humana, quando se passou a analisar o direito como instrumento de proteção da personalidade.

Assim, o direito a digerir os erros ou traumas do passado, de não ser perseguido eternamente pela sociedade e de ter liberdade para criar um novo futuro, alcançou *status* de direito humano e passou a obter proteção jurídica em muitos ordenamentos.

A aplicação desse direito sempre foi objeto de muitas polêmicas. A colisão com os princípios de matriz democrática, como a história e a liberdade de informação, expressão e de imprensa, tendem a criar uma dicotomia extremista e mutuamente excludente que, no mais das vezes, dão "vitória" aos últimos.

Contudo, ao longo do presente trabalho, buscou-se apontar para a necessidade de revisitação do direito ao esquecimento, tendo como pano de fundo as novas tecnologias da *internet* e das redes sociais, que alteram significativamente o cenário fático da sua aplicação.

Como apontado no texto, o nível de exposição da vida privada das pessoas se elevou substancialmente com as redes sociais, e fatos que ficariam sob a esfera restrita de conhecimento dos que o presenciam passam a ser compartilhados de maneira viralizada na *internet*, tornando-se eternizados na rede.

Diante disso, o direito ao esquecimento deve servir de instrumento para que os indivíduos retomem o controle sobre os seus dados pessoais e possam ter seus nomes e imagens desvinculados de fatos passados, desde que não tenham conteúdo histórico, jornalístico ou cultural.

Não se trata, como dito à exaustão, de diminuir a importância da memória para a sociedade, mas de dar a ela o seu devido lugar, como alicerce e força motriz da vida humana, e não como peso que aprisiona o ser no passado e impede a livre construção do futuro.

Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2013;

BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade – Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005;

BUCAR, Daniel. *Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento*. *Civilistica.com*, ano 2, n. 3, 2013;

COSTA, José Augusto Fontoura; MINIUCI, Geraldo. *Não adianta nem tentar esquecer: um estudo sobre o direito ao esquecimento*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n.º 3, 2017 p. 411-435;

DA ROCHA, Maria Vital, et al. *Esquecimento, internet e “preferência” da informação: possibilidades de aplicação da doutrina dos preferred rights da jurisprudência norte-americana ao caso brasileiro*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 7, no. 3, 2017, p. 484-511;

DA SILVA, Alexandre Antonio Bruno; MACIEL, Marlea Nobre da Costa. *Direito ao esquecimento: na sociedade informacional há espaço para o epílogo da máquina de tortura kafkiana?* *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 7, no. 3, 2017, p. 454-483

DEBÓRD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo*. Tradução Railton Souza Guedes, Coletivo Periferia, e-book, p 17;

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de danos pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 178.

GOMES CANOTILHO, J.J. ; MOREIRA, Vital., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. 1, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra, 2002;

MANTELERO, Alessandro. *The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the roots of the “right to be forgotten”*. *Computer Law & Security Review*, vol. 29, 2013, p. 229-235;

MAURMO, Júlia Gomes Pereira. *O Direito ao Esquecimento Sob a Perspectiva da Saúde Individual*. *Revista Internacional Consinter de Direito*, Ano IV, número VI, 1. Semestre 2018, p. 81-98.

MILL, John Stuart. *On Liberty* (1859), Batoche Books Kitchener, 2001;

MIRANDA, Jorge. *A Constituição e a Dignidade da Pessoa Humana*. Didaskalia, XXIX, 1999, p.473-485.

MONCAU, Luiz Fernando Marrey. *Direito ao Esquecimento: entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020;

MORATO, Antonio Carlos; DE CICCO, Maria Cristina. *Direito ao esquecimento: luzes e sombras*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães (orgs.). *Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira*. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 80.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. E-book.

REDING, Viviane. Vice-President of the European Commission, EU Justice Commissioner The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age. SPEECH/12/26. Innovation Conference Digital, Life, Design Munich, 22 January 2012. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_26. Acesso em 29.06.2021.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Direito a ser deixado em paz, a ser esquecido e de apagar dados*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-04/direito-deixado-paz-esquecido-apagar-dados>. Acesso em 29.06.2021.

SARMENTO, Daniel. *Liberdades Comunicativas e Direito ao Esquecimento na Ordem Constitucional Brasileira*. Revista Brasileira de Direito Civil, 7, 2016, p. 222.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Vale a pena lembrar o que estamos fazendo com o direito ao esquecimento*. Revista Consultor Jurídico, janeiro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-26/direitos-fundamentais-vale-pena-lembrar-fizemos-direito-esquecimento>. Acesso em 26/04/2021;

_____. *Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet*. Revista Consultor Jurídico, maio/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>. Acesso em 03/05/2021;

SORIANO GARCÍA, José Eugênio. *Derecho al olvido y la creación de derecho*. Galileu-Revista de Economia e Direito (2012), vol. XVII, n.º 1 e 2, p. 207-281. Disponível em: <http://journals.ual.pt/galileu/wp-content/uploads/2019/02/Galileu-XVII-1-2-2012-Miolo-FINAL.pdf>. Acesso em 29.06.2021.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy*. *Harvard Law Review*, V. IV, No. 5, December 1890. Disponível em: <<http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>>. Acesso em 23/04/2021;

Legislação e jurisprudência

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Bundesverfassungsgericht (First Division) 5 June 1973 BVerfGE 35, 202.

BRASIL. STJ, REsp 1.335.153-RJ, Nelson Curi e Outros (Recorrente) v. Globo Comunicação e Participações (Recorrida), Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013;

_____, STF. Recurso Extraordinário nº 1.010.606- RJ, Nelson Curi e Outros (Recorrente) v. Globo Comunicação e Participações S/A (Recorrida). Relador Ministro Dias Toffoli. Julgado em 11/02/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346473757&ext=.pdf>. Acesso em 03.05.2021.

_____. Lei Federal n.º 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm#art65. Acesso em 03/05/2021;

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-131/12. 13 maio 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>. Acesso em 26/04/2021;

_____. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>. Acesso em 26/04/2021.

UNITED STATES OF AMERICA. Melvin v. Reid, 112 Cal.App. 285, 297 P. 91 (1931);

_____. U.S. Court of Appeals for the Second Circuit. Sidis v. F-R Publishing Corporation. 113 F.2d 806 (2d Cir. 1940);

A APLICABILIDADE DO HOMESCHOOLING A CRIANÇAS PORTADORES DE TRANSTORNO DE ESPECTRO AUTISTA

ALLAN DIEGO ANDRADE SANTOS:
Advogado, Pós graduado em Direito Penal
e Processo Penal ⁸⁹

RESUMO: O Transtorno do Espectro Autista (TEA) está inserido segundo o DSM-V no Transtorno do neurodesenvolvimento como principais características o déficit no desenvolvimento linguístico, social e cognitivo, requerendo a criança portadora maior suporte em razão das particularidades da patologia e, nesses termos, necessitando de cuidados especializados e individualizados, principalmente no que concerne o âmbito da aprendizagem. O presente artigo possui como objetivo explorar as benesses do *homeschooling* à aprendizagem de portadores de TEA, partindo do pressuposto de que a educação é um direito fundamental, sendo obrigatória a matrícula de crianças no ensino formal básico a partir dos 04 (quatro) anos. Para o engendramento da pesquisa foi utilizado o método de pesquisa exploratório, utilizando-se do método qualitativo para descrever os compostos inerentes à temática. Como resultado pode ser encontrado que *homeschooling* no Brasil não é previsto por legislação específica, no entanto, faz-se constitucional e possível em razão da omissão de proibição.

PALAVRAS-CHAVE: Aprendizagem. *Homeschooling*. Transtorno de Espectro Autista.

ABSTRACT: *The Autism Spectrum Disorder (ASD) is inserted according to the DSM-V in the Neurodevelopmental Disorder as main characteristics the deficit in the linguistic, social and cognitive development, requiring the child with greater support due to the particularities of the pathology and, in these terms, needing of specialized and individualized care, mainly with regard to the scope of learning. This article aims to explore the benefits of homeschooling to learning for people with ASD, based on the assumption that education is a fundamental right, with mandatory enrollment of children in formal basic education from the age of 04 (four) years. For the engendering of the research, the exploratory research method was used, using the qualitative method to describe the compounds inherent to the theme. As a result, it can be found that homeschooling in Brazil is not provided for by specific legislation, however, it is constitutional and possible due to the omission of prohibition.*

KEYWORDS: Learning. Homeschooling. Autistic Spectrum Disorder.

Sumário: 1. Introdução; 2. Considerações preliminares acerca do Transtorno de Espectro Autista (TEA); 3 Desafios de aprendizagem da criança com autismo; 4. Definição de

89 Contato: allandiego.adv@hotmail.com

homeschooling e seus benefícios; 5. O *homeschooling* aplicado a crianças com TEA; 5.1 Experiência norte-americana com o *homeschooling*; 5.2 Brasil e as benesses da aplicabilidade do *homeschooling* a crianças portadoras de TEA. 6. Considerações Finais.

1 INTRODUÇÃO

O portador de Transtorno de Espectro Autista (TEA) é, sob ditames da Lei nº 12.764 de 27 de dezembro de 2012, pessoa com deficiência, uma vez que possui distúrbio do neurodesenvolvimento caracterizado por desenvolvimento atípico, manifestações comportamentais, déficits na comunicação e na interação social, padrões de comportamentos repetitivos e estereotipados. Com isso, atenta-se que esse sujeito perfaz preenchido o caráter objetivo de um dos requisitos, necessitando apenas o cumprimento do caráter de miserabilidade.

O Transtorno de Espectro Autista é uma condição que não possui cura, apenas se pode mitigar os sintomas através de terapias farmacológicas ou de intervenção multidisciplinar. Assim, entende-se que o portador de TEA necessita ao longo da vida ampla assistência.

No Brasil a educação é um direito universal assegurado pela constituição de 1988, conforme art. 205, devendo ser proporcionada a todos os indivíduos em igual qualidade, contudo, a realidade demonstra que crianças com TEA são aquelas que mais sofrem com as dificuldades de aprendizagem, visto que os profissionais não estão capacitados ao ensino de forma a apreciar suas individualidades.

Nesse contexto, exsurge a possibilidade do *homeschooling* como método alheio ao ensino tradicional em ambiente escolar como forma de priorizar o interesse do menor portador de TEA, vez que o ambiente do lar irá respeitar as suas individualidades e adaptar o método de ensino de modo a acompanhar o progresso do sujeito. Todavia, em contexto do Brasil, o ensino em ambiente formal é obrigatório a partir dos 04 (quatro) anos de idade, havendo omissão em legislação acerca de demais possibilidades que venham a oportunizar melhores hipóteses a essas crianças.

Desse modo, o presente artigo possui como objetivo explorar as benesses do *homeschooling* à aprendizagem de portadores de TEA, como forma de efetivação do direito à educação, visto que essa doença que faz com que alguns indivíduos apresentem severas dificuldades em serem incluídos a um ensino regular nos moldes convencionais.

Com isso, o artigo foi construído sob o método de pesquisa exploratória de teor qualitativo, utilizando-se como método de coleta de arcabouço teórico a revisão bibliográfica a partir de doutrina, jurisprudência e artigos publicados em sites acadêmicos.

2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES ACERCA DO TRANSTORNO DE ESPECTRO AUTISTA (TEA)

Para se compreender o que se perfaz quanto ao Transtorno de Espectro Autista (TEA) primeiro se faz necessário o entendimento do significado da palavra “autismo”. Com isso, ao verificar a etimologia da palavra, têm-se que essa é advinda do vocábulo grego *autos*, a qual pode ser traduzida, conforme Silva, Gaiato e Reveles (2012) para “voltado para si mesmo”. Desse modo, a partir do entendimento desta e sem a percepção do que, em fato, concerne ao transtorno, pode-se aduzir que o indivíduo acometido por autismo é imerso no próprio ser, ou seja, possui dificuldades em relacionamentos interpessoais.

O transtorno foi identificado pelo médico suíço Eugen Bleuler, em 1911, através do estudo de crianças que apresentavam comportamento diferenciado quando posto em comparativo com a faixa etária, visto que essas não queriam interagir com demais pessoas, associando o transtorno a uma modalidade análoga a esquizofrenia (CORDEIRO; SILVA, 2018).

Em que pese os primeiros estudos serem datados ao ano de 1911, foi apenas em 1943 que a condição autista foi mais bem observada pelo psiquiatra austríaco, Leo Kanner, o qual dedicou um artigo nomeado de *Autistic Disturbance of Affective Contact* (Os distúrbios autísticos do contato afetivo) para dissertar acerca da patologia.

Em obra, Leo Kanner apresentou diversos casos clínicos do chamado “autismo infantil precoce”, caracterizando a doença como uma condição de disfunção afetiva, a qual é bastante marcante em crianças da faixa etária entre 02 (dois) a 11 (onze) anos (FIEIRA, 2017). Assim, Kenner foi responsável por desenvolver estudos sobre a “solidão autística”, visto que as crianças identificadas como portadoras não interagiam com demais indivíduos da mesma idade.

Ao ano de 1944, que o psiquiatra infantil Hans Asperger se dedicou ao estudo profundo sobre o Transtorno, suscitando que a solidão autística, em fato, apresentava uma ampla gama de sintomas que variam de acordo com o indivíduo que acometiam. Com isso, foi-se considerado, pela primeira vez, que o transtorno não possuía homogenia e, por isso, era de difícil identificação (DIAS, 2015). Ocorre que as conclusões chegadas por Hans foram de veras diferenciadas dos alhures cientistas e, por isso, foi denominada uma nova condição, sendo essa a “síndrome de Asperger”.

Através de diversos estudos ao longo dos anos, foi-se identificado que o TEA, em fato, apresenta uma ampla lista de possíveis sintomas e, dessa forma, não pode ser concebido como uma única modalidade de patologia, sendo o mais correto ser considerado uma cadeia. Nesse ínterim, diversos nomes foram compelidos ao TEA e, esses entre esses, “transtorno invasivos do desenvolvimento” e distúrbios invasivos do desenvolvimento”.

Por fim, em 18 de maio de 2013 houve a edição de mais um DSM, trazendo o Transtorno de Espectro Autista como a denominação mais acertada, visto que a condição pode ser conceituada como um transtorno de neurodesenvolvimento caracterizado por desenvolvimento atípico, manifestações comportamentais, déficits na comunicação e na interação social, padrões de comportamentos repetitivos e estereotipados.

Contemporaneamente, há o entendimento de que o TEA não apresenta homogeneia e, por isso, possui em sua pasta vários níveis que indicam a severidade dos sintomas que acometem o sujeito, sendo esses caracterizados por nomenclaturas específicas, tais quais: Transtorno de Autismo, a Síndrome de Asperger, Transtorno Invasivo do Desenvolvimento não especificado e o Transtorno Desintegrativo da Infância.

Com isso, houve o reconhecimento da amplitude do TEA, possibilitando a identificação de quadros em indivíduos de graus mais severos ou brandos de acometimento.

Em 1º de janeiro de 2022, foi publicado a nova edição da Classificação Internacional de Doenças (CID-11), esse que trouxe sob o código de 6A02 a caracterização dos subtipos do Transtorno de Espectro Autista, o qual pode ser observado em quadro abaixo:

Quadro 01 – Subclassificações do Transtorno de Espectro Autista

6A02.0	Transtorno do Espectro do Autismo sem Transtorno do Desenvolvimento Intelectual e com leve ou nenhum comprometimento da linguagem funcional
6A02.1	Transtorno do Espectro do Autismo com Transtorno do Desenvolvimento Intelectual e com leve ou nenhum comprometimento da linguagem funcional.
6A02.2	Transtorno do Espectro do Autismo sem Transtorno do Desenvolvimento Intelectual e com linguagem funcional prejudicada.
6A02.3	Transtorno do Espectro do Autismo com Transtorno do Desenvolvimento Intelectual e linguagem funcional prejudicada.
6A02.5	Transtorno do Espectro do Autismo com Transtorno do Desenvolvimento Intelectual e ausência de linguagem funcional.
6A02.Y	Outro Transtorno do Espectro do Autismo especificado
6A02.Z	Transtorno do Espectro do Autismo, não especificado

Fonte: KERCHES (2022)

Identifica-se da nova publicação que houve a unificação de todos os achados científicos acerca do TEA, disponibilizando ao setor da saúde psiquiátrica um rol mais completo para promover o diagnóstico acertado.

Alheio ainda a seara científica médica, importante é suscitar que os sujeitos que são acometidos pela TEA possuem sintomas incapacitantes de desenvolver atividades que necessitam de trabalho com o público, pois não apenas há a tribulação de competências da comunicação, mas também da socialização.

3 DESAFIOS DE APRENDIZAGEM DA CRIANÇA COM AUTISMO

A partir da compreensão de que o autismo é um transtorno do neurodesenvolvimento que causa déficits persistentes na comunicação social, interação social e comportamentos restritivos e/ou repetitivos, têm-se como preliminar que parcela das pessoas acometidas por esse transtorno possui dificuldade de aprendizado quando postas em método utilizado para com pessoas sem limitações.

Importante ainda é colocar em relevância que nem todos os acometidos terão as mesmas limitações, visto que o TEA possui amplos sintomas e, por isso, importante é dissertar acerca das possibilidades de dificuldades que um autista pode vir a ter:

Quadro 02 - Classificações para o Transtorno do Espectro do Autismo

1	Transtorno do Espectro Autista sem Deficiência Intelectual e com comprometimento leve ou ausente da linguagem funcional;
2	Transtorno do Espectro Autista com Deficiência Intelectual e com comprometimento leve ou ausente da linguagem funcional;
3	Transtorno do Espectro Autista sem Deficiência Intelectual e com linguagem funcional prejudicada;
4	Transtorno do Espectro Autista com Deficiência Intelectual e com linguagem funcional prejudicada;

5	Transtorno do Espectro do Autismo sem Deficiência Intelectual e com ausência de linguagem funcional;
6	Transtorno do Espectro do Autismo com Deficiência Intelectual e com ausência de linguagem funcional

Fonte: Paiva Junior (2018)

As dificuldades podem se apresentar no âmbito linguístico, de relacionamento interpessoal, assim como também de capacidade intelectual, sendo essas possíveis de aparecer em graus diferenciados a depender do caso concreto do sujeito.

Ocorre que a infância é uma fase essencial para que o indivíduo aprenda não apenas conteúdo programático de matérias tradicionais, mas também para o desenvolvimento de habilidades sociais. Dentro desse aspecto, uma das maiores problemáticas que envolve a educação de uma criança diagnosticada com TEA é fazer com que essa seja incluída e não marginalizada quando posta com indivíduos sem condições limitantes.

A educação é um direito universal e deve ser oferta a todos os indivíduos de forma isonômica e com qualidade, conforme determina o art. 205 da Constituição Federal de 1988, visto que deve essa ser prestada sem que haja preconceitos de nenhum caráter, bem como promova a diminuição das diferenças entre os sujeitos, sendo essa a essência da isonomia.

Conforme disserta Rossi (2020), a isonomia possui duas facetas: formal e material. No que cerne a primeira, dispõe acerca da necessidade de implicar benefícios em igualdade para que não haja vantagens entre os sujeitos; a segunda, por sua vez, traduz que os benefícios apenas devem ser concedidos para aqueles que estão em falta para que, assim, possam ficar em par de igualdade com aqueles que não possuem limitações de algum tipo.

Apesar da inclusão educacional ser um direito fundamental, a realidade fática é de exclusões àqueles que possuem deficiências, sendo essa conjuntura atestada por dados do Censo Escolar 2015, o qual informa que no primeiro segmento do ensino fundamental os estudantes com deficiência correspondem a apenas 2,9% dos alunos, sendo o índice ainda menor no que concerne o segundo segmento da mesma etapa, vez que marca apenas 1,8% (O GLOBO, 2016).

A evasão escolar é uma problemática que é corroborada pela falta de inclusão e adaptação dos métodos de ensino, contudo, têm-se que a educação infantil é de suma importância para que seja possível desenvolver competências cognitivas, afetivas e psíquicas (BAPTISTA, 2006).

Ocorre que no que tange a TEA nem sempre a interação em ambiente educacional formal será o mais propício, visto que em alto grau de severidade se faz necessário uma educação individualizada e de forma a observar as características individuais dos alunos e, por isso, têm-se a defesa do *homeschooling* para casos individualizados.

4 DEFINIÇÃO DO HOMESCHOOLING E OS SEUS BENEFÍCIOS

O *homeschooling* é uma modalidade de escolarização que ocorre quando a família opta por não inserir a criança no ambiente escolar formal, adaptando o seu lar para que esse sujeito venha a receber a educação que é devida, ou seja, consiste em uma educação domiciliar.

Esse tipo de processo de aprendizagem coloca a família como principal agente no processo de ensino-aprendizagem, sendo esses os responsáveis por perpassarem o conteúdo programático de forma individualizada. Em alguns casos, há a ocorrência da contratação de tutores e professores particulares, sendo esses voltados a atenção exclusiva de um aluno (ANDRADE, 2014).

Demasiado é errôneo afirmar que a criança em ambiente de aprendizagem familiar não irá ter acesso a conteúdos educacionais, visto que todo o processo será percutido em semelhança, apenas transmutando o local e atenção que é desferido ao aluno.

Para Distefano (2004) a educação domiciliar é uma prática milenar, a qual pode ser observada diferentes culturas. Não obstante, ainda que se trate de uma prática milenar, a educação instituída no centro familiar passou por um declínio progressivo e, com isso, a escola passou a ser o lugar de ensino precípua. Nela a instrução de conhecimentos se consolidou como um processo educacional que envolve conteúdos previamente delimitados a serem veiculados por mestres de ensino, tal como elucida Gohn (2006). Nesse ínterim, Bastos (2013) permite-nos concluir que a família passou a ser o lugar de ensino secundário, sendo responsável somente pela passagem de princípios, valores e cultura.

No que cerne a atualidade, no Brasil é aplicado o modelo tradicional e, assim, não possui legislação que permita a prática da educação familiar, no entanto, em países como Estados Unidos da América, até os dias atuais diversas são as crianças educadas em seus lares.

No que tange às justificativas de aplicação do método de *homeschooling*, faz-se mister trazer a baila definições apontadas por Moreira (2017) e Vieira (2012), quais sejam:

Quadro 03 – Motivações para optar pelo *homeschooling*

Motivações Ambientais	Motivações Ideológicas	Motivações Pedagógicas
<p>Buscam proteger as crianças do ambiente escolar que, na concepção desses pais, está repleto de influências negativas ao desenvolvimento psíquico e moral dessas crianças, isto é, bullying, drogas, sexualização, pressões sociais, grupos de socialização com modelos de comportamento de impacto negativo, entre outros.</p>	<p>Creem que a educação em casa viabiliza um maior controle sobre o que será ensinado aos seus filhos, podendo lhes fornecer instruções religiosas e/ou morais específicas.</p>	<p>Nos casos de crianças com desenvolvimento típico⁹⁰, apontam a eficiência do ensino individualizado para permitir que a criança aumente o envolvimento com o aprendizado. Não obstante, nas hipóteses de crianças neurodivergentes⁹¹, os pais reiteram a descrença na capacidade da escola de atender às necessidades especiais dos seus filhos.</p>

Fonte: Moreira (2017) e Vieira (2012)

⁹⁰ Crianças com um desenvolvimento típico são aquelas cujos progressos e aprendizados estão de acordo com o esperado para suas idades (Genial Care, [s.d.]).

⁹¹ *Neurodivergente* é o indivíduo que possui uma configuração neurológica atípica – ou seja, diferente daquilo que a sociedade considera o padrão (PUCPR, [s.d.]).

Atenta-se que os quadros apresentam diversas motivações para o emprego da preferência do *homeschooling*, sendo unicamente e apenas de competência dos pais ou responsáveis a escolha pelo melhor método de ensino a ser aplicado ao seu filho.

Ademais, importante é frisar que a educação domiciliar é um tipo alternativo à escola, mas, ainda assim, esse segue diretrizes que consubstanciam a prática do processo de ensino-aprendizagem de modo adequado. Contudo, ao contrário dos ambientes formais tais quais escolas, o currículo de ensino a ser seguido é de forma diferenciada, visto que esse apenas irá avançar de acordo com o desenvolvimento e progresso da criança, ou seja, de forma individualizada e observando as particularidades de cada aluno.

5 O HOMESCHOOLING APLICADO A CRIANÇAS COM TEA

5.1 Experiência norte-americana com o homeschooling

O *Homeschooling movement* é um processo crescente desde a década de 1970, sendo esse corroborado por publicações em defesa da reforma educacional de modo a garantir aos pais e responsáveis a soberania quanto a escolha do método de ensino-aprendizagem a ser perpassado aos seus filhos e/ou tutelados. Com isso, cita-se publicações de John Holt (1923-1985) e o casal Dorothy e Raymond (1916–2007) Moore como principais obras em defesa do movimento.

Ao realizar uma inquirição as publicações em defesa do movimento, têm-se a suscitação acerca dos malefícios de uma escolarização precoce, trazendo a baila que as crianças devem ser inseridas em ambientes acolhedores e que respeitem seu processo e progresso e não a sua submissão a metodologia de aprendizado padronizado em conjunto.

Nesse ínterim, conforme *Wang, Rathbun e Musu (2019)*, o *homeschooling* não perfaz exclusivamente ao ensino em ambiente residencial, pois se faz necessário o acompanhamento do Governo para a comprovação de que os alunos estão recebendo ensino adequado e de acordo com as diretrizes educacionais. Ademais, também se faz obrigatório que os alunos sejam inseridos em aulas esporádicas, sejam em escolas públicas ou particulares, somando tempo não excedente a 25 (vinte e cinco) horas por semana em instituições de aprendizado coletivo, ou seja, não é a completa retirada da criança do ambiente escolar.

Atualmente, o ensino supramencionado é legalizado em todos os 50 estados dos Estados Unidos da América e, conforme aponta o *National Center for Education Statistics*

(Centro Nacional para Estatísticas em Educação), há cerca de 1,5 milhão de crianças e adolescentes inseridos neste modelo.

Observa-se ainda que o *homeschooling* não apenas é aplicado nos Estados Unidos, sendo possível verificar a sua legalidade em cidades como Canadá, Colômbia, Chile, Equador, Paraguai, Portugal, França, Itália, Reino Unido, Suíça, Bélgica, Holanda, Áustria, Finlândia, Noruega, Rússia, África do Sul, Filipinas, Japão, Austrália e Nova Zelândia.

Nesse ínterim, têm-se que o *Homeschooling* apresenta aderência por diversos países, sendo todos esses legalizados em razão da comprovação da ausência de déficit em relação ao ensino padronizado e formal nas institucionais educacionais estruturadas.

5.2 Brasil e as benesses da aplicação do homeschooling para crianças com TEA

A educação é imprescindível para a formação do cidadão, sendo através desta que é desenvolvida habilidades linguísticas, interativas e cognitivas. Em razão da sua ampla importância, no Brasil o direito a educação é fundamental, sendo todo indivíduo brasileiro portador do direito de reivindicar um ensino de qualidade e inclusivo.

Nesse diapasão, o direito a educação está disposto na redação do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, contraindo que é dever da família, sociedade e Estado assegurar que toda criança e adolescente seja prioridade absoluta para a materialização desse direito (BRASIL, 1988).

Na conjuntura brasileira, o ensino é formalizado e estruturado, sendo de competência exclusiva das escolas públicas e particulares o processo de ensino-aprendizagem a crianças e adolescentes. Nesse viés, para que seja concretizado como direito fundamental, o ordenamento jurídico também aduz em seu art. 208 que a educação é obrigatória.

É importante ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), em seu art. 55, e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996) em seu art. 6º, também dispõem acerca do ensino em ambiente escolar público ou particular.

Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

Art. 6º É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade.

Com isso, em razão da obrigatoriedade da materialização do direito a educação, faz-se respectivamente imperativo que as crianças a partir de 04 anos de idade estejam regularmente matriculadas na educação básica regular de ensino, seja essa ofertada na rede particular ou pública.

Ocorre que, conforme observado, o TEA possui características individualizadas que podem se demonstrar sintomaticamente de forma mais agravada ou branda, fazendo com que a criança tenha mais ou menos dificuldades de acompanhar o ensino tradicional.

No que cerne a legislações específicas a pessoas dotadas de Transtorno de Espectro Autista, em 27 de dezembro de 2012 foi aprovada a Lei nº 12.764 que em seu Art. 1º, §2º, considera para todos os efeitos legais a pessoa com TEA como deficiente e, dessa forma, garante o direito a diagnóstico precoce, com atendimento e tratamento multiprofissional, medicamentos pelo Sistema Único de Saúde, o acesso à educação e à proteção social, ao trabalho e a serviços que propiciem a igualdade de oportunidades (BRASIL, 2012).

Os alunos com TEA necessitam ser atendidos pelos profissionais educacionais de modo a cumprir com o direito a inclusivo, com um ambiente de ensino estruturado e, por isso, os profissionais devem ser capacitados para respeitar as peculiaridades da criança.

Contudo, o que se pretende demonstrar é que nem sempre se faz mais indicada a criança o perpassa pelo modelo tradicional de ensino, visto que essa apenas irá cumprir com a norma, mas não apresentará, em fato, progresso no que tange a aprendizagem.

Seguindo essa ótica, em 2018, no Rio Grande do Sul, uma família adentrou com pedido de educação familiar para o seu filho de 11 anos na Secretaria de Educação de Canela, visto que esse apresentava TEA. O pedido foi fundamentado em razão da lacuna jurídica existente, uma vez que não se tem regramento específico denegando e nem permitindo a implementação do *Homeschooling*.

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. DIREITO À EDUCAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO AO SISTEMA DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR. INEXISTÊNCIA. Inexistindo previsão legal de ensino na modalidade domiciliar, não há no caso direito líquido e certo a ser amparado na estrita arena do mandamus. Manutenção do indeferimento da segurança. APELAÇÃO DESPROVIDA.

Ocorre que o pedido foi denegado, motivo pelo qual fez a família recorrer ao Judiciário. Em primeiro grau, o juiz de piso indeferiu o pedido em exordial, visto que não

há previsão expressa de ensino familiar na legislação. Irresignada com a decisão, a família interpôs recurso de Apelação, o qual também foi negado.

Com isso, foi interposto recurso extraordinário 888815/ RS com fundamento no art. 102, III, a92, da Constituição Federal. Com isso, o pedido se fez justificado em previsão da lacuna jurídica existente na permissão ou não do modelo diverso, utilizando das redações instadas nos arts. 5º, VI93; 20594; 20695, II, III, IV; 20896; 21097; 21498; 22699; 227100 e 229101 para justificar o pedido.

O recurso não foi admitido, visto que a parte recorrente não arcou com as custas estaduais cabíveis a interposição de recurso extraordinário. Posteriormente, foi interposto recurso de agravo, no qual a Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED) entrou como *amicus curiae*. Distribuído ao Relator Ministro Roberto Barroso, foi decidido por

92 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:a) contrariar dispositivo desta Constituição;

93 VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

94 Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

95 Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais.

96 Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia

97 Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

98 Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam

99 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

100 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

101 Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

prover, visto que, a educação familiar é constitucional, entretanto, deve esta ser regulamentada por legislação específica.

restringir o significado da palavra “educar” simplesmente à instrução formal em instituição convencional de ensino seria não apenas ignorar as variadas formas de ensino – acrescidas de mais recursos com a tecnologia – mas também afrontar um considerável número de garantias constitucionais, cujo embasamento se dá, entre outros, pelos princípios da liberdade de ensino (art. 206, II, CF/88) e do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III, CF/88), especialmente caso se considere a autonomia familiar assegurada pela Constituição. Assevera, ainda, que a obrigatoriedade de matrícula em rede regular de ensino é determinada, exclusivamente, pela legislação infraconstitucional, enquanto a Constituição não impõe tal obrigação, pois delega aos pais o dever de prover a educação dos seus filhos. Destaca que não há nenhum dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro que proíba a prática do ensino domiciliar. Postula, por fim, o conhecimento e provimento do recurso, de modo a que seja fixada a seguinte tese em repercussão geral: “Os pais são obrigados a dar educação aos filhos, mas têm liberdade para escolher o melhor meio para tanto, considerados o interesse da criança e as suas convicções pedagógicas, morais, filosóficas e religiosas. Nesse contexto, somente poderão ser obrigados a matricular seus filhos na rede regular de ensino se, de outra forma, não puderem prover à educação dos filhos.

Com isso, têm-se que, de fato, a legislação brasileira é omissa no que se concerne a admissão da educação familiar, contudo, não há imperativo que proíba essa prática e, ademais, os pais detêm de soberania para escolher o que melhor é para seus filhos.

No caso do TEA, têm-se que a criança deve possuir atenção exclusiva e de modo a observar o seu verdadeiro progresso em aprendizagem e não apenas cumprir com o rito do ensino formal sem que nada seja acrescentado. É importante admitir as limitações e capacidades da criança com deficiência e não utilizar como objeto para apenas haver uma inclusão teórica, mas sem benefícios.

Trazendo a perspectiva sob a ótica do ensino e aprendizagem de uma criança com TEA, conforme debatemos na seção 4 deste trabalho, observa-se que o *homeschooling* pode trazer benefícios especialmente quanto ao respeito às limitações

inerentes ao espectro autista que, por isso, demandam a inserção das crianças em uma metodologia individualizada. Todavia, a ausência de regulamentação legislativa dessa modalidade de ensino no Brasil configura um obstáculo para as famílias que vislumbram no *homeschooling* uma boa opção para a efetivação de uma aprendizagem real e de qualidade para seus filhos.

Há a existência de sérias ressalvas e preocupações quanto à adoção desregrada do *homeschooling*, especialmente em razão de intenções ideológicas que existem em torno de tal pauta. Entretanto, parece não ser razoável impedir que crianças com necessidades inclusivas especiais de aprendizagem deixem de ter acesso à uma modalidade educacional que, conforme demonstrado, apresenta um considerável potencial positivo.

Nesse contexto, acreditamos que seria importante a construção de um Projeto de Lei que contemple a possibilidade de adoção do *homeschooling* em circunstâncias especiais, justificadas, por exemplo, a partir de relatórios médicos e de especialistas que demonstrem as vantagens apresentadas pelo ensino domiciliar para casos específicos, a exemplo de crianças com TEA que demandem níveis mais elevados de suporte.

Assim, entendemos que o STF deu um importante passo ao reconhecer a educação familiar como constitucional. Entretanto, conforme demonstrado na presente pesquisa, o Brasil ainda está distante de alcançar a regulamentação necessária através de legislação específica que trate sobre as possibilidades de adoção do *homeschooling*.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sintomática geral do Transtorno de Espectro Autista, trazendo o entendimento de que apesar de variável quanto a gravidade e complexidade, indivíduos diagnosticados apresentam déficits persistentes na comunicação social e na interação social, com presença de padrões restritos e repetitivos de comportamento, interesses ou atividades. Frente a esses déficits, é necessário para essa criança o auxílio específico para o processo de ensino-aprendizagem e, apesar da educação ser um direito universal, a realidade brasileira apresenta falta de preparo a receber tais alunos em ambientes escolares, fator que contribui para a evasão escolar ainda no ensino fundamental.

Desse modo, a escolarização padronizada em ambiente escolar é dificultada, pois a realidade consiste em escolas com tutores despreparados ao ensino individualizado que essas crianças demandam. Com isso, muitas famílias estão enxergando no *homeschooling* uma opção viável e mais adequada para atender com qualidade as necessidades

diferenciadas de crianças portadoras de TEA, sendo essa uma modalidade em que há a individualização e consideração das particularidades do estudante.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, É. P. A educação familiar desescolarizada como um direito da criança e do adolescente: relevância, limites e possibilidades na ampliação do direito à educação. 552f. Tese de doutorado (Estado, Sociedade e Educação) – Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

APA. DSM-V. Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais. Trad. Maria Inês Corrêa Nascimento et al. 5 ed. Porto Alegre: Artmed, 2014. Disponível em: <http://www.niip.com.br/wpcontent/uploads/2018/06/Manual-Diagnostico-e-Estatistico-de-Transtornos-Mentais-DSM-5-1-pdf.pdf>. Acesso em: 11/02/2023.

AUTISTO E REALIDADE. Os manuais que definem o autismo. [S. l.], 18 mar. 2020. Disponível em: <https://autismoerealidade.org.br/2020/03/18/os-manuais-que-definem-o-autismo/>. Acesso em: 11/02/2023

BAPTISTA, C.R. Inclusão e escolarização. Porto Alegre: Mediação, 2006.

BARROS, L. C.; FIRMINO, S. C.; DOS SANTOS, Raiff Ramalho. A defesa do direito à educação domiciliar frente ao quadro jurídico brasileiro. Congresso Internacional de Direitos difusos, [S. l.], p. 1-12, 26 nov. 2017.

BASTOS, R. Homeschooling: Uma proposta de escolarização intrafamiliar. 2013. 73 f. Dissertação de mestrado (Mestrado em direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Minas gerais, 2013.

BORBA, M. M. C.; BARROS, R. S. Ele é autista: como posso ajudar na intervenção? Um guia para profissionais e pais com crianças sob intervenção analítico-comportamental ao autismo. Cartilha da Associação Brasileira de Psicologia e Medicina Comportamental (ABPMC), 2018. Disponível em: <https://abpmc.org.br/wp-content/uploads/2021/08/1521132529400bef4bf.pdf>. Acesso em: 11/02/2023

BRANDÃO, C. F. Estrutura e funcionamento do ensino. São Paulo: Avercamp, 2004.

BRASIL, Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em 11/02/2023

BRASIL. Ministério da Educação Secretaria de Educação Especial. Política nacional de educação especial na perspectiva da educação inclusiva. jan. Brasília, 2008. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeduc ESPECIAL.pdf>. Acesso em: 11/02/2023

BRASIL. Ministério da Educação Secretaria de Educação Especial. Saberes e práticas da inclusão Infantil: dificuldades acentuadas autismo. Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.autismo.org.br/site/images/Downloads/mec%20autismo.pdf>. Acesso em: 11/02/2023

BRASIL. Presidência da República. Política Nacional de Proteção dos Direitos das Pessoas com Transtorno do Espectro Autista. Lei n. 12.764, de 27 dez. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112764.htm. Acesso em: 11/02/2023

BRASIL. Secretaria de Educação Fundamental. Parâmetros curriculares nacionais: Educação física. Brasília: MEC, 1997. 96p. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro07.pdf>. Acesso em: 11/02/2023

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM EDUCAÇÃO. 8 argumentos para dizer não à educação domiciliar. [S. l.], 26 maio 2021. Disponível em: <https://www.cnte.org.br/index.php/menu/comunicacao/posts/noticias/73974-8-argumentos-para-dizer-nao-a-educacao-domiciliar>. Acesso em: 11/02/2023

DIAS, S. Asperger e sua síndrome em 1944 e na atualidade. Revista Latino Americana de Psicopatologia Fundamental. São Paulo, v. 18, n.2, p. 307-313, junho de 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141547142015000200307. Acesso em: 11/02/2023

DISTEFANO, A; RUDESTAM, K. e.; SILVERMAN, R. J. Encyclopedia of distributed learning. London: [s. n.], 2004

DUARTE, C. S. A educação como um direito fundamental de natureza social. Educ. Soc., Campinas, vol. 28, n. 100 -Especial, p. 691-713, out. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?scrip>. Acesso em: 11/02/2023

DUBET, F. Mutações cruzadas: a cidadania e a escola.. Revista Brasileira de Educação, Rio de Janeiro, ano 2011, v. 16, n. 47, p. 289-305.

FIEIRA, J. T. O desenvolvimento psicossocial na criança com autismo no espaço educativo: um estudo empírico bibliográfico à luz da psicanálise. 2017. 200f. Dissertação (Mestrado em Educação) - Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Francisco Beltrão, 2017. Disponível em: <http://tede.unioeste.br/bitstream/tede/279/5/Jaqueline%20Fieira2017.pdf>. Acesso em: 11/02/2023

FIORINI, M. L. S; MANZINI, E. J. Inclusão de alunos com deficiência nas aulas de educação física: identificando dificuldades, ações e conteúdos para prover a formação do professor. *Revista Brasileira de Educação Especial*, Marília, v. 20, n. 3, p. 387-404, set. 2014. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-65382014000300006&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 11/02/2023

GAITHER, M. *Homeschool: An American History*. Editora Palgrave Mcmillan. Publicado em 30 de abril de 2016

GAITHER, M. Homeschooling in the United States: A review of select research topics. *Diverso e Prosa*, Pennsylvania, v. 28, ed. 2, p. 213-241, Maio/Agosto 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pp/a/bQgWrWW6q3FGDGBJ96ZJp8G/?lang=en>. Acesso em: 11/02/2023

GLENN, S. *Think About Homeschooling: What It Is, What It Isn't, & Why It Works* (English Edition). [S. l.]: Sensible Life Publishing, 2021.

GODOY, G. Cresce a adesão à educação domiciliar nos EUA. Blog Psicologia, Saúde & Cultura de Gilberto Godoy, 2022. Disponível em: <[GOMES, C.; SILVEIRA, A. *Ensino de habilidades básicas para pessoas com autismo: manual para Intervenção Comportamental Intensiva*. Curitiba: Appris, 2016](https://www.gilbertogodoy.com.br/ler-post/cresce-a-adesao-a-educacao-domiciliar-nos-eua#:~:text=A%20pr%C3%A1tica%20conhecida%20como%20home,em%20Educa%C3%A7%C3%A3o)%20do%20governo%20americano.>. Acesso em: 11/02/2023</p></div><div data-bbox=)

HURLBUTT, K. S; *Experiences of parents who homeschool their children with autism spectrum disorders. Focus on autism and other developmental disabilities*. 2011.

IES, National Center For Education Statistics. *Homeschooling in the United States: Results from the 2012 and 2016 Parent and Family Involvement Survey (PFI-NHES: 2012 and 2016)*. WEB Tables U.S. Department of education, Washington D.C., p. 1-2, 1 dez. 2019. Disponível em: <https://nces.ed.gov/pubsearch/pubsinfo.asp?pubid=2020001>. Acesso em: 11/02/2023

KLIN, A. Autismo e síndrome de Asperger: uma visão geral. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, [s. l.], ano 2006, v. 28, n. 1, p. 3-11, 2 maio 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1516-44462006000500002>. Acesso em: 11/02/2023

LENS, S. *A fabricação do império americano*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2006.

LIMA, I. L.; LEGNANI, V. N. Um olhar psicanalítico sobre a inclusão de um aluno com autismo. Revista Linhas Críticas, [s. l.], v. 26, 2020.

LIMA, Stéfanie Melo; LAPLANE, Adriana Lia Frizman de; Escolarização de Alunos com Autismo. Rev. bras. educ. espec. 2016, vol.22, n.2, p.269-284.

MANTOAN, M. T. E. ; PRIETO, R. G. Inclusão escolar: pontos e contrapontos. São Paulo, 2006.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO (Brasil). Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep). Resumo Técnico: Censo Escolar da Educação Básica 2018. Brasília, 1 jan. 2019. Disponível em: download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/resumos_tecnicos/resumo_tecnico_censo_educacao_basica_2018.pdf. Acesso em: 11/02/2023

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO (Brasil). Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep). Resumo Técnico: Censo Escolar da Educação Básica 2020. Brasília, 1 jan. 2021. Disponível em: https://download.inep.gov.br/publicacoes/institucionais/estatisticas_e_indicadores/resumo_tecnico_censo_escolar_2021.pdf. Acesso em: 11/02/2023

MOREIRA, A. M. O direito à educação domiciliar. Brasília, DF: Monergismo, 2017.

NEGRINE, A; MACHADO, M. L. S. A terapia da criança autista: uma abordagem pela via corporal. Revista Perfil, Rio Grande do Sul, ano. 3, n.3, 1999. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/perfil/article/view/77403/pdf>. Acesso em: 11/02/2023

PAIVA JUNIOR, F. Nova classificação de doenças, CID-11, unifica Transtorno de Espectro do Autismo: 6A02. Disponível em: <https://tismoo.us/saude/diagnostico/nova-classificacao-de-doencas-cid-11-unifica-transtorno-do-espectro-do-autismo-6a02/>. Acesso em: 11/02/2023

REVISTA EDUCAÇÃO. A educação domiciliar no Brasil e no mundo. Redigido por Eduardo Marini, publicado em 05/05/2019. Disponível em: < [https://revistaeducacao.com.br/2019/05/05/educacao-domiciliar-brasil-mundo/#:~:text=A%20educa%C3%A7%C3%A3o%20domiciliar%20\(ED\)%20%C3%A9,com%20variados%20regimes%20de%20governo.>](https://revistaeducacao.com.br/2019/05/05/educacao-domiciliar-brasil-mundo/#:~:text=A%20educa%C3%A7%C3%A3o%20domiciliar%20(ED)%20%C3%A9,com%20variados%20regimes%20de%20governo.>). Acesso em: 11/02/2023

ROSSI, F. S. Considerações Sobre a psicomotricidade na educação infantil. Vozes dos Vales, Diamantina, n. 1, p.1- 18, 2012.

SHAFFER, D. R. KIPP, K. Psicologia do desenvolvimento: infância e adolescência. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SILVA, D.G; PERANZONI, V.C. Autismo: um mundo a ser descoberto. Revista Efdeportes, Buenos Aires, a. 17, n. 171, ago. 2012. Disponível em: <https://www.efdeportes.com/efd171/autismo-ummundo-a-ser-descoberto.htm> Acesso em: 11/02/2023

VIEIRA, A. H. Escola? Não, obrigado: Um retrato da homeschooling no Brasil. 2012. 77 f. Monografia de graduação (Bacharel em Sociologia) - Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

VYGOTSKY, L. A. Pensamento e linguagem. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WANG, K.; RATHBUN, A.; MUSU, L. School Choice in the United States: 2019 (NCES 2019-106). U.S. Department of Education. Washington, DC: National Center for Education Statistics. Disponível em: Acesso em: 11/02/2023

A POSSIBILIDADE OU NÃO DE LEIS ESTADUAIS TRATAREM SOBRE O CULTIVO DE CANNABIS SATIVA PARA FINS MEDICINAIS.

RAUL QUEIROZ DE MENEZES: Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife da UFPE, Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Advogado e ocupante do cargo efetivo de Agente Legislativo da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco, onde assessora a Comissão de Constituição, Legislação e Justiça.

RESUMO: O presente artigo faz uma análise sobre a viabilidade ou não de leis editadas em âmbito estadual permitirem cultivo e processamento da *cannabis sativa* no território do ente federado para fins medicinais, industriais e científicos. O estudo é feito com base em caso prático enfrentado pelo autor no exercício de sua atividade profissional junto à Comissão de Constituição, Legislação e Justiça da ALE/PE, situação na qual a equipe de assessoramento da CCLJ precisou analisar projeto de lei regulamentando a matéria.

Palavras-chave: Federalismo. Competência Concorrente. Assembleias Legislativas. Proteção à Saúde. Direito Penal. Competência complementar supletiva dos Estados-Membros. Direitos Fundamentais. Direito à saúde.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo é fruto de pesquisa realizada na área do Direito Constitucional, com análise centrada nos limites da atuação dos legislativos estaduais na matéria de proteção à saúde quando em eventual choque com competências privativas da União para tratar sobre direito penal.

O autor teve contato mais aprofundado com o tema em virtude de sua atuação profissional, já que ocupa o cargo de Agente Legislativo na ALEPE, prestando assessoramento à Comissão de Constituição, Legislação e Justiça daquela casa. No ano de 2022 foi distribuído àquele colegiado projeto de lei com a finalidade de dispôr sobre o cultivo e o processamento da cannabis sativa para fins medicinais, veterinários, científicos e industriais, por associações de pacientes, nos casos autorizados pela ANVISA e pela legislação federal nos termos Lei Federal nº 11.343/2006.

2. DESENVOLVIMENTO

Inicialmente, é imperioso destacar que no mérito a proposição visa garantir o barateamento do custo dos insumos de remédios que têm sua importação autorizada pelo

SUS, mas que por não poderem ter sua matéria-prima produzida no Brasil possuem alto custo e são inacessíveis para boa parte da população. Neste sentido, na visão deste autor, no mérito a iniciativa é louvável e fundamental para assegurar o acesso à saúde de pessoas que fazem uso terapêutico da *cannabis* medicinal. Dessa forma, a proposição encontra-se em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde, ambos previstos constitucionalmente.

Em relação à competência administrativa, competência para executar ações, assim a CF dispõe em relação à saúde :

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;”

Também na Carta Magna, há um Título chamado “Da Ordem Social”, com um capítulo chamado “Da Seguridade Social”, havendo neste uma Seção chamada “Da Saúde”. Nesta Seção, importante destacarmos o artigo 196, que a inicia, bem como o artigo 198. Vejamos:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

(...)

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

(...)

II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;”

Contudo, não é apenas a competência administrativa/material que deve ser analisada quando se está diante de dilema como o versado no presente artigo. Imprescindível que seja feita análise também das regras de competência legislativa

previstas na CF/88. Nesta senda, a Constituição Federal garante aos Estados competência concorrente para, junto com a União, legislar sobre proteção e defesa da saúde.

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

*XII – previdência social, **proteção e defesa da saúde;**”*

Por outro lado, o artigo 22 determina que cabe à União legislar de forma privativa sobre Direito Penal:

*“Art. 22. Compete privativamente à **União legislar sobre:***

[...]

*I - direito civil, comercial, **penal,**”*

Avançando na matéria objeto do projeto, necessário consignar que a União Federal editou a Lei Federal 11.343, de 23 de agosto de 2006, conhecida como Lei de Drogas. Em tal diploma, há a seguinte previsão:

“Art. 2o Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas”

Da análise do dispositivo transcrito, percebe-se que, se por um lado ficou proibido o plantio de substratos dos quais possam ser produzidas drogas (e a cannabis é uma delas, já que consta de atos infralegais editados pela ANVISA como sendo droga), por outro lado à União ficou garantida a prerrogativa de autorizar o plantio, cultura e colheita de tais substâncias para fins medicinais ou científicos.

A questão posta em discussão é se a permissão de cultivo por meio de lei estadual acarretaria a descriminalização de uma conduta hoje posta como crime (inconstitucional,

portanto, por invadir competência privativa da União para legislar sobre direito penal), ou se o fato de o próprio legislador federal ter previsto em lei federal que o plantio e cultura de determinadas substâncias com fins medicinais poderia ser permitido pela União, poderia, em certa medida, afastar o viés penal da norma que permite o plantio para fins medicinais, deixando-a apenas no âmbito das normas de proteção à saúde (competência concorrente).

Com efeito, não há posição firmada pelo STF sobre o tema, e há bons argumentos em ambos entendimentos. Contudo, a posição que prevaleceu no âmbito da CCLJ da ALEPE, foi a de que passados 16 anos da publicação da lei supracitada, a União não regulamentou o plantio da cannabis para fins medicinais, mesmo com fortes modificações no conhecimento científico a respeito das propriedades medicinais da substância.

A bem da verdade, a própria União reconhece a finalidade medicinal da cannabis, haja vista permitir o uso medicinal de produtos elaborados usando-a como matéria prima. No entanto, sem motivo aparente, insiste em negar a possibilidade de seu cultivo e plantio em território nacional para fins medicinais, impondo àqueles que queiram produzir os remédios à base da substância que realizem a importação da matéria prima, encarecendo sobremaneira a medicação, que hoje em dia tem evidência científica de utilidade para tratamento de certas doenças.

Assim dispõe a RDC 327-2019 da Anvisa:

“Art. 18. Para fins da fabricação e comercialização de produto de Cannabis, em território nacional, a empresa deve importar o insumo farmacêutico nas formas de derivado vegetal, fitofármaco, a granel, ou produto industrializado.

Parágrafo único. Não é permitida a importação da planta ou partes da planta de Cannabis spp.”

Desta forma, em havendo vácuo legislativo quanto à previsão da possibilidade de plantio da cannabis em território nacional para fins medicinais e científicos, entendeu a CCLJ da ALEPE que a situação pode ser enquadrada nos parágrafos do artigo 24 da CF, que assim dispõem :

“§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”

O parágrafo 3º, supracitado, trata da competência legislativa suplementar supletiva, que garante aos Estados, que, quando não houver lei federal regulamentando a matéria, poderão estes legislar sobre o tema, com a ressalva de que posterior lei federal tratando da matéria irá suspender a eficácia da lei estadual naquilo que for contrário. Assim sendo, uma vez que a União, apesar de permitir a comercialização de remédios à base de cannabis, não exerceu seu papel de permitir o cultivo da matéria-prima, obrigando que seja feita a importação da substância, a Comissão de Justiça do Parlamento pernambucano consignou que exsurge a competência complementar supletiva do Estado na matéria, haja vista tratar-se de legislação a respeito de proteção e defesa da saúde, de forma que o Estado de Pernambuco tem competência, nos termos do que entendeu o colegiado, para editar lei na forma do projeto que havia sido posto em análise.

Outro argumento citado pela ALEPE na aprovação do projeto foi a teoria da “inconstitucionalidade superveniente” ou “processo de inconstitucionalização”, utilizada pelo STF no paradigmático “Caso do Amianto”. Naquela assentada, após ter reconhecido, inicialmente, a constitucionalidade de norma federal que permitia o uso do amianto crisotila, o STF acabou por declarar a constitucionalidade de normas estaduais que impediam o uso de tal substância, declarando, por fim, a inconstitucionalidade da norma federal que liberava seu uso, afirmando que ocorreu uma progressiva inconstitucionalidade da norma federal, que não mais estaria de acordo com o conhecimento científico vigente no momento. Vejamos trechos da ementa da decisão do Pretório Excelso:

*Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. **Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica.** Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. **Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº***

9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados.

*Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. 1. A Lei nº 12.684/2007, do Estado de São Paulo, proíbe a utilização, no âmbito daquele Estado, de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto, versando sobre produção e consumo (art. 24, V, CF/88), proteção do meio ambiente (art. 24, VI) e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, CF/88). Dessa forma, compete, concorrentemente, à União a edição de normas gerais e aos estados suplementar a legislação federal no que couber (art. 24, §§ 1º e 2º, CF/88). Somente na hipótese de inexistência de lei federal é que os estados exercerão a competência legislativa plena (art. 24, § 3º, CF/88). 2. A Constituição de 1988 estabeleceu uma competência concorrente não cumulativa, na qual há expressa delimitação dos modos de atuação de cada ente federativo, os quais não se sobrepõem. Compete à União editar as normas gerais (art. 24, § 1º), não cabendo aos estados contrariar ou substituir o que definido em norma geral, mas sim o suplementar (art. 24, § 2º). Se, por um lado, a norma geral não pode impedir o exercício da competência estadual de suplementar as matérias arroladas no art. 24, por outro, não se pode admitir que a legislação estadual possa adentrar a competência da União e disciplinar a matéria de forma contrária à norma geral federal, desvirtuando o mínimo de unidade normativa almejado pela Constituição Federal. A inobservância dos limites constitucionais impostos ao exercício da competência concorrente implica a inconstitucionalidade formal da lei. 3. O art. 1º da Lei Federal nº 9.055/1995 proibiu a extração, a produção, a industrialização, a utilização e a comercialização de todos os tipos de amianto, com exceção da crisotila. Em seu art. 2º, a lei autorizou a extração, a industrialização, a utilização e a comercialização do amianto da variedade crisotila (asbesto branco) na forma definida na lei. Assim, se a lei federal admite, de modo restrito, o uso do amianto, em tese, a lei estadual não poderia proibi-lo totalmente, pois, desse modo, atuaria de forma contrária à prescrição da norma geral federal. Nesse caso, não há norma suplementar, mas norma contrária/substitutiva à lei geral, em detrimento da competência legislativa da União. 4. **No entanto, o art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995 passou por um processo de inconstitucionalização, em razão da alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica, e, no momento atual, não mais se compatibiliza com a***

Constituição de 1988. Se, antes, tinha-se notícia dos possíveis riscos à saúde e ao meio ambiente ocasionados pela utilização da crisotila, falando-se, na época da edição da lei, na possibilidade do uso controlado dessa substância, atualmente, o que se observa é um consenso em torno da natureza altamente cancerígena do mineral e da inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura, sendo esse o entendimento oficial dos órgãos nacionais e internacionais que detêm autoridade no tema da saúde em geral e da saúde do trabalhador. 5. A Convenção nº 162 da Organização Internacional do Trabalho, de junho de 1986, prevê, dentre seus princípios gerais, a necessidade de revisão da legislação nacional sempre que o desenvolvimento técnico e o progresso no conhecimento científico o requeiram (art. 3º, § 2). A convenção também determina a substituição do amianto por material menos danoso, ou mesmo seu efetivo banimento, sempre que isso se revelar necessário e for tecnicamente viável (art. 10). Portanto, o Brasil assumiu o compromisso internacional de revisar sua legislação e de substituir, quando tecnicamente viável, a utilização do amianto crisotila. 6. Quando da edição da lei federal, o país não dispunha de produto qualificado para substituir o amianto crisotila. No entanto, atualmente, existem materiais alternativos. Com o advento de materiais recomendados pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA e em atendimento aos compromissos internacionais de revisão periódica da legislação, a Lei Federal nº 9.055/1995 – que, desde sua edição, não sofreu nenhuma atualização -, deveria ter sido revista para banir progressivamente a utilização do asbesto na variedade crisotila, ajustando-se ao estágio atual do consenso em torno dos riscos envolvidos na utilização desse mineral. 7. (i) O consenso dos órgãos oficiais de saúde geral e de saúde do trabalhador em torno da natureza altamente cancerígena do amianto crisotila, (ii) a existência de materiais alternativos à fibra de amianto **e (iii) a ausência de revisão da legislação federal revelam a inconstitucionalidade superveniente (sob a óptica material) da Lei Federal nº 9.055/1995, por ofensa ao direito à saúde (art. 6º e 196, CF/88), ao dever estatal de redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, inciso XXII, CF/88), e à proteção do meio ambiente (art. 225, CF/88).** 8. **Diante da invalidade da norma geral federal, os estados-membros passam a ter competência legislativa plena sobre a matéria, nos termos do art. 24, § 3º, da CF/88.** Tendo em vista que a Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo proíbe a

utilização do amianto crisotila nas atividades que menciona, em consonância com os preceitos constitucionais (em especial, os arts. 6º, 7º, inciso XXII; 196 e 225 da CF/88) e com os compromissos internacionais subscritos pelo Estado brasileiro, não incide ela no mesmo vício de inconstitucionalidade material da legislação federal. 9. Ação direta julgada improcedente, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, com efeito erga omnes e vinculante. 102

Mutatis mutandis, a CCLJ/ALEPE afirmou que a situação então examinada se assemelhava à situação acima citada. O estado da arte científico atual seria indene de dúvidas quanto à eficiência dos tratamentos com medicamentos feitos à base de cannabis, tanto é assim que a própria ANVISA permite sua comercialização em território nacional. Negar a possibilidade de plantio, de forma a baratear os custos da medicação, impondo aos necessitados um maior dispêndio financeiro e até mesmo, em caso de pessoas necessitadas financeiramente, impossibilitando o seu uso, na visão do colegiado estaria em total contrariedade aos dispositivos constitucionais acima citados, de proteção à saúde.

Conforme consignado pela Comissão de Constituição, Legislação e Justiça, inconstitucional é a situação ora posta, em que a mora da União em permitir o plantio, para fins medicinais, gera inegável barreira ao acesso à saúde e à dignidade da pessoa humana, inclusive, sob o ponto de vista da isonomia material, já que cidadãos mais abastados têm acesso a medicações que poderiam ser mais facilmente adquiridas por cidadãos menos favorecidos financeiramente caso a autorização do plantio já existisse.

De mais a mais, corroborando, de certa maneira, o posicionamento acima exposto, imperioso ressaltar recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, que concedeu salvo-conduto para que pacientes pudessem fazer o cultivo de cannabis para fins medicinais sem serem alvo de qualquer medida penal por parte do Estado, indo ao encontro de ideias e princípios defendidos pela CCLJ e expostos neste artigo. Vejamos a ementa da decisão¹⁰³:

“RECURSO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SALVO-CONDUTO. CULTIVO ARTESANAL DE CANNABIS SATIVA PARA FINS MEDICINAIS. PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA, FRAGMENTARIEDADE E SUBSIDIARIEDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. OMISSÃO REGULAMENTAR. DIREITO

¹⁰² ADI 3937, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019

¹⁰³ RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 147169 – SP, Relator, Ministro Sebastião Reis Júnior.

À SAÚDE. 1. O Direito Penal é conformado pelo princípio da intervenção mínima e seus consectários, a fragmentariedade e a subsidiariedade. Passando pelo legislador e chegando ao aplicador, o Direito Penal, por ser o ramo do direito de mais gravosa sanção pelo descumprimento de suas normas, deve ser ultima ratio. Somente em caso de ineficiência de outros ramos do direito em tutelar os bens jurídicos é que o legislador deve lançar mão do aparato penal. Não é qualquer lesão a um determinado bem jurídico que deve ser objeto de criminalização, mas apenas as lesões relevantes, gravosas, de impacto para a sociedade. **2. A previsão legal acerca da possibilidade de regulamentação do plantio para fins medicinais, art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006, permite concluir tratamento legal díspar acerca do tema: enquanto o uso recreativo estabelece relação de tipicidade com a norma penal incriminadora, o uso medicinal, científico ou mesmo ritualístico-religioso não desafia persecução penal dentro dos limites regulamentares.** 3. **A omissão legislativa em não regulamentar o plantio para fins medicinais não representa "mera opção do Poder Legislativo" (ou órgão estatal competente) em não regulamentar a matéria, que passa ao largo de consequências jurídicas. O Estado possui o dever de observar as prescrições constitucionais e legais, sendo exigível atuações concretas na sociedade.** 4. **O cultivo de planta psicotrópica para extração de princípio ativo é conduta típica apenas se desconsiderada a motivação e a finalidade. A norma penal incriminadora mira o uso recreativo, a destinação para terceiros e o lucro, visto que, nesse caso, coloca-se em risco a saúde pública. A relação de tipicidade não vai encontrar guarida na conduta de cultivar planta psicotrópica para extração de canabidiol para uso próprio, visto que a finalidade, aqui, é a realização do direito à saúde, conforme prescrito pela medicina.** 5. Vislumbro flagrante ilegalidade na instauração de persecução penal de quem, possuindo prescrição médica devidamente circunstanciada, autorização de importação da ANVISA e expertise para produção, comprovada por certificado de curso ministrado por associação, cultiva cannabis sativa para extração de canabidiol para uso próprio. 6. Recurso em habeas corpus provido para conceder salvo-conduto a Guilherme Martins Panayotou, para impedir que qualquer órgão de persecução penal, como polícias civil, militar e federal, Ministério Público estadual ou Ministério Público Federal, turbe ou embarace o cultivo de 15 mudas de cannabis sativa a cada

3 meses, totalizando 60 por ano, para uso exclusivo próprio, enquanto durar o tratamento, nos termos de autorização médica, a ser atualizada anualmente, que integra a presente ordem, até a regulamentação do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006.

Por fim, importante acrescentar que o parlamento pernambucano não aprovou o projeto de lei na redação original apresentada pelo Deputado autor, já que entendeu, no que concorda este autor, que não há qualquer justificativa plausível para que uma lei estadual permita também o cultivo para fins industriais, até mesmo porque a lei federal supracitada apenas autorizava que a União permitisse o cultivo para fins medicinais. Frise-se, ademais, que como a edição de eventuais leis estaduais nesse sentido são normas editadas no exercício da competência suplementar supletiva, em havendo posterior lei federal em sentido contrário, as leis estaduais terão sua eficácia suspensa no que estiver em contradição com a lei federal.

3. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, percebe-se que o assunto ainda não foi objeto de julgamento no STF, havendo argumentos possíveis para defender tanto o entendimento de que a norma, por ter o efeito prático de descriminalizar uma conduta (cultivo de cannabis sativa), tem natureza de norma de direito penal, sendo, portanto, inviável de ser aprovada em âmbito estadual, quanto o entendimento de que a norma, na verdade tem natureza de norma de proteção da saúde, podendo ser editada pelos parlamentos estaduais.

Ao longo do estudo, foram apresentados com maior profundidade argumentos que favorecem o segundo entendimento citado acima, por ter sido a posição adotada pela CCLJ da ALEPE. Por fim, imprescindível reforçar que a aprovação no âmbito do parlamento pernambucano não abarcou os usos industriais, como almejava o Deputado autor do projeto de lei, já que a lei federal que falava em autorização de cultivo por parte da União era expressa em fazê-lo apenas para fins medicinais.

REFERÊNCIAS

ADI 3937, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 147169 – SP, Relator, Ministro Sebastião Reis Júnior.

O DIREITO AMBIENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O ESGOTAMENTO DOS RECURSOS NATURAIS.

DANIELA ANDRADE SANTOS: Advogada, Estudante de História, Curso de TTI, Registro de Jornalista nº 0080784/SP, Curso de Coaching, Especialização em Síndico Profissional e Gestão Condominial. Presidente da Comissão Jovem Advocacia da OAB Lapa, Ex-Presidente da Comissão de Cultura e Eventos da OAB Lapa, Ex-Presidente do CDC da OAB Lapa¹⁰⁴.

RESUMO: A presente obra vem argumentar a importância do meio ambiente nos últimos tempos. Assim, o Meio Ambiente na atualidade tornou-se um dos bens mais protegidos e tutelados pelo ordenamento jurídico, sendo aparado pela Constituição Federal e as demais leis que vem garantir a sua defesa. O Direito Ambiental vem se firmando como matéria relevante e sendo tema de debate ao nível nacional e mundial, uma vez que a preservação do meio ambiente se tornou preocupação da humanidade para a sua preservação e responsabilidade pelo dano causado. Por meio da exploração de tais recursos, o que levou destruição desordenada da fauna e flora.

INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos o Direito ambiental vem se firmando como matéria relevante e sendo tema de debate ao nível nacional e mundial, uma vez que a preservação do meio ambiente tornou-se preocupação da humanidade, pois, dela depende a continuidade da existência de seres vivos no planeta tornou-se um dos bens mais protegidos e tutelados pelo ordenamento jurídico, isso se explica pelo fato de que o ser humano fez durante anos mau uso dos recursos naturais, por meio da exploração de tais recursos, o que levou a destruição desordenada da fauna e flora.

As preocupações com o meio ambiente adquiriram suprema importância nas últimas décadas e a cada dia se apresenta ocupando um espaço cada vez mais relevante nas reflexões dos fóruns internacionais, nos meios de comunicação e nas inquietudes da sociedade civil em virtude ao perigo eminente de destruição da biosfera, afetada

¹⁰⁴Com especializações: MBA em Direito Imobiliário, Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Pós-Graduação em Direito Processual Civil, Pós-Graduação em Direito Empresarial. Estudando Pós-Graduação em Direito do Consumidor e Previdenciário. Autora do Livro: Tratamento Jurídico do Portador de Câncer. Participação na Elaboração da Cartilha de Perguntas e Respostas de Direito de Sucessões. Contato: daniellaandradeadv@gmail.com

principalmente pela exploração descontrolada de recursos naturais, como vem argumentar o autor Leonardo Boff em seu livro *ÉTICA DA VIDA*.

Com o crescimento incontrolável da população mundial, o maior prejudicado é o próprio homem, uma vez que as fontes de sobrevivência humana vão sendo extinta, prejudicando sua própria existência. O debate para a preservação do planeta vem surgindo e se intensificando ao longo dos anos, com o intuito de buscar uma solução viável para conter o “fim do mundo”.

Atualmente o que mais se desculpe é sobre o como fazer para reduzir os impactos ambientais, assim como utilizar os recursos naturais de forma consciente e responsável, sem provocar grandes danos ao meio ambiente. Uma das providências é a criação de Leis para amparar o meio ambiente com o fim de garantir a perpetuação das espécies, punindo aqueles que causem qualquer espécie de dano.

2. O QUE É O MEIO AMBIENTE.

Ao se falar em meio ambiente, naturalmente surge a ideia de natureza englobando a fauna e a flora. Porém, a realidade é que meio ambiente, como a própria expressão já indica, é o meio em que se dar o envolvimento dos seres entre si, bem como a relação dos seres vivos com os inanimados.

Segundo Leonardo Boff, vem ressaltar que:

“(...) terra e seres humanos emergem como uma única entidade. O Ser humano é a própria terra enquanto sente, pensa, ama, chora e venera” (2005, p.150).

Por isso a preocupação de preservação, que busca a melhor qualidade de vida, tem que considerar todos os aspectos do meio onde haja sociedade de seres racionais ou irracionais. Cabe assim discutir o meio ambiente como todo, considerando que a partir do meio ambiente cultural é que se educa a população para o respeito ao meio, como forma de equilíbrio e bem-estar. Veja-se o que diz Mocarir Rocha, ambientalista defende:

“A preservação e manutenção das condições naturais do meio ambiente se estabelecem como categoria imprescindível para a qualidade de vida das gerações vindouras, bem como para a própria estabilidade neste planeta. A destruição do meio ambiente, através dos impactos constantes, pode tornar inexecutável a preservação da vida dos seres humanos. Sendo assim, é constitucional que todas as

atividades desempenhadas através da ação humana sejam realizadas de forma que possam ser ambientalmente sustentáveis” (ROCHA, 2008).

Como se pode observar, cada espaço utilizado pelo homem é considerado meio ambiente e a forma como é utilizado é que leva a conservação ou destruição. Segundo Leonardo Boff no seu Livro *ÉTICA DA VIDA*, ele vem discutir e se preocupa com o meio ambiente para que não sofra destruição, garantindo a qualidade de vida e a preservação das espécies para que aja um equilíbrio visando novas tecnologias para produzir menos poluição. Assim Leonardo Boff fala que:

“Se não cuidamos do planeta como um todo, podemos submetê-los a graves riscos de destruição de parte da biosfera e, no seu termo, inviabilizar a própria vida no planeta” (2005, p. 11)

A preservação do meio ambiente se faz necessário para o próprio homem, mas é ele mesmo que está destruindo sua própria riqueza, ele tem a obrigação de manter conservado para o bem-estar e não o fazem, deverão ser punidos com a obrigação de reparar qualquer dano que a sua ação ou omissão venha causar.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

De acordo com o Código Civil nos termos dos artigos 927 a 954, e demais leis, bem como jurisprudências, é obrigação do agente causador de dano reparar o que causou a outro. Tal determinação abrange todos os danos causados a pessoa física ou jurídica em sua integridade física e seu patrimônio. Os danos podem ser pessoais, morais e materiais.

Em relação ao meio ambiente a responsabilidade civil carece ainda de um amadurecimento, por se tratar de uma matéria considerada nova. No mesmo sentido, ao tratar acerca do desenvolvimento sustentável, José Afonso da Silva em sua obra *Direito Constitucional Ambiental* reconhece a necessidade de usar com responsabilidade os recursos naturais, “na promoção do chamado desenvolvimento sustentável, que consiste na exploração equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades do bem-estar da presente geração, assim como de sua conservação no interesse das gerações futuras” (SILVA, 1995, p. 7-8).

Em nosso ordenamento jurídico, bem como em todo o mundo, encontramos uma gama de Leis e resoluções que visam amparar o meio ambiente, como forma de dar continuidade à vida no Planeta.

Temos a exemplo a Lei 6.938/81, que traz em seu artigo 14, §1º, a responsabilidade civil objetiva, deixando claro que é suficiente a existência do dano e do nexo para que haja o dever de reparar. Portanto, essa lei determina no seu artigo 14, §1º, que:

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, efetuados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.

Ou seja, quando for comprovada uma lesão, mesmo que não seja advinda de uma ação ilícita, mas exista um nexo entre o dano e uma atividade perigosa, o que estabelece uma relação de causa e efeito, sobre vem o dever de indenizar, não sendo necessário provar que houve culpa ou dolo, uma vez que está evidente a teoria do risco. Essa teoria está presente também no princípio de Direito Ambiental do Poluidor Pagador, que tem o objetivo de forçar o poluidor a investir na prevenção do risco que a sua atividade produz para o meio ambiente. Embora esse princípio nos leva à ideia de que quem paga tem o "direito" de poluir, a sua finalidade é conscientizar a sociedade do valor dos bens ambientais que são utilizados no processo de produção e consumo, e a importância de se utilizar esses bens com racionalização.

4 ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O artigo 225 da CF/88, demonstra a preocupação que teve o constituinte em elaborar normas impondo o direito a todos de ter um meio ambiente equilibrado, visando uma sadia qualidade de vida, tanto para os presentes como para as futuras gerações. Encontramos também, essa determinação, no artigo 170 da Carta Magna que reza:

"O gênero humano tem perfeitamente os meios de assumir o desenvolvimento sustentado, respondendo às necessidades do presente, sem comprometer a possibilidade para as gerações futuras de vir a satisfazer as suas necessidades."

Percebe-se aí um pacto de responsabilidade que deverá existir entre as gerações que devem assumir o compromisso de usar os recursos ambientais sem deixar que se esgotem e para isso é necessário adotar modos de utilização no sentido de não causar danos irreparáveis e sempre que a utilização sem dano seja impossível, que tais danos sejam minimizados ao máximo.

Neste sentido os Relatórios de Impacto Ambiental são utilizados e sempre que uma determinada ação fira o dispositivo constitucional, o agente fica sujeito às sanções. Considerando que, a CF/88, preocupa-se com a sadia qualidade de vida para o cidadão, o que só pode existir se houver sadia qualidade de vida para a Natureza.

Analisando ainda o artigo 225 da CF/88, onde fica expresso a dever do Poder Público e da coletividade em preservar e defender o meio ambiente. Preocupa o descaso principalmente por parte do Poder Público, com a sadia qualidade de vida protegida pela Constituição, uma vez que parte muitas vezes dos órgãos governamentais, ações ou omissões prejudiciais ao meio ambiente.

6. CONCLUSÃO

O tema em tela é de grande valia, muito embora o estudo que se fez não tenha sido aprofundado nem complexo, onde se tomou por base, fatos de conhecimento do dia a dia. O que mais desespera a sociedade, em geral, com relação ao meio ambiente é a certeza de que a humanidade está caminhando para um fim das riquezas naturais onde cada dia mais vai se esgotando esses recursos. Por isso a preocupação com a destruição dos recursos naturais no Direito Ambiental, para isso é responsabilizada os causadores dessa degradação.

Esses bens naturais são garantidos pelas Leis e Decreto do Direito Ambiental, para assim proporcional ao planeta terra uma ótima qualidade de vida ao ser humano que é o mais prejudicado e que é o prejudicador. A responsabilidade civil vem trazer essa garantia por danos ao meio ambiente, para assim assegurar a reparação aos danos ao meio ambiente.

Ao se falar do Poder Público, são muitos os pontos a serem discutidos onde é presente a omissão do Estado no que tange à conservação do meio em que vivemos. Exemplo marcante é a falta de saneamento e tratamento de esgotos que são levados diariamente aos nossos rios sem o menor cuidado para evitar danos. Outro é a falta de conservação das estradas que leva inúmeras pessoas ao sofrimento e até à morte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade Civil: Teoria e Prática. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005

BOFF, Leonardo. Ética da vida-Rio de Janeiro: Sextante, 2005

ANTUNES, Paulo Bessa. Direito Ambiental. 7º ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Lúmen juris, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 17^a ed. São Paulo: 2009.

ROCHA, Moacir. O Homem E O Meio Ambiente. Disponível em <http://www.webartigos.com>, acessado em 16.05.2011.

SILVA, José Afonso. Direito Ambiental Constitucional, 2^o Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

DESAPROPRIAÇÃO: A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE COMO MEIO PARA GARANTIR O APROVEITAMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL

PEDRO BORGES COELHO DE MIRANDA FREIRE:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Advogado. Pós-graduado em Direito Tributário e Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).¹⁰⁵

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar detidamente a desapropriação, modalidade de intervenção do Estado na propriedade supressiva, bem como o procedimento de sua realização, ponderando a natureza e cabimento de eventuais prerrogativas da Fazenda Pública em detrimento do direito de propriedade do particular, em especial o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Desapropriação. Juros compensatórios. Jurisprudência.

ABSTRACT: This article aims to analyze in detail expropriation, a modality of State intervention in suppressive property, as well as the procedure for carrying it out, considering the nature and appropriateness of any prerogatives of the Public Treasury to the detriment of the private property right, in particular, in particular the understanding of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice.

Keywords: Expropriation. Compensatory interest. Jurisprudence.

Introdução

O Estado, enquanto detentor das prerrogativas inerentes à postura de ordenador da vida em sociedade, dispõe de alguns poderes a mais em relação aos particulares sobre sua guarida. Dentre essas, e uma das mais importantes, estão as limitações ao direito de propriedade. Isso porque se trata de direito muito importante aos particulares, até por ser um capaz de garantir o sustento e qualidade de vida a quem o detém.

Dentre as limitações ao direito de propriedade, encontra-se a desapropriação como a principal, na medida em que possibilita ao Estado retirar um bem do patrimônio particular e acrescentá-lo ao público, em prol da vida em sociedade.

Assim, estudar esse instituto se mostra mister para a adequada compreensão das situações comuns no cotidiano do ordenamento jurídico, até para fins de munir-se dos

¹⁰⁵ Contato: pedrobcmf@hotmail.com

direitos que o particular tem diante do Estado, não sendo legítimo entender pela absoluta e irrestrita possibilidade de o Ente Federativo retirar do particular algo que lhe pertence.

Por mais que se garanta ao Estado o direito de proceder à desapropriação, com vasto diploma legal respectivo, também se condiciona esse direito, que encontra barreiras igualmente importantes: os direitos fundamentais dos particulares, a segurança jurídica e a confiança legítima.

E, nesse intento, para além, tem-se consolidado entendimento doutrinário, além de contornos jurisprudenciais indispensáveis à elucidação dos mais diversos tipos de questionamentos.

1 Desapropriação

A desapropriação é a modalidade de intervenção do Estado na propriedade mais drástica, eis que supressiva, retirando compulsoriamente um bem do domínio particular e tornando-o bem público, através de um procedimento administrativo.

O direito de propriedade foi consagrado na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXII, segundo o qual “é garantido o direito de propriedade”. Assim, trata-se de uma garantia do titular de usar, gozar, fruir, reaver e dispor da coisa de modo exclusivo, perpétuo e absoluto.

Tendo em vista que inexistem direitos absolutos, Pamplona e Stolze¹⁰⁶ defendem que afirmar o caráter absoluto da propriedade se deve ao fato de ser oponível *erga omnes*, e não à de o particular exercer sua propriedade como queira, sem ditames e limites, eis que isso não corresponde à realidade.

A propriedade é exclusiva porque, em tese, o poder do proprietário se dá com exclusão de qualquer outro, salvo situações excepcionais, como a multipropriedade, que corresponde a uma atenuação da referida característica.

Por fim, diz-se perpétuo porque não há prazo para exercício do direito de propriedade, eis que se dará enquanto o proprietário assim o quiser. Só haverá transferência por *causa mortis* ou ato *inter vivos* de transferência. Assim, não há perda do direito de propriedade pelo não exercício.

¹⁰⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de Direito Civil: volume único. 6ª ed. São Paulo, Saraiva Jur, 2022. p. 1018.

Todavia, no ordenamento jurídico pátrio, o Poder Público se vale das prerrogativas do interesse público e função social da propriedade, permitindo-se que limite a propriedade privada em prol da coletividade.

Dentre as limitações possíveis, existem as que limitam a propriedade do particular e as que a impedem, sendo todas fruto de uma ação vertical do Estado, somente “legítima quando devidamente calcada na defesa do interesse público”¹⁰⁷. A desapropriação, por sua vez, é espécie de limitação que impede a propriedade do particular, daí porque dizer que é a mais drástica.

Um fundamento para essa possibilidade de medida tão drástica é o domínio eminente, desprovido de cunho patrimonial, que se trata do poder que o Estado, enquanto soberano – a República Federativa do Brasil –, exerce sobre tudo que esteja dentro de sua limitação geográfica. Tudo que aqui se encontra está sujeito ao regramento do Estado, o que inclui os bens privados e a respectiva propriedade.

Segundo a Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

Assim, quando da consagração do direito de propriedade, a própria Constituição já previu temperamentos, na medida em que atendimento da função social já é uma condicionante ao particular, que não poderá exercer sua propriedade como bem entender, haverá de exercê-la para atender a função social prevista em lei.

Vale fazer uma ressalva: dentre as espécies de intervenção na propriedade, a desapropriação é a única supressiva, isso porque, como dito, retira o bem da propriedade de um particular de modo coercitivo, tomando para si. As demais são consideradas

¹⁰⁷ CASTRO, Renério. Manual de Direito Administrativo. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 1173.

meramente restritivas, sendo apenas uma imposição de limites ao exercício da propriedade particular.

Assim, trata-se de forma de aquisição originária da propriedade por parte do Poder Público. Isso porque o bem é recebido desprovido de qualquer ônus de natureza real (aqueles que seguem o bem independente de quem o detenha). Qualquer valor devido a título de direito real prévio à desapropriação será sub-rogado no valor da indenização, resguardando os direitos dos credores do particular expropriado.

Enquanto em uma venda corriqueira *inter* particulares há transferência de domínio, mediante um negócio jurídico anterior, na desapropriação há propriamente a constituição de uma nova relação jurídica entre a coisa e seu novo titular, com extinção do direito real do antigo proprietário.

Essa forma de tomada de propriedade pode se dar sobre todo e qualquer bem de valor econômico, sejam bens móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, públicos ou privados¹⁰⁸. Da afirmativa, é de se concluir que os direitos personalíssimos, eis que desprovidos de conteúdo patrimonial, são insuscetíveis de desapropriação.

Qualquer Ente Federativo pode promover desapropriação, essa é a regra. Trata-se de competência de todos os Entes, tendo em vista os limites geográficos de sua influência, sendo impossível um Estado desapropriar um bem que não se situe nos limites de seu território. O certo é dizer que se trata da regra porque existem tipos de desapropriação que só podem ser feitas por entes específicos, são tipos especiais.

A possibilidade de desapropriação de bens públicos conta com expressa permissão legal. Sendo imperioso se colacionar o teor do art. 2º, §2º, do Decreto-Lei de nº. 3.365/41:

Art. 2º Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios. (...)

§ 2º Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa.

§ 3º É vedada a desapropriação, pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios de ações, cotas e direitos representativos do

108 *Idem*. p. 1205.

capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal e se subordine à sua fiscalização, salvo mediante prévia autorização, por decreto do Presidente da República.

A doutrina afirma que a lei prevê uma espécie de *hierarquia federativa* no dispositivo apontado, em que pese não haver, na prática, qualquer relação hierárquica entre os Entes, todos autônomos entre si. A exigência de autorização legislativa é no âmbito do ente que está procedendo a desapropriação.

Vale salientar que, dando normatividade ao §3º, o STF editou inclusive súmula sobre o assunto, a de nº. 157, que afirma pela necessidade de prévia autorização do Presidente quanto da desapropriação de empresa de energia elétrica pelos Estados.

A desapropriação pressupõe a presença de interesse público e pagamento de indenização, em regra, prévia, justa e em dinheiro, quando do momento da entrada no bem por parte do Poder Público.

O interesse público pode ser marcado por utilidade ou necessidade pública ou por razão de interesse social. A primeira conta com detalhamento legal, no art. 5º, do Decreto-Lei supracitado, cujo teor é de se juntar:

Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública:

- a) a segurança nacional;
- b) a defesa do Estado;
- c) o socorro público em caso de calamidade;
- d) a salubridade pública;
- e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;
- f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;
- g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;
- h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos;

l) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais;

j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo;

k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;

l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens moveis de valor histórico ou artístico;

m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios;

n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves;

o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;

p) os demais casos previstos por leis especiais.

Já a necessidade pública seria um caso de utilidade pública em que há, para mais, uma situação de urgência. A não intervenção do Poder Público acabaria, pois, por prejudicar o interesse público. Casos de desapropriação por necessidade pública ganharam bastante repercussão nos últimos tempos pelos acontecimentos que envolveram a pandemia do Coronavírus, uma crise de saúde que demandou muitas desapropriações dos mais diversificados bens, à exemplo de instrumentos hospitalares.

O interesse social justifica as situações de desapropriação para que se garanta a função social da propriedade, previamente abordada, e verdadeira limitação ao caráter absoluto da propriedade. Isso porque a desapropriação pode servir como meio de igualdade social, assegurando destinação social a um bem que não vinha sendo utilizado de maneira acertada pelo particular.

Em que pese as considerações, trata-se de três conceitos jurídicos indeterminados, cuja aplicação se submeterá à inerente margem de discricionariedade do administrador público, sendo as hipóteses legais, inclusive, rol meramente explicativo.

2. Modalidades de desapropriação

Ab initio, temos a desapropriação comum, que se submete às regras gerais previamente abordadas: situação de necessidade, utilidade pública ou interesse social, somada ao pagamento de indenização prévia, justa e em dinheiro.

Imprescindível apontar que justa é a indenização que se submete ao esperado segundo o valor de mercado. O que, obviamente não inclui só o valor da coisa, isso porque não se trata de situação em que havia interesse do particular de vender, mas há de incluir os danos emergentes da perda da propriedade, bem como os lucros cessantes comprovados, corrigidos monetariamente desde a avaliação do bem. Se houver judicialização da desapropriação, acrescenta-se ainda honorários advocatícios e juros moratórios e compensatórios incidentes.

O pagamento há de ser, em regra, prévio à entrada no bem do Poder Público, materializada na imissão na posse, e em dinheiro.

Se tratando de uma terra, é imperioso trazer à tona o entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça sobre a possibilidade da indenização em relação à terra em si ser acrescentada de indenização suplementar em relação à cobertura florística, mas apenas havendo comprovação de lícita e efetiva exploração dessa pelo ex-proprietário. Não é a regra, que é a inclusão da cobertura na terra em si, mas é possível.

É certo que há um condicionamento dessa indenização suplementar ao adequado aproveitamento econômico da cobertura, criando situações em que particulares com terras similares receberão valores distintos como indenização por desapropriação em homenagem ao uso que atribuíram aos bens de sua propriedade.

É de se remeter à leitura de julgado recente em que houve a confirmação da tese:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL, PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 2/STJ. ART. 535 DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. JUSTA INDENIZAÇÃO. SUPORTE FÁTICO-PROBATÓRIO. IDONEIDADE TÉCNICA DO LAUDO PERICIAL. REVISÃO DO JUÍZO. SÚMULA 7/STJ. COBERTURA VEGETAL DESTACADA DA TERRA NUA. PLANO DE MANEJO FLORESTAL SUSTENTÁVEL. ÁREA DE MANEJO EFETIVAMENTE AUTORIZADA PELO IBAMA PARA EXPLORAÇÃO

ECONÔMICA. INDENIZAÇÃO. EXPLORAÇÃO ECONÔMICA LÍCITA DOS RECURSOS FLORESTAIS. SÚMULA 83/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. JUROS COMPENSATÓRIOS. SÚMULA 408/STJ. (...)

