

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1134

(Ano XV)

(21/01/2023)

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 1134



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

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1134, (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 541 *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



A minuta, a prisão... e a Lei?
Eduardo Luiz Santos Cabette, 08.

ARTIGOS

A solidariedade como um valor indispensável para a interdisciplinaridade das normas jurídicas
Loreni Domingos Dalabilia, 33.

Compliance tributário no Brasil: marginalização do empreendedor contribuinte pelo Estado
Vitor de Andrade Lima Pinhais, 53.

Imunidade tributária da sociedade em realização de capital: interpretação adequada e risco de renúncia fiscal.
Ricardo Adriano Haacke, 72.

A uberização e a precarização das relações trabalhistas
Gabriel Alcântara Santiago, 86.

A entidade monoparental feminina: uma realidade brasileira
Maria Ivone Aires Saldanha, 111.

Direitos humanos e multiculturalismo: o pluralismo jurídico em questão
Maria Luiza Nomellini Costa, 133.

O controle de constitucionalidade no orçamento público
Ana Roberta Silva de Moraes, 146.

Uma breve análise acerca da obrigatoriedade da realização de audiência de conciliação e mediação sob a ótica do princípio da razoável duração do processo
Cassia Mirella Muniz Cavalcante, 162.

Ato infracional e a aplicação das medidas socioeducativas: uma reflexão sob a ótica do sistema jurídico
Pedro Henrique Merigui Pacheco, 185.

Casas da cidadania e os métodos alternativos de resolução de conflitos na esfera extrajudicial
Rodrigo Valandro Sevaroli, 215.

A evolução do marco civil da internet no Brasil
Kesly dos Santos Leite, 240.

Estudo sobre o estelionato sentimental no ordenamento jurídico brasileiro.
Jovelino Sabino Rodrigues Filho, 261.

Salamanca: patrimônio histórico da humanidade

Benigno Núñez Novo, 281.

A proteção dos DESCAs no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Ana Roberta Silva de Moraes, 288.

Cobrança de Contribuições em Loteamentos Fechados – Tema 492/STF

Moacir Leopoldo Haeser, 307.

Análise da obra 1984 de George Orwell: autoritarismo e controle social pelo Estado

Wilkislaine Da Conceição Dos Santos Silva, 310.

Funções, natureza jurídica e eficácia das decisões dos TC's

Benigno Núñez Novo, 319.

Alienação parental no Brasil seus aspectos jurídicos e punitivos

Wenderson Bruno Pinho dos Santos, 330.

A constitucionalização do direito indígena na América Latina

Ana Roberta Silva de Moraes, 351.

Reflexões sobre o crime de “stalking” no Brasil: uma ameaça à liberdade e à privacidade.

Gabriel Martins de Souza Lopes et al, 369.

A competência dos TC's para julgar a legalidade dos atos de admissão de pessoal

Benigno Núñez Novo, 418.

Crime de perseguição: uma análise reflexiva à luz da Lei Maria da Penha

Cezar Augusto Ferreira De Sousa, 424.

Aspectos relevantes da adoção

Gabriela Fernandes Dias, 468.

Violência Política De Gênero, o Histórico Depreciativo à Participação das Mulheres na Política.

Clara Beatriz Lima Telles Ribeiro, 494.

Análise da obra “as misérias do processo penal” de Francesco Carnelutti: estigma social e humanização do réu

Valfredo Mendes Ribeiro, 524.

Análise da obra “a revolução dos bichos” de George Orwell: totalitarismo, autoritarismo e violência estatal

Valenna Câmara Silva, 533.

A MINUTA, A PRISÃO... E A LEI?

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.

1-DOS FATOS E NARRATIVAS

No bojo do Inquérito do STF n. 4879/DF o Ministro Alexandre de Moraes decretou a Prisão Preventiva e autorizou a realização de buscas residenciais contra o ex – Ministro da Justiça do governo federal e atual Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal, Sr. ANDERSON GUSTAVO TORRES. A alegação é a de que o implicado teria se omitido ou até mesmo incentivado a prática de crimes contra o Estado Democrático e Terrorismo, afora associação criminosa e danos, em especial com referência à invasão e depredação na Praça dos Três Poderes em Brasília no dia 08 de janeiro de 2023. 2

Durante a realização das respectivas buscas pela Polícia Federal foi encontrada na casa de TORRES uma minuta de um decreto com a finalidade de impor “Estado de Defesa” no TSE e invalidar o resultado das eleições presidenciais de 2022. 3

A partir daí, como seria de esperar no atual clima de narrativas estapafúrdias, passou-se a reverberar a tese de que a prática de um golpe de Estado, crimes de Terrorismo

1 Contato: cabette@uol.com.br

2 COELHO, Gabriela. Veja a íntegra da decisão de Moraes que decreta prisão de Anderson Torres. Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/veja-a-integra-da-decisao-de-moraes-que-decreta-prisao-de-anderson-torres/>, acesso em 14.01.2023.

3 SOUZA, Renato. PF acha na casa de Anderson Torres minuta para tentar reverter resultado das eleições – O documento, se fosse publicado, autorizaria intervenção na sede do Tribunal Superior Eleitoral em Brasília. Disponível em <https://noticias.r7.com/brasil/pf-acha-na-casa-de-anderson-torres-minuta-para-tentar-reverter-resultado-das-eleicoes-12012023>, acesso em 14.01.2023.

e tudo mais que se possa imaginar estava completamente comprovada diante da tal “minuta”.

2-A ORDEM JUDICIAL QUE DEU ORIGEM A TUDO

Como já esclarecido, a determinação da prisão de ANDERSON TORRES e de buscas domiciliares partiu do STF, mais precisamente do Ministro Alexandre de Moraes e foi expedida nos autos de Inquérito 4879/DF.

Diversamente de outras determinações arbitrárias e ilegais já expedidas em circunstâncias similares, o magistrado prolator não agiu de ofício, violando o Sistema Acusatório imposto legalmente pelo Código de Processo Penal e pela Constituição Federal. Desta feita houve uma representação da Polícia Federal tanto para as buscas como para a Prisão Preventiva.

Também não ocorreu uma motivação insustentável faticamente da prisão e ordem de busca. Alardeou-se que a fundamentação dessas determinações faria referência à atuação, ou melhor, omissão de TORRES no fatídico dia 08 de janeiro de 2023, o que seria algo impossível de se sustentar diante do inabalável álibi de que o envolvido se achava em férias funcionais e até mesmo fora do país. Não havia condições nem de agir nem de se omitir funcionalmente nesse quadro. Porém, na verdade, a decisão de Moraes é inequívoca em referir-se à omissão de TORRES no exercício da função de Secretário de Segurança, bem antes da culminância dos fatos ocorridos em 08 de janeiro.

O Direito Material (Penal) que fundamentaria as medidas seria, como visto, crimes de associação criminosa, danos ao patrimônio público, crimes contra o Estado Democrático e Terrorismo. Não considerando por agora apenas a responsabilidade ou não de TORRES, mas a configuração, em tese, dos crimes arrolados, resta claro que no dia 08 de janeiro houve realmente, sem a menor dúvida, vários crimes de danos ao patrimônio público, o que torna o fundamento material do decisório sólido neste aspecto. Por outro lado, a

configuração real de crimes contra o Estado Democrático de Direito é altamente questionável em toda essa confusão. Não obstante, não se trata de uma imputação que se possa tachar de totalmente impossível, pode haver discussão no campo jurídico a respeito do tema. Novamente, portanto, o fundamento material, neste ângulo, se apresenta razoavelmente hígido.

O que é inacreditável é que um Ministro do STF ou até mesmo o mais jejuno profissional do Direito não seja capaz de perceber a absoluta impossibilidade de imputação de crimes de Terrorismo a quaisquer atos, mesmo atos graves, perpetrados no Brasil por motivação de natureza política. A lei brasileira de Terrorismo (Lei 13.260/16) não prevê, não tipifica a conduta de "Terrorismo Político", mas apenas em razão de "xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião". Mais que isso, a legislação brasileira deixa claro que atos de protesto levados a termo por motivação política ou reivindicatória não podem ser equiparados a Terrorismo. Para saber disso, basta ser alfabetizado e ler o artigo 2º. e seu § 2º., da Lei 13.260/16, vasados nos seguintes termos:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, **por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião**, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

§ 2º **O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais**, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei (grifo nosso).

A interpretação desses dispositivos não exige grandes esforços hermenêuticos e é evidente que o cometimento eventual de crimes com motivação política poderá configurar outras infrações penais (v.g. crime de explosão, crime de homicídio, lesões corporais,

danos, incêndio etc.). O que é inviável é tentar forçosamente e arrombando os portões protetivos do Princípio da Legalidade e Anterioridade, imputar crimes de Terrorismo a autoridades e populares brasileiros na ausência de legislação específica. Mas, por mais absurdo que isso pareça, um Ministro da Maior Corte nacional faz isso em sua decisão, e mais, chamados “juristas”, inclusive que até ontem eram pela legalidade estrita à Ferrajoli⁴, insistem em repetir como um mantra o termo jurídico “Terrorismo” e imputá-lo sem a menor técnica. Isso não somente é uma fundamentação inválida, imprestável juridicamente, como constitui um desserviço à cultura jurídica brasileira, especialmente daqueles que estão em processo de aprendizado e têm seu intelecto revoltado por um mar de contradições oriundo de nada mais que uma incontida “vontade de poder” que a tudo e a todos atropela.

O mal ultrapassa o âmbito jurídico e atinge a cultura e a sociedade em seu âmago. Como expõe Silveira:

Numa sociedade decadente, a vilania dos intelectuais acaba por tornar-se o sofisticado modelo para os atos insanos da multidão. Ela invade os costumes, corrompe os valores e, com o passar do tempo, chega a entranhar-se nas leis de forma tal, que a regeneração da Cidade torna-se impraticável, e não nos resta senão assistir ao pungente espetáculo do declínio civilizacional.⁵

Essa obstinação em defender uma tese indefensável ou fazer uma falsidade parecer verdade por sua repetição contínua, nos faz pensar que, valendo-nos novamente dos ensinamentos de Silveira, essas pessoas estão numa situação moral e espiritual (já nem se fala intelectual) deplorável:

(...), quando a derrota impingida pelos argumentos do adversário não acende na alma do intelectual a menor fagulha de decência, mas, ao contrário, leva-o a ataques irascíveis contra os que apontaram os seus

4 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer “et al.” São Paulo: RT, 2002, p. 305.

5 SILVEIRA, Sidney. *Cosmogonia da Desordem*. Rio de Janeiro: Sidnei Silveira, 2018, p. 317 – 318.

erros, nada mais se pode fazer por este coração endurecido. O erro invadiu o seu núcleo espiritual e a única coisa que vale, para ele, é a vitória a qualquer custo. 6

E quanto mais qualificada ou ilustre, ocupante de posições importantes, forem tais pessoas, pior é essa corrupção da alma e seus efeitos internos e externos, como nos lembra o brocardo latino: "Corruptio optimi péssima est" ("A corrupção do ótimo é péssima").

Em nosso "Tratado de Legislação Especial Criminal", juntamente com Francisco Sannini, esclarecemos essa lacuna legal que impede a tipificação de Terrorismo para atos de cunho político ou de outra natureza não prevista no artigo 2º., "caput", da Lei 13.260/16, que impõe elementos subjetivos específicos (dolo específico):

Uma observação interessante quanto à conformação do crime de terrorismo na Lei 13.260/16 é que a inclusão da especial finalidade de motivação xenófoba, discriminatória ou preconceituosa, torna o âmbito de alcance da norma bastante restrito. Por exemplo: se levamos em conta os atos de violência, explosões, danos, depredações, incêndios perpetrados pela Organização Criminosa PCC (Primeiro Comando da Capital) em São Paulo nos idos de 2006, não é possível afirmar que se ocorressem hoje configurariam terrorismo.

Por incrível que pareça, já que, sem dúvida alguma, satisfazem as demais descrições típicas e inclusive um dos elementos subjetivos que é o intento de ocasionar "terror social generalizado". Não obstante, não satisfazem a especial motivação xenófoba, discriminatória ou preconceituosa. Outro exemplo, agora retirado do cinema, é aquele do filme de David Fincher, "Clube da Luta", estrelado por Brad Pitt e Edward Norton, no qual um psicótico, em surto de dupla personalidade com seu alter ego, acaba criando uma verdadeira rede terrorista promotora de atentados a bomba que culminam com a explosão dos prédios de duas instituições financeiras de grande porte.⁷

Note-se que novamente a questão do terror generalizado está satisfeita, mas, no Brasil, nada disso poderia ser abrangido pela lei

6 Op. Cit., p. 319.

7 FINCHER, David. Clube da Luta ("Fight Club"). Fox Pictures e RegencyEnterprises.2010.

antiterror, já que não há motivação xenófoba, discriminatória ou preconceituosa, mas meramente político-ideológica. 8

Eventual intento de colmatar essa lacuna da nossa legislação antiterror não pode derivar de um arroubo autoritário e usurpador de função legislativa de um membro qualquer do Poder Judiciário, ainda que se trate de um Ministro do STF. Muito menos pode emergir de “vozes da cabeça” de alegados “juristas”. O caminho seria a alteração da lei pelo Congresso Nacional, incluindo a figura do “Terrorismo Político”. Mas, mesmo assim, tendo em vista o Princípio da Anterioridade, tal tipificação não poderia retroagir aos casos já passados e somente seria aplicável àquilo que acontecesse após o início de sua vigência.

Diga-se ainda mais, atos de depredação, vandalismo, danos a patrimônio público e privado, enfrentamento de forças policiais em manifestações são extremamente comuns em ações de grupos como os Antifa, os Black Blocs, o MST, o MTST, Torcidas Organizadas, inclusive em apoio a facções políticas (v.g. Gaviões da Fiel e PT), grupos de militantes de toda espécie etc. No entanto, seja no Brasil ou no mundo em geral, ao menos em regra, nada disso tem sido apontado como suposto “Terrorismo”. Aliás, a imputação parece indevida e extremamente perigosa para as liberdades políticas, de expressão, reunião, reivindicação, greve etc. Não é à toa que sabiamente o legislador brasileiro incluiu o § 2º. no artigo 2º. da Lei Antiterror. Eventuais abusos devem ser tratados de acordo com a legislação comum e não como atos de terror. É isso que sempre aconteceu. Nunca vimos um grupo Black Bloc ou Antifa, ao realizar depredações e agressões, ser qualificado criminalmente como “terrorista”. O mesmo se diga de outros movimentos sociais ou quaisquer manifestações de cunho político que acabem descambando para a violência e o vandalismo. Ainda que estivessemos diante de uma lei que tipificasse a conduta do “Terrorismo Político”, seria insustentável e abusiva a imputação, mesmo porque violaria o

8 CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. 2ª. ed. Leme: Mizuno, 2021, p. 376.

Princípio da Igualdade e da Imparcialidade, já que casos similares ou idênticos nunca foram rotulados como atos de terrorismo.

Essa espécie de seletividade decisória casuística e motivada por fatores estranhos ao ordenamento jurídico gera uma terrível insegurança e como bem lembra Dip a segurança desponta hoje como “bem jurídico” e “até como objeto de direitos fundamentais”. O autor arrola diversos instrumentos internacionais que tutelam a segurança em seus vários enfoques, incluindo o jurídico: Declaração da Virgínia (1776 – artigo 1º.); Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776); Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789 – art. 2º.); Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948 – arts. 1º. e 16); Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU – 1948 – art. 3º.); Convenção para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convênio Europeu dos Direitos Humanos – Roma, 1950 – art. 5º.); Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966 – art. 9º.) e Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969 – art. 7º.). 9

E prossegue o autor aduzindo o seguinte:

O ius certum é, objetivamente, firmeza e eficácia das situações jurídicas – pessoais e reais -, com os reflexos da paz política e, no plano subjetivo, da confiança comum. A essas notas agregam-se a positividade das regras, sua cognoscibilidade, inclusiva da prognose de constância e efetividade e da disciplina das mudanças. 10

E nesse ponto destaca-se estudo da lavra de ninguém menos que a Ministra do STF, Cármen Lúcia, o que nos empresta, talvez ingenuamente, alguma esperança, afirmando:

9 DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica & Crise do Mundo Pós – Moderno*. 3ª. ed. São Luís: Resistência Cultural, 2019, p. 76 – 77.

10 Op. Cit., p. 78.

“(...) segurança jurídica produz-se na confiança que se põe no sistema e na convicção de que ele prevalece e **observa-se obrigatória e igualmente por todos**” (grifo nosso). 11

A decisão também peca no que tange a demonstrar minimamente o efetivo liame entre TORRES e supostos grupos criminosos. Afirma-se que foi omissa, mas não se demonstra ligação entre eventual omissão dolosa e grupos de infratores.

Ademais, se a questão é de omissão, mesmo sem jamais excluir as responsabilidades legais de quem praticou depredação, apenas um fato concreto de natureza política precisa ser apontado: Presidente da República, Ministro da Justiça e outros sabiam o que ia ocorrer e não reforçaram a segurança. Há a PM do DF, há a PF, há a Polícia Civil do DF, há a Força Nacional, há Forças Armadas, Guarda Civil, Segurança terceirizada dos prédios, Polícia Legislativa e só da Guarda Especial do Palácio do Planalto há um contingente de mil homens. Nenhuma providência foi tomada, tudo foi deixado como numa situação de normalidade. Alegar que foram pedidas a TORRES providências não exclui a responsabilidade que cabia ao Presidente da República, ao Ministro da Justiça e outras autoridades que têm poder de mando e comando sobre diversas forças militares e de segurança que estão completamente fora do alcance do Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal. Se há omissão relevante, não é no singular, mas no plural (omissões relevantes) e não deveriam reduzir-se as prisões às autoridades do Distrito Federal. Não cabe o argumento de que as autoridades federais citadas não teriam interesse em sabotar a si próprias. Isso porque o caos pode servir (e parece estar servindo mesmo) para objetivos inconfessáveis e, em última instância, destrutivos para o Estado Democrático de Direito.

11 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Coisa Julgada e o Vício da Inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 169.

A segregação carcerária de TORRES é determinada com sustento em fundamentos de direito material em parte discutíveis e em parte absolutamente inviáveis, bem como sem comprovação necessária de sua ligação com outros agentes (prova do crime e indícios suficientes de autoria – artigo 312, CPP).

A finalidade da prisão preventiva é apontada como visando à manutenção da ordem pública, bem como o interesse da instrução criminal. Alega-se que TORRES solto e no exercício do cargo poderia prosseguir em atos de suposta sabotagem. Também se afirma que a prisão se dá para assegurar a aplicação da lei penal (inteligência do artigo 312, CPP).

Quanto à manutenção da ordem pública e a conveniência da instrução criminal é notório que não houve por parte do magistrado o emprego da necessária proporcionalidade e escolha da medida menos gravosa, deixando a prisão como “ultima ratio” (inteligência do artigo 282, § 6º, CPP). Não existe no decisório qualquer espécie de abordagem do tema para afastar medidas menos gravosas que a preventiva. E o dispositivo legal, supra mencionado, é claro ao estabelecer que a preventiva somente será decretada diante da inviabilidade de cautelares alternativas nos termos do artigo 319, CPP. Dessa forma “o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada” (artigo 282, § 6º, CPP, “in fine”). Ora, nada disso ocorreu. Há evidente descumprimento das normas legais. Mesmo porque se a questão é a atuação de TORRES como Secretário Estadual, então bastaria afastá-lo do cargo, como se fez com o governador do Distrito Federal (inclusive atropelando lei e constituição, porque sem qualquer processo legal e por autoridade incompetente, já que o Governador é vinculado para tais fins ao STJ e à Assembleia Legislativa e não ao STF). Ainda se poderia impor seu monitoramento com uso de tornozeleira, o que é aplicado a homicidas, traficantes, estupradores etc. pelo país afora (vide artigo 319, VI e IX, CPP).

Ainda mais estapafúrdio é, especialmente neste momento, dada a conduta de TORRES após a decretação de sua prisão, o alegado fundamento de assegurar a aplicação da lei penal. Para isso seria necessário demonstrar que o envolvido estaria empreendendo fuga. Isso não foi em momento algum sequer alegado, quanto mais demonstrado no “decisum”. Mas o pior de tudo é que TORRES, estando fora do país retornou e se apresentou espontaneamente às autoridades, desconstruindo qualquer hipótese de sustento dessa motivação para sua prisão.

Como se vê a decisão judicial em estudo carece de devida fundamentação em pontos cruciais, o que a torna *nula de pleno direito*, nos exatos termos do artigo 93, IX, CF (Princípio da Fundamentação das Decisões Judiciais).

Outro problema gravíssimo que não é apanágio somente desta decisão em comento, mas de várias outras proferidas pelo Ministro Alexandre de Moraes, é que TORRES não é atualmente detentor de prerrogativa de função perante aquela Corte Suprema e, portanto, não é seu jurisdicionado, a não ser em fase recursal extraordinária. Ele foi Ministro da Justiça, cuja competência para julgamento é do STF, mas não o é mais e sabemos que com o fim do exercício do cargo também acaba a prerrogativa de função (Decisão STF 15.09.2005, Plenário, cancelamento da Súmula 394, STF).¹² Dessa forma, Moraes é autoridade judicial absolutamente incompetente para tomar qualquer decisão ligada a TORRES no momento. Não há competência “*ratione personae*” a justificar a atuação do Ministro no caso, o que também torna a decisão enfocada eivada de nulidade.