5. Quanto à cobertura florestal destacada, o Tribunal Regional posicionou-se no sentido de que a indenização em separado deve ser a da área de manejo autorizada pelo órgão ambiental para exploração econômica no plano de manejo. 6. "Entende-se por Plano de Manejo Florestal Sustentável - PMFS o documento técnico básico que contém diretrizes e procedimentos para a administração (exploração racional) da floresta, visando a obtenção de benefícios econômicos, sociais e ambientais" (TOMÉ, Robson. "Manual de Direito Ambiental", 7 ed. rev., atual. e ampl, Salvador: JusPODVUM, 2017, p. 329/330). O efetivo manejo de um plano florestal sustentável abarca inúmeros procedimentos, os quais se destinam a alcançar benefícios não só de natureza econômica, mas também de natureza social e ambiental, "respeitando-se os mecanismos de sustentação do ecossistema objeto do manejo" - de modo que inviável a pretensão das recorrentes quanto à indenização de toda a extensão do imóvel que consta no PMFS, uma vez que só uma parte dessa área é que foi efetivamente autorizada pelo órgão ambiental para exploração econômica, conforme expressamente enuncia o Tribunal Regional. 7. **A jurisprudência histórica do STJ é assente no sentido de que o valor da cobertura vegetal integra o valor da terra nua; a indenização em separado da cobertura florística é excepcional, condicionada à comprovação da efetiva exploração econômica da área de manejo devidamente autorizada pelo órgão ambiental competente, com base no PMFS** (exploração econômica lícita), anteriormente à expropriação. Precedentes: AgInt no REsp 1.698.615/MT, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20/2/2020; AgInt no REsp 1.326.015/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 10/4/2019; REsp 1.698.577/RO, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/11/2018; AgRg no REsp 1.336.913/MS, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 5/3/2015; EREsp 251.315/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 18/6/2010; REsp 904.628/BA, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 2/8/2007. 8. Assim, o entendimento do acórdão recorrido está em conformidade com a sólida jurisprudência do STJ sobre o assunto: "Deve ser objeto de indenização em separado a área de mata

explorada com base em projeto de manejo florestal sustentado aprovado pelo IBAMA" (REsp 450.270/PA, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 13/12/2004). Aplicável a inteligência da Súmula 83/STJ (...)109.

Isso inclusive reforça o dito anteriormente. Em que pese se coloque o Estado em posição de poder, daí permitir a intervenção supressiva na propriedade particular, há de se ter em mente que não há, no direito, nada absoluto, de forma que entender pela inviabilidade da separação no caso de comprovação de aproveitamento econômico seria tolher do particular qualquer tipo de senso de justiça.

Assim, se permite a desapropriação ainda que haja essa exploração, mas deverá haver um destacamento e indenização específica sobre essa cobertura florestal aproveitada economicamente.

A desapropriação comum pode ser feita por qualquer dos Entes Federativos, nos objetos que se situem em sua área geográfica respectiva, e se sujeitam às regras gerais supracitadas.

As desapropriações especiais, por sua vez, são de vários tipos: especial urbana, especial rural e a confisco.

A primeira é a desapropriação à cargo do Município. Isso porque a função social da propriedade urbana se perfaz quando essa cumpre os requisitos estabelecidos pelo ente municipal em seu plano diretor. A constituição estabelece, a bem da verdade, uma série de medidas à disposição desse ente quando do descumprimento da imposição constitucional, sendo a última delas a possibilidade da intervenção supressiva.

Pelo seu cunho didático, mister trazer o teor do artigo:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

109 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1609457 / MA. 1ª Turma. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Julgado em 03/10/2022. DJe 05/10/2022.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Vale salientar que a existência do plano diretor é vital para que o Poder Público municipal possa utilizar de qualquer desses instrumentos, inclusive a desapropriação. Até porque, inexistindo dispositivo legal que fixe os requisitos da consagração da função social pelos imóveis naquela base territorial urbana, inexistente como afirmar pelo descumprimento.

Em que pese o §3º, que determina a regra geral de pagamento prévio, justo e em dinheiro para desapropriações dos imóveis urbanos, isso se aplica às desapropriações comuns nesse âmbito. Caso se enquadre como desapropriação especial urbana – que é o caso do §4º, em que há determinação descumprida de aproveitamento compulsório, com transcurso *in albis* das medidas prévias –, a indenização a ser paga será via títulos da dívida pública com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas. Notório que é infinitamente pior para o particular receber dessa maneira do que em dinheiro.

A peculiaridade reside no fato de que essa desapropriação é espécie de sanção ao particular que não deu o adequado aproveitamento ao seu imóvel. Disso decorrem algumas consequências. A indenização levará em conta o valor da base de cálculo do

Imposto Predial e Territorial Urbano, por vezes não condizente com o real valor mercadológico do imóvel.

Ademais, não se considerará qualquer melhoramento advindo ao imóvel por obras realizadas pelo Poder Público posteriores à ordem de aproveitamento compulsório, além do que não será adicionada expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios. Mais uma vez, condiciona-se o ganho em vista do aproveitamento do imóvel.

É isso que dita o art. 8º da Lei de nº. 10.257, conhecida como Estatuto da Cidade:

Art. 8º Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.

§ 1º Os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano.

§ 2º O valor real da indenização:

I – refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o § 2º do art. 5º desta Lei;

II – não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

Urge salientar que tal é a imposição de aproveitamento que até o próprio município dispõe de prazo para dar o adequado aproveitamento ao imóvel, de cinco anos, a contar da entrada do imóvel ao patrimônio público, nos termos do § 4º do artigo supratranscrito. O aproveitamento não precisa, necessariamente, se dar diretamente pelo Município, podendo haver a concessão ou alienação para terceiros, mas, nesse caso, mantem-se ao adquirente as mesmas obrigações.

Ato contínuo, os demais tipos de desapropriação especial só podem ser tomados pela União.

Inicialmente, temos a desapropriação especial rural, que, simular a urbana, seria a desapropriação pelo não cumprimento da função social, mas de imóvel rural. Aqui, os requisitos são definidos pela própria CF.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Aqui, a propriedade que não cumpre a função social será desapropriada para fins de reforma agrária, motivo de interesse social.

Igualmente, o pagamento será diferenciado, sendo por títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis em até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei, é o determinado pelo art. 184 da CF. Todavia, há uma ressalva: as benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

Segundo Renério de Castro Júnior¹¹⁰, em que pese haja competência material comum para realizar políticas de reforma agrária, a competência para desapropriar para esse fim é privativa da União. Assim, os demais Entes podem destinar terras devolutas de sua propriedade para políticas de reforma agrária.

Nessa desapropriação, a destinação do imóvel desapropriado é vinculada à reforma agrária, sendo um importante instrumento de justiça social, cujo objetivo maior é extinguir gradualmente o minifúndio e o latifúndio.

Algumas terras são insuscetíveis da desapropriação para esse fim:

¹¹⁰ CASTRO, Renério. Manual de Direito Administrativo. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 1214.

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

Assim, uma propriedade produtiva pode descumprir sua função social que não será submetida à desapropriação para fins de reforma agrária. O que não garante que não o será à desapropriação por utilidade pública.

Por fim, temos a desapropriação confisco. Trata-se de uma situação prevista pela Constituição em que há perda da propriedade de bem móvel ou imóvel sem qualquer pagamento de indenização ao proprietário, daí porque chamada por parte da doutrina de desapropriação confisco¹¹¹.

São apenas duas situações, e a justificativa é uma maior tutela de bens específicos que atentam contra o ordenamento jurídico de maneira direta e bruta. São as situações do art. 243 da CF:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

São os casos em que há plantação ilegal de plantas psicotrópicas no imóvel ou de haver exploração de mão de obra escrava. Daí se percebe o porquê a tutela mais pesada

111 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1044

do ordenamento jurídico, vai além do não aproveitamento de uma terra, para uma situação completamente contrária aos direitos fundamentais consagrados.

Também se percebe que haverá destinação vinculada dos bens: se imóveis, serão destinados à reforma agrária ou programas de habitação popular; se móveis, serão revertidos para fundo especial com destinação específica.

Ato contínuo, é importante citar que o STF entende que, em que pese haver plantação em apenas parte da propriedade, toda ela será perdida pela desapropriação, até para garantir a efetividade do instituto:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EXPROPRIAÇÃO. GLEBAS. CULTURAS ILEGAIS. PLANTAS PSICOTRÓPICAS. ARTIGO 243 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO. LINGUAGEM DO DIREITO. LINGUAGEM JURÍDICA. ARTIGO 5º, LIV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O CHAMADO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1. Gleba, no artigo 243 da Constituição do Brasil, só pode ser entendida como a propriedade na qual sejam localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. O preceito não refere áreas em que sejam cultivadas plantas psicotrópicas, mas as glebas, no seu todo. 2. A gleba expropriada será destinada ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos. 3. A linguagem jurídica corresponde à linguagem natural, de modo que é nesta, linguagem natural, que se há de buscar o significado das palavras e expressões que se compõem naquela. Cada vocábulo nela assume significado no contexto no qual inserido. O sentido de cada palavra há de ser discernido em cada caso. No seu contexto e em face das circunstâncias do caso. Não se pode atribuir à palavra qualquer sentido distinto do que ela tem em estado de dicionário, ainda que não baste a consulta aos dicionários, ignorando-se o contexto no qual ela é usada, para que esse sentido seja em cada caso discernido. A interpretação/aplicação do direito se faz não apenas a partir de elementos colhidos do texto normativo [mundo do dever-ser], mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de dados da realidade [mundo do ser]. 4. O direito, qual ensinou CARLOS MAXIMILIANO, deve ser interpretado "inteligentemente, não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis". 5. O entendimento sufragado no acórdão recorrido não pode ser acolhido, conduzindo

ao absurdo de expropriar-se 150 m² de terra rural para nesses mesmos 150 m² assentar-se colonos, tendo em vista o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos. 6. Não violação do preceito veiculado pelo artigo 5º, LIV da Constituição do Brasil e do chamado "princípio" da proporcionalidade. Ausência de "desvio de poder legislativo" Recurso extraordinário a que se dá provimento¹¹².

Para essa penalidade, não se exige participação direta do proprietário, de forma que a culpa é suficiente para sua aplicação. Mas, essa imposição pode ser afastada, caso o proprietário comprove cabalmente que não incorreu em culpa, ainda que *in vigilando* ou *in elegendo*¹¹³, sendo a primeira a desatenção à conduta de outrem, e a outra uma escolha ruim de quem executa seus projetos.

Ou seja, se o proprietário não fiscaliza propriamente aquele que ele permite utilizar-se de seu imóvel, ou faz uma má eleição daqueles que praticarão os atos necessários à gestão de suas terras, sofrerá a expropriação caso se comprove ocorrência de alguma das hipóteses autorizadoras.

Inclusive, caso seja imóvel sujeito a condomínio, a expropriação seguirá sobre todo o imóvel, ainda que apenas um dos coproprietários tenha agido com dolo ou culpa.

Em relação aos bens móveis, o STF tem importante julgado, em que se determina a possibilidade do confisco "sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade"¹¹⁴.

3. Procedimento da desapropriação

A competência para promover a desapropriação, conforme dito, é de todos os Entes. Mas, deve-se ter em mente que existem competências distintas: a legislativa, a declaratória e a executória.

A primeira é exclusiva da União, nos termos do art. 22, II, da CF, podendo haver autorização aos Estados que legislem sobre temas específicos, mediante lei complementar.

A declaratória constitui na competência do Poder Público em declarar o bem como de utilidade ou necessidade públicas, ou de interesse social, para que se permita a desapropriação, e é concorrente de todos os Entes Federativos. Disso decorre que, em

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário RE 543974, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 26/03/2009.

¹¹³ *Idem*. Plenário RE 635336/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/12/2016

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 638491/PR, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 17/5/2017 (repercussão geral) (Info 865).

regra, uma entidade integrante da Administração Indireta não pode declarar um bem como de interesse público.

A competência executória diz respeito à promoção da desapropriação, e é do Ente que declarou o bem como de interesse público, nos termos do parágrafo antecedente. A lei permite a delegação dessa competência executória para entidades da Administração Indireta.

Para que se efetive a desapropriação, faz-se necessário um prévio procedimento administrativo, conforme definido em lei. Garante-se ao particular o contraditório e ampla defesa, podendo haver a resolução administrativa ou judicial, caso se faça necessário. Isso porque haverá resolução administrativa quando existir consenso entre particular e Estado no tocante ao valor a ser pago a título de indenização, não havendo, deverá ser proposta a ação respectiva.

Ato contínuo, em seu art. 9º, o mesmo diploma deixa claro que o judiciário não pode fazer análise do mérito administrativo, não podendo perquirir a verificação ou não dos casos de utilidade pública – decisão que compete unicamente à Administração.

Com a declaração, ao Poder Público fica permitido ingressar no bem para fazer as avaliações e medições necessárias, sendo, nesse momento declaratório que ocorre a fixação do estado do bem para fins de fixação da indenização: qualquer benfeitoria ou construção posterior não serão cobertas, salvo as necessárias, em qualquer caso, e as úteis, se autorizadas.

Do ato declaratório, o Poder Público tem 5 anos para efetivar a desapropriação, sob pena da declaração caducar, cessando seus efeitos. Isso se mostra necessário para não haver uma concessão de poder infinita. Se for declaração de interesse social, será de dois anos, segundo lei específica. Decaído a declaração, o Poder Público haverá de esperar um ano para fazer nova declaração.

Isso se mostra importante instituto na medida em que, nesse prazo de um ano, o motivo ensejador da declaração pode não mais se fazer presente, impossibilitando a desapropriação. Daí porque se espera uma postura ativa do Ente.

A execução da desapropriação se dá com o pagamento da indenização, em que há imissão na posse do bem. Ocorrendo na via administrativa, o consenso particular-poder público culmina na não incidência do regime de precatórios. Ou seja: acaba sendo bom para ambos os lados.

Não concordando com valor, mas não querendo socorrer-se do judiciário, o particular pode requerer que seja definido o valor pela arbitragem ou mediação.

Havendo a declaração de utilidade pública de um bem, o particular não se valerá do judiciário para impedir a desapropriação, mas tão somente para questionar o valor a ser indenizado – o que decorre da própria prerrogativa do Poder Público de poder desapropriar: a coercitividade.

Na ação direta respectiva, inclusive, o Decreto-Lei estabelece que:

Art. 20. A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta.

Assim, eventual vício de legalidade na desapropriação deverá ser analisado em ação autônoma, não sendo a ação de desapropriação o meio correto para tal.

No bojo da ação judicial, pode o Poder Público se imitir provisoriamente na posse. Para isso, duas condições: ser declarada a urgência, e depositado o valor. Declarada a urgência, o Poder Público dispõe de 120 dias para requerer a imissão, sob pena de caducar a declaração, que não pode, por vedação legal, ser renovada.

Discordando do valor arbitrado, o particular pode sacar até 80% do valor depositado, e seguir discutindo seu montante. Se esse mesmo particular, apesar de discordar do montante, concordar expressamente com a imissão, até porque não dispõe de meios para impedir a ocorrência da desapropriação, poderá levantar todo o valor depositado. A concordância é somente com a mudança de propriedade, e não com o valor ofertado.

Se o valor fixado na sentença ao final do processo for maior que o valor ofertado pelo Poder Público, inequivocamente, significa que o particular tinha razão ao questionar o montante. Daí se previram algumas situações para remediar essa possível injustiça, eis que a indenização não foi feita conforme manda a CF (prévia e justa).

Disso decorre a determinação de pagamento de juros compensatórios ao expropriado – vão servir para compensar a imissão provisória na posse ao proprietário, daí porque incidem desde a efetiva imissão na posse.

O percentual dos juros compensatórios será de 6% ao ano, previsto no art. 15-A do Decreto-Lei e convalidado pela jurisprudência do STF, quando do julgamento final da ADI de nº. 2332/DF, a incidirem sobre a diferença entre o valor ofertado e o arbitrado. Mas, no

intento de resguardar ainda mais o proprietário do bem que, não concordando expressamente com a imissão na posse só levante 80% do valor, incidirá sobre a diferença entre o arbitrado e 80% do oferecido, que foi devidamente levantado pelo expropriado.

Segundo o Decreto-Lei, esses juros incidem para compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário, sendo de se supor que não serão devidos quando o imóvel possuir graus de utilização da terra e eficiência iguais a zero.

O STF entendia que esses dispositivos eram inconstitucionais, eis que, ainda que não utilizado, o proprietário deveria ser indenizado por ficar sem o seu bem, irrelevante se dava ou não aproveitamento econômico ao mesmo.

Todavia, em 2018, o STF mudou radicalmente seu entendimento e declarou a constitucionalidade¹¹⁵. Isso porque os juros compensatórios derivam de uma compensação pela perda de renda comprovadamente sofrida. Incabível, pois, numa propriedade desprovida de grau de utilização.

A perda exclusivamente da propriedade é compensada pela indenização principal, a ser corrigida monetariamente, sujeita aos juros moratórios, que são uma punição pelo atraso no pagamento, incidente pela simples perda na propriedade.

O condicionamento do pagamento de juros compensatórios, assim, decorre da própria natureza do instituto, que, na desapropriação, serão devidos pela privação da exploração econômica do bem (e não da perda da propriedade).

Incidem a partir da data na imissão da posse, com a transferência compulsória ao patrimônio público, eis que foi o momento em que o particular parou de poder dispor economicamente daquela parte de seu patrimônio.

Para caber a incidência, portanto, necessita-se da imissão provisória na posse, comprovação cabal de perda de renda pelo proprietário decorrente da privação da posse e que o imóvel possua graus de utilização da terra e eficiência na exploração superiores a 0.

Logo, trata-se de uma decisão que impacta diretamente o procedimento da desapropriação, na medida em que o que se tem agora é um verdadeiro condicionamento legítimo à incidência de juros compensatórios à exploração econômica da terra, com aval do STF, que até pouco não concordava com a tese.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário ADI 2332/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 17/5/2018 (Info 902).

Considerações Finais

Feitas todas essas considerações sobre o instituto da desapropriação, salta aos olhos que boa parte de suas características mais básicas derivam de uma proteção ímpar do ordenamento jurídico à propriedade, vista não como instituto em si, mas como um meio para um fim.

Isso porque diversas garantias são ofertadas a quem utiliza da propriedade para garantir objetivos consagrados constitucionalmente. Daí decorre que a propriedade produtiva é uma limitação à desapropriação para fins de reforma agrária: é que essa garante empregos e subsistência para diversas famílias no meio rural, sendo imperioso que existam balizas ao exercício da verticalidade pelo Estado. Qualquer poder absoluto tende para o excesso.

Assim, é de se salutar as benesses concedidas ao particular que dá o adequado aproveitamento econômico ao bem de sua propriedade, sendo tal uma característica valorizada pelo legislador constituinte. Dentre essas, a possibilidade já defendida de indenização suplementar em caso de destinação econômica à cobertura florística da propriedade.

E a própria previsão dos juros compensatórios, que não incidirão nos casos de uma propriedade improdutiva, eis que não haverá perda de renda sofrida pela privação da posse.

Além do próprio impedimento de desapropriação em alguns casos em que o particular atende os pormenores da propriedade, garantindo finalidade social ao bem. Consubstanciará a máxima das benesses, eis que verdadeira limitação ao poder expropriatório do Estado em face de um particular, uma aplicação máxima do primado da confiança legítima.

Não houve valorização da propriedade de modo absoluto pelo legislador, que tratou de prever maneiras de estimular a valorização e utilização dessa como meio de transformar a realidade no atingimento dos objetivos e valores consagrados na Carta Constitucional, a exemplo do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, todos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1609457 / MA. 1ª Turma. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Julgado em 03/10/2022. DJe 05/10/2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário RE 543974, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 26/03/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário RE 635336/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/12/2016

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 638491/PR, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 17/5/2017 (repercussão geral) (Info 865).

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário ADI 2332/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 17/5/2018 (Info 902).

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de Direito Civil: volume único. 6ª ed. São Paulo, Saraiva Jur, 2022.

CASTRO, Renério. Manual de Direito Administrativo. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2016.

A MOROSIDADE NO PROCESSO DE ADOÇÃO NO BRASIL COMO ESTÍMULO À ADOÇÃO À BRASILEIRA

DHEISY DHIANE BARROS COSTA RODRIGUES:
Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP)¹¹⁶

GRACIELA MARIA COSTA BARROS¹¹⁷

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem como objeto de estudo a adoção no Brasil e em como a morosidade do processo judicial influencia a prática da chamada adoção à brasileira. Desse modo, a pesquisa se justifica, pois, a família adotiva é importante para muitas crianças e adolescentes que não mantêm vínculo com a família biológica e tal demora no processo de adoção impede que o menor tenha um lar digno e sua infância vivida de maneira saudável e segura. O que levou à questão central desta pesquisa que busca saber quais são as possíveis causas da morosidade no processo de adoção no Brasil e de que forma elas afetam a prática das chamadas adoções à moda brasileira. Para isso, foram traçados os objetivos de identificar como pode ser solucionada ou amenizada a morosidade no processo de adoção, a qual ocorre devido aos trâmites burocráticos exigidos por lei, investigar porque o processo de adoção é tão criterioso e burocrático no Brasil e apresentar as novas alterações da Lei 12.010/2009, a fim de dar efetividade e segurança jurídica aos direitos da criança e do adolescente diante do princípio do melhor interesse da criança. Utilizou-se de pesquisa documental e bibliográfica. Método dedutivo. Concluiu-se que o Brasil não tem políticas públicas suficientes incentivando a adoção, além dos procedimentos serem demasiadamente demorados na prática e que a falta de compatibilidade entre os adotantes e adotados também gera a diminuição do número de adoções no país.

Palavras-chave: Processo de Adoção; Adoção à Brasileira; morosidade.

ABSTRACT: The object of this article is to study adoption in Brazil and how the length of the judicial process influences the practice of the so-called Brazilian adoption. In this way, the research is justified, since the adoptive family is important for many children and adolescents who do not maintain a bond with the biological family and such delay in the adoption process prevents the minor from having a decent home and his childhood lived in a healthy way. and safe. Which led to the central question of this research, which seeks

¹¹⁶ E-mail: dheisydhianebcrodrigues@gmail.com.

¹¹⁷ Mestre em Direito. Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: graciela@unest.edu.br.

to know what are the possible causes of delays in the adoption process in Brazil and how they affect the practice of so-called adoptions in the Brazilian fashion. For this, the objectives of identifying how the delay in the adoption process can be solved or mitigated, which occurs due to the bureaucratic procedures required by law, to investigate why the adoption process is so judicious and bureaucratic in Brazil and to present the new amendments to Law 12.010/2009, in order to give effectiveness and legal certainty to the rights of children and adolescents in view of the principle of the best interest of the child. Documentary and bibliographical research was used. Deductive method. It was concluded that Brazil does not have enough public policies encouraging adoption, in addition to the procedures being too time consuming in practice and that the lack of compatibility between adopters and adoptees also generates a decrease in the number of adoptions in the country.

Keyword: Adoption Process; "À Brazilian" Adoption; Sluggishness.

1. INTRODUÇÃO

A validade da adoção depende do cumprimento de uma série de procedimentos e requisitos estipulados por lei. Acontece que o processo de adoção tem sido lento na prática, e assim surgiram as chamadas adoções à brasileira, que foram amplamente rejeitadas pela legislação nacional.

Diante dessa realidade, a justificativa para este estudo é que o modelo brasileiro de processo de adoção pode ser muito demorado e impedir que o menor tenha imediatamente um lar digno e viva sua infância de maneira saudável e segura. Dessa situação surgiram as adoções brasileiras, geralmente quando alguém registra como seu próprio filho sabendo que é filho de outra pessoa, ou seja, o que aconteceu foi uma adoção informal porque não seguiu todas as leis necessárias.

Com base nessa situação, surge a principal questão da pesquisa, que busca saber quais são as possíveis causas da morosidade no processo de adoção no Brasil e de que forma afeta a prática das chamadas adoções à moda brasileiras. Portanto, o objetivo deste trabalho é discutir a lentidão do processo de adoção no Brasil como incentivo à adoção à brasileira.

Os objetivos específicos são identificar como pode ser solucionada ou amenizada a morosidade no processo de adoção, a qual ocorre devido aos trâmites burocráticos exigidos por lei, investigar porque o processo de adoção é tão criterioso e burocrático no Brasil e apresentar as novas alterações da Lei 12.010/2009, a fim de dar efetividade e segurança jurídica aos direitos da criança e do adolescente diante do princípio do melhor interesse da criança.

Buscando satisfazer o primeiro objetivo, o estudo se direciona à doutrina de modo a encontrar um conceito para adoção, considerando-a como ato jurídico bilateral, solene e complexo, pelo qual se estabelece entre filhos biológicos e adotivos uma relação de igualdade, estado e análoga ou equivalente à paternidade legal.

Na sequência, para atender ao segundo objetivo busca-se compreender a demora existente nas duas fases que compõem o trâmite da adoção, para compreender os motivos da desistência dos adotantes na fila da espera e, ainda, visa conceituar o que seria a adoção à brasileira ou adoção à moda brasileira, na qual uma pessoa, em termos gerais, registra filha alheia como se sua fosse.

E, por fim, para atender ao terceiro objetivo foi feito um estudo com base nas alterações trazidas pela legislação, nesse sentido, cabe destacar os artigos 19 e 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que dizem respeito a reintegração da criança ou adolescente em seu meio familiar natural e outras alterações da própria Lei 12.010/2009.

O presente artigo tem como parâmetro de estudo a norma contida no parágrafo 1º do art. 19 do ECA, que dispõe que as crianças e os jovens têm o direito de crescer e de serem educados no seio da família, assegurando-se a convivência familiar e comunitária e um ambiente que garanta o seu pleno desenvolvimento, sendo atendido seu melhor interesse em todo o caso.

Este estudo adota uma abordagem qualitativa, utilizando pesquisa bibliográfica, utilizando como fontes dogmáticos e pesquisadores da área, disponíveis na doutrina, artigos, monografias e legislação correlata, utilizando métodos dedutivos e exploratórios.

2. CONCEITUANDO A ADOÇÃO

Vários são os autores que se debruçam no conceito da adoção. Presente desde os primórdios das civilizações, o conceito de adoção foi sendo alterado de acordo com o desenvolvimento jurídico e pela interpretação religiosa. Sua origem se dá pela formação familiar e pelos laços afetivos.

Em termo conceitual, a adoção “é o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho” (BEVILÁQUA, 1976, p. 351). Para Pontes de Miranda, a “adoção é o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação fictícia de paternidade e filiação” (MIRANDA, 2001, p. 217). De acordo com Oliveira (2018, p. 22) é um “ato jurídico bilateral, solene e complexo, através do qual criam-se relações análogas ou idênticas àquelas decorrentes da filiação legítima, um status ou igual entre filho biológico e adotivo”. Em outros conceitos complementares, citam-se:

A adoção vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independente de qualquer

relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família da condição de filho, pessoa que, geralmente lhe é estranha (DINIZ, 2011, p.448).

Para Dagostim (2018, p. 30):

A adoção é o instituto responsável por criar um vínculo de parentesco de ordem física, onde existem as figuras de filho, pai e/ou mãe, similar ao que ocorre na filiação biológica, porém, a diferença é que na adoção essa relação de parentesco surge por um ato de vontade, sendo, portanto, um parentesco eletivo.

Ainda em termos conceituais, "adoção é ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha" (GONÇALVES, 2020, p. 337). Por fim, tem-se o conceito de que adoção, "é uma ficção jurídica que cria o parentesco civil. É um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexistia naturalmente" (WALD, 2017, p. 373).

Com todo o exposto, verifica-se que as definições de adoção são múltiplas e diversas, não tendo uma conceituação única. Várias são as contribuições da doutrina para o seu conceito, sempre ligada à filiação do adotando a sua nova família, acabando qualquer vínculo com a família biológica.

Com isso, a adoção se estabelece como um ato jurídico ou uma forma de filiação, pela qual se aceita como filho, de forma voluntária e legal, uma pessoa que não seja do seio da família. É uma filiação civil, precisando ser expressa pelas "vontades de ambos (adotante e adotado) para fazer parte do convívio de uma nova família, alguém estranho a ela" (ALCÂNTARA, 2018, p. 54).

O que fica claro nesses conceitos acima expostos é que a adoção é um mecanismo permitido em lei que permite que famílias sejam constituídas sem que haja o vínculo natural ou consanguíneo.

3. O PROCESSO DE ADOÇÃO NO BRASIL

No território nacional, a adoção está presente desde o tempo da colonização. No início era um pretexto para fazer caridade, onde "pessoas abastadas traziam para seus lares os chamados 'filhos de criação', os quais, não raro, ajudavam nos afazeres domésticos" (MACEDO, 2012, p. 27). Assim:

As famílias ricas uniam o útil ao agradável, pois, ao passo que criavam o filho de terceiro, sob a justificativa da prática de caridade cristã, do

humanismo e da filantropia, angariavam, também, mão de obra a baixo custo. E, apesar de criados como filhos, não tinham tratamento igual ao tratamento que era conferido aos filhos biológicos. Em função dessa disparidade, os “filhos de criação” eram vítimas de preconceitos e acabavam por receber denominações pejorativas, a exemplo de “bastardo” ou “enjeitado” (MACEDO, 2012, p. 28).

No tangente as leis, foi no Código Civil de 1916 que a adoção começou a se sobressair. Em tal regimento, a adoção (influenciada pelos princípios do direito romano) foi adaptada para atender aos preceitos sociais da época, para que se adequasse aos preceitos da época, que priorizavam a família tradicional e biológica.

Ainda em seu texto, a adoção era permitida apenas aos maiores de cinquenta anos, tendo capacidade civil e possuindo dezoito anos de diferença, entre o adotado. Além disso, o pátrio poder era passado ao adotante. Era permitida a “revogação, havendo acordo entre as partes ou nos casos em que a lei autorizasse a deserção. Havia ainda a exigência de que ninguém poderia ser adotado por duas pessoas que não fossem unidas pelo matrimônio” (WALD, 2017, p. 157).

Todavia, em 8 de maio de 1957, com a entrada em vigor da Lei nº. 3.133, o instituto da adoção sofreu uma modificação. Nesse novo texto, a adoção deixou de ser “apenas uma medida paliativa para os casais estéreis e passando a ter uma visão um pouco mais humanitária, posto que possibilita a adoção por pessoas a partir de 30 anos de idade, com ou sem filhos” (MACEDO, 2012, p. 28).

Outra lei que modificou alguns aspectos da adoção foi a Lei nº. 4.655 de 1965 que em seu texto leciona que não eram só casais que poderiam adotar. Pessoas viúvas ou desquitadas também tinham o direito de adotar. Soma-se a isso, a inovação da lei ao acrescentar a irrevogabilidade da adoção, rompendo de imediato e definitivo os vínculos de parentesco entre o adotado e sua família biológica. Com exceção da Sucessão, todos os outros direitos eram assegurados (DAGOSTIM, 2018).

Cabe frisar ainda, que a supracitada lei só permitia a irrevogabilidade da adoção diante de “situações em que a criança era vítima de abandono, até os sete anos de idade, e quando sua família consanguínea era totalmente desconhecida” (MACEDO, 2012, p. 29).

Em 1979, foi editada a Lei nº. 6.697 de 10 de outubro onde promulgou o novo Código de Menores, revogando a legitimação anterior no que se refere à adoção. A partir desse Código, a adoção passou a ser plena, tornando irrevogável todos os efeitos legais, dando ao adotado a mesma importância aos outros filhos naturais.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a adoção sofreu profundas mudanças em seus conceitos e objetivos. Para a Carta Magna, adotou-se o princípio da igualdade entre os filhos, independente da ligação biológica. Assim, nesse novo modelo, a adoção “tem por finalidade precípua inserir, de forma integral e definitiva, a criança ou adolescente em um novo ambiente familiar” (SANTOS, 2013, p. 45). Na ótica constitucional, a adoção deve ser encarada como uma:

[...] modalidade de constituição de vínculo de paternidade e filiação entre duas pessoas e, como tal, atribui ao adotado a situação de filho, encerrando qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo no tocante aos impedimentos matrimoniais (OLIVEIRA, 2018, p. 44).

Na literalidade de seus artigos, a adoção é encontrada constitucionalmente no art. 227, do qual:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 5º, 1988).

Como se percebe, o § 6º, “assevera que os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (SANTOS, 2013, p. 45). Ou seja, todos os filhos – sejam eles oriundos de forma natural ou por adoção –, possuem todos os direitos protegidos, devendo ainda ser tratados e considerados de maneira igual (SANTOS, 2013).

Devido a um forte movimento social e educacional, em 1990 houve a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), através da Lei nº. 8.069/90 que trouxe o maior avanço no que diz respeito à adoção desde então. Consagrada mundialmente, o Estatuto se preocupa acima de tudo com o bem estar da criança, buscando meios de efetivar esse objetivo, seja através da educação, da inclusão social ou mesmo na adoção.

Com o ECA, foram alterados os requisitos para a adoção. Foi proibida a adoção através de procuração, e a idade mínima do adotante foi estabelecida pela redação original do diploma legal em 21 anos – posteriormente passou a ser 18 anos – independentemente de seu estado civil. Passou-se a almejar a estabilidade financeira e emocional

do adotado, ao invés de outros fatores. Foram estabelecidos dois requisitos subjetivos, previsto no artigo 43 do diploma, a serem analisados pelo juiz no processo de adoção: a exigência de reais vantagens para o adotado e o justo motivo para o seu deferimento (RODRIGUES, 2021, p. 55).

Ainda no art. 43 do referido Estatuto, como supra mencionado, a adoção será sempre concedida quando for verificada, *in loco*, os reais benefícios que o adotando terá. Além disso, o ECA trouxe a possibilidade de adoção por ambos os cônjuges ou concubinos. Porém, para ser realizado, qualquer um desses pares deve ter 21 anos de idade completos e comprovar a estabilidade financeira e social da família, conforme aduz o art. 42. Há ainda, no mesmo artigo, a observância na diferença de idade entre 16 anos do adotante e do adotado (RODRIGUES, 2021).

Em âmbito civil, "o conceito de filiação foi traçado como sendo um vínculo existente entre pais e filhos, sendo esta uma relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida. Isso porque foi unificada a disciplina da adoção, que se aplicaria a todas as pessoas, sem distinção de idade" (SANTOS, 2013, p. 48).

Com o número crescente de adoção acontecendo ao redor do país e inúmeros conflitos surgindo, houve novas leis que alteraram o mecanismo de adoção até então vigente. Um dos conflitos que existiram se dava pela ambiguidade judicial e legislativa nas questões de competência.

Antigamente, o Código Civil de 2002 regulamenta a adoção de menores, (juntamente com o ECA) e a adoção de maiores de idade, processando-se ambas por ação judicial. No entanto, críticas não faltaram a tal dualismo, visto que o ECA, como lei especial sobre o assunto, deveria continuar a regulamentar sozinho a matéria" (MACEDO, 2012, p. 30). Somente com a entrada em vigor da Lei nº. 12.010/09 que tal situação foi resolvida, conforme se verifica:

Em 03 de novembro de 2009 entrou em vigor a Lei nº 12.010/09 (conhecida como a nova Lei de Adoção), que embora contenha apenas oito artigos, realizou grande modificação no Código Civil e no ECA. No Código Civil, art. 1.618, ficou expresso que a adoção de crianças e adolescentes volta a ser regulamentada pelo ECA, cabendo ao Código Civil apenas a adoção de maiores de idade, conforme art. 1.619. assim, foram revogados todos os demais artigos do Código Civil sobre adoção. Com isso e em resumo, o atual ordenamento jurídico contempla duas formas de adoção, ambas plenas e submetidas a processo judicial: a adoção de menor (regulamentada

pelo ECA) e adoção de maior de idade – disciplinada pelo Código Civil, mas a ela se aplicando também, no que couber, as regras do ECA (MACEDO, 2012, p. 31).

Sendo assim é possível observar, que o objetivo da adoção, não é apenas patrimonial, visando o bem estar financeiro, da criança ou adolescente, mas também um bem estar emocional dos mesmos, tendo isto em vista a lei trouxe estes importantes aspectos para a realidade atual.

O que se busca também é o benefício para ambas as partes, tanto para aqueles que adotam como para aqueles que são adotados. Nessa relação, as partes devem se sentir satisfeitas com o ato, garantindo a todos o bem estar social e familiar, que é o pilar de toda sociedade.

4. ADOÇÃO À BRASILEIRA

A prática de adoção à brasileira pode ser conceituada como sendo a conduta praticada por homem ou mulher que declara, para fins de registro civil, como seu filho de outrem, pejorativamente chamado como “Adoção à Brasileira” ou adoção à moda brasileira, se efetiva como uma adoção sem observar as exigências legais, ou seja, uma adoção feita segundo o “jeitinho brasileiro” (OLIVEIRA, 2018).

Contudo, este tipo de adoção é ilegal e se trata de uma simulação de perfilhação que conforme o pensamento de Dagostim (2018):

[...] achar a criança que se gostaria de adotar, ou mesmo assumindo crianças entregues diretamente aos pais adotivos por seus pais biológicos e, em vez de passar pelos processos legais de adoção, desconhecem o programa da Justiça e depois buscam o juizado para “oficializar” a adoção (DAGOSTIM, 2018, p. 22).

Não se desconhece, pois, que diversos fatores – sociais, morais, ideológicos, biológicos, etc. -, influenciam a sanha pela constituição de uma família ou, da simples busca de satisfação pessoal (humana) de “ter um filho”. Prática recorrente no Brasil, a qual, contudo, não passa ao largo de tipificação na esfera penal, de acordo com a previsão contida no artigo 242 do Código Penal Brasileiro:

Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

Pena – reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único – Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza.

Pena – detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

(BRASIL, 1940)

Da interpretação do dispositivo jurídico, acima mencionado, é possível extrair que a filiação irregular não se limita à figura típica de registrar como seu, o filho de outrem, de forma que outros 3 (três) tipos incriminantes são descritos no Código Penal, quais sejam: o parto suposto; a entrega de filho com idade inferior a 18 (dezoito) anos de idade para pessoa inidônea; e a falsidade ideológica.

Como bem menciona Oliveira (2018) a adoção à brasileira ou simulada, são nomes populares atribuídos por doutrinadores e aplicadores do direito para a adoção procedida de modo irregular, onde se adota o filho de outrem ignorando as normas e regulamentos.

Muitas são as causas que levam a prática da adoção à brasileira. Movidos por sentimentos, tal como o desespero de não ter condições biológicas para gerar um filho ou, gerando e não poder tê-lo consigo, genitores entregam seus herdeiros a terceiros, de forma recorrente no Brasil (RODRIGUES, 2021).

A prática da adoção marcada pela irregularidade é decorrente do desejo de constituição da entidade familiar, do abandono de crianças e adolescentes e dos laços afetivos. Assim, partindo-se dessas premissas, é que se pode compreender a efetivação de adoção à brasileira por nossa sociedade.

Muitas famílias acreditam que ultrapassar o prescrito em lei, sobrepondo a estas relações de afeto, leia-se aqui o amor, sentimento tido como semente do núcleo familiar, seria meio mais rápido de constituir sua prole, satisfazendo assim o desejo de ver completa referida entidade secular (OLIVEIRA, 2018).

No campo jurisprudencial, o poder judiciário vem se posicionando sobre o tema com certa flexibilidade, ou seja, a depender do caso concreto pode-se encontrar uma abertura na possibilidade de validação da adoção à brasileira. O que se nota na flexibilidade do presente tema é que ainda que haja a necessidade de o processo legal da adoção ser respeitado, no caso da adoção à brasileira, verificada o vínculo afetivo entre as partes, é possível que ela seja concedida. Isso se explica em razão do fato de que independente da forma como a adoção é feita, o foco sempre recai sobre o bem estar da criança ou adolescente.

Contudo, é importante frisar que o posicionamento mais aceito é a não regularização da adoção à brasileira, conforme cita-se o presente julgado:

ECA. MEDIDA DE PROTEÇÃO E RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. ADOÇÃO À BRASILEIRA. BURLA AO CADASTRO DE ADOÇÃO. DETERMINAÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CABIMENTO. 1. Verificado nos autos que ocorreu adoção à brasileira encobrendo interesse escuso, cabível a adoção de todas as providências necessárias para a mais ampla proteção do interesse da infante. 2. Mostra-se adequada a busca e apreensão da criança, bem como a retirada do nome paterno no registro civil da infante e também de seu patronímico e dos respectivos ascendentes quando estampado que o pai registral procedeu o registro com o manifesto propósito de burlar o Cadastro de Adoção. 3. O processo de adoção deve observar a forma legal e a escolha de uma criança para adotar feita pelos pretendentes não os habilita necessariamente ao processo de adoção. 4. A existência de vínculos sólidos com a infante, que seria situação excepcional, não se verifica no caso em exame, sendo necessário antes verificar o rol de pretendentes habilitados na Comarca, cuja ordem deve ser obedecida. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70058386848, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 27/08/2014).

A sentença pautada na irregularidade do registro determina a retirada da criança do convívio do adotante. Em sede de recurso, o tribunal não admitiu a prática da adoção à brasileira, decidindo, por unanimidade, pela negatória do provimento do recurso e mantendo a sentença proferida em primeira instância.

Com esse julgado fica nítido observar que, a flexibilidade nesses casos só ocorre quando de fato há fortes indícios de uma interação/vínculo sólido e permanente entre as partes e que o bem estar da criança seja de fato comprovado.

5. A MOROSIDADE DO PROCESSO DE ADOÇÃO E A ADOÇÃO À BRASILEIRA

Acerca da conceituação da adoção, é possível compreender que se trata da vinculação de um menor a um contexto familiar diferente, geralmente, de sua descendência biológica. Assim, após o cumprimento de todo o trâmite necessário, o adotado passa a ser possuidor de direitos como se filho biológico fosse. Nesse sentido, Rosa (2017, p. 291) apud Campos (2022), destaca que “a inclusão de uma pessoa em família distinta da natural, de forma irrevogável, gerando vínculos de filiação, com mesmo direitos

e deveres". Por conseguinte, após o trâmite todos os vínculos com a família biológica devem ser cessados. Contudo, todo esse procedimento no cenário atual é recheado de morosidade e complexidade.

Assim, a burocracia existente no sistema jurídico brasileiro acaba surgindo como uma das principais problemáticas que faz com que os adotantes se sintam desestimulados a permanecer anos na fila de espera para, enfim, concretizar o sonho de ter uma família. Tal demora e consequente desistência dos interessados acaba não cumprindo a premissa de proteger a integridade e os interesses da criança e do adolescente que seria adotado.

A reintegração da criança ou adolescente em seu meio familiar natural, como está presente no ECA, também tem sido um grande desafio para as famílias, pois os objetivos dessa reintegração são trazidos em Lei, em especial nos artigos 19 e 100 do ECA:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral

§ 1º. Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar.

(...)

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

(...)

X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isso não for possível, que promovam a sua integração em família adotiva; (BRASIL, 1990)

O artigo 1º da Lei 12.010/2009 prevê o "aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes", isso para que o Estado busque desenvolver políticas públicas de apoio à criança e ao adolescente

em um momento tão delicado quanto ao da reintegração familiar, buscando atender e respeitar os princípios da felicidade e do melhor interesse dos menores.

No que se refere a reintegração do menor à família natural, é importante destacar dois pontos: o primeiro diz respeito às fases de habilitação para o adotante, uma vez que o procedimento busca garantias acerca da estabilidade e idoneidade daquele que pretende realizar a adoção (GOMES, 2020). Ademais, considerando a irrevogabilidade da adoção, conforme entendimento do §1º art. 39 do ECA, uma agilização poderia vir a ceifar a oportunidade de estreitar laços com a família de origem.

Além disso, a obstinação para que ocorra a reabilitação familiar pode gerar alguns outros empecilhos ao adotando, pois com o decorrer do tempo e o avanço da idade do menor suas chances de constituírem um novo lar se reduzem, uma vez que a grande maioria dos adotantes buscam por crianças mais novas. Logo, é possível então indagar qual seria o prazo para se tentar a reintegração conciliando todos os aspectos supramencionados.

É necessário realizar uma análise estritamente individual de cada caso concreto para então concluir se a morosidade na reintegração é meramente um atraso ao processo de adoção ou se de fato, é algo que se faz necessário, pois em teoria, há um prazo de no máximo 120 (cento e vinte) dias para a conclusão do processo de adoção, prorrogável uma só vez, conforme §10 do artigo 47 do ECA (TORRES, 2020).

Prática e teoria tendem a ser diferentes, uma vez que até mesmo o trâmite anterior à ação judicial se faz muito demorado em alguns casos. São duas as fases que compõem o processo de adoção, em primeiro lugar estão os procedimentos administrativos e, em seguida, o processo judicial, e caso haja real morosidade em ambas as fases, é natural que ocasione frustração para as partes envolvidas. Nesse sentido, expõe o jurista Paulo Hoffman (2017 apud ROSA, 2017, p. 05):

Diante do novo inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88, com a previsão da duração razoável do processo como garantia constitucional do cidadão, nosso posicionamento é cristalino no sentido de que o Estado é responsável objetivamente pela exagerada duração do processo, motivada por culpa ou dolo do juiz, bem como por ineficiência da estrutura do Poder Judiciário, devendo indenizar o jurisdicionado prejudicado – autor, réu, interveniente ou terceiro interessado -, independentemente de sair-se vencedor ou não na demanda, pelos prejuízos materiais e morais.

E é nesse sentido que a doutrina destaca um suposto descaso por parte do Poder

Judiciário, uma vez que os abrigos de adoção estão cada vez mais cheios. Conforme segundo dados trazidos pela Agência Senado em 2020, retirados do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), existiam naquele ano quase 34 mil crianças e adolescentes abrigadas em casas de acolhimento e instituições públicas por todo país. A procura dos adotantes é em grande parte por bebês e crianças de pouca idade com, no máximo, 8 anos, segundo Torres (2020) isso ocorre por conta da fácil integração, uma vez que nessa faixa etária ainda está sendo moldada a personalidade da criança.

Nesse sentido, HOFFMAN (2017) apud ROSA (2017, p. 05) afirma que:

Os pais têm direito à defesa, produção de provas e recursos, que muitas vezes demoram anos para serem julgados. Enquanto isso, as crianças crescem nas unidades de acolhimento. Os processos judiciais, embora imprescindíveis, não podem se arrastar por anos, sem qualquer solução. A lei também estabelece que os recursos devem ser julgados no prazo máximo de 60 dias, o que muitas vezes não é observado.

Com base nisso, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a Lei 12.010/09 cujo objetivo era otimizar o processo de adoção no Brasil, garantindo que os interesses das crianças e adolescentes pudessem ser resguardados e que pudessem ser acolhidos por uma família sem que houvesse uma espera excessiva por isso. Segundo o autor Leidejane Valadares Pinto (2016, p. 55), isso não ocorre na prática, pois o processo de adoção ainda é excessivamente demorado e muitos adotantes acabam por desistir, segundo ela, pelas seguintes causas:

- a) Os postulantes antes mesmo de se dirigirem ao Poder Judiciário já possuem um perfil da criança ou adolescente previamente definido;
- b) Os postulantes optam em sua grande maioria pela adoção de crianças, do sexo feminino de no máximo 03 (três) anos de idade;
- c) Um outro fator, que foi, identificado através de pesquisas realizadas em diversos setores (Promotorias, Defensorias, Poder Judiciário, orfanatos, Conselho Nacional da Justiça, e pelo Cadastro Nacional de Adoção), constataram que a demora na efetivação dos processos de adoção, se deve muitas vezes em razão dos prazos que não são cumpridos, ou quando o são, extrapolam o limite estabelecido pela legislação.

Tais questões supramencionadas expõe o quão os procedimentos de adoção são permeados por dificuldades, uma vez que, em tese, busca-se nas ações de adoção a imparcialidade e celeridade, considerando o bem estar do menor que quer tão somente

um lar, e não havendo, acabam por se frustrar e explorar uma forma de suprir essa ausência recorrendo à fuga dos abrigos e infelizmente, à criminalidade.

Ferreira (2018) entende que as famílias que visam adotar têm uma preferência por crianças com menos idade, sendo esse um dos fatores responsáveis pela lotação dos abrigos. A grande maioria em espera, são crianças e adolescentes acima de 8 (oito) anos, como já mencionado, bem diferente da realidade procurada pelos adotantes. A maior preferência é por bebês, pois entende-se que assim será mais fácil a inserção do mesmo na nova família.

A adoção já é considerada tardia após os 3 (três) anos, e a cada ano que se passa, se é perdido a esperança. A demora no procedimento judiciário, assunto já abordado anteriormente, está inteiramente ligada a essa perda de esperança em achar um novo lar, pois isso acarreta diretamente na vida do menor (FERREIRA, 2018).

A perda de afeto, acesso a uma boa educação, um bom convívio tanto familiar quanto social, uma saúde de qualidade, lazer o mínimo que for e alguns outros direitos que são considerados básicos, se tornam pouco perto de tudo que lhe é retirado devido a tanta burocracia (TORRES, 2020).

Existem outros fatores que complicam a adoção de ser efetivada. Há como exemplo principal, o fato de haver um preconceito já estabelecido pelos adotantes e os adotados, o que representa uma discriminação pré-estabelecida.

Weber (1994) aponta o preconceito, consciente ou não, como fator determinante para o desencontro de crianças e adolescentes institucionalizados e os postulantes à adoção:

De acordo com as opiniões de boa parte da população as pessoas: teriam medo de adotar crianças mais velhas (acima de 6 meses) pela dificuldade na educação; teriam medo de adotar crianças de cor diferente da sua pelo "preconceito dos outros"; teriam medo de adotar crianças com problemas de saúde pela incapacidade de lidar com a situação e pelas despesas altas que teriam; teriam medo de adotar uma criança que viveu muito tempo em orfanato pelos "vícios" que traria consigo; medo de que os pais biológicos possam requerer a criança de volta; medo de adotar crianças sem saber a origem de seus pais biológicos, pois a "marginalidade" dos pais seria transmitida geneticamente; culpabilizam somente os pais pelo internamento e abandono dos filhos e pensam que o governo deveria controlar o número de filhos, principalmente em mulheres

pobres; pensam que uma criança adotada, cedo ou tarde, traz problemas; acreditam que a adoção visa primordialmente o adotante e não a criança, sendo um último recurso para pessoas que não conseguem ter filhos biológicos; acreditam que a adoção pode servir como algo para "desbloquear algum fator psicológico" e tentar ter filhos naturais; acham que quando a criança não sabe que é adotiva ocorrem menos problemas, assim, deve-se adotar bebês e "fazer de conta" que é uma família natural; acham que as adoções realizadas através dos Juizados são demoradas, discriminatórias e burocráticas e recorreriam à adoção "à brasileira" caso decidissem adotar; consideram que somente os laços de sangue são "fortes e verdadeiros" (WEBER, 1994 apud OLIVEIRA, 2018, p. 55).

Assim, a adoção brasileira se mostra em um impasse de pessoas que adotam meramente com intuito de filiação e de fugir da burocracia, além de pessoas que adotam para satisfazer seus interesses, em adotar, por exemplo, bebês.

Uma das medidas a serem tomadas seria a busca por maior celeridade por parte do Judiciário, uma vez que se encontra saturado e acaba por perder muitos dos prazos expressos em Lei, fazendo com que a espera se torne excessiva e faça com que muitos adotantes desistam do processo.

Além disso, é preciso desenvolver campanhas de incentivo à adoção que possam ajudar a mudar um pouco a estática atual, "onde há um receio em adotar alguém que já tenha grandes traumas familiares e uma identidade construída em cima de abandono" (TORRES, 2020), ou ainda, o preconceito com a carga genética que é enraizado na sociedade, pois é comum que se ouça a expressão "sangue ruim" quando se fala sobre adoção com alguns brasileiros.

Como já mencionado, a adoção constitui medida excepcional, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança e do adolescente na família natural ou extensa, nos termos do que determina o §1º, do artigo 39, do ECA. Uma vez que adoção precede de cadastro prévio, determinado em seu artigo 50, esclarecimento prestado por equipe interprofissional, em especial, sobre a irrevogabilidade da medida, conforme §2º, do seu artigo 166, audiência com o juiz com presença do Ministério Público, de acordo com o §3º, do seu artigo 166 e, por fim, o estágio de convivência obrigatório, previsto no seu artigo 46.

Oliveira (2018) afirma que, ainda que a "ratio legis" do referido procedimento, acima mencionado, seja a proteção integral da criança e do adolescente, por evidente que, a fim de se evitar que estes cresçam e se desenvolvam sem um lar, é que se consuma a adoção à brasileira.

Nesse sentido, Sanches (2017, p. 1.295) afirma que “aliás, acentua-se, corroborando tal entendimento, que apenas no seio familiar pode o menor, convivendo intimamente com seus entes, recebendo carinho e respeito, formar integralmente sua personalidade, preparando-se para vida em sociedade”.

No campo do tema em específico, a morosidade da adoção regular é, como dito, um dos pressupostos da adoção irregular, aqui tratada. Essa afirmação decorre da aferição dos estágios necessários até que a adoção seja efetivada.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo geral, demonstrar que o procedimento para realização da adoção no Brasil é moroso devido às diversas particularidades que cada adotante exige ao escolher o adotado em seus mínimos traços genéticos, provocando preferências radicais que na maioria das vezes prejudicam o processo de adoção.

Subsequentemente, as crianças e adolescentes disponíveis para adoção que não se encaixam nestas particularidades, tendem a ficar em uma extensa lista de espera para serem adotadas, o que acarreta mais ainda a morosidade existente na realização do processo de adoção. No ano de 2020, o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), levantou dados de que existiam naquele ano quase 34 mil crianças e adolescentes abrigadas em casas de acolhimento e instituições públicas por todo o Brasil.

Sendo assim, essa morosidade se notou evidente em vários capítulos ao longo deste trabalho, mas em especial no capítulo cinco, onde exemplificou como se dá a morosidade no processo de adoção e de que forma os interessados na adoção acabam se sentindo desestimulados e desistem na fila de espera ou optam por praticar a chamada “adoção à brasileira”, hoje tipificada como prática criminosa no ordenamento jurídico brasileiro.

Para responder o objetivos específicos de identificar como pode ser solucionada ou amenizada a morosidade no processo de adoção, a qual ocorre devido aos trâmites burocráticos exigidos por lei, investigar porque o processo de adoção é tão criterioso e burocrático no Brasil e apresentar as novas alterações da Lei 12.010/2009, a fim de dar efetividade e segurança jurídica aos direitos da criança e do adolescente diante do princípio do melhor interesse da criança, foram utilizadas pesquisas bibliográficas com base em vários entendimentos de doutrinadores, bem como a própria legislação vigente.

Com isso, a fim de responder a problemática deste trabalho que busca saber quais são as possíveis causas da morosidade no processo de adoção no Brasil e de que forma

afeta a prática das chamadas adoções à moda brasileiras, conclui-se que não há no Brasil políticas públicas suficientes que incentivem o processo de adoção, além da falta de celeridade no trâmite do processo de adoção que acaba servindo como um fator predominante para a desistências dos adotantes.

Não só isso, mas o fato da falta de compatibilidade entre as preferências dos adotantes em relação aos adotados também frustra as expectativas de uma adoção, tendo em vista que os adotantes preferem crianças com idade abaixo de oito anos.

É claro o desrespeito ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, uma vez que muitos deles deixam de ser adotados devido à demora no processo que faz com que se tornem mais velhos do que a idade de maior procura pelos adotantes ou, ainda, que essa mesma demora faça com que seus possíveis pais desistam do processo por achar excessivamente burocrático.

Assim sendo, é preciso promover uma melhor organização do Judiciário brasileiro e a capacitação dos profissionais envolvidos em ambas as fases do processo de adoção, a fim de garantir que ocorra de maneira célere e digna para ambas as partes envolvidas. É igualmente importante promover campanhas de conscientização da importância da adoção e desconstrução de alguns preconceitos enraizados na sociedade em relação a isso a fim de buscar integrar o maior número de crianças e adolescentes a famílias para que se desenvolvam felizes e de maneira digna.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Leda Ramos de. **Adoção por Casais Homoafetivos: A Evolução no Modelo Jurídico Brasileiro**. Artigo apresentado ao Curso de Direito das Faculdades Integradas Promove de Brasília. Ano 3. n. 10. v. 1. Set-Dez, 2018.

ASSUNÇÃO Sheyla; POZZEBOM Elna Rodrigues. **Dia da Adoção: Brasil tem 34 mil crianças e adolescentes vivendo em abrigos**. 2020. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/22/dia-da-adocao-brasil-tem-34-mil-criancas-e-adolescentes-vivendo-em-abrigos> Acesso em: 03 Fev. 2023

BEVILAQUA, Clóvis. **Clássicos da Literatura Jurídica**. Direito de Família. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 13 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Dispõe sobre a adoção. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em: 13 out. 2022.

DAGOSTIM, Gustavo Gabriel. **Adoção intuitu personae: a mitigação do cadastro de adotantes ante a formação de vínculo afetivo**. Monografia submetida ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Florianópolis, 2018.

CAMPOS, Danyella Karoliny Soares. **Sistema Adotivo Brasileiro**, 2022. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/58349/sistema-adotivo-brasileiro>, acesso em 20 out. 2022.

FERREIRA, Verônica de Souza. **Aspectos da adoção internacional no sistema jurídico brasileiro**. 2018. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10639/Aspectos-daadocaointernacional-no-sistema-juridico-brasileiro>. Acesso em: 15 out. 2022.

GOMES, Patrícia da Silva. **As consequências da adoção tardia sob uma ótica sócio jurídica**. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55638/as-consequencias-da-adoo-tardiasobumaticasciojuridica#:~:text=Sendo%20assim%2C%20cabe%20trazer%20a,filas%20de%20espera%20at%C3%A9%20encontrar>. Acesso em: 16 out. 2022.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. vol. 6-17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACEDO, Suellen Caroline Alves. **Adoção por parceria Homoafetiva e seus Reflexos no Âmbito Jurídico**. Monografia apresentada em Bacharelado em Direito pela Universidade da Paraíba. Campina Grande – PB, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001.

NUNES, Brenda Neves de Oliveira; GOMINHO, Leonardo Barreto Ferraz. **A burocracia e a demora nos processos de adoção no Brasil: uma abordagem à luz das regras do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)**. 2019. Disponível em: <https://ferrazbar.jusbrasil.com.br/artigos/723816183/a-burocracia-e-a-demora-nos-processos-de-adocao-no-brasil-uma-abordagem-a-luz-das-regras-do-estatuto-dacriancaeadolescenteeeca#:~:text=Nos%20dias%20atuais%2C%20no%20Brasil,expecta>

tiva%20de%20ganhar%20um%20lar. Acesso em: 20 out. 2022.

OLIVEIRA, Letícia Fernandes de. **Adoção à brasileira – um estudo sobre diferentes perspectivas: crime ou amor?** Monografia apresentada, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Toledo. Araçatuba, 2018.

PINTO, Leidejane Valadares. **A lentidão e a morosidade do Poder Judiciário maranhense nos processos de adoção.** Monografia apresentada à Universidade Federal do Maranhão, 2016.

RODRIGUES, Vítor Angel da Silveira. **A adaptação no processo de adoção no Brasil e a possibilidade de desistência.** Trabalho de conclusão de curso apresentado no curso Bacharelado em Direito da Universidade de Caxias do Sul, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Vacaria, 2021.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família contemporâneo.** 2ª Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

SANCHES, Salua Scholz. **Adoção.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31486>>. Acesso em: 13 out. 2022.

SANTOS, Lara Cintia de Oliveira. **A Constitucionalidade do Conceito de Família e a Adoção de Criança por Pares Homoafetivos.** Monografia apresentado ao curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília –DF, 2013.

SENADO NOTÍCIAS. Agência Senado. **Dia da Adoção: Brasil tem 34 mil crianças e adolescentes vivendo em abrigos,** 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/22/dia-da-adocao-brasil-tem-34-mil-criancas-e-adolescentes-vivendo-em-abrigos>. Acesso em 01 fev. 2022.

TAVARES, Patrícia Silveira. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TORRES, Lorena Lucena. **O que é adoção e quais os tipos existentes.** 2020. Disponível em: <https://lucenatorres.jusbrasil.com.br/artigos/781429580/o-que-e-adocao-e-quais-os-tipos-existentis>. Acesso em: 01 out. 2022.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** O Novo Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2017

DIMENSÃO LIBERDADE: ORIGEM, EVOLUÇÃO E CONFORMAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

JACILEIA ROCHA DE VILHENA:

Discente do curso de Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada Criminalista.118

Resumo: Este artigo tem por objeto desenvolver uma análise da Dimensão Liberdade, por meio de um estudo de seu surgimento, implicações ocorridas pela modernidade e contemporaneidade, bem como trazer, no âmbito doméstico, o tratamento atribuído pelo Estado Brasileiro à luz da Constituinte de 1988. Trata-se de uma análise descritiva e exploratória, realizada com base em pesquisa bibliográfica, doutrinária e legal, de método indutivo. Questiona-se os impactos da dimensão liberdade e os eventos históricos notadamente reconhecidos, que permearam sua correlação com as dimensões dignidade e fraternidade, e a recepção da liberdade à luz da Constituinte, enquanto direito humano.

Palavras-Chave: Dimensão Liberdade. Dignidade. Constituição de 1988. Fraternidade.

Abstract: This article aims to develop an analysis of the Freedom Dimension, through a study of its emergence, the implications of modernity and contemporaneity, as well as to bring, in the domestic sphere, the treatment given by the Brazilian State in light of the 1988 Constitution. a descriptive and exploratory analysis, based on bibliographical, doctrinal and legal research, using an inductive method. It questions the impacts of the freedom dimension and the historical events that permeated it, its correlation with dignity and fraternity, and the reception of freedoms in the light of the Constituent Assembly, as a human right.

Keywords: Freedom Dimension. Dignity. 1988 Constitution. Fraternity.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo desenvolve a análise da Liberdade enquanto primeira Dimensão de Direitos Humanos e realiza uma linha entre sua origem até a modernidade, bem como os reflexos desta dimensão, surgida sob a égide das grandes revoluções, sobre a conceituação da Liberdade em âmbito nacional, e como sua aceção foi recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

118 Contato: jacivilhena@yahoo.com.br

Para a perfeita compreensão do tema, iniciamos com um breve resgate dos aspectos evolutivos da conceituação de liberdade, passando pela concepção dos povos antigos e alcançando eventos importantes para sua conformação como dimensão de direitos, cujo marco teórico remonta às grandes revoluções, com enfoque no Estado Moderno, na Revolução Francesa e demais teorias surgidas a partir do Constitucionalismo.

Também, realiza um estudo sobre os instrumentos de afirmação das liberdades, bem como, das declarações de direitos humanos como uma narrativa, por meio do Direito, do momento histórico vivenciado pelos povos e seu tempo.

Tem-se por premissa debater conceitos da Dimensão Liberdade e de que modo a Sociedade moderna tem encontrado métodos de conformação teórica desta dimensão, sob a égide da Dignidade Humana.

Isso porque, ao longo dos tempos, por muitas vezes a humanidade deixou de lado a Dimensão Liberdade, como modelo de desenvolvimento. É o caso das tiranias e da violência suprema provocada pela escravidão, eventos em que a Paz foi turbada, a fim de que povos fosse, pela força da violência, privados de liberdades 119.

Por fim, debatemos o exercício desta dimensão no Brasil, tendo como marco teórico a Constituição Federal de 1988 e situações emblemáticas em torno das liberdades, reflexo dos modelos econômicos atuais, sobretudo do capitalismo.

Abordamos a estas questões emblemáticas, atualmente vivenciadas pela sociedade brasileira, e por fim, a proposta de conformidade da dimensão Liberdade, sob a ótica do Fraternidade, como um valor supremo, tal como defendido na doutrina Jushumanista do Capitalismo Humanista, proposta por Sayeg e Balera¹²⁰, esta enquanto verdadeiro caminho para o alcance, no âmbito deontológico, dos conceitos preconizados pela Dimensão Liberdade, sob a perspectiva ontológica.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 LIBERDADE, ETIMOLOGIA E ORIGEM FRENTE AOS POVOS ANTIGOS E MEDIEVAIS

Jean Paul Sartre¹²¹, ao divagar sobre a liberdade dos pássaros, refletiu que, sob a ótica filosófica, o voo de um pássaro não é dotado de liberdade, mas sim, de mero senso comum.

119 BALERA, Wagner. A paz é possível. 1ª Ed- Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2016.

120 SAYEG, Ricardo. Balera, Wagner. **Fator Caph. Capitalismo Humanista**. A dimensão econômica de Direitos Humanos. São Paulo: Editora Max Limonad, 2019. p. 143 – 152.

121 SARTRE, J. P. **Sartre no Brasil: A conferência de Araraquara**. São Paulo: Paz e Terra: UNESP. 1987.

Isso porque, como explica o filósofo, os pássaros são fundamentalmente condicionados pelo determinismo biológico. E, sendo o determinismo biológico quebrado pela racionalidade, só o homem possui essa liberdade de escolher 'ser' quem é, dentro do universo de possibilidades, pois só ele pode compreender, ou seja, ter capacidade de autodeterminação.

A humanidade já vislumbrou os mais diversos conceitos do que é a Liberdade, de acordo com cada época, curso da história humana.

Castanhato¹²², aborda que o homem contemporâneo, em razão da cultura hedonista e das mudanças aceleradas na sociedade – do espetáculo- teve muito da essência de outrora subtraída, tornando-se objetificado, sendo o direito um importante meio de transformação desse mundo.

E, remonta, em contraposição ao olhar atual, o conceito de liberdade para os povos antigos, como algo que não se assemelha à percepção adquirida pelos modernos, posto que a Sociedade antiga também não tinha similaridade em sua dinâmica e funcionamento.

Isso porque, a Sociedade para os antigos era vista como um organismo, cuja harmonia dependia da coexistência do todo. Assim, justamente por isso, a totalidade era mais importante que o individual.

É somente no âmbito privado, sendo este o espaço pessoal da casa e do ambiente familiar, é que a existência tinha a característica do ser 'individual', mas isso tão somente voltada à continuação da espécie, sob a tutela de uma figura despótica, o 'chefe de família'.

De modo que a liberdade para o exercício das singularidades encontrava-se disposta na vida privada, prevalecendo este conceito por toda a visão do mundo antigo.

Castanhato¹²³, ao dispor sobre a vivência e percepção dos povos antigos, atribui que o Estado Grego era marcado pela concepção e respeito das liberdades quanto aos espaços das elites, que poderiam participar intensamente das decisões do Estado.

De modo que, ainda quando o se estivesse no âmbito de uma democracia, tão somente esta era exercida por aqueles reconhecidamente 'cidadãos'. Já no âmbito privado, estas relações eram bastante reduzidas, sobretudo no âmbito das manifestações individuais de vontade.

¹²²CASTANHATO, Camila. **Liberdade** - Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2016.

¹²³*Ibid.*, p. 97.

Situação bastante similar, narra Castanhato¹²⁴, acontecia aos povos do Estado Romano, uma vez que, por séculos, a participação direta do governo era permitida ao povo, porém a concepção de povo, por ser restrita, compreendia tão somente uma estreita faixa da população.

Ou seja, a liberdade não era um atributo inerente reconhecido a todo ser humano, mas apenas àqueles capazes de serem reconhecidos como parte da sociedade e, ainda assim, de uma forma completamente diferente da perspectiva do individual.

2.2 A DIMENSÃO LIBERDADE E A MODERNIDADE

Dalmo de Abreu Dalari¹²⁵ aponta que o aparecimento do Estado Medieval surge, com a influência do Cristianismo, justamente em razão de combater a percepção de superioridade do povo romano, base fundante do Estado Romano.

O advento do Cristianismo passa a influenciar diretamente sobre os conceitos e a percepção de livre arbítrio e, por conseguinte, do que é a liberdade. De modo que o Cristianismo, sendo a base da universalidade, vem a superar a ideia de que pessoas podem ter valores diversos, de acordo com suas origens, que era parte do entendimento dos povos antigos.

De modo que, a questão do arbítrio e da igualdade passa a ser aquela que dá ao ser humano, como indivíduo, como 'ser'. Este novo olhar sobre as condições o valor humano, doutrina Cristã defendida por São Tomás de Aquino, é que estimula as teorias que promoveriam as revoluções ocorridas durante o Século XVIII.¹²⁶

A visão da liberdade ganha novo viés com o surgimento da era conhecida com o 'acender da era das luzes'¹²⁷.

O surgimento do Estado Moderno, com enfoque no Iluminismo, gera um novo marco nas percepções sobre o que é Liberdade. Isso porque, com o advento do Estado Moderno, nascem importantes concepções sobre as relações do indivíduo para com a sociedade, a exemplo do Constitucionalismo, que tem a sua origem através dos acontecimentos que culminaram com a promulgação da Magna Carta Libertatum – 1215 e

¹²⁴*Ibid.*, p. 98.

¹²⁵DALLARI, Dalmo de Abreu. **Teoria Geral do Estado**: elementos de Teoria Geral do Estado. 33Ed. 2016, p.57 – 5.8

¹²⁶CASTANHATO, *op. cit.*, p. 98.

¹²⁷Expressão cunhada pela Prof. Dra. Carolina Alves de Souza Lima. Cidadania, Direitos Humanos e Educação. São Paulo: Almedina, 2019.

outros que historicamente se sucederam, como a Petition of Rights (1628), o Habeas Corpus Act (1679), e o Bill of Rights (1688).

As revoluções burguesas ampliam a voz do povo e valores como a dignidade, enquanto fruto das grandes modificações sociais a geradas a partir deste movimento¹²⁸, tal como trazido por Castanhato¹²⁹:

O Renascimento Cultural, a Reforma Protestante, a contrarreforma e o desenvolvimento científico derrubam pouco a pouco os poderes da Igreja. Sai-se do Império de Deus para o império da Razão. Descontentes, os burgueses aliam-se ao povo; e embaçados nos ideais liberais da época [...] promovem as revoluções iluministas dos séculos XVII e XVIII”

Bobbio¹³⁰, ressalta a relevância da Revolução Francesa para a chamada ‘Era dos Direitos’, sendo está um acontecimento de natureza política que exerceu grande poder sobre o imaginário da humanidade, uma vez que promoveu a ruptura de um curso histórico e assinalou o fim de uma época e o início de outra.

Com o lema ‘Liberdade, Igualdade e Fraternidade’, a Revolução Francesa apresentou-se como um meio de contraposição ao absolutismo e, a fim de unificarem os franceses, fortaleceram o conceito de Nação.

Ainda¹³¹ ressalta que, a ausência de aliança entre o Estado Francês e a Igreja, fortaleceram o caráter universal da Declaração Universal dos Direitos do homem e do Cidadão, de 1789, sem as amarras das lutas religiosas, de modo a reafirmar que, os princípios fundamentais que foram firmados na Declaração de 1789 – entre eles, a Liberdade – possuem forte influência até os tempos atuais.

Assim, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1789, passa a influenciar conceitos e processos fundamentais, tais como os de liberdade e dignidade, e ainda, traz reflexos substanciais a todo processo de constitucionalismo subsequente.¹³²

128 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetória e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 325.

129 CASTANHATO, *op. cit.*, p. 54.

130 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1992. p. 11.

131 *Ibid.*, p. 12.

132 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2006, p.397.

Rocha de Vilhena¹³³, ressalta que a declaração de 1789 conceitua liberdade em seu artigo 4º como:

Artigo 4º - A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique a outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites apenas podem ser determinados pela lei.

Aos poucos, da concepção até então individual de sociedade, a humanidade passa a um novo estágio, o do reconhecimento da cidadania como um direito humano universal¹³⁴ e das múltiplas autonomias do indivíduo, sendo estas reconhecidas na esfera pública e privada.

Também, reconhece a autonomia pública ou do cidadão e autonomia privada ou do indivíduo, enquanto mecanismos regulatórios da vontade humana, sendo a autonomia privada a capacidade individual de autodeterminação e escolha, desde que esta não desrespeite ou viole direito alheio; e autonomia pública a autonomia frente às dimensões sociais, do cidadão, sendo estes coautores das decisões estatais.¹³⁵

2.3 LIBERDADE E CONTEMPORANEIDADE: A GUERRA COMO UMA LIMITADORA DAS LIBERDADES E NOVOS PARADIGMAS EM DIREITOS HUMANOS

A humanidade vivencia um novo marco teórico, na contemporaneidade, acerca da concepção de liberdade, isto gerado pelo momento vivenciado no pós-segunda guerra mundial, em que a humanidade estava aterrorizada pelos horrores vindos daquele período.

Essa é a razão, como apontado por Dallari,¹³⁶ do surgimento neste século, de uma nova Declaração de Direitos, que surgiu fruto dos graves descumprimentos aos direitos da humanidade vivenciados na guerra.

Isso porque, após a primeira guerra mundial, o liberalismo e a industrialização, a promoção de pessoas que não possuíam nada, senão força de trabalho e a existência de desníveis sociais significativos e injustos, favoreceram a organização do movimento proletariado enquanto força política.

¹³³VILHENA, Josimary Rocha. Direito Humano à Oportunidade. 2016, p.77.

¹³⁴ BOBBIO, *op. cit.*, p. 4.

¹³⁵ SARMENTO, *op. cit.*, p. 140.

¹³⁶ DALLARI, *op. cit.*, p. 178.

Assim, com o advento da segunda guerra mundial, os horrores do holocausto e os desníveis sociais e econômicos mundiais, o enfoque sobre os direitos fundamentais da pessoa tornou a ter nova luz.

Assim, à data de 26 de junho de 1945, foi aprovada a Carta das Nações Unidas, isso com a finalidade de auxiliar à conjuntura e unicidade dos Estados, para a proteção da paz mundial.

Neste sentido, com 30 artigos, além do preâmbulo, a Declaração proclama os direitos fundamentais. A expressão 'proclamação' contida no texto torna claro que a declaração não é um reconhecimento de surgimento de direitos, mas sim, reconhecimento de sua existência, ainda que sem qualquer tipo de formalidade¹³⁷.

Com esse novo momento vivenciado pela história da humanidade, a liberdade, na Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, é vista sob múltiplos enfoques, nos 30 (trinta) artigos contidos no instrumento.

A liberdade instrumental, como atributo inafastável da pessoa humana, já aparece como elo essencial, no art. 1º, e também, no art. 2º, vejamos:

Art. I. Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade [...]

Art. III. Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Mas não apenas a liberdade em seu formato amplo, enquanto ato inerente ao ser desde seu nascimento, mas também está em seus múltiplos aspectos sociais foi prevista na Declaração, como a liberdade de locomoção e proibição da prisão arbitrária, prevista no artigo IX e XII, ou a liberdade de defesa, prevista no artigo X e a liberdade das autonomias privadas, prevista no art. XII, ou ainda a liberdade de propriedade (art.XV) ou a de expressão e religião (XVIII).

Outras liberdades, tais como a liberdade de expressão e opinião, prevista no artigo XIX, de reunião e associação, determinado no artigo XX, e de participação pública e política, prevista no artigo XXI e a de liberdade de participação na vida comunitária ensejam o leque de novos reconhecimentos de direitos do homem.

¹³⁷*Ibid.*, p. 178.

Novas garantias também se encontram previstas, neste cenário pós-guerra, como a proibição da tortura, no art.V, o direito a um recurso efetivo e a presunção de inocência, prevista no artigo XI.138

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, outros instrumentos sobrevieram, no âmbito internacional, sobretudo com a finalidade de assegurar a garantia da dignidade humana, sendo esta compreendida como “é um valor espiritual e moral, inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida [...]”.¹³⁹ Constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.

Muitos foram os instrumentos e as modificações históricas que promoveram sobre o homem moderno uma nova concepção de liberdade. Mas, decerto, nenhum período foi de maior relevância para a formação de uma nova visão sobre as múltiplas liberdades e o conceito de dignidade humana do que o cenário pós-guerra, na contemporaneidade.

Balera¹⁴⁰ em sua obra “A Paz é possível”, lembra a liberdade como elemento essencial à paz e ressalta que a paz exige a verdade como fundamento, a justiça como norma, o amor como motor e a liberdade como clima, na mais perfeita consonância do que trouxe a Declaração de 1948.

Pontuamos que outros instrumentos precederam a esta, tais como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) e a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (1969)¹⁴¹, em um claro reflexo do novo marco provocado pela Declaração Universal.

Lima¹⁴² ressalta que a ausência da preservação dos direitos humanos durante a segunda guerra mundial, tais como o respeito à democracia, direitos humanos e paz, foram um verdadeiro retrocesso para a história da humanidade.

Tais registros e a expectativa de um mundo melhor foram descritas na poética frase, “No próximo Século Eu Tocarei Teu coração”, livre tradução da expressão”

138 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2021.

139MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 2004, p.60.

140BALERA, Wagner. **A paz é possível**. 1ª Ed – Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2016.

141CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San José da Costa Rica**. 1996. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 02 dez. 2021.

142LIMA, Carolina Alves de Souza. **Cidadania, Direitos Humanos e Educação**. São Paulo: Almedina, 2019.

Imnächsten Jahrhundert werde ich dein Herz berühren!", que, segundo Menna Barreto¹⁴³ foi encontrada grafada nos muros de Berlim Ocidental, no período pós guerra-fria, a fim de demonstrar parte dos horrores impostos pelas guerras da contemporaneidade, sobretudo remanescentes da segunda guerra mundial.

Mais do que uma gravura em um muro, mas uma expressão social, cuja Declaração de 1948 vem como um garantia da aspiração humana por uma liberdade que seja alcançada, tal como preconizado por Sayeg¹⁴⁴, na fraternidade e no amor.

2.4 A DIMENSÃO LIBERDADE NO ESTADO BRASILEIRO, SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A QUESTÃO DA EFETIVIDADE

A Constituição Federal de 1988, verdadeiro marco histórico da redemocratização do país, conhecida como constituição cidadã, inaugura, no título de Direitos e Garantias Fundamentais, artigo 5º, o direito à liberdade, garantindo de pronto que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]145

Ingo Sarlet¹⁴⁶ressalta que, quanto aos direitos fundamentais protegidos, a Constituição Federal de 1988 contempla diversas dimensões, em perfeita consonância com a Declaração Universal de 1948.

Destaca ainda o autor que, outros direitos não explícitos podem estar dentro do contexto da Constituição Cidadã, isto porque, o artigo 5º deixa claro o caráter analítico e não taxativo dos direitos fundamentais.

Não se descarta da beleza estética e poética da Constituição Federal de 1988, que, na busca da mais ampla liberdade humana, reconheceu de pronto, dentro desta, todas as

143 BARRETO, José Menna. **Deixa eu falar**. São Bernardo dos Campos – SP. 2006.

144 SAYEG, *op. cit.*, p. 13.

145 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional no 105/2019. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/566968/CF88_EC105_livro.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2021.

146 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p. 84

liberdades contidas na Declaração de 1948 e, ainda, deixou em aberto o leque de direitos fundamentais.

Mas, historicamente, as desigualdades sociais e econômicas no país têm sido alvo de amplos debates acerca do alcance de uma liberdade que jamais poderá ser, em sua essência, apenas formal.

Isso porque, tal como trazido por Bobbio¹⁴⁷, a farta gama de Direitos, reconhecidos através das grandes revoluções históricas vivenciadas pela humanidade, ainda padecem da necessidade de consonância e efetividade.

Neste mesmo sentido, Amartya Sen¹⁴⁸, ao correlacionar liberdade e dignidade, preceitua que o desenvolvimento tem que ser entrelaçado ao aumento da qualidade de vida e das liberdades que podemos desfrutar.

Sayeg e Balera¹⁴⁹, em aprofundamento do tema, correlacionam a liberdade à autoderminação, sendo esta a condição que lhe confere dignidade, que, tal como sustentado por Guerra Filho¹⁵⁰, só é alcançável pela redução das desigualdades, através da solidariedade humana.

Assim, as dificuldades de conformação entre a liberdade formal e material, mormente quando se trata de questões relativas à livre iniciativa e a ordem econômica no país, ainda são um desafio para o Estado Brasileiro.

Se, por um lado, na afirmação das liberdades, a Constituição cidadã, adotou a liberdade e a igualdade como princípios indissociáveis, por outro, estipulou a livre iniciativa enquanto fundamento da ordem econômica vigente.

De modo que, os desafios de uma constituição garantista, que caminha sob a sombra de uma economia de terceiro mundo preocupam e são objeto de estudos sequenciais sobre o problema da efetividade – aquele levantado por Bobbio, na ‘era dos direitos’.

Não é possível negar que a pobreza e a desigualdade social do país demonstram a necessidade de maior esforço por parte de todos, a fim de ampliar os espaços das

147 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1992. p. 11.

148 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. 3ª Reimpressão: Câmara Brasileira do Livro, 1999

149 SAYEG, *op. cit.*, p. 61.

150 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A Norma Constitucional e sua eficácia diante do neoconstitucionalismo e uma teoria fundamental do Direito**. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro, 2009, p.141.

liberdades, a fim de que se possa viver sob a égide de uma sociedade efetivamente fraterna.

A este respeito, Cecília Meireles¹⁵¹ diz, no poema 'liberdade',

São essas coisas tristes que contornam sombriamente aquele sentimento luminoso da LIBERDADE. Para alcançá-la estamos todos os dias expostos à morte. E os tímidos preferem ficar onde estão, preferem mesmo prender melhor suas correntes e não pensar em um assunto tão ingrato. Mas os sonhadores vão para a frente, soltando seus papagaios, morrendo em seus incêndios, como as crianças e os loucos. E cantando aqueles hinos, que falam de asas, de raios fúlgidos, linguagem de seus antepassados [...].

Rocha de Vilhena¹⁵² argumenta que o direito veio dar humanidade à economia e atribuir matrizes sociais à liberdade natural, posto que, se atribuiu 'o trabalho humano e a livre iniciativa', por outro constituiu estes valores como preceitos indissociáveis.

Balera¹⁵³ entende que "A fraternidade na ordem econômica é a proposta de solução entre liberdade e igualdade, repensando o episteme dos movimentos iluministas do século XVIII e os que se seguiram".

E, neste mesmo sentido, dispõe Lima¹⁵⁴ que, no curso da história, resta a comprovação de que homens não são, desde seu nascimento, livres e iguais em direitos, uma vez que a liberdade e a igualdade são edificadas por meio de uma sociedade politicamente organizada, seja nos Estados, seja em âmbito internacional, de modo a exercer suas autonomias políticas no âmbito político e jurídico.

Rocha de Vilhena¹⁵⁵ ainda pondera que, se essa condição de liberdade enquanto autodeterminação, de fato, nos permitir viver da maneira que entender nossa consciência, nesta deve ser encontrado os mecanismos necessários à concretização, para que não sejamos carcereiros de nossa consciência e alma.

151 MEIRELES, Cecília. **Escolha o seu sonho: Crônicas** Editora Record, Rio de Janeiro, 2002, p. 07.

152 VILHENA, *op. cit.*, p. 79.

153 BALERA, *op. cit.*, p. 45.

154 LIMA, *op. cit.*, p. 37.

155 VILHENA, Josimary Rocha de. **Direito humano à oportunidade**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016. p. 78.

Encerramos esta análise com a defesa de uma liberdade que, tal como trazida por Castanhato¹⁵⁶, não venha a ser o encontro tão somente de uma liberdade formal, mas dotada de emoção humana, capaz de dialogar com as dimensões de direitos humanos e promover a dignidade humana, tendo o amor como um fenômeno jurídico.

Isto tudo, tendo por base a doutrina jusfilosófica do Capitalismo Humanista, proposto por Sayeg¹⁵⁷, como resposta na equalização necessária entre a dimensão liberdade e a dimensão igualdade, através de um novo olhar sobre os movimentos iluministas do século XVIII e dos que seguiram, estes cunhados na fraternidade, recepcionada também pela ordem econômica.

3.CONCLUSÃO

A maior aspiração humana é o pleno exercício da Liberdade. Não à toa é a primeira dimensão dos direitos humanos. Os avanços do alcance do que esta representa para o homem é um enigma que vem sendo percorrido pelas mais diversas áreas de estudo e que muda de acordo com estas e com o tempo que a humanidade vivencia.

Ainda que, historicamente, a humanidade tenha reconhecidos avanços em torno da conceituação do que é Liberdade, desde os povos antigos às modernas concepções do homem, da dignidade e da fraternidade, enquanto dimensões de Direitos Humanos, o problema da efetividade ainda é fator preponderante na Sociedade atual, sobretudo no que diz respeito ao exercício das liberdades dispostos na Constituição Federal de 1988.

Isso porque, as Dimensões de Direitos Humanos, mais do que meros 'halos' aleatórios, necessitam coabitar, para o efetivo gozo de suas esferas, e para que, muito além do que direitos reconhecidos e dispostos, sejam indissociáveis e nunca negados ao Ser.

A Liberdade, sobretudo no que diz respeito à conformação com as demais dimensões, como garantidores da Dignidade - esta, como parâmetro de exercício dos Direitos Humanos - e os desafios da comunidade internacional e da Sociedade brasileira, são de grande relevância para a consolidação de um estado democrático de direito.

De outro modo, avançamos com a belíssima missão de fazer concretizar conquistas de direitos que historicamente são constituídos às custas de trágicas lições, que lembram que, mesmo a institucionalização das liberdades enquanto garantias são, de fato, um avanço para a história do pensamento jurídico.

Se, por um lado, temos os desafios de um mundo em constante conflito entre a consolidação e conformação de direitos aparentemente em colisão em razão de suas

156 CASTANHATO, *op. cit.*, p. 195.

157 SAYEG, *op. cit.*, p. 13.

condicionantes históricas, econômicas e culturais, por outro, temos, através de históricas lutas e revoluções, a consolidação de leis, que são o recurso mais precioso de uma organização social.

Ainda que distantes da aspiração do alcance de uma liberdade que possa permear o Direito e a humanidade, no campo formal e da efetividade, é certo que a Sociedade caminha na aspiração, na compreensão e nos questionamentos necessários para o alcance desta que é a primeira Dimensão.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. **A paz é possível**. 1ª Ed – Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2016.

BARRETO, José Menna. **Deixa eu falar**. São Bernardo dos Campos – SP. 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1992. p. 11.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional no 105/2019. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/566968/CF88_EC105_livro.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2021.

CASTANHATO, Camila. **Liberdade** - Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2016.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San José da Costa Rica**. 1996. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 02 dez. 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Teoria Geral do Estado**: elementos de Teoria Geral do Estado. 33ª Ed. 2016, p.57 – 5.8.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2021.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A Norma Constitucional e sua eficácia diante do neoconstitucionalismo e uma teoria fundamental do Direito**. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro, 2009, p.141.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Cidadania, Direitos Humanos e Educação**. São Paulo: Almedina, 2019.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 2004, p.60.

SAYEG, Ricardo. Balera, Wagner. **Fator Caph.Capitalismo Humanista**. A dimensão econômica de Direitos Humanos. São Paulo: Editora Max Limonad, 2019. p. 143 – 152.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p. 84.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 325.

SARTRE, J. P. **Sartre no Brasil: A conferência de Araraquara**. São Paulo: Paz e Terra: UNESP. 1987.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. 3ª Reimpressão: Câmara Brasileira do Livro, 1999

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2006, p.397.

VILHENA, Josimary Rocha de. **Direito humano a oportunidade**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016. p. 78.

A ATUAÇÃO DO PROFISSIONAL COM FORMAÇÃO EM DIREITO NO NOVO ENSINO MÉDIO

ANDRÉ JALES FALCÃO SILVA: advogado (OAB: 29.591). Possui pós graduação (*lato sensu*) em Direito Público. É facilitador em Cursos Livres. Possui experiência em Educação de Jovens e Adultos. E, possui especialização em Ciências Humanas e Sociais aplicadas pela Universidade Federal do Piauí. 158

Resumo: A presente pesquisa tem por finalidade conhecer as inovações trazidas pela reforma do Ensino Médio e refletir com, com base nelas e nas normativas que compõem a legislação educacional, como o Profissional com formação em Direito encontra oportunidade para contribuir ao ensino na Educação Básica.

Palavras-chave: Legislação Educacional, Direito e Políticas Públicas, Educação, Novo Ensino Médio, Magistério.

Sumário: Introdução, 1. Histórico da Educação como política pública no Estado Brasileiro. 2. O Novo Ensino Médio; 3. Notório Saber; 4. Projeto de Vida; 5. Críticas e questionamentos ao Novo Ensino Médio, 5.1 – A forma de instituição do Novo Ensino Médio, 5.2 – A desigualdade que o Novo Ensino Médio pode gerar, 5.3 – O descompasso com o Exame Nacional do Ensino Médio, 5.4 – O aumento da Burocracia nas escolas em seus processos internos, 5.5 – Pesquisa de satisfação por parte dos alunos do Novo Ensino Médio; 6. O Direito e Itinerário Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, 6.1 – BNCC e o Perfil do Professor, 6.2 – O profissional com formação em Direito, 7. Atuação do profissional formado em Direito na Formação Técnica Profissionalizante, Considerações Finais.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 consagra no artigo 6º a Educação como Direito Social e disciplina a partir do artigo 206 esse Direito Fundamental, prevendo lei que tracem diretrizes a fim de promover a educação de forma igualitária. Dessa forma, o Direito pátrio estrutura o Sistema Educacional Brasileiro em dois principais blocos: Educação Básica,

158 Contato: ajfalcao@gmail.com

composta pelo Ensino Fundamental e Médio e Ensino Superior, que são as faculdades, que diplomam os estudantes em modalidades de licenciatura, bacharelado e técnico.

Sendo assim, o Ensino Médio pode ser compreendido como etapa final de aprendizado para a uma parcela que opta por não seguir para o Ensino Superior ou intermediária, para aqueles que optam por continuar no sistema de educação formal, seguindo no Ensino Superior.

O Presente artigo tem por intento precípua conhecer a nova arquitetura do Ensino Médio por meio de uma leitura crítica da legislação educacional composta especialmente pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Lei 13.415/2017 e outras leis que alteram o seu texto. Além disso, convém fazer leitura das Diretrizes curriculares e o Guia de implementação dos Itinerários Formativos elaborados e divulgados pelo Ministério da Educação.

Além de investigar novos institutos e inovações, como Notório Saber e Projeto de Vida, a pesquisa também se debruça em investigar críticas e questionamento acerca da reforma do Ensino Médio, bem como analisar como o Novo Ensino Médio vem sido recebido por alunos e professores.

Por fim, com base na legislação estudada, a pesquisa destina a desvendar como o profissional com formação em Direito encontra oportunidade para contribuir ao ensino na Educação Básica, de modo a descobrir quais impedimentos a lei estabelece para o bacharel em Direito ministrar aulas no Ensino Médio e quais os requisitos para superá-los.

1. Histórico da Educação como política pública no Estado Brasileiro.

Uma breve digressão no tempo é importante para fazer compreender como se deram as políticas públicas dentro da evolução do Estado Brasileiro, a partir da década de 1930, época na qual iniciou o manifesto em prol da nova educação. Um de seus principais expoentes, Anísio Teixeira, questionava o sistema de escola tradicional.

Conforme Almeida (1990), o movimento defendia uma educação laica, gratuita, pública, sendo um direito de todos. Esse movimento eclodiu em um **Plano Nacional De Educação**, com colaboração de representantes de diferentes concepções da educação:

- a) *Escolanovistas*, que por essência eram liberais e defendiam que a escola deveria se adequar ao novo, pautado na liberdade do indivíduo;
- b) *Escola Integralista*, que visava a educação como instrumento de formação para o mercado de trabalho;

c) *Ideário Católico*, que não aderiam completamente a revolução Escolanovistas e tampouco compreendiam que a educação era apenas e tão somente ferramenta de formação para o mercado de trabalho. Tinha como essência o Ideário Católico a visão humanista e enciclopédico.

d) *Ideário Soviético*, no qual se opunham a todas vertentes supracitadas e defendiam que a escola era mera reprodução do modelo capitalista.

O Plano Nacional de Educação composto por diferentes visões de educação fora descontinuado a partir do Governo de Getúlio Vargas, no qual instituiu por meio da Revolução Capanema (Melo, 2012) a *Escola Dualista*, dividida para duas classes sociais diferentes. Uma escola para uma elite, com vistas à Academia e Universidades. E, outra parte, voltada aos trabalhadores, com vistas a formar a população menos abastada para o chão de fábrica.

Esse modelo perdurou até a deposição de Vargas, em 1945, originando outra convocação para a sociedade civil debater novamente a educação, conhecido como “Manifesto dos educadores mais uma vez convocados”, no qual mais uma vez se via uma diversidade de pensamentos dedicados a produzir mais um Plano Nacional de Educação que contemplasse democraticamente todas as visões de mundo, que fora mais uma vez descontinuado a partir da ascensão do Regime Militar em 1964.

A Educação no Regime Militar permitiu abertura para a privatização da educação, o que até então era monopólio estatal. Também, (Melo, 2012), o Governo Militar instituiu o ensino público profissionalizante por meio da criação de Escolas Técnicas, Agrotécnicas e Politécnicas e do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac). Em síntese, reproduz mais uma vez o modelo dualista de Vargas.

Antes mesmo do final do Regime Militar, o então Presidente do Brasil General Figueiredo descontinua o modelo proposto por seus presidentes militares anteriores.

A partir da redemocratização, tendo como símbolo maior a Constituição Federal de 1988, o texto constitucional contempla a Educação como um Direito social.

Partindo do Princípio que a educação é um atributo da pessoa humana, Silva (2005, p.237) destaca que deve ser um direito comum a todos. Essa premissa justifica a Educação, no texto constitucional ser atribuída como um direito de todos e um dever do Estado.

Assim, passou a discutir mais uma vez a educação, culminando, em 1996 a edição da primeira Lei de Diretrizes e Bases. Em continuidade, no ano de 2014 foi instituído o Plano Nacional de Educação, que se tornaria o Novo Ensino Médio.

Cabe destacar o quão conturbado tem sido a evolução das políticas públicas tendo como ótica a evolução do Estado Brasileiro, devido sucessivas rupturas institucionais ao longo da história.

De todo modo, observa-se o caráter suprapartidário em relação a discussão que orbita o projeto de reforma do Ensino Médio, uma vez que esse projeto se iniciou desde o ano de 2012 com Fóruns da Educação e continuou mesmo após o processo de Impeachment da Presidente Dilma Rousseff, ocorrido entre os anos de 2015 e 2016, sendo editada da medida provisória número 746 naquele último ano.

2. O Novo Ensino Médio

A reforma do Ensino Médio se deu com a medida provisória 746/2016, que posteriormente fora convertida na Lei 13.415/2017 e trouxe para a partir do ano de 2022 o início de implementação das inovações propostas, sendo elas: *a)* obrigatoriedade de parcela do currículo do Ensino Médio, *b)* os Itinerários Formativos e, *c)* o projeto de vida.

Ademais, destaca-se a alteração na carga-horária da etapa final da Educação Básica. Enquanto no modelo anterior havia 800 horas por ano, totalizando 2.400 horas, no modelo do Novo Ensino Médio é previsto 1.000 horas por ano, perfazendo um total de 3.000 horas mínimas nos três anos de Ensino Médio.

As 3.000 horas do Novo Ensino Médio é dividido em dois blocos principais: as disciplinas obrigatórias, denominadas Formação Geral Básica (Língua Portuguesa, Matemática e Língua Estrangeira Inglês), com 1.800 horas. E, 1.200 horas dedicadas aos Itinerários Formativos e Unidades Eletivas, que são compostos por disciplinas flexíveis.

Os Itinerários Formativos correspondem a cinco caminhos facultativos, de currículo flexível, sendo eles: Matemática, Linguagens, Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Ciências da Natureza e Ensino Técnico Profissional e Tecnológica.

Convém salientar que as escolas e suas respectivas redes de ensino possuem a liberdade para ofertar um ou quaisquer outros itinerários para o corpo discente. Isso significa que a escola irá ofertar os itinerários de acordo com a demanda ou capacidade de oferta.

Estes caminhos são compostos por estudos e práticas e não necessariamente por disciplinas, todavia, cada um desses estudos e práticas devam estar em consonância com as diretrizes estabelecidas na Base Nacional de Comum Curricular. Em outras palavras,

os Itinerários Formativos podem ser desenvolvidos por meio de oficinas, palestras, projetos de pesquisa, clubes de leitura que dialogam diretamente com as áreas de conhecimento das disciplinas que compõem o Itinerário Formativo.

Além disso, a Lei 13.415/2017 determina que o aluno deve ter vivência ao longo dos três últimos anos da Educação Básica com Artes, Sociologia, Filosofia sem necessariamente haver disciplinas destas áreas do conhecimento. E, que embora subtraídas do bloco obrigatório, elas devem ser incluídas no Itinerário Formativo escolhido.

Em outras palavras, não é só Língua Portuguesa, mas também Matemática e Língua Estrangeira obrigatórias no currículo. Esses estudos são obrigatórios em todos os três anos do Ensino Médio. A Reforma do Ensino Médio visa distribuir as demais vivências, igualmente obrigatórias, de Artes, Sociologia, Filosofia, Química e Física ao longo dos anos finais da Educação Básica.

Ademais, a Reforma do Ensino Médio também determinou a obrigatoriedade do Projeto de Vida, todavia não especifica a forma como serão discutidos as orientações vocacionais e o cenário do mercado de trabalho. Outra peculiaridade, a lei é omissa em relação ao profissional ideal para trabalhar em sala de aula essa mais recente unidade curricular.

3. Notório Saber

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Lei nº 9.394 exige que o Docente seja aquele profissional da Educação, com Diploma Técnico ou Superior e formação comprovada na área de Magistério. No mesmo sentido, a BNCC em seu artigo 28 disciplina que: "A formação de Docentes para atuar no Ensino Médio far-se-á em nível de educação superior, em cursos de licenciatura".

Dessa forma, continua irregular a prática corriqueira de arquitetos ministrando aulas de Matemática, engenheiros ministrando aulas de Física, jornalistas ministrando aulas de Língua Portuguesa e advogados ministrando aulas de História e Geografia.

Por outro lado, tendo em vista uma defasagem no número de profissionais habilitados para atuar no Novo Ensino Médio, com finalidade de flexibilizar o que é determinado pela LDB e confirmado pela BNCC, a Lei 13.415/2017, no artigo 29 inovou ao viabilizar que as escolas contratem profissionais com Notório Saber, ainda que não comprovem Formação Pedagógica, desde que apresentem certificados afins à área de formação. Essa medida, para Motta, 2017, desoneraria ao Estado da responsabilidade da Formação de Docentes, e, descartaria a obrigatoriedade de Concurso Público, o que

ensejaria a contratação direta de profissionais com Notório Saber. Observemos o dispositivo em comento:

Art. 29: Profissionais com Notório Saber reconhecido pelos respectivos sistemas de ensino podem atuar como docentes do ensino médio **apenas no itinerário de Formação Técnica** e profissional para ministrar conteúdos afins à formação ou experiência profissional devidamente comprovadas, conforme inciso IV do art. 61 da LDB. (*grifos nossos*).

Isso não significa que os professores perderão seus postos de trabalho. A exceção criada pela Lei 13.415/2017 diz respeito especificamente às situações de Formação Técnica. Tanto é verdade, que o parágrafo único do artigo supramencionado esclarece que “A docência nas instituições de redes de ensino que ofertam itinerário de formação técnica poderá ser realizada por profissionais com comprovada competência técnica referente ao saber operativo de atividades inerentes à respectiva formação técnica profissional.”.

Como se vê, a Lei é silente em relação a especificar qual ou quais competências o constituem afinal o Notório Saber. Também não traz quaisquer critérios de comprovação das competências técnicas. Sem embargos, o mercado de trabalho de modo tácito se encarrega de indicar os profissionais mais habilitados que possam ser detentores da atribuição de Notório Saber.

Desse modo, o profissional de notório saber é habilitado para atuar no Ensino Médio limitado ao Curso Técnico Profissionalizante, somente nos componentes técnicos. A Lei 13.415/2017 inovou ao viabilizar a integração do Curso Técnico Profissionalizante, antes de carga-horária suplementar, ao currículo do Ensino Médio.

Sendo assim, cumpre destacar que a figura do profissional com notório saber já é uma realidade no meio das Escolas Técnicas profissionalizantes. A grande novidade da Lei 13.415/2017 foi viabilizar a implantação desses mesmos cursos no currículo do Ensino Médio.

Essa limitação legal não impede a atuação de profissionais de áreas correlatas em outros itinerários. Ele pode ser convidado, pelo professor titular, de forma pontual, a ministrar palestras ou oficinas, bem como participar de rodas de conversa ou ciclo de debates. Contudo, para que estejam habilitados para atuar como professores no Ensino Médio, o profissional deve se adequar ao Artigo 30 da Lei 13.415/2017, conforme se vê:

Art. 30: Podem ser admitidos para a docência no ensino médio profissionais graduados que tenham realizado programas de

complementação pedagógica pi concluído pós-graduação stricto sensu, orientado para o magistério da Educação Básica.

Então, para os casos que serviram de exemplos anteriormente, de arquitetos ministrando aulas de Matemática; engenheiros ministrando aulas de Física; jornalistas ministrando aulas de Língua Portuguesa e advogados ministrando aulas de História e Geografia, esses profissionais, para que continuem ministrando aulas no Ensino Médio, devem possuir de alguma forma a complementação pedagógica.

Além da habilitação formal, o modelo implantado pelo Novo Ensino Médio demanda do professor um conhecimento enciclopédico e uma formação humanizada, disposto a debater com os demais professores das demais áreas vinculadas ao mesmo e aos outros itinerários formativos.

4. Projeto de Vida

Das inovações trazidas pela Lei 13.415/2017, certamente a que mais causou polêmica entre Alunos, Pais, Professores, Coordenadores e Diretores de Escola foi o Projeto de Vida. A própria Lei que institui o Novo Ensino Médio não deixa claro como será desempenhado o projeto de vida, se é disciplina ou itinerário nem qual professor ficará responsável por essa inovação.

O objetivo da criação do Projeto de Vida é proporcionar ao aluno o autoconhecimento, sobre quais seus anseios e como trilhará o percurso para alcançar os seus objetivos. Sobre esse componente curricular, o Artigo 3º parágrafo 7º da Lei 13.415/2017 determina que:

Os currículos do Ensino Médio deverão considerar a formação integral do Aluno, de maneira a adotar um trabalho voltado para a construção de seu projeto de vida e para a formação dos aspectos físicos, cognitivos e socioemocionais.

Além disso, a BNCC coloca o Projeto de vida entre as competências gerais conforme se vê:

Competência 6- Trabalho e Projeto de Vida: Valorizar a diversidade de saberes e vivências culturais, apropriar-se de conhecimentos e experiências que lhe possibilitem entender as relações próprias do mundo do trabalho e fazer escolhas alinhadas ao exercício da cidadania e ao seu projeto de vida, com liberdade, autonomia, consciência crítica e responsabilidade.

Dessa forma, o Projeto de Vida é basilar no desenvolvimento dos Alunos. E, as escolas devem dar considerável atenção a essa inovação de modo amplo, envolvendo os âmbitos pessoal, social e acadêmico a fim de atribuir ao Aluno aptidão ao mercado de trabalho.

A Lei é silente em relação a indicar a formação do Professor habilitado para trabalhar o Projeto de Vida em sala de aula, ficando, portanto, a critério da escola indicar e preparar o professor apto a atuar nesse projeto.

Com isso posto, as redes e as escolas possuem também autonomia pra traçar a forma de como trabalhará o Projeto de Vida, devendo observar que esse componente está integrado a todas as áreas do conhecimento.

5. Críticas e questionamentos ao Novo Ensino Médio

Apesar de massivas críticas e questionamentos à reforma do Ensino Médio serem convenientes, tais julgamentos, muitas vezes legítimos e bem fundamentados, não desnaturam os avanços propostos pelo Novo Ensino Médio e tampouco desqualificam a urgência e necessidade que havia de repensar os anos finais da Educação Básica.

A reforma do Ensino Médio é uma iniciativa do Governo Federal de romper com um modelo de ensino especialista, conteudista e tecnicista que há muito tempo encontrava-se obsoleto. Com a reforma, o Ensino Médio passa a adotar um modelo amplo e direcionado a carreira do Estudante, sem abrir mão de um núcleo básico de conhecimento. Cabe salientar que (Hamel, 2005) a reforma trazida pela reforma faz o Ensino Médio se aproximar aos modelos adotados em diversos países que são referência em Educação.

5.1 – A forma de instituição do Novo Ensino Médio

Muito se questiona o Processo Legislativo pelo qual originou a Reforma do Ensino Médio. A Medida Provisória fora editada 746/2016 não teria promovido qualquer discussão entra a comunidade escolar, em um momento político em que supostamente havia o expresse “desmanche dos direitos universais da classe trabalhadora mediante o congelamento dos recursos públicos para a educação, saúde, cultura, etc.”. Motta (2017, p.368). nesse sentido comenta que a reforma:

traduz, na prática, o ideário liberal-conservador no qual convergem elementos fascistas do movimento Escola “sem” Partido e economicistas do Todos pela Educação, revestidos pelas benesses da filantropia dos homens de bem e propulsores do desenvolvimento econômico.

Além disso, caso a escola ofereça apenas o itinerário de Curso Técnico profissionalizante, representaria o risco de retrocesso ao se aproximar do modelo da Escola Dualista instituída pela Revolução Capanema de Vargas.

Apresenta rigidez no tocante à implementação das disciplinas recomendadas pelos organismos internacionais, intelectuais coletivos e orgânicos do capital e do mercado e na negação tácita do conhecimento básico para uma leitura autônoma da realidade social, está acobertada pela delegação da “livre escolha” do jovem dentre as opções ofertadas. (Motta 2017, p.368).

Não podemos ignorar, também, que há uma série de questionamentos envolvendo a reforma do Ensino Médio em relação ao Professor possivelmente perder suas aulas. De fato, ocorre diminuição de sua carga-horária na formação geral básica.

Contudo, a reforma é um convite ao professor se preparar para atuar nos itinerários formativos, no sentido de contribuir com produção de projetos eletivos com formato diferenciado, como oficinas práticas, observatórios ou clubes de leitura dentro de suas searas com proposta de aprofundar, ampliar e aplicar o conhecimento.

5.2 – A desigualdade que o Novo Ensino Médio pode gerar

Além do mais, a reforma não contempla escolas de menor porte nem aquelas de poucos recursos, que não possuem capacidade de ofertar toda a gama de Itinerários Formativos ou Formação Técnica Profissionalizante. A lei determina que pelo menos uma delas venha a ser implementada pelas escolas.

Destarte, a instituição que por qualquer razão não ofereça todas as informações cria uma desigualdade atroz em relação às escolas que oferecem as cinco linhas dos Itinerários Formativos e Curso Profissionalizante, sem falar em criar uma falsa sensação de liberdade ao aluno, tendo que condicionar a formação do seu aluno, muitas vezes diversa do perfil desejado por ele.

5.3 – O descompasso com o Exame Nacional do Ensino Médio

Também, o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) é o exame de maior relevância, pois além de ser forma de ingresso para a maioria das Instituições de Ensino Superior, ele serve de métrica para o desempenho do país. Todavia, ainda o Exame Nacional de Ensino Médio ainda não está preparado para a nova configuração do Ensino Médio, sendo baseado de forma referencial na matriz da BNCC. É urgente a adequação a

matriz dos itinerários, o que até então não há projeto concreto para essa inovação em sede de ENEM.

Visando a transição para o novo modelo, a matriz da BNCC preserva determinações às escolas a trabalhar o todos os processos avaliativos externos para as demais universidades.

5.4 – O aumento da Burocracia nas escolas em seus processos internos

O Projeto Político Pedagógico (PPP) é o documento que garante autonomia para a escola, agora diretamente afetada pela reforma do Ensino Médio, fazendo com que este regimento se adeque às novas diretrizes.

É de expressiva relevância a afinidade do Regimento Interno da Escola com a proposta do Novo Ensino Médio, uma vez que é este documento que irá não só explicitar os direitos e deveres do aluno, mas também irá preencher o silêncio da Lei sobre alguns dos questionamentos mais corriqueiros, como no que implica a troca de itinerário ao longo do Ensino Médio, a frequência mínima para cada unidade curricular e quais delas são obrigatórias.

5.5 – Pesquisa de satisfação por parte dos alunos do Novo Ensino Médio

A Confederação Nacional da Indústria divulgou em outubro de 2021, por meio do Instituto FSB, pesquisa¹⁵⁹ sobre o Novo Ensino Médio na visão dos Estudantes. Ela revela que 77% de satisfação entre os estudantes dos estudantes do Novo Ensino Médio. Percentual maior do que a satisfação dos alunos que segue o currículo tradicional, que é de 70%.

Outro dado revela que para 89% dos estudantes, no modelo referente ao Novo Ensino Médio, a escola auxilia a “definir o futuro e desenvolver competências”, contra 82% na realidade do currículo tradicional.

Destaca-se também que para 78% dos estudantes do Novo Ensino Médio demonstra otimismo em relação ao futuro profissional em face de 68% dos estudantes do Ensino Médio com currículo tradicional.

159 CNI. Confederação Nacional da Indústria, Instituto FSB Pesquisa e Comunicação. Novo Ensino Médio na visão dos Estudantes. 2021, disponível em: <https://static.portaldaindustria.com.br/portaldaindustria/noticias/media/filer_public/92/cb/92cbad14-4fdc-4137-9692-4af4a8f7504f/instituto_fsb_pesquisa_-_sesi_senai_-_novo_ensino_medio.pdf> Acesso: 8 de janeiro de 2023.

A pesquisa apresenta que 84% dos estudantes concordam totalmente ou em parte com a assertiva de que “o Novo Ensino Médio irá desenvolver os conhecimentos, habilidades e atitudes necessárias para os jovens”.

De acordo com a pesquisa, 83% dos estudantes concordam totalmente ou em parte com a afirmação de que o Novo Ensino Médio “irá fortalecer o protagonismo dos jovens ao possibilitar a escolha da área que desejam aprofundar seus conhecimentos”. 83% da amostragem concorda total ou parcialmente que as mudanças curriculares farão com que as escolas formem jovens “mais preparados para os desafios e demandas do atual mercado de trabalho”.

Também, 81% dos estudantes concordam total ou parcialmente com que o Novo Ensino Médio “irá promover a elevação da qualidade do ensino no país”. E, 76% dos entrevistados concordaram total ou parcialmente que a reforma “irá contribuir para maior interesse dos jovens em ir e se manter na escola”.

Por fim, a pesquisa também verificou os anseios dos estudantes em relação ao mercado de trabalho. Assim, foi revelado que para 50% dos estudantes ouvidos almejam trabalho formal com “carteira assinada”, contrapondo 35% dos alunos que responderam indicaram que pretendem ser empreendedores e 11% que possuem aspirações a desenvolver um trabalho autônomo.

Nota-se, apesar dos questionamentos, uma satisfatória recepção por parte dos alunos. Por outro lado, é sabido que as escolas, sobretudo as pertencentes às Redes Públicas, encontram dificuldades para a implementação do novo sistema de ensino especialmente por sair de um cenário pandêmico e conciliar adaptação à reforma ao mesmo tempo. Por essa razão, tramita na Câmara dos Deputados¹⁶⁰ o Projeto de Lei número 3079/21 com o intento de adiar a implementação do Novo Ensino Médio para o ano de 2024.

6. O Direito e Itinerário Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

De acordo com a BNCC, a linha de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas visa dar ênfase aos conhecimentos de Sociologia, Filosofia, História e Geografia. Seu respectivo

160 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei ordinária número 3079/2021
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2297736#:~:text=PL%203079%2F2021%20Inteiro%20teor,Projeto%20de%20Lei&text=Altera%20os%20prazos%20para%20implementa%C3%A7%C3%A3o,16%20de%20fevereiro%20de%202017.&text=Altera%C3%A7%C3%A3o%2C%20Lei%20Federal%2C%20amplia%C3%A7%C3%A3o%2C,ensino%20m%C3%A9dio%2C%20prazo%2C%20implementa%C3%A7%C3%A3o. Acesso em 8 de janeiro de 2023>

itinerário tem o propósito de ampliar, aprofundar e aplicar o conhecimento adquirido em estudos e vivências.

6.1 – BNCC e o Perfil do Professor

Sobre as expectativas para o Ensino Médio, Silva *et al* (2020, p.6) comentam:

Considerando a maior maturidade cognitiva e a capacidade de articular informações e conhecimentos, espera-se que durante o Ensino Médio os estudantes possam ampliar seu repertório conceitual e desenvolver as capacidades de observação, memória e abstração para perceber de forma mais acurada a realidade e realizar raciocínios mais complexos, além de dominar a leitura de diferentes linguagens, fator essencial para os processos de simbolização e abstração.

No contexto em que o Novo Ensino Médio rompe com a figura do professor especializado e inaugura a figura de um professor com uma visão global, conectado com as outras linguagens e tecnologias, as escolas deverão, por conseguinte, dedicar um tempo maior em suas jornadas pedagógicas a fim propor maior diálogo e entrosamento entre os educadores.

A Base Nacional Comum Curricular elenca, por meio de códigos alfanuméricos, habilidades vinculadas a competências que devem ser observadas ao longo do trabalho de cada unidade. Em relação ao itinerário de Ciências Humanas e Sociais aplicadas, a BNCC estipula¹⁶¹:

Competência Específica 1

Analisar processos políticos, econômicos, sociais, ambientais e culturais nos âmbitos local, regional, nacional e mundial em diferentes tempos, a partir da pluralidade de procedimentos epistemológicos, científicos e tecnológicos, de modo a compreender e posicionar-se criticamente em relação a eles, considerando diferentes pontos de vista e tomando decisões baseadas em argumentos e fontes de natureza científica. Para que o Novo Ensino Médio seja exitoso, o professor deve empenhar-se de uma maneira inédita a fim de dialogar

161 BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. *Base Nacional Comum Curricular*. Brasília: MEC/SEB, 2018. p. 571-579. Disponível em: <<http://basenacionalcomum.mec.gov.br/a-base>>. Acesso em: 8 janeiro 2023.

Habilidades:

(EM13CHS101) Identificar, analisar e comparar diferentes fontes e narrativas expressas em diversas linguagens, com vistas à compreensão de ideias filosóficas e de processos e eventos históricos, geográficos, políticos, econômicos, sociais, ambientais e culturais.

(EM13CHS102) Identificar, analisar e discutir as circunstâncias históricas, geográficas, políticas, econômicas, sociais, ambientais e culturais de matrizes conceituais (etnocentrismo, racismo, evolução, modernidade, cooperativismo/desenvolvimento etc.), avaliando criticamente seu significado histórico e comparando-as a narrativas que contemplem outros agentes e discursos.

(EM13CHS103) Elaborar hipóteses, selecionar evidências e compor argumentos relativos a processos políticos, econômicos, sociais, ambientais, culturais e epistemológicos, com base na sistematização de dados e informações de diversas naturezas (expressões artísticas, textos filosóficos e sociológicos, documentos históricos e geográficos, gráficos, mapas, tabelas, tradições orais, entre outros).

(EM13CHS104) Analisar objetos e vestígios da cultura material e imaterial de modo a identificar conhecimentos, valores, crenças e práticas que caracterizam a identidade e a diversidade cultural de diferentes sociedades inseridas no tempo e no espaço.

(EM13CHS105) Identificar, contextualizar e criticar tipologias evolutivas (populações nômades e sedentárias, entre outras) e oposições dicotômicas (cidade/campo, cultura/natureza, civilizados/bárbaros, razão/emoção, material/virtual etc.), explicitando suas ambiguidades.

(EM13CHS106) Utilizar as linguagens cartográfica, gráfica e iconográfica, diferentes gêneros textuais e tecnologias digitais de informação e comunicação de forma crítica, significativa, reflexiva e ética nas diversas práticas sociais, incluindo as escolares, para se comunicar, acessar e difundir informações, produzir conhecimentos, resolver problemas e exercer protagonismo e autoria na vida pessoal e coletiva.

Competência específica 2

Analisar a formação de territórios e fronteiras em diferentes tempos e espaços, mediante a compreensão das relações de poder que determinam as territorialidades e o papel geopolítico dos Estados-nações.

Habilidades:

(EM13CHS201) Analisar e caracterizar as dinâmicas das populações, das mercadorias e do capital nos diversos continentes, com destaque para a mobilidade e a fixação de pessoas, grupos humanos e povos, em função de eventos naturais, políticos, econômicos, sociais, religiosos e culturais, de modo a compreender e posicionar-se criticamente em relação a esses processos e às possíveis relações entre eles.

(EM13CHS202) Analisar e avaliar os impactos das tecnologias na estruturação e nas dinâmicas de grupos, povos e sociedades contemporâneos (fluxos populacionais, financeiros, de mercadorias, de informações, de valores éticos e culturais etc.), bem como suas interferências nas decisões políticas, sociais, ambientais, econômicas e culturais.

(EM13CHS203) Comparar os significados de território, fronteiras e vazio (espacial, temporal e cultural) em diferentes sociedades, contextualizando e relativizando visões dualistas (civilização/barbárie, nomadismo/sedentarismo, esclarecimento/obscurantismo, cidade/ campo, entre outras).

(EM13CHS204) Comparar e avaliar os processos de ocupação do espaço e a formação de territórios, territorialidades e fronteiras, identificando o papel de diferentes agentes (como grupos sociais e culturais, impérios, Estados Nacionais e organismos internacionais) e considerando os conflitos populacionais (internos e externos), a diversidade étnico-cultural e as características socioeconômicas, políticas e tecnológicas.

(EM13CHS205) Analisar a produção de diferentes territorialidades em suas dimensões culturais, econômicas, ambientais, políticas e sociais, no Brasil e no mundo contemporâneo, com destaque para as culturas juvenis.

(EM13CHS206) Analisar a ocupação humana e a produção do espaço em diferentes tempos, aplicando os princípios de localização, distribuição, ordem, extensão, conexão, arranjos, casualidade, entre outros que contribuem para o raciocínio geográfico.

Competência Específica 3

Analisar e avaliar criticamente as relações de diferentes grupos, povos e sociedades com a natureza (produção, distribuição e consumo) e seus impactos econômicos e socioambientais, com vistas à proposição de alternativas que respeitem e promovam a consciência, a ética socioambiental e o consumo responsável em âmbito local, regional, nacional e global.

Habilidades:

(EM13CHS301) Problematizar hábitos e práticas individuais e coletivos de produção, reaproveitamento e descarte de resíduos em metrópoles, áreas urbanas e rurais, e comunidades com diferentes características socioeconômicas, e elaborar e/ou selecionar propostas de ação que promovam a sustentabilidade socioambiental, o combate à poluição sistêmica e o consumo responsável.

(EM13CHS302) Analisar e avaliar criticamente os impactos econômicos e socioambientais de cadeias produtivas ligadas à exploração de recursos naturais e às atividades agropecuárias em diferentes ambientes e escalas de análise, considerando o modo de vida das populações locais – entre elas as indígenas, quilombolas e demais comunidades tradicionais –, suas práticas agroextrativistas e o compromisso com a sustentabilidade.

(EM13CHS303) Debater e avaliar o papel da indústria cultural e das culturas de massa no estímulo ao consumismo, seus impactos econômicos e socioambientais, com vistas à percepção crítica das necessidades criadas pelo consumo e à adoção de hábitos sustentáveis.

(EM13CHS304) Analisar os impactos socioambientais decorrentes de práticas de instituições governamentais, de empresas e de indivíduos, discutindo as origens dessas práticas, selecionando,

incorporando e promovendo aquelas que favoreçam a consciência e a ética socioambiental e o consumo responsável.

(EM13CHS305) Analisar e discutir o papel e as competências legais dos organismos nacionais e internacionais de regulação, controle e fiscalização ambiental e dos acordos internacionais para a promoção e a garantia de práticas ambientais sustentáveis.

(EM13CHS306) Contextualizar, comparar e avaliar os impactos de diferentes modelos socioeconômicos no uso dos recursos naturais e na promoção da sustentabilidade econômica e socioambiental do planeta (como a adoção dos sistemas da agrobiodiversidade e agroflorestal por diferentes comunidades, entre outros).

Competência Específica 4

Analisar as relações de produção, capital e trabalho em diferentes territórios, contextos e culturas, discutindo o papel dessas relações na construção, consolidação e transformação das sociedades.

Habilidades:

(EM13CHS401) Identificar e analisar as relações entre sujeitos, grupos, classes sociais e sociedades com culturas distintas diante das transformações técnicas, tecnológicas e informacionais e das novas formas de trabalho ao longo do tempo, em diferentes espaços (urbanos e rurais) e contextos.

(EM13CHS402) Analisar e comparar indicadores de emprego, trabalho e renda em diferentes espaços, escalas e tempos, associando-os a processos de estratificação e desigualdade socioeconômica.

(EM13CHS403) Caracterizar e analisar os impactos das transformações tecnológicas nas relações sociais e de trabalho próprias da contemporaneidade, promovendo ações voltadas à superação das desigualdades sociais, da opressão e da violação dos Direitos Humanos.

(EM13CHS404) Identificar e discutir os múltiplos aspectos do trabalho em diferentes circunstâncias e contextos históricos e/ou geográficos e seus efeitos sobre as gerações, em especial, os jovens,

levando em consideração, na atualidade, as transformações técnicas, tecnológicas e informacionais.

Competência Específica 5

Identificar e combater as diversas formas de injustiça, preconceito e violência, adotando princípios éticos, democráticos, inclusivos e solidários, e respeitando os Direitos Humanos.

Habilidades:

(EM13CHS501) Analisar os fundamentos da ética em diferentes culturas, tempos e espaços, identificando processos que contribuem para a formação de sujeitos éticos que valorizem a liberdade, a cooperação, a autonomia, o empreendedorismo, a convivência democrática e a solidariedade.

(EM13CHS502) Analisar situações da vida cotidiana, estilos de vida, valores, condutas etc., desnaturalizando e problematizando formas de desigualdade, preconceito, intolerância e discriminação, e identificar ações que promovam os Direitos Humanos, a solidariedade e o respeito às diferenças e às liberdades individuais.

(EM13CHS503) Identificar diversas formas de violência (física, simbólica, psicológica etc.), suas principais vítimas, suas causas sociais, psicológicas e afetivas, seus significados e usos políticos, sociais e culturais, discutindo e avaliando mecanismos para combatê-las, com base em argumentos éticos.

(EM13CHS504) Analisar e avaliar os impasses ético-políticos decorrentes das transformações culturais, sociais, históricas, científicas e tecnológicas no mundo contemporâneo e seus desdobramentos nas atitudes e nos valores de indivíduos, grupos sociais, sociedades e culturas.

Competência Específica 6

Participar do debate público de forma crítica, respeitando diferentes posições e fazendo escolhas alinhadas ao exercício da cidadania e ao seu projeto de vida, com liberdade, autonomia, consciência crítica e responsabilidade.

Habilidades:

(EM13CHS601) Identificar e analisar as demandas e os protagonismos políticos, sociais e culturais dos povos indígenas e das populações afrodescendentes (incluindo os quilombolas) no Brasil contemporâneo considerando a história das Américas e o contexto de exclusão e inclusão precária desses grupos na ordem social e econômica atual, promovendo ações para a redução das desigualdades étnico-raciais no país.

(EM13CHS602) Identificar e caracterizar a presença do paternalismo, do autoritarismo e do populismo na política, na sociedade e nas culturas brasileira e latino-americana, em períodos ditatoriais e democráticos, relacionando-os com as formas de organização e de articulação das sociedades em defesa da autonomia, da liberdade, do diálogo e da promoção da democracia, da cidadania e dos direitos humanos na sociedade atual.

(EM13CHS603) Analisar a formação de diferentes países, povos e nações e de suas experiências políticas e de exercício da cidadania, aplicando conceitos políticos básicos (Estado, poder, formas, sistemas e regimes de governo, soberania etc.).

(EM13CHS604) Discutir o papel dos organismos internacionais no contexto mundial, com vistas à elaboração de uma visão crítica sobre seus limites e suas formas de atuação nos países, considerando os aspectos positivos e negativos dessa atuação para as populações locais.

(EM13CHS605) Analisar os princípios da declaração dos Direitos Humanos, recorrendo às noções de justiça, igualdade e fraternidade, identificar os progressos e entraves à concretização desses direitos nas diversas sociedades contemporâneas e promover ações concretas diante da desigualdade e das violações desses direitos em diferentes espaços de vivência, respeitando a identidade de cada grupo e de cada indivíduo.

(EM13CHS606) Analisar as características socioeconômicas da sociedade brasileira – com base na análise de documentos (dados, tabelas, mapas etc.) de diferentes fontes – e propor medidas para enfrentar os problemas identificados e construir uma sociedade mais próspera, justa e inclusiva, que valorize o protagonismo de seus

cidadãos e promova o autoconhecimento, a autoestima, a autoconfiança e a empatia.

Essa definição do Ministério da Educação (MEC) é uma clara confirmação de que o sistema inaugurado com o Novo Ensino Médio exige do professor conhecimento amplo, generalista uma disposição para dialogar não apenas com outros professores vinculados ao Itinerário Formativo Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, mas também de todas as demais searas, uma vez que os conhecimentos estão integrados.

6.2 – O profissional com formação em Direito

As Escolas, a partir da reforma do Ensino Médio, são convidadas a abrirem as portas para profissionais com formações diversificadas, a fim de proporcionar aos educandos estudos e vivências voltados ao mercado de trabalho.

Relativo ao itinerário relativo às Ciências Humanas e Sociais aplicadas, um dos profissionais capacitados a contribuir nos estudos e vivências do Novo Ensino Médio seria o profissional com formação em Direito, uma vez que nesse curso são indispensáveis (Barreto, 1972) disciplinas com aprofundamento acadêmico nas searas da Sociologia, História, Filosofia e até mesmo Economia, proporcionando ao Bacharel em Direito uma ampla visão das Ciências Humanas e Sociais Aplicadas.

Nota-se, portanto, que o Profissional com formação em Direito possui plenos conhecimentos para trabalhar de forma íntegra todos os conhecimentos elencados pela BNCC, em especial as habilidades inerentes aos conhecimentos específicos de número cinco e seis.

Isso significa que o profissional com formação em Direito não possui apenas capacidade de (UFT, 2017, p. 24) “assumir posições socialmente relevantes, com responsabilidade, ética e qualidade técnico-jurídica”, mas também, desde os primeiros períodos do curso, (UNESP, 2020) o aluno cursa as disciplinas de Economia, Ciência Política, Antropologia, Psicologia, além de Sociologia, História e Filosofia. O estudo em conjunto dessas disciplinas, com vistas a compreender as transformações sociais, promove uma sólida formação humanista.

Contudo, é necessário destacar que por mais vasto que seja o conhecimento nas diversas searas das Ciências Humanas, o profissional apenas pela formação em Direito não possui habilitação para ministrar aulas sem antes possuir em seu currículo algum curso de licenciatura ou mesmo passar por algum curso de complementação pedagógica, consoante a Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Fazendo análise da coleção Multiversos¹⁶², organizada pela Editora FTD e de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo Plano Nacional do Livro Didático (PNLD), observamos que uma das seis trilhas sugeridas se refere a “Ética, Cultura e Direitos”. Neste volume, percebemos um diálogo direto com as competências e habilidades que o profissional com formação em Direito possui capacidade de contribuir à sala de aula, dialogando com os saberes de Sociologia, Filosofia e História. Vejamos:

Capítulo 1 - Ética: da Idade Média ao Renascimento.

No capítulo inaugural deste volume, o profissional com formação em Direito possui capacidade de trabalhar os movimentos sociais que construíram conceitos como Estado Democrático de Direito, Constituição e a relação ser-dever ser.

Capítulo 2 - Ética, Revoluções e Iluminismo

Aqui, o profissional com formação possui conhecimento para trabalhar a teoria da Tripartição do Poder, as atribuições de cada um dos Poderes do Estado. Além disso, o profissional com formação em Direito pode propor discussão sobre a relação entre sociedade e suas leis, a construção e interpretação delas. Além disso, domina competências para trabalhar conceitos de Formas, Regimes de Estados e Sistemas de Governo.

Capítulo 3 - A universalidade não tão universal

Nesse capítulo, o profissional do Direito possui competências para propor o debate sobre os Direitos Fundamentais e a abrangência.

Capítulo 4 - Direito à moradia e segregação urbana

O momento dá ensejo ao trabalho dos Direitos Sociais com ênfase no Direito à Moradia. Isso ajudará a construir um conhecimento sobre a função social da propriedade urbana e rural. Além disso, o capítulo em análise propõe a exposição sobre Direito Urbanístico e legislações locais que disciplinam as relações do homem com a cidade.

Capítulo 5 - A violência.

O penúltimo capítulo propõe debate acerca da maioria penal sem antes esclarecer os fundamentos do Direito Penal, sobre a finalidade das penas e a ressocialização, dos quais casam com o conhecimento e habilidades do profissional com formação em Direito.

¹⁶² Boulos Júnior, Alfredo. Multiversos : ciências humanas : ética, cultura e direitos: ensino médio / Alfredo Boulos Júnior, Edilson Adão Cândido da Silva, Laercio Furquim Júnior. -- 1. ed. -- São Paulo : FTD, 2020.

Capítulo 6 - Impasses éticos da atualidade

Por fim, o último capítulo do volume analisado propõe uma reflexão sobre a velocidade das transformações sociais e a construção do Direito do futuro.

A contribuição do profissional com formação em Direito não se esgota no volume analisado. A editora traz outros cinco volumes, um para cada trilha proposta. Os demais volumes permitem a discussão sobre Direito ambiental, Direito à água, relações trabalhistas e relações consumeristas.

Além disso, o profissional com formação em Direito pode juntamente com a direção pedagógica da escola, por exemplo, lançar Unidades Eletivas sobre Direito Constitucional, Direito do Consumidor ou oficinas com Júri Simulados a fim de conscientizar o estudante para seus Direitos, bem como estimular o senso crítico e o poder argumentativo.

Convém salientar, no entanto, que, em que pese o profissional com formação em Direito possua e domine conhecimentos correlatos ao itinerário de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, seu Notório Saber, fora de um contexto relativo a Formação Técnica Profissionalizante, não o habilita para atuação no Ensino Médio, conforme apresentado no item 3 do presente estudo.

Reforça-se que para o profissional com formação em Direito tenha interesse de atuar como professor, ele deve possuir em seu currículo curso de licenciatura ou alguma complementação pedagógica. Mesmo assim, não impede que o profissional com formação em Direito contribua de forma indireta, participando, a convite do professor, de palestras, oficinas, rodas de conversa e outras unidades curriculares eletivas em suas diversas formas de estudos e vivências.

7. Atuação do profissional formado em Direito na Formação Técnica Profissionalizante

O curso técnico em varia entre as instituições de ensino. É regulado pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei 9394/96 e sofreu alterações, dentre outras normativas, pela Lei nº 13.415/2017. A inovação trazida pela reforma do Ensino Médio trouxe a possibilidade de integrar o Curso Técnico Profissionalizante ao cômputo da carga horária do núcleo flexível do Ensino Médio.

Anteriormente, os Cursos Técnicos Profissionalizantes, que eram ofertados em caráter suplementar, de acordo com o Artigo 37 e seguintes da LDB agora podem perfazer

um total de 1.200 horas no Novo Ensino Médio, de acordo com a capacidade estrutural por parte da escola que oferece essa modalidade.

Essa foi, supostamente, a mais relevante inovação trazida pela Reforma do Ensino Médio, uma vez que a participação de Profissionais com Notório Saber é uma realidade desde o primeiro momento de implantação dessa modalidade de ensino.

Além de poder ministrar disciplinas notadamente jurídicas em diversos cursos, o profissional com formação em Direito encontra no rol de cursos técnicos o Curso Técnico em Serviços Jurídicos com relação direta a sua formação. O curso visa habilitar o estudante às práticas e rotinas de serviços jurídicos no âmbito público ou privado, podendo compor equipe administrativa de escritórios de Advocacia ou Órgãos Públicos desempenhando a atividade de gerenciamento de documentos e executando atividades junto ao público externo.

Salutar reafirmar profissional com formação em Direito, com Notório Saber, detém capacidades e habilidades para ministrar aulas tanto em disciplinas referentes ao Direito Material quanto ao Direito Processual, conforme demonstrado anteriormente na presente pesquisa.

Considerações Finais

Nesse artigo tivemos a oportunidade de entender que a proposta para um Novo Ensino Médio surgiu diante de alarmantes dados de retenção e evasão escolar na fase final da Educação Básica. Além disso, o sistema conteudista clássico se encontra já há muito tempo defasado e definitivamente não coaduna com a dinâmica do nosso tempo.

Vimos que até o presente estágio, a evolução da Educação se deu de forma conturbada ao longo da história da evolução do Estado Brasileiro em meio a tomadas e reestabelecimento do Poder.

A fim de atribuir um sentido ao Ensino Médio e aproximar a Escola ao Mercado de Trabalho, surgiu a necessidade de colocar o Estudante como protagonista do seu ensino visando que ele se sinta motivado a permanecer no Ensino Médio, se entendendo como parte ativa do processo de Educação.

Dessa forma, o Novo Ensino Médio propõe uma ruptura com o modelo clássico tradicional de disciplinas isoladas umas das outras e passou a estruturar um modelo com maior carga horária e dividida em basicamente dois blocos, sendo um de estudo obrigatório e outro composto por um percurso de livre escolha, tendo como finalidade atribuir autonomia ao Jovem estabelecer o seu projeto de vida.

Porém, nota-se que da maneira que se apresenta, o Novo Ensino Médio é mais uma inovação legislativa impopular, que não prestigia de forma concreta o interesse de alunos e professores. E, ao invés de proporcionar uma educação igualitária e uniforme, essa reforma tende a fragmentar o conhecimento em uma estrutura absurdamente dissonante da realidade brasileira no qual as escolas, sobretudo as públicas, não possuem estrutura suficiente para a adequação das novas diretrizes e notadamente por essa razão, conduz a reforçar a desigualdade social.

O descompasso com o Exame Nacional de Ensino Médio, principal forma de ingresso nas Universidades Públicas e principal métrica para aferir o aprendizado, além do aumento na burocracia dos processos internos da escola robustecem o argumento em desfavor ao Novo Ensino Médio.

Assim, o Novo Ensino Médio enfrenta resistência e críticas legítimas. Portanto, sugere-se que passe por uma reformulação a fim de superar a inconsistência e as incontáveis lacunas na legislação. Havendo se tratar de uma reforma que deixou os principais atores e interessados alheios à discussão, é essencial rever a reforma de forma democrática com a participação de representantes de pais, alunos, professores e demais Profissionais da Educação.

Todavia, é indiscutível o esforço por parte do Poder Público em suprir a urgência de atualizar não apenas a estrutura do Ensino Médio, mas também mudar o perfil dos profissionais envolvidos no processo de educação, voltados a possuírem uma visão ampla, sistemática e humanizada que vai além de sua formação, a fim de atribuir mais sentido e motivação ao aluno para concluir a Educação Básica.

A adequação do Ensino ao nosso tempo demanda, sobretudo, o perfil de um professor com conhecimento amplo e disposto se conectar com diversas outras áreas. Diga-se de passagem, essa *softskill*¹⁶³ é exigência predominante para qualquer carreira no mercado de trabalho.

Nesse aspecto, a reforma do Ensino Médio abre as portas de profissionais com formações diversas, inclusive em Direito, para participarem do processo de educação. Essa contribuição pode se dar de forma indireta em palestras, oficinas, rodas de conversa e diversas outras unidades curriculares eletivas dentro dos Itinerários Formativos. Ou esse profissional pode contribuir de maneira direta, seja como professor, desde que possua

¹⁶³ De acordo com Goleman (1995), *softskills* são todas aquelas habilidades emocionais inerentes do profissional que orbitam a sua personalidade, que ao invés de serem adquiridas de forma acadêmica. Elas habitam na inteligência emocional e na perspectiva individual de mundo. Podem ser adquiridas ou trabalhadas a partir de vivências ou mudanças de atitude.

outra licenciatura ou passe por curso de complementação pedagógica ou mesmo professor detentor de Notório Saber vinculado a Formação Técnica Profissionalizante.

Apesar de passível de reformulação, o Novo Ensino Médio continua e deve continuar, de forma acertada, conferido professor formado em licenciatura ou com complementação pedagógica habilitação para atuar no Ensino Médio. N

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, S.B. de (org.). Chaves para ler Anísio Teixeira. Salvador: EGBA/ UFBA, 1990.

Barreto, O. (1968). Novos métodos em ensino do direito: a experiência norte-americana. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 63, 335-378.

Barreto, O. (1972). Plano de reforma do currículo do curso de graduação em direito. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 67, 115-133

BARROSO, S. O desenvolvimento travado. Jornal dos Economistas, n. 329, dez. 2016. p. 9-10. BRASIL. Censo Escolar da Educação Básica 2012. Resumo Técnico. Brasília: INEP, 2013a. Disponível em: http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/resumos_tecnicos/resumo_tecnico_censo_educacao_basica_2012.pdf. Acesso em: 8 janeiro 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei ordinária número 3079/2021 <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2297736#:~:text=PL%203079%2F2021%20Inteiro%20teor,Projeto%20de%20Lei&text=Altera%20os%20prazos%20para%20implementa%C3%A7%C3%A3o,16%20de%20fevereiro%20de%202017.&text=Altera%C3%A7%C3%A3o%2C%20Lei%20Federal%2C%20amplia%C3%A7%C3%A3o%2C,ensino%20m%C3%A9dio%2C%20prazo%2C%20implementa%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 8 de janeiro de 2023

BRASIL. Censo Escolar INEP 2015. Brasília: INEP, 2016. Disponível em: <http://www.deolhonosplanos.org.br/censo-escolar-2015-confira-os-dados-disponibilizados-pelo-mec-sobre-a-educacao-basica-no-pais/>. Acesso em: 8 janeiro 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.htm Acesso em: 8 de janeiro de 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei 9594/96. Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm Acesso em: 8 de janeiro de 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei 13.415/2017. Altera as Leis n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13415.htm .Acesso em: 8 de janeiro de 2023.

BRASIL. Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais da Educação Básica. Brasília: Ministério da Educação; Secretaria de Educação Básica; Diretoria de Currículos e Educação Integral, 2013b.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. Base Nacional Comum Curricular. Brasília: MEC/SEB, 2018. p. 571-579. Disponível em: <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/a-base>. Acesso em: 8 janeiro 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. Guia de implementação dos Itinerários. Disponível em: <https://anec.org.br/wp-content/uploads/2021/04/Guia-de-implantacao-do-Novo-Ensino-Medio.pdf> Acesso em: 8 de janeiro de 2023.

BRASIL. Número de matrículas na educação básica por dependência administrativa. Brasil 2008/2014. Brasília: MEC, 2015a. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=17044-dados-censo-2015-11-02-materia&Itemid=30192. Acesso em: 14 dez. 2016.

BRASIL. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios. Síntese de Indicadores 2012. Brasília: IBGE, 2012 Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2012/default_sintese.shtm. Acesso em: 8 janeiro 2023.

BRASIL. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios. Síntese de Indicadores 2015. Brasília: IBGE, 2015b. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2015/default_sintese.shtm. Acesso em: 8 janeiro 2023.

Boulos Júnior, Alfredo. Multiversos : ciências humanas : ética, cultura e direitos: ensino médio / Alfredo Boulos Júnior, Edilson Adão Cândido da Silva, Laercio Furquim Júnior. -- 1. ed. -- São Paulo : FTD, 2020.

Boulos Júnior, Alfredo. Multiversos : ciências humanas : globalização, tempo e espaço : ensino médio / Alfredo Boulos Júnior, Edilson Adão Cândido da Silva, Laercio Furquim Júnior. -- 1. ed. -- São Paulo : FTD, 2020.

Boulos Júnior, Alfredo. Multiversos : ciências humanas : política, conflitos e cidadania: ensino médio / Alfredo Boulos Júnior, Edilson Adão Cândido da Silva, Laercio Furquim Júnior. -- 1. ed. -- São Paulo : FTD, 2020.

Boulos Júnior, Alfredo. Multiversos : ciências humanas : populações, territórios e fronteiras: ensino médio / Alfredo Boulos Júnior, Edilson Adão Cândido da Silva, Laercio Furquim Júnior. -- 1. ed. -- São Paulo : FTD, 2020.

Boulos Júnior, Alfredo. Multiversos : ciências humanas : sociedade, natureza e sustentabilidade / Alfredo Boulos Júnior, Edilson Adão Cândido da Silva, Laercio Furquim Júnior. -- 1. ed. -- São Paulo : FTD, 2020.

Boulos Júnior, Alfredo. Multiversos : ciências humanas : trabalho, tecnologia e desigualdade : ensino médio / Alfredo Boulos Júnior, Edilson Adão Cândido da Silva, Laercio Furquim Júnior. -- 1. ed. -- São Paulo : FTD, 2020.

CNI. Confederação Nacional da Indústria, Instituto FSB Pesquisa e Comunicação. Novo Ensino Médio na visão dos Estudantes. 2021, disponível em: <https://static.portaldaindustria.com.br/portaldaindustria/noticias/media/filer_public/92/cb/92cbad14-4fdc-4137-9692-4af4a8f7504f/instituto_fsb_pesquisa_-_sesi_senai_-_novo_ensino_medio.pdf> Acesso: 8 de janeiro de 2023.

GOLEMAN. Daniel Inteligência Emocional – A teoria revolucionária que redefine o que é ser inteligente. 1995. Disponível em: <https://desafiosdaeducacao.grupoa.com.br/competencias-emocionais-educacao/> Acesso em: 8 de janeiro de 2023.

GOLEMAN. Daniel. Como desenvolver soft skills. Disponível em: <https://www.napratica.org.br/como-desenvolver-soft-skills/>. Acesso em: 8 de janeiro de 2023.

GONDIM, Sônia Maria Guedes. 2002. Perfil profissional e mercado de trabalho: relação com formação acadêmica pela perspectiva de estudantes universitários. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/epsic/v7n2/a11v07n2.pdf>. Acesso em 8 de janeiro de 2023.

Hamel, Thérèse Pesquisas em educação no Canadá: estratégias de investigação interdisciplinar EccoS Revista Científica, vol. 7, núm. 2, julho-dezembro, 2005, pp. 397-426 Universidade Nove de Julho São Paulo, Brasil.

SILVA, A. ; LOUREIRO, B. ; MIRANDA, C. ; FERREIRA, F. ; FERREIRA JUNIOR, Lier Pires ; SERRANO, M. M. ; ARAUJO, M. ; COSTA, M. ; NOGUEIRA, M. ; FERNANDES, Otair ; MENEZES, P. ; C.CORREA, R. M. ; PAIN, R. ; LIMA, R. ; ESTEVES, T. ; BUKOWITZ, T. ; PIRES, V. M. ; BRAICK, P. R. ; MOTA, M. B. ; TERRA, L. ; ARAUJO, R. ; GUIMARAES, R. B. ; ARANHA, M. L. A. . Ciências Humanas e Sociais Aplicadas - Natureza em Transformação (Manual Professor). 1. ed. São Paulo: Moderna, 2020. v. 1. 160p.

SILVA, A. ; LOUREIRO, B. ; MIRANDA, C. ; FERREIRA JUNIOR, Lier Pires ; FERREIRA, F. ; SERRANO, M. M. ; ARAUJO, M. ; COSTA, M. ; NOGUEIRA, M. ; FERNANDES, Otair ; MENEZES, P. ; C.CORREA, R. M. ; LIMA, R. ; ESTEVES, T. ; BUKOWITZ, T. ; PIRES, V. M. ; PAIN, R. ; BRAICK, P. R. ; MOTA, M. B. ; TERRA, L. ; ARAUJO, R. ; GUIMARAES, R. B. ; ARANHA, M. L. A. . Ciências Humanas e Sociais Aplicadas - Globalização, Emancipação e Cidadania (Manual Professor). 1. ed. São Paulo: Moderna, 2020. v. 2. 160p .

SILVA, A. ; MIRANDA, C. ; LOUREIRO, B. ; FERREIRA JUNIOR, Lier Pires ; FERREIRA, F. ; SERRANO, M. M. ; ARAUJO, M. ; COSTA, M. ; NOGUEIRA, M. ; PAIN, R. ; C.CORREA, R. M. ; LIMA, R. ; FERNANDES, Otair ; MENEZES, P. ; BUKOWITZ, T. ; ESTEVES, T. ; PIRES, V. M. ; BRAICK, P. R. ; MOTA, M. B. ; TERRA, L. ; ARAUJO, R. ; GUIMARAES, R. B. ; ARANHA, M. L. A. . Ciências Humanas e Sociais Aplicadas - Trabalho, Ciência e Tecnologia (Manual Professor). 1. ed. São Paulo: Moderna, 2020. v. 3. 160p .

SILVA, A. ; MIRANDA, C. ; LOUREIRO, B. ; FERREIRA, F. ; FERREIRA JUNIOR, Lier Pires ; SERRANO, M. M. ; ARAUJO, M. ; COSTA, M. ; NOGUEIRA, M. ; FERNANDES, Otair ; MENEZES, P. ; C.CORREA, R. M. ; PAIN, R. ; LIMA, R. ; BUKOWITZ, T. ; ESTEVES, T. ; PIRES, V. M. ; BRAICK, P. R. ; MOTA, M. B. ; TERRA, L. ; ARAUJO, R. ; GUIMARAES, R. B. ; ARANHA, M. L. A. . Ciências Humanas e Sociais Aplicadas - Poder e Política (Manual Professor). 1. ed. São Paulo: Moderna, 2020. v. 4. 160p .

SILVA, A. ; MIRANDA, C. ; LOUREIRO, B. ; FERREIRA, F. ; FERREIRA JUNIOR, Lier Pires ; SERRANO, M. M. ; ARAUJO, M. ; COSTA, M. ; NOGUEIRA, M. ; FERNANDES, Otair ; MENEZES, P. ; PAIN, R. ; C.CORREA, R. M. ; LIMA, R. ; BUKOWITZ, T. ; ESTEVES, T. ; PIRES, V. M. ; BRAICK, P. R. ; MOTA, M. B. ; TERRA, L. ; ARAUJO, R. ; GUIMARAES, R. B. ; ARANHA, M. L. A. . Ciências Humanas e Sociais Aplicadas - Sociedade, Política e Cultura (Manual Professor). 1. ed. São Paulo: Moderna, 2020. v. 5. 160p .

SILVA, A. ; LOUREIRO, B. ; MIRANDA, C. ; FERREIRA, F. ; FERREIRA JUNIOR, Lier Pires ; SERRANO, M. M. ; ARAUJO, M. ; COSTA, M. ; NOGUEIRA, M. ; FERNANDES, Otair ; MENEZES, P. ; C.CORREA, R. M. ; PAIN, R. ; LIMA, R. ; BUKOWITZ, T. ; ESTEVES, T. ; PIRES, V. M. ; BRAICK, P. R. ; MOTA, M. B. ; TERRA, L. ; ARAUJO, R. ; GUIMARAES, R. B. ; ARANHA, M. L. A. . Ciências Humanas e Sociais Aplicadas - Conflitos e Desigualdades (Manual Professor). 1. ed. São Paulo: Moderna, 2020. v. 6. 152p.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. Ed. Malheiros, São Paulo, 2005.

MELO, Josimeire Medeiros Silveira de. História da Educação no Brasil / Josimeire Medeiros Silveira de Melo; Coordenação Cassandra Ribeiro Joye. - 2 ed. Fortaleza: UAB/IFCE, 2012.

MOTTA, Vânia Cardoso da; FRIGOTTO, Gaudêncio . POR QUE A URGÊNCIA DA REFORMA DO ENSINO MÉDIO? MEDIDA PROVISÓRIA Nº 746/2016 (LEI Nº 13.415/2017). Educação & Sociedade (Impresso), v. 38, p. 355-372, 2017.

UFT. Fundação Universidade Federal do Tocantins. Guia de cursos de graduação da UFT / elaboração: Vânia Maria de Araújo Passos; Samara Queiroga B.G. da Costa; Betânia Maria da Barbosa; Josseane Araújo da Silva Santos. - Palmas, TO, 2017.

UNESP. Guia das Profissões 2020. Disponível em: https://www.ia.unesp.br/Home/ensino/graduacao/guia_de_profissoes_unesp_09-09-2020.pdf Acesso em: 8 de janeiro de 2023.

A INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PEDRO BORGES COELHO DE MIRANDA FREIRE:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Advogado. Pós-graduado em Direito Tributário e Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).¹⁶⁴

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar as modalidades de inconstitucionalidade admitidas no ordenamento jurídico pátrio, e afirmar a aceitação da modalidade de inconstitucionalidade superveniente pelo órgão incumbido da análise de compatibilidade das normas com a Constituição, o Supremo Tribunal Federal. Nesse intento, imperiosa retida análise jurisprudencial e doutrinária.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade superveniente. Aceitação. Jurisprudência.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the modalities of unconstitutionality admitted in the national legal system, and to declare for the acceptance of the modality of supervening unconstitutionality by the body in charge of the analysis of conformity of the norms with the Constitution, the Federal Supreme Court. In this attempt, imperative retained jurisprudential and doctrinal analysis.

Keywords: Supervening unconstitutionality. Acceptance. Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

As leis e os atos normativos provêm do Estado. Daí porque detêm presunções inerentes ao ordenamento jurídico – é de se pressupor pela regularidade do exercício da função estatal, até pela sujeição inerente a um Estado Democrático de Direito.

As leis são constitucionais e os atos normativos são legais e constitucionais, até que se prove o contrário. O discurso normativo inverte o ônus da prova, sendo isso imperativo para o funcionamento do Estado – há uma característica subjacente: como numa relação de poder, cabe ao destinatário questionar a legitimidade das normas emanadas pelo detentor do poder legislativo e administrativo.

Essa presunção de validade decorre, inclusive, pela noção de que, o órgão que produziu as normas relativas ao procedimento legislativo, bem como sobre as matérias

164 Contato: pedrobcmf@hotmail.com

tratáveis por determinado ato, as seguiu quando da prolação de outro ato. A presunção se dá tanto no vetor procedimental quanto material.

Mas, como nada no direito é absoluto, a presunção pode ser ilidida. Assim, no âmbito da noção de compatibilidade com a Constituição, as normas podem ser declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário, a quem compete, originariamente, efetuar tal controle.

A declaração de inconstitucionalidade, portanto, é um meio de possibilitar o controle dos atos normativos e das leis de acordo com os ditames da Constituição, o que é imperativo num ordenamento jurídico em que há a noção de superioridade hierárquica da *Lei Maior*, A Constituição Federal.

Assim, analisaremos o fenômeno da inconstitucionalidade, destrinchando seus tipos e analisando o momento do surgimento da incompatibilidade, perquirindo sobre a possibilidade dessa surgir em momento posterior ao da prolação do ato investigado.

1 INCONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade tem como requisitos: a existência de uma constituição escrita e rígida, que estabeleça competência a um órgão que fique responsável pela resolução dos problemas de constitucionalidade.

Constituição rígida é aquela cujo processo de alteração é mais complexo do que o de elaboração e alteração das demais leis, o que, em nosso ordenamento, é comprovado pelo art. 60 da CF:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

É essa rigidez que pressupõe o escalonamento normativo, em que a Constituição ocupe o vértice. Por isso, ela acaba sendo o fundamento de validade de todas as demais leis do ordenamento, na medida em que haverão de ser com ela compatíveis para possam ser válidas.

Nessa toada, declaração de constitucionalidade seria a de que uma norma se encontra em consonância material e formal com o vértice hierárquico de nosso ordenamento jurídico, a CF.

Daí que surge o princípio da supremacia da constituição. Segundo esse, tendo em vista que serve como fundamento de validade das leis, a Constituição serve de vetor interpretativo para todas as normas do ordenamento jurídico. Propõe-se, então, uma interpretação “de cima para baixo”¹⁶⁵, na medida em que se parte do ápice normativo para a base. Faz-se uma leitura do sistema jurídico a partir da Constituição, no intento de lhe dar força normativa.

De igual maneira, a função clássica do controle de constitucionalidade é retirar do ordenamento leis e atos normativos que violam a sua soberania, consagrando outro princípio: o da supremacia da constituição.

¹⁶⁵ BRAGA, Francisco. Direito Constitucional grifado. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 109.

Ademais, exige-se que seja escrita porque a constituição não escrita acaba sendo alterável por meio dos costumes, sem procedimento formal a ser observado, inconciliável, portanto, com a ideia de controle de constitucionalidade.

A competência a um órgão para resolução dos problemas é consentânea da ideia de separação de poderes, isso porque quando a constituição não prevê a divisão, todas as funções do Estado ficam a cargo de um mesmo órgão, inexistindo razão para se falar em controle de constitucionalidade – que é uma espécie de *freio e contrapeso* estabelecido constitucionalmente para a harmonia federativa. O mesmo órgão que prolatou a lei ficaria responsável por analisá-la.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria da nulidade quanto à declaração de inconstitucionalidade de uma lei: a decisão judicial que reconhece a inconstitucionalidade se trata de um ato declaratório que reconhece a lei como nula, operando efeitos *ex tunc* ou retroativos. Como nula, ela não produz efeitos válidos e, após o reconhecimento, será como se nunca tivesse existido.

Isso porque se considera a inconstitucionalidade um vício congênito, que afetou o próprio nascimento da norma, abalando sua validade desde o início, não sendo possível que o ordenamento tolere uma norma que contraria seu ápice (que deveria lhe servir de fundamento de validade). Daí porque não se pode permitir que essa produza qualquer efeito no mundo dos fatos.

Por uma questão de segurança jurídica, admite-se um temperamento à teoria da nulidade. É a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, que advém do entendimento de que, no direito, nada pode ser absoluto. Por mais que adotemos que a lei inconstitucional é nula, não podendo produzir efeitos, existem casos em que se impõe que elas produzam algum efeito, até para garantir aos jurisdicionados segurança jurídica.

Foi prevista a possibilidade pelo art. 27 da Lei de nº. 9868, que rege o procedimento da Ação Direta e Inconstitucionalidade, aplicável às demais leis do processo constitucional. É de se colacionar o teor do artigo:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Em outras palavras, um ato normativo detém presunção de legitimidade (veracidade e legalidade), de forma que é natural que o particular confie em seu teor. Dessa feita, por mais que se possa afastar essa presunção, até porque relativa, os casos concretos hão de ser analisados especificadamente, até para não criar situações que, a pretexto de sanar inconstitucionalidades, perpetuem-se injustiças igualmente inconstitucionais.

Portanto, o STF, por decisão de dois terços de seus membros, pode restringir os efeitos da decisão ou mesmo decidir a partir de que momento no futuro ela será válida. Tendo em vista que a decisão é de inconstitucionalidade, entender de uma ou de outra maneira é dar à lei objeto da declaração espaço para que opere efeitos.

Logo, por mais que adotemos a teoria da nulidade, ela não é absoluta. Sendo isso mister para que as situações mais variadas sejam analisadas pela Corte de acordo com as suas particularidades.

1.1 Espécies de inconstitucionalidade

Quanto ao objeto, a inconstitucionalidade pode ser por ação ou omissão. Vale dizer: é plenamente possível a decretação de um *não fazer* que viola a constituição. São os casos em que a CF determina ao legislador ou administrador que faça algo, e esses não o fazem.

Quanto à natureza do vício, os detalhamentos são mais importantes. Poderá, a inconstitucionalidade, ser nomoestática ou nomodinâmica. A primeira diz respeito ao ato que viola materialmente a constituição – viola seu conteúdo. Já a segunda se refere à inconstitucionalidade formal, que se dá quando há desrespeito ao procedimento previsto na CF para feitura de um ato normativo.

Por sua vez, a inconstitucionalidade formal pode ser orgânica, quando se dá pela incompetência do órgão legislativo que editou o ato normativo; propriamente dita, quando viola o desenrolar do procedimento legislativo previsto, que se subdivide em subjetiva, quando o vício for de iniciativa, e objetiva, quando outro que não da autoridade que dá o início ao trâmite.

Ainda, a inconstitucionalidade formal pode ser quando por violação aos pressupostos objetivos do ato. Aqui temos o caso de uma norma constitucional que estabelecesse pressupostos objetivos (espécies de condições) para feitura do ato normativo que não se observam no desenrolar do procedimento de um ato específico. Daí porque ele é tido como inconstitucional.

Segundo Pedro Lenza, há, ainda, um outro tipo de inconstitucionalidade: a por vício de decoro parlamentar. É o caso de uma norma feita mediante corrupção para compra de

votos dos parlamentares o que, incontestavelmente, representa um vício “na formação de vontade no procedimento legislativo” 166, a romper o atendimento do devido processo legislativo, bem como afrontar a democracia.

O STF foi instado a se manifestar sobre essa espécie de inconstitucionalidade quando do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº. 4887, 4888 e 4889. Nesse importante julgamento, a Corte entendeu pela possibilidade de reconhecimento, o que é um grande avanço, mas apenas se demonstrado cabalmente que a compra de votos se deu em número suficiente para alterar a votação. É de se colacionar:

Em tese, é possível o reconhecimento de inconstitucionalidade formal no processo constituinte reformador quando eivada de vício a manifestação de vontade do parlamentar no curso do devido processo constituinte derivado, pela prática de ilícitos que infirmam a moralidade, a probidade administrativa e fragilizam a democracia representativa.

O STF afirmou que, sob o aspecto formal, as emendas constitucionais devem respeitar o devido processo legislativo, que inclui, entre outros requisitos, a observância dos princípios da moralidade e da probidade. Assim, é possível o reconhecimento de inconstitucionalidade formal no processo de reforma constituinte quando houver vício de manifestação de vontade do parlamentar, pela prática de ilícitos. **Porém, para tanto, é necessária a demonstração inequívoca de que, sem os votos viciados pela ilicitude, o resultado teria sido outro.** No caso, apenas sete Deputados foram condenados pelo Supremo na AP 470, por ficar comprovado que eles participaram do esquema de compra e venda de votos e apoio político conhecido como Mensalão. Portanto, o número comprovado de “votos comprados” não é suficiente para comprometer as votações das ECs 41/2003 e 47/2005. Ainda que retirados os votos viciados, permanece respeitado o rígido quórum estabelecido na Constituição Federal para aprovação de emendas constitucionais, que é 3/5 em cada casa do Congresso Nacional¹⁶⁷.

166 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 24ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 274.

167 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4887/DF, ADI 4888/DF e ADI 4889/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, julgado em 10/11/2020 (Info 998).

Importante ter em mente que o STF entendeu que essa espécie de inconstitucionalidade seria uma inconstitucionalidade formal, e não uma terceira espécie autônoma (ao lado das categorias material e formal).

Quanto à extensão do vício, a inconstitucionalidade por ação pode ser total ou parcial. Isso porque pode haver a inconstitucionalidade de todo o ato normativo por contrariedade à CF, ou de apenas parte dele.

De igual modo, a inconstitucionalidade por omissão também pode ser parcial ou total. Isso porque pode inexistir ato que dê efetividade à norma constitucional, ou existir ato, mas insuficiente para determinar inteiramente a norma constitucional cuja efetividade se impõe.

Para o desenrolar do trabalho, a classificação mais importante é a que leva em consideração o momento do vício. Por existir ato, trata-se de classificação que apenas é relevante para a inconstitucionalidade por ação.

Nessa senda, podemos ter a inconstitucionalidade originária, que é a que se encontra na origem da norma: no momento de sua promulgação já está inquinada pelo vício da inconstitucionalidade. Ela é inconstitucional desde o momento de sua feitura porque contraria o parâmetro constitucional existente à época.

Mas, poderíamos vislumbrar uma norma que nasce sem vício algum, mas, por alguma razão, torna-se contrária à constituição. É o caso da inconstitucionalidade superveniente.

Ela se dá quando, na análise da norma em relação ao mesmo parâmetro constitucional existente à época de sua promulgação, a resposta sobre a questão de sua compatibilidade com a CF muda. Ou seja: quando da promulgação ela seria constitucional, mas com alterações no mundo dos fatos, ela vem a se tornar contrária ao texto da Carta Maior.

Segundo a doutrina majoritária, temos alguns tipos de inconstitucionalidade superveniente. O primeiro elaborado é o que se dá por alteração formal da constituição. Exemplifico: a norma é promulgada e compatível com a constituição, todavia, após esse momento, insere-se uma emenda constitucional que torna aquela norma contrária ao ordenamento constitucional.

Em que pese o entendimento doutrinário, segundo o STF, será caso de revogação por não recepção, e não de inconstitucionalidade. Isso porque o parâmetro constitucional que lhe retira validade é posterior ao ato normativo analisado, de forma que só podemos

analisar sua recepção pelo dispositivo constitucional novo. A análise estrita de constitucionalidade de uma norma apenas pode se dar em relação ao parâmetro constitucional à época de sua feitura.

Válido mencionar o teor do julgado cujo entendimento é sedimentado na Corte:

Constituição. Lei anterior que a contrarie. Revogação. Inconstitucionalidade superveniente. Impossibilidade. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária¹⁶⁸.

Assim, o primeiro caso não é propriamente caso de inconstitucionalidade superveniente, mas de norma constitucional, compatível com a constituição à época de sua promulgação, mas que foi revogada por não ser recepcionada segundo normas constitucionais posteriores.

Isso consubstancia o princípio da contemporaneidade, segundo o qual uma norma só é inconstitucional em relação ao parâmetro constitucional contemporâneo ao em que ela foi produzida.

Ato contínuo, tem-se a inconstitucionalidade por alteração informal da CF. É o caso de uma norma compatível com a constituição, mas que deixa de ser por um processo interpretativo da constituição. A interpretação da constituição sofre uma mutação que lhe confere novos ares, que tornam a norma incompatível com seu teor.

A norma constitucional, nesse caso, sofreu uma mutação constitucional. Não houve uma emenda constitucional que seguiu os ditames constitucionais. Ao contrário, trata-se

168 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2. Plenário. Rel. Min. Paulo Brossard, julgamento em 6-2-92, DJ de 21-11-97.

de um fenômeno prático: uma mudança hermenêutica do sentido da norma constitucional, que culminou na retirada de validade de uma norma inferior.

Por fim, temos a inconstitucionalidade superveniente por alteração da realidade fática. Aqui, o que torna a norma inconstitucional é uma mudança na realidade em que a norma está inserida, que vem a tornar que seu teor seja incompatível materialmente com a CF.

Tratemos desses dois casos juntos, eis que esses sim são casos de inconstitucionalidade superveniente, para que se possa analisar a aceitação ou não do fenômeno pela Corte suprema.

1.2 A inconstitucionalidade superveniente propriamente dita

Comumente se afirma que o STF não aceita a inconstitucionalidade superveniente. Mas, conforme exposto, dos três tipos dessa classificação, o primeiro é rechaçado pela Corte, não pela impossibilidade, mas por pertencer à distinta classificação: é caso de revogação por não recepção.

Os demais casos encontram guarida na melhor jurisprudência da Suprema Corte, o que realça a discussão sobre o tema e traz a importância de entendermos melhor o fenômeno e se há ou não aceitação do STF.

Segundo Pedro Lenza:

A regra da impossibilidade de inconstitucionalidade superveniente, contudo, apresenta duas exceções: a) mutação constitucional; b) mudança no substrato fático da norma. No primeiro caso (mutação constitucional), a redação do dispositivo da Constituição não é alterada, mas o seu sentido interpretativo muda, surgindo, então, uma nova norma jurídica. (...)

No segundo caso (mudança no substrato fático da norma), não se tem uma alteração no parâmetro da Constituição, mas nos novos aspectos de fato que surgem e que não eram claros no momento da primeira interpretação¹⁶⁹.

169 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 24ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

A jurisprudência foi evoluindo para a classificação do instituto, cujos nomes variavam de inconstitucionalidade progressiva, superveniente material ou sob a ótica material, ou um processo de inconstitucionalização progressiva.

Inicialmente, válido ressaltar que, ainda no início da caminhada jurisprudencial sobre o tema, o STF afirmou ter havido um caso de inconstitucionalidade progressiva em um caso paradigmático: isso porque se tratava de uma lei que havia sido, previamente, declarada constitucional pela Corte. Foi o caso do julgamento dos Recursos Especiais de nº. 567.985 e 580.963170:

Para a Corte, houve uma inconstitucionalidade superveniente do critério definido pelo § 3º do art. 20 da LOAS. (...) O § 2º do art. 102 da CF/88 menciona que a decisão proferida em ADI e ADC produzirá eficácia contra todos e efeitos vinculante com relação “aos demais órgãos do Poder Judiciário” e à administração pública. Desse modo, o próprio Texto Constitucional exclui o STF da incidência deste efeito vinculante. Isso tem como objetivo evitar a chamada “fossilização” da Corte Constitucional, de modo a permitir que o STF evolua em seus entendimentos de acordo com as mudanças da sociedade¹⁷¹.

Num amadurecimento jurisprudencial, a Corte foi além, e consignou expressamente na ementa a ocorrência do processo de inconstitucionalização, por alteração nas relações fáticas subjacentes à norma, foi o caso do amianto, cujo teor é imperioso ser colacionado:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. **Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica.** Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente

170 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 567985/MT, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 17 e 18/4/2013; RE 580963/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, 17 e 18/4/2013 (repercussão geral) (Info 702).

171 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Inconstitucionalidade do critério de renda per capita inferior a 1/4. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/6fd6b030c6afec018415662d0db43f9d>>. Acesso em: 04/08/2022

segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. **Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995.** Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. (...)

2. A Constituição de 1988 estabeleceu uma competência concorrente não cumulativa, na qual há expressa delimitação dos modos de atuação de cada ente federativo, os quais não se sobrepõem. Compete à União editar as normas gerais (art. 24, § 1º), não cabendo aos estados contrariar ou substituir o que definido em norma geral, mas sim o suplementar (art. 24, § 2º). Se, por um lado, a norma geral não pode impedir o exercício da competência estadual de suplementar as matérias arroladas no art. 24, por outro, não se pode admitir que a legislação estadual possa adentrar a competência da União e disciplinar a matéria de forma contrária à norma geral federal, desvirtuando o mínimo de unidade normativa almejado pela Constituição Federal. **A inobservância dos limites constitucionais impostos ao exercício da competência concorrente implica a inconstitucionalidade formal da lei.** 3. O art. 1º da Lei Federal nº 9.055/1995 proibiu a extração, a produção, a industrialização, a utilização e a comercialização de todos os tipos de amianto, com exceção da crisotila. Em seu art. 2º, a lei autorizou a extração, a industrialização, a utilização e a comercialização do amianto da variedade crisotila (asbesto branco) na forma definida na lei. Assim, se a lei federal admite, de modo restrito, o uso do amianto, em tese, a lei estadual não poderia proibi-lo totalmente, pois, desse modo, atuaria de forma contrária à prescrição da norma geral federal. Nesse caso, não há norma suplementar, mas norma contrária/substitutiva à lei geral, em detrimento da competência legislativa da União. 4. No entanto, o art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995 passou por um processo de inconstitucionalização, em razão da alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica, e, no momento atual, não mais se compatibiliza com a Constituição de 1988. Se, antes, tinha-se notícia dos possíveis riscos à saúde e ao meio ambiente ocasionados pela utilização da crisotila, falando-se, na época da edição da lei, na possibilidade do uso controlado dessa substância, atualmente, o que se observa é um consenso em torno da natureza altamente cancerígena do mineral e da inviabilidade de seu uso de

forma efetivamente segura, sendo esse o entendimento oficial dos órgãos nacionais e internacionais que detêm autoridade no tema da saúde em geral e da saúde do trabalhador. (...) 9. Ação direta julgada improcedente, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, com efeito erga omnes e vinculante¹⁷².

No caso em tela, a inconstitucionalidade foi configurada pela alteração na realidade em que inserida a norma, isso porque, ao tempo de sua promulgação, não havia base científica suficiente para que se entendesse os direitos sacrificados pelo uso da substância em questão, o amianto.

Para a configuração da inconstitucionalidade não houve, reprise-se, qualquer alteração constitucional, nem através de mutação, nem através de emenda constitucional, demonstrando que houve a declaração tão somente pela mudança fática.

Ainda assim, a Corte consignou expressamente seu entendimento pela caracterização da inconstitucionalidade superveniente, jogando uma pá de cal na afirmação de rechaço da Corte à tese da inconstitucionalidade superveniente.

Continuando, o STF, quando do julgamento do RE de nº. 135.328, afirmou expressamente pela ocorrência de inconstitucionalidade progressiva. A questão se baseava na possibilidade dada pelo Código de Processo Penal de ajuizamento da ação civil *ex delicto* pelo Ministério Público. Mas, tal atribuição, segundo a CF, é tarefa da Defensoria Pública, caracterizando o entrave.

Nessa senda, o STF se viu diante de uma situação peculiar: isso porque a Defensoria não se encontrava completamente instalada ao redor do País. Logo, uma lei inconstitucional em um Estado com Defensoria devidamente instalada, era, ao mesmo tempo, constitucional em um local com instalação deficitária do órgão.

LEGITIMIDADE - AÇÃO "EX DELICTO" - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFENSORIA PÚBLICA - ARTIGO 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CARTA DA REPÚBLICA DE 1988. A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal).

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 3937/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, julgado em 24/8/2017 (Info 874).

INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista¹⁷³.

Inquestionavelmente, em que pese a discussão sobre a modulação espacial da inconstitucionalidade (e conseqüente validade da norma), se configura o fenômeno da inconstitucionalidade superveniente, mais uma vez aplicada e aceita pela jurisprudência da Corte Suprema, rechaçando a afirmativa de que não é aceita a inconstitucionalidade superveniente.

Recentemente ganhou novos ares a discussão quando o STF afirmou por uma norma que está *a caminho para a inconstitucionalidade*, sendo uma norma *ainda constitucional*. É de se juntar o julgado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. PADRÕES DE QUALIDADE DO AR. CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (CONAMA): COMPETÊNCIA PARA EXERCER JUÍZO TÉCNICO DISCRICIONÁRIO DE NORMATIZAÇÃO DA MATÉRIA. PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL. RESOLUÇÃO CONAMA Nº 491, DE 2018: **NORMA CONSTITUCIONAL EM VIAS DE SE TORNAR INCONSTITUCIONAL**. CONCESSÃO DO PRAZO DE 24 (VINTE E QUATRO) MESES PARA EDIÇÃO DE NOVA RESOLUÇÃO: OBSERVÂNCIA DA ATUAL REALIDADE FÁTICA. 1. O Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) é órgão colegiado criado pela Lei nº 6.938, de 1981, dotado de capacidade institucional e responsabilidade, para, a partir de estudos e debate colegiado, dispor sobre “normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida”. 2. Diante das múltiplas vicissitudes e peculiaridades do caso, cabe,

173 BRASIL. Supremo Tribunal Federal; RE 135328; SP; Tribunal Pleno; Rel. Min. Marco Aurélio; Julg. 29/06/1994; DJU 20/04/2001; p. 00137.

prioritariamente, ao CONAMA, como órgão regulador e no exercício da sua capacidade institucional, aquilatar, com devida atenção e aprofundado rigor técnico, qual o melhor conjunto de medidas apto a orientar a política de controle da qualidade do ar. 3. Improriedade do Poder Judiciário em adentrar, ou mesmo substituir, o juízo técnico discricionário realizado na elaboração e no aprimoramento da política pública em foco. 4. Não se afigura salutar a conduta judicial de permanente e minudente escrutínio incidente sobre a condução das políticas públicas selecionadas pelo Administrador. 5. Em se tratando de tema de complexa e controvertida natureza técnico-científica, cabe ao Poder Judiciário atuar com ainda maior deferência em relação às decisões de natureza técnica tomadas pelos órgãos públicos com maior capacidade institucional para o tratamento e solução da questão. 6. Eventual atuação desta Suprema Corte no sentido de rever os critérios que redundaram na opção empreendida pelo CONAMA dependeria de manifesta falta de razoabilidade, de ausência de justificação ou de evidente abusividade na escolha empreendida pelo Administrador, não sendo este o caso dos autos. 7. A Organização Mundial da Saúde (OMS) indica que as diretrizes por ela traçadas não devem ser aplicadas automática e indistintamente, devendo cada país levar em conta os riscos à saúde, sua viabilidade tecnológica, questões econômicas e fatores políticos e sociais peculiares, além do nível de desenvolvimento e da capacidade de cada ente competente para atuar na gestão da qualidade do ar. 8. Sob a ótica do desenvolvimento sustentável, é necessário que sejam consideradas, pelo órgão regulador, o estágio mais atual da realidade nacional, das peculiaridades locais, bem como as possibilidades momentâneas de melhor aplicação dos primados da livre iniciativa, do desenvolvimento social, da redução da pobreza e da promoção da saúde pública, como elementos de indispensável consideração para construção e progressiva evolução da norma, de forma a otimizar a proteção ambiental, dentro da lógica da maior medida possível. 9. Reconhecimento de que a Resolução CONAMA nº 491, de 2018, afigura-se "ainda constitucional". Determinação ao CONAMA de edição de nova resolução sobre a matéria que considere (i) as atuais orientações da Organização Mundial de Saúde sobre os padrões adequados da qualidade do ar; (ii) a realidade nacional e as peculiaridades locais; e (iii) os primados da livre iniciativa, do desenvolvimento social, da redução da pobreza e da promoção da saúde pública. 10. Se decorrido o prazo de 24 (vinte e quatro) meses, sem a edição de novo ato que represente

avanço material na política pública relacionada à qualidade do ar, passarão a vigorar os parâmetros estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde enquanto perdurar a omissão administrativa na edição da nova Resolução. 11. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente¹⁷⁴.