Ainda que se tenha em consideração que talvez o Ministro Alexandre de Moraes entenda que há um grupo concatenado de pessoas agindo e que, dentre elas, há algumas com prerrogativa perante o Supremo, ensejando a chamada “vis atractiva” para os

¹² APLICAÇÃO das Súmulas no STF – Súmula 394 Cancelada. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1588>, acesso em 14.01.2023.

implicados sem prerrogativa, tendo em vista eventual “conexão subjetiva” (Súmula 704, STF), 13 isso não serviria para salvar a decisão de sua inépcia. Isso porque quando se levanta a tese de que Moraes tenha, talvez, tal pensamento, isso é mera hipótese cerebrina deste autor, porque o Ministro, seja nesta decisão, seja em todas as demais não deixa claro e muito menos fundamenta os motivos pelos quais seria competente para atuar perante pessoas sem foro no STF. Nem sequer uma ligeira menção à Súmula 704, STF é encontrável em qualquer lugar. Significa dizer que com relação à competência para atuação no caso a decisão também é nula de pleno direito, já que sem a menor fundamentação, violando novamente o artigo 93, IX, CF (Princípio da Fundamentação das Decisões Judiciais).

Apenas a título de esclarecimento e para não deixar nada tecnicamente relevante sem análise:

Em julgamento de questão de ordem no Inquérito 4342 de relatoria do Ministro Edson Fachin, o STF acatou a tese conhecida como competência por “mandatos cruzados com *prorrogatio fori*”. Decidiu-se que se um parlamentar (Deputado Federal, Estadual ou Senador) for eleito ou nomeado para outro cargo com prerrogativa de função sem que tenha havido interrupção ou término do mandato (ou seja, saiu de um cargo e foi para o outro imediatamente), a competência por prerrogativa inicial se prorroga. Exemplo: alguém é Deputado Estadual e responde a processo originário no Tribunal de Justiça do respectivo Estado. Tal pessoa deixa de ser Deputado, mas é nomeada Ministro no governo federal ou eleita Senador ou Deputado Federal. A competência do TJ é prorrogada e o caso não se move para o primeiro grau nem para o STF. 14

13 Súmula 704, STF: “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”.

14 STF mantém prerrogativa de foro em caso de mandato cruzado de parlamentar federal. Decisão vale somente se não ocorrer a interrupção ou o término do mandato. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=484667&ori=1>, acesso em 14.01.2023. O mesmo entendimento foi adotado no julgamento da Reclamação 41.910/RJ de relatoria do Ministro Gilmar

Essa questão não tem o menor cabimento para justificar o caso em estudo com a pretensão de prorrogação da competência do STF, considerando que TORRES foi anteriormente Ministro da Justiça. Primeiro porque trata especificamente de prorrogação de foro privilegiado de parlamentares e TORRES não é parlamentar, foi Ministro da Justiça e agora Secretário de Segurança. Além disso, como Secretário de Segurança, a prerrogativa de função para seu processo e julgamento seria do TJDF (inteligência do artigo 8º, I, “a”, da Lei Federal 11.697/08) e não do STF. Ainda que se considere o fato de que anteriormente foi Ministro da Justiça (foro de prerrogativa do STF) fato é que houve interrupção ou término do exercício da função muito antes dos acontecimentos que se deram quando já era Secretário de Segurança do DF. Não há continuidade entre os exercícios dos cargos, requisito explicitamente exigido pelas decisões do STF para a “prorrogatio fori”, conforme acima destacado.

Na realidade a competência para julgamento de TORRES seria da Justiça Federal de primeiro grau. Isso porque a competência por prerrogativa como Secretário de Estado do DF estabelecida por lei ordinária (o DF não tem Constituição Estadual) cede diante da competência constitucionalmente estabelecida da Justiça Federal, conforme artigo 109, CF. Os crimes em estudo são de competência federal, já que envolvem bens, serviços e interesses da União. Mesmo quando uma competência especial é estabelecida pela Constituição Estadual (o DF não tem isso, apenas uma Lei Orgânica que não dispõe sobre o tema), há prevalência, no conflito das normas, da regra estabelecida pela Constituição Federal enquanto normativa cimeira do ordenamento jurídico nacional. Poder-se-ia indagar por que a competência não seria do segundo grau da Justiça Federal (TRF)? É que a CF não prevê foro de prerrogativa para Secretários de Estado. Tais normas são previstas nas Constituições dos Estados e no caso do Distrito Federal em lei ordinária de organização

Mendes, 2ª. Turma, 31.08.2021. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1441283776/inteiro-teor-1441283779>, acesso em 14.01.2023.

judiciária do TJDF. Dessa forma, no conflito entre a competência federal estabelecida pela CF e a competência distrital conferida pela lei ordinária prevalece a norma constitucional e no caso a justiça federal de primeiro grau. Interessante sobre o tema o estudo de situação similar por Gontijo:

Nesse cenário, embora a Constituição Estadual, conforme antes verificado, institua foro por prerrogativa de função ao Secretário de Estado, por evidente, seus preceitos normativos não podem contrariar as regras de definição da competência previstas no artigo 109 da Carta da República. Assim, inviável que se desloque, para o Tribunal de Justiça, a competência para o julgamento da prática de crimes federais. Afinal, não se há de admitir que, no âmbito dos Estados, sejam criadas regras de competência que prevaleçam sobre aquelas erigidas pelo constituinte originário.

Desse modo, como primeira conclusão, é possível dizer que, ainda que as Constituições Estaduais, em geral, e a Constituição do Estado em que o fato aconteceu, em especial, prevejam o julgamento de Secretários de Estado pelo Tribunal de Justiça, tal previsão não se estende aos casos em que estejam sendo apurados crimes que a Constituição Federal determina sejam processados e julgados pela Justiça Federal.

Importante mencionar, nesse panorama, que o Supremo Tribunal Federal, ao tratar da definição da competência para a apuração de crimes federais de responsabilidade de prefeitos municipais, editou o provimento sumular 702, segundo o qual “a competência do Tribunal de Justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça Comum Estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo Tribunal de Segundo Grau”, circunstância que exclui qualquer dúvida quanto ao fato de que o Tribunal de Justiça não poderia julgar Secretário de Estado investigado pela prática de crime federal.

Ademais, considerada a premissa de que a Constituição Estadual não pode alterar os parâmetros de definição de competência material insculpidos na Constituição Federal, retirando da Justiça Federal a competência para julgar infrações penais lesivas a interesses da União, cumpre verificar se a previsão de foro por prerrogativa de

função, em norma estadual, tem o condão de ampliar os casos de competência originária dos Tribunais Regionais Federais, para neles abarcar os Secretários de Estado investigados pela prática dos crimes elencados no artigo 109 da Carta da República.

É necessário, no ponto, mencionar que o texto constitucional, de forma expressa, no artigo 29, inciso X, assegura aos prefeitos municipais o julgamento perante o "*Tribunal de Justiça*". Tal dispositivo, em cotejo com os dispositivos normativos que especificam o âmbito de competência da Justiça Federal, permite concluir, na linha que consta do édito sumular antes referido, que, nos casos de apuração de crime federal, caberá aos Tribunais Regionais Federais, originariamente, julgar os prefeitos.

Destaque-se que, no que concerne a esses agentes políticos, a própria Constituição Federal traz indicação de que eles devem ser processados e julgados por Tribunais de Segundo Grau. E, portanto, a necessidade de assegurar foro por prerrogativa de função aos prefeitos, também quando investigados pelo envolvimento em crimes federais, não advém de normas estaduais, mas da própria Lei Maior.

A situação, contudo, é muito diversa, quando está em análise a situação jurídico-processual dos Secretários de Estado. Com efeito, nenhum dispositivo constitucional trata da necessidade de se lhes assegurar foro por prerrogativa de função: a disciplina dessa matéria é integralmente feita no bojo das Constituições Estaduais. Assim, cumpre responder ao seguinte questionamento: é possível que, em razão de previsão existente em norma estadual, seja acrescida hipótese de competência originária dos Tribunais Regionais Federais, não delineada na Constituição Federal?

Em nossa concepção, por óbvio, a resposta há de ser negativa. Afinal, os casos de competência originária dos Tribunais Regionais Federais estão previstos, de forma clara, no artigo 108 da Constituição Federal, e inexistente qualquer ressalva que autorize supor que outras situações poderiam ser nele inseridas. Repise-se que, com relação ao julgamento dos prefeitos, a própria Carta Magna indicou a necessidade de que gozassem de foro por prerrogativa de função, o

que justifica, nas investigações de crimes federais, sejam eles julgados pelos Tribunais de Segundo Grau da Justiça Federal.

Entretanto, tal situação não pode ser estendida para os ocupantes de cargos de Secretário de Estado, que, portanto, não gozam de foro por prerrogativa de função na apuração de crimes federais, de competência da Justiça Federal de Primeiro Grau.

Afinal, **(i)** a Carta da República prevê que compete à Justiça Federal o julgamento dos crimes apurados no caso concreto referido no texto, e dispositivos da Constituição Estadual não podem alterar essa determinação constitucional; **(ii)** inexistente qualquer preceito normativo que permita ampliar, para além dos casos previstos no artigo 108 da Carta Magna, o âmbito de competência dos Tribunais Regionais Federais; e, por fim, **(iii)** tendo em vista que as normas que asseguram, para alguns agentes públicos, foro por prerrogativa de função, tratam de situações excepcionais, sua interpretação deve ser restritiva, não extensiva, como se exigiria para que os Secretários de Estado, investigados por crime federal, fossem julgados em Segundo Grau. 15

Mister se faz consignar que foi dado destaque à figura de ANDERSON GUSTAVO TORRES porque este texto tem por finalidade a análise da questão da minuta encontrada na busca da Polícia Federal e esse encontro se deu na casa de TORRES. No entanto, é preciso deixar claro que todas as irregularidades, ilegalidades e nulidades apontadas com relação a TORRES valem também, na mesma medida e "mutatis mutandis", para o Comandante Geral da Polícia Militar do Distrito Federal, Sr. FÁBIO AUGUSTO VIEIRA.

3-DA APREENSÃO DA MINUTA E SEU VALOR (?) JURÍDICO

15 GONTIJO, Conrado Almeida de Corrêa. Secretário de Estado não tem prerrogativa de Foro em crimes federais. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jun-14/secretario-estado-nao-prerrogativa-foro-crimes-federais>, acesso em 14.01.2023.