No entendimento da Corte, trata-se de uma norma que é *ainda* constitucional, eis que está em progressão para a inconstitucionalidade, precisando ser melhorada, mas cuja resolução não cabe ao Poder Judiciário, por não conter a *expertise técnica* necessária à elaboração da norma pertinente.

Ao fazer isso, determinou ao próprio órgão, o Conama, que editasse nova resolução, levando em consideração as alterações no substrato fático inerente, como as atuais orientações da Organização Mundial da Saúde.

Assim, em última análise, trata-se de, mais uma vez, reconhecimento da inconstitucionalidade superveniente de uma norma pela jurisprudência do STF, eis que, se está a caminho da inconstitucionalidade, tratar-se-á de uma incompatibilidade que surgiu posteriormente por alterações no substrato fático da norma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perpassando todos os tipos de incompatibilidade dos atos normativos com a Constituição Federal, o momento de surgimento da inconstitucionalidade se mostra um referencial importante na caracterização do fenômeno. Isso porque entender pela possibilidade de uma norma sofrer um processo de inconstitucionalização é entender pela evolução dos conceitos constitucionais.

Em que pese a aferição da constitucionalidade de uma norma dar-se tomando como parâmetro a Constituição do momento da elaboração da norma concreta, é de se entender que existem fatos que influenciam no próprio entendimento do texto constitucional – ou seja, é possível haver uma alteração no que se entende pelo preceito, sem alteração do preceito *per si*.

Nesse intento, entender pela possibilidade de inconstitucionalidade superveniente apenas quando ocorre uma mudança hermenêutica ou alteração do substrato fático da norma parece mais acertado, tese que encontra respaldo na melhor jurisprudência pertinente do Supremo Tribunal Federal.

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 6148/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, redator do acórdão Min. André Mendonça, julgado em 4 e 5/5/2022 (Info 1053).

Inclusive, nos ajuda a entender a exclusão da hipótese quando a inconstitucionalidade se verifica por alteração formal da Constituição. Isso porque se trata de uma não recepção na norma específica, através da revogação.

Ou seja: a negativa de aceitação da inconstitucionalidade superveniente pela jurisprudência do STF se dá quando se leva em consideração apenas uma modalidade que, a rigor, nem mesmo se trata do fenômeno em si.

Por isso que há de ser feita um esclarecimento: o STF aceita a inconstitucionalidade progressiva quando há mutação constitucional ou alteração no substrato fático da norma. Isso, inclusive, decorre da impossibilidade de uma norma aplicável e que permaneça imutável com a passagem do tempo.

Quer se trate de lei ou de norma constitucional, mister se faz adaptá-las às inovações tecnológicas, científicas e filosóficas que acontecem no meio social, até para conferir aplicabilidade às normas. Isso porque uma norma que não se adapta não se aplica. Acaba por cair na falácia do simbolismo: torna-se um mero dever ser sem aplicabilidade prática no meio social.

Para que uma norma constitucional permaneça com força normativa, é necessário que ocorram processos de adaptação de seu texto. Para compreender, basta entender que a constituição brasileira, apesar de recente, foi promulgada há mais de 30 anos, em 1988.

Diz-se recente pela comparação com constituições de outros países, comumente mais antigas que a Brasileira, como a dos Estados Unidos, promulgada em 1787. Mas, mesmo sendo recente, adaptações se fazem necessárias, como o caso emblemático do amianto, em que, quando afirmou-se pela constitucionalidade não havia tecnologia suficiente para analisar corretamente as questões relativas.

Num momento posterior, passa-se a ter mais conhecimento técnico sobre a substância, daí porque falar que houve uma alteração do substrato fático da norma: agora se sabe que a utilização findaria por inconstitucional por incompatibilidade com direitos assegurados pela Carta Maior.

Nessa senda, é imperioso reconhecer a possibilidade de ocorrer a inconstitucionalidade superveniente. Isso porque, de fato, um ato normativo que era constitucional passou a não mais ser. A própria existência de eventual declaração inicial de constitucionalidade é imprescindível para que uma norma que sofria duras críticas seja aplicável, eis que essa declaração do STF transforma a presunção relativa em absoluta.

Mas, isso não se torna um empecilho intransponível, haja vista que a própria Corte pode rever seu posicionamento, e passar a entender pela incompatibilidade – reconhecendo a ocorrência do instituto aqui discutido.

A negativa do fenômeno da inconstitucionalidade superveniente é, ao mesmo tempo que um retrocesso sem aval do STF, um contrassenso, na medida em que tem sido cada vez mais corriqueiro na prática constitucional brasileira.

O reconhecimento do instituto permite que se adeque o texto constitucional às alterações mundanas, sendo esse o melhor caminho para conferir ao texto constitucional longa vida – algo almejado por toda a sociedade. Quanto mais fraco um ordenamento, mais fraca é a aplicabilidade de seu vértice hierárquico (como do resto da pirâmide normativa).

Assim, é de se concluir pela aceitação da inconstitucionalidade superveniente pela jurisprudência do STF, quando verdadeiramente se trate de sua ocorrência, sendo esse o melhor caminho para uma maior segurança jurídica no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4887/DF, ADI 4888/DF e ADI 4889/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, julgado em 10/11/2020 (Info 998).

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2. Plenário. Rel. Min. Paulo Brossard, julgamento em 6-2-92, DJ de 21-11-97.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 567985/MT, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 17 e 18/4/2013; RE 580963/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, 17 e 18/4/2013 (repercussão geral) (Info 702).

_____. Supremo Tribunal Federal; RE 135328; SP; Tribunal Pleno; Rel. Min. Marco Aurélio; Julg. 29/06/1994; DJU 20/04/2001; p. 00137.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 3937/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, julgado em 24/8/2017 (Info 874).

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 6148/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, redator do acórdão Min. André Mendonça, julgado em 4 e 5/5/2022 (Info 1053).

BRAGA, Francisco. Direito Constitucional grifado. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Inconstitucionalidade do critério de renda per capita inferior a 1/4. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/6fd6b030c6afec018415662d0db43f9d>>. Acesso em: 04/02/2023

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 24ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

OS DESAFIOS DA INSERÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO E A ESPERANÇA NO TELETRABALHO

VANUSA DA COSTA ARAÚJO:
Concludente do Curso de Direito da UFPI.¹⁷⁵

MARCUS VINICIUS FERREIRA RAMOS¹⁷⁶
(coautor)

FRANCISCO METON MARQUES DE LIMA¹⁷⁷
(orientador)

RESUMO: O presente artigo busca pesquisar os problemas da inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho e a esperança que o teletrabalho traz para essa população, tendo como objetivo geral identificar as dificuldades de gozo desse direito a *priori* assegurado por lei e objetivos específicos como analisar como a pandemia teve interferência. Com o avanço da tecnologia, discute-se a oportunidade de inserir essa mão de obra no mercado de teletrabalho compatível com a qualificação acadêmica do candidato. Assim, a importância da pesquisa cresce na medida em que a desinformação pela sociedade ainda se impõe como barreira no momento da contratação de pessoas com deficiência. Nesse desiderato, analisa-se o modo como esses indivíduos podem ser incluídos nesses espaços. Para tanto, lançou-se mão do método dedutivo, de caráter descritivo e explicativo, adotando a pesquisa bibliográfica, com leitura analítico-reflexiva de doutrinas, da legislação nacional e internacional. O teletrabalho aparece como uma luz diante dos obstáculos, dado que a pessoa pode atuar de qualquer lugar sem a necessidade de deslocamento para a empresa no intuito de realizar as tarefas contratadas, onde o indivíduo passa a ser visto apenas pelas suas habilidades, abstraindo-se o problema da deficiência de que ele é portador.

Palavras-Chaves: Pessoa com deficiência. Mercado de trabalho. Acessibilidade. Inclusão social. Cotas trabalhistas. Teletrabalho.

1 INTRODUÇÃO

¹⁷⁵ Contato: costaaraujovanusa@gmail.com

¹⁷⁶ Concludente do Curso de Direito da UFPI.

¹⁷⁷ Francisco Meton Marques de Lima. Professor Titular e integrante do PPGD da UFPI, Desembargador do TRT. Escritor.

O Trabalho compõe a centralidade da civilização, da organização social, política e econômica das nações, responsável pelo disciplinamento, hierarquização, aperfeiçoamento tecnológico da humanidade. Por sua vez, enquanto houver necessidade de produção de bens e serviços e respectiva distribuição, haverá relação de trabalho, cuja existência atrai a necessidade de normatização específica, conseqüentemente, do Direito do Trabalho e de todo o aparato imprescindível à sua realização.

Com efeito, o Trabalho constitui um direito fundamental social, um dos fundamentos da República, da Ordem Econômica e o caule da árvore sobre a qual se ergue a Ordem Social dogmatizada a partir do art. 193 da Constituição Federal.

Assim, o trabalho ocupa a preocupação central da sociedade, dos governos, dos grupos, das famílias e dos indivíduos. Medida da autoestima individual e coletiva. Conseguir trabalho decente e bem remunerado perfaz o sonho dos povos e dos indivíduos. A questão do mercado de trabalho ocupa os cérebros mais privilegiados da Economia, da Sociologia, da Política, do Direito, da Administração, da Medicina.

E quando se trata de mapear brechas legais nesse lajedo social para inserir pessoas com deficiência, a dificuldade de agiganta. Para o deficiente, inserir-se no mercado de trabalho constitui um marco na sua história, a conquista de sua independência financeira e afirmação da autoestima, e ele efetivamente vai corresponder às expectativas, por ser inteligente e hábil para adquirir competências e conhecimentos teóricos e práticos ao longo de toda sua formação na carreira que deseja seguir. O processo de formação profissional dessa criatura gera grande expectativa do seu grupo social, formando uma corrente de apoio tendo em vista a abertura de oportunidade.

Com efeito, ninguém é perfeito e todos têm alguma deficiência, de modo que ninguém está apto a exercer todas as funções no plexo do mercado de trabalho e quase ninguém está incapacitado para todas essas funções. A propósito, já dizia Campanella (*in*: A Cidade do Sol, publicada em 1522) que nenhum defeito é bastante para manter os homens na ociosidade, salvo na idade decrépita, na qual ainda são úteis dando conselhos. O deficiente das pernas serve de vigia com os olhos; o cego, com as mãos, desfia a lã e prepara a pluma; a quem falta audição, serve à república com as pernas e as mãos. É só explorar as habilidades de cada um. Para tanto, é necessário que a sociedade se eduque para acolher todos os seus filhos, cabendo ao Estado desenvolver políticas públicas para esse acolhimento, estimulando a abertura de espaço de trabalho digno para aqueles que padecem de alguma deficiência. Assim, todos os membros da sociedade serão produtivos, úteis, que tenham renda pelo seu trabalho, por direito, e não por favor estatal ou social.

A Constituição de 1988 estabeleceu a proibição da discriminação de qualquer natureza e de qualquer origem, assegurando aos indivíduos igualdade de oportunidade,

de emprego ou ocupação, vedando discriminação quanto aos critérios de contratação e remuneração, devendo a pessoa com deficiência ser tratada com o mesmo nível de igualdade que os demais, porém com as medidas compensatórias necessárias e adequadas.

Iniciando a regulamentação da vontade constitucional, a lei 7.853/89 veio para legitimar a inclusão desses indivíduos no mercado de trabalho, por meio da obrigatoriedade. Assim, as instituições públicas ou privadas têm a obrigação de incluir em seus quadros de funcionários uma porcentagem de pessoas com deficiência. Além disso, estabeleceu direitos básicos de qualquer indivíduo para que se mantenha sua dignidade, desenvolva suas habilidades educacionais, exerça direito a acessibilidades e aos tratamentos de saúde, bem como criminalizou o preconceito (GONÇALVEZ, 2016).

Todavia, apesar do amparo legal às pessoas com deficiência, ainda é possível perceber muito preconceito da sociedade e do mercado de trabalho na inclusão delas, tornando todo processo complexo e desafiador. Assim, o teletrabalho aparece em boa hora como excelente oportunidade para a redução de custos e aumento nos índices de contratação e redução dos problemas de mobilidade (SILVA; GILIO, 2020).

Com efeito, apesar de vasta regulamentação, culminando com a aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, e da volumosa propaganda, ainda é possível observar muita desinformação sobre os direitos das PcDs e os deveres dos empregadores, revelando-se o mercado hostil a essa realidade, a essa categoria presente em quase todos os lares do Brasil, impondo dificuldades que vão desde a qualificação, a acessibilidade nos locais de trabalho, o preconceito dos empregadores e dos outros colaboradores da empresa e de transporte, obstáculos que se desavolumam com a modalidade do trabalho à distância.

Registre-se, por oportuno, que a obrigatoriedade instituída pela Lei de Cotas – Lei n. 8.213/91 – ainda não chegou à sua concretude, com baixos índices de incorporação desses indivíduos no quadro de funcionários das empresas, fato a demandar a intensificação da política de convencimento das empresas, bem como a criação de estímulos às empresas para o acolhimento dos PcDs.

Diante de todo o exposto, chegou-se ao seguinte questionamento de problema de pesquisa: A inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho ocorre como determina a lei? Para tanto, lançou-se mão do método dedutivo, de caráter descritivo e explicativo, adotando a pesquisa bibliográfica, com leitura analítico-reflexiva de doutrinas, da legislação nacional e internacional.

O desenvolvimento da pesquisa foi realizado em três capítulos, onde no primeiro é abordado o conceito dogmático do que é a pessoa portadora de deficiência, a pessoa com

deficiência no Brasil abordando a evolução legislativa, o segundo capítulo traz o instituto do teletrabalho e por fim, o último capítulo traz uma discussão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho.

2 PESSOA COM DEFICIÊNCIA – CONCEITO DOGMÁTICO

De acordo com o Decreto 3.298/99, deficiência pode ser definida como a *“perda total ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividades dentro do padrão considerado normal para o ser humano”* (MENDES; PAVARINI, 2016, p.03).

A Organização Mundial de Saúde estabelece uma trilogia de elementos, citados por LIMA e LIMA (2019, p. 53):

- a) no plano físico, o impedimento (assim entendido como a perda ou a anomalia de estrutura e função psicológica, fisiológica ou anatômica);
- b) no plano funcional, a inabilidade (compreendida por restrições ou falta de habilidade – resultante de impedimento – para desempenhar atividade dentro da escala considerada normal);
- c) no plano social, a incapacidade (apontada como uma desvantagem para um certo indivíduo resultante de um impedimento ou deficiência que limite ou lhe impeça o desempenho de um papel considerado normal para o mesmo, dependendo da idade, sexo e fatores socioeconômico).

Podendo ainda ser classificada como temporária, em que a área comprometida ou com limitação pode ser recuperada, por meio de tratamentos e/ou cirurgias. Ao contrário da permanente, em que o indivíduo tem na sua formação intrauterina, ou em algum momento da sua vida ocorre, em um ou em vários elementos, algum comprometimento ou limitação, que não tem possibilidade de recuperação, nem por tratamento ou cirurgia (FRIEDRICH, 2016).

Logo, se considera deficiência toda limitação física, auditiva, visual, mental, múltipla, de nascimento ou adquirida. O termo politicamente correto é, segundo a Secretaria de Direitos Humanos, estabelecido pela portaria nº 2.344, “pessoa com deficiência”, tendo como pejorativo o termo “pessoa portadora de deficiência” (MENDES; PAVARINI, 2016).

2.1 Pessoa com Deficiência no Brasil

Desde a mais remota antiguidade, até meados do século XVIII, as pessoas com deficiência eram deixadas às margens da sociedade, sofriam abusos e preconceitos, eram vistas como aberrações e suas deficiências como punição divina. Viviam muitas vezes escondidas ou aprisionadas em hospitais, sendo consideradas para a sociedade como pessoas inúteis e até mesmo inválidas. No início desse século XVIII, surgiu um segundo contexto, algumas pessoas com deficiência eram vistas como dignas de piedade, de cuidado e de ajuda, comportamento esse que mudou com a chegada do século XIX, em que as ações adquiriram cunho pedagógico, que tinham por objetivo garantir os direitos sociais coletivos, iniciando um movimento de inclusão desses indivíduos em atividades educativas (GONÇALVES, 2016).

Apesar dessa aparente preocupação, as ações efetivas só vieram a acontecer após o fim da II Guerra Mundial no ano de 1945, pela quantidade de famílias órfãs, de indivíduos mutilados, com deficiências múltiplas físicas, sensoriais e intelectuais que retornavam para suas casas, e que necessitavam se reintegrar na sociedade por serem indivíduos economicamente ativos, foi se atrás de tecnologia assistidas com técnicas especializadas com o objetivo de reabilitar e reintegrar esses indivíduos a sociedade (PINHEIRO; DELLATORRE, 2015).

As primeiras leis assistencialistas que visavam incluir e integrar esses indivíduos no mercado de trabalho vieram no governo de Getúlio Vargas entre 1930 e 1945, no que se refere à educação, reabilitação, profissionalização e inserção no mercado de trabalho. Período de grandes marcos como a criação da Consolidação das Leis de Trabalho (CLT). Movimentos mais significados e efetivos ocorreram nos anos 70, com o surgimento da ideia de "equiparação de oportunidades", prosseguindo nos anos 90 com o movimento de conscientização da sociedade da necessidade que as pessoas com deficiência têm de se integrar, de trabalhar e usufruir dos seus direitos livremente, tendo mais acessibilidade e oportunidade dentro da sociedade em que vive (GONÇALVES, 2016).

Na dogmática, a legislação é pródiga, iniciando pela Constituição Federal, que veda qualquer discriminação quanto aos salários e critérios de admissão – arts. 7º, XXXI; estabelece competência concorrente da União, Estados, DF e Municípios para legislar sobre o tema – 24, XIV; estipula cotas nos concursos públicos para pessoas com deficiência – art. 37, VIII; e no art. 227, § 2º, estipula que os logradouros e edifícios de uso público e transporte coletivo se adequem para atender as necessidades dessas pessoas. A Lei n. 7.853/89 e o Dec. n. 3.298/99 consolidam a legislação tutelar do deficiente.

O art. 93 da Lei n. 8.213/91 institui cotas no mercado de trabalho para os deficientes habilitados e os trabalhadores reabilitados: de 2% para empresas que tenham entre 100 e 200 empregados; 3% entre 201 e 500 empregados; 4% entre 501 a 1.000; e 5% de 1.001 em diante. A multa pelo descumprimento, cfr. art. 133 da Lei n. 8.213, varia de R\$ 1.195,13 a R\$ 119.512,33.

Para o setor público, o art. 37, VIII, determina que a lei reservará vagas no serviço público para deficientes. O Estatuto do Servidor Público, Lei n. 8.112/90, regulamenta essa matéria.

Cumpra definir o que é deficiente. O Prof. Francisco Gérson Marques de Lima (1997, 2000) pesquisou o assunto, expressando que:

A Organização Mundial de Saúde estabeleceu a trilogia de elementos conceituadores de *deficiências*, os quais são: a) no plano físico, o *impedimento* (assim entendido como a perda ou anomalia de estrutura e função psicológica, fisiológica ou anatômica); b) no plano funcional, a *inabilidade* (compreendida por restrições ou falta de habilidade — resultante de *impedimento* — para desempenhar uma atividade dentro da escala considerada normal); e c) no plano social, a incapacidade (apontada como uma desvantagem para um certo indivíduo resultante de um impedimento ou deficiência que limite ou lhe impeça o desempenho de um papel considerado normal para o mesmo, dependendo da idade, sexo e fatores socioeconômicos).

Desse conceito, sobressaem elementos de natureza *moral* – valorização da pessoa humana; *social* – integração ou reintegração no meio social; *econômica* – reabilitação para um desempenho produtivo.

A Convenção n. 159 da OIT (promulgada pelo Decreto Legislativo n. 51/89) trata da matéria. O art. 3º do Decreto n. 3.298/99, considera:

I — deficiência — toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II — deficiência permanente — aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos.

O art. 4º do referido Decreto classifica a deficiência em cinco categorias: física, auditiva, visual, mental e múltipla. O inciso I considera pessoa portadora de deficiência física a que se enquadra nas seguintes categorias:

I — deficiência física — alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da

função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções.

Por último, o art. 2º da Lei n. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), assim define:

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

A avaliação de deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

I – os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II – os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III – a limitação no desempenho de atividades; e IV – a restrição de participação.

Cumprir registrar que a deficiência, com a incapacitação para o trabalho ou a redução dessa capacidade, muitas vezes decorre de acidente de trabalho ou doença ocupacional. Nesses casos, a consequência imediata é a reparabilidade dos danos morais e materiais, bem como o direito à readaptação no trabalho.

A Lei n. 7.853/89 dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sob a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes e dá outras providências. A Lei n. 12.587/12 instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, garantindo ampla acessibilidade – “facilidade disponibilizada às pessoas que possibilite a todos autonomia nos seus deslocamentos desejados”.

3 MERCADO DE TRABALHO E A LEGISLAÇÃO PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que o trabalho seja um direito fundamental, para todo indivíduo de acordo com sua capacidade e escolha,

com proteção contra o desemprego. Assim como os artigos 6º e 7º da Constituição de 1988, que preveem oportunidade de emprego para qualquer indivíduo como um direito, sem nenhum tipo de discriminação (PESCHUTI; LIMA, 2017).

Assim, a Constituição, no seu artigo 208, inciso III, garante o direito a educação especial para pessoas com deficiência, devendo ocorrer nas Escolas de Ensino Regular. Em 1989 é publicada a lei nº 7.853, dispondo sobre a necessidade de capacitação e habilitação das pessoas com deficiência, para sua inserção e permanência no mercado de trabalho (GONÇALVES, 2016).

O que, de acordo com o senso de 2010, não vem acontecendo, pois 61,1% dos indivíduos com deficiência na faixa etária dos 15 Anos de idade não possuem nenhum nível de instrução ou apenas o ensino fundamental, diferente do índice de indivíduos sem deficiência na mesma faixa etária, que é de 38,2%. Isso acontece pela falta de profissionais e de instituições preparadas para receber esses alunos, que acabam desistindo perante todas as suas dificuldades de locomoção e preconceito, dificultando a abertura do mercado de trabalho. E as empresas, devido à lei de cotas, quando abrem vagas obrigatórias, o fazem nas áreas operacionais e de produção, que solicitam baixos níveis de instrução (LEITE, 2019).

Assim, a pessoa com deficiência tem amparo legal para adentrar ao mercado de trabalho, em tese existe uma equidade de oportunidades, no entanto, Leite (2019) destaca que além das barreiras do preconceito, cultural, mobiliária e estrutural a pessoa com deficiência tem uma barreira Atitudinal, que se caracteriza como um tipo de preconceito, em que se lança um estigma ou estereótipo como forma de discriminação, de maneira direta dentro de uma fala ou indireta com um olhar diferente ou exclusão do indivíduo. E muitas vezes a pessoa com deficiência já recebeu tantas formas de preconceito que ela mesma levanta essas barreiras, colocando-se em uma posição inferior e de exclusão dentro do próprio ambiente de trabalho, tendendo a isolar-se e preferir solicitar os benefícios garantidos pela Constituição Federal, pela Lei nº 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social- LOAS), regulamentada pelo Decreto nº 6.214/2007, consistente no auxílio no valor de um salário mínimo, de acordo com as seguintes condições: pessoa deficiente ou com 65 anos ou mais e que não tenha como prover o seu próprio sustento e nem ser provido por sua família.

A pessoa com deficiência se depara em muitos casos com a baixa qualificação para certos cargos desejados, devido às barreiras estruturais de acessibilidade e o capacitismo que sempre encontra quando decide manter-se ativo na sociedade, demonstrando que as oportunidades nem sempre são equivalentes para esses indivíduos, provocando um movimento deles para recusa de trabalhos com carteira assinada, devido à perda do

benefício assistencial, que tem remuneração equivalente à do trabalho e pelo risco constante de perda do emprego, o que difere do benefício, que é uma assistência continuada (LEITE, 2019).

3.1 Teletrabalho como opção para abertura de mercado para pessoas com deficiência

O termo *telecommuting*, muito difundido nos Estados Unidos e *Home Office*, como é mais conhecido no Brasil, refere-se à modalidade de trabalho realizado fora das dependências da organização empregadora, podendo ser executada no próprio domicílio, que não requer nenhum tipo de deslocamento entre o local de trabalho e o domicílio do empregado. No entanto, essa modalidade de trabalho difere do trabalho a domicílio, que deve ser realizado exclusivamente no domicílio do empregado (DUTRA, 2021).

O que segundo Filardi, Castro e Zanini (2018) apontam estudos que apresentam o teletrabalho como uma forma de melhor planejamento do trabalho, por permitir o acesso total ou parcial das informações e das telecomunicações com a empresa e seus trabalhadores, do seu domicílio ou lugar remoto. Nascendo como ferramenta alternativa para lidar com a crise econômica mundial e com a descentralização do poder.

Por ser crescente a integração dessa modalidade de trabalho no mercado, realizou-se o reconhecimento das modalidades de teletrabalho e o uso de ferramentas tecnológicas na relação de trabalho mediante a Lei nº 12.551/12, que alterou o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho:

Artigo 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

A regulamentação do teletrabalho se aprofundou com a Lei n. 13.467/2017, da reforma trabalhista, proporcionando maior segurança jurídica aos empregadores e trabalhadores na prática dessa modalidade, estabelecendo no seu art. 75-B, que o teletrabalho, realizado predominantemente fora das dependências da empresa, à distância, não constitui desvio dessa modalidade a convocação do empregado a comparecer ao local de trabalho para a execução de alguma tarefa específica.

Gomes (2017) afirma que existem duas modalidades dentro dos contratos de teletrabalho, a primeira é a *online*, que ocorre via ligação informática com troca de dados e atualizações reais entre o trabalhador e o empregador, sendo interligado por um sistema de comunicação. Já o segundo é a modalidade *Off-line*, onde a troca de informações acontece após o fim da realização das tarefas, sem atualizações simultâneas, utilizando-se de um software de apoio e o resultado do trabalho pode ser entregue através de um *floppy disk*, ou enviado via modem, ou mediante uma conexão simples.

Deste modo, o teletrabalho surge como uma alternativa de emprego para as pessoas com deficiência, tornando-se uma ferramenta salvadora quanto à inclusão no mercado de trabalho, por ofertar a esses indivíduos liberdade, autonomia e participação social como alternativa capaz de garantir uma igualdade e equidade no processo de inclusão Sociolaboral (GOMES, 2017).

4 RESULTADOS E DISCUSSÕES

4.1 Mercado de trabalho x Pessoa com deficiência

Apesar da obrigatoriedade que a Lei n. 7.863/89 instituiu, visando facilitar todo o processo de inclusão das pessoas com deficiência, por terem sido por muito tempo ignorados e marginalizados, esbarrava com a falta de qualificação, com a ausência de estruturas adequadas que facilitassem a mobilidade e até a discriminação por parte da equipe. Assim, percebeu-se que a inclusão não deveria ser fundamentada na obrigatoriedade como instituiu a lei 8.213/91, que estabelece especificamente em seu artigo 93, a cota para as empresas, entre o mínimo de 2% e máxima de 5% do seu quadro (PINHEIRO; DELLATORRE, 2015).

Com efeito, o passado é um fardo. Esse passado marcado pela discriminação e desigualdade puseram no isolamento as pessoas que apresentavam qualquer deficiência – física, sensorial (auditiva e visual) e intelectual. Todavia, com o avançar dos direitos, observou-se que essas pessoas poderiam se desenvolver, exercer profissões e colaborar ativamente na sociedade. Ainda mais que, segundo o IBGE de 2010, as pessoas com deficiência chegam a 23,95% (45,6 milhões de pessoas), sendo considerado um numero relevante de pessoas, que precisam e devem ter seu espaço para desenvolver suas habilidade e construir suas carreiras profissionais. No entanto, dessa porcentagem estima-se que apenas 0,9% estão em empregos formais (NASCIMENTO; MEDEIROS, 2022).

As Pessoas com Deficiência (PCD), apesar de atualmente possuírem instrumentos legislativos que auxiliam no processo de inserção no mercado, ainda se têm um preconceito e a visão de que o empregador está fazendo caridade para esses indivíduos,

submetendo-os a jornadas algumas vezes exaustivas e com remuneração inferior à dos outros colegas que ocupam o mesmo cargo (FRIEDRICH, 2016).

Registre-se, por oportuno, que é possível observar ainda não se obedece à legislação da pessoa com deficiência, o que de certa forma, afasta esse público do mercado, pois, além de enfrentar todo o preconceito, dificuldades de acessibilidade, baixa qualificação, pressões diárias no ambiente de trabalho, ainda lida com o medo da perda do trabalho, que para indivíduos com deficiência ativos no mercado profissional é um risco multiplicado. Já que para essas pessoas existe uma dificuldade nas oportunidades, o recebimento de benefícios vitalícios e de direito constitucional revela-se mais cômodo, como é apresentado na fala de um dos participantes da pesquisa de Leite (2019, p. 125):

[...] eu sou uma pessoa com deficiência e eu recebo um benefício do governo. Para mim é cômodo, porque eu vou trabalhar, sofrendo a pressão de uma empresa privada, sabendo que amanhã ou depois eu posso ser demitido, sendo que o benefício do governo é vitalício para mim e dá um conforto para minha família. Então isso gera um comodismo no próprio PcD e na família. Porque acaba sendo bom para a família também: para que eu vou querer que meu filho trabalhe sendo que pinga todo mês um dinheiro do governo aqui na minha casa? Não é muito, mas já ajuda a pagar conta de água, luz e telefone.

Isso dificulta o cumprimento da legislação de direito da pessoa com deficiência, dado as próprias empresas apontam dificuldades de contratação, pois além da carência de capacitação e especialização, esses indivíduos por muitas vezes preferem adentrar ao mercado de trabalho de maneira informal e até mesmo ilegal, exercendo a função, mas sem nenhum vínculo formal de emprego e respectivos direitos, visando preservar o direito ao benefício vitalício, pois ao se assumir um contrato de trabalho formal se prova toda sua capacidade de provisão do sustento e o benefício é suspenso (LEITE, 2019).

Deste modo, o Teletrabalho surge como um avanço da tecnologia na atualidade, que modifica as relações de trabalho. Apresentando-se dentro desse contexto tecnológico, as modalidades de contratos flexíveis, previstos na lei n. 13.467/17 (NASCIMENTO; MEDEIROS, 2022).

4.2 Teletrabalho como perspectiva de novas oportunidades e qualidade de vida para pessoas com deficiência

Os aspectos que envolvem as definições do teletrabalho se relacionam com: a utilização de tecnologias da informação e comunicação (TICs); intensidade de

competências; ambiente interno e externo à organização; englobando a localização de trabalho do indivíduo (PANTOJA; ANDRADE; OLIVEIRA, 2020).

Por se encontrar no teletrabalho um caminho facilitador da acessibilidade, caracterizada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) como “uma possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação” (LEITE, 2019, p. 103).

Levando em consideração essas dimensões da Acessibilidade, observa-se no estudo de BEZERRA (2020) que o teletrabalho proporciona melhoria de produtividade e qualidade de vida, apontando altos índices de satisfação com o suporte tecnológico.

Por ser de interesse mundial salvaguardar postos de trabalho para pessoas com deficiência, na tentativa de integrar esses indivíduos ao mercado e à sociedade de maneira atuante. Para tanto, ratificou-se a Convenção de 159º, pactuando com a Organização Internacional do Trabalho (OIT) no acolhimento de precauções favoráveis, visando à valorização das habilidades e capacidades de cada trabalhador (SILVA; GILIO, 2020).

O teletrabalho entra com uma perspectiva positiva de abertura de mercado para pessoas com deficiência, por ainda se perceber que o mercado é excludente se observar que muitas empresas pecam com a falta de acessibilidade ou equipamentos que auxiliem no deslocamento desses indivíduos. Assim, essa nova modalidade aparece para proporcionar maior igualdade e equidade de desempenho de tarefas e de oportunidades (SILVA; GILIO, 2020).

De acordo com o estudo de Sousa, Capestrini e Gonçalves (2015) o teletrabalho elimina muitas das barreiras sociais como acesso aos locais, deslocamento, mobiliário, dificuldade nas vias públicas e principalmente diminui o realce da deficiência em relação às capacidades da pessoa com deficiência. Por acreditarem que essas pessoas serão uma “problemática” para a empresa, sendo vistas como pessoas doentes e de pouca saúde, que não trarão retorno e rentabilidade.

Apesar de o teletrabalho ser considerado uma grande oportunidade para abertura de mercado, o estudo de Filardi, Castro e Zanini (2020) aponta possíveis desvantagens a essa nova modalidade, como o custo dos equipamentos que devem ser fornecidos ao trabalhador para o desenvolvimento das suas funções, distração com atividades domiciliares e familiares, além da diminuição dos recursos sociais na inclusão, pela falta de parceiros de trabalho, causando o isolamento dos indivíduos, sem contar o descontrole na carga de trabalho realizada diariamente.

No entanto, no mesmo estudo os autores colocam pontos estatísticos de acordo com afirmações dos entrevistados, em que os pontos positivos se contrapõem e se destacam, pois 67,3% dos entrevistados afirmam que receberam toda a estrutura necessária para desenvolvimento das suas tarefas, onde 63,3% afirmam ter tido uma redução nos seus custos, e 87,8% sentem-se menos expostos a violência, poluição e a discriminação, em que 85,7% têm a sensação de maior segurança, o que diminui em 65,3% as ausências por atestados médico ou por falta de acessibilidade.

A qualidade de vida apontada pelos entrevistados é de 90,8%, pois se diminuiu o tempo de deslocamento, tem-se maior privacidade e maior autonomia de execução e de organização das tarefas. Entretanto, percebe-se uma queda na questão de reconhecimento pela empresa e pelos colegas, que cai para 64,3% a sensação de reconhecimento (FILARDI; CASTRO; ZANINI, 2020).

No entanto, apesar dos diversos benefícios apontados dentre todos os estudos, Bezerra (2021) aponta na sua pesquisa que existe um ponto de insatisfação dentro do teletrabalho que são as relações entre os colegas de trabalho, por não se ter um contato pessoal e presencial participativo dentro da empresa. Assim, tem-se uma preocupação com o isolamento dos profissionais com deficiência, tendo em vista que dentro da história esse grupo já sofreu com discriminação e preconceito em todas as fases da vida relacionada ao Capitalismo desses indivíduos. Levando em consideração que a Resolução nº 227 de 2016 do Conselho Nacional da Justiça frisa a importância das PcD, destaca a importância de manter esses indivíduos integrados e ativo na sociedade e no mercado de trabalho. Sendo resolvido com a troca de informações mais efetiva entre o grupo profissional e pela promoção de capacitações e reuniões de todo o grupo organizacional, promovendo trocas de conhecimentos e experiências entre os grupos e classes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pessoa com deficiência sofre com diversas barreiras para ser integrada à sociedade e ao mercado de trabalho de maneira ativa e participativa. O estudo auxiliou a apontar algumas dessas dificuldades que vão desde o preconceito histórico dentro da sociedade, da falta de acessibilidade estrutural e mobiliário, além das dificuldades de qualificação e especialização da mão de obra desses indivíduos.

Esses indivíduos ainda sofrem com o capacitismo constante do empregador, tendo seu trabalho muitas vezes desvalorizado e inferiorizado pela organização e muitas vezes por eles mesmos, que se colocam em posição inferior e de isolamento, percebendo as oportunidades de trabalho como caridade da empresa, aceitando receber uma remuneração inferior à estabelecida para o cargo, além de atuarem por muitas vezes no mercado apenas informalmente, visando continuar a receber o auxílio vitalício pela sua

deficiência por sentirem as oportunidades desiguais e o medo constante da perda do eventual emprego.

O teletrabalho aparece como uma luz diante desses obstáculos, pois o indivíduo pode atuar de qualquer lugar sem a necessidade de deslocamento para a empresa no intuito de realizar a tarefa. Assim, o indivíduo passa a ser visto apenas pelas suas habilidades de execução da função, não sendo levado em consideração a sua deficiência como critério de execução do seu trabalho.

Durante a busca por estudos que abordassem essa modalidade de trabalho, foi destacado por diversos autores o ganho de qualidade de vida, já que essa modalidade permite que a pessoa tenha todo o suporte estrutural oferecido pela empresa na sua residência, facilitando a execução das suas funções e aumentando o seu índice de rendimento e reconhecimento dentro da empresa.

Portanto, o teletrabalho pode ser visto como uma ferramenta que permite concretizar o direito da pessoa com deficiência ao trabalho, proporcionando dignidade, valorizando a mão de obra desses indivíduos, assumindo um papel sociolaboral muito importante.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, J. S. Qualidade de vida de trabalhadores com deficiência no teletrabalho compulsório: um estudo em organizações públicas brasileiras. **Escola Nacional de Administração Pública (Enap)**. Disponível: <http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/6596>. Acesso em 15 Nov. 2021.

DUTRA, I. S. **O potencial do teletrabalho na inclusão profissional de pessoas com deficiência**. [MONOGRAFIA] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à FGV DIREITO RIO como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/31636>. Acesso em 15 Nov. 2021.

FILARDI, F.; CASTRO, R. M. P.; ZANINI, M. T. F. Vantagens e desvantagens do teletrabalho na administração pública: análise das experiências do Serpro e da Receita Federal. **Caderno EBAPE.BR**, v. 18, nº 1, Rio de Janeiro, Jan./Mar. 2020.

FRIEDRICH, R. W. **Pessoa com deficiência no mercado de trabalho: dificuldades na inclusão**. XIII Seminário Internacional, Demandas Sociais E Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea & IX Mostra Internacional de Trabalho Científico.

GOMES, A. S. **O teletrabalho e a inclusão social para portadores de deficiência** [MONOGRAFIA] Trabalho de conclusão apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – Campus Capão da Canoa, 2017. Disponível: <https://repositorio.unisc.br/jspui/handle/11624/2091>. Acesso em 20 Ago. 2022.

GONÇALVES, F. R. **Inclusão: o mercado de trabalho para a pessoa com deficiência.** [MONOGRAFIA] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade Católica Salesiana do Espírito Santo, como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Psicologia. 2016. Disponível em: https://www.ucv.edu.br/fotos/files/TCC-2016-1_Franciely.pdf. Acesso em 15 Nov. 2021.

LEITE, F. M. Mercado de trabalho e pessoas com deficiência: desafios à inclusão. - Rio de Janeiro: **Lumen Juris**, 2019. 224 p.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Igualdade de tratamento nas relações de trabalho. São Paulo: alheiros, 1997.*

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Pérciles Rodrigues Marques de. **Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista.** 17 ed. São Paulo: LTr, 2019.

LIMA, T. C. S., MIOTO, R. C. T. Procedimentos metodológicos na construção do conhecimento científico: a pesquisa bibliográfica. **Rev. katálysis [online]**. 2007, vol. 10, n.spe, pp.37-45.

MENDES, G. M., PAVARINI, S. C. C. **Dificuldades e barreiras na inclusão no mercado de trabalho para PCDS (pessoas com deficiência).** Disponível em: https://uniseal.edu.br/wp-content/uploads/2019/05/Dificuldades_e_barreiras_PCD_Grasielly_Sara.pdf. Acesso em 15 Nov. 2021.

NASCIMENTO, D. R.; MEDEIROS, F. P. O teletrabalho como instrumento de inclusão laboral da pessoa com deficiência à luz do direito ao trabalho decente. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, ISSN 2318-5732, v. 10, nº 1, 2022.

PANTOJA, M. J.; ANDRADE, L. L. S.; OLIVEIRA, M. A. M. Qualidade de vida no teletrabalhocompulsório: percepções de trabalhadores de uma organização pública brasileira. **Revista da UI_IP Santarém-Unidade de Investigação do Instituto Politécnico de Santarém**, v. 8, n. 4, p. 80-94, 2020.

PESCHUTI, M. Q.; LIMA, R. C. D. S. A inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. **Pedagogia em Foco**, Iturama (MG), v. 12, n. 7, p. 102-116, jan./jun. 2017.

PINHEIRO, L. R. S.; DELLATORRE, R. Desafios da inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho: um estudo sobre a percepção dos envolvidos. **PERSPECTIVA**, Erechim. v. 39, n.148, p. 95-109, dezembro/2015.

SILVA, W. L. R; GILIO, L. O teletrabalho como política pública de inclusão social das pessoas com deficiência no Brasil. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 19, nº 37, p. 191-204, jul.-dez. 2020. ISSN Eletrônico: 2238-1228.

AS CONSIDERAÇÕES SOCIAIS E JURÍDICAS ACERCA DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A ATUAÇÃO DA COORDENADORIA DA MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RENATA SANDRINE DA SILVA:

Pós graduada em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura (EPM-TJSP) e Assistente Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

RESUMO: Esse trabalho objetiva demonstrar como a cultura social machista adotada há muitos anos por nossa sociedade ainda existe e produz danosas consequências. Além do que, faremos considerações acerca das principais legislações que buscam prevenir e combater a citada violência. Por fim, mencionaremos, ainda, o relevante trabalho realizado pela Coordenadoria da mulher em situação de violência doméstica e familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, que presta um serviço de auxílio às vítimas para que elas possam romper o ciclo de violência e recuperar-se de seus efeitos nocivos.

Palavras-chave: 1. Violência de gênero, doméstica e familiar contra a mulher 2. Machismo 3. Legislações brasileiras no combate à violência contra a mulher 4. Coordenadoria da mulher em situação de violência doméstica e familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo (Comesp)

ABSTRACT: This work aims to demonstrate how the sexist social culture adopted for many years by our society still exists and produces harmful consequences. In addition, we will make considerations about the main laws that seek to prevent and combat this violence. Finally, we will also mention the relevant work carried out by the Coordination of women in situations of domestic and family violence in the Judiciary of the State of São Paulo, which provides assistance to victims so that they can break the cycle of violence and recover sure of its harmful effects.

Keywords: 1. Gender, domestic and family violence against women 2. Chauvinism 3. Brazilian legislation to combat violence against women 4. Coordination of women in situations of domestic and family violence in the Judiciary of the State of São Paulo (Comesp)

1. Introdução

Por muitos anos, a cultura machista adotada pelo Brasil impediu que as mulheres fossem tratadas com igualdade perante os homens, colocando-as em uma situação hierarquicamente inferior apenas pelo fato de terem nascido pertencendo ao sexo feminino, menosprezando, muitas vezes, seus sofrimentos e negando punição aos homens responsáveis pela violação de seus direitos mais básicos.

O sistema jurídico era fortemente influenciado pela sociedade e tratava com discriminação suas mulheres, sendo tal cenário claramente demonstrado pela análise do teor de algumas de suas leis, tais como a definição da “mulher honesta”, ou mesmo pela aceitação da tese da excludente de legítima defesa da honra para diminuir a pena ou mesmo absolver o homem que assassinava sua companheira devido ao fato de ter provas ou uma mera suspeita de que ela o tivesse traído.

Após muita resistência social e jurídica, conseguiu-se, através das lutas das mulheres feministas, bem como devido aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que a legislação do país fosse sendo alterada, e, com o tempo, passaram não apenas a prever constitucionalmente a igualdade entre mulheres e homens, como também a punir mais severamente os agressores de violência de gênero, doméstica e familiar, voltando o olhar para os cuidados que a vítima desse tipo de crime necessita.

Todavia, apesar das inúmeras conquistas femininas, a violência de gênero, doméstica e familiar contra a mulher no Brasil ainda possui um índice assustador.

Esse cenário ocorre como consequência de uma cultura machista que foi adotada há muitos anos por nossa sociedade e que, apesar de formalmente ser considerada superada, ainda surte efeitos nas relações entre mulheres e homens.

Através de pesquisas bibliográficas, estudo de legislações e jurisprudências, e, ainda, análise de fatos históricos e atuais, o presente trabalho pretende revelar, a íntima ligação entre a cultura da sociedade brasileira e a violência de gênero, doméstica e familiar contra a mulher, enfatizando as lutas vencidas e as conquistas até aqui alcançadas, com o fito de demonstrar que, apesar das inúmeras vitórias jurídicas, faz-se necessário, agora, eliminar a raiz do problema: a cultura do machismo.

2. A cultura da violência de gênero, doméstica e familiar contra a mulher no Brasil

2.1 Definição de violência de gênero

O gênero é uma construção histórica criada pela sociedade que, diante das diferenças entre os sexos feminino e masculino, resolveu dar-lhes papéis e importâncias

diversas no interno das relações e, também, dentro do corpo social a que pertencem, gerando, assim, desigualdade e discriminação social:

El género puede ser definido como una construcción social e histórica de carácter relacional, configurada a partir de las significaciones

y la simbolización cultural de diferencias anatómicas entre varones y mujeres. En este sentido, constituye una serie de asignaciones sociales

que van más allá de lo biológico/reproductivo y a partir de las cuales se adjudican características, funciones, derechos y deberes. Es decir,

“modos de ser” y “actuar” diferenciales para varones y mujeres. Implica el establecimiento de relaciones, roles e identidades activamente

construidas por los sujetos a lo largo de sus vidas, en nuestras sociedades, históricamente produciendo y reproduciendo relaciones de desigualdad social y de dominación/subordinación.¹⁷⁸

Em verdade, a diferença de gênero é uma ferramenta que a sociedade se utiliza na tentativa de legitimar as relações hierárquicas que pregam a existência de uma virilidade masculina em face de uma submissão feminina.

Nesse diapasão temos os esclarecimentos de Barreda que aduz que gênero pode ser conceituado como:

(...) uma construção social e histórica de caráter relacional, configurada a partir das significações e da simbolização cultural de diferenças anatómicas entre homens e mulheres. [...] Implica o estabelecimento de relações, papéis e identidades ativamente construídas por sujeitos ao longo de suas vidas, em nossas

178 Vide: <https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derechos-personas-lgtbi/Ley%20Derecho%20a%20la%20Identidad%20de%20G%C3%A9nero.Argentina.pdf>, p. 101

sociedades, historicamente produzindo e reproduzindo relações de desigualdade social e de dominação/subordinação.¹⁷⁹

Em idêntico sentido, Scott afirma que a concepção de gênero:

(...) compreende dois importantes aspectos: no primeiro, gênero é recebido como elemento constitutivo das relações sociais, baseado nas diferenças percebidas entre os sexos; no segundo, gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder.¹⁸⁰

Nesse contexto, podemos conceituar a violência de gênero contra a mulher como sendo aquela que decorre em razão do gênero feminino da vítima, externalizando a desigualdade e a discriminação que o agressor homem tem em face das mulheres, e deixando evidenciado, ainda, sua crença [totalmente descabida] da existência de uma relação hierárquica de poder do homem em relação à mulher.

Nessa toada, as ilustres autoras Alice Bianchini, Mariana Bazzo e Silvia Chakian, na obra “Crimes Contra Mulheres – Lei Maria da Penha, Crimes Sexuais e Feminicídio” asseveram que:

A violência de gênero, por sua vez, envolve uma determinação social dos papéis masculino e feminino. Toda sociedade pode atribuir diferentes papéis ao homem e à mulher. Até aí tudo bem. Isso, todavia, adquire caráter discriminatório quando a tais papéis são estabelecidos pesos e importâncias diferenciados. Quando a valoração social desses papéis é distinta, há desequilíbrio, assimetria das relações sociais, o que pode acarretar violência. No caso da nossa sociedade, os papéis masculinos são supervalorizados em detrimento dos femininos, trazendo prejuízos para as mulheres que, em sua dimensão mais acentuada, chegam à violência contra a mulher. ¹⁸¹

Nossa sociedade, desde há muito tempo, adotou a postura de “coisificar” a mulher, fazendo-a ocupar o papel de submissão dentro da relação com o homem, afrontando-se, dessa maneira, a dignidade da pessoa humana da “submissa”. Nesse sentido:

179 BARREDA, Victoria. Género y travestismo el debate. *In: Opiela, Carolina Von. Derecho a la identidad de género: Ley 26.743*. Buenos Aires: La Ley, 2012, p. 101

180 SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil para análise histórica. Trad. Christiane Rufino Dabat Maria Betânia Ávila. *Educação e Realidade*, 20 (2), p. 71-99, jul./dez. 1995, p. 21

181 BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. *Crimes contra mulheres: Lei Maria da Penha, Crimes sexuais, Feminicídio*. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 20

Mas há que se frisar que o legislador procurou, principalmente, firmar a posição de que a violência de gênero não se confunde com as demais formas de violência, porque ela caracteriza-se principalmente na cultura machista do menosprezo pela mulher, bem como na ideia de perpetuação da submissão da mulher ao mando do homem, autorizando a equivocada e nefasta disseminação da inferioridade do gênero feminino em relação ao masculino, permitindo a “coisificação” da mulher, numa afronta direta à doutrina da dignidade da pessoa humana, consolidada já na filosofia kantiana e expressamente inserida no art. 1º, inc. III, da CRFB.¹⁸²

Na mesma obra citada anteriormente, qual seja, “Crimes Contra Mulheres – Lei Maria da Penha, Crimes Sexuais e Femicídio”, sabiamente as autoras destacam algumas importantes características da violência de gênero, senão, vejamos:

- 1) Ela decorre de uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher;
- 2) Esta relação de poder advém dos papéis impostos às mulheres e aos homens, reforçados pela ideologia patriarcal, os quais induzem relações violentas entre os sexos, já que calcados em uma hierarquia de poder;
- 3) A violência perpassa a relação pessoal entre homem e mulher, podendo ser encontrada também nas instituições, nas estruturas, nas práticas cotidianas, nos rituais, ou seja, em tudo que constitui as relações sociais;
- 4) A relação afetivo-conjugal, a proximidade entre vítima e agressor (relação doméstica, familiar ou íntima de afeto) e a habitualidade das situações de violência tornam as mulheres ainda mais vulneráveis dentro do sistema de desigualdades de gênero, quando comparado a outros sistemas de desigualdade (classe, geração, etnia).¹⁸³

¹⁸² SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher*. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 50

¹⁸³ BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. *Crimes contra mulheres: Lei Maria da Penha, Crimes sexuais, Femicídio*. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 22

As supracitadas características reforçam o entendimento de que a violência de gênero advém de uma imposição histórica e social que ditou papéis diferentes a mulheres e homens, criando uma indevida desigualdade e uma relação de poder deste sob àquela.

É fato que, como afirmado na citação acima, muitas vezes, a mulher torna-se ainda mais vulnerável devido à proximidade da relação que tem com seu agressor e a habitualidade das agressões.

2.2 Definição de violência doméstica e familiar contra a mulher

O artigo 5º da Lei 11.340/06 nos traz a definição de violência doméstica e familiar contra a mulher, "*ipsis verbis*":

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Analisando o dispositivo acima, podemos concluir que violência doméstica e familiar contra a mulher é toda ação ou omissão baseada no gênero e que resulte em qualquer dano à vítima.

Notemos, também, que a Lei define "unidade doméstica" como espaço de convívio permanente de pessoas, mesmo sem vínculo familiar e, inclusive engloba aquelas pessoas que se encontram esporadicamente agregadas.

Como âmbito familiar a Lei define a comunidade de indivíduos que são ou se consideram aparentados, podendo ou não estar unidos por laços naturais, laços de afinidade ou vontade expressa.

A Lei diz, ainda, que se compreende violência doméstica e familiar contra a mulher se a ação ou omissão em razão do gênero ocorrer em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a vítima, independentemente de coabitação.

A norma esclarece, por fim, que as relações pessoais as quais ela aduziu independem de orientação sexual. Nesse sentido:

Portanto, juridicamente falando, entende-se que a Lei Maria da Penha deve ser aplicada às lésbicas, aos travestis e aos transexuais, pois o que de fato a citada lei busca é mais do que proteger o sexo biológico mulher; é proteger todos aqueles que se comportam como mulheres, exercendo seu papel social. 184

Assim, a Lei Maria da Penha aplica-se as biologicamente mulheres e, também, aquelas que exercem seu papel social como mulheres, tais como, travestis, gays, lésbicas e transexuais. Vejamos:

(...) a juíza da 1ª Vara Criminal da Comarca de Anápolis do Tribunal de Justiça do Goiás, Ana Cláudia Veloso Magalhães, nos autos do processo nº 201103873908, em 21 de setembro de 2011, aplicou as medidas protetivas descritas na Lei Maria da Penha a um homem que era parceiro de uma transexual feminina que sofria maus tratos.

(...)

O juiz Alcides da Fonseca Neto, da 11ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, nos autos do processo nº 0093306-35.2011.8.19.0001, julgou ser aplicável a Lei Maria da Penha em favor de um homem que mantinha relação homossexual a mais de três anos e foi agredido por seu parceiro, o qual de posse uma garrafa, lesionou o rosto, perna, lábios e coxa da vítima.

Na mesma direção caminhou a juíza da Vara Criminal, da Comarca de Primavera do Leste do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, Aline Luciane Ribeiro Viana Quinto, nos autos do processo nº 6670-72.2014.811, no caso onde a vítima do sexo masculino declarou que, após o término da sua relação homossexual, seu ex-companheiro,

184 Vide:

http://www.lex.com.br/doutrina_23343224_A_APLICACAO_DA_LEI_MARIA_DA_PENHA_AO_GENERO

por ser uma pessoa possessiva e agressiva, o vinha perseguindo. A magistrada entendeu que as medidas protetivas descritas na Lei 11.340/06 poderiam ser aplicadas as “relações homoafetivas que, em face de espécie de violência doméstica, estejam vulneráveis”. 185

Feitos esses necessários esclarecimentos iniciais, debruçaremos agora na raiz do problema da violência contra a mulher: a cultura do machismo.

2.3 A cultura do machismo brasileiro:

A violência de gênero doméstica e familiar no Brasil é enraizada no machismo cultural de nossa sociedade, uma vez que esse fenômeno é o principal responsável em estruturar a desigualdade existente entre homens e mulheres em nosso país.

Vejam agora um pouco de nossa história a fim de conseguirmos entender a cultura preconceituosa adotada antigamente e como ainda hoje ela produz efeitos dentro da nossa sociedade, nos permitindo, assim, a clara conclusão que para combater o machismo e, por consequência, a violência contra a mulher, temos que desconstruir o que foi anteriormente construído, e, para tanto, devemos reeducar o nosso povo:

O jeito como os homens são, atualmente, no Brasil, é resultado de um processo histórico. Um modo de ser apreendido, ensinado, imitado e reproduzido ao longo de muitos anos.

Desde a colonização do Brasil pelos europeus, em 1500, os homens que chegaram ao país, usaram da violência, primeiramente, contra os povos indígenas que aqui viviam, depois contra os povos africanos escravizados. A mesma coisa aconteceu e continua acontecendo contra mulheres, crianças e outros homens.

No Brasil Colônia, a sociedade era patriarcal e a figura do pai-patrão tinha poder absoluto sobre suas terras, posses e mulheres. O castigo físico era frequente, num ambiente em que o homem exercia essa violência contra sua mulher, filhos e escravos. Na época, o rei e a igreja aprovavam a escravidão e o poder dos homens sobre as mulheres e crianças. Com as mudanças sociais, a criação do Estado brasileiro, das cidades e o desenvolvimento da medicina, uma série de mudanças ocorreu, assim, criaram-se leis e normas para regular a vida em sociedade. Mas, mesmo essas leis e normas foram criadas por homens que detinham o poder, como governantes, padres e médicos.

Essas leis continuaram deixando as mulheres sem direitos. Elas não podiam votar, estudar, trabalhar fora de casa e nem ter uma vida sexual livre.

185 Vide: <https://rafael-arruda.jusbrasil.com.br/artigos/471186474/maria-da-penha-para-homossexuais-masculinos>

Muitos homens, via de regra, eram os controladores da vida das mulheres, de “suas” esposas, “suas” filhas, “suas” irmãs e até de “suas” mães. Criavam seus filhos valorizando a força, a virilidade e a potência, enquanto que para suas filhas valorizavam a submissão, a beleza e a virgindade. A sexualidade feminina era controlada pelos padres, pais, irmãos, maridos e filhos. A vida da mulher deveria ser em função da gravidez, amamentação e filhos. A imagem da prostituta era o oposto da esposa-mãe, uma ameaça permanente que as mulheres corriam, de perder o respeito social, caso não aceitassem as regras machistas. Assim, um homem comum, “de família”, mesmo que frequentasse locais de prostituição, continuava sendo respeitado pela sociedade, ao passo que a mulher só poderia ser respeitada se fosse mãe e dona de casa.

(...)

Identificamos que a cultura machista e patriarcal mantém e reproduz relações de dominação levando a muitas desigualdades, violências e discriminações contra a pessoa humana.

Construir uma sociedade menos violenta é possível, com homens menos violentos, capazes de compartilhar e conviver respeitosamente com as outras pessoas. O homem não é naturalmente violento, mas aprende a exercer violência em sua socialização machista e agride as pessoas que considera com menor poder.

Identificamos que a convivência em grupo com homens não-violentos pode despertar outros discursos masculinos, usualmente não aceitos no dia a dia da cultura patriarcal. Concretiza-se, assim, a possibilidade de desconstrução dessa violência por meio de uma vivência em grupo baseada no respeito aos direitos humanos.¹⁸⁶

Infra segue representações ilustradas que espelham alguns exemplos de como o pensamento machista age em nossa sociedade:

186 Vide:

<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/41/Documentos/Cartilha%20Masculinidades%20GT%20Cons%C3%B3rcio%20versao%20final.pdf>, p. 20/21 e 31



FIGURA 1: [HTTPS://MEDIUM.COM/@TYANELEAL/VAMOS-FALAR-DO-MACHISMO-VELADO-FD2D0670658C](https://medium.com/@tyaneleal/vamos-falar-do-machismo-velado-fd2d0670658c)



FIGURA 2: [HTTPS://SEIHISTORIA.FILES.WORDPRESS.COM/2015/04/MULHER.PNG](https://seihistoria.files.wordpress.com/2015/04/mulher.png)

A opressão feminina que vivemos há séculos é também muito bem representada através de várias poesias Cecilianas, como exemplo citaremos abaixo parte da poesia denominada "Prisão":

(...) Quatro mil mulheres, no cárcere, e quatro milhões – e já nem sei a conta, em lugares que ninguém sabe, estão presas, estão para sempre – sem janela e sem esperança, umas voltadas para o presente, outras para o passado, e as outras para o futuro, e o resto – o resto, sem futuro, passado ou presente, presas em prisão giratória, presas em delírio, na sombra, presas por outros e por si mesmas, tão presas que ninguém as solta, e nem o rubro galo do sol nem a andorinha azul da lua podem levar qualquer recado à prisão por onde as mulheres se convertem em sal e muro. 1956 (Meireles, 2001, v.2, p.1759-60)187

187 Vide: <http://books.scielo.org/id/3vj9m/pdf/silva-9788579830327-06.pdf>, p. 3

O poema "Prisão" descreve o aprisionamento de mulheres e foi escrito em 1956, quando o machismo reinava desnorreadamente em nossa sociedade e a opressão às mulheres era enorme.

No decorrer da biografia de nossa sociedade, gradativamente, passaram a existir mulheres que iam de encontro ao que lhes era imposto e lutavam pelos direitos femininos, o que permitiu as mudanças e vitórias alcançadas até hoje e que serão oportunamente retratadas nesse trabalho.

Conforme anteriormente afirmado, a violência contra a mulher é, portanto, um produto histórico de nosso corpo social e, assim como foi construída, derivando-se do poder que era concedido apenas aos homens, pode e deve ser desconstruída a frente dos valores e princípios atualmente defendidos e que valem mais do que qualquer questão sexista e preconceituosa, tendo sido essa a guerra travada por muitas mulheres desde a séculos atrás.

Para ocorrer essa desconstrução, contudo, faz-se necessário que a mudança aconteça, primeiramente, em nossa sociedade, pois foi no seio dela que essa desigualdade nasceu, avançou e provocou tantas barbaridades e injustiças.

Nesse diapasão, a juíza Fabriziane Stellet Zapat assevera que:

A sociedade tem um papel de grande relevância na proteção da mulher, visto que a grande causa da violência está no machismo estruturante dessa mesma sociedade brasileira. As pessoas naturalizam a violência contra mulher e não observam que, no dia a dia, em pequenos atos, mulheres são vítimas de violência, discriminação e discursos de ódio apenas pelo fato de serem mulheres. É comum que meninas tenham tarefas domésticas diferenciadas de meninos numa mesma família; é comum que mulheres, mesmo em cargos de poder, sejam assediadas da forma que homens não são; é considerado "normal" que um homem sinta ciúmes de sua mulher e impeça determinadas condutas (é até entendido como "cuidado" e "proteção"); é comum que vítimas de violência sejam questionadas nas suas atitudes quando, na verdade, são vítimas. A questão é tão complexa e tão profundamente enraizada na sociedade brasileira, que levaremos décadas e décadas de desconstrução de rígidos estereótipos de gênero para formar uma sociedade mais equânime para homens e mulheres, sendo esse um dos grandes desafios para o desenvolvimento sustentável do planeta. É nossa grande responsabilidade, de toda sociedade, trabalharmos na

educação de meninos e meninas, para que se compreendam como pessoas humanas dignas e que merecem e devem respeito entre si. *188*

A fim de que possamos entender a íntima ligação existente entre a dinâmica de violência contra a mulher e a cultura machista ainda hoje existente em nossa sociedade, o psicólogo e sociólogo Flávio Urra¹⁸⁹, nos fornecerá o olhar, não apenas de um homem e psicólogo assíduo nos estudos que envolvem o tema, mas também de alguém que utiliza todos seus conhecimentos para semanalmente realizar trabalhos com autores de crimes de violência contra a mulher, com o fito de extirpar a cultura machista, contribuindo para consolidar de vez a igualdade de gêneros em nossa sociedade e apoiando a prevenção e o combate da violência de gênero. Vejamos o que o conceituado profissional disse em conversa com essa orientanda:

P: O senhor acredita que o machismo ainda exista em nossa sociedade?

R: Sim, o machismo ainda existe e de uma forma muito forte mesmo, pois ainda hoje ele organiza a sociedade, organiza as relações entre homens e mulheres, organiza o mercado de trabalho. O machismo organiza o nosso jeito de estar no mundo mesmo.

P: O senhor acredita que o machismo seja o grande responsável pela violência de gênero, doméstica e familiar contra a mulher? Por quê?

R: Sim, e não apenas responsável pela violência contra a mulher, mas também pela violência contra as crianças, questão do abuso sexual contra as crianças, a questão da briga entre torcidas, as brigas urbanas, entre outras.

Acredito que o machismo seja responsável por quase todos os tipos de violência de nossa sociedade. É só pensarmos no seguinte: quase sempre que uma violência ocorre tem por trás a questão do homem provar que é "macho", aquela coisa do homem falar que ele é capaz de "matar e morrer para provar que é homem", que ele "não leva

188 Vide: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/entrevistas/2019/a-grande-cao-da-violencia-contra-a-mulher-esta-no-machismo-estruturante-da-sociedade-brasileira>

189 Mestre em Psicologia Social pela PUC/SP. Participa do Elo Mulher – Grupo Intersecretarial de Gênero da Prefeitura de Santo André, atua como Diretor do Departamento de Orçamento Participativo da Secretaria de Orçamento e Planejamento Participativo.

desaforo para casa”, ou seja, o homem ataca as pessoas para exercer poder sobre elas e com isso provar a sua masculinidade.

P: Quais ações o senhor considera necessárias para combater o machismo dentro da nossa sociedade?

R: É preciso ter um trabalho de educação mesmo, porque o machismo é ensinado, nós, homens, aprendemos o machismo, então, precisamos ensinar todos os homens, até mesmo as crianças, a não serem machistas, ensinar a ser homens melhores enquanto espécie humana, pois o que percebemos na sociedade é que os homens são embrutecidos na socialização, desde muito cedo eles são estimulados a cometerem violência, a agredir, os meninos são pressionados a gostarem de lutar, e as brincadeiras de meninos costumam ser violentas, a todo momento um querendo mostrar que é melhor do que o outro, que não sente dor, que é insensível, coisas assim.

Ainda dentro dessa questão sobre o que fazer, acredito que esse processo educativo tenha que ser seguido nas escolas, temos que ter professores e professoras formados para lidar com os alunos desde a creche de forma igualitária, tratando meninos e meninas de forma igual, ensinando os meninos a não serem machistas, ensinando as meninas a se defenderem, desde pequenos.

Precisamos de professores e professoras que não reproduzam o machismo, e realizem o “não machismo” em um processo educativo, porque a medida que as crianças forem crescendo não machistas, deixaremos de multiplicar esse mal, quando elas se tornarem pais e mães se transformaram em pessoas não machistas, havendo mais igualdade na sociedade.

Outra coisa é a própria questão política também, pois para eliminar o machismo, as mulheres precisam ter mais poder, logo, precisamos ter mais mulheres nas políticas, mais senadoras, mais donas de empresa, mais donas de terra, mais eventos em empresas que esclareçam sobre a igualdade de gêneros, porque o machismo estrutura a sociedade nesse instante em que homens ainda ocupam mais situações de

poder. Portanto, quanto mais as mulheres estiverem no poder, mais as mulheres passarão a ser valorizadas de forma igual aos homens.

P: Há alguma relação entre a violência contra a mulher e a cada vez mais frequente inserção de mulheres no mercado de trabalho?

R: Na verdade, acredito que seja o contrário: na medida em que as mulheres se inserem no mercado de trabalho e conseguem independência financeira, esse se torna o melhor passo para elas se libertarem da violência contra a mulher, pois uma das causas da violência é essa dependência financeira que muitas mulheres ainda possuem.

Essa dependência pode ser descrita pelo que chamamos de “lógica patriarcal”: o homem, por ser o provedor da casa, acha que tem mais direitos, como se ele fosse o patrão da casa, afinal, quem paga o salário é o patrão, e a partir do momento que o homem se sente o patrão da casa, ele exerce o poder, e a medida em que a mulher trabalha e passa a ter mais poder ela pode, então, libertar-se de uma relação de opressão com mais facilidade, uma vez que a questão financeira não será mais tão importante.

P: A dependência financeira é um fator quando se analisa a violência contra a mulher?

R: A dependência financeira é sim um dos fatores, apesar de existirem outros, como dependência emocional, isso porque a formação machista que as mulheres aprendem também faz com o que elas tenham uma dependência emocional em relação aos homens, pois elas se sentem inferiores, mais incapazes, sentem que não tem a mesma capacidade que os homens têm de se organizar, mas isso tudo devido ao que lhes foi imposto pela sociedade em sua educação.

P: Muito tem se falado nos últimos anos a respeito do racismo estrutural na sociedade brasileira. É possível dizer que também temos um machismo estrutural?

R: Sem dúvida. No Brasil, tanto o racismo estrutural quanto o machismo estrutural têm a mesma origem que é aquela origem

escravocrata. Quando Portugal fez o Brasil Colônia a lógica era que os homens proprietários de terra teriam o total poder aqui, ou seja, aqueles que tinham as terras eram os que mandavam e, durante trezentos anos Portugal não fez qualquer tipo de intervenção no Brasil no sentido de legislar, criar leis, regras, não tinha nenhum tipo de legislação, cada proprietário de terra era dono absoluto de tudo, então, ele impunha suas vontades, de forma personalista, sobre as mulheres, sobre os seus escravizados, os donos das terras mandavam, podiam punir fisicamente, até matar, não apenas os escravizados, mas também as mulheres, as crianças, os povos indígenas, isto é, a nossa lógica patriarcal concentrava todo o poder nas mãos dos homens.

Devemos lembrar que até quando existiu a escravidão, todo o trabalho doméstico, assim como também todo trabalho realizado fora do lar, eram realizados pelos escravizados, porém, quando acabou a escravidão, passou-se a dividir os trabalhos da seguinte forma: os homens realizavam os trabalhos fora de casa, enquanto as mulheres cuidavam do trabalho do lar em substituição aos escravizados, ocorre que as mulheres não recebiam pelos serviços que realizavam, já os homens sim, então, a grosso modo pode dizer que as mulheres passaram a ocupar o lugar dos escravos, pois realizavam todo o trabalho doméstico, sem receber por isso e tendo que dever obediência aos homens.

Uma coisa que observamos é que a própria forma de construir as cidades foi baseado em cima do trabalho gratuito das mulheres, então, o fato dos homens terem salário e as mulheres não, fez com o que a desigualdade fosse permanente, dando aos homens mais poder, e fazendo as mulheres trabalharem de graça para cuidar da casa e dos filhos; quem mandava era o homem, a mulher trabalhava para ele como uma “segunda categoria de cidadão”.

Então, existe sim um machismo estrutural, em que toda a sociedade é montada em uma estrutura, em uma lógica machista, concentrando o poder e a renda nas mãos de homens.

Isso em qualquer situação, pois, se por exemplo, se observarmos nas escolas, notaremos que em sua base a maioria são mulheres

trabalhadoras, professoras, e quando vai se subindo na pirâmide o poder vai se concentrando nas mãos de homens, até se chegar a pessoa mais poderosa da educação que normalmente é um homem. Outro exemplo são as igrejas, em que a base costuma ser formada por mulheres, mas o poder normalmente é encontrado nas mãos de um homem. E assim por diante em inúmeras situações.

P: Mulheres pobres e ricas estão expostas à violência de gênero de maneira semelhante? É possível traçar um perfil das vítimas e dos agressores?

R: Sim, mulheres pobres e ricas estão dispostas à violência da mesma forma. A distribuição de tarefas domésticas, por exemplo, Quando se pesquisa o tanto de horas que mulheres ricas se dedicam as tarefas domésticas, ainda é maior do que o tempo que os homens se dedicam, ou seja, existe uma clara desigualdade na distribuição de tarefas domésticas e isso independentemente da classe social em que se vive.

Podemos pensar que mulheres ricas não precisam fazer tarefas domésticas, mas isso não é verdade, costumam ser as mulheres ricas quem organizam o lar, contratam as pessoas que irão cuidar da casa, organizam a casa, então, o trabalho das mulheres, mesmo as ricas, continua sendo um trabalho gratuito feito em casa.

E, quanto as violências, as mulheres ricas também as sofrem, a única coisa é que as mulheres ricas normalmente têm medo de ser expostas socialmente, as casas são grandes, então os vizinhos não ouvem os gritos, as surras, portanto, as mulheres ricas sofrem violência da mesma forma, ou até mais do que as mulheres pobres.

Quanto mais poder o homem tem, mais ele pode vir a exercer a violência de forma sistemática até para justificar o seu poder e o parceiro de uma mulher rica costuma ter muito poder.

O que acontece muito é que as mulheres pobres são mais expostas, então, os vizinhos ouvem os gritos e denunciam. Portanto, acabamos tendo maior controle da violência quanto aos pobres do que quanto aos ricos.

Quanto a questão do perfil, percebemos que qualquer mulher pode sofrer violência, aliás, se pesquisarmos e pedimos para as mulheres pararem para pensar, poderemos verificar que toda mulher em algum momento da vida já sofreu violência moral, física, sexual, patrimonial ou psicológica. Eu já ouvi relatos de uma juíza contando dos abusos e violência que ela sofreu, e, também já ouvi outros diversos relatos de mulher ricas nesse sentido, assim, qualquer mulher pode sofrer violência.

E é a mesma coisa quanto aos agressores, pois, por exemplo, no programa “E agora, José?” atendemos homens que foram condenados por crimes de gênero e percebemos como o agressor não tem um perfil exato, no programa nos deparamos com homens formados em grandes universidades, e, também, com homens que não sabem nem ler e nem escrever, lá temos homens ricos e homens pobres, portanto, qualquer homem também pode cometer a violência contra a mulher.

Nesse contexto, é evidente que o combate à violência de gênero, doméstica e familiar contra a mulher é uma luta, em verdade, contra a desigualdade existente entre mulheres e homens e que referida batalha pertence a toda sociedade, pois apenas se extingue um mal quando se elimina as suas raízes e, nesse caso, a raiz é a citada desigualdade e quem a alimenta é a própria coletividade, cabendo a ela, portanto, eliminar sua particular – e injusta - criação.

2.4 A legislação brasileira e o machismo

O direito é, por vezes, influenciado pelo meio social e, com relação ao machismo não foi diferente, na medida em que o mencionado fenômeno foi o responsável pela existência de diversas leis e dispositivos que traziam em seu bojo o espelho daquilo que era vivido pelo corpo social.

Nessa seara, existiam muitas normas da legislação brasileira, bem como teses doutrinárias, que transmitiam um verdadeiro preconceito ao referirem-se a mulheres e homens, colaborando, dessa maneira, para o aumento da desigualdade e fornecendo legitimidade formal ao que sempre foi essencialmente ilegítimo.

Não se pode olvidar que, no Brasil, até pouco tempo a legislação pátria era motivadora do aprofundamento da cultura patriarcal e opressora contra as mulheres. Até o ano de 2002 o Código Civil trazia previsões discriminatórias, como por exemplo, a

anulação do casamento quando a mulher tivesse sido deflorada antes do casamento, o que expunha a mulher como uma mera mercadoria, podendo ser devolvida a família como um bem avariado. Outro evento do mundo jurídico, memorável no sentido da constatação do absurdo que representou, vigorando até pouco tempo, no Código Penal brasileiro, foram os crimes contra os costumes (delitos sexuais), que previa a extinção de punibilidade em virtude do casamento do agente agressor com a vítima ou do casamento da vítima com terceiro, buscando manter intacta a honra da família patriarcal em detrimento da dignidade da mulher. Ao que pese o fato da legislação brasileira ter se adaptado aos ditames constitucionais, igualizando os direitos das mulheres aos dos homens, o que se percebe é que a subjetividade da ideologia patriarcal e violenta perdura nas manifestações da sociedade brasileira, como foi pontuado no início desse trabalho, mencionando-se a pesquisa do IPEA, realizada em 2014. Num país onde mais da metade da população acredita que a Mulher que é agredida e continua com o parceiro gosta de apanhar; que se as mulheres se comportassem adequadamente, não sofreriam violência sexual e, ainda, que dependendo do tipo de roupa que elas usam, no caso de estarem expondo partes de seus corpos, as mulheres merecem ser estupradas, revela-se uma ideologia bastante assustadora e retrógrada: mulheres são culpabilizadas pela violência que sofrem e, também, denota-se a ideia de que, por natureza, os homens não conseguem controlar seus instintos sexuais e, portanto, seriam as mulheres que os provocam através de seus corpos, sendo essas as verdadeiras responsáveis pelos estupros. Tais processos imaginários desvelados na referida pesquisa acusam um cenário pátrio onde, apesar da modificação legislativa em prol das mulheres, acaba-se ainda justificando a violência contra as mesmas, pelo fato dessas não se enquadrarem nos comportamentos patriarcais esperados para uma mulher de respeito. Afirmar que as mulheres que mostram partes de seus corpos provocam o estupro, aponta para a tentativa clara de controle e submissão dos corpos femininos a uma cultura patriarcal e machista. Ainda, vale mencionar mais um recente fato do ordenamento jurídico brasileiro, o qual se encarregou de reforçar a violência contra as mulheres, quando previa a figura jurídica do que vinha a ser uma mulher honesta, como sendo aquelas que seguiam os padrões culturais dos bons costumes e da decência e, portanto, eram essas as que mereciam respeito e reconhecimento jurídico. O Código Civil de 1916, revogado em 2002, previa em seu Art. 1548, que a mulher que fosse atingida em sua honra, teria o direito de exigir um dote financeiro, caso o agressor não quisesse contrair matrimônio com a vítima, elencando quais as mulheres e em que condições poderiam suscitar tal exigência, ou seja, quando estivesse no padrão de mulher honesta: a) quando fossem virgem e menor, diante de defloramento; b) se fosse uma mulher honesta, diante de estupro ou ameaça; c) se fosse seduzida com promessas de casamento ou e) em caso de rapto. A legislação norteava o que seria uma mulher honesta subsidiava e, muitas vezes ainda segue orientando e motivando decisões judiciais acerca de casos de violência sexual, quando magistrados consideram o tipo de roupa e/ou o comportamento moral da vítima para sentenciar, ou até mesmo em questões de divórcio e guarda de filhos, onde o preconceito se torna a linha fundadora das sentenças, baseadas

na época e, as vezes, ainda na atualidade, em conceitos como mulher honesta, boa mãe e boa conduta. Até pouco tempo era possível encontrar casos judiciais onde a pena de assassinos de mulheres era atenuada, ou até mesmo encontrar absolvições em nome da legítima defesa da honra dos homens, naturalizando a violência contra as mulheres e justificando, inclusive homicídios.¹⁹⁰

É notável como a legislação brasileira muito bem reproduzia e incitava o preconceito que existia em relação ao gênero feminino dentro de nosso país, merecendo destaque a tese da excludente da legítima defesa da honra que foi muito usada nos Tribunais do Júri para atenuar ou até mesmo absolver o homem que assassinava sua companheira por motivos tidos como “compreensíveis” à época, razão pela qual falaremos especificamente dessa tese no tópico seguinte.

2.4.1 Excludente da legítima defesa da honra:

Primeiramente, deve-se esclarecer que, ao praticar ato ilegal estando em legítima defesa própria ou de terceiros, o agente pode valer-se de uma excludente de antijuridicidade transcrita no artigo 23, inciso II do Código Penal, denominada de excludente de legítima defesa, a qual abrange uma das situações que retira do fato a sua antijuridicidade, fazendo com que ele deixe de ser considerado crime, inocentando, assim, o seu executor.

A legítima defesa da honra era arguida pelos advogados dos réus, com a pretensão de diminuir ou mesmo excluir a pena destes, nos processos em que temos ou poderíamos ter a caracterização de uma ação condenável movida pela paixão que envolvia um homem quando esse se deparava com uma prova cabal ou mesmo uma mera suspeita de traição por parte da esposa/noiva/namorada.

Essa excludente era muito aceita pelos nossos tribunais em tempos antigos, o que acarretava a não punição adequada ou mesmo a absolvição desses tidos como delinquentes passionais.

Por vezes, perante o Tribunal do Júri, a imprensa e as rodas de conversa, alegavam que o homem precisava ser blindado com a excludente de legítima defesa da honra porque ele: “Matou para limpar sua honra com sangue”, ou “Matou por amor”.

¹⁹⁰ Vide:

http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1497545052_ARQUIVO_ACULTURADAVIOLENCIACONTRAOSCORPOSASMULHERES.pdf

As supracitadas arguições são totalmente descabidas, posto que a honra de uma pessoa é um bem personalíssimo e como tal apenas os atos da própria pessoa são capazes de maculá-lo, não podendo sua “mancha” ser transferida a qualquer outra pessoa.

Ademais, tais alegações, ainda, faziam o amor parecer um sentimento de posse, egoístico e cruel capaz de dominar as pessoas a ponto de estas ceifarem a vida de seus alvos afetivos apenas porque eles não corresponderam aos seus mais altos desejos e expectativas.

Diante desse cenário, na década de 70 as feministas passaram a ir até a frente do Tribunal do Júri levantando cartazes com a frase: “Quem ama, não mata”, na tentativa de pressionar para se ter justiça no julgamento dos homens que assassinavam suas companheiras e alegavam estarem sob o “manto do amor e da honra”.

É bom que se esclareça que, ao contrário do que muitos pensam, o feminismo é conceituado como: ...“um movimento político, filosófico e social que defende a igualdade de direitos entre mulheres e homens” (grifos nossos).¹⁹¹

Portanto, descabida qualquer dissertação que atribua ao feminismo um conceito de busca por qualquer superioridade, pois o que sempre os movimentos feministas buscaram foi a igualdade entre os gêneros, nunca tendo se pretendido cometer com o sexo masculino a mesma injustiça que eles cometeram por séculos com o sexo feminino.

Feita essa pequena, mas necessária elucidação, seguimos citando uma dissertação da Dra. Luiza Nagib Eluf, em sua obra “A Paixão no Banco dos Réus” que auxilia nos entendimentos até aqui explanados:

“Se, até os anos 60, seus autores ainda podiam ser absolvidos, no Brasil, por legítima defesa da honra, nos anos 70 a impunidade começa diminuir com a atuação dos movimentos feministas.

(...)

Não há violenta emoção na conduta do homem que mata a sua companheira ou ex-companheira. Ele não age por impulso momentaneamente irrefreável, decorrente de provocação inesperada e injusta da vítima, e sim de caso pensado. Como já foi exaustivamente analisado, seus motivos são os mais reprováveis possíveis, seu caráter é deformado, seu narcisismo é ilimitado. Sua revolta se manifesta de forma violenta porque

191 Vide:

<https://www.significados.com.br/feminismo/#:~:text=O%20que%20C3%A9%20Feminismo%3A,direitos%20entre%20mulheres%20e%20homens.&text=As%20feministas%20radicais%20ainda%20acreditam,ao%20g%C3%AAnero%20feminino%2C%20por%20exemplo.>

ele não admite a rejeição, por julgar-se superior aos outros mortais. É um absurdo verificar que até aqueles já separados de suas mulheres ainda se achem no direito de mata-las por ciúme ou rancor, sentindo-se seus eternos senhores.”¹⁹²

Também dissertando sobre a denominada excludente da legítima defesa da honra em termos remotos e atuais, temos Cleber Masson, em sua obra: “Direito Penal – Parte Geral (arts. 1º a 120) que assevera:

Há, finalmente, a infidelidade conjugal. Aí reside a maior celeuma, relativa à legítima defesa da honra na órbita do adultério. No passado admitia-se a exclusão da culpabilidade para os crimes passionais motivados pelo adultério, Atualmente, depois de muita discussão, e, notadamente, com a evolução da sociedade e com o respeito aos direitos da mulher, prevalece o entendimento de que a traição conjugal não humilha o cônjuge traído, mas sim o próprio traidor, que não se mostra preparado para o convívio familiar.

Além disso, respeita-se o caráter fragmentário e a subsidiariedade do Direito Penal, que não deve ser chamado para resolver o impasse, pois o ordenamento jurídico prevê outras formas menos gravosas para essa finalidade. Com efeito, admite-se a separação, e, também, o divórcio litigioso, fundados na violação dos deveres do matrimônio. E ainda no campo civil, tem-se aceitado até mesmo a indenização por danos morais ao cônjuge prejudicado pela traição.

Essa posição se reforça com a descriminação do crime de adultério, revogado pela Lei 11.106/2005.

Deveras, e não e admite sequer a responsabilidade penal de quem trai o seu cônjuge, com maior razão infere-se que o Direito Penal não autoriza a legítima defesa da honra, principalmente com o derramamento de sangue do traidor.¹⁹³

A pressão realizada pelos movimentos feministas, as Convenções Internacionais de igualdade e proteção a mulher as quais o Brasil foi aderindo ao longo do tempo, a descriminação do adultério e, ainda, o reconhecimento de igualdade entre homens e mulheres trazido pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988 foram alguns dos importantes fatores que colaboraram para que a tese de “legítima defesa da honra” fosse atualmente assentida como descabida pela maioria dos nossos juristas.

¹⁹² ELUF, Luiza Bagib. *A paixão no banco dos réus: casos passionais céleres: de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 171/172

¹⁹³ MASSON, Cleber. *Direito Penal (arts. 1º a 120)*. 13. ed. São Paulo: Método, 2019. V 1, p. 342.

2.5 Dados da desigualdade sexista e da violência de gênero, doméstica e familiar contra a mulher nos dias atuais

A desigualdade entre mulheres e homens, bem como a violência de gênero sofrida por aquelas é objeto de inúmeras pesquisas atuais que visam mapear seus dados a fim de, não apenas verificar a situação atual, como também articular estratégias para combater esse cenário.

Nesse sentido, citaremos aqui algumas pesquisas que evidenciam que a desigualdade em comento ainda existe e, também, analisam as situações de violência vivida pelas mulheres atualmente.

Iniciaremos abordando a pesquisa publicada em 05 de março do corrente ano realizada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento que apontou que:

Apesar de décadas de progresso da redução das desigualdades de gênero, cerca de nove em cada dez homens e mulheres em todo o mundo têm algum tipo de preconceito contra as mulheres.

O primeiro Índice de Normas Sociais de Gênero do PNUD analisou dados de 75 países, que coletivamente abrigam mais de 80% da população global, e encontrou novas pistas sobre as barreiras invisíveis que as mulheres enfrentam para alcançar a igualdade — forçando potencialmente um caminho a seguir para romper o chamado “teto de vidro”

Segundo a pesquisa, quase metade dos entrevistados afirma acreditar que os homens são líderes políticos superiores, enquanto mais de 40% afirmam que eles são melhores executivos de negócios e devem ter acesso a mais empregos quando a economia está em declínio. Além disso, 28% disseram ser justificável um homem bater em sua esposa.

“Percorremos um longo caminho nas últimas décadas para garantir que as mulheres tenham o mesmo acesso às necessidades básicas da vida que os homens”, disse o chefe do Gabinete do Relatório de Desenvolvimento Humano do PNUD, Pedro Conceição, reconhecendo que “alcançamos a paridade nas matrículas na escola primária e reduzimos a mortalidade materna em 45% desde 1990”.

Mas, admitiu, “as diferenças de gênero ainda são muito óbvias em outras áreas, particularmente aquelas que desafiam as relações de poder e são mais influentes para realmente alcançar a verdadeira igualdade”.

“A luta pela igualdade de gênero é uma história de preconceitos e discriminação”, disse Conceição.

“O trabalho que foi tão eficaz para garantir o fim das lacunas na saúde ou na educação deve agora evoluir para abordar algo muito mais desafiador: um preconceito profundamente arraigado — entre homens e mulheres — contra a igualdade genuína”, disse o administrador do PNUD, Achim Steiner.

O PNUD lembrou que 2020 marca o 25º aniversário da Declaração e Plataforma de Ação de Pequim (Pequim + 25), a agenda mais visionária sobre o empoderamento das mulheres até o momento, e pediu aos líderes mundiais que acelerem as ações para cumprir as metas globais de igualdade de gênero.

A agência da ONU está pedindo aos governos e instituições que utilizem novas políticas para mudar essas crenças e práticas discriminatórias por meio da educação e aumentando a conscientização e os incentivos fiscais.¹⁹⁴

Notemos como a supramencionada comprova que, apesar de todos os esforços e progresso, a discriminação contra a mulher ainda persiste nos dias atuais, razão pela qual a ONU pediu aos governos para investirem em políticas capazes de alterar as crenças e práticas discriminatórias por meio da educação.