Como já destacado inicialmente, foi encontrada pela Polícia Federal na casa de ANDERSON TORRES uma minuta de decreto para estabelecimento de “Estado de Defesa” no TSE e invalidação das eleições presidenciais de 2022. 16

Não se pode questionar a legitimidade da apreensão do referido documento e sua autenticidade, uma vez que o próprio TORRES em comunicação nas redes sociais reproduzida pela imprensa, admitiu a existência da minuta, embora alegando que se tratava de sugestões populares que chegavam a seu gabinete correntemente, sendo fato que jamais a elaborou e nem mesmo levou tal minuta ao Presidente da República para qualquer análise, o que é comprovado até mesmo pelo encontro do documento em sua casa. 17

Não há dúvida de que a considerar a explicação de TORRES inexistente qualquer relevância jurídica para o objeto apreendido. Mas, e se durante as investigações que seguem se descobrir que o então Ministro chegou a levar ao Presidente e ambos discutiram a expedição de eventual decreto? E se a minuta foi elaborada por TORRES e não por populares, conforme ele alega? E se foi elaborada por ele a mando do então Presidente, Jair Bolsonaro? E se foi produzida pelo próprio Presidente e apenas estava de posse de TORRES? A verdade é que nada muda e a minuta continua sendo inservível para qualquer finalidade jurídica. A divulgação dessa apreensão não passa de uma narrativa com intuito de reforçar o clima político de adesão à hipótese repetida desde 2018 sobre suposto golpe de Estado que estaria sendo urdido e que jamais deu mostras de ocorrer.

16 CAMARGO, Isabela, NERY, Natuza, DUAILIBI, Júlia. PF encontra na casa de Anderson Torres minuta de decreto para instaurar Estado de Defesa no TSE. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/01/12/pf-encontra-na-casa-de-anderson-torres-minuta-de-decreto-para-instaurar-estado-de-defesa-no-tse-medida-e-inconstitucional.ghtml> , acesso em 14.01.2023.

17 Cf. A EXPLICAÇÃO de Torres sobre o documento encontrado pela PF. Disponível em <https://revistaoeste.com/politica/a-explicacao-de-torres-sobre-o-documento-encontrado-pela-pf/> , acesso em 14.01.2023.

Vejam os ângulos sob os quais a questão da minuta pode ser analisada no aspecto jurídico em geral e penal em particular.

3.1-O QUE É AFINAL UMA MINUTA?

Conforme definição dicionarizada “minuta” é apenas um “rascunho”, a “primeira redação de qualquer documento” sem intenção definitiva. 18

Fazendo uma rápida pesquisa se verifica, por exemplo, na página do Sistema Eletrônico de Informações da Universidade Federal de São Carlos, em texto elaborado com a colaboração de Marcelo Antonio Amorim Rodrigues, Procurador – Chefe da Procuradoria Federal junto à UFSCar, que “as minutas são uma espécie de rascunho que se faz de um documento qualquer e por tal razão são desprovidas de qualquer “valor legal”. Mesmo sendo uma minuta assinada por um funcionário competente, isso não lhe empresta ainda qualquer validade. A assinatura da minuta apenas aprova seu texto provisoriamente e eventuais efeitos somente existirão com a publicação do ato respectivo (portaria, decreto etc.). Ou seja, “as minutas só terão validade ao se transformarem nos documentos oficiais a que se destinam”. 19

Significa dizer que uma minuta é em termos jurídicos um pedaço de papel sem validade alguma.

3.2-DO “ITER CRIMINIS”

18 FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. 8ª. ed. Verbete: Minuta 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1949, p. 827.

19 RODRIGUES, Marcelo Antonio Amorim. O que é uma minuta e como usar no SEI? Disponível em <https://www.portalsei.ufscar.br/duvidas-frequentes/documentos/o-que-e-uma-minuta-e-como-usar-no-sei#:~:text=As%20minutas%20n%C3%A3o%20t%C3%AAm%20valor,meio%20de%20portaria%2C%20resolu%C3%A7%C3%A3o%20etc.>, acesso em 14.01.2023.

se no brocardo “*cogitationis poenam nemo patitur*” (“Ninguém pode ser punido por seus pensamentos”). 22

A segunda fase são os chamados “Atos Preparatórios”. Seria um exemplo a conduta do homicida que quer matar alguém ao comprar um frasco de veneno de rato com o intento de praticar futuro venefício. Note-se que ainda não se ingressa no verbo do tipo penal, no caso “matar”, razão pela qual ainda estamos no campo do “*ante factum*” não punível.

A terceira fase é a dos denominados “Atos Executórios”. Agora o agente ingressa no verbo típico com sua conduta. Usando o exemplo em voga, ele ministra o veneno para a vítima em um copo de suco. Nesse caso já é possível a punição, pelo menos pela figura tentada (artigo 14, II, CP). Conforme esclarecem Zaffaroni e Pierangeli, “a regra geral é a de que o *iter criminis* começa a ser punível quando começa a atividade executiva”. 23

A quarta e última fase do “*Iter Criminis*” é a “consumação”. O delito se consuma com a obtenção do resultado almejado pelo agente, integralizando os elementos objetivos e subjetivos descritos no tipo penal. No caso em exemplo, a vítima morre envenenada. Nessa situação, por obviedade, será possível a punição pelo delito consumado (artigo 14, I, CP).

Há ainda uma fase conhecida como “*post factum*” não punível, que se refere ao chamado “exaurimento” do crime. Nem todos os autores consideram o “exaurimento” como propriamente uma fase do “*Iter Criminis*”. Após a consumação, o agente pratica algum ato que não é passível de punição criminal. Por exemplo, ao ver a vítima morta envenenada, o agente fica muito feliz e sai saltitando pela casa em comemoração. Isso é

22 WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Trad. Juan Bastos Ramíres e Sergio Yañez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 187.

23 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Da Tentativa*. 5ª. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 14.

obviamente algo atroz sob o ponto de vista moral, mas não constitui um novo crime ou o crime antes praticado. É fato posterior não punível.

Bem assentada a sequência do “Iter Criminis” e de acordo com a definição do que seria uma minuta, fica muito fácil perceber que a elaboração desse documento não chega de forma alguma à fase punível do “caminho do crime”, mas mais se adequa à mera “cogitação”. Ou seja, a fase que constitui “ante factum” não punível. Assim sendo, inexistindo dentre os crimes imputados a TORRES qualquer um em que o legislador excepcionalmente transforme a cogitação em ilícito, 24 a eventual elaboração de uma minuta de decreto é jurídico – penalmente irrelevante.

A elaboração de uma minuta não chega a ser nem mesmo ato preparatório. Para isso seria necessária a elaboração do Decreto definitivo na dependência apenas da assinatura e publicação. De qualquer forma dentre os crimes contra o Estado Democrático somente há possibilidade de punição de figuras tentadas e consumadas e não de atos preparatórios, que permanecem na regra do “ante factum” não punível. É bem verdade que crimes de Terrorismo admitem punição de atos preparatórios com pena de tentativa em situação excepcional (artigo 5º., da Lei 13.260/16). Porém, além do fato de que uma minuta é apenas um “rascunho” e não passa de “cogitação”, ainda que alguém se aventure a discutir e entender que se trata de “ato preparatório”, haverá o óbice insuperável já exposto neste texto quanto ao fato de que não se configura de forma alguma crime nenhum de Terrorismo, inobstante magistrados de alto grau e alegados “juristas” tentem, ideologicamente e “contra legem”, forçar essa situação. Ademais, mesmo esses temerários defensores da configuração de Terrorismo se referem aos atos populares praticados nas ruas e nos prédios públicos. Obviamente não é possível, mesmo que houvesse uma figura

24 Op. Cit., p. 14.

de “Terrorismo Político” no Brasil, cogitar que a elaboração de um documento ou a publicação de um Decreto seja um ato terrorista.

3.3-DO CRIME IMPOSSÍVEL

Não é somente a questão do “Iter Criminis” que aponta para a inanidade jurídico – penal da elaboração de uma minuta.

O artigo 17 do Código Penal Brasileiro prevê a figura do chamado “Crime Impossível”:

“Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”.

Conforme escólio de Silva:

“No *crime impossível*, também chamado de *tentativa inidônea*, o bem jurídico não sofre lesão e nem é exposto a perigo. A conduta praticada pelo agente é inidônea para alcançar o resultado pretendido”. 25

Digamos então que fosse (o que não nos parece ser) possível afastar a natureza de mera “cogitação” da elaboração de uma minuta e que se pudesse afirmar que chegou a haver então uma suposta tentativa de crime contra o Estado Democrático de Direito.

O Decreto teria por finalidade o estabelecimento de “Estado de Defesa” na sede do TSE.

O “Estado de Defesa” é previsto no artigo 136 da Constituição Federal nos seguintes termos:

O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave

25 SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de Direito Penal*. 14ª. ed. Curitiba: Juruá, 2022, p. 174.

e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

Somente pela leitura do dispositivo constitucional já se percebe que o instrumento do Estado de Defesa não é adequado para intervir num Tribunal Superior. O local de distúrbios a que a Constituição se refere é claramente uma área geográfica, não um órgão público.

Só por isso já o Decreto é um “meio de ineficácia absoluta para a consumação do crime” porventura pretendido, configurando crime impossível e não sendo viável a punição nem mesmo na forma tentada. Mas há mais:

O Decreto do Presidente para ser efetivo dependeria, na prática, do apoio do Conselho de Defesa e do Conselho da República. Sabe-se que a norma constitucional apresenta tais pareceres como meramente consultivos, mas politicamente e na prática, sem esses apoios, o Presidente jamais conseguiria estabelecer o Estado de Defesa. Além disso, ainda precisaria submeter seu Decreto ao escrutínio do Congresso Nacional (artigo 136, § 4º., CF), sendo público e notório que o Presidente Bolsonaro não tinha de forma algum apoio no Legislativo para tal ato, de modo que com a rejeição de sua proposta cessaria imediatamente o Estado de Defesa (artigo 136, § 7º., CF).

Finalmente é mais do que óbvio que a Presidência e o restante dos componentes do TSE jamais iriam acatar a intervenção no Tribunal mediante decretação de Estado de Defesa, mesmo porque, como já dito, não se trata de meio adequado para o ato. O máximo que poderia acontecer com o Presidente e o então Ministro da Justiça seria passarem vergonha. O crime, se fosse realmente pretendido, seria, sem sombra de dúvidas, impossível, nos termos do artigo 17, CP.