Nessa toada, a legislação brasileira, incluiu em seu ordenamento a Lei 14.164/21 que altera a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional para incluir conteúdo sobre a prevenção à violência contra a mulher nos currículos da educação básica, além de instituir a Semana Escolar de Combate à violência contra a Mulher, a ser celebrada todos os anos no mês de março.

Por sua vez, a 8ª edição da Pesquisa Nacional sobre Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, realizada pelo Instituto de Pesquisa DataSenado em parceria com o Observatório da Mulher contra a Violência¹⁹⁵ apresentou em dezembro de 2019 os seguintes resultados:¹⁹⁶

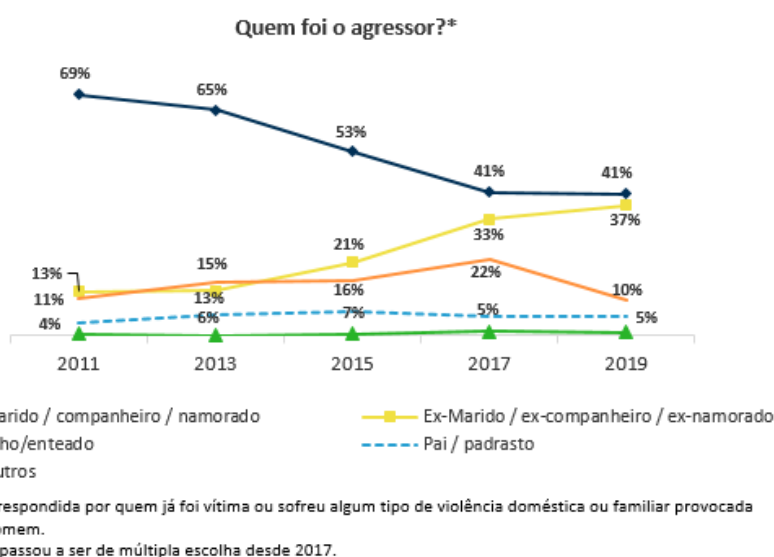
Violência contra a mulher: agressões cometidas por ‘ex’ aumentam quase 3 vezes em 8 anos

¹⁹⁴ Vide: <https://nacoesunidas.org/relatorio-mostra-que-90-das-pessoas-tem-alguma-forma-de-preconceito-contra-mulheres/#>

¹⁹⁵ A Pesquisa Nacional sobre Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é realizada pelo DataSenado a cada 2 anos desde 2005, antes mesmo da aprovação da Lei Maria da Penha. Neste ano, a sondagem integra o conjunto de iniciativas do Senado Federal no contexto da campanha da ONU “16 Dias de Ativismo pelo Fim da Violência contra as Mulheres”.

¹⁹⁶ Vide: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/comum/violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher-2019>

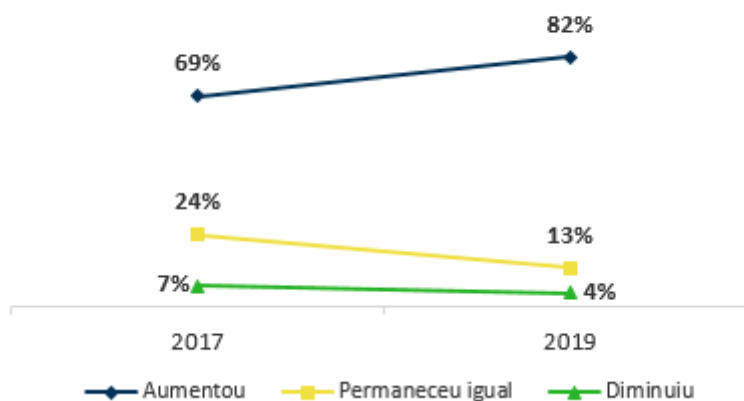
Percentual de mulheres agredidas por ex-companheiros subiu de 13% para 37% entre 2011 e 2019, incluindo situações em que os agressores eram ex-maridos e também ex-namorados no momento do ataque. Números representam um aumento de 284% desses casos. Dados são da 8ª edição da Pesquisa Nacional sobre Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, realizada pelo Instituto de Pesquisa DataSenado em parceria com o Observatório da Mulher contra a Violência.



A pesquisa revelou ainda que outros 41% dos casos ocorreram enquanto vítima e algoz mantinham laços de relacionamento. Esse percentual vem caindo desde 2011, o que significa que o papel do agressor na vida das vítimas está mudando, mas não significa que haja menos agressões.

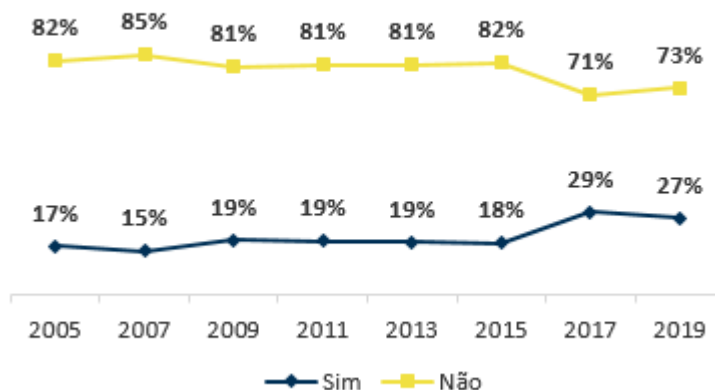
Pelo contrário, aproximadamente 8 em cada 10 brasileiras acreditam que a violência doméstica e familiar contra as mulheres no país aumentou no último ano. O percentual, de 82%, é 13 pontos maior que o verificado no levantamento anterior (69%), de 2017.

Para você, nos últimos 12 meses, a violência doméstica e familiar contra as mulheres:



O percentual de mulheres que declararam já ter sofrido algum tipo de agressão é de 27%. Considerando a margem de erro do levantamento, o índice permanece estável em relação ao estudo de 2017, quando o indicador alcançou o maior nível em toda a série histórica: 29%.

Você já sofreu algum tipo de violência doméstica ou familiar provocada por um homem?

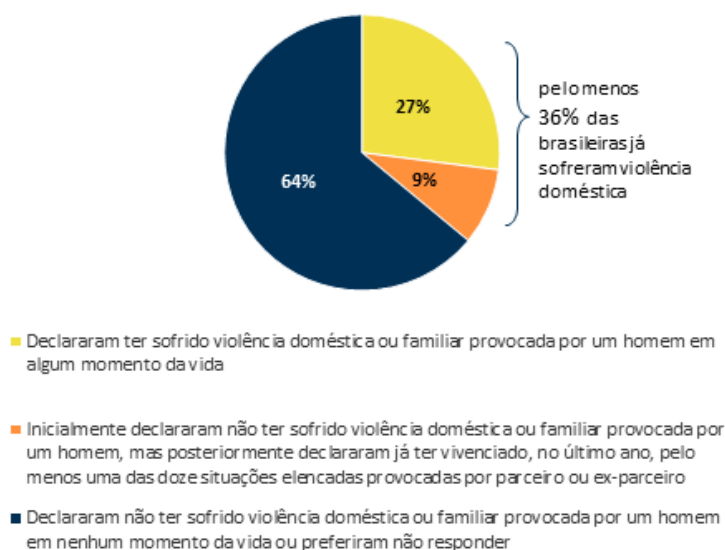


No entanto, a pesquisa apresentou às entrevistadas algumas situações que podem ocorrer em um relacionamento, como por exemplo, insultos ou ameaças feitas por parceiro ou ex-parceiro íntimo. Após a leitura de 12 frases distintas, as entrevistadas responderam se aquilo já havia ocorrido com elas nos últimos doze meses.

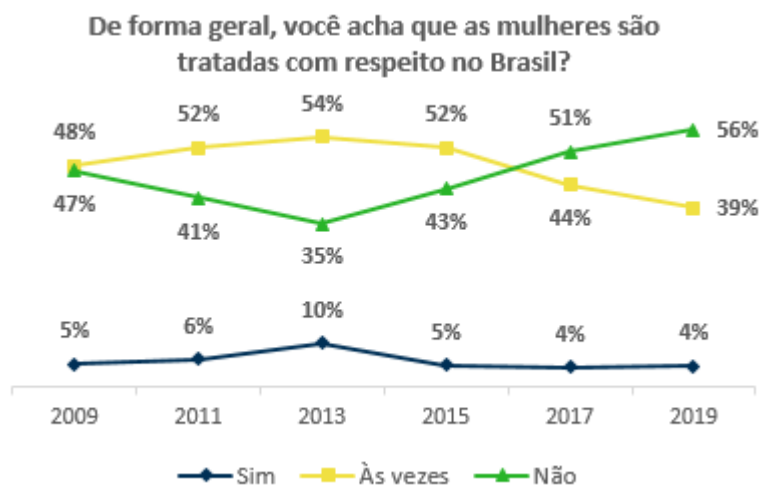
Os resultados dessa investigação mostraram que, além das 27% que reconheceram inicialmente ter sido vítima de violência em algum momento da vida, outras 9% relataram já ter vivenciado, no último ano, pelo menos uma das doze situações elencadas provocadas por parceiro ou ex-parceiro. Assim, pode-se afirmar que pelo menos 36% das brasileiras já

sofreram violência doméstica e que atos como humilhar a mulher em público, tomar seu salário ou outras situações nem sempre são reconhecidos por elas como violência.

Relatos de mulheres sobre a ocorrência de violência doméstica ou familiar provocada por um homem

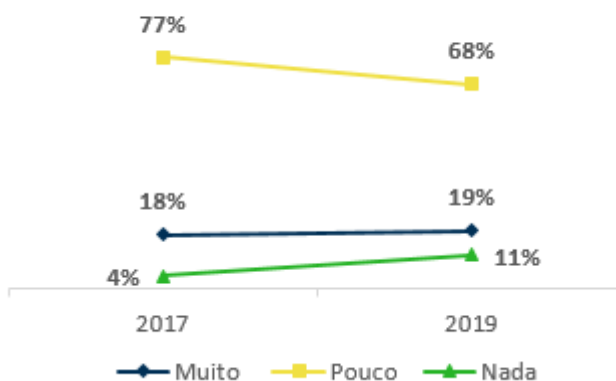


Também nos últimos anos cresceu nas mulheres brasileiras a sensação de que não são tratadas com respeito. Esse sentimento era apontado por 35% em 2013, mas chegou a 56% na sondagem mais recente. A rua é o local em que predomina o desrespeito, com 48% das menções, mas a família tem piorado nesse aspecto: chega a ser citada como espaço principal de desrespeito por 31% das mulheres.



A Lei Maria da Penha, que tipifica o crime de violência doméstica e familiar contra a mulher, é muito conhecida por 19% das brasileiras, enquanto 68% afirmam conhecê-la pouco e 11%, alegam não conhecer nada. No total, 87% das brasileiras conhecem ao menos um pouco sobre a legislação que cria mecanismos para coibir e prevenir as agressões domésticas. Em anos anteriores, esse percentual já havia chegado a 95%, o que demonstra a necessidade de que a divulgação da norma e o combate à violência sejam constantes.

Quanto você conhece sobre a Lei Maria da Penha?



A pesquisa citada demonstra como os índices de violência contra a mulher persistem altos e o quanto as mulheres ainda sentem-se desprotegidas e desrespeitadas, além do que, podemos verificar que a Lei Maria da Penha (principalmente lei de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher) não é tão conhecida como deveria.

Nesse diapasão, em 2018, o Ministério Público do Estado de São Paulo realizou uma pesquisa a qual denominou de "Raio-X do Femicídio em São Paulo – é possível evitar a morte", sendo que, no tópico destinado a responder a pergunta: Por que as vítimas morrem, constatou-se que a separação do casal recente ou pedido de rompimento corresponde a 45% dos motivos dos crimes, enquanto que o ciúme, sentimento de posse e machismo corresponde a 30%, portanto, os dois somados alcançam a porcentagem total de 75% dos motivos que ensejam o feminicídio.

Vejamos o gráfico que nos demonstra ilustradamente o resultado da pesquisa para a pergunta: Por que as vítimas morrem?



Figura 3: http://www.mpsp.mp.br/porta1/page/porta1/Nucleo_de_Genero/Feminicidio/RaioXFeminicidioC.PDF

A supracitada pesquisa envolveu inúmeras questões acerca da violência doméstica dentro do Estado de São Paulo e ao final de todo o seu trabalho concluiu o seguinte:

Os resultados obtidos com o detalhado estudo em centenas de denúncias oferecidas em São Paulo permitem extrair algumas conclusões quanto ao crime de feminicídio, que podem orientar a todas e todos na compreensão, prevenção e repressão dessas mortes que atingem mulheres, filhos e filhas, famílias e nossa sociedade:

O feminicida pratica crimes durante o dia ou noite, durante a semana ou final de semana, indistintamente. Assim, não é verdade que age somente quando está sob efeito de álcool, de madrugada ou nos finais de semana.

Feminicídio é um crime praticado, em regra, por alguém do convívio da mulher, dentro de casa ou em locais onde a vítima costuma estar, situações que configuram uma

“vantagem” do agressor em relação às vítimas e justificam uma atuação mais efetiva do Estado.

Nos feminicídios íntimos (em contexto de relação afetiva), o principal motivo das mortes é a separação ou o pedido de rompimento não aceito por parte do agressor, seguindo-se os crimes praticados por atos de ciúmes/posse e discussões banais.

Embora a maior incidência de morte seja no contexto afetivo, há feminicídios que atingem mães, irmãs, cunhadas, vizinhas, profissionais do sexo e outras mulheres.

O agressor usa instrumentos “caseiros” como facas, ferramentas, materiais de construção ou suas mãos, o que estiver ao seu alcance, para agredir e matar. Além disso, utiliza esses instrumentos com voracidade e repetição de golpes, como se pretendesse “destruir” a mulher. A asfixia está presente como instrumento primário ou secundário em vários casos.

Embora os índices de feminicídio por arma de fogo sejam inferiores àqueles praticados por “armas caseiras”, representam 17% das mortes. Assim, a referência ao exercício da função de policial, segurança ou posse de arma justifica a adoção de medida protetiva pertinente.

Além dos danos provocados para a mulher o feminicídio muitas vezes atinge outras vítimas diretas ou indiretas, como filhos e filhas, genitora, novo parceiro e outras pessoas.

O feminicídio é uma morte evitável: é certo que 3% do total de vítimas obteve medidas de proteção e 4% das vítimas fatais havia registrado Boletim de Ocorrência. Contudo, a grande maioria de vítimas de feminicídio, consumado ou tentado, nunca registrou Boletim de Ocorrência ou obteve uma medida de proteção, o que leva à conclusão de que romper com o silêncio e deferir medidas de proteção é uma das estratégias mais efetivas na prevenção da morte de mulheres.¹⁹⁷

Como podemos observar a palavra “ciúme” foi trazida à baila na referida pesquisa como um dos fortes motivos que ensejam o crime de feminicídio.

Nessa mesma toada, a Secretária da Segurança Pública (SSP) realizou um relatório no ano de 2018 acerca dos assassinatos de mulheres em Brasília-DF e pode concluir que 82% das vítimas foram mortas por ciúmes:

¹⁹⁷Vide:http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/Feminicidio/RaioXFeminicidioC.PDF

Um relatório da Secretaria de Segurança Pública (SSP) mostra que das 67 mulheres assassinadas em Brasília nos últimos três anos, 55 – ou, 82% das vítimas – foram mortas por causa de ciúmes.

Segundo o levantamento, a maioria das mulheres mortas no ano passado, por exemplo, tinha entre 30 e 50 anos. Em seguida, estão as jovens de 18 a 29 anos, que foram vítimas em 28% dos casos registrados no DF.¹⁹⁸

Corroborando ainda mais com esses resultados, temos que o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO) também realizou uma pesquisa a fim de averiguar a constante presença da palavra ciúmes em atos judiciais, despachos e sentenças, tendo-se averiguado o seguinte:

Uma pesquisa rápida feita no site do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO) demonstra que a palavra ciúmes é citada 51.760 vezes em atos judiciais, despachos e sentenças, fato que ajuda a explicar a grande quantidade de medidas protetivas concedidas pela Justiça entre os anos de 2016 e 2018, que chegam a 19.131. Só nos primeiros meses de 2019, já foram protocolados 2.858 pedidos.

Para a juíza Maria Antônia Faria, da comarca de Ipameri, que estuda a influência dos grupos reflexivos no combate à violência doméstica, não é por acaso que a palavra ciúmes é vista tantas vezes nos processos relacionados à Lei Maria da Penha. Segundo ela, ainda não há uma pesquisa que comprove isso, mas a experiência noticia que este é o reflexo de uma educação machista e sexista que vê a mulher como coisa ou prolongamento do pai, irmão, companheiro ou filho.

“O ciúme é uma palavra importante e muito presente nas representações, onde ex-companheiros se manifestam com frases como 'se você não é minha, não será de mais ninguém'”, relata a magistrada, para quem as iniciativas como a parceria entre TJGO e prefeituras, são sim, fundamentais para mudar esse cenário. Segundo ela, numa ação semelhante em Ipameri, ela percebeu que os professores são refratários à ideia do assunto ser tratado nas escolas. Aprofundando mais na questão, ela defende uma educação voltada não apenas para respeitar as mulheres, mas o ser humano.

“Não temos, enquanto sociedade, essa preparação, essa educação voltada para os direitos humanos, para dignidade da pessoa. Não só das mulheres, mas das pessoas em

¹⁹⁸Vide: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/03/21/feminicidio-82-das-vitimas-no-df-foram-mortas-por-ciumes-diz-policia.ghtml>

geral”, ressalta a magistrada, para quem essa visão é fundamental para mudar os números relacionados à violência de gênero. 199

Assim, o sentimento de ciúmes é um grande motivador para crimes de violência contra a mulher, sendo, na maioria das vezes, fruto de um sentimento de posse e propriedade que o homem sente em relação à mulher e que está baseado na cultura machista ainda existente em nossa sociedade.

Quando ao crime de feminicídio, um levantamento realizado pela Secretaria Estadual da Segurança Pública de São Paulo apresentou dados acerca do aumento desse delito no primeiro semestre de 2020 no Estado de São Paulo, segue infra algumas conclusões do estudo:

Dos 86 boletins de ocorrência deste primeiro semestre de 2020 disponíveis no portal da Transparência da Secretaria da Segurança Pública entre janeiro e junho deste ano no estado, a maioria dos crimes ocorreu dentro de casa e já tem autor identificado já no momento em que o caso é relatado na delegacia e ocorreu dentro de casa:

- ❖ 83% dos casos (71 de 86 boletins de ocorrência analisados) têm autoria conhecida, a maioria companheiros ou ex-companheiros das vítimas
- ❖ 69% das ocorrências (59 dos 86) ocorreram dentro da casa da vítima
- ❖ 43% dos casos (37 dos 86) tiveram prisão em flagrante

A média de idade das vítimas mortas no primeiro semestre é de 35 anos. Em 71 dos boletins de ocorrência analisados, há a informação sobre a cor ou raça da vítima. Desse total, 55% (39) são descritas como brancas e 45% (32) como parda ou preta.²⁰⁰

Portanto, podemos notar que os números trazidos por todas as supracitadas pesquisas evidenciam que a situação de desigualdade e violência de gênero contra a mulher no Brasil persiste ainda no dias atuais, tendo como base os (des)valores defendidos pelo machismo, tal como sentimento de posse, ciúmes e o rompimento de relacionamento (algo inaceitável para muitos homens).

199 Vide: <https://www.tjgo.jus.br/index.php/institucional/centro-de-comunicacao-social/20-destaque/3422-semana-pela-paz-em-casa-palavra-ciumes-aparece-mais-de-50-mil-vezes-em-atos-judiciais>

200 Vide: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/08/06/com-87-casos-sp-fecha-1o-semester-de-2020-com-maior-numero-de-feminicidios-desde-criacao-da-lei.ghtml>

3. As principais legislações brasileiras no combate à violência de gênero, doméstica e familiar contra a mulher

3.1 Dispositivos Constitucionais de Igualdade da Mulher e de sua Proteção em Situação de Violência de Gênero, Doméstica e Familiar

Os principais dispositivos constitucionais que tratam da igualdade da mulher, bem como de sua proteção nos casos em que for vítima de violência de gênero, doméstica e familiar são o artigo 5º, I, o artigo 226, § 6º e o artigo 226, § 8º, da Carta Magna.

O artigo 5º, I, da Constituição Federal assevera:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

O supracitado dispositivo constitucional consagra o denominado “princípio da igualdade”, segundo o qual mulheres e homens são iguais em todos os seus direitos e obrigações perante a sociedade, não concedendo a nenhum dos dois gêneros, portanto, qualquer hierarquia superior ou inferior em relação ao outro.

Em 06 a 8 de setembro de 2000 ocorreu o “Encontro da Cúpula do Milênio das Nações Unidas” em Nova York, tendo sido ali declarado que:

(...) 6. Nós consideramos certos valores fundamentais serem essenciais às relações internacionais no século vinte e um. Esses incluem:

(...)

b- Igualdade. A nenhum indivíduo e nenhuma nação deve ser negada a oportunidade de se beneficiar do desenvolvimento. Os direitos iguais e oportunidades de mulheres e homens devem ser assegurados.

(...)

V - Direitos Iguais, Democracia e Boa Governança

24. Não mediremos esforços para promover a democracia e reforçar o cumprimento da lei, assim como o respeito por todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos e liberdades fundamentais, incluindo o direito ao desenvolvimento.

25. Resolvemos, portanto:

(...)

d- Combater todas formas de violência contra mulheres e implementar a Convenção na Eliminação de Todas as Formas de Violência contra Mulheres. (...)201

O assunto de igualdade de gênero não é preocupação apenas do Brasil, pelo contrário, dada a notabilidade do tema, ele é considerado de interesse internacional, tendo, por vezes, pronunciamento da Organização das Nações Unidas explanando sua relevância e importância.

Sobre tema, podemos citar ainda:

O princípio da igualdade prevê a igualdade de aptidões e de possibilidades virtuais dos cidadãos de gozar de tratamento isonômico pela lei. Por meio desse princípio são vedadas as diferenciações arbitrárias e absurdas, não justificáveis pelos valores da Constituição Federal, e tem por finalidade limitar a atuação do legislador, do intérprete ou autoridade pública e do particular.202

Complementando e reforçando referido princípio da igualdade, temos o artigo 226, § 5º da Constituição Federal, o qual deixa cristalino que:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

201 Vide: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Confer%C3%A7%C3%A3o-de-C%C3%A9pula-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-sobre-Direitos-Humanos/declaracao-do-milenio-das-nacoes-unidas-08-de-setembro-de-2000.html>

202 Vide: <https://www.conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-contemporanea>

Nessa toada, o princípio constitucional da igualdade pôs fim a antiga relação de poder exercida pelos homens em face das mulheres em qualquer de suas áreas, sendo que o artigo 226, § 5º da Carta Maior faz questão de explanar que a igualdade existe, principalmente, no interior das relações domésticas, finalizando, assim, qualquer dúvida ou questionamento arcaico que se poderia arguir com base na cultura já ultrapassada que um dia o Brasil adotou e que hoje luta para abolir.

Quanto a proteção da mulher em situação de violência de gênero, doméstica e familiar, o artigo 226, § 8º, da Constituição Federal, por sua vez, dispõe, "*in verbis*":

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

É verdade que o dispositivo acima refere-se a violência familiar como um todo, defendendo, portanto, a proteção de cada um dos membros que integram à família e não apenas a mulher, todavia, ainda assim esse artigo pode ser considerado um avanço na proteção da mulher vítima de violência doméstica, pois é ela quem mais rotineiramente necessita invocar tal disposição constitucional.

3.2 Alguns Tratados Internacionais acerca da igualdade da Mulher e de sua Proteção em Situação de Violência de Gênero, Doméstica e Familiar

Inicialmente, devido ao estudo realizado no tópico anterior, iremos abordar a consagração da igualdade entre homens e mulheres laureada pelo Direito Internacional, em 1945, através da Carta das Nações Unidas, promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 19.841 de 22 de outubro de 1945, senão, vejamos:

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS

a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito

internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.²⁰³

Portanto, antes mesmo do advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 nosso país já detinha, ao menos formalmente, o princípio da igualdade de gêneros dentro de seu sistema jurídico.

Posteriormente, a Declaração Universal de Direitos Humanos adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 e assinada pelo Brasil na mesma data, também consagrou a referida vertente ao declarar em enunciar que:

(...) Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.

(...) Artigo XVI

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução (...)²⁰⁴

Em 06 de julho de 1992 o Brasil promulgou o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. A promulgação em questão ocorreu através do Decreto nº 592 e se tornou mais uma vedação a discriminação sexista ao defender que:

ARTIGO 3. Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos enunciados no presente Pacto. ²⁰⁵

A Convenção da Organização das Nações Unidas sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - CEDAW, adotada em 18 de dezembro de 1979,

²⁰³ Vide: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm

²⁰⁴ Vide: <https://www.unidosparaosdireitoshumanos.com.pt/course/lesson/articles-12-18/read-article-16.html>

²⁰⁵ Vide: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm

entrou em vigor em setembro de 1981, após vinte ratificações e foi promulgada pelo Brasil em 13 de setembro de 2002 através do Decreto nº 4.377 de 2002, trazendo em seu corpo principal atenção a batalha contra a discriminação da mulher, sendo todo o seu texto de suma relevância para a luta travada contra a desigualdade existente entre os gêneros feminino e masculino.

Apenas por questão de adequação estudantil ao presente trabalho citaremos aqui apenas o artigo 1º da referida Convenção, não deixando, entretanto, de mencionar que todos seus dizeres merecem total importância e atenção, posto que, do seu preâmbulo até o seu final, a citada Convenção merece ser analisada, respeitada e implantada.

(...) Artigo 1º

Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Artigo 2º

Os Estados Partes condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem a:

- a) Consagrar, se ainda não o tiverem feito, em suas constituições nacionais ou em outra legislação apropriada o princípio da igualdade do homem e da mulher e assegurar por lei outros meios apropriados a realização prática desse princípio;
- b) Adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher;
- c) Estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher numa base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação;

- d) Abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação contra a mulher e zelar para que as autoridades e instituições públicas atuem em conformidade com esta obrigação;
- e) Tomar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa;
- f) Adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher;
- g) Derrogar todas as disposições penais nacionais que constituam discriminação contra a mulher (...) 206

Note-se que no dispositivo acima há o cristalino reconhecimento de que a não discriminação da mulher trata-se de um direito humano desse grupo.

Outra valiosa contribuição internacional para a luta em comento foi a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará, promulgada pelo Brasil, através do Decreto nº 1.973 de 1º de agosto de 1996, sendo que, entre seus fundamentos e artigos, ela preceitua o seguinte:

(...) Preocupados por que a violência contra a mulher constitui ofensa Contra a dignidade humana e é manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens;

Recordando a Declaração para a Erradicação da Violência contra a Mulher, aprovada na Vigésima Quinta Assembleia de Delegadas da Comissão Interamericana de Mulheres, e afirmando que a violência contra a mulher permeia todos os setores da sociedade, independentemente de classe, raça ou grupo étnico, renda, cultura, idade ou religião, e afeta negativamente suas próprias bases;

Artigo 8

Os Estados Partes convêm em adotar, progressivamente, medidas específicas, inclusive programas destinados a:

206 Vide: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm

a) promover o conhecimento e a observância do direito da mulher a uma vida livre de violência e o direito da mulher a que se respeitem e protejam seus direitos humanos;

b) modificar os padrões sociais e culturais de conduta de homens e mulheres, inclusive a formulação de programas formais e não formais adequados a todos os níveis do processo educacional, a fim de combater preconceitos e costumes e todas as outras práticas baseadas na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher, que legitimem ou exacerbem a violência contra a mulher;

e) promover a educação e treinamento de todo pessoal judiciário e policial e demais funcionários responsáveis pela aplicação da lei, bem como do pessoal encarregado da implementação de políticas de prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher;

d) prestar serviços especializados apropriados a mulher sujeitada a violência, por intermédio de entidades dos setores público e privado, inclusive abrigos, serviços de orientação familiar, quando for o caso, e atendimento e custódia dos menores afetados;

e) promover e apoiar programas de educação governamentais e privados, destinados a conscientizar o público para os problemas da violência contra a mulher, recursos jurídicos e reparação relacionados com essa violência;

f) proporcionar à mulher sujeita a violência acesso a programas eficazes de recuperação e treinamento que lhe permitam participar plenamente da vida pública, privada e social;

g) incentivar os meios de comunicação a que formulem diretrizes adequadas, de divulgação que contribuam para a erradicação da violência contra a mulher em todas as suas formas e enalteçam o respeito pela dignidade da mulher;

h) assegurar a pesquisa e coleta de estatísticas e outras informações relevantes concernentes às causas, consequências e frequência da violência contra a mulher, a fim de avaliar a eficiência das medidas tomadas para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como formular e implementar as mudanças necessárias; e

i) promover a cooperação internacional para o intercâmbio de ideias e experiências, bem como a execução de programas destinados à proteção da mulher sujeitada a violência. (...)207

Observemos que a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará promove o reconhecimento do direito humano da mulher a uma vida sem violência.

Diante do reconhecimento acima comentado, podemos concluir que a violência contra a mulher não é apenas mais um ilícito penal, é, antes de tudo, uma inobediência a um direito humano fundamental.

No mais, podemos comprovar, ainda, o quanto as convenções internacionais foram de importante contribuição para a mudança que vem ocorrendo no Brasil gradativamente nos últimos anos em relação ao assunto aqui tratado.

3.3 Lei 11.340/06 (Maria da Penha)

3.3.1 História da Lei Maria da Penha

A discriminação do sexo feminino e a violência contra a mulher por muito tempo foram reconhecidas como um nada, algo sem relevância social e muito menos jurídica, inclusive porque o dito popular que pregava “Em briga de marido e mulher ninguém mete a colher” tratava de encerrar o assunto se, eventualmente, ele fosse comentado com ar de indignação em qualquer roda de conversa.

Conforme anteriormente abordado no presente trabalho, nos anos 70, algumas mulheres passaram a se reunir formando, assim, um movimento feminista que levantava cartazes com os dizeres “Quem ama não mata” em frente aos Tribunais do Júri que julgariam homens que assassinaram suas esposas e, poderiam ter suas penas abrandadas ou mesmo serem absolvidos sob argumentos como: excludente da legítima defesa da honra e assassinato por amor.

O movimento citado acima buscava, entre outras coisas, tirar a invisibilidade da violência contra a mulher do espaço do lar, escancarando-a para o Estado e para a sociedade a fim de que o cenário da “fingida invisibilidade” fosse destruído.

Também como já mencionamos, o direito de igualdade entre mulheres e homens e, ainda, o combate à violência de gênero, doméstica e familiar contra a mulher, foram classificados como direitos humanos das mulheres, sendo objeto de inúmeros tratados

207 Vide: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm

internacionais aos quais o Brasil aderiu e, inclusive, a própria Constituição da República Federativa do Brasil proclamou a igualdade de gênero e o combate a violência doméstica e familiar.

Devido a todo esse cenário, em 1995 houve a promulgação da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) a qual classificou a violência doméstica como crime de menor potencial ofensivo, situação que conferiu aos agressores de crimes dessa natureza a possibilidade de se beneficiar de institutos próprios dessa Lei, tais como a suspensão do processo e a transação penal, isto é, era uma lei que criava uma espécie de barganha em cima de um direito humano fundamental, ocasionando o arquivamento em massa de inúmeros casos e evitando, assim, uma penalidade a altura de um crime tão grave e, acima de tudo, injusto e covarde.

A situação ilustrada acima trazia uma enorme frustração para todos aqueles que lutavam para garantir a defesa e o direito das mulheres que sofriam tamanha agressão em seus corpos, mentes e direitos.

Foi no interior desse contexto jurídico que se desenrolou a história da Maria da Penha Maia Fernandes, nascida em 1º de fevereiro de 1945, na Cidade de Fortaleza-CE.

Maria da Penha, como a chamaremos, era farmacêutica bioquímica tendo se formado pela Faculdade de Farmácia e Bioquímica da Universidade Federal do Ceará em 1966, concluindo o seu mestrado em Parasitologia em Análises Clínicas na Faculdade de Ciências Farmacêuticas da Universidade de São Paulo em 1977.

No ano de 1974, enquanto cursava o mestrado, nossa protagonista começou a namorar Marco Antonio Heredia Viveros, colombiano, que naquele ano realizava os seus estudos de pós-graduação em Economia também na instituição Universidade de São Paulo.

Marco mostrava-se como uma ótima pessoa com todos à sua volta, tendo o casamento acontecido em 1976. Após o nascimento da primeira filha e da finalização do mestrado de Maria da Penha, eles se mudaram para Fortaleza, porém, a história do, até então feliz casal, sofreria uma reviravolta.

Marco passou a agredir Maria da Penha logo após ele ter conseguido obter a cidadania brasileira e ter se estabilizado de forma profissional e econômica no Brasil, passando a mostrar seu lado mais sombrio, intolerante e agressivo, não apenas com a esposa, mas também com as próprias filhas.

Estava formado o conhecido “ciclo da violência doméstica”, que se inicia com a tensão vivida pela esposa, seguida da consumação do ato de violência por parte do homem que, após a agressão, demonstra arrependimento e volta a ser um “bom marido”.

Contudo, conforme inúmeros relatos, depois da primeira violência, a mulher passa a viver sempre na primeira fase do ciclo, qual seja, a tensão, e o homem (alcoz), por sua vez, logo mais inicia novamente o ciclo na fase que a ele pertence, qual seja, a da violência.

A fase do “bom marido” é também denominada de fase da “lua de mel” do casal que vive dentro do “ciclo da violência”, tendo sido em uma fase dessa que, acreditando na mudança de seu amado, Maria da Penha deu à luz a terceira filha do casal.

O ciclo da violência não teve fim com o nascimento de mais uma filha, pelo contrário, em 1983, Marco cometeu duas tentativas de homicídio – hoje conhecido como feminicídio – contra Maria da Penha.

Na primeira tentativa, Marco deu um tiro nas costas de Maria da Penha enquanto ela dormia e como resultado das lesões irreversíveis a vítima ficou paraplégica, além de claro, ter tido traumas psicológicos e outras complicações físicas causadas pelas lesões.

Todavia, Marco declarou à polícia que as lesões eram fruto de uma tentativa de assalto e, inicialmente, todos acreditaram.

Quatro meses depois, após duas cirurgias, internações e tratamentos, Maria da Penha retornou a sua casa e foi mantida em cárcere privado durante quinze dias por seu marido, que, como segunda tentativa de assassinato, tentou eletrocutá-la no banho.

Após esse acontecimento, Maria da Penha começou a entender que o tiro que havia levado uns meses antes não era consequência de um assalto e sim a primeira tentativa de seu esposo em matá-la.

Amigos e familiares de Maria da Penha lhe deram apoio moral e jurídico tirando-a de casa com total cuidado em suas ações para que isso não pudesse configurar abandono de lar e acarretar a perda da guarda de suas filhas.

Mas, se Maria da Penha pensou que seu papel de vítima se encerraria quando logrou êxito em sair da residência que dividia com seu agressor – e deve ter pensado – não poderia estar mais enganada, pois agora ela seria vítima do sistema jurídico brasileiro.

O primeiro julgamento de Marco aconteceu em 1991, ou seja, apenas oito anos após o crime, entretanto, apesar de ter sido condenado a quinze anos de prisão, devido a recursos solicitados pela defesa, o agressor saiu do fórum em total liberdade, inclusive andando, um prazer que há anos ele havia tirado de Maria da Penha.

Foi então que Maria da Penha decidiu lutar por justiça e escreveu o livro “Sobrevivi...posso contar” (publicado em 1994 e reeditado em 2010) relatando sua história e os andamentos processuais da ação contra Marco.

O segundo julgamento só foi realizado cinco anos após o primeiro, isto é, em 1996, no qual o seu ex-marido foi condenado a dez anos e seis meses de prisão. Contudo, sob a alegação de irregularidades processuais por parte dos advogados de defesa, mais uma vez a sentença não foi cumprida.



FIGURA 4: [HTTPS://WWW.INSTITUTOMARIADAPENHA.ORG.BR/QUEM-E-MARIA-DA-PENHA.HTML](https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html)

Maria da Penha, então, iniciou uma verdadeira peregrinação para conseguir justiça.

Em 1998, quase vinte anos após o crime, devido ao incansável esforço de nossa protagonista, o caso tomou uma dimensão internacional quando essa sobrevivente, juntamente com o Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Cômite Latino-Americano e do Caribe para a Defesa Dos Direitos da Mulher (CLADEM), denunciaram todo o ocorrido para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA).

Todavia, mesmo diante de um litígio internacional, que abordava que o Estado Brasileiro severamente estava violando direitos humanos e deveres protegidos por documentos internacionais que ele havia assinado, o país manteve-se inerte, prolongando, ainda mais, a sua omissão no caso e não se manifestando em momento algum durante o processo internacional que buscava sua condenação pela forma como agiu perante o crime em comento.

Em 2001, após receber quatro ofícios da CIDH/OEA (1998 s 2001) e tendo-se silenciado diante das denúncias as quais foi acusado, o Estado Brasileiro foi, enfim, responsabilizado por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica praticada em face de mulheres brasileiras.

Devido a sua condenação de cunho internacional a Comissão Interamericana de Direitos Humanos deu ao Brasil as seguintes recomendações:

1. Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia.
2. Proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciárias correspondentes.
3. Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil.
4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte:
 - a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;
 - b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;
 - c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de

sensibilização com respeito à sua gravidade e às conseqüências penais que gera;

d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.

e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares.²⁰⁸

Frise-se, ainda, que a história da Maria da Penha era apenas uma das muitas que comprovam como o nosso país desdenhava da vítima de violência doméstica e apesar de todas as leis e Convenções que havia ratificado, continuava a ser machista e a fechar os olhos para os direitos humanos de suas mulheres.

Além disso, o enredo da vida de Maria da Penha nos comprova, ainda, que o fato de Maria da Penha ser mestrada em Parasitologia em Análises Clínicas na Faculdade de Ciências Farmacêuticas da Universidade de São Paulo não a eximiu de ser uma vítima da violência de gênero, doméstica e familiar contra a mulher, portanto, diferentemente do que muitos pensam, referida situação não atinge apenas a classe social menos favorecida.

Inclusive, destaquemos, que mesmo possuindo o título de mestrado e tendo independência profissional e econômica do agressor, Maria da Penha também sofreu a violência calada por muito tempo, sem separar-se do agressor e completando diversas vezes o ciclo da violência, sempre acreditando no arrependimento do cônjuge e que aquilo não mais aconteceria entre eles, ou seja, não é questão de estudo ou independência, toda mulher pode ser afetada pelo ciclo da violência e permanecer nele por muito tempo por razões que vão muito além de uma simples análise jurídica da questão.

De qualquer forma, por razão alguma, essas mulheres podem ser responsabilizadas pelos atos de seus agressores, pois o perdão, o amor e a esperança são sentimento nobres cujas causas não nos cabe julgar, mas a violência é sempre injustificável e criminosa. Além do que, a "aceitação" do ciclo da violência está intimamente ligada ao fato dessas mulheres serem vítimas de uma sociedade machista.

²⁰⁸ Vide história completa de Maria da Penha em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>

Feitos os esclarecimentos acima, temos que, após a vergonha mundial a qual o Brasil corretamente foi submetido, necessitava ele, então, cumprir as recomendações da Comissão, não apenas dando uma resposta no processo de Maria da Penha, como também elaborando uma lei que alterasse o cenário brasileiro e pudesse efetivamente proteger as mulheres em situação de violência.

Ademais, questões econômicas também exigiam do Brasil uma conduta de combate a violência doméstica contra a mulher, posto que já começava a ser notado que esse tipo de violência faz com que a vítima acabe por ser ausentar do trabalho, reduzindo, assim, a produtividade das empresas e, conseqüentemente, impactando o PIB do país.

Vejamos abaixo uma pesquisa a qual demonstra que ainda hoje a violência doméstica contra a mulher impacta negativamente na economia do país:

Mulheres vítimas de violência doméstica faltam em média 18 dias de trabalho por ano, o que gera uma perda anual de aproximadamente R\$ 1 bilhão ao país. Além disso, essas mulheres apresentam problemas de concentração e estresse relacionados ao trabalho. As conclusões estão na Pesquisa de Condições Socioeconômicas e Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, feita pela UFC (Universidade Federal do Ceará) em convênio com o Instituto Maria da Penha. Os resultados da segunda fase do estudo foram apresentados na USP (Universidade de São Paulo) no fim de outubro. A pesquisa está agora em uma terceira fase, que vai entrevistar mulheres em diferentes capitais de todas as regiões do país: São Paulo, Porto Alegre, Goiânia e Belém, além de Fortaleza, Salvador e Recife.

(...)

O coordenador da pesquisa, José Raimundo Carvalho, professor do programa de Pós-Graduação em Economia da UFC, explica que a perda de dias de trabalho pela violência é apenas um de uma série de impactos na atividade de trabalho das mulheres.²⁰⁹

²⁰⁹ Vide: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/11/07/violencia-faz-mulher-faltar-18-dias-de-trabalho-e-pais-perder-r-1-bi.htm>

Nesse sentido, temos ainda o alerta da Organização das Nações Unidas que afirma que a violência ora comentada custa mundialmente, em média, cerca de 1,5 trilhão de dólares, o que corresponde a 2% do Produto Interno Bruto Global:

Neste 25 de maio, Dia Laranja pelo Fim da Violência contra as Mulheres, as Nações Unidas reforçam seu apelo para que Estados-membros combatam violações dos direitos humanos de meninas e mulheres. A ONU lembra que a violência contra o público feminino custe aos países cerca de 1,5 trilhão de dólares — 2% do Produto Interno Bruto (PIB) global.

O montante diz respeito em parte às despesas com o atendimento às vítimas, com a aplicação das leis e com as consequências das agressões na vida de trabalhadoras.²¹⁰

Nesse diapasão, já naquela época, a violência contra a mulher ganhou força de relevância econômica, passando, assim, a merecer maior atenção dos líderes preocupados com a economia de seu país.

Em 2002, após o tórrido, nebuloso e vergonhoso cenário brasileiro frente ao mundo devido ao tratamento dado ao processo de Maria da Penha, bem como, ainda, diante de questões econômicas desfavoráveis, o Brasil formou um Consórcio de Ong's Feministas e, contando com a mais diversas representatividades – União, Ministério Público, Secretária dos Direitos Humanos e etc – iniciou-se debates e estudos para a elaboração de uma lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Finalmente, em 07 de agosto de 2006, passamos a ter esse instrumento jurídico legal com a promulgação da Lei 11.340, que recebeu o nome de Lei Maria da Penha como reconhecimento da luta de Maria da Penha contra as violações dos direitos humanos das mulheres e na tentativa do Brasil reparar simbolicamente os danos sofridos por ela em decorrência das atitudes e omissões estatais no decorrer do processamento jurídico do crime ao qual foi vítima.

3.3.2 A Lei Maria da Penha e a obrigação do Poder Público de dar assistência às mulheres vítimas de violência doméstica

A Lei 11.340/06 possui, ao total, quarenta e seis artigos, todavia, tendo em vista a finalidade desse trabalho, nesse tópico abordaremos apenas os nove primeiros dispositivos legais por ela elencados, posto que são eles que tratam das diretrizes e fundamentos da

²¹⁰ Vide: <https://nacoesunidas.org/violencia-contra-a-mulher-custa-us-15-trilhao-ao-mundo-alerta-onu-no-dia-laranja/>

Lei, bem como de sua assistência às vítimas e, ainda, as medidas de prevenção a serem tomadas.

Conforme constatado nos tópicos anteriores, a Lei Maria da Penha foi, acima de tudo, resultado de muita luta, e tem como um de seus objetivos tirar da invisibilidade aquela violência que acontecia tradicionalmente no privado, aquela violência que, de acordo com a cultura do machismo, era uma violência que não deveria ter nenhuma intervenção, pois era até mesmo tida como violência legitimada, porque ela acontecia em casa, dentro do lar, e era consequência da relação de poder que o homem naturalmente exercia sobre a sua mulher, por ser o líder da relação, podendo, até mesmo ser classificada no rol de “exercício regular e natural do direito masculino”.

A Lei 11.340/06 confronta os resquícios ainda existentes devido a adoção por anos de uma cultura machista e consolida a violência de gênero, doméstica e familiar contra as mulheres como um crime repudiável, que afronta os direitos humanos das mulheres, sendo, portanto, um problema que tem que ser combatido em sua essência e não uma mera questão conjugal.

Em primeiro lugar, trata-se de legislação que está fadada a ser aplicada em sociedade que tem como pano de fundo relações sociais impregnadas pela desigualdade de gênero, intimamente imbricadas por desigualdade social, econômica, de raça/etnia, assimetria entre mulheres e homens, fruto de processos culturais de estrutura patriarcal, hierarquizada, marcada pelo poder.²¹¹

Feitas essas iniciais explanações, temos que, o artigo 1º da Lei 11.340/2006 nos fornece as metas da referida Lei, afirmando que ela objetiva a criação de mecanismos coibidores da violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos de artigos do sistema jurídico brasileiro e, ainda, das Convenções promulgadas pelo Brasil, “*ipsis verbis*”:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar

²¹¹ BLAY, Eva Alterman et al. (Coord.). *Feminismos e Masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014, p. 52

contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.²¹²

O artigo 2º da Lei em comento assegura que toda mulher possui direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo, portanto, assegurado a elas uma vida sem violência, "*verbis*":

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.²¹³

Por sua vez, o artigo 3º da Lei 11.340/06 garante às mulheres as condições para exercer seus direitos, determinando que o Poder Público desenvolva políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares, protegendo-as de qualquer negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Além do que, o supracitado artigo, afirma que cabe à família, à sociedade e ao Poder Público criar as condições necessárias para que os direitos mencionados acima sejam de fato exercidos, senão, vejamos:

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

212 Vide: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm

213 Vide: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm

§ 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.²¹⁴

O artigo 5º da Lei Maria da Penha, como estudado anteriormente nesse trabalho, nos traz a definição de violência doméstica e familiar contra a mulher e no que consiste os âmbitos de unidade doméstica e familiar, além de caracterizar o que significa qualquer relação íntima de afeto, razão pela qual desnecessário nova abordagem acerca do mesmo dispositivo, em que pese sua relevância ao presente estudo.

O artigo 6º da Lei 11.340/06 também é de ímpar transcendência, posto que consolida a violência doméstica e familiar contra a mulher como uma forma de violação de seus direitos humanos.

Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.²¹⁵

O artigo 7º da Lei ora analisada consiste em outra grandiosa relevância, pois reconhece que a violência à mulher não ocorre apenas de forma física ou sexual, mas também de forma psicológica, moral e patrimonial, reconhecimento esse que acarreta um grande avanço jurídico e social.

Nessa toada, o artigo em questão determina e explana que:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

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, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause

²¹⁴ Vide: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm

²¹⁵ Vide: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm

prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

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;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.²¹⁶

É importante o entendimento acerca da existência dessas cinco formas de violência doméstica para que possamos reconhecer quando uma mulher estiver enfrentando qualquer uma delas.

Normalmente, a violência psicológica é a primeira a se instalar.

Muitas vezes a vítima tem dificuldade em entender que está vivendo uma situação de violência doméstica, assim, quanto mais pessoas tiverem conhecimento sobre todas as formas de violência, mais mulheres podem ser ajudadas a enxergar o real cenário que vivem.

É interessante que mesmo diante da violência física com marcas deixadas pelo corpo algumas mulheres, ainda assim, não conseguem aceitar que estão vivenciando uma violência doméstica, pois devido a nossa cultura elas são levadas a acreditar que o ocorrido é algo normal e justificável, pois é apenas resultado de um dia ruim no trabalho do cônjuge, ou senão resultado de nervoso com muitas pendências financeiras do lar, ou, até mesmo, consequência do time favorito do seu amado ter perdido uma partida ou um campeonato, vindo essas mulheres, inclusive, a defenderem que apesar dos hematomas em seus corpos, o seu marido/companheiro/namorado é um “homem bom”.

²¹⁶ Vide: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm

Citamos os fatos acima, para mais uma vez deixarmos evidente o quanto a cultura machista foi danosa para a sociedade brasileira e o quanto ela ainda hoje é capaz de produzir seus mais desprezíveis efeitos.

A da Lei Maria da Penha, em seus dispositivos 8º e 9º, traz, ainda, assistência a mulher em situação de violência doméstica e familiar e medidas integradas de prevenção com o fito de evitar o contexto fático em questão, "*verbis*":

Art. 8º A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes:

I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

II - a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às conseqüências e à frequência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas;

III - o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no inciso III do art. 1º, no inciso IV do art. 3º e no inciso IV do art. 221 da Constituição Federal;

IV - a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher;

V - a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres;

VI - a celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais

ou entre estes e entidades não-governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher;

VII - a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões de gênero e de raça ou etnia;

VIII - a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia;

IX - o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Art. 9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

§ 1º O juiz determinará, por prazo certo, a inclusão da mulher em situação de violência doméstica e familiar no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal.

§ 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:

I - acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta;

II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

III - encaminhamento à assistência judiciária, quando for o caso, inclusive para eventual ajuizamento da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável perante o juízo competente. (Incluído pela Lei nº 13.894, de 2019)

§ 3º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar compreenderá o acesso aos benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, incluindo os serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) e da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis nos casos de violência sexual.

§ 4º Aquele que, por ação ou omissão, causar lesão, violência física, sexual ou psicológica e dano moral ou patrimonial a mulher fica obrigado a ressarcir todos os danos causados, inclusive ressarcir ao Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com a tabela SUS, os custos relativos aos serviços de saúde prestados para o total tratamento das vítimas em situação de violência doméstica e familiar, recolhidos os recursos assim arrecadados ao Fundo de Saúde do ente federado responsável pelas unidades de saúde que prestarem os serviços. (Vide Lei nº 13.871, de 2019) (Vigência)

§ 5º Os dispositivos de segurança destinados ao uso em caso de perigo iminente e disponibilizados para o monitoramento das vítimas de violência doméstica ou familiar amparadas por medidas protetivas terão seus custos ressarcidos pelo agressor. (Vide Lei nº 13.871, de 2019) (Vigência)

§ 6º O ressarcimento de que tratam os §§ 4º e 5º deste artigo não poderá importar ônus de qualquer natureza ao patrimônio da mulher e dos seus dependentes, nem configurar atenuante ou ensejar possibilidade de substituição da pena aplicada. (Vide Lei nº 13.871, de 2019) (Vigência)

§ 7º A mulher em situação de violência doméstica e familiar tem prioridade para matricular seus dependentes em instituição de educação básica mais próxima de seu domicílio, ou transferi-los para essa instituição, mediante a apresentação dos documentos comprobatórios do registro da ocorrência policial ou do processo de violência doméstica e familiar em curso. (Incluído pela Lei nº 13.882, de 2019)

§ 8º Serão sigilosos os dados da ofendida e de seus dependentes matriculados ou transferidos conforme o disposto no § 7º deste artigo, e o acesso às informações será reservado ao juiz, ao Ministério Público

e aos órgãos competentes do poder público. (Incluído pela Lei nº 13.882, de 2019)²¹⁷

Todos os dispositivos supracitados são exemplos que demonstram cabalmente o dever do Poder Público e todos os seus integrantes de dar assistência às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, bem como de realizar políticas com o fito de prevenir esse cenário violento.

Como exemplos de parte do cumprimento do dever em questão podemos citar a promulgação de algumas recentes leis, as quais demonstram como o Poder Público encontra-se inovando em matéria legislativa de combate a violência doméstica contra a mulher a fim de conseguir cumprir suas obrigações perante a sociedade e a Lei Maria da Penha, senão, vejamos:

A Lei 14.149 de 05 de maio de 2021 institui o Formulário Nacional de Avaliação de Risco, a ser aplicado à mulher vítima de violência doméstica e familiar, possuindo os seguintes dispositivos que devem ser aplicados junto as normas da Lei Maria da Penha, "*in verbis*":

Art. 1º Esta Lei institui o Formulário Nacional de Avaliação de Risco, a ser aplicado à mulher vítima de violência doméstica e familiar, observado o disposto na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha).

Art. 2º É instituído o Formulário Nacional de Avaliação de Risco para a prevenção e o enfrentamento de crimes e de demais atos de violência doméstica e familiar praticados contra a mulher, conforme modelo aprovado por ato normativo conjunto do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público.

§ 1º O Formulário Nacional de Avaliação de Risco tem por objetivo identificar os fatores que indicam o risco de a mulher vir a sofrer qualquer forma de violência no âmbito das relações domésticas, para subsidiar a atuação dos órgãos de segurança pública, do Ministério Público, do Poder Judiciário e dos órgãos e das entidades da rede de proteção na gestão do risco identificado, devendo ser preservado, em qualquer hipótese, o sigilo das informações.

§ 2º O Formulário Nacional de Avaliação de Risco deve ser preferencialmente aplicado pela Polícia Civil no momento de registro

²¹⁷ Vide: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm

da ocorrência ou, em sua impossibilidade, pelo Ministério Público ou pelo Poder Judiciário, por ocasião do primeiro atendimento à mulher vítima de violência doméstica e familiar.

§ 3º É facultada a utilização do modelo de Formulário Nacional de Avaliação de Risco por outros órgãos e entidades públicas ou privadas que atuem na área de prevenção e de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Art. 3º Aplica-se às disposições previstas nesta Lei o disposto na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha).

Ainda no ano de 2021 passou a vigor a Lei 14.232/21 que tem como finalidade reunir, organizar, sistematizar e disponibilizar dados e informações referentes a todos os tipos de violência contra as mulheres, utilizando-se da integração das bases de dados dos órgãos de atendimento à mulher em situação de violência.

Em 2022 tivemos a Lei 14.316 que altera a Lei 13.756/18 e a Lei 13.675/18 para que haja a destinação de recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP) para ações de enfrentamento à violência contra a mulher previstas no artigo 35 da Lei Maria da Penha.

Já a Lei 14.448 do ano de 2022 instituiu, em âmbito nacional, o mês de agosto como sendo o mês de proteção à mulher, destinado à conscientização para o fim da violência contra a mulher, passando o referido mês, então, a ser conhecido como “Agosto Lilás”.

3.3.3 Breves considerações acerca da Lei da Penha na abordagem do problema da violência de gênero, doméstica e familiar contra a mulher

Existem quatro pilares do enfrentamento da violência de gênero, doméstica e familiar que devem trabalhar de forma conjunta, são eles: assistência, proteção, prevenção e repressão.

A Lei Maria da Penha, como vimos, tem como objetivo criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, portanto, não é uma lei que tem apenas o caráter punitivo, ela tem ainda o caráter preventivo, ela age também na esfera da educação para prevenção.

Essa Lei é importante porque ela traz diversas situações que visam proteger a mulher não apenas no que diz respeito à área da segurança pública, uma vez que ela tem como escopo atuar em outros campos da vida mulher, tais como justiça, saúde, trabalho,

assistência social, defesa de seus direitos humanos, criação de políticas públicas de seu interesse, e todo e qualquer outro campo que a mulher necessite de amparo.

A Lei 11.340/06, em verdade, não tem um viés mais punitivo, como muitos pensam, e sim possui um viés mais educacional, com base na defesa não de um mero direito, mas sim de um direito humano de todas as mulheres.

A propósito, merece uma crítica o fato dessa Lei encontrar-se classificada como “Direito Penal” nos editais dos concursos do país, pois ela, em verdade, consiste na defesa de direitos fundamentalmente humanos.

O caráter educacional da Lei 11.340/06 é claramente demonstrado quando realizamos uma simples contagem de seus dispositivos e notamos que apenas sete por cento deles referem-se a punição dos agressores, enquanto que os outros noventa e três por cento tratam de ressocialização dos envolvidos, bem como prevenção, e, ainda, acolhimento e cuidado com a vítima.

Todavia, o foco da sociedade parece estar voltado unicamente a esses sete por cento que tratam da punição do criminoso, acarretando críticas no sentido de que a lei não resolve o problema.

Na verdade, em seu bojo, a legislação em comento traz o necessário, não apenas para punir o agressor, mas principalmente para tentar mudar o cenário da violência doméstica no Brasil.

Nesse contexto, o que precisamos fazer não é alterar a lei e sim fazê-la funcionar, tirá-la do formalismo do papel e conseguir levá-la à realidade.

Não podemos esquecer que a Lei Maria da Penha foi criada por inúmeros profissionais com anos de experiência no contexto que se quer combater, e, justamente por isso se está tentando fazer com que o enfrentamento a essa situação ocorra principalmente em nível de cuidado, acolhimento e prevenção, pois é conseguindo alterar a situação através da raiz do problema, bem como ofertando a vítima recursos para prosseguir a vida fora do ciclo de violência formado, que conseguiremos alterar de vez essa realidade e seus altos índices dentro da sociedade brasileira.

É bom que explanemos que existem três tipos de prevenção: a primária, a secundária e a terciária:

A prevenção primária é a implementação de programas e ações que visam evitar a ocorrência da violência. Refere-se a estratégias dirigidas a toda a população e incluem produção legislativa, orientação e apoio às pessoas, campanhas de divulgação de

informações, entre outras. Na prevenção secundária, as estratégias são voltadas para populações de risco, ou seja, para aqueles que estão mais suscetíveis e vulneráveis à situação de violência. O objetivo também é atuar de forma a promover a prevenção. Neste nível, programas de treinamento dos agentes públicos, em especial de saúde, educação, justiça e segurança, são imprescindíveis para estimular ações de respeito aos direitos dos cidadãos, sem tolerância a qualquer tipo de violência. O último nível de prevenção (terciária) são intervenções realizadas quando as situações de violência já ocorreram e possuem como objetivo cessar imediatamente a agressão e reduzir as consequências causadas por essas experiências. A prevenção da violência está diretamente relacionada à promoção da cultura de paz e de condições de relações mais igualitárias e dignas na organização das sociedades. Ela aponta no sentido da garantia e promoção dos direitos humanos e da construção de sistemas pelo Estado que permitam a garantia dos direitos fundamentais, civis, sociais e políticos. A construção de uma sociedade livre, justa e generosa começa na família, responsável, em primeira instância, pela formação de pessoas íntegras na sua personalidade e caráter. Segundo a Constituição Federal de 1988 (CF), é responsabilidade do Estado garantir as condições para que a família possa cumprir seu papel, assegurando assistência e criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. A CF também afirma que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. 218

A prevenção primária e secundária buscam identificar os riscos e trazer os fatores de proteção, elas realizam o diagnóstico precoce do problema e descobrem o tratamento adequado, sendo que a prevenção primária volta-se a sociedade como um todo, enquanto

218 Vide:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10071/Trabalho%20Individual%20Fernanda%20Ran%C3%B1a%20Ferreira.pdf?seque>

que a prevenção secundária dirige-se à população de risco, isto é, aqueles que são mais suscetíveis a enfrentar as consequências daquilo que se quer evitar.

Já a prevenção terciária é a prevenção tardia, isto é, quando o infortúnio já ocorreu e busca-se cessar de uma vez por todas a situação violenta e amenizar as consequências dos danos que ela gerou, essa prevenção é o que podemos chamar de "reabilitação dos danos".

Pois bem. A melhor forma de combater a violência não é simplesmente o encarceramento em massa, mas sim o encarceramento dos agressores, com um trabalho intensificado em suas reeducações para entenderem o porquê foram presos, a razão pela qual aquele tipo de comportamento é errado e não pode ocorrer, sendo que, no mesmo instante, deve-se ampliar a divulgação de tais entendimentos aqueles que estão do lado de fora e podem, em algum momento da vida, serem os algozes ou as vítimas de tais crimes.

Ao contrário do que muitos podem pensar, para autores de crimes contra as mulheres, muitas vezes, seu ato não é obviamente um erro.

Isso porque a violência contra a mulher tem como base, justamente, a cultura machista, a qual é solidificada no entendimento de que dentro das relações sociais há uma superioridade do homem em relação à mulher, exercendo aquele, até mesmo, um exercício de posse e propriedade em relação a essa, permitindo-se, assim, que o homem possa agredir a mulher sem que isso, contudo, seja considerado errado ou mesmo injustificável.

Exatamente por essa razão que se torna ainda mais imprescindível a reeducação desses agressores de mulheres, pois se conseguirmos fazer eles entenderem, de fato, que não possuem direito ou mesmo qualquer razão ao agredir alguém do sexo oposto, estaremos tirando da mente deles a legitimidade que acreditam existir para aquele tipo de ato e tornando, assim, esses homens menos suscetíveis a delinquir novamente em crimes dessa espécie.

Corroborando com o entendimento exposto temos as afirmações elucidadas na "Cartilha Regional sobre Gênero e Masculinidades – Homem: Ser e/ou não ser? a qual foi desenvolvida por inúmeros profissionais experientes no estudo da questão de gênero e masculinidade:

(...) não basta punir a pessoa que cometeu uma violência, que é um produto dessa sociedade, dessa cultura machista, competitiva e violenta. É necessário fazer a pessoa que cometeu um crime refletir sobre os seus atos, despertar empatia pela vítima, se arrepender de seus atos, educar em gênero e para a não violência, a fim de que haja

a possibilidade real dessa pessoa romper com o ciclo da violência, mudar e poder ter relações igualitárias, harmoniosas, saudáveis, respeitadas e não violentas, pois hoje o que temos é um sistema penitenciário insalubre e que, ao invés de reeducar, ressocializar e reinserir a pessoa socialmente, torna-a pior, desumaniza-a e abre grandes possibilidades para criar algum tipo de vínculo com o crime organizado.

É perceptível que não basta uma medida punitiva para mudar a forma de pensar da pessoa, as formas de comportar-se, de relacionar-se e de agir. É preciso compreender o processo que leva os homens a se tornarem como são, a fim de entendermos a causa do problema da violência contra mulher, que é social, cultural, estrutural e ideológico. 219

Portanto, para resolver o problema precisamos de muito mais do que apenas punir, temos que ampliar o entendimento sobre gênero e esclarecer as pessoas mesmo aquilo que parece óbvio, ferindo de morte o machismo e acabando, assim, com todos os seus resquícios na vida de mulheres e homens desses país.

Devemos, por exemplo, esclarecer a população acerca da igualdade entre homens e mulheres, saindo apenas da letra da lei e lhes dando razões de aceitar essa realidade; podemos, também, explicar a mulheres e homens o que é um relacionamento afetivo saudável, pois infelizmente muita gente não conhece essa definição ou tem um conceito errôneo sobre ela, mais uma vez devemos esse cenário as nossas raízes machistas.

Quando não apenas afirmamos que o agressor deve ser punido, mas também questionamos o porquê de a violência contra a mulher ser tão recorrente no Brasil, paramos de estar atrás da violência e conseguimos nos posicionar a frente dela, evitando, portanto, sua ocorrência.

A reeducação dos agressores a fim de evitar a repetição de crimes contra a mulher é algo amplamente defendido pelos estudiosos do tema:

O trabalho com homens deve se tornar efetivamente uma política pública. De outro modo, assistiremos a uma repetição ad infinitum das soluções de continuidade provocadas, sobretudo, pelo não

219 Vide: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/MA/article/view/7619/5805>, p. 19

comprometimento da classe política com mudanças nos valores que regem as relações de gênero (...)220

Sabemos que o feminicídio – fase final do ciclo de violência sem possibilidade de retorno ao começo – normalmente, não acontece do dia para a noite, ele percorre o já conhecido “ciclo de violência” por diversas vezes, podendo, portanto, ser evitado se formos capazes de notar seus indicativos.

Para tanto, temos que estar à frente da violência, combatendo-a, e não correndo atrás dela, sob pena de chegarmos atrasados e termos que sentir seus tão nocivos efeitos.

Devemos entender que não é um processo de judicialização que irá solucionar o problema da violência em face da mulher, pois se não alterarmos o entendimento das pessoas não alteraremos essa realidade.

Precisamos reeducar as mulheres e fortalecê-las para que elas entendam o que aconteceu com elas, como elas chegaram aquela situação e o que elas podem fazer tendo em vista todos os recursos e amparos que possuem em sua disposição para livrarem-se do ciclo de violência o qual encontram-se inseridas, por outro lado, o homem precisa compreender o porquê de estar sendo punido e a razão pela qual o ato por ele praticado é errado.

Nunca podemos esquecer que problemas complexos exigem respostas complexas, portanto, a resposta ao problema da violência contra a mulher não pode ser simplesmente o encarceramento em massa, porque isso pune o agressor pela sua conduta, mas não impede que novos casos, inclusive tendo esse mesmo agressor como protagonista, deixem de acontecer, isto é, apenas a prisão dos agressores não garante a proteção de nossas mulheres.

3.3.4 A Lei 13.984 de 03 de abril de 2020

A recente Lei 13.984 de 03 de abril de 2020 incluiu os incisos VI e VII no artigo 22 da Lei 11.340/06 que passou a ter a seguinte redação:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

220 ACOSTA, Fernando; BRONZ, Alan. Desafios para o trabalho com homens em situação de violência com suas parceiras íntimas. In: BLAY, Eva Alterman (Coord.). Feminismos e Masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014. p. 145

(...)

VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e (Incluído pela Lei nº 13.984, de 2020)

VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio. (Incluído pela Lei nº 13.984, de 2020)²²¹

Dessa forma, dentre as medidas de urgências a serem aplicadas em conjunto ou separadamente, após a constatação da violência doméstica e familiar contra a mulher temos, agora, a obrigatoriedade de frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial.

Note-se, portanto, que a referida inclusão evidencia que o legislador já reconhece a necessidade de, não apenas punir o agressor e/ou afastá-lo da vítima, mas também de realizar com ele um trabalho psicossocial voltado a sua recuperação a fim de que, muito mais do que ser punido, ele consiga entender a razão pela qual está sofrendo aquela punição e o porquê do seu ato ser errado, diminuindo, assim, a chance de reincidência específica desse indivíduo em delitos dessa espécie.

Estamos falando aqui de uma Justiça não meramente punitiva, mas também restauradora, que reeduca o agressor, transformando sua vida, modificando seus valores, e o fazendo não apenas ser responsabilizado, mas também responsabilizar-se por aquele seu ato a ponto de assumir o erro e não mais voltar a cometê-lo.

(...) pensar a penalidade da pessoa que viola uma lei dentro de uma perspectiva da Justiça Restaurativa, não vendo a pena como uma forma de vingança, meramente como um instrumento de punição, mas como um instrumento de mudança, recuperação, transformação, (re)educação, (res)socialização e (re)inserção social, fazendo com que o homem seja responsabilizado e se responsabilize pelos seus atos. A violência contra mulher, fruto do machismo é responsabilidade de todas as pessoas. Enfrentar o machismo é fundamental para superarmos a violência doméstica e familiar e construirmos uma igualdade de gênero.²²²

²²¹ Vide: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm

²²² Vide: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/MA/article/view/7619/5805>, p. 3/4

Com base nesses fundamentos, antes mesmo da Lei 13.984/20 entrar em vigor, já existiam grupos socioeducativos voltados à reeducação do agressor da violência doméstica.

Um desses grupos chama-se “E agora, José?” que tem desempenhado um excelente trabalho junto aos homens que praticam a violência doméstica.

O Programa “E AGORA, JOSÉ?”, grupo socioeducativo com homens autores de violência doméstica contra as mulheres, é desenvolvido na cidade de Santo André, SP. Trata-se de uma parceria da Secretaria de Políticas para as Mulheres com o Tribunal de Justiça – Comarca de Santo André e a Coordenadoria de Reintegração Social e Cidadania da Secretaria Estadual da Administração Penitenciária.

Esta iniciativa surgiu a partir do Acordo de Cooperação Técnica que entre si celebraram o Tribunal de Justiça de São Paulo e o município de Santo André, em abril de 2013, a fim de fortalecer a implementação da Lei Maria da Penha a partir da Campanha Nacional da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República “Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha – A lei é mais forte”

O Programa “E agora, José?” visa promover a reeducação dos autores de violência doméstica, acompanhando o cumprimento das penas e das decisões proferidas pelo Juízo em cada um dos casos atendidos. Além disso, como objetivos específicos o programa possui:

- promover atividades educativas e pedagógicas nos grupos reflexivos, a partir de uma perspectiva de gênero feminista e de uma abordagem responsabilizante;
- articular permanentemente com os serviços da Rede de Atendimento, em especial com o Sistema de Justiça (Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, Ministério Público, Central de Medidas Alternativas, Secretarias Estaduais/Municipais de Justiça);
- potencializar a participação de outros homens em ações pelo fim da violência contra mulher, com participação ativa no Fórum de Gênero e Masculinidades do Grande ABC;
- fornecer informações permanentes sobre o acompanhamento dos homens autores de violência ao juízo competente, por meio de relatórios e documentos técnicos pertinentes;

- encaminhar para programas de recuperação específicos e para atendimento de saúde mental (quando necessário). O processo socioeducativo é conduzido por uma equipe de facilitadores* que participam como parte integrante do grupo, com espaço para expor suas opiniões e ideias e ser questionado, colaborando na construção das relações, propondo atividades a serem realizadas durante os encontros.²²³

O programa é conduzido por uma equipe de facilitadores, expondo suas opiniões, ideias, podendo, até mesmo, serem questionados, visando sempre colaborar na construção das relações, e propondo atividades a serem realizadas durante os encontros:

Os facilitadores têm o papel de conduzir e facilitar a dinâmica do grupo, por meio de atividades educativas e pedagógicas, proporcionando o surgimento de potencialidades nas pessoas e no grupo. Portanto, o trabalho no grupo é de caráter socioeducativo e reflexivo, logo, não consiste em psicoterapia e não é substitutivo das ações policiais, jurídicas, médicas e psicológicas de atenção à violência. Existe um núcleo coordenador do projeto que é composto por uma pessoa representando a Secretaria de Políticas para as Mulheres de Santo André, uma representando a Coordenadoria de Reintegração Social e Cidadania da Secretaria da Administração Penitenciária – Unidade de Santo André e um supervisor do trabalho em grupo especialista em masculinidades e trabalho com grupos reflexivos. Os encontros são semanais, às quartas-feiras, com duração de duas horas, das 18h às 20h, com o máximo de 20 participantes. Porém, o grupo apenas recebe homens autores de violência encaminhados por decisão proferida pelo juízo competente. O ciclo de encontros se repete a cada vinte. Os participantes podem iniciar a qualquer momento. O perfil da turma é variado, com idades e classes sociais diversas, o mais jovem tem 22 anos e o mais idoso, 72 anos. As causas da condenação, em geral, são lesões corporais, ameaças e perturbação de tranquilidade. Casos mais graves, como homicídio ou tentativa de homicídio, não são incluídos na ação.²²⁴

²²³ Vide: <http://docplayer.com.br/48803346-Grupo-socioeducativo-com-homens-autores-de-violencia-domestica-contra-as-mulheres.html>

²²⁴ Vide: <http://docplayer.com.br/48803346-Grupo-socioeducativo-com-homens-autores-de-violencia-domestica-contra-as-mulheres.html>

Para cumprir seus objetivos o programa possui temáticas e técnicas a serem desenvolvidas em cada um dos vinte encontros, bem como tem definido suas pretensões acerca do grupo:

Temáticas e técnicas dos 20 encontros:

1. o significado de ser homem;
2. divisão de tarefas masculinas e femininas;
3. profissões masculinas e femininas;
4. como nos tornamos homens;
5. os efeitos do nosso modo de ser homens;
6. a violência nos jogos infantis;
7. a luta pela vida;
8. violência contra a mulher;
9. é possível uma vida menos violenta;
10. a discriminação exercida pelos homens;
11. a discriminação sofrida pelos homens;
12. minha Vida de João;
13. coisas de Homem X Coisas de Mulher;
14. nasce um bebê;
15. estereótipos em debate;
16. a honra masculina;
17. comportamento de risco;
18. não violência ativa;
19. diversidade sexual;
20. violência sexual.

Pretende-se com esse grupo socioeducativo:

- dar visibilidade as tarefas e trabalhos executados por mulheres e homens e analisar o porquê destas diferenças;
- analisar a maneira como “a forma” de ser homem, na sociedade, influencia no desenvolvimento humano das mulheres e dos homens;
- identificar a violência presente e suas diferentes manifestações nos espaços de convivência dos homens;
- propor ações viáveis para uma transformação social e diminuição da violência;
- perceber um acordo silencioso entre os homens sobre a violência de gênero;
- perceber que o espaço doméstico propicia aos homens solidariedade, afetividade e sensibilidade necessárias a uma plena masculinidade.²²⁵

A equipe de facilitadores afirma ter obtido mudanças significativas nas formas de pensar dos homens que frequentaram o curso. Abaixo citaremos alguns exemplos fornecidos por quem acompanhou de perto o desenvolvimento e a reeducação desses homens:

José I (nome fictício) garante que o aprendizado durante os encontros levou a uma mudança de comportamento e de atitudes. “Antes eu acreditava que era o dono da razão, tudo era da minha forma e da minha maneira, acreditava que o direito da mulher era não ter direito, hoje eu sei que os dois têm que caminhar juntos, com compromissos e obrigações iguais”.

Observamos relatos de mudanças de postura, como do participante, José II, que ao final dos encontros afirmou “hoje sou um homem mais calmo, aprendi muito aqui, tenho uma nova companheira e aprendo muito com ela também”.

²²⁵ Vide: <http://docplayer.com.br/48803346-Grupo-socioeducativo-com-homens-autores-de-violencia-domestica-contra-as-mulheres.html>

A responsabilização tem feito parte dos depoimentos, como afirma o José III: “Com minha idade, cometi uma besteira, reconheço que errei, não devia ter feito o que fiz contra minha companheira, respondo pelos meus atos, me separei, fui morar numa pensão...”.

Parte importante do processo é que os homens assumam o compromisso, que, de agora em diante, nunca mais cometerão uma violência contra a mulher, objetivo que podemos considerar atingido na fala de José IV: “Agora não virei um santo, mas não cometerei mais o que fiz, na vida toda nunca tinha sido agressivo, mas acho que a vida me deixou amargurado e nisso acabei descontando nela...”

Por fim, o depoimento do José V descreve a resistência inicial em participar do grupo, vivida pela maioria dos participantes, mas que depois passam a considerar de forma positiva para suas vidas: “Sou casado há 35 anos, sou avô, tenho 3 netos. Eu passei por uma crise financeira, agredi minha esposa, ela me agrediu também. Fui denunciado. No começo achei ruim, mas depois achei bom. A Juíza me mandou para esse grupo, no começo tive preconceito, depois vi que não era nada daquilo. Hoje, mesmo quando me tiram do sério eu não revido, não me altero. Eu espero que sigam o meu exemplo e não cometam mais esse erro.” Nesse trecho final de sua fala, percebemos o papel de educador que o homem que está encerrando o ciclo passa a desempenhar perante o participante recém-chegado.²²⁶

A equipe que participa do programa garante, ainda, que:

Em nossa visão, o Programa “E Agora José?” tem proporcionado a nós e aos demais participantes um espaço rico em reflexões, trocas, arrependimentos e responsabilizações. Um percurso de 20 encontros para os autores de violência e permanente para nós, facilitadores e núcleo de coordenação. Processo que nos proporciona uma constante retomada de posicionamento e significação perante o desafio de enfrentamento a violência contra a mulher. Mas com uma perspectiva otimista de estar construindo novos discursos sobre a masculinidade, para além da violência, do assédio, do preconceito e da discriminação presentes no discurso machista.²²⁷

Sobre o programa “E agora, José?” o psicólogo e sociólogo Flavio Urra, facilitador e supervisor do projeto, em conversa com essa orientanda, narrou o seguinte:

²²⁶ Vide: <http://docplayer.com.br/48803346-Grupo-socioeducativo-com-homens-autores-de-violencia-domestica-contra-as-mulheres.html>

²²⁷ Vide: <http://docplayer.com.br/48803346-Grupo-socioeducativo-com-homens-autores-de-violencia-domestica-contra-as-mulheres.html>

No programa “E agora, José?” atendemos homens autores de crimes de violência contra a mulher. Até hoje já atendemos cerca de trezentos homens e, após frequentarem o curso, podemos notar os resultados atingidos através de suas falas.

Por exemplo, mais de um homem já nos falou que se não tivesse frequentado o grupo, teria acabado matando a sua mulher; outro homem nos disse que “entendeu a questão que trabalhamos ali”, complementando, ainda, que quando iniciou o curso achava que a sua mulher havia mentido, feito um BO falso apenas para incriminá-lo, mas refletindo sobre o que conversamos ele pode perceber as violências que havia cometido contra ela, conseguindo entender porque mereceu o BO feito por ela.

Sobre o Boletim de Ocorrências, é bom esclarecermos que ele não costuma contemplar todas as violências que aquela mulher já sofreu por parte daquele homem, pois o BO é sempre o resultado final, uma vez que, geralmente, quando a mulher faz um BO, ela já sofreu várias violências, é difícil ela fazer um BO já na primeira violência.

Também tivemos homens dizendo que estavam se esforçando para nunca mais cometer violência; homens que relataram estarem sendo melhores pais e até melhores profissionais, e pudemos notar homens que passaram a respeitar mais as mulheres, perdendo um pouco essa questão de considerar a mulher como objeto sexual.

Lembro de um homem que relatou ter passado a deixar com que a mulher resolvesse os dias em que eles iriam fazer sexo, pois antes ele até forçava ela a ter relações sexuais com ele.

São esses mais ou menos alguns dos resultados que conseguimos notar diante do que ouvimos nos depoimentos dos homens que atendemos.

O programa “E agora, José?” é, portanto, comprovação clara de que a reeducação dos agressores de mulheres com o fito de combater o machismo em sua raiz, é algo imprescindível para mudarmos a realidade dos altos números dessa violência em nosso país, pois, devido as razões motivadoras desse tipo de delito, um agressor de mulheres que, além de entender que está sendo punido, compreende na essência a absurdez do seu ato, é um homem que dificilmente reincidirá naquele delito.

3.4 Lei 13.104/15 (Lei do Femicídio)

O número de mortes de mulheres por razões de gênero e de violência doméstica e familiar é assustadoramente alta, senão, vejamos:

No Brasil, a taxa de feminicídios é de 4,8 para 100 mil mulheres – a quinta maior no mundo, segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS). Em 2015, o Mapa da Violência sobre homicídios entre o público feminino revelou que, de 2003 a 2013, o número de assassinatos de mulheres negras cresceu 54%, passando de 1.864 para 2.875.228

Devido ao alto índice de mortes de mulheres motivadas pela condição de sexo feminino, em 9 de março de 2015, foi promulgada no Brasil a Lei 13.104 conhecida como Lei do Feminicídio, que alterou o artigo 121, do Código Penal para passar a prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, acrescentando, também, o que se deveria levar em consideração a fim de classificar um homicídio como feminicídio.

A lei em comento alterou, ainda, o artigo 1º, da Lei 8.072/1990 para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondo, "*in verbis*":

Art. 1º O art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Homicídio simples

Art. 121.

Homicídio qualificado

§ 2º

Feminicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

§ 2º -A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Aumento de pena

228 Vide: <https://nacoesunidas.org/onu-femicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/>

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;

III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.” (NR)

Art. 2º O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 1º

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V e VI);229

Observemos que o feminicídio irá ocorrer sempre que o motivo para a prática do crime de homicídio for a condição de sexo feminino, isto é, sempre quando o assassinato envolver violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Ressalta-se que a jurisprudência majoritária entende que as qualificadoras do feminicídio são de cunho objetivo. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS Nº 440.945 - MG (2018/0059557-0) RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS PACIENTE : RIANDERSON GOMES DOS SANTOS (PRESO) DECISÃO Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de RIANDERSON GOMES DOS SANTOS, em face de decisão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, que negou provimento à apelação defensiva. Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 13 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 121, § 2º, I, IV e VI, do Código Penal. Ato seguinte, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual lhe negou provimento. No presente habeas

229 Vide: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm

corpus, alega a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que a consideração do feminicídio como qualificadora objetiva fere o próprio sentido da norma, provocando bis in idem por possibilitar a sua coexistência com outros motivos para o crime. Aduz, ainda, que a qualificadora de 'feminicídio' tem natureza subjetiva e a qualificadora do motivo torpe também, por isso quando são colocadas as duas qualificadoras como motivação do crime, está incorrendo no princípio do 'non bis in idem'. Requer a concessão da ordem a fim de que seja reconhecida a existência de bis in idem entre as qualificadoras, seja decretada a majorante e decretada anulação do julgamento. Indeferida a liminar, prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do writ. É o relatório. DECIDO. No concernente ao pleito de reconhecimento do bis in idem entre as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio, tem-se que o Tribunal de origem manifestou-se, nos seguintes termos (fls. 530/532): PRELIMINAR: Como visto, a defesa sustenta, preliminarmente, a nulidade do julgamento pelo reconhecimento simultâneo das qualificadoras do feminicídio e do motivo torpe, ao argumento de que são incompatíveis, configurando bis in idem. Contudo, razão não lhe assiste. Consoante é cediço, a Lei 13.104/2015 alterou o artigo 121 do CP, incluindo o crime de feminicídio como uma modalidade qualificada do homicídio, delito tipificado, inclusive, como hediondo. Tais mudanças atuam como uma resposta à necessidade de providências rígidas e rápidas, em razão dos altos índices de violência contra a mulher. No caso sub judice, o acusado ceifou a vida da vítima, sua companheira, na residência do casal, sendo reconhecido pelos jurados que o móvel do delito foi o fato de que "o acusado acreditava que tinha posse sobre a vítima, a qual manifestou o desejo de por fim ao relacionamento conjugal". Além disso, o júri reconheceu que "o crime foi praticado contra o gênero mulher, prevalecendo o acusado de relações domésticas e familiares" (f. 311 v). Tais circunstâncias, diversamente do sustentado pela defesa, não são incompatíveis nem caracterizadoras de bis in idem. Isso porque, enquanto o motivo torpe está relacionado à razão do delito, ao que levou o réu a praticar o crime, o reconhecimento do feminicídio decorreu da ocorrência de violência doméstica e familiar. Assim, presentes uma qualificadora de cunho subjetivo (motivo torpe) e outra de cunho objetivo (feminicídio), circunstâncias de naturezas diversas que coexistem em perfeita harmonia, não há nulidade a ser declarada. Extrai-se dos autos que a Corte de origem não reconheceu o alegado bis in idem,

porquanto enquanto o motivo torpe está relacionado à razão do delito, ao que levou o réu a praticar o crime, o reconhecimento do feminicídio decorreu da ocorrência de violência doméstica e familiar. Ressaltou, ainda, que o acusado acreditava que tinha posse sobre a vítima, a qual manifestou o desejo de por fim ao relacionamento conjugal - motivo torpe, e o crime foi praticado contra o gênero mulher, prevalecendo o acusado de relações domésticas e familiares - feminicídio. Dessa forma, tem-se que o Tribunal a quo decidiu em conformidade com o entendimento desta Corte superior, porquanto, tratando-se o motivo torpe de qualificadora de natureza subjetiva, e o feminicídio de qualificadora objetiva não há se falar em bis in idem no reconhecimento de ambas, de modo que não se vislumbra ilegalidade no ponto. Destaco que, conforme determina o art. 121, § 2º-A, II, do CP, a qualificadora do homicídio deve ser reconhecida nos casos em que o delito é cometido em face de mulher em violência doméstica e familiar. Assim, o fato de o paciente valer-se do relacionamento familiar que possuía com a vítima é aferível de maneira objetiva, e não se confunde com a circunstância de ter cometido o delito em razão de acreditar que tinha posse sobre a ofendida, a qual é de natureza subjetiva. Nesse sentido, cito o seguinte trecho da decisão monocrática proferida pelo Ministro Felix Fischer, Recurso Especial n. 1.707.113/MG (julgado em 29/11/2017, publicado em 7/12/2017), no qual destacou que Considerando as circunstâncias subjetivas e objetivas, temos a possibilidade de coexistência entre as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio. Isso porque a natureza do motivo torpe é subjetiva, porquanto de caráter pessoal, enquanto o feminicídio possui natureza objetiva, pois incide nos crimes praticados contra a mulher por razão do seu gênero feminino e/ou sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita, assim o animus do agente não é objeto de análise. Cito, ainda, o seguinte acórdão, julgado pela Quinta Turma desta Corte superior: HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. [...] HOMICÍDIO. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE. INCOMPATIBILIDADE COM O FEMINICÍDIO. NÃO OCORRÊNCIA. NATUREZA DIVERSA DAS CIRCUNSTÂNCIAS EM QUESTÃO. ILEGALIDADE NÃO CARACTERIZADA. 1. Conquanto o § 1º do artigo 413 do Código de

Processo Penal preveja que "a fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena", não há dúvidas de que a decisão que submete o acusado a julgamento pelo Tribunal do Júri deve ser motivada, inclusive no que se refere às qualificadoras do homicídio, notadamente diante do disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, que impõe a fundamentação de todas as decisões judiciais. 2. No caso dos autos, depreende-se que as instâncias de origem fundamentaram adequadamente a preservação das duas circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio atribuído ao recorrente, reportando-se aos pressupostos fáticos que autorizam a sua apreciação pelo Tribunal do Júri. 3. As qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio não possuem a mesma natureza, sendo certo que a primeira tem caráter subjetivo, ao passo que a segunda é objetiva, não havendo, assim, qualquer óbice à sua imputação simultânea. Doutrina. Precedentes. 4. Habeas corpus não conhecido. (HC 430.222/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/3/2018, DJE 22/3/2018). Ante o exposto, denego o habeas corpus. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 13 de abril de 2018. MINISTRO NEFI CORDEIRO Relator (STJ - HC: 440945 MG 2018/0059557-0, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Publicação: DJ 19/04/2018)

Corroborando com esse entendimento a Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (COPEVID) editou os seguintes Enunciados de nºs 23 e 24, "*verbis*":

Femicídio: natureza objetiva da qualificadora (inciso I)
Enunciado nº 23 (005/2015):
A qualificadora do feminicídio, na hipótese do art. 121, §2º-A, inciso I, do Código Penal, é objetiva, nos termos do art. 5º da Lei n. 11.340/2006 (violência doméstica, familiar ou decorrente das relações de afeto), que prescinde de qualquer elemento volitivo específico. (Aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH em 07/08/2015 e pelo Colegiado do CNPG em 22/09/2015).

Femicídio: natureza objetiva da qualificadora (inciso II)
Enunciado nº 24 (006/2015):

A qualificadora do feminicídio, na hipótese do art. 121, §2º-A, inciso II, do Código Penal, possui natureza objetiva, em razão da situação de desigualdade histórico-cultural de poder, construída e naturalizada como padrão de menosprezo ou discriminação à mulher. (Aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH em 07/08/2015 e pelo Colegiado do CNPG em 22/09/2015).230

O supracitado entendimento permite que o feminicídio possa coexistir com qualificadoras de caráter subjetivo (motivo torpe e fútil), sendo que tal posicionamento ocorre para a melhor proteção da mulher, privilegiando, assim, o esforço da lei em apenar mais gravemente o crime de homicídio praticado contra a mulher em razão da sua condição.

O fato de a ocorrência de homicídio de mulheres por motivos de gênero ser tão alto em nosso país a ponto de necessitar ter artigo e conceitos próprios apenas demonstra que, apesar de toda luta até aqui realizada, o Brasil continua preso na cultura que reinou por séculos em nosso território.

Portanto, aqui, voltamos a afirmar a necessidade de uma mudança real na sociedade que exclua de uma vez por todos os resquícios que essa antiga e injusta cultura ainda traz para nosso país e, principalmente, para as suas mulheres, que sempre foram e ainda hoje são as maiores vítimas de seus efeitos.

4. Pesquisa IPEA sobre a atuação do Poder Judiciário no atendimento às mulheres em situação de violência doméstica

Em 2019 o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada em cooperação com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), desenvolveu uma pesquisa que visava conhecer e observar o atendimento do Poder Judiciário às mulheres em situação de violência doméstica, seja ela física, sexual, psicológica, moral ou patrimonial.

O Conselho Nacional de Justiça, por intermédio do Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ/CNJ), e o Ipea, mediante a Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia (Diest/Ipea) e a Diretoria de Estudos e Políticas Sociais (Disoc/Ipea), firmaram termo de cooperação técnica para desenvolverem conjuntamente o projeto de pesquisa O Poder Judiciário no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres. Em linhas gerais, o projeto visa avaliar o atendimento prestado pelo

230 Vide: <http://www.compromissoeatitude.org.br/enunciados-da-copevid-comissao-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-domestica-e-familiar-contr-a-mulher/>

Poder Judiciário às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, especialmente no que diz respeito ao seu caráter multidisciplinar e integral.²³¹

Doze localidades foram escolhidas para a pesquisa de campo, representando as cinco regiões do país e os resultados foram alarmantes.

No fim da pesquisa foi elaborado um relatório denominado: “O Poder Judiciário no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres” e abordaremos abaixo algumas das informações e constatações do citado documento.

4.1 Apresentação

Em seu texto de apresentação a pesquisa reconhece que o problema da violência contra as mulheres é algo ainda muito presente em nossa sociedade, bem como admite a complexidade do tema e a necessidade, não apenas de um sistema especial de proteção, mas também a imprescindibilidade de se utilizar de instrumentos educativos para mudar essa realidade de nosso país. Vejamos:

A violência doméstica e familiar contra as mulheres é um fenômeno muito presente na sociedade brasileira, vitimando, a cada ano, milhares de mulheres de todas as origens, regiões e inserções sociais. Esse tipo de violência foi legitimada ao longo do tempo pelos dispositivos do regime patriarcal e por fatores como preceitos políticos e/ou religiosos, sendo o seu enfrentamento um grande desafio para a sociedade brasileira. Bandeira e Almeida (2006) destacam, por exemplo, o quanto é recente o enquadramento da violência contra as mulheres como crime. Por outro lado, os estudos e pesquisas na área têm convergido ao indicar que a complexidade envolvida no fenômeno requer não apenas a criação de um sistema especial de proteção, necessário em função da assimetria que existe entre o sujeito e o objeto desse tipo de violência, mas também a mobilização de instrumentos educativos, que alterem o modo de pensar e agir em relação às mulheres (GUIMARÃES, PEDROZA, 2015; LIMA et al., 2008; MEDRADO, MELLO, 2008).²³²

231 Vide:

https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/190830_rel_poder_judic_no_enfren_a_viol_domest_familiar_contra_as_mulheres.pdf, p.6

232 Vide:

https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/190830_rel_poder_judic_no_enfren_a_viol_domest_familiar_contra_as_mulheres.pdf, p. 7

Ainda em sua apresentação, o relatório deixa claro que, em que pese os investimentos na capacitação dos membros do Poder Judiciário no enfrentamento ao tema em questão, existem poucas evidências da efetividade dessa capacitação na prática, posto que estudos mais localizados apontam dificuldades do judiciário em fornecer um tratamento adequado às vítimas de violência doméstica que a ele recorrem.

Sobre o citado acima, temos a seguinte dissertação no relatório em comento:

No que se refere especificamente ao Poder Judiciário, embora existam investimentos na capacitação dos atores jurídicos e demais profissionais, na estruturação dos equipamentos e na implantação das equipes multiprofissionais, há poucas evidências da efetividade da política judiciária de enfrentamento à violência doméstica e familiar no que tange mais diretamente ao tratamento dispensado às mulheres, seja com relação ao processamento dos feitos, seja no que concerne ao atendimento de suas demandas e necessidades. Alguns estudos localizados vêm apontando dificuldades do sistema de justiça em acolher as mulheres em situação de violência, ouvi-las, tornar compreensível o trâmite judicial e dar uma resposta satisfatória a suas demandas. O projeto O Poder Judiciário no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres visou contribuir para este esforço de conhecimento, buscando abarcar uma realidade mais extensa e adotar um olhar abrangente sobre os vários aspectos envolvidos no atendimento prestado pelas unidades do Poder Judiciário às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Apresenta-se neste relatório um apanhado geral dos resultados obtidos.²³³

4.2 Tipos de Juízes/as e suas atuações

A pesquisa constatou a existência de três perfis de juízes em relação a aplicação da Lei Maria da Penha: comprometidos, moderados e resistentes, vejamos o gráfico apresentado pelo relatório no intuito de explanar cada um dos perfis:

²³³Vide:

https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/190830_rel_poder_judic_no_enfren_a_viol_domest_familiar_contra_as_mulheres.pdf, p. 13

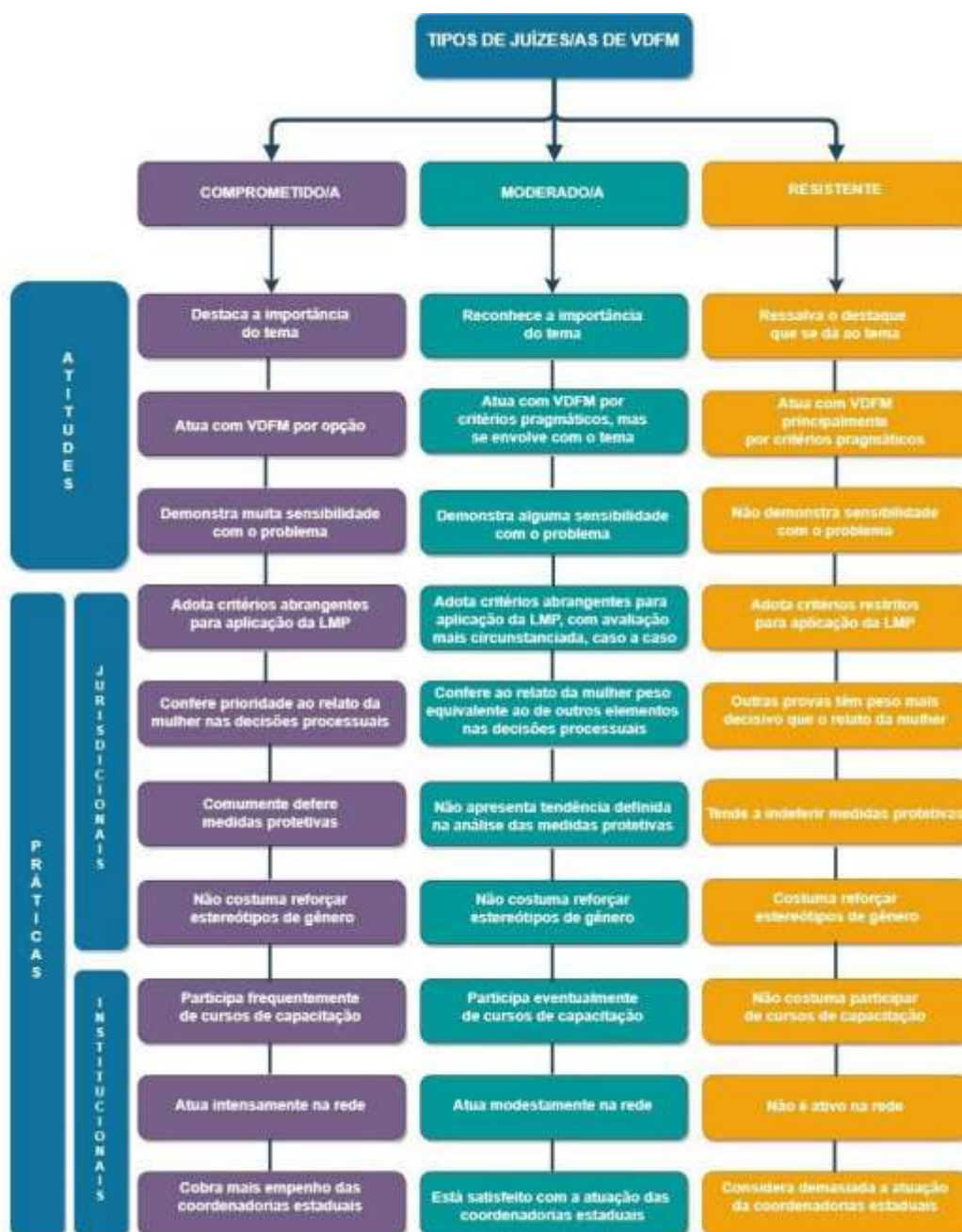


FIGURA 5:

[HTTPS://WWW.IPEA.GOV.BR/PORTAL/IMAGES/STORIES/PDFs/190830_REL_PODER_JUDIC_NO_ENFREN_A_VIOL_DOMEST_FAMILIAR_CONTRA_AS_MULHERES.PDF](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/190830_REL_PODER_JUDIC_NO_ENFREN_A_VIOL_DOMEST_FAMILIAR_CONTRA_AS_MULHERES.PDF), P.26

Esclarecendo ainda mais sobre os perfis dos juízes, observaremos as explicações e os exemplos citados pelo próprio relatório:

Em outras palavras, há juízes e juízas que relatam ter escolhido assumir varas e juizados responsáveis pelo processamento de feitos de VDFM

em razão de identificarem que esta é uma questão relevante, com a qual gostariam de contribuir; esses foram denominados “comprometidos/as”. Isso, por sua vez, se reflete na capacitação dos/as magistrados/as, que costumam participar de mais cursos voltados para a temática, ecoando, por consequência, na aplicação mais contundente e fiel da Lei Maria da Penha em suas unidades. Por exemplo, uma das juízas entrevistadas relatou que escolheu assumir o juizado de violência doméstica por ser “mais social do que jurídica” e gostar de “fazer a diferença na vida das pessoas”. Contou que já fez vários cursos na área, sendo que todo ano é oferecido pelo menos um curso voltado para o tema da violência doméstica pela Escola da Magistratura de seu estado e/ ou o Tribunal de Justiça. Salientou ainda a importância de formar um entendimento para além da Lei Maria da Penha para trabalhar com violência doméstica, já que “a cultura machista é muito arraigada”.

(...)

Por exemplo, um dos magistrados entrevistados declarou que a escolha pela unidade decorreu da oportunidade de promoção e do gosto pela matéria criminal. No entanto, o juiz afirmou não ser “entusiasta” da Lei Maria da Penha, pois acredita que há alarde em relação à temática da violência doméstica. A falta de interesse do magistrado pela matéria se reflete na falta de formação na área, nunca havendo participado de cursos focados na temática da violência doméstica e familiar contra a mulher. Ao mesmo tempo, este é um ator jurídico que aplica a Lei Maria da Penha apenas para casos de relacionamentos conjugais – excluindo outras relações íntimo-afetivas, domésticas e familiares – e apresenta muitas reservas à concessão de medidas protetivas de urgência, exigindo, para tanto, provas “concretas” da violência.²³⁴

Notemos que quando os magistrados (as) identificam-se com a importância do tema da violência doméstica, sentem-se instigados a realizar cursos da área e a assumir Varas que cuidem da referida situação, tornando-se, portanto, juízes mais preparados para enfrentar o tema e aplicando mais fielmente a Lei Maria da Penha, tendendo, assim, a se tornar um juiz mais direcionado ao perfil “comprometido” com o trabalho a ser desenvolvido nos processos que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher.

234 Vide:

https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/190830_rel_poder_judic_no_enfren_a_viol_domest_familiar_contra_as_mulheres.pdf, p.27/28

Por outro lado, quando os magistrado (as) não possuem afinidade com o tema, tendem a não se interessar por seu estudo e, normalmente, a escolha por trabalhar em uma Vara que cuida do tema ocorreu por motivos profissionais e/ou gosto pela matéria criminal de forma geral, fazendo com que o perfil desses juízes, normalmente, seja identificado como “resistente”, pois não conhecem a fundo a matéria e, por isso, geralmente, proferem decisões baseadas na Lei Maria da Penha, porém, interpretadas de acordo com o eles – julgadores - acreditam sobre o assunto e no que conhecem da parte criminalista como um todo, sem considerar, entretanto, a complexidade de referida Lei devido à delicada matéria a qual aborda.

4.3 Força de Trabalho referente aos servidores das unidades que tratam dos processos que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher

A pesquisa constatou uma grande diversidade de servidores que atuam nessas unidades, fazendo com o que algumas delas disponham de um número de força de trabalho inferior ao necessário, ocasionando, assim, uma lentidão maior nos processos que deveriam ter uma tramitação mais ágil, gerando, conseqüentemente, prejuízo aos envolvidos, principalmente às vítimas:

Constatou-se grande diversidade na quantidade de servidores que atuam nas unidades judiciais, que variou de 8 a 24 pessoas, considerando estagiários. Embora as unidades com maior quantidade de processos em tramitação em geral contem com maior número de profissionais, houve casos em que essa relação não se verificou. Assim, enquanto uma unidade com 9.100 processos em tramitação no período da pesquisa contava com 8 servidores, outra, com 2.450 procedimentos, dispunha de 11 servidores, e uma terceira, com 12.944 processos em tramitação, tinha 24 servidores. Nesta mesma unidade, havia apenas dois oficiais de justiça e um técnico para o cumprimento de todos os mandados. De acordo com o Manual de Rotinas e Estruturação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do CNJ, um juizado que tenha entre 5 mil e 10 mil processos em tramitação deve contar com 8 oficiais de justiça. Na segunda edição do manual, de 2018, a orientação é no sentido de que juizados e varas com mais de 4.000 processos sejam desmembrados em dois, criando-se uma nova unidade com titularidade própria, a fim de que se possa dar a devida atenção aos processos, sendo que deve haver três oficiais de justiça para unidades com até 2.000 processos e cinco para unidades que tramitem entre 2.000 e 4.000 processos. Nesse

sentido, vê-se que tanto o número de processos é elevado quanto os recursos humanos são insuficientes.²³⁵

Outro problema encontrado foi a falta de qualificação dos servidores quanto a temática das Varas de Violência Domésticas e Familiar contra a Mulher e isso inclui razões de disponibilidade, interesse e, também, falta de oferta para referidos cursos.

Outra limitação relativa aos recursos humanos diz respeito à qualificação dos servidores na temática de VDFM. Foi comum mencionarem que não participaram de cursos de formação e/ou capacitação pela indisponibilidade de tempo – e também pela falta de oferta. Outro elemento limitador é a dificuldade de deslocamento para participação nos cursos, que afeta principalmente as unidades situadas no interior dos estados, onde há menos participação nos cursos oferecidos pelos tribunais de justiça.²³⁶

É de suma importância que os servidores que trabalham com o tema da violência doméstica e familiar contra a mulher sejam em número adequado para a urgência que a matéria necessita, além do que, ter servidores sensíveis ao tema e qualificados para com ele lidar é outro fator de inegável transcendência.

4.4 Processos em tramitação e tempo de duração

A pesquisa descobriu que entre as unidades judiciárias existe uma grande variação do número de processos envolvendo violência doméstica, todavia, essa variação não necessariamente está relacionada com características demográficas ou socioculturais das localidades.

Além do que, notou-se, ainda, que em que pese as medidas protetivas normalmente serem concedidas em tempo hábil, o fim do processo em si pode perdurar por anos, prejudicando, assim, a vida de muitas vítimas.

O volume de processos de violência doméstica em tramitação é bastante diferente entre as unidades judiciárias pesquisadas. A média por unidade é de 3.690 processos, sendo que a de maior volume contava com 12.944, enquanto na menos movimentada

235 Vide:

https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/190830_rel_poder_judic_no_enfren_a_viol_domest_familiar_contra_as_mulheres.pdf, p. 33/34

236 Vide:

https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/190830_rel_poder_judic_no_enfren_a_viol_domest_familiar_contra_as_mulheres.pdf, p. 34

tramitavam 670 casos de VDFM no momento da pesquisa. E isso não necessariamente está relacionado com características demográficas ou socioculturais das localidades.

Se, por um lado, as medidas protetivas costumam ser concedidas em tempo hábil, por outro, é comum as ações penais perdurarem por anos. Este tempo transcorrido sem um desfecho final para os casos impacta a vida das mulheres, deixando-as à mercê da violência. Nesses casos é frequente a retomada dos relacionamentos afetivos antes mesmo da realização das audiências, ocasionando, por parte dos agressores, a banalização do crime cometido e da Lei Maria da Penha, além, é claro, dos casos de prescrição já referidos.²³⁷

Uma maior agilidade na condução desses processos é imprescindível para um resultado que cumpra com as diretrizes e fundamentos da Lei Maria da Penha.

4.5 Dinâmica das audiências

Um ponto que chamou atenção dos pesquisadores foi a dificuldade que alguns magistrados homens possuem para deixar as profissionais mulheres presentes na audiência, bem como as vítimas, manifestarem-se verbalmente sem serem interrompidas por ele, senão, vejamos:

Observação de audiência – Juiz fala pelo Ministério Público O juiz faz perguntas como se fosse o Ministério Público e na ata fica registrado como se a representante do Ministério Público houvesse feito as perguntas. A promotora somente complementa quando acha necessário. Na tela do computador aparece “inquirida pelo MP”, quando na verdade o Juiz fez a maioria das perguntas e foi quem ditou para o escrivão o que escrever como resposta, conforme o que a vítima havia dito. Em uma situação observada, a Promotora solicitou para o escrivão trocar o que havia digitado sob citação do juiz, pois estaria equivocado.

(...)

Observação de audiência – Juiz interrompe mulher vítima e promotora O magistrado preza pela agilidade e possui uma fala forte, firme e alta. Em vários momentos, corta a fala da vítima ou da promotora, a fim de conduzir a oitiva, o que se mostra diferente com relação ao acusado e seus advogados. Promotora: Boa tarde. Ele puxou o seu braço? Vítima de VDFM: Sim. Juiz (interrompendo a promotora): Os policiais viram isso? Vítima de

237 Vide:

https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/190830_rel_poder_judic_no_enfren_a_viol_domest_familiar_contra_as_mulheres.pdf, p. 42/43

VDFM: Acho que sim. Promotora: O que você sentiu? Medo do quê? Vítima de VDFM: De morrer. Juiz (em mais uma interrupção): Nesse dia ele falou que ia te matar? Vítima de VDFM: Nesse dia não. Ele falou antes que ia fazer isso. Já estava sem as minhas coisas. Ele não tem medo de nada, nada a perder. Promotora: Os policiais que atenderam a ocorrência viram? Vítima de VDFM: Um estava dentro da padaria e outro fora. Não sei se viram. Gritei. Eles viram.²³⁸

Podemos notar que os resquícios de machismo não se limitam a determinadas classes sociais, profissões, ou mesmo limitam-se apenas ao âmbito doméstico e familiar, pois o supracitado mostra que seja onde for podemos ter atitudes desse cunho, mesmo nos ambientes em que isso é formalmente repudiado.

A falta de atenção dos atores jurídicos para os depoimentos das vítimas de violência doméstica também não passou despercebido pela equipe da pesquisa, uma vez que se pode verificar que alguns atores chegaram a sair da sala durante a realização do ato ou aparentaram estar concentrados em qualquer outra coisa que não aquilo que estava sendo dito pelas vítimas.

Observação de audiência – Falta de atenção ao depoimento das vítimas

– I Em todas as audiências observadas, o magistrado não demonstrou interesse na fala das mulheres, tal que, enquanto respondiam aos questionamentos da promotora, o juiz ficava concentrado no celular e saía da sala. Em duas das audiências acompanhadas na pesquisa, inclusive, o magistrado chegou a se ausentar durante praticamente toda a fala da mulher. Quando a mulher termina o seu depoimento, de imediato e sem qualquer tipo de pausa, o juiz dá a palavra ao defensor – que, em todas as audiências observadas, se absteve de perguntas. Ato contínuo, o juiz também se abstém de perguntas e esclarecimentos e já libera a mulher, informando-lhe que pode ir embora. Observação de audiência – Falta de atenção ao depoimento das vítimas

– II Em uma audiência, iniciou-se a oitiva da vítima antes da chegada da promotora e, em outra, a promotora se ausentou e retornou

²³⁸ Vide:

https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/190830_rel_poder_judic_no_enfren_a_viol_domest_familiar_contra_as_mulheres.pdf, p.61/62

durante a oitiva. Do mesmo modo, em duas audiências observadas, o magistrado ausentou-se durante as perguntas da promotora à vítima.

Igualmente admirável foi a constatação de que muitos atores jurídicos, inclusive mulheres, emergiram várias vezes em suas falas um entendimento de que a mulher seria responsável, de alguma forma, por se colocar naquela situação de risco e violência. Para comprovarmos o mencionado, segue infra as falas do Juiz e do Advogado do agressor em uma audiência, bem como a declaração que uma Promotora de Justiça deu a uma pessoa da equipe de pesquisa:

Observação de audiência – Responsabilização da mulher pela violência Promotor: O que acontecia para ele fazer isso? Vítima de VDFM: Ele é muito machista Advogado do agressor: Tu dava motivo? Vítima de VDFM: Não Advogado do agressor: Tu tinha outro caso conjugal? Vítima de VDFM: Não, como eu teria se ele nem me deixava sair de casa!? Juiz: Temos que cuidar quem colocamos para dentro de casa.

(...)

Com relação ao machismo em relações duradouras, também é uma minoria. A maioria tem um relacionamento breve, esporádico, nem namoravam e já foram morar junto. O que existem são as questões sociais de droga, pobreza e álcool. Nós ainda estamos em dúvida e precisamos entender se aqui em [nome do município] é questão de gênero ou se é questão social. Quando o [núcleo especializado da Defensoria] realizou um evento sobre violência doméstica, eu coloquei isso e não foi bem aceito, mas acho que porque nós não estávamos entre pessoas técnicas no assunto. Ela colocou o cara para morar dentro da casa dela, ela colocou os filhos do cara para morar na casa. Um homem que conheceu há quinze dias, reincidente em violência doméstica e usuário de drogas. Os riscos de ela sofrer agressão são enormes! Então, não acho que seja questão de gênero. É uma questão do perigo em que a própria mulher se colocou. Essas são as relações daqui, as mulheres ficam se colocando nessas situações. Não tem namoro, não se conhecem e se juntam; não tem como dar certo. Essa é minha grande dificuldade, elas acharem que é normal morar com qualquer um (Promotora).²³⁹

Podemos notar que a Promotora da opinião transcrita acima, além de culpar a vítima, também realizou juízo de valor sobre as situações de violência doméstica,

239 Vide:

https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/190830_rel_poder_judic_no_enfren_a_viol_domest_familiar_contra_as_mulheres.pdf, p. 76 e 78

colocando o uso de álcool e outras drogas como fatores de risco que se relacionam com questões sociais e não questões de gênero.

Outro exemplo de ator jurídico que utilizou seus próprios juízos de valores para interferir sobre sua compreensão nas situações de violência doméstica e familiar é o seguinte:

Eu acho que eu consigo ver bem qual é a minha realidade aqui [do município]. (...) A minha realidade aqui é uma realidade de mulheres que fazem o registro às vezes por coisas banais, algum desentendimento... E meu universo de mulheres que chega em audiência e que desiste é absurdo, é muito maior que a metade. E desistem, não querem (...) porque já reataram, têm filhos... Então, eu não sei qual é a realidade dos outros lugares aonde vocês foram, mas o meu universo é um universo de mulheres que estão com o réu, que o filho está junto e que vislumbram que uma condenação dele vai complicar na comida em casa e tal... Então, a minha realidade é essa (...). São mulheres que às vezes, numa discussão, o sujeito dá um tapa... Aí ela faz o registro. Aí deixou uma leve vermelhidão no rosto e isso já configura lesão corporal, que, segundo se entende hoje, não pode mais desistir, o que faz com que a mulher fique desesperada, chegue em audiência e diga que, na verdade, ela tropeçou, ela que se bateu... E isso não é raro; na verdade, é bem comum o depoimento da mulher em audiência ser absolutamente diferente do que foi proferido em sede policial porque ela tem aquele nítido interesse de proteger o seu atual companheiro (Juiz). 240

Muitos profissionais deixaram evidenciar suas opiniões pessoais no sentido de que muitas mulheres utilizam de forma inconveniente e indiscriminada a Lei Maria da Penha para resolver o que não seria crime ou mesmo para ter vantagem em uma eventual separação com bens. Vejamos abaixo, principalmente, a atuação da Promotora de Justiça no caso, a fim de exemplificar o que acabamos de relatar:

Observação de audiência – Indução de uso indevido da Lei Maria da Penha Juiz: Ele realmente falou que só ia se separar se você estivesse morta? Vítima de VDFM: Sim. Juiz: Isso causa medo? Vítima de VDFM: Sim. Juiz: Ele realmente pegou duas facas? Vítima de VDFM: Sim. [A

240 Vide:

https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/190830_rel_poder_judic_no_enfren_a_viol_domest_familiar_contra_as_mulheres.pdf, p. 76

promotora se mostra desconfortável e vai conversar com a advogada dativa, falando bem baixo, para ninguém escutar]. Juiz: Ele já agrediu a senhora? Vítima de VDFM: Sim. Juiz: Já fez outros BOs? Vítima de VDFM: Sim, em 2014. Juiz: Você tinha medida protetiva mas falava com ele? Vítima de VDFM: Sim. Promotora: O apartamento era seu ou era dele? Vítima de VDFM: Dele, mas eu morava lá.(...) Juiz: (...) E como vocês estão hoje? Vítima de VDFM: Nós estamos bem. Nós voltamos em outubro, mas após eu retirar a medida protetiva, voltamos a nos desentender. Juiz: É fisicamente ou é só discussão, ameaça? Vítima de VDFM: Só xinga e usa palavras de baixo calão Promotora: Eu vou fazer algo que não é meu papel, tá? Mas vou te explicar, vou te aconselhar. Desgaste de relação conjugal não pode ser confundido com risco de vida. Façam terapia para casal, vão para um encontro de casais, na Igreja... Façam um divórcio com partilha de bens. (...) Relação desgastada termina com ofensa para todos os lados. A violência doméstica é prevista na Lei Maria da Penha, mas não há crime nisso, só quando consigo provar por laudo médico que há sequelas psicológicas. Você precisa repensar toda sua vida, a gente infelizmente não pode melhorar a vida da senhora.

O machismo restou muito caracterizado durante a pesquisa manifestando-se em diferentes aspectos, como nos exemplos citados abaixo em que se deu ênfase ao que se pode chamar de “papéis tradicionais de gênero”, além de enaltecer ser o homem a autoridade parental da família:

Observação de audiência – Ênfase sobre os papéis tradicionais de gênero No interrogatório do réu, que é militar, ele nega a acusação de que teria ameaçado a mulher e apresenta sua versão, dizendo que ela saiu com o carro dele e voltou de madrugada. Então, ele teria “tirado satisfação”. Embora ainda morem na mesma casa, encontram-se separados e ele alega que a mulher teve um caso com outra pessoa. Em seu discurso, ele aciona em diferentes momentos o argumento de que “ela não faz mais nada em casa, não cozinha, não lava, não limpa” e complementa: “falei para ela: ‘se você vai ficar aqui, mas é eu que tenho que cozinhar, lavar e passar, eu prefiro que você vá embora’”. No discurso dele, a vítima fez a denúncia para se vingar, pois ele declarou abandono de lar, excluindo-a dos benefícios da Marinha. Como a vítima conseguiu medidas protetivas, a defesa pergunta pelo motivo que ocasionou tudo isso e gerou as medidas, ao que o réu responde: “Se chorar pedindo para voltar é perturbação, eu perturbei”. Ao final, marcam nova audiência para ouvir a vítima. Com a audiência

concluída, réu e seu advogado se retiram e a promotora comenta com os colegas, como quem lamenta: “E eu que não arrumo um marido desses, que faz tudo...”. O defensor público, que estava sentado aguardando a próxima audiência, retruca: “Viu, que sorte? E ainda assim não gostou, procurou outro...”.

(...)

Observação de audiência – Destaque da autoridade parental Vítima de VDFM: Falo que tem que ir, porque tem que ter contato com ele. Ela não corre nenhum risco, mas no conselho tutelar disseram que ela pode escolher... Ela está numa fase rebelde, querendo namorar... Agressor: Deixa eu passar a informação certa. Cortei o facebook e o celular dela. Ela não queria ir na minha casa porque eu a proibia. Defensora pública (dirigindo-se à mulher): Ela tem que ir! Não é uma pessoa se regendo. A senhora tem que impor regras a ela, impor a sua autoridade. Rebelia a gente corrige com atitude, é o meu ponto de vista... Ela não tem poder de decisão! Conciliador (dirigindo-se à mulher): A senhora entendeu? ... Defensora pública (dirigindo-se à mulher): Aqui a guarda é compartilhada. Se ele corta o facebook, você não pode contradizer. Vocês têm que estar interligados. É ele a figura que impõe regras.²⁴¹

Inadmissível que ainda hoje se defenda que existam papéis tradicionalmente femininos e masculinos dentro de uma relação e que o homem exerça a maior autoridade dentro da família a ponto de a imposição de regras caber a ele, tais fatos não são apenas absurdos, são também vergonhosos, ultrapassados e injustos, pois desmerecem toda luta feminina pela igualdade.

4.6 Conclusão da Pesquisa

Em suma, a pesquisa em comento conclui, dentre outras coisas, o seguinte:

A pesquisa mostrou que a especialização na matéria tende a garantir que os ritos previstos na Lei Maria da Penha, como a realização de audiências de retratação, sejam observados com mais atenção; que os espaços físicos estejam mais adequados ao atendimento das mulheres em situação de violência, garantindo-lhes privacidade e escuta sensível; e que as equipes multiprofissionais estejam disponíveis e sejam acionadas pelo juízo em diferentes momentos do processo.

241 Vide:

https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/190830_rel_poder_judic_no_enfren_a_viol_domest_familiar_contra_as_mulheres.pdf, p. 79.

Contudo, embora não haja dúvidas de que a especialização das unidades na matéria é um ganho para o tratamento dos casos, a pesquisa evidenciou o fato de que o perfil do magistrado/a que responde pela vara/juizado é fator decisivo na qualidade do atendimento prestado às mulheres. Assim, o atendimento observado em vara não especializada conduzida por magistrado/a comprometido/a tendeu a ser mais qualificado do que aquele em vara especializada conduzida por juiz/a resistente, e mesmo moderado/a.

(...)

Em suma, os avanços alcançados são dignos de nota e há de se reconhecer que, mesmo sendo o poder menos permeável às dinâmicas sociais, marcado por arraigadas tradições e com forte apreço pelos seus ritos, o Judiciário brasileiro em grande medida tem incorporado a discussão da violência motivada por gênero. Há, contudo, um longo caminho a percorrer para que este tipo de conflito seja administrado a contento nas unidades de justiça, garantindo-se um atendimento ao mesmo tempo tecnicamente apurado e mais humanizado, que não reproduza violências de gênero e dê respostas efetivas às expectativas de justiça das mulheres vítimas de violência. 242

Como podemos notar a conclusão afirma que a especialização dos atores jurídicos, bem como a atuação da equipe multidisciplinar, e, ainda a utilização correta do espaço a ser utilizado, são fatores que garantem uma melhor aplicabilidade a Lei Maria da Penha e, por consequência, uma maior eficácia de seus propósitos, todavia, o perfil do magistrado (a) que atua perante a Vara tem influência direta na qualidade do atendimento destinado à vítima, sendo que quanto mais sensível ao tema e mais comprometido em se qualificar na matéria, melhor é a aplicação da Lei Maria da Penha naquele Juízo.

A pesquisa concluiu, também, que em que pese todo o avanço que notavelmente a justiça alcançou sobre o tema da violência doméstica e familiar contra a mulher, ainda há um longo percurso a se percorrer a fim de evitar que a justiça reproduza violências de gênero e possa

242 Vide:

https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/190830_rel_poder_judic_no_enfren_a_viol_domest_familiar_contra_as_mulheres.pdf, p. 157 e 159

responder com efetividade as expectativas das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

5. Coordenadoria da mulher em situação de violência doméstica e familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo (Comesp)

5.1. A Resolução nº 128 de 17 de março de 2011 do Conselho Nacional de Justiça

A Resolução nº 128 de 17 de março de 2011 do Conselho Nacional de Justiça foi editada com o fim de determinar a criação das Coordenadorias Estaduais das Mulheres em situação de violência doméstica e familiar no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.²⁴³

A supracitada criação ocorreu com o fito de se garantir três necessidades essenciais das vítimas de violência doméstica e familiar.

A primeira visa assegurar o cumprimento da obrigação estatal em fornecer assistência a cada um dos integrantes da família, prevenindo e combatendo a violência na seara das relações domésticas e familiares, realizando, assim, o cumprimento do artigo 226, § 8º, da Constituição Federal.

A segunda, por sua vez, tem o fito de cumprir a obrigação estatal de desenvolver políticas que tenham o objetivo de garantir os direitos humanos das mulheres dentro das relações domésticas e familiares, conforme previsão do artigo 3º, § 1º da Lei 11.340/06.

A terceira e última, por outro lado, corresponde a necessidade de o Poder Judiciário, em seu âmbito, coordenar, elaborar e executar políticas públicas, relativas às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

5.2 Criação da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo (Resolução 561/2012)

Tendo em vista todo o elucidado no tópico anterior, bem como considerando, ainda, a recepção pela Constituição Federal de 1988 dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos voltados a erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como as determinações e fundamentos da Lei 11.340/06, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por seu Órgão Especial, criou a Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo – COMESP,

²⁴³ Vide: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=151>

como órgão colegiado de assessoria à Presidência do Tribunal de Justiça, sem atribuição jurisdicional, e cuja atuação ocorre no âmbito do referido Tribunal.

A supracitada criação deu-se em 07 de março de 2012 e ocorre através da Resolução nº 561 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a qual, no *caput* de seu artigo 1º, confirma o explanado acima determinando que:

Art. 1º - Fica criada, no âmbito do Estado de São Paulo, como órgão colegiado de assessoria à Presidência do Tribunal de Justiça, sem atribuição jurisdicional, a Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo – COMESP.244

A composição da Coordenadoria em comento encontra-se descrita nos §§ 1º e 2º do artigo 1º da Resolução nº 561/12, "*verbis*":

§1º - A Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo -COMESP- será vinculada à Presidência do Tribunal de Justiça e será composta por um Desembargador Coordenador, um Desembargador Vice-Coordenador, um Juiz de Direito de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de entrância final e um Juiz de Direito com notório conhecimento sobre a matéria.

§2º - A indicação dos magistrados será feita pelo Presidente do Tribunal de Justiça, a cada início de mandato, podendo substituí-los a seu critério, mas, em qualquer das hipóteses, mediante referendo do Conselho Superior da Magistratura.245

O artigo 2º da Resolução 561/12 elenca as atribuições da citada Coordenadoria, "*ipsis verbis*":

Art. 2º - São atribuições da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo - COMESP: representar, institucionalmente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos assuntos relativos à violência doméstica e familiar contra a mulher; coordenar as atividades do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na área de violência doméstica e familiar contra a mulher em seu relacionamento

244 Vide: https://www.tjsp.jus.br/Download/Pdf/Comesp/Resolucoes/Resolucao_561_2012.pdf

245 Vide: https://www.tjsp.jus.br/Download/Pdf/Comesp/Resolucoes/Resolucao_561_2012.pdf

com a sociedade civil, Ministério Público, Defensoria Pública e Ordem dos Advogados do Brasil; encaminhar sugestões para o aprimoramento e ampliação da estrutura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na área do combate e prevenção à violência doméstica e familiar contra a mulher, inclusive mediante proposição de padronização de processos de trabalho; propor medidas e ações para capacitação de servidores visando à atualização e aprimoramento dos funcionários que compõem as varas de violência doméstica e familiar contra a mulher; fornecer subsídios técnicos para a formulação de políticas judiciárias no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher; encaminhar relatórios conclusivos e opinativos sobre a matéria, inclusive os pertinentes à reestruturação de unidades judiciárias e equipes multidisciplinares, necessidade de ampliação das redes de apoio, públicas e privadas, e formalização de parcerias; disseminar informações, por meio de publicações orais e escritas, relativas à estruturação das unidades judiciárias, atividades das equipes multidisciplinares, dados estatísticos e conhecimentos acerca da problemática envolvendo a violência doméstica e familiar contra a mulher; elaborar material de divulgação, folders, cartilhas e outras mídias para magistrados e público em geral; viabilizar a implantação do Portal da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo - COMESP; articular os magistrados, com jurisdição na área da violência doméstica e familiar contra a mulher, com organizações governamentais e não governamentais, nacionais e estrangeiras, visando melhor prestação jurisdicional; acompanhar o desenvolvimento dos trabalhos executados pelos assistentes sociais e psicólogos nas unidades judiciárias, estabelecendo rotina de procedimentos; fomentar políticas públicas preconizadas pela Lei nº 11.340/2006, de forma autônoma ou em conjunto com os outros Poderes da República, em nível Federal, Estadual e Municipal; assessorar os magistrados e a equipe multidisciplinar atuante na área de violência doméstica e familiar contra a mulher por meio de indicação doutrinária, disponibilização de jurisprudência e modelos de decisões ou atos normativos e orientações; recepcionar, no âmbito do Estado de São Paulo, dados, sugestões e reclamações referentes aos serviços de atendimento à mulher em situação de violência, e promover os encaminhamentos e divulgações pertinentes; acompanhar a celebração, formalização e execução de

convênios com instituições governamentais e não governamentais, nacionais e estrangeiras, inclusive com captação de recursos destinados a viabilizar a implantação de projetos da Coordenadoria e instalar e estruturar unidades judiciárias, autônomas ou anexos, de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; acompanhar a celebração, formalização e execução de contratos entre o Tribunal e fornecedores, destinados a viabilizar a implantação de projetos da Coordenadoria e instalar e estruturar unidades judiciárias, autônomas ou anexos, de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; apresentar à Presidência do Tribunal de Justiça requerimento de dotação orçamentária para propiciar a instalação de novas unidades judiciárias e/ou manutenção das existentes, observada a extensão do quadro de funcionários e o volume de serviço nas Comarcas; fornecer os dados referentes aos procedimentos que envolvam a Lei nº 11.340/2006 ao Conselho Nacional de Justiça, de acordo com a parametrização das informações com as Tabelas Unificadas do Poder Judiciário, e promover as mudanças e adaptações necessárias nos sistemas de controle e informação processuais existentes; atuar sob as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça em sua coordenação de políticas públicas a respeito da violência doméstica e familiar contra a mulher;²⁴⁶

Os artigos 3º e 4º da Resolução 561/12 dissertam acerca do apoio técnico e administrativo, bem como sobre a equipe multiprofissional que a Coordenadoria Estadual da Mulher em situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo possuirá, afirmando que tanto a Escola Paulista da Magistratura (EPM), quanto equipes formadas por próprios servidores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo darão apoio a Comesp e ao desempenho de suas atividades, senão, vejamos:

Art. 3º - A Coordenadoria Estadual da Mulher em situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo – COMESP- poderá contar com apoio técnico e administrativo da Escola Paulista da Magistratura –EPM-, inclusive quanto à formação continuada e especializada de Magistrados e equipes multidisciplinares.

Art. 4º - A Coordenadoria Estadual da Mulher em situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo -

246 Vide: https://www.tjsp.jus.br/Download/Pdf/Comesp/Resolucoes/Resolucao_561_2012.pdf

COMESP- contará com apoio técnico e administrativo e de equipe multiprofissional, formada preferencialmente por integrantes do quadro de servidores para suporte e apoio em suas atribuições e atividades.²⁴⁷

Os artigos 5º a 6º da Resolução 561/12 tratam das reuniões e apresentações das atividades desenvolvidas pela Coordenadoria, e, por fim, temos o artigo 7º determinando a data da publicação da Resolução como sendo também a sua data de entrada em vigor, "*verbis*":

Art. 5º - A Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo -COMESP- reunir-se-á, mensalmente, em data e horário preestabelecidos pelo Desembargador Coordenador e da reunião será lavrada ata.

Art. 6º - A Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo -COMESP- apresentará, trimestralmente, ao Conselho Superior da Magistratura, relatório de suas atividades, sugestões para o aprimoramento da atividade jurisdicional nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, inclusive quanto à instalação e estruturação de novas unidades judiciárias e ampliação de equipes multidisciplinares, a celebração de convênios e parcerias, e a publicação periódica de ementário jurisprudencial.

Art. 7º - Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.²⁴⁸

5.3 Apresentação da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo

²⁴⁷ Vide: https://www.tjsp.jus.br/Download/Pdf/Comesp/Resolucoes/Resolucao_561_2012.pdf

²⁴⁸ Vide: https://www.tjsp.jus.br/Download/Pdf/Comesp/Resolucoes/Resolucao_561_2012.pdf

Ao acessar a página eletrônica da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo²⁴⁹encontraremos uma breve apresentação sobre ela:

A Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo (Comesp) assessora a Presidência do Tribunal de Justiça nas atividades de combate e de prevenção à violência de gênero. Para tanto, fornece subsídios técnicos para a formulação de políticas judiciárias e atua na interlocução com a rede de atendimento à mulher, composta por órgãos governamentais e não governamentais.

A Comesp também é a responsável pela elaboração de materiais de orientação, como Portal da Mulher. A página reúne informações sobre os serviços destinados a vítimas de violência de gênero. Também disponibiliza material para auxiliar magistrados, servidores e equipes multidisciplinares em suas atividades.²⁵⁰

A supracitada apresentação esclarece que a Coordenadoria em comento assessora a Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nas atividades de combate e prevenção à violência de gênero, sendo que, para atingir o objetivo a que se propõe, ela fornece subsídios técnicos para a elaboração de políticas judiciárias e realiza a aproximação com a rede de atendimento à mulher, que tanto pode ser composta por órgãos governamentais quanto por órgãos não governamentais.

A apresentação relata, ainda, que a Comesp é a responsável pela elaboração de materiais de orientação, reunindo em páginas de acesso a população, informações sobre serviços destinados às vítimas de violência de gênero, além de disponibilizar materiais para auxiliar magistrados, servidores e equipes multidisciplinares em suas atividades.

Segue abaixo o logotipo da Comesp, cuja flor em seu interior expressa a beleza das razões que a criaram, bem como evidencia, ainda, a fragilidade das vítimas que ela se dispõe a auxiliar:

249 Vide: <https://www.tjsp.jus.br/Comesp>

250 Vide: <https://www.tjsp.jus.br/Comesp>



FIGURA 6: [HTTPS://WWW.TJSP.JUS.BR/COMESP](https://www.tjsp.jus.br/COMESP)

5.4 A atuação da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo na mídia eletrônica

Ao acessarmos a página eletrônica da Comesp podemos encontrar informações acerca dos tipos de violência contra a mulher, além do fluxo de atendimento e tipos de medidas protetivas:



Tipos de violência contra a mulher

- * **Física** – tipo de violência que coloca em risco ou causa dano à integridade física da mulher. Configura a prática de crime a ação e a omissão. A violência pode ocorrer pelo uso da força (como chutes, socos e empurrões) ou de armas (cortas, facadas etc.)
- * **Psicológica** – tipo de violência em que o agressor causa dano emocional e diminui a autoestima e o desenvolvimento da vítima. O agressor costuma degradar ou controlar as ações, comportamentos, crenças e decisões da mulher, com ameaças, humilhações, manipulações, perseguição e, até mesmo, isolamento, impedindo-a de frequentar lugares ou conversar com pessoas.
- * **Sexual** – o agressor obriga a mulher a manter, presenciar ou participar de relação sexual não desejada, por meio de intimidação, ameaça, coação e/ou força física. Também é considerado violência sexual quando o agressor induz a vítima a comercializar ou utilizar de qualquer modo sua sexualidade; quando ele força o matrimônio, a gravidez ou o aborto e, também, quando limita ou anula seus direitos sexuais e reprodutivos.
- * **Patrimonial / econômica** – ocorre quando há retenção, subtração e destruição, total ou parcial, de valores, bens, recursos econômicos, instrumentos de trabalhos, documentos pessoais e objetos.
- * **Social** – quando a mulher sofre calúnia (acusar alguém falsamente de um crime); difamação (imputar a alguém um fato ofensivo à sua reputação) e / ou injúria (ofender a honra de alguém).

Fluxo de atendimento

Denúncia do agressor



Alternativas



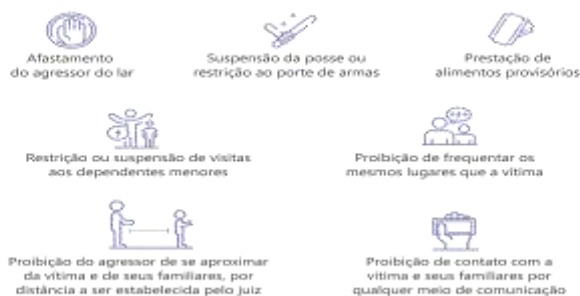
A mulher também pode procurar

- Delegacia de Polícia
- Vara da Violência Doméstica
- Defensoria Pública do Estado
- Ministério Público do Estado
- Centros e casas de Atendimento a Mulheres em Situação de Violência Doméstica

Ligação



Tipos de Medidas Protetivas



O descumprimento da medida protetiva deve ser informado ao juiz.

FIGURA 7: [HTTPS://WWW.TJSP.JUS.BR/COMESP](https://www.tjsp.jus.br/COMESP)

As informações acima são prestadas com o fito de auxiliar na identificação de qualquer espécie de violência contra a mulher (assunto já comentado no presente trabalho no tópico 3.3.2), além de esclarecer quais medidas a vítima dessa situação deve tomar e os tipos de medidas protetivas as quais ela pode recorrer.

SAIBA SOBRE

Apresentação

Assuntos de Interesse

Cartilhas e Manuais

Cursos e Eventos

Fonovid

Institucional

Justiça Pela Paz em Casa

Legislações

Projetos e Campanhas

Relatórios

Varas e Anexos

FIGURA 8: [HTTPS://WWW.TJSP.JUS.BR/COMESP](https://www.tjsp.jus.br/comesp)

A página eletrônica em comento também nos possibilita sabermos mais sobre a Comesp, os assuntos de seu interesse, as suas legislações, os seus projetos e campanhas, dentre outras coisas mais, através do menu acima exposto.

O endereço, o telefone e o e-mail da Comesp também são divulgados em sua página e são os seguintes:

Endereço: Praça Doutor João Mendes, s/n - 13º andar - Sala 1317 – CEP 01501-900 – Centro – São Paulo.

Telefones: (11) 2171-4807 e (11) 3104-5521.

E-mail: comesp@tjsp.jus.br

5.5 Alguns Programas oferecidos pela Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo

Em cumprimento a finalidade de sua criação, a Comesp oferece e apoia alguns programas com o fito de auxiliar às vítimas de violência de gênero, doméstica e familiar a romperem o ciclo de violência e a se recuperarem dos danos que sofreram.

Abordaremos nos tópicos seguintes alguns desses importantes projetos.

5.1 Projeto Fênix

Inicialmente, abordaremos o significado mitológico de “Fênix”, cuja abordagem foi realizada pela própria Comesp no documento oficial de criação e desenvolvimento do programa:

O nome “PROJETO FÊNIX” foi sugerido pela Desembargadora MARIA TEREZA DO AMARAL, à época Vice-Coordenadora da COMESP e aceito, com entusiasmo, pelas demais integrantes da Coordenadoria, por sua origem etimológica. A FÊNIX integra a mitologia grega como ave com propriedades de renascer de suas próprias cinzas, caracterizada pela capacidade de voar alto, ainda que pesada a sua carga. As suas lágrimas, ainda, curavam feridas, dores e doenças, físicas e da alma e, por sua força, foi reconhecida por produzir e manipular o fogo, nele sendo consumida, para, em momento seguinte, fortalecida, ressurgir das próprias cinzas. Evidente a identidade do drama, do contraste existente entre a fragilidade e a força e da capacidade de superação existentes na FÊNIX e na mulher vítima de violência, a beleza da estória mitológica correu no tempo e deu nome ao projeto, nascido do entusiasmo e da crença no renascimento, na reestruturação e na necessidade de condutas positivas para a afirmação do direito da mulher à vida, em sua plenitude. 251

Pelas explanações acima podemos notar a força que a ave fênix detém, não tendo sido por acaso a escolha do nome dado a esse projeto pioneiro e de tamanha relevância que tem como objetivo a reparação estética, ortopédica e odontológica da vítima de violência de gênero doméstica e familiar.

Como o pássaro fênix que é capaz de carregar cargas extremamente pesadas, tendo o poder de morrer, mas ressurgir das cinzas e transformar-se sempre que necessário,

251 Vide: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Comesp/Campanhas/CompromissoAtitude/Fenix.pdf>

assim é a figura feminina ao longo da história até os dias atuais, posto que ela já foi – e continua, por vezes, ainda sendo – discriminada, humilhada, menosprezada e lesionada física, sexual, moral e psicologicamente por homens que não aceitam a evidente igualdade de direitos e deveres entre os gêneros.

O histórico do projeto Fênix também encontra sua descrição no documento oficial de sua criação e desenvolvimento, elucidando o seguinte:

Instaladas as VARAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER NA COMARCA DA CAPITAL (Central e Regional), com ênfase na capacitação das equipes multidisciplinares e disponibilização de equipamentos públicos, constatou-se a necessidade de apoio à mulher, vítima de violência, além do processo judicial, voltado à recuperação física e psicológica da mulher, vítima de violência de gênero. A ideia foi fortalecida em reunião da COMESP - Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo e o "Movimento de Mulheres de Enfrentamento à Violência Sexista", realizado em 24 de agosto de 2012, no Palácio da Justiça. Na ocasião, restou evidente que a reinserção da mulher no mercado de trabalho, a reestruturação de seu cotidiano e a recuperação de sua autoestima e alegria de viver (joie de vivre) são alvos de preocupação estatal, derivada do Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, somente alcançados, de forma ampla e consciente, se, além de sua integridade emocional, a física for restaurada. São inúmeros os episódios de violência contra a mulher que resultam danos estéticos, que deixam marcas em partes visíveis do corpo humano, fazendo com que a vítima permaneça vinculada ao sofrimento e seja constrangida a exteriorizá-lo, dificultando a sua reinserção familiar e social. Partindo dessas premissas, foi consignada, em ata da reunião, no dia 28 de setembro de 2012, a aprovação de proposta de desenvolvimento de trabalhos de atendimento médico, pela rede pública de saúde e, como estratégia mais ampla, a integração de hospitais privados, voltados ao atendimento do financeiramente incapaz.²⁵²

²⁵² Vide: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Comesp/Campanhas/CompromissoAtitude/Fenix.pdf>, p.1

O documento em questão ainda define os sujeitos envolvidos no projeto, bem como a forma pela qual o programa irá atuar:

1. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO:

- Presidência do Tribunal de Justiça (Secretarias de Primeira Instância - SPI e Tecnologia da Informação - STI);

- Corregedoria Geral de Justiça,

- COMESP, e

- Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e Criminais, com competência para o processamento e julgamento de episódios relacionados à Lei nº 11.343/06 e Varas de Júri e Execuções Criminais do Estado de São Paulo.

- Atuação:

a) Identificação de feitos em que há vítima mulher com lesão da qual deriva deformidade estética passível de correção plástica ou ortopédica;

b) Manutenção dos números atualizados dos processos judiciais envolvidos no projeto, de forma a permitir e justificar a sua continuidade;

c) Inclusão da matéria nas planilhas de movimentação judiciária, de forma a estabelecer como padrão a identificação dos feitos e encaminhamento das vítimas aos hospitais envolvidos no projeto;

d) Encaminhamento da vítima, tão logo identificada à situação, por ordem judicial, a hospital estadual ou municipal, integrante da rede de atendimento especializado, com a finalidade de incluir a vítima, de forma prioritária, em rol de pacientes que serão submetidos a tratamento médico e hospitalar, nas especialidades "Cirurgia Plástica" e "Ortopedia".²⁵³

O objetivo final do projeto Fênix segue infracitado:

Como derivação do PROJETO FÊNIX, o estabelecimento de protocolo definitivo - sob a coordenação da COMESP -, de atendimento médico

253 Vide: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Comesp/Campanhas/CompromissoAtitude/Fenix.pdf>, p.3/4

e hospitalar, com intervenção cirúrgica, se necessário, com a finalidade de facilitar o restabelecimento emocional e físico e, assim, positivar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como a afirmação, pelo Estado Democrático de Direito, de que marcas físicas não são indelévels e que o tratamento delas atenua o sofrimento psicológico decorrente da violência de gênero, tendo por vítima a mulher.²⁵⁴

Pelo exposto, podemos concluir que a finalidade primordial do Projeto Fênix é restabelecer a saúde do emocional e do físico na mulher vítima de violência de gênero, doméstica e familiar, sendo tal restabelecimento alcançado através de atendimento médico e hospitalar, com intervenção cirúrgica, se assim se fizer necessário.

Os objetivos da Comesp têm como pilar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Vejamos o elucidado na página de notícias do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre a atuação do Projeto Fênix:

Lançado em 2016, o Projeto Fênix disponibiliza para mulheres vítimas de violência doméstica tratamento médico, seja ambulatorial ou hospitalar, nas especialidades de cirurgia plástica, ortopedia, ginecologia e psicologia. Há também o tratamento dentário, nesse caso, em parceria com a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip) Turma do Bem. As pacientes recebem atendimento prioritário. Isso é feito por um fluxo de informações e atendimento: as vítimas chegam ao TJSP que, por meio da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo (Comesp), envia os dados da paciente para atendimento na Secretaria de Saúde do Estado ou na Oscip Turma do Bem.

A médica assistente técnica do Gabinete da Secretaria de Saúde, Sylmara Berger Del Zotto, mostrou que o projeto alcançou atendimento integral em todo o Estado de São Paulo. “Como devolver a confiança para essa mulher? Como fazer o acolhimento de uma paciente em situação tão difícil? Precisamos dessa conversa e desse atendimento multidisciplinar”, disse.

Na sequência, a médica coordenadora de políticas públicas para mulher da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, Albertina Duarte Takiuti, falou que a vítima,

²⁵⁴ Vide: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Comesp/Campanhas/CompromissoAtitude/Fenix.pdf>, p.5

muitas vezes, não tem ideia da amplitude da estrutura com a qual pode contar. Disse, ainda, que “a agressão não é só física, marca a mulher com uma tatuagem de dor”. E completou: “Quero aproveitar para parabenizar essa rede de apoio. Não é um trabalho fácil, porque atender a violência marca também a nossa alma”.

A juíza da Comesp Teresa Cristina Cabral Santana falou sobre a importância da Lei Maria da Penha e abordou a vulnerabilidade de quem sofre agressão, envolvida no ciclo de violência. “É imprescindível que ajudemos a mulher a sair dessa situação. Ela nem sempre está preparada, mas precisamos deixar as portas abertas para que ela peça ajuda no momento que se sentir confortável”, enfatizou.

Em seguida, falou a promotora de Justiça do Grupo de Atuação e Enfrentamento à Violência Doméstica (GEVID), Maria Gabriela Prado Manssur. Contou casos já atendidos e observou que, na maioria das vezes, a violência começa pelo psicológico, sem que a vítima perceba, e depois progride para o físico. Destacou, também, a importância do envolvimento de todos na luta contra esse crime. “Qual o papel da sociedade civil no combate à violência? Será que nós, como cidadãos, não podemos interferir um pouco mais, meter a colher, e trazer mulher para o sistema de justiça?”, indagou.

Já a coordenadora auxiliar do Núcleo Especializado de promoção e Defesa dos Direitos da Mulher (Nudem), Nalida Coelho Monte, falou que grande parte das lesões que as mulheres sofrem é no rosto e citou que essa violência é um mecanismo de controle social, que causa dano emocional, moral e até patrimonial. “A vítima precisa saber que pode contar com vários locais de atendimento, como delegacias, Defensoria Pública, Ministério Público e Centro de Defesa e de Convivência da Mulher”, informou.²⁵⁵

Acerca do tipo de violência física mais comum em casos de violência doméstica contra a mulher, bem como sobre a importância do tipo de atendimento realizado pelo Projeto Fênix, a juíza Teresa Cristina Cabral Santana, integrante da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário (Comesp), afirma:

“Nos casos de violência de gênero, é extremamente comum o agressor atingir rosto e órgão genital da vítima. Porque a intenção é, justamente, deixar marcas que acabem com a autoestima daquela mulher e impossibilitem que ela retome sua vida”.

(...)

²⁵⁵ Vide: <http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=52164&pagina=5>

Para a juíza Teresa Cabral essa rede de atendimento é fundamental para oferecer suporte às mulheres, para que se sintam mais fortes e motivadas a continuar com os tratamentos oferecidos. “Quando a mulher está muito frágil, ela precisa de apoio para não desistir no meio do caminho”, explica. Mas, para aquelas que concluem essa caminhada, o resultado é a oportunidade de uma nova vida, sem as marcas do passado: “A violência contra a mulher é cruel; atinge a capacidade de a mulher, sobrevivente, viver de forma saudável e íntegra. O Projeto Fênix propõe devolver as condições de vida digna, retomando a autoestima e a qualidade de vida, perdidas por conta das violências perpetradas”, destaca Teresa Cabral.²⁵⁶

Podemos notar a enorme atuação que o Projeto Fênix possui e, justamente por ser ele algo tão benéfico e necessário à coletividade, envolve o trabalho de inúmeros profissionais que se dedicam com afinco a realizar as suas finalidades.

Abaixo seguem, ainda, algumas frases mencionadas nos panfletos de divulgação do Projeto Fênix e que demonstram um pouco da finalidade e do pensamento desse Projeto:

- “A Violência deixa marcas no corpo e na alma.”
- “Você tem direito a cuidados médico, hospitalar e ambulatorial”.
- “Projeto Fênix: medo, vergonha, culpa, insegurança, fragilidade e falta de recursos financeiros impedem as vítimas de pedir socorro.”
- “Podemos ajudar você a se sentir bonita de novo”.
- “Peça encaminhamento as Delegacias, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil, Ministério Público, Comesp.”

A Dra. Teresa Cristina Cabral Santana, juíza da Comesp, em conversa com essa orientanda, que a indagou acerca de como, em sua opinião, a reparação física realizada pelo Fênix interferia no psicológico da mulher vítima de violência de gênero, doméstica e familiar, proferiu a seguinte resposta:

“A reparação física realizada pelo projeto Fênix tem total interferência no psicológico das mulheres atendidas. Homens autores de violência buscam atingir as mulheres e deixar lesões em suas partes visíveis, a

²⁵⁶ Vide: <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=51714&pagina=1>

ideia é realmente impedir que essa mulher se relacione com outras pessoas e que tenha uma vida autônoma.

Não é a beleza pela beleza, mas é a aparência física enquanto uma forma que a sociedade reconhece como necessária para que algumas atividades sejam praticadas, pois, por exemplo, quem vai contratar para trabalhar uma mulher com os dentes quebrados?

A aparência conta um pouco sobre o zelo com o qual cuidamos da gente mesmo e o reflexo de como estamos internamente, portanto, não à toa, os agressores da violência doméstica atingem fisicamente às mulheres.

Tivemos na Comesp, por exemplo, um caso de uma mulher que teve o corpo todo tatuado com uma navalha, tendo, até mesmo, formado queloide em partes visíveis do corpo dessa vítima. Em outra situação, o agressor arrancou o nariz e a orelha da vítima com mordidas. São coisas bem drásticas mesmo. Quem não acompanha de perto a violência contra a mulher, às vezes, acaba não percebendo o quanto ela é expressiva e como ela atinge a vítima de uma forma para que ela não consiga mais reconstruir a sua vida, afinal, nesse caso mesmo, uma mulher sem nariz e sem orelha arrumará emprego onde?

Olha que nem estamos falando aqui de iniciar outro relacionamento amoroso, o que é total direito dessa mulher, se assim ela desejar, porém, estamos comentando apenas como esse tipo de violência atinge até os direitos básicos da vítima, tais como o direito de trabalhar, assim como o direito ir e vir, pois até para se locomover a farmácia uma mulher sem nariz e sem orelhas fica apreensiva, devido ao constrangimento que ela sente. Ou seja, essa violência mexe com vários aspectos da vida da vítima, por isso que essa violência é tida como tão cruel, sendo difícil recuperar-se dela, porque ela atinge a estrutura na qual a pessoa faz parte.

O Projeto Fênix é de autoria da Dra. Maria Domitila Prado Manssur Domingos, à época integrante da Comesp, a qual o criou justamente pensando no resgate da autoestima da mulher vítima de violência de gênero, doméstica e familiar.”

Vejamos infra o logotipo do Projeto Fênix, cuja figura da Ave Fênix representa com fidelidade o significado da vitória de uma mulher vítima de violência doméstica, após ter ela percorrido um longo e sombrio caminho que a possibilitou curar suas feridas e retomar a sua vida, sendo isso o que podemos denominar de um verdadeiro “ressurgimento das cinzas”.



FIGURA 9:

[HTTPS://WWW.TJSP.JUS.BR/DOWNLOAD/COMESP/CAMPANHAS/COMPROMISSOATITUDE/FENIX.PDF](https://www.tjsp.jus.br/download/comesp/campanhas/compromissoatitude/fenix.pdf)

5.1.1 Histórico do Projeto Fênix

Abaixo contaremos um pouco do histórico e conquistas do Projeto Fênix desde a sua criação, vejamos:

✓ 2012: Nasce o Projeto Fênix diante da necessidade de apoio à mulher, vítima de violência.

✓ 2013: Comunicação aos Juízes de Direito das Varas sobre a necessidade de encaminhamento à Comesp acerca de informações sobre processos em que há vítima de violência doméstica com lesões que necessitem de correção por plástica (deformidade estética) ou correção ortopédica. Essa comunicação deu-se através do Comunicado CG nº 1290/2017, "*verbis*":

A Corregedoria Geral da Justiça DETERMINA aos MM. Juízes de Direito de todo o Estado, que encaminhem os documentos abaixo relacionados à Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica do Poder Judiciário do Estado de São Paulo (COMESP), por meio de ofício ao endereço eletrônico comesp@tjsp.jus.br, para inclusão no PROJETO FÊNIX: No caso de vítima mulher com dano estético ou ortopédico decorrente de violência doméstica ou familiar No caso de vítima mulher e/o filhos (as) com danos ou problemas odontológicos decorrente de violência doméstica ou familiar Em ambos os casos, o ofício deve ir acompanhado de decisão fundamentada, instruída com denúncia e laudo pericial ou avaliações

da equipe técnica judicial; COMUNICA, finalmente, que em virtude do sistema SAJ/PG5 não contemplar o envio de documentos por e-mail através do próprio sistema, solicita-se que observem o Comunicado CG nº 850/2014, abaixo reproduzido, para o envio das comunicações oficiais. COMUNICADO CG Nº 850/2014: A Corregedoria Geral da Justiça COMUNICA aos Senhores Magistrados, Dirigentes e Servidores dos Ofícios Distribuidores e das Unidades Judiciais da Primeira Instância que, para o envio por e-mail de comunicações oficiais de documentos emitidos pelo Sistema SAJ/PG5, conforme estabelece o artigo 112 das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça, poderão utilizar o aplicativo "PDF24", observadas as instruções disponibilizadas no "Passo a Passo" no Portal do TJ/SP, segmento "Institucional", área de downloads, sob o título: "Passo a Passo – Envio por e-mail de documentos emitidos pelo Sistema SAJ/PG5", link: <http://www.tjsp.jus.br/Institucional/PrimeiraInstancia/Download/Default.aspx257>

✓ Agosto de 2013: A Secretaria Estadual de Saúde (SES) foi consultada sobre a possibilidade de participação no Projeto;

✓ Abril de 2014: Diante da inclusão da Coordenadoria de Serviços de Saúde no Projeto, houve o credenciamento de três unidades hospitalares que passaram, então, a fazer parte do Programa, são elas: Conjunto Hospitalar do Mandaqui, Hospital Geral Vila Penteados, e Centro de Referência da Saúde da Mulher;

✓ Maio de 2017: Houve a necessidade de ampliação dos serviços, assim, a SES realizou uma oferta de serviços para acolhimento de pacientes vítimas de violência doméstica no Estado de São Paulo;

✓ 2018: Em decorrência da oferta acima descrita, houve o credenciamento de várias unidades, possibilitando, então, o atendimento integral dessas mulheres em todo o território do Estado de São Paulo através do Projeto Fênix;

✓ 2019: Foi realizada uma atualização dos Serviços e Equipes de Acolhimento e Atendimento com Adesão de maior número de unidades para atendimento, demonstrando, assim, interesse de inúmeras unidades em participar do Projeto;

✓ No entanto, em 2020, durante a pandemia, cem por cento das pacientes agendadas faltou ao atendimento, razão pela qual, em uma reunião, decidiu-se realizar o

257 Vide: http://www.tjsp.jus.br/Download/Pdf/Comesp/Comunicados/Comunicado1290_2017.pdf

reagendamento dessas mulheres em um momento mais adequado e mais oportuno para que elas prossigam com seus tratamentos.

5.1.2 Secretarias do Governo do Estado de São Paulo envolvidas no Projeto Fênix

- ✓ Secretaria Estadual de Saúde;
- ✓ Secretaria Estadual de Justiça e Cidadania;
- ✓ Secretaria Estadual de Desenvolvimento Social;
- ✓ Secretaria da Segurança Pública.

5.1.3 Proposta de Trabalho e Fluxo de Atendimento do Projeto Fênix

- ✓ Todas as pacientes serão encaminhadas pelo Tribunal de Justiça para a Chefia de Gabinete– Coordenação do Projeto Fênix/SES.;
- ✓ Projeto Fênix terá reuniões mensais para elaboração da rede de atendimento e monitoramento;
- ✓ Acolhimento e acompanhamento no atendimento para mulheres vítimas de violência encaminhadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;
- ✓ Ampliação da Área de Abrangência para todo o Estado de São Paulo, de acordo com a regionalização da Secretaria de Justiça;
- ✓ Criação de equipe mínima nas unidades de atendimento do Projeto Fênix;

A Comesp realiza o atendimento de cem por cento das pacientes encaminhadas ao Projeto Fênix, sendo que a única negativa do Programa é para pacientes que já estão em tratamento, muitas vezes até aguardando algum procedimento pelo SUS, e pretendem aderir ao Projeto na tentativa de antecipar o seu atendimento.

O Projeto Fênix acolhe as pessoas que estão totalmente desamparadas, avaliando caso a caso e fazendo o atendimento a essas pessoas da melhor forma possível.

O encaminhamento da paciente ao programa é feito por juízes, integrantes do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia, delegacias de polícia e pelas próprias vítimas e seus familiares, que podem solicitar a reparação das lesões ocasionadas por agressões diretamente na Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência

Doméstica e Familiar do Poder Judiciário (Comesp) pelo e-mail comesp@tjsp.jus.br ou telefones (11) 2171-4807 / 3104-5521.258

Para que a vítima não necessite deslocar-se muito para realizar o tratamento, seu agendamento leva em consideração o local de sua moradia ou, em casos de risco de o agressor ali comparecer, o agendamento poderá ser feito em outro local, com sigilo, e sempre visando o melhor à vítima.

5.1.4 Atendimentos Realizados 2017-2018 e 2019

- ✓ 26 pacientes com deformidades ortopédicas;
- ✓ 5 pacientes com lesão facial para avaliação da bucomaxilo;
- ✓ 2 pacientes para avaliação da craniofacial;
- ✓ 12 pacientes com cicatrizes após ferimento com arma branca;
- ✓ 28 pacientes avaliadas para cirurgia plástica - sete pacientes com cicatrizes pós-queimaduras; duas pacientes vítimas de mordedura humana;
- ✓ 75% das lesões cometidas pelo companheiro de pelo menos 10 anos de convívio;
- ✓ 14% das lesões cometidas pelo pai – que também agrediu a mãe, simultaneamente;
- ✓ 11% das lesões cometidas pelo companheiro com menos de 2 anos de convívio.

Como exemplo de um dos atendimentos realizados pela Comesp citaremos o caso de Sabrina que relatou o drama da violência doméstica ao qual passou, a resposta que obteve quando contou o ocorrido a terceiros e, por fim, falaremos do acolhimento dela pela Comesp e o final dessa trágica, mas vitoriosa, parte da história de sua vida, vejamos:

“Eu esqueci que podia ser mulher. Esqueci que podia me arrumar. Porque, quando eu contei que fui assediada, me falaram que a culpa era minha.” A frase é de Sabrina*, vítima de violência doméstica, que ficou com sequelas na arcada dentária em razão das agressões.

(...)

Mas a história de Sabrina tem um final feliz. Uma parceria do Tribunal de Justiça de São Paulo com a Secretaria de Estado da Saúde e a Organização da Sociedade Civil de

258 Vide:

<https://www.tjsp.jus.br/Comesp/AssuntosInteresse/Comunicado?codigoComunicado=19170&pagina=2>

Interesse Público (Oscip) Turma do Bem viabiliza reparação estética, ortopédica e odontológica, de graça, para vítimas de violência doméstica e de gênero: é o “Projeto Fênix – Alçando Voo”. Sabrina foi uma das pacientes atendidas pelo programa. Recebeu tratamento integral, recuperou seu sorriso e a autoestima, que estava tão fragilizada.²⁵⁹

Como o projeto em comento repara as lesões físicas deixadas pela violência, citaremos agora dados da pesquisa “Raio-X do Femicídio– é possível evitar a morte” realizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em 2018 no intuito de demonstrar através de quais instrumentos normalmente essas marcas são realizadas, denotando, assim, muitas vezes, a brutalidade e a intensidade da agressão, além da raiva do agressor para com a vítima.

Nessa toada, temos que, a citada pesquisa, no tópico destinado a análise dos instrumentos (armas) utilizados nos crimes de feminicídio constatou o seguinte:

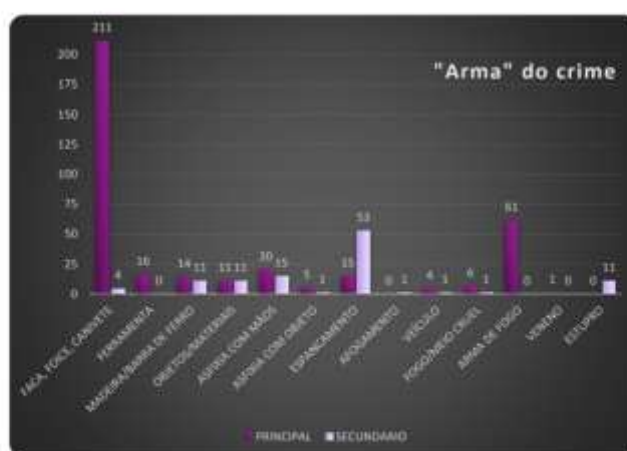
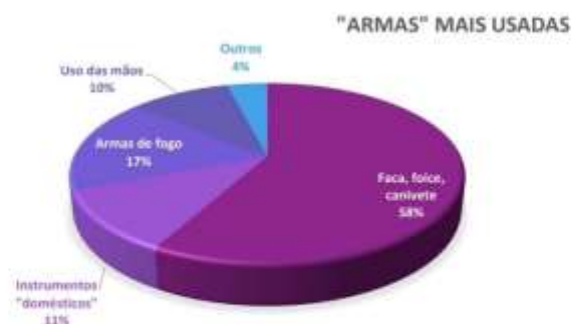
Para a coleta de dados, levou-se em consideração o instrumento principal referido na denúncia. Trata-se do instrumento que deu causa ou era apto a causar a morte da vítima (“arma principal), bem como, nas hipóteses em que constava da peça acusatória, o instrumento secundário, utilizado para agredir a vítima no mesmo contexto (“arma secundária”). Quanto às armas secundárias, importante mencionar os dados tendem a ser maiores do que o estimado, pois muitas vezes não consta do processo o instrumento secundário. ²⁶⁰

Vejamos abaixo gráficos que representam os resultados obtidos com a pesquisa:

²⁵⁹ Vide: <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=51714&pagina=1>

²⁶⁰ Vide:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/Femicidio/RaioXFemicidioC.PDF



Fonte:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/Feminicidio/RaioXFeminicidioC.PDF

Neste segundo gráfico constamos os seguintes dados: faca (foice, canivete, arma branca); ferramenta (chave de fenda, martelo, chave de rodas etc); madeira ou barra de ferro; objetos (da casa como panela de pressão, cabo, móveis etc) e materiais de construção (tijolo e similares); asfixia com as mãos; asfixia com objeto (como cabo de telefone celular, fio do ferro elétrico, saco plástico e outros); afogamento; veículo (carro usado para atropelar a vítima); fogo ou meio cruel (fogo na vítima, na casa, jogar ácido no rosto), arma de fogo (revólver, espingarda e similares), veneno (como veneno de rato e similares) e estupro (cometido antes do feminicídio ou após a conduta mais grave). No segundo gráfico, há o detalhamento dos instrumentos usados com uma referência ilustrativa dos instrumentos usados nos casos analisados (no rodapé do gráfico), bem como uma comparação entre o instrumento principal e secundário. Tendo como parâmetro a descrição dos fatos na denúncia, a pesquisa também identificou o número de golpes ou tiros desferidos pelo agente contra a vítima, utilizando-se os critérios de 01 golpe, 02 golpes, diversos (quando a denúncia fazia referência a vários golpes ou golpes reiterados,

ou na hipótese de mais de 3), espancamento, uso de meio cruel e tentativa branca (em que o agente não consegue atingir a vítima)²⁶¹

Em 2019, uma pesquisa nos mesmos moldes da supracitada foi realizada através de estudo feito pela Câmara Técnica de Monitoramento de Homicídios e Feminicídios da Secretaria de Segurança Pública do DF traça um Raio-X da violência doméstica na capital do país e concluiu que:

É dentro de casa que a violência contra a mulher mais acontece: 91,2% das agressões tiveram a própria residência da vítima como palco da violência. Brigas conjugais e ciúmes são as causas de 58,8% das agressões fatais a mulheres. Armas brancas, como facas, foram as mais utilizadas contra as vítimas e aparecem como responsáveis por 48,5% dos homicídios, enquanto as armas de fogo são determinantes de 26,5% dos casos.²⁶²

Podemos notar que tanto na pesquisa realizada em São Paulo quanto naquela realizada do Distrito Federal, constatou-se que as armas brancas, tais como faca, foice, canivete foram as mais utilizadas pelos agressores da violência de gênero, doméstica e familiar contra a mulher, sendo que tais instrumentos costumam deixar sérias marcas físicas e evidenciam a intensidade do ataque e os piores sentimentos dos agressores (homens) em relação às suas vítimas (mulheres).

5.1.5 Medalha Ruth Cardoso

A Medalha Ruth Cardoso é uma premiação brasileira que foi institucionalizada em novembro de 2008 por meio do Decreto de nº 53.721 que em seu artigo 1º aduz:

Artigo 1º - Fica instituída a "Medalha Ruth Cardoso", destinada a homenagear personalidades civis e militares, instituições públicas e privadas, que se destacarem na luta pelos direitos da mulher, tornando-se merecedoras de especial destaque.²⁶³

Desde então, a medalha Ruth Cardoso é entregue todos os anos nas comemorações do Dia Internacional da Mulher.

²⁶¹Vide:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/Feminicidio/RaioXFeminicidioC.PDF

²⁶² Vide: <http://www.ssp.df.gov.br/estudo-da-ssp-df-traca-raio-x-da-violencia-contr-a-mulher-no-df/>

²⁶³ Vide: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2008/decreto-53721-24.11.2008.html>

O nome da medalha é uma homenagem a socióloga e ex-primeira-dama brasileira Ruth Cardoso, razão pela qual recebeu o seu nome.

Nesse contexto, em 27 de março de 2018, o Conselho Estadual da Condição Feminina promoveu a solenidade de entrega da Medalha Ruth Cardoso em homenagem as pessoas e projetos que se destacam na defesa dos direitos das mulheres.

Entre os homenageados, estava o Projeto Fênix, tendo, portanto, recebido a honrosa e merecida medalha pelo esforço que seus integrantes realizam com a finalidade de viabilizar a reparação estética, ortopédica e odontológica gratuita para vítimas de violência doméstica e de gênero.

Citaremos abaixo algumas relevantes mensagens ditas pelas autoridades que participam do evento:

A presidente do Conselho, Maria dos Anjos Mesquita Hellmeister, agradeceu o trabalho das homenageadas em prol das mulheres. "Estamos aqui para dizer 'não' à violência contra as mulheres", afirmou.

(...)

A juíza Maria Domitila Prado Manssur recebeu a medalha em nome do Projeto Fênix. "A reparação estética e odontológica pode amenizar o sofrimento das vítimas de violência", afirmou a magistrada. Segundo ela, a iniciativa surgiu da vontade de "acompanhar essas mulheres antes e depois do processo". "Essa medalha é da Comesp e do TJSP", ressaltou. O encaminhamento das pacientes ao programa é feito por juízes, integrantes do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia, delegacias de polícia, e pelas próprias vítimas, que procuram a Comesp. Desde 2012 o projeto já atendeu mais de 750 mulheres em todo o País.

"É muito doloroso todos os dias abrir um processo que é papel, mas que tem histórias. É duro recolher o corpo das mulheres mortas pela violência doméstica, pelo feminicídio. É duro ver nos processos as dores pelas quais passam as mulheres, marcadas pela violência dos homens", discursou a desembargadora Kenarik Boujikian, que teve reconhecida sua trajetória na defesa dos direitos das mulheres.²⁶⁴

Assim, segue abaixo uma imagem da honrosa e merecida medalha recebida por esse glorioso Projeto Fênix que alcançando voos cada vez mais altos auxilia as mulheres

²⁶⁴ Vide: <http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=50701>

vítimas de violência de gênero, doméstica e familiar a recuperarem-se, renascendo das cinzas, ainda mais fortes:



5.2 Projeto Carta de Mulheres

Em 07 de abril de 2020 o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo lançou, através da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, o Projeto denominado “Carta de Mulheres” que se trata de um canal online para prestar informações às vítimas de violência doméstica.

O projeto teve a inspiração de uma ação semelhante que ocorreu na Justiça Peruana e que ganhou o nome de “Carta de Mujeres”.

Devido ao confinamento, a situação de mulheres vítimas de violência doméstica e familiar complicou-se, pois elas ficaram ainda mais suscetíveis a violência, posto o tempo maior que as pessoas estão ficando em suas casas sem contato com o mundo externo.

Por outro lado, apesar da situação em comento, durante a pandemia muitas vítimas não têm acionado os canais de denúncia, ocorrendo, assim, uma subnotificação dos episódios de violência doméstica, conforme tem sido notado pelas unidades policiais e judiciárias.

A situação ilustrada acima ocorre, muitas vezes, pela maior fragilidade que a mulher pode sentir nesse momento, por não saber o que fazer, a quem recorrer, como recorrer e para onde ir, tendo em vista, principalmente, o estado de pandemia em que nos encontramos.

Preocupando-se com esse contexto, e com o fito de ajudar essas mulheres a conseguirem as informações e orientações que necessitam, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através da Comesp, lançou o Carta de Mulheres, que visa justamente orientar e informar essas mulheres.

Abaixo poderemos visualizar o logotipo desse Programa voltado a orientar e informar a mulher em situação de violência, dando a ela, antes de tudo, segurança para tomar a melhor decisão para a sua vida, na certeza de que não está sozinha e que fora dos muros de sua casa apresentam-se melhores escolhas:



FIGURA 10: [HTTPS://WWW.TJSP.JUS.BR/NOTICIAS/NOTICIA?CODIGNOTICIA=60783](https://www.tjsp.jus.br/noticias/noticia?codigoNoticia=60783)

5.2.1 Proposta de Trabalho e Fluxo de Atendimento do Programa Carta de Mulheres

Através do Projeto a vítima ou qualquer pessoa que queira ajudar uma mulher vítima de violência pode acessar o formulário online disponibilizado na página eletrônica www.tjsp.jus.br/cartademulheres e preencher os campos ali descritos, sendo que a resposta se dará através de uma equipe especializada para tanto e que corresponde a profissionais que trabalham na Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário (Comesp).

Na página inicial de apresentação da Comesp já é possível obter uma breve orientação acerca do programa Carta de Mulheres, sendo que é fornecida, ainda, a opção de "enviar seu relato", onde, uma vez clicado no botão corresponde, a pessoa é direcionada para preencher o formulário correspondente ao projeto, vejamos:

Cartas de Mulheres

É comum vítimas e testemunhas de violência terem dúvidas sobre os procedimentos legais para cada tipo de caso e a quem recorrer. Se você precisa de orientações, envie seu relato e a Comesp informará qual o serviço mais adequado na rede de atendimento. O sigilo é garantido.

▶ [envie seu relato](#)

FIGURA 11: [HTTPS://WWW.TJSP.JUS.BR/COMESP](https://www.tjsp.jus.br/comesp)

Através das respostas as vítimas são informadas sobre os locais de atendimento adequado, tais como Delegacia, Casas de Acolhimento, Defensoria Pública, Ministério Público, além de diversos programas de ajuda de instituições públicas ou organizações não governamentais.

Para responderem ao formulário, a equipe especializada leva em consideração a situação de cada mulher e o tipo de violência (física, psicológica, patrimonial etc.). Também são esclarecidos os possíveis desdobramentos em casos de denúncia e os tipos de medidas protetivas existentes.

O sigilo do atendimento é garantido e abrange todo o Estado de São Paulo. A necessidade de fornecer o endereço no formulário existe apenas para que a equipe indique os locais corretos para a pessoa buscar ajuda, caso assim ela decida prosseguir.

Importante ressaltar que o programa se destina exclusivamente ao fornecimento de orientações, não havendo o encaminhamento dos relatos das vítimas aos demais órgãos ou instituições do sistema de Justiça.

Para que ocorra a notificação é necessário que a pessoa procure os locais fornecidos pela equipe da Comesp quando da resposta ao formulário.

5.2.2 atendimentos realizados pelo Programa Carta de Mulheres

A procura pelos atendimentos realizados pela Comesp através do programa Carta de Mulheres, atingiu um número elevadíssimo, senão, vejamos:

Levantamento feito pela Comesp mostra que, no período de 7/4 a 22/7, o Carta de Mulheres recebeu 1008 contatos. Das mensagens enviadas por pessoas do Estado de São Paulo, 278 eram da Capital e outras 277 da Grande São Paulo, Interior e Litoral. Também foram recebidas solicitações de outros Estados (374) e até mesmo contatos

de outros países – dois da Argentina e um da França. Os principais agressores apontados nos pedidos de ajuda são maridos ou companheiros (350) e ex-maridos (330). Mas também figuram entre agentes de violência namorados (90), ex-namorados (97) e até mesmo filhos (50). Em muitos casos, as vítimas afirmaram que a quarentena agravou a violência, porque elas ficaram em isolamento social juntamente com seus agressores. A maioria dos pedidos de orientações foram classificados como casos de violência psicológica e moral. Também foram relatados casos de violência física, patrimonial e sexual.

A reportagem trouxe os números das estatísticas do programa e ressaltou a importância de não só a vítima sempre procurar ajuda, mas parentes, amigos e vizinhos também denunciarem. “Apontamos os caminhos, endereços, telefones, e-mails e quando a pessoa se sentir preparada, de acordo com aquilo que ela quer fazer, ela busca a alternativa que lhe é mais possível naquele momento difícil”, disse a juíza da Comesp, Teresa Cristina Cabral Santana, que participou da matéria. 265

Diante da grande quantidade de pessoas atendidas o programa chamou atenção até mesmo da mídia televisionada, tendo sido objeto recente de uma reportagem levada ao ar pelo SPTV no canal da Globo, sendo que a mesma matéria foi divulgada na página eletrônica da emissora, inclusive com vídeo completo sobre a matéria que foi ao ar, conforme podemos observar através do acesso ao endereço: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/07/27/projeto-do-tj-sp-que-ajuda-mulheres-vitimas-de-violencia-recebeu-mais-de-mil-denuncias-durante-pandemia.ghtml>.

Frise-se que, assim como brilhantemente comentado pela Dra. Teresa Cristina Cabral Santana na citação disposta acima, os números divulgados pela Comesp quanto ao Programa Carta das Mulheres evidenciam, ainda, a importância de não apenas as vítimas procurarem ajuda, mas seus amigos e familiares também, posto que o programa não consiste em uma notificação, apenas uma orientação que pode ser dada a vítima para que ela se sinta mais segura para sair daquela situação utilizando-se dos meios legais existentes para tanto.

A importância de amigos e familiares procurarem ajuda para a vítima igualmente não passou despercebido pela reportagem do jornal SPTV, posto que em sua reportagem

265 Vide:

<https://www.tjsp.jus.br/Comesp/AssuntosInteresse/Comunicado?codigoComunicado=19076&pagina=3>

ele também reforça tal concepção, além de mencionar os demais dados quantitativos do levantamento realizado:

Dos mais de mil contatos recebidos pelo site, há denúncias até de fora do Brasil. A maior parte são de pessoas de outros estados do país (374), seguido pela capital paulista (278), Grande SP, litoral e interior (277), Argentina (2) e França (1). Há ainda 76 denúncias que não informaram o local.

Em relação ao tipo de violência, 809 mulheres marcaram como "violência psicológica", seguida de violência moral (646), física (476), patrimonial (229) e sexual (61). Cada vítima pode listar mais de uma violência.