Exatamente este é o entendimento do jurista Ives Gandra que destaca que além de se tratar de um documento sem validade jurídica, “Bolsonaro não conseguiria instaurar

um estado de defesa na sede do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e nem invalidar o resultado das eleições presidenciais de 2022”. Afirma que “o estado de defesa, como está escrito no papel, não teria a menor possibilidade de ser assinado pelo presidente e avalizado pelo Congresso Nacional”. E arremata Gandra esclarecendo que a minuta não passa de um “papel”: “Não é documento, é um papel que não tem validade jurídica. Até porque é um papel que cuida de uma situação absurdamente impossível”. 26

Por mais esse motivo, a minuta é um nada jurídico.

4-CONCLUSÃO

A determinação de prisão de ANDERSON GUSTAVO TORRES e FÁBIO AUGUSTO VIEIRA, bem como as ordens de busca e apreensão respectivas são ilícitas por falta de devida fundamentação legal, bem como por incompetência absoluta “*ratione personae*” do órgão prolator.

A apreensão de uma minuta de decreto de Estado de Defesa no Tribunal Superior Eleitoral na casa de TORRES não tem qualquer relevância jurídico – penal, seja porque não se chega por meio desse documento a fase punível do “*Iter Criminis*”, seja porque eventual atuação por via de tal decreto configuraria crime impossível. Além disso, sendo a ordem originária de tudo isso eivada de nulidade e ilegalidade, não somente a apreensão da minuta é contaminada pela *ilicitude* como também qualquer outra apreensão ou prova obtida (*ilicitude derivada*) (“*Fruits of the Poisonous Tree Doctrine*” – artigo 157 e § 1º., CPP).

5-REFERÊNCIAS

A EXPLICAÇÃO de Torres sobre o documento encontrado pela PF. Disponível em <https://revistaeste.com/politica/a-explicacao-de-torres-sobre-o-documento-encontrado-pela-pf/>, acesso em 14.01.2023.

26 MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Bolsonaro não assinaria”, diz Ives Gandra sobre minuta na casa de Torres. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/breves/bolsonaro-nao-assinaria-diz-ives-gandra-sobre-minuta-de-torres/>, acesso em 14.01.2023.

APLICAÇÃO das Súmulas no STF – Súmula 394 Cancelada. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1588> , acesso em 14.01.2023.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal*. Volume 1. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. 2ª. ed. Leme: Mizuno, 2021.

CAMARGO, Isabela, NERY, Natuza, DUAILIBI, Júlia. PF encontra na casa de Anderson Torres minuta de decreto para instaurar Estado de Defesa no TSE. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/01/12/pf-encontra-na-casa-de-anderson-torres-minuta-de-decreto-para-instaurar-estado-de-defesa-no-tse-medida-e-inconstitucional.ghtml> , acesso em 14.01.2023.

COELHO, Gabriela. Veja a íntegra da decisão de Moraes que decreta prisão de Anderson Torres. Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/veja-a-integra-da-decisao-de-moraes-que-decreta-prisao-de-anderson-torres/> , acesso em 14.01.2023.

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

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer "et al." São Paulo: RT, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. 8ª. ed. Verbete: Minuta 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1949.

FINCHER, David. Clube da Luta ("Fight Club"). *Fox Pictures e RegencyEnterprises*.2010.

GONTIJO, Conrado Almeida de Corrêa. Secretário de Estado não tem prerrogativa de Foro em crimes federais. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jun-14/secretario-estado-nao-prerrogativa-foro-crimes-federais> , acesso em 14.01.2023.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. "Bolsonaro não assinaria", diz Ives Gandra sobre minuta na casa de Torres. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/breves/bolsonaro-nao-assinaria-diz-ives-gandra-sobre-minuta-de-torres/> , acesso em 14.01.2023.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Coisa Julgada e o Vício da Inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

RODRIGUES, Marcelo Antonio Amorim. O que é uma minuta e como usar no SEI? Disponível em <https://www.portalsei.ufscar.br/duvidas-frequentes/documentos/o-que-e-uma-minuta-e-como-usar-no->

A SOLIDARIEDADE COMO UM VALOR INDISPENSÁVEL PARA A INTERDISCIPLINARIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS.

LORENI DOMINGOS DALABILIA: é advogada em São Paulo e no Rio Grande do Sul, professor de Direito e História, doutorando em Ciências Jurídicas na área do direito social pela Universidade do Museo Social Argentino – UMSA]. Este artigo, é resultante de disciplina de Investigação, ministrada pelo Professor Doutor Raphael Silva Rodrigues, no curso de Doutorado em Ciências Jurídicas da UMSA – Universidad del Museo Social Argentino no ano de 2022²⁷.

RESUMO: O objetivo deste artigo é refletir sobre o tema do Direito de solidariedade não apenas como uma utopia jurídica, mas voltado, sobretudo, ao âmbito dos direitos sociais e ao direito de família ou sucessões. Justifica-se a importância do tema pois, decididamente, seria muito precária a compreensão do Direito com base, unicamente, nos critérios de legalidade. Assim, para que o direito possa constituir-se, objetivamente, num elemento de agregação social, necessário sempre que façamos uma reflexão ética sobre os valores humanos, sobre o que é justo, útil e legítimo, na busca do real sentido da chamada justiça social, comumente buscada e praticada através do Direito, tanto em seu sentido tópico quanto utópico. Daí ser importante o estudo sobre o tema da solidariedade, um valor que já está para muito além da utopia e da complexidade dos determinantes jurídicos, não obstante para a grande maioria dos operadores do direito seja ideia considerada cerebrina, idealista, utópica. O certo é que, trata-se de um tema provocativo, uma 'aventura' permitida somente àquelas pessoas verdadeiramente dispostas a refletir sobre a possibilidade de novas abordagens para o nosso atual e fechado sistema jurídico e, numa análise mais aprofundada, é possível constatar que a solidariedade já está positivada no artigo 3º da Constituição brasileira.

²⁷ Contato: dalabiliadv@gmail.com

PALAVRAS-CHAVE: social, ciência jurídica, valor moral, solidariedade

ABSTRACT: The purpose of this article is to reflect on the theme of Solidarity Law not only as a legal utopia, but mainly focused on the scope of social rights and family or succession law. The importance of the subject is justified because, decidedly, it would be very precarious to understand the Law based solely on the criteria of legality. Thus, for the law to objectively constitute itself as an element of social aggregation, it is necessary whenever we make an ethical reflection on human values, on what is fair, useful and legitimate, in the search for the real meaning of so-called social justice. , commonly sought and practiced through Law, both in its topical and utopian sense. That is why it is important to study the theme of solidarity, a value that is already far beyond utopia and the complexity of legal determinants, despite the fact that for the vast majority of legal practitioners it is an idea considered cerebral, idealistic, utopian. What is certain is that this is a provocative theme, an 'adventure' allowed only to those people truly willing to reflect on the possibility of new approaches to our current and closed legal system and, in a deeper analysis, it is possible to verify that Solidarity is already established in Article 3 of the Brazilian Constitution.

KEYWORDS: social, legal science, moral value, solidarity

Introdução

O presente artigo trata do valor humano da solidariedade aplicado ao direito, enquanto busca deixar claro, também, que aquilo que por vezes é considerado uma utopia jurídica já esteve presente em todas as épocas. Algumas 'utopias" surgem da fraternidade e da esperança dos homens na construção de uma sociedade melhor; outras, infelizmente, ainda têm enxergado o futuro apenas como um mundo sombrio. Fato é que toda "utopia", boa ou má, é sempre uma invenção paradoxal que considera a ideia de que poderia existir um mundo ou lugar longínquo muito diferente daquele no qual vivemos. De um modo ou de outro, começamos a compreender esse mundo estranho quando ele se torna familiar

o suficiente para que possamos compará-lo com o que estamos habituados. E é preciso falar sobre isso. Este artigo trata da solidariedade como um valor indispensável para a interdisciplinaridade da concepção jurídica racional (normatizada) com a chamada utopia jurídica, na busca da verdadeira Justiça social.

Nesse sentido é que o Direito deve ser permanente testemunha e critério para um diálogo, como o que buscamos aqui. Uma vez que as Constituições contêm em si uma dimensão social e política, elas são, também, uma criação decorrente da convivência entre a racionalidade, o diálogo e as utopias jurídicas. Portanto, seja no Direito em seu sentido amplo, na política ou na Constituição, a Utopia, mesmo com a sua promessa de criar ilusões e paraísos artificiais - o que as vezes nos é claustrofóbico e infernal - nos traz, também, uma esperança constante na vontade intrínseca de se fazer Justiça, o que será sempre fecundo e libertador aos homens de boa vontade.

O termo utopia, é fato notório, foi cunhado pelo humanista estadista inglês Thomas More, que intitulou de "*Utopia*" um de seus textos curtos, escrito em latim, sobre a ordenação 'ideal' de uma entidade comunitária, a qual seria uma ilha distante de difícil acesso, no meio do mar. Como a comunidade vislumbrada por Tomas More, elevamos aqui a ideia de que o valor da Solidariedade deveria se consubstanciar em Direito de Solidariedade, para que se tornasse real e possível a transformação do nosso mundo em um mundo ideal, mais justo e melhor para se viver.

Partimos de uma análise filosófico-jurídica sobre a ideia de positivação dos princípios e valores da solidariedade e da fraternidade, a serem trabalhados e considerados no âmbito dos direitos humanos como um caminho necessário para o aperfeiçoamento e aplicação mais eficiente de uma justiça social no Brasil, nos demais países da América latina, quiçá do mundo.

Sabemos que o homem é um ser social e por isso ele sempre irá buscar no outro as experiências ou faculdades que não possui. E nesse contexto, progressivamente, ele também tem a necessidade de transmitir o produto de seu conhecimento e o resultado de suas vivências adiante. A interação social e a pesquisa resulta, assim, em crescimento e desenvolvimento recíprocos e intermináveis, faz surgir e promover novas ideias, novos ordenamentos, novas leis que ao fim, na sua maioria, objetivam beneficiar o próprio homem, que é um ser social e político, como ensina Mondin:

O homem é um ser sociável, tem a “propensão para viver junto com os outros e comunicar-se com eles, torná-los participantes das próprias experiências e dos próprios desejos, conviver com eles as mesmas emoções e os mesmos bens...ele também é um ser político, vez que a política é o conjunto de relações que o indivíduo mantém com os outros, enquanto faz parte de um grupo social.” (“Sociedade, direito e controle social | eGov UFSC”) Battista Mondin (1986, p.154)28,.