Desde 24 de abril, também passou a ser solicitada a cor da vítima, o que permitiu levantar que 415 são brancas, 319 pardas, 87 pretas, 13 amarelas e 8 indígenas.²⁶⁶

Pelos números podemos observar que a violência psicológica é a que ocorre em maior frequência, o que faz total sentido, uma vez que o ciclo da violência costuma iniciar-se com a violência psicológica e prosseguir em evolução percorrendo um caminho até chegar a violência física e, por vezes, ao feminicídio.

Quanto ao crime de feminicídio nunca é demais lembrar que dificilmente ele ocorre de um dia para o outro, costuma-se percorrer o ciclo da violência inúmeras vezes até esse crime ser de fato consumado, portanto, agindo rapidamente e de forma adequada, consegue-se evitar o feminicídio na maioria dos casos, abaixando-se sua taxa de ocorrência e rompendo o ciclo de violência da vida de muitas mulheres.

Os números dos atendimentos realizados pelo programa Carta de Mulheres foram atualizados, tendo sido divulgados novas estatísticas na data de 16 de setembro de 2020:

Desde o início da ação até a última segunda-feira (14), foram mais de 1,2 mil solicitações de mulheres com dúvidas ou relatando experiências. Os números da Capital e do interior são semelhantes: 380 das cartas vieram da cidade de São Paulo e 366 dos demais municípios. Por seu tamanho e importância, o projeto chegou a outros Estados e auxilia mulheres de todo o Brasil a saírem do ciclo de violência. Do Rio de Janeiro vieram 79 casos, seguido por Minas Gerais, com 59, Rio Grande do Sul,

²⁶⁶ Vide: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/07/27/projeto-do-tj-sp-que-ajuda-mulheres-vitimas-de-violencia-recebeu-mais-de-mil-denuncias-durante-pandemia.ghtml>

com 33, e Santa Catarina, com 31. Mulheres residentes de países como Argentina (2) e França (1) também solicitaram o auxílio do Carta de Mulheres.²⁶⁷

Pelo levantamento anterior e, também, pelo mais recente, podemos notar que o programa cresceu tanto que atende mulheres do Brasil todo e até mesmo de outros países.

Quanto aos agressores, o levantamento divulgado em 16 de setembro do corrente ano demonstra que:

A respeito da relação entre a vítima e o agressor, os companheiros (396) ou ex-companheiros (385) foram os principais autores da violência sofrida, seguidos por ex-namorados (135) e namorados (106). Filhos e pais aparecem em seguida.²⁶⁸

Notemos, por fim, que os atuais companheiros, seguidos do ex-companheiro, são os que mais frequentemente praticam a violência de gênero, doméstica e familiar contra a mulher e que a diferença entre eles, em números, corresponde a apenas onze casos, o que demonstra como o fim do relacionamento, ao invés de trazer paz e recomeço a mulher pode, muitas vezes, intensificar sua tortura e concretizar seus maiores receios.

5.3 Juntas

O aplicativo Juntas (PLP 2.0) foi idealizado pelo Geledés – Instituto da Mulher Negra de São Paulo, e Thêmis – Gênero, Justiça e Direitos Humanos, do Rio Grande do Sul, em parceria com a Google como mecanismo de combate a violência doméstica.

O aplicativo permite que mulheres em situação de perigo enviem, pelo celular, um pedido de socorro a pessoas previamente por elas cadastradas, e que recebem, por mensagem, a exata localização da vítima. A intenção é que com a ajuda do aplicativo mulheres vítimas de violência doméstica construam uma rede pessoal de proteção.

Quando a mulher acessa o aplicativo, ela cadastra os números de sua confiança que irão receber sua mensagem de ajuda e a sua localização, quando assim ela solicitar.

É necessário que a internet e o GPS do celular da vítima estejam ligados para que as mensagens de socorro e localização sejam enviadas.

267 Vide:

<https://www.tjsp.jus.br/Comesp/AssuntosInteresse/Comunicado?codigoComunicado=19305&pagina=1>

268 Vide:

<https://www.tjsp.jus.br/Comesp/AssuntosInteresse/Comunicado?codigoComunicado=19305&pagina=1>

Além dos números cadastrados, em caso de perigo, o aplicativo também aciona diretamente as redes de atendimento das Promotoras Legais Populares (PLPs), que são lideranças comunitárias femininas capacitadas em noções básicas de leis e direitos humanos que atuam na defesa, orientação e triagem de demandas de violação de direitos, assim como na prevenção da violência contra a mulher.

O Juntas (PLP 2.0) está disponível para ser baixado em celulares com o sistema Android (que envia um pedido de ajuda mediante o acionamento do botão liga/desliga do celular por quatro vezes) ou em iPhone (que possui mecanismo de acionamento diferente, ativado por meio de toque no próprio aplicativo). Para tanto, basta acessar a loja de aplicativos do celular ou o endereço www.plp20.org.br para fazer *download* do *app*, sendo possível cadastrar contatos (telefone, e-mail ou perfil no Facebook) de pessoas de confiança, que podem ser acionadas em possíveis situações de risco.

No caso de acionamento inadvertido, o **Juntas (PLP 2.0)** pode ser desativado em até 15 segundos. O aplicativo também permite registrar atos de violência em andamento, por meio de mecanismos de áudio e vídeo, possibilitando a colheita de provas da ocorrência.

Em agosto de 2014 a Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo (Comesp), em parceria com o Geledés, fez a apresentação do aplicativo no Fórum João Mendes Júnior. Na ocasião, a coordenadora da Comesp, desembargadora Angélica de Maria Mello de Almeida, ressaltou a frequência com que ocorrem casos de violência contra a mulher, nem sempre comunicados. "Temos a convicção de que as paredes das casas abafam as vozes das mulheres, que são submetidas às mais variadas formas de violência. O tema exige atuação conjunta entre Poder Judiciário, órgãos públicos e entidades privadas não governamentais que atuam nessa luta." À época, o Juntas (PLP 2.0) já estava sendo utilizado no Rio Grande do Sul.

A juíza Elaine Cristina Monteiro Cavalcante, integrante da Comesp e titular da Vara do Foro Central de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de São Paulo, ressalta que desde 2014 a unidade judicial passou a informar às mulheres vítimas de violência sobre o aplicativo. A partir de então, na decisão concessiva de medidas protetivas, a magistrada determina que a vítima seja cientificada sobre a possibilidade de baixar o *app* em um aparelho celular que possua o sistema operacional adequado.

Além disso, a equipe técnica da vara disponibiliza um plantão de dúvidas, que funciona às sextas-feiras, das 13 às 15 horas, para as que não souberem ou tiverem dificuldade para utilizar o mecanismo. O projeto "De Mãos Dadas com a Rede", que consiste em intervenção junto às vítimas de violência ainda na fase de inquérito policial,

também disponibiliza o aplicativo a todas as mulheres que comparecem ao atendimento para acolhimento e orientação. “Trata-se de importante ferramenta da tecnologia que pode proteger mulheres em situação de violência”, afirma Elaine Cavalcante.

Também integram a Comesp a desembargadora Maria de Lourdes Rachid Vaz de Almeida (vice-coordenadora), e as juízas Teresa Cristina Cabral Santana e Maria Domitila Prado Manssur. 269

Em um evento, a advogada de direitos humanos e questões de gênero e, também, presidente do Geledés, Maria Sylvia Aparecida de Oliveira, apresentou o aplicativo “Juntas” dizendo que ele:

“(…) auxilia no enfrentamento da violência contra a mulher. Com ele, faz-se a própria rede de proteção, adicionando pessoas de confiança, que poderão ser acionadas em situações de perigo. Ela falou, ainda, das legislações vigentes: “A Lei Maria da Penha foi um ganho importante para a sociedade. Trouxe para a esfera pública o debate da violência doméstica”, disse a advogada. “Temos que ter um olhar diferenciado para as vítimas, incluindo o sistema de Justiça”, completou. 270

O aplicativo permite, ainda, que se registre as agressões, em áudio e vídeo, como provas a serem utilizadas contra o agressor.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo fornece total apoio a essa ideia e a divulga com panfletos que possuem o seguinte slogan: “Você não está sozinha, peça ajuda por app”.

O projeto Juntas 2.0 foi o vencedor do concurso “Desafio de Impacto Social Google”, que premiou iniciativas de organizações não governamentais nas quais a tecnologia é utilizada para melhorar a vida das pessoas.

Abaixo segue a imagem de divulgação do aplicativo juntas, cujo nome do programa, juntamente com a frase “Você não está sozinha”, representam o amparo fornecido às vítimas de violência doméstica para enraizar a segurança que elas necessitam sentir para romperem o ciclo de violência, afinal: “Juntas somos mais fortes e juntas podemos mais!”

269 Vide: <http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=48897&pagina=41>

270 Vide: <http://www.tjsp.jus.br/Comesp/Eventos/Comunicado?codigoComunicado=15138&pagina=1>



FIGURA 12: [HTTPS://JUNTAS.GELEDES.ORG.BR/APLICATIVO-AJUDA-MULHERES-VITIMAS-DE-AGRESSOES/](https://juntas.geledes.org.br/aplicativo-ajuda-mulheres-vitimas-de-agressoes/)

5.4 Projeto Escolar

Em conversa com essa orientada, a Dra. Teresa Cristina Cabral Santana, juíza da Comesp, abordou a criação e os trabalhos realizados pelo Projeto Escolar durante o período de isolamento social:

“Com a vinda da pandemia, formou-se o denominado “Comitê de Emergências”, momento em que surgiu a ideia de criação do Projeto Escolar, uma vez que, devido ao isolamento social, as escolas estavam fechadas e elas são uma porta de entrada para notificação de violência, principalmente quando envolve crianças e adolescentes.

Pensando na necessidade de que o corpo docente estivesse sempre preparado para o acolhimento de todas essas informações de violência doméstica, teve-se a ideia de realizar um curso de educação continuada à distância para a rede estadual de ensino.

Temos um “Termo de Cooperação Técnica com a Secretaria da Educação”, cuja sua previsão bastante genérica de enfrentamento a violência, permitiu que, durante a pandemia, pudéssemos elaborar e concretizar essa política pública.

A Secretaria da Educação aceitou o projeto e, em março desse ano, começou-se a realizar essas aulas às sextas-feiras.

De início, a ideia consistia em realizar apenas oito aulas, porém, as aulas estão ocorrendo desde março todas as sextas-feiras, tendo previsão de findar-se apenas em dezembro.

Essas aulas da educação continuada à distância envolvem várias questões: violência de gênero, violência contra as meninas, racismo, como fazer o enfrentamento da questão racial e de gênero dentro das escolas, e ainda, temos o enfoque da questão psicológica, de saúde, jurídica.

Por exemplo, nas aulas de setembro foi falado sobre o suicídio, profissionais da saúde deram palestras e abordaram, inclusive, o risco maior de suicídio nesse momento devido à alta incidência de depressão causada pelo isolamento social.”

A ilustre Dra. Teresa Cristina Cabral Santana, abordou, ainda, o assunto de ensino da igualdade de gêneros nas escolas, sua importância, e o que pode ser feito para que o Governo resolva implantar nos currículos escolares essa tão importante matéria que versa, inclusive, sobre um direito humano fundamental. Vejamos:

“A escola é fundamental para amenizar o problema da desigualdade, até por isso foi criado o projeto escolar, o qual pretendemos seguir, pois é necessária uma formação específica para lidar com o problema.

O machismo e o sexismo formam a base da nossa sociedade e todos nós estamos imersos neles. Tanto que a luta não é só das mulheres e nem apenas dos homens, é da sociedade que não quer mais conviver com esse tipo de violência que provoca inúmeros crimes como morte, estupro, lesões, e para mudarmos isso temos que mudar a educação.

Para tanto, precisamos compreender de maneira necessária o que é interessante para que a violência deixe de fazer parte das relações humanas.

Precisamos, na minha opinião, mudar a concepção que temos de segurança pública, porque lidar com violência doméstica também é lidar com segurança pública, é importante e necessária a responsabilização criminal, pois ela faz parte de um pilar importante na construção de uma política pública de erradicação de violência, mas apenas ela não resolve o problema, porque para mexer em estrutura tem que mexer em educação e para que o Governo entenda essa necessidade talvez nós, da sociedade, tenhamos que fazer esse movimento visando demonstrar que segurança pública é muito mais do que encarceramento, prisão, pena alta.

Temos que ser ensinados para que possamos conseguir conviver como seres humanos, nos respeitando, porque isso é ensinado, se aprendemos a ser violentos, também aprendemos a não ser violentos.

Não é desculpando e nem tirando a responsabilidade, mas um menino – ou uma menina também – que cresce ouvindo que o homem é o provedor, que ele é quem manda, que as pessoas tem que obedecer às ordens que ele dá, que homem não chora, que homem é forte, que para que ele demonstre a masculinidade dele precisa ser violento, entre outras coisas mais, dificilmente irá mudar seu pensamento apenas devido a uma condenação criminal.

É um problema complexo, se fosse simples, apenas prenderíamos todos os agressores e resolveríamos a questão, mas é difícil porque é uma estrutura mesmo, existe uma dificuldade das pessoas compreenderem, porque é muito sedutora a resposta de: “Vamos prender e resolvemos o problema”, entretanto, não é assim, é muito mais complexo do que isso.

Somos criados e estamos imersos nessa cultura machista, reproduzimos isso o tempo todo, mesmo sem querer.

Portanto, temos que nos reeducar, e é exatamente por isso que muita gente foge desse assunto, porque tem medo, pois reeducar-se significa que podemos ter que nos enxergar como vítimas, mas também como autores desse tipo de comportamento com o qual podemos nem concordar, mas, algumas vezes, somos impulsionados a cometê-lo.”

Nesse diapasão, o projeto escolar visa capacitar os professores para que esses possam identificar sinais que permitam aferir que aquele aluno está vivendo uma situação de violência doméstica e familiar, isso porque, conforme já aludido acima, a escola é uma porta aberta para notificações desse tipo de violência e, mesmo no período de isolamento social, devido à educação à distância, os professores ainda têm acesso as crianças e adolescentes, podendo, assim, uma vez capacitados, identificar sinais de vivência em um cenário familiar violento e ajudar a prevenir as consequências que isso pode alcançar na vida de todos os integrantes daquele ambiente doméstico e familiar.

6. Conclusão

O gênero reflete uma construção histórica que outorgou às mulheres e aos homens papéis diferentes dentro do corpo social, conferindo aquela uma posição de submissão em relação a esse.

Essa desigualdade de tratamento por muito tempo foi a responsável por legitimar inúmeras discriminações e violações sofridas pelo sexo feminino, tanto no interior da residência, quanto na coletividade, e, até mesmo, no campo das legislações e dos julgamentos de casos que envolviam menosprezo pela figura feminina e por seus direitos.

A situação em comento desenvolvia-se sob o manto da predominante cultura machista, que disseminava o preconceito e a discriminação à mulher, coisificando-a como propriedade do homem, e afrontando sua dignidade humana.

Na década de 70, essa realidade começa a mudar frente aos movimentos feministas que se expandiram e passaram a lutar bravamente contra a desigualdade perpetuada.

O tema começou, ainda, a ser retratado internacionalmente, através de vários pactos que objetivavam dissipar essa inconformidade.

O Brasil ratificou muitos tratados que pregavam o fim da desigualdade e a proteção à mulher vítima de violência de gênero, doméstica e familiar, inclusive defendendo ser essa uma questão de direitos humanos das mulheres.

Além do que, nosso país, também, revogou, gradativamente, suas leis mais preconceituosas, tendo, até mesmo, reconhecido constitucionalmente a igualdade entre os sexos.

Entretanto, na prática, a proteção à mulher não era de fato concretizada no Brasil, e uma das maiores provas disso é a história do crime de violência doméstica que teve Maria da Penha Maia Fernandes como vítima, e que ficou mundialmente conhecido, gerando a punição internacional do Estado Brasileiro pela omissão e negligência com a vítima.

Diante disso, o Brasil promulgou a Lei 11.340/06 que levou o nome de Maria da Penha, como reparação simbólica pela inércia brasileira em seu caso durante anos.

A supracitada Lei foi elaborada por pessoas com experiência e conhecimento excepcional sobre o tema, tendo como escopo, não apenas coibir a violência contra a mulher, mas preveni-la de forma incisiva.

Ocorre que, apesar de todo esse arcabouço jurídico de combate e prevenção à violência contra mulher, os números desse tipo de crime ainda são assustadoramente altos, levando muitas vezes suas vítimas à morte.

Aliás, o homicídio de mulheres é tão alto que em 2015 foi promulgada a Lei 13.104/15 que denomina de feminicídio o homicídio realizado contra a mulher por questões de gênero, além de incluí-lo no rol de crimes hediondos.

Nesse diapasão, podemos notar que todos esses dados, legislações e preocupações denotam que a violência contra a mulher não se altera apenas com a mudança legislativa e com a preocupação de alguns, necessitando de medidas que combatam o mal em sua raiz, qual seja, no seio da própria sociedade.

Podemos afirmar que, em pese as leis que visam proteger a mulher contra a violência de gênero, essa continua sendo vítima de tais crimes porque os pensamentos de alguns não se alteraram junto com a legislação, estando ainda presos às concepções de uma cultura machista.

A assertiva acima encontra respaldo nos dados de inúmeras pesquisas em relação ao tema, as quais apontam que o ciúme e o rompimento de relacionamentos estão entre algumas das principais razões das agressões, o que demonstra claramente que a “coisificação” da mulher como propriedade do homem permanece na mente de muitos até os dias atuais, considerando-a, portanto, um ser inferior e incapaz de ter direito de direcionar a sua vida da forma como gostaria.

Outras situações que reafirmam o problema em comento são as frases de cunho evidentemente machistas que ainda hoje são proferidas até mesmo nos ambientes que deveriam proteger a mulher.

Vimos, também, que as próprias vítimas, muitas vezes, têm dificuldade de se reconhecerem em situação de violência e a razão disso é o ensinamento que deram a elas de que a violência do homem em relação à mulher é algo natural, assim como se defendida há décadas por conta da alegada superioridade do sexo masculino dentro das relações.

Pudemos aferir, ainda, que as armas utilizadas para as agressões são em maioria armas brancas, facas, coices, canivetes, ou seja, são instrumentos normalmente utilizados quando se tem muita raiva da vítima e essa raiva encontra explicação por não ter a vítima atendido as expectativas daquele que a considera “sua propriedade”.

Outro grande exemplo dos efeitos da cultura do machismo em nossa sociedade pode ser verificado quando constatamos que muitas mulheres atendidas pela Comesp

através do Projeto Fênix têm lesões causadas em partes visíveis, com a evidente intenção de humilhar a vítima, atingindo-a em sua autoestima e tentando criar ainda mais dificuldades para que essa mulher retome a sua vida.

Em contrapartida a todos esses dados, é conclusivo, também, que a sociedade evoluiu na defesa dos direitos da mulher e que existe atualmente muitos esforços na tentativa de prevenir e até mesmo amenizar os efeitos da violência por ela sofrida.

Merece destaque, o brilhante trabalho realizado pela Coordenadoria da mulher em situação de violência doméstica e familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, que há anos luta incessantemente com a clara intenção de proporcionar às vítimas de violência doméstica o amparo necessário para que saiam do ciclo de violência em que vivem, através dos projetos disponibilizados a apoiados por essa Coordenadoria.

O Projeto Fênix, por exemplo, é de grandiosa repercussão e auxílio às vítimas de violência de gênero, uma vez que permite que elas recuperem sua autoestima, seu psicológico e, assim, a sua vida.

O programa Carta de Mulheres também é outro excelente exemplo de acolhimento a essas mulheres, pois as orienta sem pressioná-las, deixando claro as opções que elas possuem caso optem pelo encerramento do ciclo de violência em suas vidas.

O aplicativo "Juntas", por sua vez, evidencia às vítimas que elas não estão sozinhas e podem, a qualquer momento, pedir socorro.

O Projeto Escolar igualmente possui ímpar magnitude no sentido de que prepara os professores para identificar alunos que estejam vivenciando uma situação de violência doméstica - seja como vítima ou testemunha - possibilitando, assim, que se consiga prevenir os efeitos mais nocivos de referida situação.

No transcorrer do trabalho restou evidenciado que, ao contrário do que alguns argumentam, a violência de gênero, doméstica e familiar contra a mulher, não é problema conjugal, é sim um problema social e um crime que afronta os direitos fundamentais das mulheres.

Nesse contexto, a questão da igualdade de gênero, bem como o combate a violência de gênero, doméstica e familiar contra a mulher é assunto de suma transcendência que detém de alta notabilidade e aflige a todos, tendo em vista os males que causa.

Por todo o exposto, podemos assegurar que o alto índice de violência contra as mulheres tem como estrutura os pilares de uma sociedade machista que precisa ser combatida em sua raiz e, para tanto, não basta existirem legislações protecionistas, é

primordial que exista, também, a reeducação do nosso corpo social diante dos valores e fundamentos exaustivamente já contemplados e defendidos pelas leis de nosso país e pelos tratados internacionais da mais alta relevância na seara dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ACAYABA, Cíntia; ARCOVERDE, Léo; G1 SP e GloboNews. Com 87 casos, SP fecha 1º semestre de 2020 com maior número de feminicídios desde criação da lei. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/08/06/com-87-casos-sp-fecha-1o-semester-de-2020-com-maior-numero-de-feminicidios-desde-criacao-da-lei.ghtml>>. Acesso em 29 de agosto de 2020

ACOSTA, Fernando; BRONZ, Alan. Desafios para o trabalho com homens em situação de violência com suas parceiras íntimas. In: BLAY, Eva Alterman (Coord.). Feminismos e Masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014

ANGELIN, Rosângela; MARTINS, Paulo Androir Magalhães. Cultura da violência contra os corpos das mulheres: do feminicídio aos direitos humanos. Disponível em: <http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1497545052_ARQUIVO_A_CULTURADAVIOLENCIACONTRAOSCORPOSDASMULHERES.pdf> Acesso em 23 de agosto de 2020

Arruda, Rafael. Maria da Penha para homossexuais: quem ou o que a lei protege? Disponível em: < <https://rafael-arruda.jusbrasil.com.br/artigos/471186474/maria-da-penha-para-homossexuais-masculinos>>. Acesso em 10 de setembro de 2020

BARREDA, Victoria. Género y travestismo el debate. In: Opiela, Carolina Von. Derecho a la identidad de género: Ley 26.743. Buenos Aires: La Ley, 2012, p. 10

BARRETO, Ana Cristina Teixeira. Igualdade entre sexos: Carta de 1988 é um marco contra discriminação. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-contemporanea>>. Acesso em 05 de setembro de 2020

BASTOS, Denise. Projeto do TJ de SP que ajuda mulheres vítimas de violência doméstica recebeu mais de mil denúncias durante pandemia. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/07/27/projeto-do-tj-sp-que-ajuda-mulheres-vitimas-de-violencia-recebeu-mais-de-mil-denuncias-durante-pandemia.ghtml>. Acesso em 07 de setembro de 2020

BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. Crimes contra mulheres: Lei Maria da Penha, Crimes sexuais, Feminicídio. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019

BLAY, Eva Alterman et al. (Coord.). *Feminismos e Masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014

BOMBINI, Reginaldo. Programa "E Agora José?": grupo socioeducativo para homens responsabilizados pela Lei Maria da Penha. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/MA/article/view/7619/5805>>. Acesso em 29 de agosto de 2020

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 128 de 17 de março de 2011. Determina a criação de Coordenadorias Estaduais das Mulheres em Situação de Violência Doméstica e Familiar no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=151>>. Acesso em 06 de setembro de 2020

BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 05 de agosto de 2020

BRASIL. Decreto nº 592 de 06 de julho de 1992. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 05 de setembro de 2020

BRASIL. Decreto nº 1.973 de 1º de agosto de 1996. Promulga a 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>. Acesso em 05 de setembro de 2020

BRASIL. Decreto nº 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/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em 05 de setembro de 2020

BRASIL. Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência

contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 05 de setembro de 2020

BRASIL. Lei nº 13.104 de 9 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>. Acesso em 05 de setembro de 2020.

BRASIL. Nações Unidas. ONU: Taxa de feminicídios no Brasil é quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam solução. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-femicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/>. Acesso em 05 de setembro de 2020

BRASIL. Nações Unidas. Relatório mostra que 90% das pessoas têm alguma forma de preconceito contra mulheres. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/85222-relatorio-mostra-que-90-das- pessoas-tem-alguma-forma-de-preconceito-contra-mulheres>>. Acesso em 25 de agosto de 2020

BRASIL. Nações Unidas. Violência contra a mulher custa US\$ 1,5 trilhão ao mundo, alerta ONU no Dia Laranja. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/76647-violencia-contra-mulher-custa-us-15-trilhao-ao-mundo-alerta-onu-no-dia-laranja>>. Acesso em 05 de setembro de 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ – Quinta Turma, Habeas Corpus: HC 440945 MG 2018/0059557-0, impetrante: Rianderson Gomes dos Santos, impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Brasília, j. 13 de abril de 2018, DJe 19/04/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/568719612/habeas-corpus-hc-440945-mg-2018-0059557-0>>. Acesso em 04.11.2020

COMPROMISSO E ATITUDE LEI MARIA DA PENHA: A LEI É MAIS FORTE. Atualização: Enunciados da COPEVID (Comissão Nacional de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher)

Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/enunciados-da-copevid-comissao-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-domestica-e-familiar-contr-a-mulher/>>. Acesso em 04 de novembro de 2020

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. O poder judiciário no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres. Disponível em:

<https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/190830_rel_poder_judic_no_enfren_a_viol_domest_familiar_contra_as_mulheres.pdf>. Acesso em 06 de setembro de 2020

DA SILVA, Jacicarla Souza. Parte II - Cecília e o feminino Representações do feminino na poesia ceciliana. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/3vj9m/pdf/silva-9788579830327-06.pdf>>. Acesso em 01 de setembro de 2020

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. A grande causa da violência [contra a mulher] está no machismo estruturante da sociedade brasileira. Disponível em:

<<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/entrevistas/2019/a-grande-cao-da-violencia-contra-a-mulher-esta-no-machismo-estruturante-da-sociedade-brasileira>>. Acesso em 23 de agosto de 2020

ELUF, Luiza Bagib. A paixão no banco dos réus: casos passionais céleres: de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 171/172

FERREIRA, Fernanda Ranña. A prevenção da violência e promoção da cultura de paz: O papel da saúde pública. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10071/Trabalho%20Individual%20Fernanda%20Ran%C3%B1a%20Ferreira.pdf?sequ>>. Acesso em 05 de setembro de 2020.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Semana Pela Paz em Casa: palavra 'ciúmes' aparece mais de 50 mil vezes em atos judiciais. Disponível em: <<https://www.tjgo.jus.br/index.php/institucional/centro-de-comunicacao-social/20-destaque/3422-semana-pela-paz-em-casa-palavra-ciumes-appece-mais-de-50-mil-vezes-em-atos-judiciais>>. Acesso em 29 de agosto de 2020

GOMES, Laura Nayara Gonçalves Costa. A aplicação da Lei Maria da Penha ao gênero feminino. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_23343224_A_APLICACAO_DA_LEI_MARIA_DA_PENHA_A_O_GENERO>. Acesso em 23 de agosto de 2020

GRUPO TEMÁTICO GÊNERO E MASCULINIDADES. Cartilha Regional sobre Gênero e Masculinidades. Homem: Ser E/Ou não ser? Disponível em: <<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/41/Documentos/Cartilha%20Masculinidades%20GT%20Cons%C3%B3rcio%20versao%20final.pdf>>. Acesso em 01 de setembro de 2020

INSTITUTO MARIA DA PENHA. Quem é Maria da Penha? Disponível em: <<https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>>. Acesso em 29 de agosto de 2020

JUNTAS NO ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. Aplicativo ajuda mulheres vítimas de agressões. Disponível em: <<https://juntas.geledes.org.br/aplicativo-ajuda-mulheres-vitimas-de-agressoes/>>. Acesso em 07 de setembro de 2020

LEAL, Tyane. Vamos falar do machismo velado? Disponível em: <<https://medium.com/@tyaneleal/vamos-falar-do-machismo-velado-fd2d0670658c>>. Acesso em 29 de agosto de 2020

MADEIRO, Carlos. Violência faz mulher faltar 18 dias de trabalho e país perder R\$ 1 bi. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/11/07/violencia-faz-mulher-faltar-18-dias-de-trabalho-e-pais-perder-r-1-bi.htm>>. Acesso em 05 de setembro de 2020

MARQUES, Marília. Femicídio: 82% das vítimas no DF foram mortas por 'ciúmes', diz polícia. Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/03/21/femicidio-82-das-vitimas-no-df-foram-mortas-por-ciumes-diz-policia.ghtml>>. Acesso em 30 de agosto de 2020

MASSON, Cleber. Direito Penal (arts. 1º a 120). 13. ed. São Paulo: Método, 2019. V 1, p. 342

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – Núcleo de gênero. Raio X do feminicídio em São Paulo É possível evitar a morte. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/Femicidio/RaioXFemicidioC.PDF>. Acesso em 29 de agosto de 2020

OPIELA, Carolina Von. Derecho a la identidad de género: Ley Nº 26.743. 1a ed. Buenos Aires: La Ley, 2012. Disponível em: <<https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derechos-personas->

[lgtbi/Ley%20Derecho%20a%20la%20Identidad%20de%20G%C3%A9nero.Argentina.pdf.pdf](#)>. Acesso em 20 de agosto de 2020

RIBEIRO, Eduarda; CASTRO, Júlia; CRUZ, Luíza; LOUISE, Nayra; MANHÃES, Sophia; LESSA, Stéphanie. O papel da mulher na sociedade. Disponível em: <<https://seihistoria.files.wordpress.com/2015/04/mulher.png>>. Acesso em 29 de agosto de 2020

SÃO PAULO. Assembleia legislativa do Estado de São Paulo. Decreto nº 53.721, de 24 de novembro de 2008. Dispõe sobre a instituição da "Medalha Ruth Cardoso" e dá providências correlatas. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2008/decreto-53721-24.11.2008.html>>. Acesso em 07 de setembro de 2020

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Aplicativo facilita socorro às vítimas de violência doméstica. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=48897&pagina=41>. Acesso em 07 de setembro de 2020

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Carta de Mulheres: TJSP lança canal on-line para prestar informações a vítimas de violência doméstica. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=60783>>. Acesso em 07 de setembro de 2020

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Comunicado CG nº 1290/2017. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Pdf/Comesp/Comunicados/Comunicado1290_2017.pdf>. Acesso em 06 de setembro de 2020

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Coordenadoria da mulher em situação de violência doméstica e familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo (Comesp). Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Comesp>>. Acesso em 06 de setembro de 2020

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Coordenadoria da mulher em situação de violência doméstica e familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo (Comesp). "Carta de mulheres" é canal de informação para mulheres vítimas de violência doméstica. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Comesp/AssuntosInteresse/Comunicado?codigoComunicado=19305&pagina=1>>. Acesso em 07 de setembro de 2020

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Coordenadoria da mulher em situação de violência doméstica e familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo

(Comesp). Projeto carta de mulheres recebe mais de mil mensagens. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Comesp/AssuntosInteresse/Comunicado?codigoComunicado=19076&pagina=3>>. Acesso em 07 de setembro de 2020

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Judiciário paulista é homenageado pelo Conselho Estadual da Condição Feminina. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=50701>>. Acesso em 07 de setembro de 2020

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Projeto Fênix. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Comesp/Campanhas/CompromissoAtitude/Fenix.pdf>>. Acesso em 06 de setembro de 2020

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Projeto Fênix – Alcançando voo promove webconferência para debater violência contra mulher. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=52164&pagina=5>>. Acesso em 06 de setembro de 2020

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Projeto Fênix – Para apagar as marcas da violência. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Comesp/AssuntosInteresse/Comunicado?codigoComunicado=19170&pagina=2>>. Acesso em 07 de setembro de 2020

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Projeto Fênix – Para apagar as marcas da violência: Vítimas têm acesso a tratamento médico e odontológico. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=51714&pagina=1>>. Acesso em 07 de setembro de 2020

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Resolução nº 561/2012. Dispõe sobre a criação da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo – COMESP. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Pdf/Comesp/Resolucoes/Resolucao_561_2012.pdf>. Acesso em 07 de setembro de 2020

SECRETARIA DE ESTADO DE SEGURANÇA PÚBLICA-SSP/DF. Estudo da SSP/DF traça raio-X da violência contra a mulher no DF. Disponível em: <<http://www.ssp.df.gov.br/estudo-da-ssp-df-traca-raio-x-da-violencia-contra-a-mulher-no-df/>>. Acesso em 07 de setembro de 2020

SENADO FEDERAL. Procuradoria Especial da Mulher. Violência doméstica e familiar contra a mulher – 2019. Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/comum/violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher-2019>>. Acesso em 29 de agosto de 2020

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil para análise histórica. Trad. Christiane Rufino Dabat Maria Betânia Ávila. Educação e Realidade, 20 (2), p. 71-99, jul./dez. 1995

SIGNIFICADOS. Significado de feminismo: O que é feminismo? Disponível em:

<<https://www.significados.com.br/feminismo/#:~:text=O%20que%20%C3%A9%20Feminismo%3A,direitos%20entre%20mulheres%20e%20homens.&text=As%20feministas%20radicais%20ainda%20acreditam,ao%20g%C3%AAnero%20feminino%2C%20por%20exemplo.>> Acesso em 20 de agosto de 2020

SOUZA, Sérgio Ricardo de. Comentários à lei de combate à violência contra a mulher. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 50

UNIDOS PELOS DIREITOS HUMANOS. Artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <

<https://www.unidosparaosdireitoshumanos.com.pt/course/lesson/articles-12-18/read-article-16.html>>. Acesso em 05 de setembro de 2020.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP, Biblioteca virtual de direitos humanos. Declaração do Milênio das Nações Unidas. Disponível em: <

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Confer%C3%Aancias-de-C%C3%BApula-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-sobre-Direitos-Humanos/declaracao-do-milenio-das-nacoes-unidas-08-de-setembro-de-2000.html>>. Acesso em 05 de setembro de 2020

URRA, Flávio; PECHTOLL, Maria Cristina Pache. Programa “E agora, José?” Grupo socioeducativo com homens autores de violência doméstica contra as mulheres.

Disponível em: <<http://docplayer.com.br/48803346-Grupo-socioeducativo-com-homens-autores-de-violencia-domestica-contra-as-mulheres.html>>. Acesso em 30 de agosto de 2020

WIKIPÉDIA – A enciclopédia livre. Femicídio. Disponível em: <

<https://pt.wikipedia.org/wiki/Feminic%C3%ADdio>>. Acesso em 25 de agosto de 2020

O DIREITO A SAÚDE E A CIDADANIA DO SER HUMANO.

DANIELA ANDRADE SANTOS:

Advogada, Estudante de História, Curso de TTI, Registro de Jornalista nº 0080784/SP, Curso de Coaching, Especialização em Síndico Profissional e Gestão Condominial. Presidente da Comissão Jovem Advocacia da OAB Lapa, Ex-Presidente da Comissão de Cultura e Eventos da OAB Lapa, Ex-Presidente do CDC da OAB Lapa²⁷¹.

RESUMO: O objetivo do presente artigo é demonstrar as garantias que o ser humano tem a luz da Constituição Federal. Busca analisar o direito à saúde como obrigação do Estado, buscando externar toda sua relevância na sociedade como um todo e no campo jurídico-constitucional. A Constituição Brasileira de 1988 garante a todos os cidadãos o direito à saúde, por força de vários dispositivos constitucionais, onde está prescrito em vários deles, que a saúde é um direito de todos e dever do Estado (art. 196).

Palavras-Chave: direito; cidadania; garantias; igualdade; saúde; vida.

1 INTRODUÇÃO:

O presente artigo vem argumentar a respeito da saúde e a garantia que o ordenamento jurídico vem assegurar ao cidadão. A Constituição Federal vem assegurar a igualdade e a assistência à saúde para todos.

A Saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à Saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais.

²⁷¹Com especializações: MBA em Direito Imobiliário, Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Pós-Graduação em Direito Processual Civil, Pós-Graduação em Direito Empresarial. Estudando Pós-Graduação em Direito do Consumidor e Previdenciário. Autora do Livro: Tratamento Jurídico do Portador de Câncer. Participação na Elaboração da Cartilha de Perguntas e Respostas de Direito de Sucessões. Contato: daniellaandradeadv@gmail.com

A nossa Constituição tratará certamente da saúde, reconhecendo-a como um dos direitos fundamentais dos brasileiros. É indispensável, porém, que ela preveja mecanismos para que nenhum dos direitos afirmados seja negado, na prática, constitucional.

A definição legal do conteúdo do direito à saúde garantido pelo Poder Público implica sua responsabilidade jurídica. Contudo, sabe-se que as reais dificuldades de acesso à saúde trazem um desacato a dignidade humana. Assim sendo, deve a Constituição brasileira prever meios de fácil acesso aos meios de atendimentos, por objeto a violação dos direitos essenciais aos homens.

2.A SAÚDE UM DIREITO FUNDAMENTAL A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A saúde é um direito assegurado para todos segundo a constituição federal brasileira, é um direito fundamental para a vida, para o bem estar do ser homem. Devendo o Estado disponibilizar condições e planos para ser feito uma disposição de assistência ao ser humano, prover condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Fica evidente a dificuldade que existe para a garantia do direito quando se considera a amplitude da significação do termo saúde e a complexidade do direito à saúde que depende daquele frágil equilíbrio entre a liberdade e a igualdade, não basta apenas declarar que todos têm direito à saúde; é indispensável que a Constituição organize os poderes do Estado e a vida social de forma a assegurar a cada pessoa o seu direito. É função de todo profissional ligado à área da saúde contribuir para o debate sobre as formas possíveis de organização social e estatal que possibilitem a garantia do direito à saúde.

A Constituição Federal de 1988 foi à primeira constituição brasileira a positivar o direito a saúde, sendo que a Organização Mundial de Saúde (OMS) já havia declarado, antes da Constituição Federal de 1988. Assim, em seu artigo 5º, garante a inviolabilidade do direito à vida, indistintamente, a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país. Segundo Alexandre de Moraes:

“A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significa mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, com base nos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário, para a concretização da democracia”. (2009, p.3).

O direito a saúde é indispensável para a sobrevivência, é o direito de continuar a viver. A constituição consagra a saúde como um direito de todos e dever do Estado, em seu artigo 196, fala que o direito à saúde é regido pelos princípios da universalidade e da

igualdade. Garantindo mediante política social e econômicas para, assim, a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Segundo José Luiz Quadros de Magalhães explica que:

“À saúde não implica somente direito de acesso à medicina. Quando se fala em direito à saúde, refere-se à saúde física e mental, que começa com a medicina preventiva, com o esclarecimento e a educação da população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e trabalho, lazer, alimentação saudável na quantidade necessária, campanhas de vacinação, dentre outras coisas” (200, p.6).

A Constituição Federal em seu artigo 6º, reconhece a saúde como um direito social, fundamental ao ser humano. Com tal apreciação, pode-se inferir que a saúde é indissociável de todos, postulando-se em quase todos os princípios resguardados pela constituição. A vida, a dignidade e a igualdade, que em primeira análise saltam aos olhos, são direitos que não podem ser exercidos plenamente sem que o indivíduo tenha acesso às formas de proteção de sua saúde e deve ter seus direitos reconhecidos.

Segundo art. 196 da Constituição Federal, como já foi visto, deixou claro que é dever do Estado garantir a saúde de todos. O Estado, neste caso, refere-se a todos os entes da Federação: à União Federal, os estados, os municípios e o Distrito Federal. A Constituição Federal também vem definir no seu inciso II do art. 23, sendo de competência comum da União Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cuidar da saúde e assistência pública e da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Não há que se discutir mais nada além da responsabilidade precípua do Estado – quando é este o ente federado acionado judicialmente - em garantir a saúde conforme preceitua os artigos 2º da Lei 8.080/90. Segundo preceitua o art. 4º da mesma lei, "o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração Direta e Indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde".

Neste mesmo sentido o art. 198 da Carta Magna, que prevê o atendimento integral por meio de ações e serviços Públicos de saúde que integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único - o chamado Sistema Único de Saúde. Diante disto verificamos que os municípios, estados e a

União Federal tem o dever de fornecer a todos os tratamentos de saúde que forem necessários para a manutenção da vida destes, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

Quando falamos em saúde humana, vemos que o Direito está presente constantemente ou em forma de Lei, ou na Carta Magna. É a consagrado lembrar a "teoria do mínimo existencial de dignidade humana". Isto é, há um ponto do qual nem mesmo os mendigos, os indigentes, os inválidos e toda sorte de desfavorecidos podem ser afastados, de modo que fazem jus, ao menos, aos direitos considerados mais básicos ao ser humano, como o direito à vida, à saúde e à liberdade, o direito a saúde é um direito de todos não se distingue de cor, raça, se é pobre ou rico.

Por último, é importante assinalar que os direitos da cidadania são, ao mesmo tempo, deveres. Pode parecer estranho dizer que uma pessoa tem o dever de exercer os seus direitos, porque isso dá a impressão de que tais direitos são convertidos em obrigações. Mas a natureza associativa da pessoa humana, a solidariedade natural característica da humanidade, a fraqueza dos indivíduos isolados quando devem enfrentar o Estado ou grupos sociais poderosos são fatores que tornam necessária a participação de todos nas atividades sociais, principalmente no que tange o Direito à Saúde.

3. CONCLUSÃO

A prática do direito à saúde não deverá, de forma alguma, ser elitizada como querem Planos de Saúde e algumas esferas da sociedade. Deve ela ser permitida e regulamentada, abrangida a todos, proibindo-se apenas as intenções abusivas que vai contra a dignidade da pessoa humana e outros dispositivos da Constituição, envolvendo vedação, disposição e usurpação do próprio Estado.

Os argumentos de que a eficácia e a eficiência da saúde estão progredindo e são poucos sólidos e não convencem a sociedade. O Direito não pode ficar inerte, em face deste aparato que atinge profundamente a sociedade. Um procedimento, porém, de tamanha importância que atinge eticamente o Conselho Federal de Medicina. A completa ausência de normas regulamentadoras provoca a mais ampla permissibilidade, dando causa a uma perigosa falta de equilíbrio no que tange à própria Justiça.

É lamentável a omissão do Estado Brasileiro, o qual ainda não se manifestou integralmente. As leis são esparsas e seus aspectos infraconstitucionais não regulam por completo o exercício da saúde, principalmente a pública.

4. REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus. 1992

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito Constitucional; 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos. 2002.

MORAIS, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Manual da monografia jurídica. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

RISTORI, Vinicius Dias Paes, Direito à Saúde. Estado de Minas. Caderno Direito e Justiça. Belo Horizonte, dez de 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais; 5.ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado. 2005.

A COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DAS CONTAS DE GESTÃO DOS PREFEITOS E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

MARISA BEZERRA CORTÊS NASCIMENTO:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional UNINTER.²⁷².

RESUMO: Este trabalho busca apresentar a discussão acerca da competência para o julgamento das contas dos chefes do poder executivo municipal. Inicialmente, faz-se uma revisão bibliográfica acerca das possíveis formas de controle da Administração Pública, dando ênfase no controle externo exercido pelos Tribunais de Contas. Posteriormente, realiza-se uma exposição do caso que compeliu o Supremo Tribunal Federal a enfrentar essa temática, e expõe-se a tese de repercussão geral que restou firmada no âmbito do recurso extraordinário nº 848.824. Por fim, defende-se a competência do Tribunal de Contas para o julgamento das contas de gestão dos prefeitos.

Palavras-chave: Controle Externo. Direito Administrativo. Direito Constitucional. Tribunal de Contas.

ABSTRACT: This paper seeks to present the discussion about the competence to judge the accounts of the heads of municipal executive power. Initially, a bibliographic review is done on the possible forms of control of the Public Administration, emphasizing the external control exercised by the Audit Courts. Subsequently, an exposition of the case that compelled the Federal Supreme Court to deal with this issue is made, and the thesis of general repercussion that has been signed in the scope of extraordinary appeal no. 848.824 is presented. Finally, it is defended the competence of the Court of Auditors for the judgment of the management accounts of mayors.

Keywords: External Control. Administrative law. Constitutional right. Audit Office.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O TRIBUNAL DE CONTAS E O CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1.1 Os fundamentos constitucionais do controle externo exercido pelos Tribunais de Contas; 1.2 A natureza jurídica dos Tribunais de Contas; 1.3 Os sujeitos do controle externo; 1.4 A composição dos Tribunais de Contas; 1.5 As atribuições dos Tribunais de Contas; 1.6 Os tribunais de contas nos âmbitos municipais e estaduais. 2. A TESE DE REPERCUSSÃO GERAL FIRMADA NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 848.826. 2.1 Histórico do julgamento; 2.2 A tese vencedora no julgamento do recurso – competência exclusiva da Câmara de Vereadores para o

²⁷² Contato: marisa.bcn@hotmail.com.br

juízo de mérito; 2.3 Os efeitos jurídicos de uma tese de repercussão geral; 3. O TRIBUNAL DE CONTAS COMO ÓRGÃO COMPETENTE PARA JULGAMENTO DAS CONTAS DOS PREFEITOS. 3.1 Critério constitucional para fixação da competência: a natureza das contas analisadas; 3.2 A competência da Câmara Legislativa para julgamento das contas de governo dos chefes do poder executivo municipal; 3.3 A competência do Tribunal de Contas para o julgamento das contas do prefeito ordenador de despesas; CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

Em janeiro de 2016 foi publicado em diversos veículos midiáticos do país o resultado da pesquisa realizada pela Organização Não Governamental (ONG) Transparência Internacional. Produzido anualmente desde 1995, esse ranking busca conceber um relatório que demonstre a corrupção no mundo - mais precisamente nos 168 países e territórios participantes da pesquisa - por meio de estudos que avaliam a percepção da corrupção no setor público dos Estados participantes. O resultado, para os brasileiros, não foi animador.

O Brasil ocupa a 76ª posição e obteve 38 pontos, de uma escala que vai de 0 a 100 – apresentando uma queda de 05 (cinco) pontos em relação ao último resultado, apresentado no ano de 2014, quando o país ficou na posição 69 do ranking. Entre os motivos causadores da piora, a ONG citou a intensa corrupção política vivenciada no país, indicando o caso da Petrobrás como o maior esquema de corrupção já investigado na história do Brasil.

Fica evidenciada, portanto, a grave crise institucional instaurada no país, movida, em grande parte, pelos escândalos envolvendo a temática da corrupção em todos os âmbitos da federação – federal, estadual e municipal. Esse cenário demonstra a importância dos Tribunais de Contas para o ordenamento jurídico brasileiro.

As Cortes de Contas são órgãos autônomos que auxiliam o Poder Legislativo no exercício do controle externo da Administração Pública. Dentre as suas atribuições, encontra-se a competência para realizar o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público. Desta forma, é instituição indispensável para o aprimoramento da gestão da coisa pública.

Ocorre que, em janeiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal enfrentou questionamento que discutia a competência para o julgamento das contas dos chefes do poder executivo municipal, firmando tese de repercussão geral que determinou ser a

Câmara de Vereadores, de forma exclusiva, o órgão responsável pelo julgamento das contas dos prefeitos. Ao assumir esse posicionamento, a Suprema Corte usurpou parte da competência atribuída constitucionalmente aos Tribunais de Contas.

O cerne da presente pesquisa será, portanto, a tese de repercussão geral firmada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 848.826. Dentro desse marco analítico será discutida a competência das Cortes de Contas para o julgamento dos prefeitos ordenadores de despesas.

Não há dúvidas sobre a relevância desse estudo: é necessário analisar a fundo essa temática para que se possa demonstrar por que a Suprema Corte Brasileira agiu de forma temerária ao firmar a referida tese. Ademais, estudar esse tema é de extrema importância para que a sociedade compreenda quais serão as consequências que deverão ser suportadas em razão da aludida decisão.

1. O TRIBUNAL DE CONTAS E O CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 Os fundamentos constitucionais do controle externo exercido pelos Tribunais de Contas

As normas acerca do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União encontram-se consignadas no título IV (da organização dos poderes), mais precisamente no capítulo I (do poder legislativo), seção IX (da fiscalização contábil, financeira e orçamentária) da Constituição da República. Nesse segmento estão localizados os art. 70 a 75, que tratam acerca da organização, composição e das atribuições da Instituição.

A primeira parte do *caput* desse artigo demonstra o alcance da fiscalização tradicionalmente realizada pelos órgãos de controle externo. De forma exemplificativa, Luiz Henrique Lima preleciona que se cuida de um exame acerca: da correção dos lançamentos contábeis (fiscalização contábil); da legalidade da abertura de créditos adicionais (fiscalização orçamentária); da correção de pagamentos (fiscalização financeira); e da probidade das licitações e dos contratos administrativos (fiscalização patrimonial). (LIMA, 2015).

Há ainda a fiscalização realizada pela ótica operacional. Esta corresponde a uma importante inovação trazida pela CF/88 e refere-se a uma avaliação acerca da eficiência da Administração Pública. Como instrumento representativo dessa forma de controle, pode-se citar o sistema de auditorias, que passa a permitir uma análise sistemática dos programas, ações e projetos governamentais – abrangendo todos os órgãos e entidades que se encontram sob a jurisdição dos Tribunais de Contas.

Na segunda parte do *caput* do art. 70, o constituinte originário estabeleceu que o controle externo deve ser realizado sob o enfoque dos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. Mas qual seria propriamente a diferença desses conceitos? O primeiro deles, de compreensão mais fácil, diz respeito à conformação dos atos praticados pelo administrador público ao ordenamento jurídico positivo, isto é, suas normas e princípios.

Já a legitimidade, de forma mais profunda, exige não apenas essa conformidade do ato ao Direito. Sob este prisma, faz-se necessário a formação de um juízo de valor, ponderando-se as circunstâncias em que o ato será praticado, as despesas com ele realizadas e as demais necessidades da comunidade. Deste modo, uma fiscalização sob essa perspectiva torna-se essencial para que os anseios da sociedade sejam atendidos naquelas situações em que não há previsão expressa em uma norma legal, exigindo que o administrador vá além da mera submissão do ato administração ao direito positivado e enxergue o interesse público na sua realização.

O exame da economicidade de um ato, de modo semelhante ao que ocorre com a análise da legitimidade, também implica uma avaliação qualitativa. Neste caso, porém, de modo mais específico, avaliar-se-á se o administrador público pautou-se nos princípios da eficiência e da razoabilidade durante a prática do ato administrativo. A intenção é controlar a alocação dos recursos públicos, no anseio de que as necessidades da comunidade sejam atendidas com um custo razoável.

Por fim, destaca-se a menção à fiscalização da aplicação das subvenções e renúncias de receitas realizada na parte final do enunciado do art. 70 da CF. Consideram-se subvenções, segundo disposto no art. 12, §3º da Lei 4.320/64, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio de entidades beneficiadas. Essas subvenções podem ser classificadas como sociais, isto é, com destinação a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa; ou como econômicas, que seriam aquelas destinadas às empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril. Certo é que os beneficiários deverão sujeitar-se à fiscalização do controle externo.

Já as renúncias de receita, conforme dispõe a Lei de Responsabilidade Fiscal – LC nº 101/2000 –, em seu art. 14, § 1º

[...] compreendem a anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondem a tratamento diferenciado.

Trata-se de mecanismo por meio do qual o Estado abdica do seu direito de arrecadar, ora para intervir na economia, ora para permitir que os recursos sejam utilizados diretamente pelos contribuintes. Em todo caso, há a necessidade de sujeição ao controle externo exercido pelas Cortes de Contas.

1.2 Natureza jurídica dos Tribunais de Contas

Antes de iniciar um estudo acerca das normas que regulamentam os Tribunais de Contas, faz-se necessário analisar a sua natureza jurídica, que pode ser inferida da localização dos dispositivos que tratam do controle externo na Constituição Federal Brasileira. Como já exposto, estes se encontram dispostos título IV, capítulo I, seção IX. Trata-se de um detalhe de bastante relevância, pois indica a intenção do constituinte originário em relação a essa forma de controle.

Existia na doutrina grande discussão acerca da posição ocupada pelos Tribunais de Contas no tocante aos poderes do Estado. Acerca dessa temática, havia três correntes, que tinham como premissa básica a teoria da separação dos poderes, de Montesquieu: aquela que entendia serem as cortes de contas instituições vinculadas ao poder judiciário; a que as enxergavam como órgãos do poder executivo; e ainda a que as concebiam como integrantes do poder legislativo.

A primeira corrente entendia que os Tribunais de Contas eram instituições integrantes do Poder Judiciário. Esse posicionamento, que teve como expoente José Luiz de Anhaia Mello, defendia que as decisões das Cortes de Contas possuíam a mesma força das proferidas pelo judiciário e que seus integrantes deveriam receber tratamento semelhante àquele dispensado aos membros da magistratura. Esse entendimento decorreu de uma interpretação dada ao art. 73 do texto constitucional, que determina possuir o Tribunal de Contas da União *jurisdição* em todo o território nacional. Esse dispositivo será analisado de maneira mais aprofundada posteriormente.

A segunda corrente defendia serem os Tribunais de Contas órgãos da estrutura do Poder Executivo. Trata-se de um entendimento ultrapassado, uma vez que essa composição ocorreu no Brasil apenas durante o período do regime ditatorial. Neste ínterim, a função de controle da Administração Pública era exercida apenas por órgãos vinculados à Fazenda Pública e seus integrantes eram escolhidos pelo Chefe do Poder Executivo, ou seja, esse poder era responsável, simultaneamente, pela função típica de administrar a coisa pública e pelo poder de controlar essa atuação. Por esse motivo não é possível conciliar essa corrente com o Estado Democrático vivenciado atualmente no país.

A terceira corrente preconizava que os órgãos de controle externo eram vinculados, por força da constituição, ao poder legislativo. Dentre os expoentes desse entendimento encontra-se Michel Temer, que em sua obra *Elementos do Direito*

Constitucional preleciona que “o Tribunal de Contas é parte componente do Poder Legislativo, na qualidade de órgão auxiliar, e os atos que praticam são de natureza administrativa” (TEMER, 2002, p. 134).

Essa última corrente é alvo de fortes críticas doutrinárias. Isso porque defender a existência de órgãos de controle externo como órgãos de mera assessoria do poder legislativo, sem nenhuma autonomia, poderia significar atribuir o poder de fiscalização exclusivamente a um poder, que por muitas vezes, poderia ser composto majoritariamente por representantes do grupo político ao qual pertence o Chefe do Poder Executivo. Nessa ocasião, indubitavelmente haveria um comprometimento por parte desse órgão de controle.

Por essa razão, prevalece atualmente o entendimento de que os Tribunais de Contas são órgãos vinculados ao Poder Legislativo, porém dotados de autonomia, e independentes, portanto, de qualquer disputa partidária. Desta forma, o art. 71 da CF/88, que estabelece ser o controle externo competência do Congresso Nacional, exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, não deve ser interpretado como se houvesse um vínculo de subordinação entre a instituição e o legislativo. Trata-se, na verdade, de um termo utilizado no sentido de que deve haver uma colaboração entre eles.

Deste modo, conclui-se que o Tribunal de Contas é uma instituição independente e de matiz constitucional, não sendo um Poder do Estado e nem se encontrando subordinado a quaisquer deles. Sua finalidade é exercer o controle externo da Administração Pública, ora como cooperador do Poder Legislativo, ora de maneira autônoma. Em razão da sua importância para a presente pesquisa, essas atribuições constitucionais serão objeto de tópico específico.

1.3 Os sujeitos do controle externo

Mas, afinal, quem está sujeito à fiscalização exercida pelas Cortes de Contas? Para responder a esse questionamento, imperioso destacar a previsão do parágrafo único do art. 70 do texto constitucional, segundo o qual “prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos”.

Percebe-se, portanto, que qualquer pessoa que assuma a gestão de um recurso público encontra-se obrigada a prestar contas pelos atos praticados em sua administração. Assim, o controle externo alcançará todos os agentes públicos, incluindo-se entre eles os agentes políticos, administrativos, honoríficos, delegados e credenciados²⁷³; as entidades

²⁷³ Classificação adotada pelo administrativista Hely Lopes Meirelles. (MEIRELLES, 2012, p.79).

da administração indireta, sejam prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica²⁷⁴; as organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público²⁷⁵, quanto aos recursos recebidos; os serviços sociais autônomos, dentre outros.

Importante ressaltar que a omissão no dever de prestar contas enseja a tomada de contas especial; configura ato de improbidade administrativa por desrespeito aos princípios da Administração Pública, nos moldes do art. 11, VI, da Lei no 8.429/1992; e caracteriza crime de responsabilidade, conforme disposto no art. 9º da Lei no 1.079/1950. Ademais, essa omissão poderá acarretar o reconhecimento da inelegibilidade, prevista no art. 1º, inciso I, alínea g da Lei Complementar 64 de 1990.

i. A composição dos Tribunais de Contas

Quanto a sua formação, o Tribunal é composto por nove Ministros, que são escolhidos e nomeados dentre brasileiros maiores de trinta e cinco e menores de sessenta e cinco anos de idade; que possuam reconhecida idoneidade moral e reputação ilibada; detenham notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; e tenham exercido mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos nas áreas anteriormente citadas (art. 73, §1º, CF).

Esses ministros são escolhidos na seguinte forma: um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento; e dois terços pelo Congresso Nacional (art. 73, §2º, CF).

Ademais, os ministros dos Tribunais de Contas gozarão das mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (art. 73, §3º). Essa previsão objetiva conferir aos integrantes da instituição a mesma autonomia dispensada aos magistrados, possibilitando que exerçam suas funções de maneira imparcial, livres de qualquer influência dos órgãos, entidades e poderes da Administração Pública.

ii. As atribuições dos Tribunais de Contas

²⁷⁴ Posicionamento adotado em 2005 pelo Tribunal de Contas da União no julgamento do Mandado de Segurança Nº 25.092, de relatoria do Ministro Nelson Jobim.

²⁷⁵ Instituídas, respectivamente, pelas Leis nº 9.637/1998 e no 9.790/1999.

As competências atribuídas pelo legislador ordinário às Cortes de Contas encontram-se previstas, em sua essência, no artigo 71 da Constituição da República. Da leitura do artigo mencionado, extrai-se que o Tribunal de Contas exerce várias funções, que podem ser classificadas como: fiscalizadoras, sancionadoras, coercitivas, de ouvidoria, informativas, judicantes e consultivas. Passa-se agora a analisar cada uma dessas competências, com a ressalva de que apenas as duas últimas comporão o objeto central a ser debatido nessa pesquisa.

De acordo com a função fiscalizadora, compete ao Tribunal realizar inspeções e auditorias nas unidades da Administração direta e indireta dos três poderes da União (art. 71, IV, CF). Ademais, exerce-se essa função quando a instituição fiscaliza diretamente as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe e também a aplicação dos recursos repassados pela União aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios (art. 71, V e VI, CF).

A função sancionadora consiste no poder que possui a instituição para aplicar penalidades àqueles que causarem prejuízo à Fazenda Pública ou que tiverem suas contas julgadas irregulares (art. 71, VIII, CF). Esta, entretanto, não se confunde com a função coercitiva, que é verificada quando o Tribunal atua concedendo prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias, quando apurada ilegalidade, para o restabelecimento do cumprimento da lei (art. 71, IX, CF).

A função de ouvidoria é exercida no momento em que há apresentação de denúncia por parte do controle interno dos poderes, dos cidadãos, partidos políticos, sindicatos ou associações, ao Tribunal de Contas, para que este tome as providências que pautar serem cabíveis (art. 74, IV e §2º da CF). No sentido contrário, a função informativa é verificada quando compete às Cortes de Contas o papel de prestar informações sobre as fiscalizações por ela exercidas ou sobre os resultados das auditorias e inspeções realizadas (art. 71, VII e XI da CF).

Por fim, há ainda as funções judicante e consultiva. A primeira consiste na possibilidade do Tribunal de realizar o julgamento das contas públicas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, assim como das contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (art. 71, II da CF). Essa função é alvo de controvérsia pelos motivos a seguir expostos.

Segundo estabelece o *caput* do art. 73 da Lei Maior, o Tribunal de Contas da União, com sede no Distrito Federal, detém *jurisdição* em todo o território nacional. Há doutrinadores que defendem que essa instituição, por não constituir órgão do poder judiciário (art. 92 da CF), não se encontra legitimada para exercer a função jurisdicional do

Estado. Deste modo, sustentam que o uso do termo *jurisdição* nesse dispositivo é fruto de uma impropriedade técnica do constituinte originário, visto que essa seria função exclusiva do poder judiciário.

Segundo os adeptos dessa corrente, alguns dos fatos que indicam a ausência de jurisdição das Cortes de Contas são: ausência da figura dos litigantes, prevista no art. 5º, LV do texto constitucional; a importância dada aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, posto que esses só ganham destaque a partir do momento em que alguém passa à condição de réu; a submissão das decisões ao controle do poder judiciário (incapacidade para gerar coisa julgada²⁷⁶), dentre outros.

Nesse sentido posicionou-se Ayres Britto, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, em artigo publicado na revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro:

A função jurisdicional do Estado é exclusiva do Poder Judiciário e é por isso que as Cortes de Contas: a) não fazem parte da relação dos órgãos componenciais desse Poder (o Judiciário), como se vê da simples leitura do art. 92 *da Lex Legum*; b) também não se integram no rol das instituições que foram categorizadas como instituições essenciais a tal função (a jurisdicional), a partir do art. 127 do mesmo Código Político de 1988.

[...]

Em síntese, pode-se dizer que a jurisdição é atividade-fim do Poder Judiciário, porque, no âmbito desse Poder, julgar é tudo. Ele existe para prestar a jurisdição estatal e para isso é que é forrado de competências. Não assim com os Tribunais de Contas, que fazem do julgamento um dos muitos meios ou das muitas competências para servir à atividade-fim do controle externo (BRITTO, 2014, p. 16).

Ocorre que tal entendimento não deve prosperar. De acordo com o conceito clássico apresentado pela doutrina, jurisdição é o poder que possui o Estado de, visando resolver controvérsias entre particulares, entre esses e o Estado ou até mesmo entre dois organismos estatais (litigantes), aplicar o direito ao caso concreto que lhe foi apresentado. Assim, seria uma atividade exercida em face de um litígio, denominando-se por esse motivo, de jurisdição contenciosa.

Entretanto, essa concepção foi superada pelo atual ordenamento jurídico. O Código de Processo Civil de 2015, seguindo a linha já apresentada pelo código de 1973,

²⁷⁶ Art. 502/CPC. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

estabeleceu capítulo próprio para tratar dos procedimentos de jurisdição voluntária. Trata-se de forma excepcional, na qual, não existem partes em situação antagônica, mas tão somente interessados que pretendem obter um mesmo bem da vida. Certo é que nesses casos também haverá jurisdição. Conforme Daniel Amorim:

Mesmo que se admita a inexistência da lide clássica – conflito de interesses qualificados por uma pretensão resistida –, é evidente que há uma insatisfação das partes [...]. O mais importante não é o conflito em si, mas o estado de insatisfação das partes por terem sua pretensão resistida por uma exigência legal. (NEVES, 2014, p. 38).

Portanto, em que pese o sistema de jurisdição única vigente no país (art. 5º, XXXV da CF), isso não significa que não há jurisdição fora do Poder Judiciário. Não seria compatível com o regime democrático brasileiro a ideia de se restringir a um único poder o monopólio de alguma das funções estatais. Como exemplo dessa afirmação, pode-se citar a função típica que possui o Poder Legislativo para julgar, o Presidente da República por crime de responsabilidade (art. 52 da CF).

Nessa linha de raciocínio, imperioso se faz reconhecer o exercício da função jurisdicional pelos Tribunais de Contas, posto que, indubitavelmente, essa instituição exerce atividade estatal que tem por objetivo combater o descumprimento da norma legal, almejando a restauração da ordem jurídica. Isso, por exemplo, ocorre na situação narrada anteriormente: quando as Cortes de Contas realizam o julgamento das contas dos gestores públicos, imputando-lhes débitos ou multas com eficácia de título executivo.

Já a segunda (função consultiva) consiste na atuação do Tribunal na emissão de pareceres prévios, de caráter opinativo, sobre as contas do Chefe do Poder Executivo. Trata-se de manifestações de caráter técnico, que tem por objetivo auxiliar o julgamento a ser realizado posteriormente pelo Poder Legislativo (art. 71, I da CF).

iii. As cortes de contas no âmbito estadual e municipal

De acordo com o art. 75 da Constituição Federal, todas as normas dispostas naquela seção (da fiscalização contábil, financeira e orçamentária), deverão ser aplicadas, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios. Esse dispositivo consagra o princípio da simetria entre os entes federativos que compõe o Estado Brasileiro.

Atualmente, todos os Estados da Federação possuem Tribunais de Contas próprios – sendo o mais recente o do Estado do Tocantins, instalado no ano de 1989 –,

responsáveis pelo controle da administração pública estadual. Em algum deles – mais precisamente na Bahia, Ceará, Goiás e Pará – há ainda Tribunais de Contas dos Municípios, firmados também no âmbito estadual, responsáveis por exercer a fiscalização de todos os municípios do estado.

Nos demais estados da federação, o Tribunal de Contas Estadual exerce, simultaneamente, o controle externo da administração pública estadual e municipal. Isso porque o constituinte de 1988 vedou expressamente a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais. As únicas exceções a essa regra são as capitais dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, que já possuíam Tribunal de Conta próprio quando da promulgação da constituição federal.

No que diz respeito à fiscalização dos municípios, a Constituição Federal em seu art. 31, estabeleceu que esta será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal. Firmou ainda que esse controle deverá ser realizado mediante auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

Ocorre que, em que pese essa previsão constitucional, até meados de 2016, não havia na doutrina e na jurisprudência pátria um entendimento consolidado acerca do controle externo em âmbito municipal. Isto porque há casos em que o prefeito poderá portar-se não apenas como chefe do poder executivo, mas também como típico ordenador de despesas, assumindo diretamente a responsabilidade por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta municipal.

Por esse motivo, a controvérsia apresentava duas vertentes. Uma parte defendia que o critério a ser levado em consideração para firmar o órgão competente para o julgamento das contas públicas seria a autoridade que as conduziu, isto é, tratando-se das contas dos prefeitos, assumindo ele ordenador a posição de ordenador de despesas ou não, a competência seria da Câmara de Vereados. A outra parte entendia que, nas hipóteses em que há o acúmulo de funções por parte do chefe do poder executivo municipal, existiriam dois tipos de contas a serem julgadas: as de governo e as de gestão. Por essa razão, deveria o prefeito ser submetido a duplo julgamento: as primeiras, julgadas pela Câmara; e as demais, pelo Tribunal de Contas.

Cuida-se de discussão de relevante consequência prática. Definir o (s) órgão (s) competente (s) para realizar o julgamento das contas dos prefeitos infere, automaticamente, nos termos em que poderá ocorrer o reconhecimento da inelegibilidade, prevista no art. 1, inciso I, alínea *g* da Lei Complementar 64 de 1990, conhecida popularmente como Lei da Ficha Limpa. Trata-se de sanção aplicada àqueles que tiveram suas contas, relativas ao exercício de cargos ou funções públicas, rejeitas por

decisão definitiva do *órgão competente*, que consiste na perda da capacidade passiva eleitoral. E foi exatamente em um caso envolvendo a aplicação dessa penalidade que o Supremo Tribunal Federal se viu obrigado a enfrentar essa questão.

2. A TESE DE REPERCUSSÃO GERAL FIRMADA NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 848.826

No mês de agosto de 2016 o Supremo Tribunal Federal, ao julgar conjuntamente os Recursos Extraordinários (RE) nº 848.826 e 729.744, enfrentou questionamento que envolvia a competência para o julgamento das contas do chefe do poder executivo municipal. Ao apreciar o tema, a Suprema Corte firmou tese de repercussão geral, segundo a qual, para os fins do artigo 1º, inciso I, alínea *g*, da Lei Complementar 64/1990, a apreciação das contas de prefeito, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas câmaras legislativas – com auxílio dos tribunais de contas, cujo parecer prévio torna-se meramente opinativo.

A decisão adotada gerou polêmicas e foi severamente repudiada por diversas instituições. A associação dos membros dos Tribunais de Contas do Brasil, por meio de nota pública, atacou a tese firmada, alegando que esta representa um imenso retrocesso no controle das contas governamentais e vai na contramão do combate à corrupção dos recursos públicos, uma vez que limita as atribuições constitucionais atribuídas às Cortes de Contas. Segundo o presidente da associação, “trata-se de uma das maiores derrotas da República brasileira após a redemocratização” 277.

Nesse mesmo sentido, manifestou-se a Associação Nacional do Ministério Público de Contas, que além de defender a competência do Tribunal de Contas para o julgamento das contas do prefeito ordenador de despesas, demonstrou bastante preocupação com a efetividade da Lei da Ficha Limpa. Conforme descrito na nota pública, tal interpretação torna a referida legislação praticamente sem efeitos, na medida em que:

[...] comprovadamente, a rejeição de contas pelos Tribunais vem sendo a principal causa de impugnação de candidaturas por parte do Ministério Público Eleitoral. Além disso, retira a possibilidade de o Tribunal de Contas atuar tempestivamente para corrigir desvios e assegurar o imediato ressarcimento do dano ao erário, já que as prestações de contas anuais não são julgadas pelo

277 Disponível em <http://www.atricon.org.br/imprensa/destaque/nota-publica-sobre-o-re-848826/>

Poder Legislativo em prazo inferior a seis meses contado do encerramento do exercício em que o desvio ocorrer.²⁷⁸

Posto isso, em que pese ainda não tenha sido publicado o acórdão dos julgados, faz-se necessário realizar uma análise detalhada do caso concreto do RE nº 848.826, para que se possa compreender as peculiaridades dessa decisão, qual será o seu alcance e que consequências trará para o controle externo da Administração Pública, mais especificamente no que diz respeito às atribuições dos Tribunais de Contas.

2.1 Histórico do caso

Em julho do ano de 2014, o Ministério Público Eleitoral do Estado do Ceará (MPE-CE) ajuizou ação de impugnação de registro de candidatura em face de José da Rocha Neto, candidato ao cargo de Deputado Estadual. Segundo o órgão ministerial, a parte impugnada encontrava-se inelegível em virtude de condenação (processo nº 2000.HRZ.TCS.03842/05) decorrente da desaprovação das contas de gestão, por parte do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará (TCM-CE), da prefeitura de Horizonte/CE, referentes ao período em que o impugnado assumia o cargo de prefeito do município (2000).

O candidato apresentou contestação e, dentre as teses de mérito, alegou que a decisão proferida pelo Tribunal de Contas dos Municípios, relativa à tomada de contas de gestão, não atraía a incidência da inelegibilidade do art. 1º, I, *g*, da LC nº 64/90, pois não havia sido submetida à apreciação da Câmara de Vereadores, conforme entendimento firmado pelo Tribunal Superior Eleitoral, no ano de 2008:

REGISTRO DE CANDIDATURA. PREFEITO. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, G, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90. COMPETÊNCIA.

1. A competência para o julgamento das contas de prefeito é da Câmara Municipal, cabendo ao Tribunal de Contas a emissão de parecer prévio, o que se aplica tanto às contas relativas ao exercício financeiro, prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, quanto às contas de gestão ou atinentes à função de ordenador de despesas. Não há falar em rejeição de contas de prefeito por mero decurso de prazo para sua apreciação pela Câmara Municipal, porquanto constitui esse Poder Legislativo o órgão competente para esse julgamento, sendo indispensável o seu efetivo pronunciamento. Agravo regimental à que se nega provimento.

²⁷⁸ Disponível em <http://www.amcon.org.br/noticia/nota-publica-em-defesa-da-lei-da-ficha-limpa-e-das-competencias-dos-tribunais-de-contas>

(TSE, AgR-REspe 33747, ReI. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, PSESS 27.10.08).

Assim, sustentou não possuir o Tribunal de Contas legitimidade para julgamento exclusivo das contas do chefe do Poder Executivo, porquanto, nessa hipótese incidiria a norma especial do art. 71, I da CF, que atribuiria a competência ao Poder Legislativo.

O Egrégio Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Ceará (TRE-CE) ao apreciar o caso julgou procedente a ação de impugnação ajuizada pelo *Parquet*, indeferindo assim a candidatura de José da Rocha Neto. Eis a ementa do acórdão:

ELEIÇÕES DE 2014. IMPUGNAÇÃO AO REGISTRO DE CANDIDATURA. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS PARA JULGAMENTO DE CONTAS DE GESTÃO. PRECEDENTE DO TRE/CE. REJEIÇÃO DE CONTAS DE GESTÃO. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE NOTA DE IMPROBIDADE NO JULGADO DO TCM. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE REPASSE DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. IRREGULARIDADE INSANÁVEL. ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS EXIGIDOS NO ART. 1º, I, "G", DA LC Nº 64/90. INELEGIBILIDADE CONFIGURADA.

01. Para a configuração da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, "g", da LC nº 64/90 exige-se a presença dos seguintes requisitos: contas rejeitadas; irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa; decisão irrecorrível proferida pelo órgão competente e a inexistência de decisão judicial suspendendo ou anulando a decisão administrativa.

02. A decisão oriunda do TCM, ao destacar a ausência de repasse de contribuição previdenciária, impõe o reconhecimento de inelegibilidade do candidato, notadamente por ser tal ato insanável e insuscetível de regularização, caracterizando ato de improbidade administrativa.

03. A Ausência da nota de improbidade administrativa no acórdão do Tribunal de Contas dos Municípios não impede a Justiça Eleitoral de, no caso concreto, acaso constatada a sua ocorrência, reconhecê-la e declarar a inelegibilidade do candidato, quando do julgamento do respectivo pedido de registro de candidatura e/ou impugnação.

04. Impugnação procedente.

05. Registro de candidatura indeferido.

(TRE/CE. Impugnação a Registro de Candidatura nº 879-45.2014.6.06.0000. Relator Des. Joriza Magalhães Pinheiro. Julgado em 28 de julho de 2014).

Inconformado com a decisão proferida pelo TRE-CE, o impugnado interpôs recurso ordinário, com fundamento no art. 121, §4º, III da CF/88. O Ministério Público apresentou contrarrazões, requerendo o não provimento do recurso e a manutenção do acórdão. No TSE, firmou o relator a mesma orientação adotada pelo órgão ministerial, negando o recurso e reafirmando a nova jurisprudência daquele Corte, que passou a reconhecer como suficiente a existência de decisão irrecorrível do Tribunal de Contas que rejeita as contas do Prefeito que age como ordenador de despesa para o reconhecimento da inelegibilidade. Eis o precedente citado na decisão:

ELEIÇÕES 2014. REGISTRO DE CANDIDATURA. RECURSO ORDINÁRIO. INELEGIBILIDADE. ALÍNEA G. REJEIÇÃO DE CONTAS. TRIBUNAL DE CONTAS. PREFEITO. ORDENADOR DE DESPESAS. CARACTERIZAÇÃO.

1. As alterações das hipóteses de inelegibilidades introduzidas pela Lei Complementar nº 135, de 2010, foram consideradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.578 e das ADCs 29 e 30, em decisões definitivas de mérito que produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, nos termos do art. 102, § 20, da Constituição da República.

2. Nos feitos de registro de candidatura para o pleito de 2014, a inelegibilidade prevista na alínea g do inciso 1 do art. 10 da LC nº 64, de 1990, pode ser examinada a partir de decisão irrecorrível dos tribunais de contas que rejeitam as contas do prefeito que age como ordenador de despesas.

3. Entendimento, adotado por maioria, em razão do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal e da ressalva final da alínea g do art. 10, 1, da LC nº 64/90, que reconhece a aplicação do "disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição".

4. Vencida neste ponto, a corrente minoritária, que entendia que a competência para julgamento das contas do prefeito é sempre da Câmara de Vereadores.

5. As falhas apontadas pelo Tribunal de Contas, no caso, não são suficientes para caracterização da inelegibilidade, pois não podem ser enquadradas como ato doloso de improbidade. No caso, não houve sequer condenação à devolução de recursos ao erário ou menção a efetivo prejuízo financeiro da Administração. Recurso provido, neste ponto, por unanimidade. Recurso ordinário provido para deferir o registro da candidatura.

(RO nº 401-37.2014.6.06.0000/CE, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, PSESS em 26.8.2014).

Por esse motivo, a defesa do impugnado interpôs agravo regimental, nos moldes do art. 36, §8º e seguintes do regimento interno do TSE c/c art. 28 da Lei 8.038/90, na tentativa de reformar a decisão agravada. Entretanto, por mais uma vez a defesa do candidato não obteve sucesso, visto que o Tribunal, por unanimidade, desproveu o agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Coleciona-se abaixo a ementa da decisão:

ELEIÇÕES 2014. REGISTRO DE CANDIDATURA. DEPUTADO ESTADUAL. RECURSO ORDINÁRIO. REJEIÇÃO DE CONTAS. TRIBUNAL DE CONTAS. PREFEITO. ORDENADOR DE DESPESAS. INELEGIBILIDADE. ALÍNEA G. CARACTERIZAÇÃO.

1. Conforme decidido no julgamento do Recurso Ordinário nº 401-35, referente a registro de candidatura para o pleito de 2014, a inelegibilidade prevista na alínea 9 do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90 pode ser examinada a partir de decisão irrecorrível dos tribunais de contas que rejeitam as contas do prefeito que age como ordenador de despesas, diante da ressalva final da alínea 9 do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90.

2. O não recolhimento de contribuições previdenciárias constitui irregularidade insanável que configura ato doloso de improbidade administrativa, apta a configurar a causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da LC nº 64/90. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

(TSE. AgR em RO nº 879-45.2014.6.06.0000/CE. Rel. Min. Henrique Neves Silva. Julgado em 18 de setembro de 2014)

Diante dessa decisão, a defesa do ex-prefeito interpôs recurso extraordinário (nº 848.826), com fundamento no art. 102, III, alínea *a* da CF, questionando o acórdão do TSE. No mérito, o recorrente alegou que o entendimento adotado pelo tribunal viola os arts. 31, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, e 71, incisos I e II, da Lei Maior - dispositivos que estabeleceriam a competência da Câmara de Vereadores para o julgamento das contas (de governo e de gestão) dos prefeitos.

Ademais, aduziu o recorrente que a Suprema Corte, na oportunidade em que realizou o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e nº 30 e Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.578, não teria enfrentado de modo satisfatório a questão central discutida no recurso. Para o autor, não houve no julgamento das referidas ações um detalhado exame da inconstitucionalidade do art. 1º, inciso I, alínea *g* da LC 64/90, que, para ele, teria usurpado da Câmara Municipal a competência para o julgamento das contas dos prefeitos, ainda quando este aja como ordenador de despesas.

O recurso foi admitido pelo STF como representativo de controvérsia, nos termos do art. 543-B, §1º do Código de Processo Civil, e a matéria discutida teve sua repercussão geral reconhecida, por meio da decisão assim ementada:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. JULGAMENTO DAS CONTAS DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO COMO ORDENADOR DE DESPESAS. COMPETÊNCIA: PODER LEGISLATIVO OU TRIBUNAL DE CONTAS. REPERCUSSÃO GERAL.

1. Inadmissão do recurso no que diz respeito às alegações de violação ao direito de petição, inafastabilidade do controle judicial, devido processo legal, contraditório, ampla defesa e fundamentação das decisões judiciais (arts. 5º, XXXIV, *a*, XXXV, LIV e LV, e 93, IX, da CF/1988). Precedentes: AI 791.292 QO-RG e ARE 748.371 RG, Rei. Min. Gilmar Mendes.

2. Constitui questão constitucional com repercussão geral a definição do órgão competente - Poder Legislativo ou Tribunal de Contas - para julgar as contas de Chefe do Poder Executivo que age na qualidade de ordenador de despesas, à luz dos arts. 31, § 2º; 71,1; e 75 todos da Constituição.

3. Repercussão geral reconhecida.

(RE 848826 RG/DF, rel. Min. Roberto Barroso, DJe 3.9.2015).

Assim, por todo o exposto, verifica-se que o cerne da discussão consiste em saber a que órgão compete o julgamento das contas do titular do poder executivo municipal. A relevância dessa controvérsia é colossal, uma vez que, a depender da decisão, estar-se-á diante de evidente violação aos preceitos ditados na Constituição Federal, mais especificamente no que diz respeito à atuação do Tribunal de Contas no combate contra possíveis e prováveis abusos dos gestores da coisa pública.

2.2 A tese vencedora no julgamento do recurso – competência exclusiva da Câmara de Vereadores para o julgamento dos prefeitos

O julgamento do recurso extraordinário 848.826 teve início no dia 04 de agosto de 2016. O relator, ministro Luís Roberto Barroso, que teve seu voto vencido, posicionou-se no sentido de negar provimento ao recurso, determinando ser competência das Cortes de Contas o julgamento dos prefeitos quando estes atuarem como ordenadores de despesas. Esse entendimento, cerne da presente pesquisa, será abordado com maior profundidade em tópicos posteriores.

A sessão teve continuidade no dia 10 de agosto de 2016. O presidente do Supremo, ministro Ricardo Lewandowski, abriu divergência na votação, dando provimento ao recurso. Seu voto foi acompanhado pelos ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Celso de Mello. Restando vencido o relator e mais quatro ministros que o acompanhavam: Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli.

A tese decorrente do julgamento do recurso extraordinário 848.826 apresenta o seguinte teor:

Para os fins do artigo 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar 64/1990, a apreciação das contas de prefeito, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos vereadores.

Não se trata de entendimento inovador, visto que alguns ministros da Suprema Corte já haviam se posicionado nesse sentido. Nos acórdãos proferidos por esta Corte nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 3.715/TO, 1.779/PE e 849/MT afirmou-se ser a Constituição Federal bastante clara ao estabelecer, em seu art. 75, que as normas constitucionais relativas ao Tribunal de Contas da União são de observância integral e

obrigatória pelos estados e municípios. Posto isso, reconheceu-se uma distinção entre as competências previstas no inciso I e II do art. 71 da CF.

Na primeira hipótese, a Corte de Contas seria competente para, mediante parecer prévio, apreciar as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo. O julgamento, nos moldes do art. 49, inciso IX da CF, caberia ao Poder Legislativo. No segundo caso, competiria ao tribunal o próprio julgamento dos demais administradores e responsáveis por bens e valores públicos e daqueles que derem causa à perda, extravio, ou outra irregularidade que resulte prejuízo ao erário. Nessa oportunidade, não haveria necessidade de que a decisão do tribunal fosse ratificada pelo do poder legislativo.

Após essas decisões foram ajuizadas várias reclamações²⁷⁹ contra decisões de Tribunais de Contas que haviam julgado prefeitos por suas contas de gestão, alegando-se violação à autoridade da Suprema Corte, em virtude do posicionamento assumido nas aludidas ADI's. A título de demonstração é possível citar a decisão proferida na reclamação 10.551/CE, em junho de 2014. Nesta ação o relator, ministro Gilmar Mendes, concedeu medida liminar, no sentido de suspender os efeitos do acórdão do TCE-CE, que julgou irregulares as contas de prefeito ordenador de despesas.

Percebe-se, portanto, que a tese firmada – e as decisões anteriormente proferidas – pautam-se exclusivamente no cargo ocupado pelo ordenador de despesas, sem realizar qualquer análise acerca da natureza do ato praticado ou do conteúdo das contas analisadas. O questionamento a ser realizado agora, e que demonstrará a relevância desta pesquisa, é: como deverão se posicionar os demais tribunais do país? Estarão vinculados ao entendimento da Suprema Corte? Qual o alcance de uma tese de repercussão geral?

2.3 Os efeitos jurídicos de uma tese de repercussão geral

O Supremo Tribunal Federal constitui órgão de cúpula do Poder Judiciário, competindo-lhe precipuamente, nos moldes do art. 102 da Constituição Federal, a guarda da Constituição. Dentre as diversas competências expressamente previstas pelo constituinte originário, encontra-se o julgamento do recurso extraordinário. Trata-se de recurso cabível nas hipóteses, previstas taxativamente no art. 102, inciso III da CF.

²⁷⁹ A Reclamação é um processo sobre preservação de competência do Supremo Tribunal Federal (STF). Está prevista na Constituição Federal de 1988, artigo 102, inciso I, letra "I", e regulamentada pelos artigos 156 e seguintes, do Regimento Interno do STF. Sua finalidade é preservar ou garantir a autoridade das decisões da Corte Constitucional perante os demais tribunais. Além dos requisitos gerais comuns a todos os recursos, deve ser instruída com prova documental que mostre a violação da decisão do Supremo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=204>>.

Percebe-se, portanto, que cabe ao STF, por meio do recurso extraordinário, decidir questões de natureza constitucional, exercendo assim o controle de constitucionalidade difuso de leis e decisões judiciais. Nessa forma de controle, a declaração de inconstitucionalidade, a princípio, gera efeitos *inter partes*, isto é, apenas no processo em que foi proferida²⁸⁰. Ocorre que, não havia como desconsiderar o fato de que, em algumas situações, essas decisões passavam a originar uma espécie de “jurisprudência dominante”, que por muitas vezes tornava-se fator de convencimento para os aplicadores do direito (juízes).

A par desse cenário, o instituto da repercussão geral foi inserido na CF/88 pela Emenda Constitucional nº 45, popularmente conhecida como a “Reforma do Judiciário”, com regulamentação dada pelo Código de Processo Civil e pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Esse instrumento processual incluiu dentre os requisitos para a admissibilidade dos recursos extraordinários a necessidade de que a questão constitucional objeto da controvérsia apresente relevância jurídica, política, social ou econômica, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

A finalidade precípua desta ferramenta é possibilitar que a Suprema Corte realize um filtro dentro os recursos extraordinários que lhe são encaminhados, selecionando, de acordo com os critérios acima indicados, apenas um para que seja representativo da controvérsia analisada. A consequência imediata desse “filtro recursal” é a diminuição do número de processos dirigidos ao STF, ensejando, em longo prazo, maior celeridade ao processamento das demandas já existentes.