1.Ultrapassando o ponto que quase ninguém vê

Para tanto é preciso fazer muito mais do que tem sido feito. É preciso avançar e ultrapassar o ponto que quase ninguém vê, ir muito além do óbvio, do que está escrito, dos excessos de burocracia e formalidades jurídicas que por vezes acaba impedindo um resultado justo, humano e eficaz em todas as importantes decisões no universo jurídico, mas sobretudo do universo social.

A ciência jurídica se construída a partir do enfoque normativista da Modernidade reduziu a visão de complexidade tanto da ciência quanto da realidade. Ao depurar seu objeto – a norma jurídica – de toda contaminação política e ideológica a

28 MONDIN, Battista. *O homem, quem é ele?*, São Paulo: Paulinas, 1986

Ciência do Direito procedeu a uma simplificação ao nível do pensamento e da realidade. O fenômeno jurídico tem por fundamento o social; volta-se para as relações humanas a fim de orientá-las, regulando as manifestações conflituosas e próprias da vida social.

Torna-se urgente encontrar soluções para ao menos amenizar os vários desses problemas sociais que se avolumam, a fim de que se possa prevenir o seu aprofundamento. Os mecanismos de prevenção e resolução são inúmeros, são conhecidos, mas, necessariamente, precisam voltar-se a uma visão baseada em valores de solidariedade, fraternos, de paz, de inclusão, de dignidade humana que promovam o entendimento mútuo entre os homens, a tolerância e a aceitação das diferenças sob todos os aspectos.

Sabemos que lá nos primórdios da coletividade humana os homens descobriram que precisavam uns dos outros e que era preciso cooperação entre si para sobreviver. Já, em nossa era de globalização, as transformações sociais ocorrem a um ritmo cada vez mais acelerado. Fenômenos como as mudanças climáticas, crises econômicas, conflitos armados, migrações e desastres naturais têm uma enorme influência nas sociedades, causando, muito frequentemente, um aumento das desigualdades, da pobreza, da exclusão e de violações dos Direitos Humanos e sociais.

No âmago da visão platônica acerca da sociedade já tínhamos a percepção de que o homem é um ser social, uma vez que no plano mesmo das necessidades básicas, o indivíduo nunca é inteiramente autossuficiente. Sem pretender se estabeleça aqui o maniqueísmo do que é certo ou é errado, sabe-se que Platão dizia que numa cidade (ou sociedade) justa, o princípio maior determina que todos deverão ocupar os lugares que lhes foram destinados naturalmente, de tal modo que quando alguém ocupa o lugar que era naturalmente reservado para outrem é como se perpetrasse um furto contra a sociedade, pois os papéis a serem desempenhados na sociedade seriam obra de uma

seleção rigorosa, baseada na eugenia e aliada a um projeto educacional bem definido.²⁹ (NUSBAUNN,2004). Para Platão, ainda, a justiça ampara-se não num ideal de igualdade social e de eliminação das diferenças de classe - como é a tônica de tantos projetos utópicos mais modernos de inspiração claramente socialista - mas sim no fortalecimento dos papéis sociais gerados pela diferenciação funcional.³⁰ (CARRACEDO,1990, p 76-77). Platão traçava, por fim, um paralelo entre a alma do homem e a justiça na organização das cidades. Essas ideias, por mais estranhas que hoje possam parecer, constituíram-se nos primeiros fragmentos daquilo que mais tarde viria a se tornar a moderna psicologia social, pois tanto o indivíduo quanto a "cidade" possuem uma estrutura tripartite, onde o equilíbrio entre as partes que compõe a alma humana (razão, força e apetite) também deve ser observado na vida social, de cuja harmonia depende o seu bom funcionamento.

O direito não pode mais ser pensado apenas enquanto técnica de regulação coercitiva da vida social, pois esta não se constitui somente de ordem, organização e razão, mas também de afeto, sensibilidade, desordem, rupturas, caos.

Modernamente, se torna cada vez mais premente encontrarmos soluções para amenizar vários destes problemas (da cidade) e ao menos tentarmos prevenir o seu aprofundamento. Os mecanismos de prevenção e resolução destes problemas são inúmeros, mas deveriam, muito mais, serem baseados em valores como a paz, a inclusão, o afeto, a sensibilidade, a dignidade, a igualdade, promovendo-se o entendimento mútuo e a tolerância. A aceitação das diferenças deveria ser a regra, tanto quanto a ideia da justiça como sinônimo de harmonia entre a ordem social e os indivíduos permanente na

²⁹ "o que dá nascimento a uma cidade – disse eu – é, creio, a impotência de cada indivíduo de bastar-se a si próprio... ou pensas existir outra causa qualquer na origem de uma cidade?"

³⁰ CARRACEDO anota a respeito: "no deja de ser sorprendente esta anticipación, de más de dos mil anos, del funcionalismo liberal em el constructo platónico de la sociedade minimal. El contrato social aparece como espontâneo y no se plantea ni la existência de um Gobierno ni las consegintes obligaciones políticas ni Morales fuera de lo estrictamente funcional". In; CARRACEDO, José Rubio. Paradigmas de la Política, p.76-77.

tradição jusnaturalista da qual “Javier Hervada” se constitui num bem articulado representante quando ensina:

Se falamos de ordem e harmonia, classificamos a referida situação social de um bem, o que quer dizer que está de acordo com a pessoa humana. De fato, não se trata apenas de uma ordem satisfatória, que satisfaz determinados desejos ou estimativas dos homens, mas de uma ordem necessária para a pessoa e a sociedade. Essa harmonia é uma exigência da pessoa humana, por sua qualidade de “ser” que domina o seu próprio ser e seu entorno, isto é, em sua qualidade de “ser” que tem coisas verdadeiramente suas. Essa harmonia ou proporção preservada conserva a sociedade dos homens, e corrompida a destrói. (HERVADA,2008).³¹

A par de toda essa fundamentação de cunho filosófico, teórico, do milenar e ultrapassado entendimento platônico, que o próprio Aristóteles condenaria, seja porque representa a verdadeira possibilidade do totalitarismo ou “mesmo se fosse realizável, tal projeto deveria ser proscrito” (HOSLE, 2008, p.56), seja porque as ideias avançam e se transformam, é que precisamos compreender que a sociedade humana não é simplesmente um todo orgânico integrado por partes, a exemplo do Leviatã de Hobbes³², mas que é uma entidade altamente complexa, contingente, paradoxal, na qual até os limites territoriais acabam sendo desvalorizados; a sociedade é, seguindo as observações de Rudolf von Jhering (JHERING-2002, p. 71) “uma organização efetiva de vida para e através dos outros”.

2. Reconhecimento do outro - A solidariedade como um valor moral

31 HERVADA, Javier. Lições propedêuticas de Filosofia do Direito. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes,2008

32 HOBBS, Thomas. LEVIATÃ ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução: D’Angina, Rosina. 2009, Martin Claret Ltda. São Paulo-SP.

Na arte de viver, o homem é o artista e, ao mesmo tempo, o objeto de sua arte; o lapidador e, simultaneamente, a pedra a ser lapidada. O homem não só pensa mas, normalmente também age em relação a si mesmo; em relação aos seus semelhantes e em relação ao mundo. A história e a própria experiência mostram-nos que a questão do que se deve fazer ou deixar de fazer, do que é bom ou mau, certo ou errado é uma questão situada dentro de culturas e sociedades que desenvolveram sistemas e hierarquia de valores.

Ao tratar do tema da filosofia de valores morais, o Dr. Raphael Silva Rodrigues (SILVA RODRIGUES-2022 - p.47)³³ nos diz que “os principais valores (morais) seriam: paz, amor, justiça, generosidade, diálogo, honestidade e lealdade, por serem valores objetivos situados fora do tempo e do espaço”. Fazendo eco as palavras do autor, de fato, todos os povos têm algumas regras fundamentais em sua moral cotidiana, como por exemplo: não debes matar; não debes mentir; não debes enganar; não debes roubar; cumpre tuas promessas. Avançando, pode se chegar noutras mais especificamente voltadas ao valor da solidariedade, tais como: debes ter compaixão; debes estar disposto a ajudar; não causes sofrimento. A essência desses valores todos já pressupõe a existência do valor moral da solidariedade entre os homens por serem inerentes a ética do bem agir.

“É preciso implantar na sociedade apenas os valores positivos para aumentar a solidariedade do grupo, e não apenas vícios reprováveis (antivalor)”, continua ensinando Raphael Silva Rodrigues na sua obra citada (p.48), pois “os valores estão indissolúvelmente ligados a forma da sociedade, existindo algumas que mudam rapidamente seus valores e normas sociais, acabando por se modificar ou coexistir com as antigas” (p.49). O homem precisa urgentemente reaprender a internalizar valores, para que estes voltem a se tornar guias e diretrizes de sua conduta.

³³ SILVA RODRIGUES, Raphael. “Ensino aplicado à filosofia de valores”. Conhecimento Editora, Belo Horizonte, 2022.

O Direito de Solidariedade é o que determinaria apenas o “agir” com solidariedade para com o outro, e isto nos é uma escolha consciente. Para isso, porém, é preciso que se tenha princípios de valores sólidos, que permitam, inclusive, discernir a validade de normas seguidas pelo homem, o que nem sempre é feito de forma livre.

Os valores autênticos são assumidos livremente e nos permitem definir com clareza os objetivos da vida, em toda a sua plenitude. Ajudam a nos aceitar e a nos estimar como realmente somos, facilitando um relacionamento maduro e equilibrado com as pessoas e coisas. Os valores podem ser efetivados, descobertos ou incorporados pelo ser humano [SILVA RODRIGUES-2022, ob. Cit. p.50)

Pois bem, na medida em que se entenda que a vida em sociedade só é possível através de valores fortalecidos para o reconhecimento do outro, se faz necessário considerar implicações sociais e jurídicas a esse respeito para tentar desvelar a real possibilidade de aplicação do ‘Direito de Solidariedade’.

Avancemos para o que dizem sobre o Direito de Solidariedade o douto jurista argentino, Dr Marcos Córdoba e seu discípulo, o Dr. Alejandro Laje, que de há muito vêm tratando das questões da equidade jurídica e promovendo estudos próprios para que seja introduzido o Direito de Solidariedade no Código Civil Argentino, especificamente no capítulo que trata do direito sucessório naquele País, a exemplo de positivação de benefícios especiais para o herdeiro cuidador de familiar incapacitado: “La solidaridad legal es aquella que tiene como pauta válida la ecuación que resulta de la concurrencia entre

necesidad y posibilidad” nos revela Dr. Marcos Córdoba³⁴, citado didacticamente por Dr Alejandro Laje.³⁵ nesse mesmo sentido:

Del principio de igualdad, se deriva el de solidaridad, ya que la solidaridad se da entre personas que tienen algo en común, entre personas que la ley considera que forman parte de una relación jurídica por la que la necesidad de uno debe concurrir con la posibilidad de otro. No se trata de igualdad de prestaciones, sino de igualdad de situaciones fácticas vinculantes, a partir de la cual se crea la obligación de solidaridad. Dicha igualdad fáctica se da ejemplarmente en la familia donde el individuo desarrolla principalmente sus vínculos sociales, satisface sus necesidades primarias y recibe la orientación inicial que posibilita todo su desarrollo actual y posterior. “Ese mismo individuo, ya maduro, organiza su vida sobre la base de una pareja estable, en el ámbito de la cual quienes la integran se asisten recíprocamente y, además, cumple los roles de orientación y cuidado de sus descendientes y de asistencia de sus ascendientes.” Explica Bossert que “estos datos de la realidad, que están en la base de la estructura social, son los que permiten advertir la existencia de un deber moral de solidaridad entre los miembros de un grupo familiar, al menos en los más próximos.” (LAJE-2013)

O Direito de solidariedade está, assim, voltado completamente ao direito social das pessoas ou, mais especificamente, ao direito à saúde e ao direito de família e sucessões.

Exemplificativamente, ainda, poderíamos fazer referência ao direito e o dever solidário (ou fraterno) de doar órgãos. Não existe lei que obrigue a doação de órgãos. Trata-se muito mais de um aspecto do valor moral de solidariedade. Doar órgãos é hoje um ato solidário, muito mais que propriamente um dever. Mas, consideremos que viesse a ser editada alguma lei que obrigasse a doação de órgãos pelos familiares de um ente

34 CORDOBA Marcos M. Conferência pronunciada en el Parlamento de Berlín, Alcaldía de Tempelhof Schöneberg, abril de 2013

35 LAJE, Alejandro, artículo “La solidaridad familiar como paradigma de la solidaridad en los sistemas jurídicos occidentales” publicado in: Derecho Moderno - *Liber amicorum*, Tomo II, de Marcos M. Córdoba, Editora Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Ar.

falecido, surgiria imediatamente grandes discussões sobre quais seriam, por exemplo, os limites do dever de doar? E, logicamente, seria preciso refletir e discutir sobre isso. É justamente a inexistência de lei que obrigue o indivíduo à doação, aliada a liberdade de se poder “livremente” optar pelo exercício do direito de ser solidário, doando órgãos para salvar o outro semelhante, o que vem permitindo que tal ato de grandeza aconteça de forma natural, sem maiores discussões jurídicas. Uma Lei escrita que viesse a obrigar a doação de órgãos, resultaria em total prejuízo ao outro, levantaria suspeitas, traria dúvidas, reduziria o ato solidário e humano para apenas mais uma obrigação legal, afastando gradativamente o sentimento de solidariedade que ainda existe no ser humano.

3. Uma sociedade que supervaloriza os direitos excludentes

Em nossa sociedade não é difícil identificar que todos temos muito mais direitos do que podemos efetivamente gozar. Aparentemente, até se poderia dizer que a era da inclusão universal já existe. Todavia, sua existência está fundada em situações paradoxais nas quais, frequentemente, essa inclusão acontece pela exclusão. A possibilidade de acesso, por exemplo, ao “direito de ter direito à saúde”, ao direito de ter um tratamento médico muito caro, não se dá simplesmente através do Sistema Único de Saúde, mas sim pelo sistema do Poder Judiciário, por ordem de um Juiz que ainda vai considerar várias questões de necessidade, possibilidade, inclusive da chamada reserva do possível, que as vezes serve de justificativa para negar esse direito ao cidadão, ou ainda pior, por favores políticos ou de amizades interesseiras ou não.

Nessa linha, tentando evitar situações de exclusão, é que poderíamos aplicar o Direito de solidariedade na saúde. “Saúde para todos” deveria ser, de verdade, o direito racional umbilicalmente ligado ao Direito de solidariedade, pois na força desse valor humano e social “é onde se colocaria em evidência toda a determinação histórica do direito fechado na angústia dos confins estatais que coincide com o espaço de reflexão legado ao

tema dos direitos humanos". (RESTA, 2006, p. 37).³⁶ E, de certa forma, ainda reproduzindo a ideia de Resta³⁷, definirmos que é a solidariedade e "a fraternidade que aproxima os mundos, enquanto a solidão vive de separações e de distâncias".

O movimento para uma justiça social mais voltada ao agir sempre no intuito do solidário, aparentemente, desenvolver-se-ia em sentido único, isso se não existissem os empurrões contraditórios e ambivalentes que, de certa forma, impedem que se de real sentido ao Direito de solidariedade, "restabelecendo as nossas "solidões", inclusive através de processos não somente simbólicos que "unam" os outros" pois o vínculo da superação dos confins no mundo moderno criado por Resta nada mais é do que acelerar o processo ambivalente da amizade. Esta ambivalência, como já vimos, está representada pelo paradoxo da inclusão/exclusão. Nunca, em uma sociedade como a cosmopolita, houve tantas possibilidades de inclusão; nunca, como hoje, houve tanto "direito a se ter direitos" continua asseverando Resta na obra citada. Porém, e infelizmente, o acesso efetivo a estes mecanismos inclusivos, muitas vezes, se dá pela exclusão e/ou justamente pelo não-acesso. ("Direito Fraternal e sua aplicação no Cenário Jurídico ... - CAMESC") (RESTA.2006, ob. Cit. p. 41)³⁸.

Dessa forma, como referido no início desse artigo: para muito além da utopia e da complexidade dos determinantes filosóficos, a construção de um novo mundo inserido neste já existente só é possível se buscarmos outros pilares sociais e jurídicos de sustentação, os quais deverão estar fundados na solidariedade (fraternidade) humana, embora isso, talvez possa parecer tão utópico quanto a ilha-cidade imaginada por More,

³⁶ *"Il diritto fraterno, dunque, mette in evidenza tutta la determinatezza storica del diritto chiuso nell'angustia dei confini statali e coincide con lo spazio riflessione legato al tema dei diritti umani"*

³⁷ RESTA, Eligio. Diritti umani. Torino: UTET. 2006.

³⁸ *"La solidarietà avvicina mondi mentre la solitudine vive di separazione e di distanze. Il movimento apparentemente si svolge a senso unico, se non ci fossero spinte contraddittorie e ambivalenti; cerchiamo distanze e differenziazioni ma Le revochiamo prepotentemente cercando e dando solidarietà, reongiungendo le nostre solitudine attraverso processi non soltanto simbolici che "uniscono"agli altri."*

ou o entendimento filosófico platônico sobre a República, ou, finalmente, sobre as ideias de ROUSSEAU³⁹ concernentes ao contrato social e seu conceito de vontade geral, que formam a base da nossa sociedade.

O homem sabe que sem o sentido filosófico da solidariedade e da fraternidade, a vida no mundo perde o sentido. Então, o que é este mundo (ou esta sociedade ou cidade) na qual exploramos, matamos, desrespeitamos, criamos guerras? Talvez seja um mundo “não-mundo”, com certeza, mas é o mundo, a cidade, a sociedade que temos. E como mudar isso que nos é dado? Como fazer com que o “direito a ter direitos” seja efetivado não pela via da exclusão, mas sim pela inclusão, pela solidariedade, pela humanidade? Esta reflexão poderia muito mais ser aprofundada através da função e dos limites do direito na sociedade atual, como nos ensina Stefano Rodotà⁴⁰, aqui traduzido livremente:

vivemos em uma *Law-saturated society*, em uma sociedade mais que cheia de direitos, de regras jurídicas de origens mais diversas, impostos pelos poderes públicos ou potências privadas com uma intensidade que faz do pensar, mais que uma necessidade, uma inalcançável corrente. A sabedoria social não é sempre adequada à complexidade deste fenômeno, que revela mesmo assimetrias e descompensamentos fortíssimos, vazios e cheios, com um direito que invade muitos setores e todavia não chega lá onde mais seria necessário. Sustentado por impulsos diferentes e até contraditórios (RODOTÀ-2006, p.10)⁴¹.

39 ROUSSEAU, Jean Jacques. A origem da desigualdade entre os homens. Tradutor: Eduardo Brandão, Ed.Penguin&cia das letras,2017

40 RODOTÀ,Stefano. La vita e le regole – Tra diritto e non diritto. Milano: Feltrinelli, 2006

41 " *Viviamo ormai in una law-saturated society, in una società strapiena di diritto, di regole giuridiche dalle provenienze più diverse, imposte da poteri pubblici o da potenze private, con una intensità che fa pensare, più che una necessità, a una inarrestabile deriva. La consapevolezza sociale non è sempre adeguata alla complessità di questo fenomeno, che rivela anche asimmetrie e scompensi fortissimi, vuoti e pieni, con un diritto invadente in troppi settori e tuttavia assente là dove più se ne avverrebbe bisogno. Sostenuto da spinte diverse, e persino contraddittorie*"

Rodotà tem toda a razão. Inegavelmente, embora haja um excesso de direitos, há também de uma ausência do direito onde ele realmente deveria existir. Mais do que isso, da diversidade de regras que, paradoxalmente, ao mesmo tempo em que autorizam também proíbem, assinalando, com isso, a ambivalência da técnica do direito ou em outras palavras, aquilo que fazemos poder tanto, e concomitantemente, servir como remédio ou como veneno, não faltando Leis e Tratados para dizer e fundamentar que tudo é legal, a depender de quem estiver julgando ou aplicando determinada lei! Exemplos não faltam - que o diga o nosso Poder Judiciário - sobretudo das instâncias superiores. Não basta o conhecimento técnico jurídico, quando, frequentemente, se torna ausente das relações jurídico-sociais, elementos fundamentais como a solidariedade, a fraternidade e o mínimo de coragem e boa vontade para um entendimento e simplificação dos legisladores, dos aplicadores e fiscais da Lei, de todos os operadores do Direito, enfim.

4. O Direito de Solidariedade positivado na Constituição do Brasil, de 1988

Toda essa aspiração de grandeza, pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária foi insculpida no art. 3º, inc. I, de nossa Magna Carta de 1988, que aqui reproduzimos:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

[...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e **solidária**; (grifamos)

O Direito de Solidariedade, inegavelmente, já encontra-se positivado no artigo 3º da Constituição Brasileira de 1988. Logicamente que a palavra “solidária” se apresentou aos olhos do povo brasileiro como uma aposta (talvez uma utopia) onde o outro deveria ser um outro-eu, meu irmão, alguém com quem faço pactos e acordos mútuos de proteção e cuidados sempre altruístas.