A grande polêmica reside nos efeitos assumidos pelos julgados da Suprema Corte em sede de recursos extraordinários com o reconhecimento de repercussão geral. Acerca dessa controvérsia, o ministro Gilmar Mendes preconiza, em seu curso de Direito Constitucional, que ao realizar o julgamento de um recurso extraordinário, o Plenário do STF fixa tese jurídica que acaba por antecipar o posicionamento de seus julgados em sede de controle de constitucionalidade incidental. Por esse motivo, preleciona:

Se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a interpretação do texto constitucional por ele fixada deve ser acompanhada pelos demais Tribunais e Turmas dos Juizados Especiais, em decorrência do efeito definitivo outorgado à sua decisão. Pouco importa que a decisão do Tribunal de origem tenha sido proferida antes daquela do Supremo

²⁸⁰ Existe a possibilidade de ser estendida para todo, isto é, gerar efeitos *erga omnes*. Estabelece o art. 52, inc. X, da Constituição Federal, que compete privativamente ao Senado Federal, suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Tribunal Federal no *leading case*, pois, inexistindo o trânsito em julgado e estando a controvérsia constitucional submetida à análise deste Tribunal, não há qualquer óbice para aplicação do entendimento fixado pelo órgão responsável pela guarda da Constituição da República. (MENDES, 2012, p.1528)

Sobre essa questão, o procurador federal Fábio Victor Da Fonte Monnerat, em seu artigo “Efeitos objetivos do julgamento do recurso extraordinário”, publicado na revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu, posiciona-se no mesmo sentido, defendendo que:

É possível falar-se em efeito *erga omnes* dado que a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca de repercussão geral de determinada questão constitucional será aplicada a todos aqueles que se encontrarem na mesma situação processual, isto é, que discutam em um determinado recurso extraordinário a mesma questão constitucional.

[...]

Portanto, ainda que a legislação não se valha da expressão ‘efeito vinculante’, o precedente do Supremo Tribunal Federal que resolve a existência da repercussão geral de determinada questão de direito é de obrigatória observância pelos demais órgãos do Poder Judiciário que enfrentem a matéria. (MONNERAT, 2014, p. 233).

O procurador cita ainda o entendimento adotado pelo processualista Luiz Guilherme Marinoni, em seu livro “Precedentes Obrigatórios”, no qual preconiza que:

[...] não há como conciliar a técnica de seleção de casos com a ausência de efeito vinculante, já que isso seria o mesmo que supor que a Suprema Corte se prestaria a selecionar questões constitucionais caracterizadas pela relevância e transcendência e, ainda assim, permitir que estas pudessem ser tratadas de modo diferente pelos diversos juízos inferiores. (MARINONI, 2010, p. 472).

Conclui-se, portanto, que em relação aos efeitos vinculantes de uma tese de repercussão geral, em que pese a ausência de previsão expressa na Constituição Federal ou em legislação infraconstitucional dispendo nesse sentido – tal como se deu com as súmulas vinculantes –, não é possível negar que um resultado muito próximo a esse acaba por ser alcançado na prática forense. Ademais, a ausência de um efeito vinculante configuraria uma afronta às atribuições constitucionais conferidas ao Supremo Tribunal

Federal, vez que compete a este, por meio do instituto da repercussão geral, uniformizar a interpretação constitucional no território nacional.

3. O TRIBUNAL DE CONTAS COMO ÓRGÃO COMPETENTE PARA JULGAMENTO DAS CONTAS DOS PREFEITOS

3.1 Critério constitucional para fixação da competência: a natureza das contas analisadas

Ao contrário do entendimento que foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal – competência exclusiva da Câmara de Vereadores para julgamento das contas dos prefeitos em razão do cargo ocupado –, a Constituição Federal apresenta outro critério para fixação da competência ora debatida. Ao realizar uma análise sistemática e literal do texto constitucional, acredita-se que o constituinte originário adotou como critério fixador de competência o conteúdo das contas a serem submetidas a julgamento.

Para compreender esse raciocínio, primeiro se faz necessário estabelecer, com nitidez, o significado da expressão “contas”. Entende-se por “contas públicas” o conjunto dos atos praticados por administradores públicos, em determinado exercício financeiro, voltados para uma finalidade específica. Trata-se de gênero, do qual fazem parte duas espécies: as denominadas contas de governo e as intituladas contas de gestão.

Concebe-se o conceito de contas de governo da análise do art. 71, I combinado com o art. 49, IX, ambos da Constituição Federal. Esses dispositivos, já transcritos em tópico anterior, estabelecem, respectivamente, a competência dos Tribunais de Contas para emitir parecer prévio acerca das contas prestadas anualmente pelo chefe do poder executivo, e a competência das Casas Legislativas para realizar o seu julgamento.

A prestação de contas de governo é, portanto, o meio pelo qual, anualmente, o Presidente da República, os Governadores e os Prefeitos demonstram os resultados de sua atuação como agentes políticos no exercício financeiro a que se referem. Por meio dessas contas analisa-se se o administrador atuou de modo a cumprir as metas, diretrizes e programas estabelecidos no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual.

Já o conceito de contas de gestão provém da previsão do art. 71, II do texto constitucional. Esse dispositivo estabelece serem os tribunais de contas órgãos competentes para o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, da administração direta e indireta, e daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

O foco dessa espécie de contas incide, portanto, nos atos administrativos propriamente ditos, isto é, em cada ato praticado pelo agente no exercício de uma gestão pública. Como exemplo desses atos, pode-se citar: a admissão e pagamento de pessoal, a concessão de aposentadoria, a realização de licitações, o fechamento de contratos, a captação de receitas e ordenação de despesas, dentre outros.

Os dois conceitos acima apresentados foram os mesmos utilizados pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11060. Eis parte da ementa da decisão:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATOS PRATICADOS POR PREFEITO, NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E GESTORA DE RECURSOS PÚBLICOS. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. NÃO SUJEIÇÃO AO DECISUM DA CÂMARA MUNICIPAL. COMPETÊNCIAS DIVERSAS. EXEGESE DOS ARTS. 31 E 71 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

[...] O conteúdo das contas globais prestadas pelo Chefe do Executivo é diverso do conteúdo das contas dos administradores e gestores de recurso público. As primeiras demonstram o retrato da situação das finanças da unidade federativa (União, Estados, DF e Municípios). Revelam o cumprir do orçamento, dos planos de governo, dos programas governamentais, demonstram os níveis de endividamento, o atender aos limites de gasto mínimo e máximo previstos no ordenamento para saúde, educação, gastos com pessoal. Consubstanciam-se, enfim, nos Balanços Gerais prescritos pela Lei 4.320/64. Por isso, é que se submetem ao parecer prévio do Tribunal de Contas e ao julgamento pelo Parlamento (art. 71, I c./c. 49, IX da CF/88). As segundas – contas de administradores e gestores públicos, dizem respeito ao dever de prestar (contas) de todos aqueles que lidam com recursos públicos, captam receitas, ordenam despesas (art. 70, parágrafo único da CF/88). Submetem-se a julgamento direto pelos Tribunais de Contas, podendo gerar imputação de débito e multa (art. 71, II e § 3º da CF/88) [...].

(STJ - RMS: 11060 GO 1999/0069194-6, Relator: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 25/06/2002, T2 - Segunda Turma; Data de Publicação: DJ 16/09/2002 p. 159)

Nesse sentido também já se pronunciou a Suprema Corte, no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 849:

TRIBUNAL DE CONTAS DOS ESTADOS: COMPETÊNCIA: OBSERVÂNCIA COMPULSÓRIA DO MODELO FEDERAL: INCONSTITUCIONALIDADE DE SUBTRAÇÃO AO TRIBUNAL DE CONTAS DA COMPETÊNCIA DO JULGAMENTO DAS CONTAS DA MESA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA - COMPREENDIDAS NA PREVISÃO DO ART. 71, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PARA SUBMETÊ-LAS AO REGIME DO ART. 71, C/C. ART. 49, IX, QUE É EXCLUSIVO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO.

[...] II. A diversidade entre as duas competências, além de manifesta, é tradicional, sempre restrita a competência do Poder Legislativo para o julgamento às contas gerais da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, precedidas de parecer prévio do Tribunal de Contas: cuida-se de sistema especial adstrito às contas do Chefe do Governo, que não as presta unicamente como chefe de um dos Poderes, mas como responsável geral pela execução orçamentária: tanto assim que a aprovação política das contas presidenciais não libera do julgamento de suas contas específicas os responsáveis diretos pela gestão financeira das inúmeras unidades orçamentárias do próprio Poder Executivo, entregue a decisão definitiva ao Tribunal de Contas.

(STF - ADI: 849 MT, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 11/02/1999, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 23-04-1999 PP-00001 EMENT VOL-01947-01 PP-00043)

3.2 A competência das Casas Legislativas para julgamento das contas de governo dos chefes do poder executivo municipal

Por se tratar de contas que demonstram o desempenho do chefe do poder executivo na gestão do ente federativo, submetem-se a julgamento de cunho político, realizado pelo Poder Legislativo, isto é, pelos representantes do povo. Segundo Ayres Britto, ex-ministro do STF, “os julgamentos legislativos se dão por um critério subjetivo de conveniência e oportunidade, critério esse que é forma discricionária de avaliar fatos e pessoas” (BRITTO, 2002, p. 98).

Isto porque, o art. 14 §3º da CF estabelece quais requisitos constituem condição de elegibilidade. Através da leitura desse artigo, depreende-se que não exigiu o constituinte originário qualquer formação técnica como condição para aquisição da capacidade eleitoral ativa. No que se refere ao grau de instrução, a única imposição estabelecida é de que o candidato seja alfabetizado.

Diante desse cenário, descabido seria exigir que as Casas Legislativas realizassem um julgamento técnico, de caráter profissional, das contas públicas do chefe do poder executivo. Por esse motivo, para operacionalizar esse julgamento político, atribuiu-se ao Tribunal de Contas à função de emitir parecer prévio acerca das contas de governo, que fornecerá subsídios para que o julgamento possa ser realizado pelo parlamento.

É tão verdadeira essa afirmação que o STF já firmou entendimento no sentido de não ser possível o julgamento das contas dos prefeitos sem que tenha sido emitido parecer prévio pelas Cortes de Contas. Entenderam os ministros da Suprema Corte que essa situação violaria o sistema de controle de contas previsto na Constituição Federal. A decisão ficou ementada do seguinte modo:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

2. Parágrafo 3º do art. 113 da Constituição do Estado de Santa Catarina, que permite que as contas do município sejam julgadas sem parecer prévio do Tribunal de Contas caso este não emita parecer até o último dia do exercício financeiro.
3. Violação ao art. 31 e seus parágrafos da Constituição Federal.
4. Inobservância do sistema de controle de contas previsto na Constituição Federal.
5. Procedência da ação.

(STF - ADI: 261 SC, Relator: Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 14/11/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 28-02-2003).

Em âmbito federal e estadual, a deliberação das Casas Legislativas será tomada por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros (art. 47, CF). Já no âmbito municipal, para que o parecer do Tribunal de Contas deixe de prevalecer, exige-se que a decisão seja firmada por 2/3 (dois terços) dos membros da Câmara Municipal (art. 31, §2º, CF).

Importante ressaltar ainda que a aprovação das contas de governo pelo Poder Legislativo, por constituir julgamento meramente político, não afasta a responsabilidade do chefe do poder executivo nas demais instâncias. Dessa forma, ele ainda poderá ser responsabilizado nas esferas civil, penal e por ato de improbidade administrativa.

3.3 A competência do Tribunal de Contas para o julgamento das contas do prefeito ordenador de despesas

A controvérsia acerca dessa competência surge, entretanto, quando o prefeito passa a acumular duas funções: a de agente político e a de ordenador de despesas. O decreto 200/67 definiu a figura do ordenador de despesas da seguinte maneira: “Art. 80. [...] § 1º Ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda”.

Faz-se referência exclusivamente ao chefe do poder executivo municipal porque se trata de uma situação que ocorre apenas nesse âmbito, uma vez que, na administração estadual e federal, os Governadores e o Presidente da República não atuam ordenando despesas diretamente, sendo essas funções hierarquizadas entre seus órgãos e agentes.

Nesses casos, em que os prefeitos assumem funções típicas de ordenadores de despesas, entende-se que a competência para julgamento de suas contas ainda seja da alçada dos Tribunais de Contas. Isto porque, como já demonstrado no tópico 5.1, a competência para o julgamento das contas dos chefes do poder executivo deve ser estabelecida levando-se em consideração a natureza das contas analisadas, e não os cargos por eles ocupados. Esse entendimento, ao contrário do que foi defendido pelo STF, não contraria o texto constitucional.

Realizando-se interpretação literal do art. 71, II da Carta da República, conclui-se que *todo* aquele responsável por bens, valores e dinheiros públicos deverá submeter suas contas ao controle do Tribunal, incluindo-se entre eles os chefes do poder executivo. Caso fosse o desejo do constituinte originário excluí-los da presente norma, teria feito uma ressalva no texto legal, no mesmo molde do que foi realizado no inciso anterior. Se assim houvesse sido feito, não restariam dúvidas acerca da competência exclusiva do Poder Legislativo para julgamento das contas do Poder Executivo, independentemente de sua natureza.

Ressalte-se que não há qualquer contradição entre esse posicionamento e a previsão do art. 31 da Constituição Federal. Esse dispositivo assim consigna:

Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

§ 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

§ 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente **sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar**, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

§ 3º As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

§ 4º É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.

Certo é que, pela literalidade do §2º, o constituinte originário demonstrou sua intenção de referir-se tão somente as contas de governo, isto é, aquelas prestadas anualmente pelos chefes do poder executivo. Deste modo, apenas nessa espécie de contas devem as Cortes de Contas apresentar parecer prévio conclusivo. Nas demais, compete a essa instituição o efetivo julgamento das contas, sem qualquer necessidade de submeter a decisão tomada ao crivo do Poder Legislativo.

Nas palavras do doutrinador José Jairo Gomes:

[...] Ao ordenar pagamentos e praticar atos concretos de gestão administrativa, o Prefeito não atua como agente político, mas como técnico, administrador de despesas públicas. Não haveria, portanto, razão para que, por tais atos, fosse julgado politicamente pelo Poder Legislativo. Na verdade, a conduta técnica reclama métodos e critérios técnicos de julgamento, o que – em tese, ressalve-se – só pode ser feito pelo Tribunal de Contas. (GOMES, 2016, p. 238)

Esse também é o posicionamento adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral. No julgamento de recurso ordinário, esta Corte admitiu o reconhecimento da inelegibilidade prevista no art. 1, inciso I da LC 64/90, a partir de decisão irrecorrível dos Tribunais de Contas que rejeitavam as contas do prefeito que havia agido como ordenador de despesas – firmando, assim, a sua competência para a realização desse julgamento. Segue ementa abaixo:

ELEIÇÕES 2014. REGISTRO DE CANDIDATURA. RECURSO ORDINÁRIO. INELEGIBILIDADE. ALÍNEA G. REJEIÇÃO DE CONTAS. TRIBUNAL DE CONTAS. PREFEITO. ORDENADOR DE DESPESAS. CARACTERIZAÇÃO.

1. As alterações das hipóteses de inelegibilidades introduzidas pela Lei Complementar nº 135, de 2010, foram consideradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.578 e das ADC's 29 e 30, em decisões definitivas de mérito que produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, nos termos do art. 102, § 20, da Constituição da República.

2. Nos feitos de registro de candidatura para o pleito de 2014, a inelegibilidade prevista na alínea g do inciso 1 do art. 1º da LC nº 64, de 1990, pode ser examinada a partir de decisão irrecorrível dos tribunais de contas que rejeitam as contas do prefeito que age como ordenador de despesas.

3. Entendimento, adotado por maioria, em razão do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal e da ressalva final da alínea g do art. 1º, I, da LC nº 64/90, que reconhece a aplicação do "disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição".

4. Vencida neste ponto, a corrente minoritária, que entendia que a competência para julgamento das contas do prefeito é sempre da Câmara de Vereadores.

5. As falhas apontadas pelo Tribunal de Contas, no caso, não são suficientes para caracterização da inelegibilidade, pois não podem ser enquadradas como ato doloso de improbidade. No caso, não houve sequer condenação à devolução de recursos ao erário ou menção a efetivo prejuízo financeiro da Administração. Recurso provido, neste ponto, por unanimidade. Recurso ordinário provido para deferir o registro da candidatura.

(RO nº 401-37.2014.6.06.0000/CE, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, PSESS em 26.8.2014).

No mesmo sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATOS PRATICADOS POR PREFEITO, NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E GESTORA DE RECURSOS PÚBLICOS. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. NÃO

SUJEIÇÃO AO DECISUM DA CÂMARA MUNICIPAL. COMPETÊNCIAS DIVERSAS. EXEGESE DOS ARTS. 31 E 71 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

[...] Destarte, se o Prefeito Municipal assume a dupla função, política e administrativa, respectivamente, a tarefa de executar orçamento e o encargo de captar receitas e ordenar despesas, submete-se a duplo julgamento. Um político perante o Parlamento precedido de parecer prévio; o outro técnico a cargo da Corte de Contas. Inexistente, *in casu*, prova de que o Prefeito não era o responsável direto pelos atos de administração e gestão de recursos públicos inquinados, deve prevalecer, por força ao art. 19, inc. II, da Constituição, a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo da Corte de Contas dos Municípios de Goiás. Recurso ordinário desprovido.

(STJ - RMS: 11060 GO 1999/0069194-6, Relator: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 25/06/2002, T2 - Segunda Turma. Data de Publicação: DJ 16/09/2002 p. 159).

Há outro argumento, de ordem consequencialista, que justifica o entendimento ora defendido. Acredita-se que a interpretação que atribui à Câmara de Vereadores a competência exclusiva pra o julgamento dos prefeitos acaba por minar a função fiscalizadora dos Tribunais de Contas, prejudicando o controle externo da Administração Pública e comprometendo os princípios da probidade e da eficiência, insculpidos no *caput* do art. 37 e no §9º do art. 14.

Apenas a atuação efetiva por parte dos Tribunais de Contas sobre as contas dos gestores municipais faria com que houvesse um zelo maior pelos princípios acima elencados. Isto porque as consequências práticas do julgamento realizado sobre suas contas seriam diversas, podendo-se elencar um rol de possibilidades, dentre elas:

- a) Aplicação de multas e outras cominações em caso de ilegalidade ou irregularidade das contas (art. 71, VIII, CF);
- b) Reconhecimento pela Justiça Eleitoral da sanção de inelegibilidade, nos termos do art. 1, inciso I, alínea *g* da LC 64/90, em razão da rejeição de contas pelo Tribunal (art. 71, II, CF);
- c) Possibilidade de afastamento da autoridade de seu respectivo cargo, caso haja indícios de que prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento (art. 44, Lei 8.443/92);

- d) Decretação, por prazo não superior a um ano, da indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração (art. 44, §2º, Lei 8.443/92);
- e) Identificação de condutas irregulares, tipificadas como atos de improbidade administrativa, e o seu fornecimento aos órgãos competentes para servir de subsídio para ajuizamento de ações criminais e administrativas (art. 16, §3º, Lei 8.429/92).

Assim, posicionou-se o Conselheiro do Tribunal de Contas do Maranhão, José de Ribamar Caldas Furtado:

[...] bastaria o Prefeito chamar a si as funções atribuídas aos ordenadores de despesas estaria prejudicada uma das mais importantes competências institucionais do Tribunal de Contas, que é julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por recursos públicos (CF, art. 71, II). Sem julgamento de contas pelo Tribunal, também estaria neutralizada a possibilidade do controle externo promover reparação de dano patrimonial, mediante imputação de débito prevista no artigo 71, §3º, da Lei Maior, haja vista que a Câmara de Vereadores não poder imputar débito ao Prefeito. (FURTADO, 2007, p. 366).

Por fim, importante ressaltar que, diferentemente do que ocorre com as contas de governo, o julgamento das contas de gestão exige um conhecimento técnico por parte de quem as avalia. Por essa razão foi atribuído às Cortes de Contas, instituição composta por indivíduos que atestem ter notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; e comprovem ter mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional nessas áreas.

A câmara de vereadores é órgão, acima de tudo, de natureza política. E por assim ser, seus componentes são integrantes do jogo político, possuem interesses de índole partidária e, por muitas vezes, defendem os interesses privados daqueles que assumem o cargo de chefe do Poder Executivo. Atribuir o controle externo, em âmbito municipal, apenas a essa Casa Legislativa significa enfraquecer a atuação dos Tribunais de Contas, uma vez que o julgamento dos atos de gestão passará a ser meramente político, e não mais técnico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho foi desenvolvido visando analisar a tese de repercussão geral firmada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário nº 848.826 e, dentro desse marco analítico, discutir a competência das Cortes de Contas para o julgamento dos prefeitos que avocam para si a função típica de ordenadores de despesas.

A partir da análise desenvolvida nesse estudo foi possível perceber que o prestígio dispensado ao Tribunal de Contas – e às funções a ele atribuídas – é consequência imediata e direta dos ideais republicanos adotados pelo Estado Democrático Brasileiro. Isto porque, em uma República, a ação de controlar contas é inerente ao ato de administrar coisa alheia.

Esse ato de fiscalizar pressupõe um dever de prestar contas, imposto a todos que assumam a responsabilidade pela administração da *res pública* – bens, valores ou dinheiros pertencentes a uma coletividade –, que demanda um vasto aparato legal e estrutural para o seu controle. Este, por sua vez, pode assumir várias formas, a depender do seu enfoque: quanto ao órgão que o exercita, poderá assumir a feição de um controle administrativo, legislativo ou judicial; em relação ao seu objeto, poderá ser um controle de mérito ou de legalidade; relativo ao momento de sua realização, poderá constituir-se como controle preventivo, concomitante ou posterior; e por fim, quanto ao posicionamento do órgão controlador, será classificado como controle interno, externo e social.

No meio dessa estrutura, localizam-se os Tribunais de Contas, órgãos vinculados ao Poder Legislativo – vínculo de colaboração e não subordinação –, dotados de autonomia e que assumem o papel de instituição responsável pelo controle externo da Administração Pública – ora auxiliando a Casa Legislativa nessa função, ora atuando de maneira completamente independente.

No que diz respeito ao controle externo da Administração Pública, a grande polêmica residia na fiscalização em âmbito municipal. Até o mês de agosto do ano de 2016, não havia um entendimento consolidado acerca da competência dos Tribunais de Contas nesse contexto: seria a instituição responsável pelo julgamento das contas dos prefeitos? Ou, conforme ocorre em âmbito federal e estadual, o chefe do poder executivo municipal deveria ser julgado exclusivamente pela Casa Legislativa? Essa última hipótese foi a adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 848.826.

Trata-se de posicionamento temerário e dissonante com os preceitos estabelecidos pelo constituinte originário de 1988. Primeiramente, porque esse entendimento ignora as peculiaridades dos municípios brasileiros, nos quais, por muitas vezes, os prefeitos assumem dupla função: a de agente político e a de ordenador de despesas.

Além disso, realizando-se uma interpretação sistemática da Constituição Federal, percebe-se que o critério constitucional que fixa a competência para julgamento das contas dos chefes do poder executivo leva em consideração a natureza das contas analisadas, e não os cargos por eles ocupados. Assim, nos casos em que há dois tipos de contas públicas – as de governo e as de gestão –, entende-se que deve ser o prefeito submetido a duplo julgamento: a ser realizado pela Câmara de Vereadores e pelos Tribunais de Contas.

Nesse sentido, o julgamento das contas de gestão passa a ser atribuição das Cortes de Contas, visto que estas exigem um conhecimento técnico por parte de quem as avalia. Assim, a decisão da Suprema Corte de concentrar o controle externo, em âmbito municipal, no Poder Legislativo acaba por enfraquecer o próprio sistema de controle das contas públicas, visto que o julgamento dos atos de gestão passará a ser meramente político, e não mais técnico.

Por fim, esse posicionamento asfixiará a atuação dos Tribunais de Contas no combate ao “desgoverno”. Isto porque essa instituição representa uma grande conquista da democracia brasileira, instituída com o objetivo de aumentar o zelo e a proteção ao patrimônio público e garantir à sociedade a probidade dos atos praticados pelas autoridades administrativas.

Retirar a competência para julgamento, concedendo-lhe apenas a atribuição de emitir pareceres prévios sobre os atos de gestão, significa retirar dessa instituição a possibilidade de agir no sentido de combater e corrigir desvios de condutas que acarretem danos ao erário. Isto porque apenas os Tribunais de Contas podem aplicar sanções e imputar débitos ao mau gestor, proferindo decisões com eficácia de título executivo contra os responsáveis por desvio de bens e dinheiros públicos.

Conclui-se, portanto, que a tese de repercussão geral firmada pela Suprema Corte Brasileira que determina ser competência exclusiva da Câmara de Vereadores o julgamento das contas dos prefeitos, configura verdadeiro retrocesso jurisprudencial, que vai na contramão dos preceitos constitucionais que lutam pelo aprimoramento do controle da gestão dos recursos públicos, e torna letra morta uma das principais atribuições conferidas às Cortes de Contas pela Constituição Federal: o julgamento das contas de gestão.

REFERÊNCIAS

Azambuja, Darcy. **Teoria Geral do Estado** / Darcy Azambuja: prefácio Alexandre de Oliveira Torres Carrasco. 4 edição rev. Amp. e atual. – São Paulo: Globo, 2008.

Bandeira, João Adolfo Ribeiro. **Atuação dos Tribunais de Contas na perspectiva da Lei da Ficha Limpa**. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2015/06/Tribunais-de-Contas-na-perspectiva-da-Lei-da-Ficha-Limpa.pdf>. Acesso em: 08 de novembro de 2016.

Bandeira de Mello, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª edição. – São Paulo: Malheiros, 2007.

Bonavides, Paulo. **Ciência Política** / Paulo Bonavides. 10ª edição rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei Complementar nº 135 de 2010: promulgada em 04 de junho de 2010.

BRITTO, Carlos Ayres. **O regime constitucional dos Tribunais de Contas**. In: FIQUEIREDO, Carlos Maurício (Coord.), NÓBREGA, Marcos (Coord.). *Administração pública: direitos administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Câmara dos Deputados. **A lei da Ficha limpa: uma revolução eleitoral**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/434831-A-LEI-DA-FICHA-LIMPA-UMA-REVOLUCAO-ELEITORAL---BLOCO-2.html>. Data de acesso: 15 de outubro de 2016.

Carvalho, Salo de. **Como não fazer um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de Direito** / Salo de Carvalho. – 3ª Edição. – São Paulo: Saraiva, 2015.

Conti, José Maurício. **Contas à vista: Supremo gera polêmica ao decidir sobre julgamento das contas dos prefeitos**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-23/contas-vista-stf-gera-polemica-decidir-julgamento-contas-prefeitos>. Data de acesso: 01 de outubro de 2016.

Dalari, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado** / Dalmo de Abreu Dalari. 2ª edição atualizada. Editora Saraiva: 1998.

Dal Pozzo, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. **As funções do Tribunal de Contas e o Estado Democrático de Direito** / Gabriela Tomaselli Bresser Pereira Dal Pozzo; prefácio Maria Garcia. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

Delmondes, Edna Maria. **A interação das instituições superiores de controle com o parlamento: elementos e reflexões da interação no âmbito do Tribunal de Contas da União e Tribunal de Contas da Bahia** / Edna Maria Delmondes. – Salvador: E. M. Delmondes, 2003.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional** / Manoel Gonçalves Ferreira Filho. – 38. ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. **O regime de contas públicas: contas de governo e contas de gestão**. Revista Interesse Público, Porto Alegre, nº 42, mar/abr., 2007.

Globo/G1. **Brasil piora 7 posições em ranking mundial de corrupção e fica em 76º**. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/01/ranking-de-corrupcao-coloca-brasil-em-76-lugar-entre-168-paises.html>. Data de acesso: 16 de outubro de 2016.

Gomes, José Jairo. **Direito eleitoral** / José Jairo Gomes – 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2016.

Guerra, Evandro Martins. **Os Controles Externo e Interno da Administração Pública** / Evandro Martins Guerra. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

Lima, Luiz Henrique. **Controle Externo: teoria e jurisprudência** / Luiz Henrique Lima – 6. Ed – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

Marinoni, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ª Edição Rev. Atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Meireles, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** / Hely Lopes Meireles; Délcio Balesteiro Aleixo; José Emmanuel Burle Filho. 37ª edição. – São Paulo: Malheiros, 2012.

Mendes, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo. **Parecer do MPF: tribunais de contas são competentes para julgar contas de prefeitos**. Disponível em: <http://www.mpc.es.gov.br/parecer-do-mpf-tribunais-de-contas-sao-competentes-para-julgar-contas-de-prefeitos/>. Data de acesso: 08 de outubro de 2016.

Ministério Público Federal. **Manifestação do Procurador Geral da República no Recurso Extraordinário nº 848.826**. Disponível em: <http://www.mpc.es.gov.br/wp-content/uploads/2015/11/Manifesta%C3%A7%C3%A3o-PGR-no-RE-848826-STF.pdf>. Data de acesso:

Rio de Janeiro (Estado). Tribunal de Contas - **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – v. 2, n. 8 (jul./dez. 2014)** – Rio de Janeiro: O Tribunal.

Silva, André Garcia Xerez. **Tribunais de contas e inelegibilidade: limites da jurisdição eleitoral** / André Garcia Xerez Silva. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

Silva, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo** / José Afonso da Silva. 37 edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

Souza, Daniela Barbosa Assumpção. **Algumas considerações sobre a Lei da Ficha Limpa e as Inelegibilidades**. Disponível em:

http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/7/seminariodedireitoeleitoral_79.pdf. Data de acesso: 05 de novembro de 2016.

Streck, Lênio Luiz. **Ciência política e teoria geral do Estado** / Lênio Luiz Streck; José Luís Bolzan de Moraes. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

Tenório, Rodrigo. **Direito Eleitoral** / Rodrigo Tenório. Método: São Paulo, 2014.

O SIGILO BANCÁRIO E SUAS FLEXIBILIZAÇÕES

DAIANE MAZIERO NOGUEIRA:

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ivaiporã-PR – UNIVALE. Pós-graduada em Direito Constitucional. Advogada.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar o sigilo bancário, as autoridades que são autorizadas a determinar e as situações que são permitidas. Também tem como finalidade a de demonstrar as limitações expostas na lei e jurisprudência.

Palavras-chave: Quebra de sigilo bancário. Ministério Público. Comissão Parlamentar de Inquérito. COAF. Jurisprudência.

Sumário: Introdução. 1. Sigilo bancário. 2. COAF e o sigilo bancário. 3. Jurisprudência sobre a quebra de sigilo bancário. Conclusão. Referências.

Introdução

O trabalho em tela tem como objetivo demonstrar os casos excepcionais que autorizam a quebra de sigilo bancário.

Nesse viés, o artigo também busca demonstrar as situações que o Ministério Público e a Comissão Parlamentar de Inquérito estão permitidos a determinar a quebra de sigilo bancário.

Haverá a explanação sobre a possibilidade do COAF determinar a quebra de sigilo bancário.

Por fim, serão indicados julgados que tratam sobre o assunto vertente.

1 . Sigilo bancário

Os dados e informações constantes nas contas correntes e aplicações diversas em instituições financeiras devem ser utilizados para o correto cumprimento das normas financeiras existentes, sendo vedada a divulgação indevida, com a finalidade de preservar a intimidade do seu titular.

Nesse sentido, STF reconheceu que:

O sigilo bancário é consequência da proteção constitucional da privacidade. Porém, o direito à privacidade não é absoluto, podendo

ceder diante de outros direitos, como, por exemplo, os direitos de terceiros lesados. (AI 655.298-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 4-9-2007, Segunda Turma, DJ de 28-9-2007). (Ramos, 2019, p. 1127)

Foi editada a Lei Complementar nº 105/2001 que trata do sigilo bancário, em obediência ao artigo 192 da Constituição Federal, pois tal legislação diz respeito ao sistema financeiro. Nos termos dessa lei, as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados, mas, ao mesmo tempo, há hipóteses de não incidência do sigilo e transferência do sigilo bancário para outros entes.

A Lei Complementar citada prevê em seu artigo 1º, parágrafo 3º, casos de não incidência do sigilo, ou seja, que não constitui violação do dever de sigilo:

I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco (o que legitimou a atuação da SERASA), observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil; II – o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito (legitimando os Serviços de Proteção ao Crédito), observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil; III – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa (o que autoriza a ação proativa dos funcionários dos Bancos); IV – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados; e finalmente V – o uso pelo Banco Central das informações contidas nas contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras para sua fiscalização, inclusive nos casos de regime especial de intervenção. (Ramos, 2019, p. 1127).

Vale observar, que o STF já decidiu que:

O Banco Central não pode, sob a justificativa de fiscalização, quebrar o sigilo bancário de contas correntes de dirigente de Banco público estadual, o que abrangia inclusive as que ele mantinha com sua mulher. (RE 461.366, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3-8-2007, Primeira Turma, DJ de 5-10-2007). (Ramos, 2019, p. 1128.)

No caso de transferência do sigilo, a Lei Complementar n. 105 elenca órgãos que podem, de modo fundamentado, requerer ao Banco Central ou às instituições financeiras o acesso aos dados com a transferência do sigilo bancário, com base na limitabilidade do direito à privacidade.

Consigne-se que são entes legitimados a obter o acesso e transferência do sigilo bancário de acordo com a Lei Complementar n. 105 de 10 de janeiro de 2001 (BRASIL, 2001):

- 1) Poder Judiciário, em inquéritos ou processos de qualquer natureza.
- 2) Câmara dos Deputados e Senado Federal, por decisão aprovada nos respectivos Plenários.
- 3) Comissões Parlamentares de Inquérito, por decisão aprovada em seu plenário.
- 4) As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso. (BRASIL, 2001).

O STJ asseverou que o sigilo pode ser flexibilizado para a proteção do interesse público.

Veja a publicação no site do STJ sobre o assunto em tela:

Em relação ao sigilo bancário, Bellizze lembrou que a Lei Complementar 105/2001 estabeleceu que ele pode ser afastado, excepcionalmente, para apuração de qualquer ilícito criminal (**artigo 1º, parágrafo 4º**), bem como no caso de infrações administrativas (**artigo 7º**) e de procedimento administrativo fiscal (**artigo 6º**).

Segundo o ministro, o **artigo 10 da LC 105/2001** tipificou como crime a quebra de sigilo bancário que não se destine a nenhuma dessas finalidades, ainda que haja determinação judicial. Essa medida "drástica" – prosseguiu o magistrado – decorre da tutela constitucional conferida ao dever de sigilo, "de forma que a sua flexibilização se revela possível apenas quando se destinar à salvaguarda do interesse público".

De acordo com o magistrado, portanto, não é possível a quebra do sigilo bancário para a "satisfação de um direito patrimonial disponível, tal como o adimplemento de obrigação pecuniária, de caráter eminentemente privado, mormente quando existentes outros meios suficientes ao atendimento dessa pretensão".

Para o relator, "a quebra de sigilo bancário destinada tão somente à satisfação do crédito exequendo (visando à tutela de um direito patrimonial disponível, isto é, um interesse eminentemente privado) constitui mitigação desproporcional desse direito fundamental – que decorre dos direitos constitucionais à inviolabilidade da intimidade (**artigo 5º, inciso X, da Constituição**) e do sigilo de dados (**artigo 5º, inciso XII**) –, mostrando-se, nesses termos, descabida a sua utilização como medida executiva atípica". **Leia o acórdão no REsp 1.951.176.**

As Comissões Parlamentares de Inquérito Federais podem pedir a quebra de sigilo bancário.

Já as Comissões Parlamentares de Inquérito Estaduais também podem pedir a quebra do sigilo bancário e fiscal, desde que autorizadas pela Constituição estadual (STF, ACO 1.390/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 25-5-2009). (RAMOS, 2019, p. 1129)

Por outro lado, as Comissões Parlamentares de Inquérito Municipais não podem determinar a quebra de sigilo bancário, pois as CPIs terão poderes investigatórios próprios das autoridades judiciais e como não existe Poder Judiciário municipal, não há correlação de poder a ser transferido.

A restrição acima foi imposta pelo STF no julgamento da Ação Civil Originária 1271/RJ, conforme ora segue:

Um esclarecimento final ainda se faz necessário. Na linha do que já foi por alguns Ministros, tanto na assentada anterior desta ação, quanto na defendido ACO nº 730, ressalto que embora as câmaras municipais também tenham a prerrogativa de instaurar comissões, não estendo aos legisladores municipais o poder de quebrar os sigilos fiscal, bancário e telefônico, próprio das autoridades judiciais. (NAKAHARADA; NEVES, 2022)

Tem-se que a quebra de sigilo bancário deverá ser determinada em casos excepcionais, razão pela qual há necessidade de fundamentação idônea, nos termos do julgado:

O STF reiterou sua jurisprudência sobre a necessidade de fundamentação idônea para a quebra dos sigilos fiscal e bancário, que demonstre, minimamente, fatos delituosos e a contribuição dos investigados para tanto. No caso, tratou-se de ordem com fundamentos genéricos e insuficientes exarada por Comissão Parlamentar de Inquérito sobre a FUNAI e INCRA (STF, Mandado de Segurança n. 34.299, Rel. Luiz Fux, decisão monocrática da Presidência do STF de 15 de julho de 2016). (RAMOS, 2019, p. 1135).

É válido mencionar que o Tribunal de Contas da União também não pode determinar pedir a quebra de sigilo bancário diretamente.

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTROLE LEGISLATIVO FINANCEIRO. CONTROLE EXTERNO. REQUISIÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO DE INFORMAÇÕES ALUSIVAS A OPERAÇÕES FINANCEIRAS REALIZADAS PELAS IMPETRANTES. RECUSA INJUSTIFICADA. DADOS NÃO ACOBERTADOS PELO SIGILO BANCÁRIO E EMPRESARIAL. 1. O controle financeiro das verbas públicas é essencial e privativo do Parlamento como consectário do Estado de Direito (IPSEN, Jörn. Staatsorganisationsrecht. 9. Auflage. Berlin: Luchterhand, 1997, p. 221). 2. O primado do ordenamento constitucional democrático assentado no Estado de Direito pressupõe uma transparente responsabilidade do Estado e, em especial, do Governo. (BADURA, Peter. Verfassung, Staat und Gesellschaft in der Sicht des Bundesverfassungsgerichts. In: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25jährlinge Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. Weiter Band. Tübingen: Mohr, 1976, p. 17.) 3. O sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos. 4. Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal. Em tais situações, é prerrogativa constitucional do Tribunal [TCU] o acesso a informações relacionadas

a operações financiadas com recursos públicos. 5. O segredo como “alma do negócio” consubstancia a máxima cotidiana inaplicável em casos análogos ao sub judice, tanto mais que, quem contrata com o poder público não pode ter segredos, especialmente se a revelação for necessária para o controle da legitimidade do emprego dos recursos públicos. É que a contratação pública não pode ser feita em esconderijos envernizados por um arcabouço jurídico capaz de impedir o controle social quanto ao emprego das verbas públicas. 6. “O dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos impõe não haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 114). 7. **O Tribunal de Contas da União não está autorizado a, manu militari, decretar a quebra de sigilo bancário e empresarial de terceiros, medida cautelar condicionada à prévia anuência do Poder Judiciário, ou, em situações pontuais, do Poder Legislativo.** Precedente: MS 22.801, Tribunal Pleno, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 14.3.2008.

Apesar da Lei Complementar não contemplar o Tribunal de contas da União dentre os órgãos, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito do TCU de acessar diretamente os dados bancários referentes a verbas públicas, considerando que operações financeiras envolvendo recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário, nos termos dos princípios previstos no art. 37 da CF, em especial, o da publicidade.

Por isso, decidiu o STF que:

“(...) Em tais situações, é prerrogativa constitucional do Tribunal (TCU) o acesso a informações relacionadas a operações financiadas com recursos públicos” (STF, MS 33.340, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 26-5-2015, Primeira Turma, DJE de 3-8-2015).

Com relação ao Ministério Público há autorização de quebra de sigilo bancário no caso prática de crimes e para a fiscalização de recursos públicos, nos termos do julgado:

O Ministério Público também não foi indicado pela Lei Complementar n. 105/2001, mas possui, contudo, a autorização prevista no art. 8º, § 2º, da LC n. 75/93 para os casos de pratica de crimes e recursos públicos. Nos demais casos cabe ao Ministério

Público requerer, fundamentadamente, o acesso e transferência de sigilo bancário ao Poder Judiciário, que deferirá ou não a medida. (STF, MS 21.729, Rel. p/ o ac. Min. Néri da Silveira, julgamento em 5-10-1995, Plenário, DJ de 19-10- 2001).

Assim, o Ministério Público pode determinar a quebra de sigilo bancário em casos excepcionais que envolver interesse público.

2. O COAF e o sigilo bancário

O COAF - Conselho de Controle de Atividades Financeiras foi criado pela Lei nº 961398 e é considerado a unidade de inteligência financeira brasileira, tendo como missão receber e analisar informações de cunho econômico financeiro de pessoas físicas e jurídicas, que obtém de diversas fontes obrigadas a enviar dados de cadastro e movimentação, em especial bancos.

Cabe corroborar, que essas informações são prestadas em obediência aos critérios objetivos e subjetivos. O critério objetivo é o fato de o depósito ultrapassar determinado valor e o subjetivo diz respeito ao informante que conhece seu cliente, atípico ou suspeito – art. 11 da Lei n. 9.613).

Vale mencionar a doutrina referente ao assunto:

O COAF poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas (art. 14, § 3º, da Lei n. 9.613/98 e art. 2º, § 6º, da LC n. 105/2001). Após análise, o COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de qualquer ilícito (art. 15 da Lei n. 9.613). (RAMOS, 2019, p. 1136)

Dessa forma, o COAF não faz uma investigação minuciosa ou aprofundada, mas sim provoca a autoridade competente, por exemplo, o Ministério Público ou a polícia, por meio do envio de um relatório de informações financeiras no caso de existência de indícios de prática de ilícito ou operações atípicas para investigar.

É importante citar o julgado do Superior Tribunal de Justiça, no caso da corrupção envolvendo a operação boi barrica que decidiu que:

O mero encaminhamento de Relatório de Inteligência Financeira pelo COAF ao Ministério Público, retratando operação atípica, não pode embasar pedido de decretação judicial de quebra de sigilos bancário,

fiscal e telefônico ou ainda interceptação telefônica, devendo a autoridade policial realizar diligências posteriores que demonstrem que tais quebras de sigilo são imprescindíveis. HC 191.378, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgamento em 15-9-2011). (RAMOS, 2019, p. 1136)

Na situação vertente, o STJ decretou a nulidade das ordens judiciais por falta de fundamentação adequada e indicou a teoria dos frutos da árvore envenenada para descartar provas obtidas em decorrência daquelas anuladas, inclusive eventuais conversas comprometedoras obtidas.

3. Jurisprudência sobre a quebra de sigilo bancário

Ao Corregedor Nacional de Justiça é permitido requisitar dados bancários e fiscais sem necessidade de prévia autorização judicial em nome da probidade patrimonial dos agentes público, nos termos do artigo 8º, V, do Regimento Interno do CNJ.

É constitucional a requisição, sem prévia autorização judicial, de dados bancários e fiscais considerados imprescindíveis pelo Corregedor Nacional de Justiça para apurar infração de sujeito determinado, desde que em processo regularmente instaurado mediante decisão fundamentada e baseada em indícios concretos da prática do ato.

O art. 8º, V, do Regimento Interno do CNJ prevê que o Corregedor Nacional de Justiça possui competência para “requisitar das autoridades fiscais, monetárias e de outras autoridades competentes informações, exames, perícias ou documentos, sigilosos ou não, imprescindíveis ao esclarecimento de processos ou procedimentos submetidos à sua apreciação, dando conhecimento ao Plenário”.

Essa previsão regimental tem por fundamento a probidade patrimonial dos agentes públicos. A legitimidade para requisição pode ser por decisão singular do Corregedor por conta da função constitucional por ele exercida, de fiscalização da integridade funcional do Poder Judiciário. Contudo, é preciso assegurar a existência de garantias ao contribuinte, de modo que não há espaço para devassa ou varredura, buscas generalizadas e indiscriminadas na vida das pessoas, com o propósito de encontrar alguma irregularidade.

STF. Plenário. ADI 4709/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/5/2022 (Info 1056).

Consigne-se que o STF também asseverou que os dados obtidos com a quebra de sigilo bancário não podem ser divulgados abertamente em site oficial.

Os dados obtidos por meio da quebra dos sigilos bancário, telefônico e fiscal devem ser mantidos sob reserva.

Assim, a página do Senado Federal na internet não pode divulgar os dados obtidos por meio da quebra de sigilo determinada por comissão parlamentar de inquérito (CPI).

STF. Plenário. MS 25940, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 26/4/2018 (Info 899).

O Ministério Público pode requisitar informações bancárias de ente da administração pública.

Não são nulas as provas obtidas por meio de requisição do Ministério Público de informações bancárias de titularidade de Prefeitura para fins de apurar supostos crimes praticados por agentes públicos contra a Administração Pública.

É lícita a requisição pelo Ministério Público de informações bancárias de contas de titularidade da Prefeitura, com o fim de proteger o patrimônio público, não se podendo falar em quebra ilegal de sigilo bancário.

O sigilo de informações necessário à preservação da intimidade é relativizado quando há interesse da sociedade em conhecer o destino dos recursos públicos.

Diante da existência de indícios da prática de ilícitos penais envolvendo verbas públicas, cabe ao MP, no exercício de seus poderes investigatórios (art. 129, VIII, da CF/88), requisitar os registros de operações financeiras relativos aos recursos movimentados a partir de conta-corrente de titularidade da Prefeitura. Essa requisição compreende, por extensão, o acesso aos registros das operações bancárias sucessivas, ainda que realizadas por particulares, e objetiva garantir o acesso ao real destino desses recursos públicos.

STJ. 5ª Turma. HC 308493-CE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 20/10/2015 (Info 572). STF. 2ª Turma. RHC 133118/CE, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 26/9/2017 (Info 879).

A publicação no jornal dos nomes dos clientes que tinham contas de poupança no banco, em determinado tempo configura quebra de sigilo.

A divulgação de elementos cadastrais dos beneficiários de decisão proferida em ação civil pública que determinou o pagamento dos expurgos inflacionários decorrentes de planos econômicos configura quebra de sigilo bancário.

STJ. 3ª Turma. REsp 1285437-MS, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 23/5/2017 (Info 605).

É importante mencionar a situação hipotética citada pelo site dizer o direito relacionada ao informativo 605 do STJ:

Imagine a seguinte situação hipotética:

A associação de defesa do consumidor ajuizou ação civil pública contra o Banco "XX" pedindo para que a instituição financeira fosse condenada a pagar as diferenças de correção monetária aplicadas às cadernetas de poupança em razão dos planos econômicos Bresser (junho/1987) e Verão (janeiro/1989).

O juiz julgou procedente o pedido.

Na fase de cumprimento de sentença, o juiz determinou que a instituição financeira:

a) trouxesse aos autos a relação dos clientes do banco que possuíam contas de poupança naquele determinado período e que, por isso, seriam beneficiários da sentença. Essa relação ficaria disponível no cartório da vara para consulta pública; e

b) que o banco fizesse a convocação pública dos clientes que foram beneficiados com a decisão, publicando seus nomes em jornais de grande circulação no Estado.

O banco recorreu contra essa decisão alegando que a publicação dos nomes dos clientes que tinham contas bancárias naquele

determinado período representa quebra do sigilo bancário dos correntistas.

No caso concreto, o juiz determinou ao banco que fornecesse a relação dos correntistas beneficiários da ação para que ficasse disponível para consulta pública no cartório. Essa divulgação de elementos cadastrais dos beneficiários configura quebra do sigilo bancário e do direito à intimidade, que não pode ser violado sob o argumento de facilitação da defesa do consumidor em juízo.

Assim, os cadastros individuais devem permanecer em segredo de justiça, com acesso restrito ao Poder Judiciário.

A convocação pública dos beneficiários da ação deverá ser feita sem mencionar os seus nomes e nenhum outro dado cadastral, limitando-se o edital a intimar todas as pessoas que mantinham cadernetas de poupança no Banco "XX", nos períodos especificados na decisão judicial.

Na medida em que tais poupadores se manifestarem nos autos, caberá ao julgador confrontá-los com as planilhas apresentadas, em sigilo, pela instituição financeira.

Foi correta a decisão do magistrado de determinar a publicação do edital de convocação pelos jornais de grande circulação?

NÃO. O novo CPC estabeleceu que, como regra, os editais deverão ser publicados pela rede mundial de computadores, constituindo-se na atualidade o meio mais eficaz da informação para atingir um grande número de pessoas, sendo, inclusive, mais eficiente do que a publicação em jornais impressos.

Veja o que diz o art. 257 do CPC/2015:

Art. 257. São requisitos da citação por edital:

(...)

II - a publicação do edital na rede mundial de computadores, no sítio do respectivo tribunal e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, que deve ser certificada nos autos;

É permitido que o Fisco requisite das instituições financeiras informações bancárias sobre os contribuintes sem intervenção do Poder Judiciário, pois não há quebra de sigilo bancário.

As autoridades tributárias usam o sistema bancário em suas atividades econômicas formais e também nas informais, pois não há outro método menos invasivo para a fiscalização.

No ano 2016, o Supremo Tribunal Federal, decidiu pela constitucionalidade da Lei Complementar n. 105, que autoriza a Administração Tributária dos entes federados a requisitar diretamente às instituições financeiras os dados dos contribuintes sujeitos a sigilo bancário, sem necessidade da obtenção de prévia ordem judicial.

As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios podem requisitar diretamente das instituições financeiras informações sobre as movimentações bancárias dos contribuintes. Esta possibilidade encontra-se prevista no art. 6º da LC 105/2001, que foi considerada constitucional pelo STF. Isso porque esta previsão não se caracteriza como "quebra" de sigilo bancário, ocorrendo apenas a "transferência de sigilo" dos bancos ao Fisco.

Vale ressaltar que os Estados-Membros e os Municípios somente podem obter as informações previstas no art. 6º da LC 105/2001, uma vez regulamentada a matéria de forma análoga ao Decreto Federal nº 3.724/2001, observados os seguintes parâmetros:

- a) pertinência temática entre a obtenção das informações bancárias e o tributo objeto de cobrança no procedimento administrativo instaurado;
- b) prévia notificação do contribuinte quanto à instauração do processo e a todos os demais atos, garantido o mais amplo acesso do contribuinte aos autos, permitindo-lhe tirar cópias, não apenas de documentos, mas também de decisões;
- c) sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico;
- d) existência de sistemas eletrônicos de segurança que fossem certificados e com o registro de acesso; e, finalmente,
- e) estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios.

A Receita Federal, atualmente, já pode requisitar tais informações bancárias porque possui esse regulamento. Trata-se justamente do Decreto 3.724/2001 acima mencionada, que regulamenta o art. 6º da LC 105/2001.

O art. 5º da LC 105/2001, que permite obrigar as instituições financeiras a informarem periodicamente à Receita Federal as operações financeiras realizadas acima de determinado valor, também é considerado constitucional.

STF. Plenário. ADI 2390/DF, ADI 2386/DF, ADI 2397/DF e ADI 2859/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgados em 24/2/2016 (Info 815).

STF. Plenário. RE 601314/SP, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 24/2/2016 (repercussão geral) (Info 815).

Nesse viés, o STF destacou que o acesso a dados bancários, sem autorização judicial pode ocorrer da seguinte forma:

- a) Autoridade Tributária dos entes federados, devendo tal acesso ser regulamentado administrativamente seguindo-se os parâmetros da lei e jurisprudência;
- b) Tribunais de Contas: exige-se autorização judicial, pela ausência de previsão na Lei Complementar n. 105;
- c) Ministério Público: somente no caso de verbas públicas; contudo, é legítimo o envio diretamente, sem ordem judicial, pela Receita Federal ao Ministério Público Federal de notícia de crime contendo, como justificativa, dados da movimentação bancária do contribuinte.

Para o STF não se exige ordem judicial, pois esse envio é fruto das atribuições regulares da Receita Federal e decorre da constitucionalidade do acesso do Fisco aos dados bancários. Por isso, não é prova ilícita o uso desses dados na instrução penal de processo criminal movido pelo Ministério Público (STF, Agravo Reg. RE 1.041.285/SP, Rel. Min. Barroso, julgamento em 27-10-2017, DJe 14-11-2017).

- d) Comissão Parlamentar de Inquérito, Câmara dos Deputados e Senado Federal, por decisão aprovada nos respectivos Plenários.

Em todas as hipóteses de acesso e transferência do sigilo bancário dos bancos para qualquer outro ente, exige-se fundamentação da requisição do ente ou da ordem judicial, que deve levar em consideração: (i) a indispensabilidade da medida, bem como a (ii) existência de procedimento regular em curso e o (iii) interesse público na quebra (por exemplo, proteção dos direitos e valores constitucionais).

(RAMOS, 2019, p. 1134).

Assim, a quebra de sigilo bancário somente pode ocorrer em casos excepcionais, permitidos pela lei e jurisprudência e com a devida fundamentação. Caso não esteja nos moldes da lei ou jurisprudência, haverá a nulidade das provas colhidas por meio da quebra de sigilo bancário.

Conclusão

Nos termos dos argumentos explanados, depreende-se que a quebra do sigilo bancário pode ser determinado por algumas autoridades, sem necessidade de autorização judicial.

Verifica-se que a quebra do sigilo bancário somente pode ser determinada em casos específicos descritos na lei ou na jurisprudência.

Além disso, a quebra de sigilo bancário somente pode ser determinada por tais autoridades, especialmente o Ministério Público e a Comissão Parlamentar de Inquérito, de forma fundamentada.

No mais, em geral, as autoridades autorizadas a determinar a quebra do sigilo bancário podem fazê-lo em nome do interesse público. Nos demais casos, essas autoridades podem pedir a autorização judicial para a quebra de sigilo bancário.

Ademais, a Lei Complementar nº 105/2001, além de demonstrar os legitimados a determinar a quebra do sigilo bancário também dispõe as situações em que é possível ter acesso aos documentos sigilosos.

Qualquer autoridade pode enviar ao Ministério Público ou à polícia casos de indícios de prática de irregularidade ou infração penal para que proceda a investigação e eventualmente a quebra de sigilo bancário.

Dessa forma, se houver desobediência a lei ou a jurisprudência, as provas colhidas por meio da quebra de sigilo bancário serão declaradas nulas.

Referências

BRASIL. Lei complementar n. 105. Brasília, DF, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo comentado**: informativo 605 STJ. 2017. Dizer o Direito. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2017/08/info-605-stj1.pdf>>. Acesso em 20 de outubro de 2022.

Cruz, P. R. S. O Sigilo bancário perante o fisco na visão do Supremo Tribunal Federal. **Meu Site Jurídico**. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/09/04/o-sigilo-bancario-perante-o-fisco-na-visao-supremo-tribunal-federal-2/>>. Acesso em 23 de outubro de 2022.

É incabível a quebra de sigilo bancário como medida executiva atípica, decide Terceira Turma. **STJ Jus**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/06122021-E-incabivel-a-quebra-de-sigilo-bancario-como-medida-executiva-atipica--decide-Terceira-Turma.aspx>>. Acesso em 20 de outubro de 2022.

Mandado de Segurança 33.340. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/863962758/inteiro-teor-863962786>>. Acesso em 23 de outubro de 2022.

Natureza do TCU: Ementa oficial. **Buscador Dizer o Direito**. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c9f0f895fb98ab9159f51fd0297e236d>>. Acesso em 23 de outubro de 2022.

Nakaharada, Fabio; Neves, C. R. C. Atuação de Membros do Poder Legislativo em Comissão Parlamentar de Inquérito e o crime de abuso de Autoridade. **Meu Site Jurídico**. 2022. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2022/07/27/atuacao-de-membros-do-poder-legislativo-em-comissao-parlamentar-de-inquerito-e-o-crime-de-abuso-de-autoridade>>. Acesso em 23 de outubro de 2022.

Ramos. André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6ª edição – São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2019.

IMPACTOS DO ISOLAMENTO SOCIAL NOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER DURANTE A PANDEMIA DE CORONAVÍRUS EM MINAS GERAIS

DIEGO EMANUEL GONÇALVES SILVA:

Graduando do curso de Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM.²⁸¹

ALTAIR MOTA MACHADO²⁸²

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo realizar uma breve análise acerca dos aspectos negativos que afetaram o estado psicológico e social da população, tendo em vista as medidas restritivas adotadas durante a pandemia de Coronavírus (COVID-19) no Brasil, ressaltando os impactos que tiveram na ocorrência dos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher. Como metodologia de estudo, serão utilizados os dados criminais relacionados à violência doméstica contra a mulher e os crimes de feminicídio ocorridos no Estado de Minas Gerais, entre os anos de 2019 a 2021.

Palavras-chaves: Coronavírus; Pandemia; Violência; Mulher.

IMPACTS OF SOCIAL ISOLATION ON CRIMES OF DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN DURING THE CORONAVIRUS PANDEMIC IN MINAS GERAIS

ABSTRACT: This article intends to analyze the negative aspects that affected the psychological and social state of the population, in view of the restrictive measures adopted during the Coronavirus (COVID-19) pandemic in Brazil, highlighting the impacts they had related to crimes of domestic and family violence against women. As a study methodology, criminal data related to domestic violence against women and femicide crimes that occurred in the State of Minas Gerais, between the years 2019 to 2021, will be used.

Keywords: Coronavírus; Pandemic; Violence; Women.

1. INTRODUÇÃO

Tendo em vista o atual panorama mundial, devido à crise sanitária advinda da pandemia de coronavírus (COVID-19), muitos países adotaram, assim como no Brasil, o isolamento social como medida de prevenção contra a propagação dessa doença. Porém,

281281 Contato: diegoemanuel239@gmail.com

282 Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Mestre em Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Delegado-Geral de Polícia Civil aposentado.

em virtude do isolamento prolongado e devido às incertezas desse novo cenário, muitos indivíduos passaram a desenvolver quadros relevantes de depressão, ansiedade, temor, raiva excessiva dentre outros, não constatados em períodos normais.

Diante desse contexto de reclusão, muitos foram os casos de violência ocorridos no âmbito doméstico, em especial contra a mulher, tema e assunto a ser discutido na presente pesquisa. Nesse sentido, será realizada uma breve análise dos aspectos sociais e pessoais que interferiram nas condutas criminosas praticadas pelos agressores.

Como objeto de estudo, com o intuito de exemplificar o panorama exposto anteriormente, serão apresentados dados criminais de violência contra a mulher, inclusive os de feminicídio, coletados pelos órgãos de segurança pública do Estado de Minas Gerais, sendo realizada ainda uma análise sucinta dessas informações, levando-se em consideração os impactos psicológicos e sociais negativos observados durante o período de isolamento social.

2.VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER DURANTE A PANDEMIA DE CORONAVÍRUS NO BRASIL

Pelo que se tem notícia, o mundo vem enfrentando sua terceira crise de coronavírus em menos de 20 anos. A primeira crise teria sido provocada pelo surto da Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS-CoV 2002), a segunda crise ocasionada pela Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS-CoV 2012) e a terceira crise teve sua origem no final do ano de 2019, na cidade de Wuhan, na China, pelo SARS-CoV-2, tornando-se um grande desafio para a saúde pública mundial²⁸³.

Desde o surto pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2), tem sido adotado pelos governos locais, como medida de saúde pública fundamental para o controle da disseminação dessa pandemia, o isolamento social, que apesar de ser considerado até o momento uma das medidas mais eficazes encontradas no combate à sua propagação, podem ter influências sociais e psicológicas negativas, agora e no futuro²⁸⁴.

283 WANG, D. *et al. Clinical characteristics of 138 hospitalized patients with 2019 novel coronavirus: infected pneumonia in Wuhan, China.* Journal of the American Medical Association, Chicago, v. 323, n. 11. P. 1061- 1069, 2020. Apud BEZERRA, Carina Bandeira et al. *Impacto psicossocial do isolamento durante pandemia de COVID-19 na população brasileira: análise transversal preliminar.* Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). Fortaleza, 2020. Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/sausoc/2020.v29n4/e200412/>. Acesso em: 10 set. 2021.

284 HOLMES, E. A. *et al. Multidisciplinary research priorities for the covid-19 pandemic: a call for action for mental health Science.* The Lancet Psychiatry, Londres, v. 7, n. 6, p. 547-560, 2020. Apud BEZERRA, Carina Bandeira et al. *Impacto psicossocial do isolamento durante pandemia de COVID-19 na população brasileira:*

O governo brasileiro sancionou, em fevereiro de 2020, a Lei nº 13.979/ 2020, conhecida como lei da quarentena, que dispunha de um rol de medidas passíveis de serem adotadas no enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, decorrente da pandemia de Coronavírus iniciada em 2019, permitindo que as autoridades responsáveis pudessem adotar, no âmbito de suas competências, medidas como isolamento, quarentena, realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coletas de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas, a fim de se combater a pandemia²⁸⁵.

Diante do exposto, tem-se que o isolamento social recomendado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como uma das medidas mais eficazes para a contenção da COVID- 19, no Brasil, por exemplo, a permanência em casa potencializou os fatores que contribuíram para o aumento da violência doméstica contra as mulheres. Segundo a própria OMS, os casos de feminicídio cresceram cerca de 22,2% entre os meses de março e abril do ano de 2020, em doze Estados do País, comparativamente ao ano de 2019. Registros públicos apontaram ainda que houve uma queda na abertura de boletins de ocorrência, evidenciando assim, o fato que as vítimas têm maior dificuldade para formalizar queixa contra seus agressores²⁸⁶.

Para confirmar esse cenário de aumento da violência doméstica contra a mulher no período da pandemia de COVID-19 no Brasil, a Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ONDH), do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) apontou que entre os dias primeiro e vinte e cinco de março houve um crescimento de 18% no número de denúncias registradas pelos serviços disque 100 e ligue 180, tendo em vista que as mulheres estão mais expostas ao perigo, enquanto são obrigadas a se recolherem no mesmo ambiente doméstico que o agressor²⁸⁷.

análise transversal preliminar. Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). Fortaleza, 2020. Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/sausoc/2020.v29n4/e200412/>. Acesso em: 10 set. 2021.

285 BRASIL. *Lei nº 13.979 (lei da quarentena), de 6 de fevereiro de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 15 de abr. 2022.

286 WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Violence against women during COVID-19*. Apud SANTOS, Luísa Souza Erthal et al. Impactos da pandemia de COVID-19 na violência contra a mulher: reflexões a partir da teoria da motivação humana de Abraham Maslow. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Macaé, 2020. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/prepare/915/1280/1341&ved=2ahUKEwj8taHGu5H0AhVOrpUCHbY2CTAQFnoECAQQBg&usq=AOvVaw2Hm4ksIqzBtaEVadS9xmp>. Acesso em: 10 set. 2021.

287 ORGANIZAÇÃO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS (ONDH). *Coronavírus: sobe o número de ligações para canal de denúncia de violência doméstica na quarentena*. Brasil: Ouvidoria Nacional dos

Diante desse cenário de violência, medidas como a Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, conhecida popularmente como lei Maria da Penha, foram criadas com o intuito de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, definindo em seu artigo sétimo, as formas de violência contra a mulher, entre outras, a física (qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal), psicológica (conduta que cause dano emocional, diminuição da autoestima ou que perturbe o pleno desenvolvimento), sexual (qualquer conduta que constranja a presenciar, manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante ameaça ou intimidação), patrimonial (qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos e etc.) e moral (qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria)²⁸⁸.

Nesse sentido, vale ressaltar ainda as modificações recentes ocorridas no Código Penal Brasileiro, com a criação dos artigos 147-A, §1º, inciso II e um 147-B, que visam garantir a mulher, mais segurança no que tange os crimes de perseguição e violência psicológica, sendo mais uma ferramenta útil para coibir as ações de seus agressores, cabendo ao Estado a sua efetiva aplicação²⁸⁹.

Apesar de ser um fator de incidência global, nota-se que no Brasil, durante o período da pandemia, ao mesmo tempo em que se observa a evolução nos índices de violência contra a mulher, constata-se a redução dos serviços de apoio às vítimas, particularmente nos setores de assistência social, saúde, segurança pública e justiça, sendo esses dois últimos os primeiros pontos de contato das vítimas. Durante a pandemia, a redução nas ofertas de serviços essenciais para a segurança e qualidade de vida da mulher foi acompanhada pelo decréscimo na procura, tendo em vista que as vítimas não buscaram os serviços em função do receio de contágio²⁹⁰.

Direitos Humanos, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/marco/coronavirus-sobe-o-numero-de-ligacoes-para-can-al-de-denuncia-de-violencia-domestica-na-quarentena>. Acesso em: 10 set. 2021.

288 BRASIL. *Lei nº 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha)*. Brasília: Senado Federal, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

289 BRASIL. *Decreto Lei nº 2.848 de 1940 (Código Penal Brasileiro)*. Brasília: Senado Federal, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 26 set. 2021.

290 VIEIRA, Pamela Rocha; GARCIA, Leila Posenato; MACIEL, Ethel Leonor Noia. *Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela*. Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbepid/a/tqcyvQhqQyjtQM3hXRywsTn/?lang=pt>. Acesso em: 10 set. 2021.

3.ASPECTOS SOCIAIS E PSICOLOGICOS NEGATIVOS RESULTANTE DA PANDEMIA DE CORONAVÍRUS

O distanciamento social tem sido adotado em todo o mundo, sendo considerado a principal medida de prevenção da disseminação do COVID-19, porém, quando feito de forma prolongada, pode atingir negativamente tanto a saúde física como psicológica das pessoas. Assim, conforme estudos realizados por pesquisadores na cidade de Wuhan, na China:

[...] a população da China, primeiro país a adotar a quarentena e o isolamento social como medidas protetivas ao novo coronavírus, indicam que há possíveis consequências desse confinamento em massa, mostrando aumento nos índices de ansiedade, depressão, uso nocivo e indiscriminado de álcool e menor bem-estar mental do que índices populacionais usuais, tendo sido observado também nesse estudo que, de forma geral, pacientes com confirmação ou suspeita da doença podem sentir medo das consequências da infecção e os que estão em quarentena podem sentir tédio, solidão e raiva. Podem agravar também esse cenário as crescentes preocupações com o setor econômico e a infinidade de informações erradas que estão circulando nas mídias sociais e que aumentam a ansiedade da população sobre a doença.²⁹¹

A Análise de pandemias anteriores advertem à população que, em situações de distanciamento e isolamento social, algumas formas de mal-estar são comuns, sendo as mais recorrentes a sensação de impotência, tédio, solidão, irritabilidade, tristeza e medos diversos (de adoecer, morrer, desemprego e etc.), podendo acarretar ainda alterações de apetite, sono, conflitos familiares, excessos de consumo de álcool ou drogas diversas, ilícitas ou não e a ideação suicida²⁹².

Tendo em vista que grande parte dos agressores convivem no mesmo ambiente que as vítimas, observa-se que essa situação foi intensificada pela pandemia de COVID-19, que diante desse cenário atual, acabou inviabilizado um ambiente seguro para as

291 DUARTE, Michael de Quadros et al. *COVID-19 e os impactos na saúde mental: uma amostra do Rio Grande do Sul, Brasil*. Instituto de Psicologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/j/csc/a/ghSHWNY_kP6gqJm4LQVhkB7g/?lang=pt. Acesso em: 10 set. 2021.

292 LIMA, Rossano Cabral. Distanciamento e isolamento sociais pela Covid-19 no Brasil: impactos na saúde mental. Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/j/physis/a/nyq3_wrt8qpWFsSNpbgyXLWG/?format=html. Acesso em: 10 set. 2021.

vítimas. Essa distorção explica o porquê de a violência doméstica contra a mulher ter se tornado acentuada durante a pandemia²⁹³.

Mudanças bruscas nas atividades cotidianas, como por exemplo no trabalho, estudos, lazer, por vezes sem previsão de normalização ao quadro anterior, pode provocar em quem passa por essa situação, sofrimento e insegurança, visto que é preciso lidar com um futuro imprevisível. Além disso, a diminuição das interações humanas tendem a gerar uma situação de isolamento social, comumente acompanhada pela sensação de isolamento emocional e de privação de liberdade. Essas consequências podem ser agravadas para as pessoas que apresentam fragilidades socioafetivas, instabilidade no emprego e dificuldades financeiras, ou mesmo que não contam com um local adequado para se manter em distanciamento social²⁹⁴.

De acordo com estudos realizados pela Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), a violência familiar envolve uma complexidade de fatores individuais, relacionais, sociais e culturais, tendo como destaque alguns que interrelacionam com o aumento do risco de violência contra a mulher durante a pandemia, sendo²⁹⁵:

- a) As mulheres podem passar a ter menos contato com sua rede socioafetiva, afastamento que pode favorecer a perpetração de violências;
- b) O homem e/ou a mulher podem ter o sustento da família limitado ou ameaçado, resultando no aumentando do estresse e no agravamento da convivência conflituosa e/ou violenta;
- a) Os agressores podem se utilizar das restrições recomendadas para a contenção da pandemia como meio para exercer poder e controle sobre as

293 SANTOS, Luísa Souza Erthal et al. *Impactos da pandemia de COVID-19 na violência contra a mulher: reflexões a partir da teoria da motivação humana de Abraham Maslow*. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Macaé, 2020. Disponível em:

<https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://preprint.scielo.org/index.php/scielo/preprint/download/915/1280/1341&ved=2ahUKewj8taHGu5H0AhVOrpUCHbY2CTAQFnoECAQQBg&usq=AOvVaw2Hm4ksIqqzBtaEVadS9xmp>. Acesso em: 10 set. 2021.

294 FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (FIOCRUZ). *Recomendações e orientações em saúde mental e atenção psicossocial na COVID-19*. Escola de Governo Fiocruz Brasília, 2020. Disponível em: https://www.fiocruzbrasil.fiocruz.br/wpcontent/uploads/2020/10/livro_saude_mental_covid19_Fiocruz.pdf. Acesso em: 25 mai. 2022.

295 FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (FIOCRUZ). *Recomendações e orientações em saúde mental e atenção psicossocial na COVID-19*. Escola de Governo Fiocruz Brasília, 2020. Disponível em: https://www.fiocruzbrasil.fiocruz.br/wpcontent/uploads/2020/10/livro_saude_mental_covid19_Fiocruz.pdf. Acesso em: 25 mai. 2022.

parceiras, reduzindo ainda mais seu acesso aos serviços e ao apoio psicossocial. Dessa forma, as mulheres podem enfrentar obstáculos ainda maiores para se defenderem ou acionarem medidas de proteção;

- b) Durante o isolamento social é possível que haja aumento no consumo de álcool e outras drogas no ambiente familiar, podendo elevar a probabilidade de ocorrer violência;
- c) O acesso aos serviços de atendimento à mulher em situação de violência podem estar limitados devido aos esforços de enfrentamento à COVID-19, reduzindo o alcance a fontes de ajuda;
- d) Deve-se considerar que as diferenças sociais como cor da pele, classe social, orientação sexual, identidade de gênero e idade, deixam algumas mulheres mais suscetíveis à violência. Além disso, a falta de recursos financeiros e o acesso restrito aos serviços de saúde dificultam o afastamento do agressor e o rompimento do ciclo da violência.

Em estudo publicado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), divulgado em documento virtual, apontam que se destacam entre os fatores adicionais que as vítimas precisam transpor para denunciar o agressor, a queda da renda mensal e o desemprego como fator preponderante no momento de decidir sair de casa²⁹⁶.

4. DADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER EM MINAS GERAIS

Dados apresentados pela Diretoria de Estatística e Análise Criminal da Superintendência de Informações e Inteligência da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais (DECDACrim/ SIIP/ PCMG), em meados de 2019 ao final de 2021 (conforme tabela 1), apresentados via site oficial do governo de Minas Gerais, foram extraídos das informações baseadas na natureza dada ao Registro de Eventos de Defesa Social (REDS) no momento de sua lavratura, das dezenove Regiões Integradas de Segurança Pública (RISP) distribuídas pelo respectivo Estado, mediante atividade articulada dos órgãos de defesa social (polícia civil, polícia militar, corpo de bombeiros e Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública) com outros órgãos do poder executivo (estadual e municipal), Poder Judiciário e sociedade²⁹⁷.

²⁹⁶ FÓRUM BRASILEIRO DE SAÚDE PÚBLICA. *Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19*. 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19v3.pdf>. Acesso em: 19 abr. de 2022.

²⁹⁷ DIRETORIA DE ESTATÍSTICA E ANÁLISE CRIMINAL DA SUPERINTENDÊNCIA DE INFORMAÇÕES E INTELIGÊNCIA POLICIAL DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE MINAS GERAIS – DECDACrim/ SIIP/ PCMG. *Relatório estatístico: Diagnóstico da violência doméstica e familiar contra a mulher nas Regiões Integradas*

Tabela 1 – Quantitativo de vítimas de violência familiar e doméstica contra a mulher por Região Integrada de Segurança Pública – RISP, do Estado de Minas Gerais, ano e semestre.

RISP	1º / 2019	2º / 2019	Total 2019	1º / 2020	2º / 2020	Total 2020
01 – Belo Horizonte	9.224	9.424	18.648	8.313	8.631	16.944
02 – Contagem	6.653	6.911	13.564	6.183	7.106	13.289
03 – Vespasiano	4.120	4.235	8.355	4.017	4.336	8.353
04 – Juiz de Fora	6.186	6.008	12.194	5.591	5.646	11.237
05 – Uberaba	3.187	3.436	6.623	3.276	3.705	6.981
06 – Lavras	3.228	3.237	6.465	2.912	3.350	6.262
07 – Divinópolis	4.378	4.465	8.843	4.080	4.320	8.400
08 – Governados Valadares	2.930	2.854	5.784	2.687	2.900	5.587
09 – Uberlândia	3.305	3.440	6.745	3.229	3.338	6.576
10 – Patos de Minas	2.165	2.139	4.304	2.113	2.230	4.343
11 – Montes Claros	4.415	4.641	9.056	4.178	4.399	8.577
12 – Ipatinga	5.852	5.820	11.672	5.496	5.998	11.494

de Segurança Pública do Estado de Minas Gerais. 2021. Disponível em: <http://www.seguranca.mg.gov.br/component/gmg/page/3118-violencia-contr-a-mulher>. Acesso em: 12 de mar. 2022.

13 – Barbacena	3.262	2.922	6.184	2.726	2.933	5.659
14 – Curvelo	2.834	2.757	5.591	2.576	2.797	5.373
15 – Teófilo Otoni	3.238	3.061	6.299	2.894	3.055	5.949
16 – Unai	1.268	1.293	2.561	1.194	1.263	2.457
17 – Pouso Alegre	2.947	2.929	5.876	2.807	3.089	5.896
18 – Poços de Caldas	4.192	4.082	8.274	3.851	4.200	8.051
19 – Sete Lagoas	1.872	2.062	3.934	1.844	2.008	3.852
Minas Gerais	75.256	75.716	150.972	69.967	75.304	70.450

Fonte: DECDACrim/ SIIP/ PCMG, 2021.

Os dados colhidos revelaram um aumento nos índices de violência familiar e doméstica contra a mulher no início da pandemia, período em que foram adotadas as primeiras medidas de isolamento social.

Os dados apresentados pela DECDACrim/ SIIP/ PCMG levaram em consideração as naturezas criminais e delituosas compatíveis com a Lei nº 10.340/ 2006, no que tange à definição dos tipos de violência contra a mulher, tanto as presentes no Código Penal quanto na lei de Contravenções Penais, sendo elas violência física (dezessete infrações penais consideradas), psicológica (trinta e uma infrações penais consideradas), sexual (vinte e quatro infrações consideradas), patrimonial (trinta e uma infrações consideradas), moral (cinco infrações penais consideradas), bem como outras formas de violência registradas sem distinção da natureza do delito. Abaixo são apresentados dados referentes à violência doméstica contra a mulher separados por tipo, nos períodos de 2019 a 2020, ocorridos no Estado de Minas Gerais (tabela 2).

Tabela 2 – Quantitativo de vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher, segundo tipo de violência, por semestre e ano em Minas Gerais.

Tipo de violência	2019	2020
--------------------------	-------------	-------------

	1º semestre	2º semestre	1º semestre	2º semestre
Física	31448	31354	29267	30784
Psicológica	29447	28953	27025	28840
Patrimonial	3614	3651	3494	3442
Moral	1934	2068	1842	2082
Sexual	1550	1614	1229	1509
Total	67993	67640	62857	66657

Fonte: DECDACrim/ SIIP/ PCMG, 2021.

Ao se fazer uma comparação dos dados apresentados acima, fica demonstrado que o maior índice de violência doméstica se deu entre os semestres do ano de 2019, período em que se deu a ocorrência dos casos de COVID-19 no Brasil. Porém, foi após o carnaval do ano de 2020 que a situação com relação a pandemia se agravou, sendo adotado nesse momento, por quase todos os Estados brasileiros, as medidas restritivas de locomoção e de distanciamento social que foram indicadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

Já entre os semestres do ano de 2020, observa-se que houve uma diminuição dos casos, porém as medidas de restrição de locomoção e contato social permaneceram, assim, como já falado anteriormente, o fato da vítima estar em contato constante com o agressor em âmbito familiar foi um fator preponderante para a diminuição dos registros das agressões junto aos órgãos de segurança pública, tendo sido criado pelos respectivos entes, campanhas de conscientização a fim de que as mulheres agredidas pudessem acionar os institutos de proteção de forma segura. São apresentados também a seguir, dados (conforme tabela 3) acerca dos crimes de feminicídio ocorridos no Estado Minas Gerais.

Tabela 3 – Quantitativo de vítimas de feminicídio por meses em Minas Gerais.

ANOS	MESES												TOTAL GERAL
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	
2019													
Consumado	12	11	9	12	14	12	11	8	17	15	10	15	146
Tentado	18	17	16	14	23	15	14	15	21	22	15	36	226
Total	30	28	25	26	37	27	25	23	38	37	25	51	372
2020													
Consumado	6	14	10	15	10	13	16	14	9	15	13	16	151
Tentado	18	24	16	12	13	17	7	11	25	15	18	14	190
Total	24	38	26	27	23	30	23	25	34	30	31	30	341
2021													
Consumado	13	10	13	19	14	11	15	12	15	8	9	13	152
Tentado	13	16	20	12	18	8	14	18	13	17	10	23	182
Total	26	26	33	31	32	19	29	30	28	25	19	36	334

Fonte: DECDACrim/ SIIP/ PCMG, 2021.

Nos casos dos crimes de feminicídio, os dados foram extraídos desde março de 2015, com a incorporação deste tipo penal mediante a promulgação da Lei nº 13.104 abril de 2015 (denominada lei do feminicídio) no Código Penal Brasileiro. A série utilizada na pesquisa compreende os anos de 2019 a 2021. Vale ressaltar que os dados encontram-se em constante complementação pelos órgãos competentes. Considerando os dados gerais,

observa-se que ocorreram também uma diminuição nos casos dos crimes de feminicídio ocorridos entre os anos estudados, tendo em vista a flexibilização das restrições de circulação e de isolamento social adotadas no começo da pandemia, bem como pelo aumento das campanhas de proteção as mulheres em situação de risco de violência doméstica.

Outros fatores importantes a serem considerados neste estudo, além da análise dos dados obtidos e que contribuíram para a alteração do número dos índices apresentados foram:

- a) no Brasil, em sua grande maioria, há subnotificação dos casos de violência contra a mulher, resultando em uma falsa realidade da quantidade de casos existentes, fenômeno também conhecido como “cifras negras”, e que de acordo com o professor Cirino dos Santos:

A cifra negra representa a diferença entre aparência (conhecimento oficial) e a realidade (volume total) da criminalidade convencional, constituída por fatos criminosos não identificados, não denunciados ou não investigados (por desinteresse da polícia, nos crimes sem vítima, ou por interesse da polícia, sobre pressão do poder econômico e político), além de limitações técnicas e materiais dos órgãos de controle social.²⁹⁸

- b) o curto período de isolamento social adotado pelas autoridades competentes, orientado pela Organização Mundial de Saúde como medida sanitária preventiva, que começou a ter efetividade no Brasil no mês de março de 2020.

Em muitas situações, a existência de lacunas nos dados decorre do silêncio da própria vítima da violência, pois devido a diversas razões não levam a ocorrência dos fatos ao conhecimento das autoridades competentes, fato esse que foi amplificado pelas restrições adotadas durante a pandemia de COVID-19 no Brasil.

5. CONCLUSÃO

298 FALEIROS, Roberto Galvão Júnior; FREITAS, Maria Helena D'arbo Alves de. *Elementos de análise da "cifra negra" na delinquência convencional: uma visão vitimológica*. Revista Espaço Acadêmico, nº 123, agosto de 2011. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/12082/7596>. Acesso em: 10 set. 2021.

Posto isto, a escolha do tema desta pesquisa foi feita com o intuito de avaliar como os aspectos sociais e psicológicos, afetados durante a pandemia de COVID-19, interferiram nas condutas dos autores de crimes de violência doméstica contra a mulher, buscando nesse contexto analisar a relação entre o estado psicológico e social do infrator, influenciado pela pandemia com relação a prática desses crimes.

Diante o exposto, ficou evidente que a situação atípica, provocada pela pandemia de Covid-19 no Brasil, acarretou diversos impactos nas relações sociais, principalmente as ocorridos dentro do ambiente familiar, que favoreceram episódios de violência familiar e doméstica contra a mulher, causados pela mudança abrupta nos hábitos cotidianos em virtude do combate a disseminação desse vírus adotadas no país e no restante do mundo, como por exemplo, o distanciamento social. Tal diagnóstico fica evidente com a apresentação dos dados coletados pelo Estado de Minas Gerais, por meio dos órgãos de segurança pública e pelas informações divulgadas nos principais órgãos oficiais de comunicação do governo brasileiro.

Estudos apresentados pela FIOCRUZ apontam que a criação de redes de proteção às vítimas de violência doméstica contra a mulher faz-se necessária em tempos de pandemia, uma vez que elas acabam criando um sistema eficaz de apoio, podendo os demais integrantes da sociedade contribuir para a segurança dos envolvidos, acionando os setores públicos competentes em caso de necessidade. Cabe ressaltar ainda a importância da transmissão de informações claras e adequadas a toda a população por parte dos órgãos competentes, tratandodas formas adequadas de prevenção, evitando dessa forma a ocorrência de condutas inapropriadas e a exposição a riscos, bem como reações patológicas a curto, médio e longo prazo.

Vale ressaltar ainda, que tais pesquisas visão evitar que os mesmos erros ocorridos durante a pandemia de covid-19, em relação a defesa da mulher no âmbito doméstico, possam ser repetidos no futuro, caso haja a necessidade da adoção de novas medidas restritivas de locomoção por quaisquer motivos.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. *Decreto Lei nº 2.848 de 1940 (Código Penal Brasileiro)*. Brasília: Senado Federal, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 26 set. 2021.

BRASIL. *Lei 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha)*. Brasília: Senado Federal, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.979 (lei da quarentena)*, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 15 de abr. 2022.

DIRETORIA DE ESTATÍSTICA E ANÁLISE CRIMINAL DA SUPERINTENDÊNCIA DE INFORMAÇÕES E INTELIGÊNCIA POLICIAL DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE

MINAS GERAIS – DECDACrim/ SIIP/ PCMG. *Relatório estatístico: Diagnóstico da violência doméstica e familiar contra a mulher nas Regiões Integradas de Segurança Pública do Estado de Minas Gerais*. 2021. Disponível em: <http://www.seguranca.mg.gov.br/component/gmg/page/3118-violencia-contra-a-mulher>. Acesso em: 12 de mar. 2022.

DUARTE, Michael de Quadros et al. *COVID-19 e os impactos na saúde mental: uma amostra do Rio Grande do Sul, Brasil*. Instituto de Psicologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/ghSHWNYkP6gqJm4LQVhkB7g/?lang=pt>. Acesso em: 10 set. 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SAÚDE PÚBLICA. *Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19*. 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>. Acesso em: 19 abr. de 2022.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (FIOCRUZ). *Recomendações e orientações em saúde mental e atenção psicossocial na COVID-19*. Escola de Governo Fiocruz Brasília, 2020. Disponível em: https://www.fiocruzbrasil.fiocruz.br/wpcontent/uploads/2020/10/livro_sau_de_mental_covid19_Fiocruz.pdf. Acesso em: 25 mai. 2022.

HOLMES, E. A. et al. *Multidisciplinary research priorities for the covid-19 pandemic: a call for action for mental health Science*. The Lancet Psychiatry, Londres, v. 7, n. 6, p. 547-560, 2020. Apud BEZERRA, Carina Bandeira et al. Impacto psicossocial do isolamento durante pandemia de COVID-19 na população brasileira: análise transversal preliminar. Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). Fortaleza, 2020. Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/sausoc/2020.v29n4/e200412/>. Acesso em: 10 set. 2021.

FALEIROS, Roberto Galvão Júnior; FREITAS, Maria Helena D'arbo Alves de. *Elementos de análise da "cifra negra" na delinquência convencional: uma visão vitimológica*. Revista Espaço Acadêmico, nº 123, agosto de 2011. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/12082/7596>. Acesso em: 10 set. 2021.

LIMA, Rossano Cabral. *Distanciamento e isolamento sociais pela Covid-19 no Brasil: impactos na saúde mental*. Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/j/physis/a/nyq3wrt8qp_WFsSNpbgYXLWG/?format=html. Acesso em: 10 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS (ONDH). *Coronavírus: sobe o número de ligações para canal de denúncia de violência doméstica na quarentena*. Brasil: Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/marco/coronavirus-sobe-o-numero-de-ligacoes-para-canal-de-denuncia-de-violencia-domestica-na-quarentena>. Acesso em: 10 set. 2021.

SANTOS, Luísa Souza Erthal et al. *Impactos da pandemia de COVID-19 na violência contra a mulher: reflexões a partir da teoria da motivação humana de Abraham Maslow*. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Macaé, 2020. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/download/915/1280/1341&ved=2ahUKEwj8taHGu5H0AhVOrpUCHbY2CTAQFnoECAQQBg&usg=AOvVaw2Hm4ksIqzBtaEVadS9xmp>. Acesso em: 10 set. 2021.

VIEIRA, Pamela Rocha; GARCIA, Leila Posenato; MACIEL, Ethel Leonor Noia. *Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela*. Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rbepid/a/tqcyvQhqQyjt_QM3hXRYwsTn/?lang=pt. Acesso em: 10 set. 2021.

WANG, D. et al. *Clinical characteristics of 138 hospitalized patients with 2019 novel coronaviruses: infected pneumonia in Wuhan, China*. Journal of the American Medical Association, Chicago, v. 323, n. 11. P. 1061-1069, 2020. Apud BEZERRA, Carina Bandeira et al. *Impacto psicossocial do isolamento durante pandemia de COVID-19 na população brasileira: análise transversal preliminar*. Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). Fortaleza, 2020. Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/sausoc/2020.v29n4/e200412/>. Acesso em: 10 set. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Violence against women during COVID-19*. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-adetail/violence-against-women-during-covid19?gclid=CjwKtcAs22BoCz-MQAvDBwE>. Acesso em: 10 set. 2021.