Exemplificativamente, não é por acaso que de há muito, no Brasil, se fala em ‘Pacto pela Saúde’, O que trata-se, inclusive, de compromisso público Estatal, assumido por vários governos e setores do SUS (Sistema Único de Saúde). Consubstanciado nos princípios de nossos valores constitucionais do citado art. 3º e, também, do art.196 da C.F.

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."
("Constituição Federal (Artigos 196 a 200) - Ministério da Saúde")

No entanto, para que o verdadeiro ‘pacto pela saúde’ não ficasse apenas na retórica e todos pudessem ter, efetivamente, direito à saúde, haveremos de concordar que seria necessário efetivar um ‘pacto solidário pela vida humana’ e pela aplicação de todos os valores morais na gestão do nosso Sistema Único de Saúde. Parece, no entanto, que temos andado apenas em círculos e tudo se revela verdadeira utopia. Sem compartilharmos o sentimento de solidariedade e fraternidade com o outro como se ele fosse um outro-eu, é impossível pensar na saúde plena ou na própria ‘vida’, até porque quanto a esta, parece que nos tempos modernos – e já alterados vários dos paradigmas humanos e filosóficos - tem sido difícil definir quando é seu início ou seu fim, vide as grandes discussões atuais a respeito do aborto, tanto no Brasil como na Argentina, em todo o mundo.

Sobre o tema do 'aborto', outro exemplo, fato é que nenhuma política de saúde pode ignorar algum tipo de questionamento racional e humano. E é preciso apresentar respostas para estas novas-velhas questões: de quem é o corpo? De quem é o corpo que já está em formação? Quem tem o dever de cuidar de ambos os corpos? Ou teremos de pensar na hipótese discutida com profundidade por A. Puni sobre o 'Homem Máquina'. 42

Ora, se vejo ou pretendo ver o outro através de mim, temos novos pactos a fazer pela saúde e pela vida, não poderemos mais aceitar que os níveis de saúde sejam diferentes conforme a renda ou escolaridade, ou a Região do Brasil, a que pertence.

Para efetivar uma política de saúde adequada, é necessário que os atores envolvidos nela participem do processo desde sua gestão até sua implementação. É neste sentido que o direito à saúde pode ser resgatado e efetivado, pois não basta dizer que saúde é um direito do cidadão e um dever do Estado, é preciso criar condições para que este direito seja efetivado, e isso se dará somente através de políticas públicas que respeitem as diferenças loco-regionais e que apresentem uma estrutura global, pois os problemas de saúde não são territorialmente limitados.

O sentimento de Solidariedade é o que nos faz ver, muitas vezes, a não necessidade da existência de governantes, políticos e juízes que exploram, mas de outros modelos de líderes que, perdendo suas posições superiores, passassem a ser o irmão, o outro-eu. Mais uma vez aqui, tratamos da utopia.

Com os aspectos assim levantados, observa-se uma contínua reflexão sobre o novo papel dos sistemas sociais em uma sociedade globalizada, onde o ciúme que assola as relações político-jurídicas deve ser imediatamente substituído por colaboração, pelo

42 Sobre isso ver: PUNZI, A. L'ordine giuridici delle macchine. Gianppichelli, Torino, 2003.

pacto entre iguais, pois somente por meio deste será possível construir novas formas constitucionais que sejam, efetivamente, solidárias e inclusivas.

5. Direitos humanos para 'humanos' de qualquer lugar

Estas reflexões todas, estão fundamentadas na obrigatoriedade universalista de respeitar-se os direitos humanos, os quais se destinam 'naturalmente' a todo e qualquer ser humano, ou como diz Rest43 (ob.cit.2004): "não porque pertença a um ou outro território, siga esta ou aquela cultura ou, ainda, tenha uma descendência determinada, mas tão somente porque tem humanidade". É um direito que tem como fundamento a humanidade, o ter humanidade, uma humanidade repleta de diferenças compartilhadas e de uma comunhão de juramentos, de comprometimentos, de responsabilidades. "A sociedade atual é o *lócus* tanto do respeito como do desrespeito aos e com os direitos humanos" (ob.cit.2004). Uma das tarefas do Direito de solidariedade é justamente atentar para esta responsabilidade de cada um de nós, de cada homem e mulher, de cada criança e idoso, enfim, de cada um que compartilha o caráter de humanidade. Para isto, no entanto, "o código amigo/inimigo", ainda nas palavras de Rest (2004, p. 25), ou a rivalidade do "modelo dos irmãos-inimigos", estimulada pelos limites territoriais e pelas diferenças de identidade, já não podem mais ser mantidos

É evidente a dificuldade de superar a barreira da soberania; porém, quando pensamos a respeito da efetividade do direito à saúde, esta questão precisa ser revista, pois não podemos pensar que as doenças e seus agentes transmissores respeitem os limites territoriais. As grandes epidemias modernas, a exemplo do COVID19 e as antigas

43 Nessa análise, Rest retoma o debate entre Freud e Einstein, nos anos 30, sobre o tema da guerra e da paz relacionados com a força do direito e com o significado de amigos da humanidade.

que ressurgem volta e meia, já sinalizam para esta questão desde muito tempo; basta pensar nas grandes pestes que acometeram a Humanidade.

Eligio Resta (2002, p. 8, ob. Cit.)⁴⁴. nos faz ver que a solidariedade, a qual somente agora se aproxima das discussões jurídico-científicas, vem para demarcar o que não queremos ver, vem para dizer que todas as evidências históricas nos levam a buscar alternativas em relação aos direitos fechados nos limites do Estado-Nação:

O direito fraterno, então, coloca em evidência toda a determinação histórica do direito fechado na angústia dos confins estatais e coincide com o espaço de reflexão legado ao tema dos direitos humanos com um entendimento a mais: que a humanidade é simplesmente o lugar comum somente no interior do que se pode pensar reconhecimento e tutela.[Tradução livre.]

6. Considerações finais

O estudo e aplicação do Direito de solidariedade não é algo simples, pois não é simples colocar em questionamento algumas “verdades”, propor e ousar. É um tema provocativo, uma ‘aventura’ permitida somente àquelas pessoas verdadeiramente dispostas a refletir sobre a possibilidade de novas abordagens para o atual e fechado sistema jurídico. É urgente a positivação de um direito fundamentado no pacto entre irmãos, como um direito inclusivo, no cosmopolitismo, no sentimento de humanidade e todos os seus valores, como fundamento de qualquer código, uma vez que propõe a ruptura com os modelos tradicionais.

Finalmente, contrariando absolutamente o raso entendimento de que o Direito de Solidariedade (ou o Direito Fraterno) seja apenas mais uma utopia ou ideia cerebrina

⁴⁴ "Il diritto fraterno, dunque, mette in evidenza tutta la determinatezza storica del diritto chiuso nell'angustia dei confini statali e coincide con lo spazio di riflessione legato al tema dei diritti umani, con una consapevolezza in più: che l'umanità è semplicemente luogo comune, solo all'interno del quale si può pensare riconoscimento e tutela

distanciada da normatividade e da racionalidade jurídica, ele pode perfeitamente ser visto como outra forma de se trabalhar na resolução de conflitos, onde a linguagem não seja propriedade apenas daqueles que dizem o direito, mas seja uma linguagem de todos, de irmãos, de iguais que compartilham a ideia de que a solidariedade, muito mais do que interditos e sanções, é hoje e sempre o que deve dizer o sentido e o valor da vida em sociedade. E isto tudo não deve ser para o amanhã.

BIBLIOGRAFIA: CONSULTADA E REFERENCIADA

CARRACEDO, José Rúbio. Paradigmas de la política: des Estado justo al Estado legítimo (Platón, Marx, Rawls, Nozick). Barcelona: Amnrthopos; Málaga: Universidad de Málaga, 1990.

CÓRDOBA, Marcos M., "Utilidad social de la sucesión – asistencia – mejora específica", El derecho de sucesiones en Iberoamérica. ("Autora: Vilma R. Vanella") Tensiones y retos, Pérez Gallardo, Leonardo B. Coord. Editoria Reus, Madrid, 2010.

_____, Conferência pronunciada en el Parlamento de Berlín, Alcaldía de Tempelhof Schöneberg, abril de 2013.

_____. Derecho Moderno - *Líber amicurum*, Tomo II, editora Rubinzal-Culzoni Buenos Aires, Argentina, 2013,

HERVADA, Javier. Lições propedêuticas de Filosofia do Direito. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HOSLE, Vittorio. Interpretar Platão. Tradução de Antonio Celiomar Pinto de Lima, São Paulo; Loyola, 2008.

JHIERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Tradução de João Vasconcelos. São Paulo: Forense, 2002.

LAJE, Alejandro, artigo "La solidaridad familiar como paradigma de la solidaridad en los sistemas jurídicos occidentales", publicado in: Derecho Moderno - *Líber amicorum*, Tomo II, de Marcos M. Córdoba, Editora Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-AR.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Edições Tempo Brasileiro, 1983. _____. Confianza. Tradução de Luz Mônica Talbot. Barcelona: Anthopos Editorial; México; Universidade Iberoamericana; Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.

MORE, Thomas – Utopia, tradução: Denise Bottmann, Editora: Penguin-Companhia, 2018.

NUSSBAUM, Martha. "A República de Platão: a boa sociedade e a deformação do desejo." ("A República de Platão: a boa sociedade e a deformação do desejo - Skoob") Tradução de Ana Carolina da Costa e Fonseca et al. Porto Alegre: Editora Bestiário, 2004

PUNZI, A. L'ordine giuridici delle macchine. Gianppichelli, Torino, 2003.

RESTA, Eligio. Diritti umani. Torino: UTET. 2006, _____. Per un Diritto Fraternal. In: FINELLI, R. (et. al). Globalizzazione e Diritti Futuri. Roma: Manif, 2004.

RODOTÀ, Stefano. La vita e le regole – Tra diritto e non diritto. ("La vita e le regole: Tra diritto e non diritto (Italian Edition ...)") Milano: Feltrinelli, 2006.

SILVA RODRIGUES, Raphael. "Ensino aplicado à filosofia de valores". Conhecimento Editora, Belo Horizonte, 2022.

COMPLIANCE TRIBUTÁRIO NO BRASIL: MARGINALIZAÇÃO DO EMPREENDEDOR CONTRIBUINTE PELO ESTADO

VITOR DE ANDRADE LIMA PINHAIS:
Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário Fametro⁴⁵.

RESUMO: A presente pesquisa tem por objetivo identificar os diversos elementos que fazem com que o sistema tributário brasileiro seja complexo em relação aos outros dos demais estados soberanos, bem como o elo que faz com que isso influencie as relações tributárias, com ênfase nos efeitos ao empreendedor, o que ocasiona na decisão do contribuinte empreendedor de, por livre arbítrio, não cumprir com as devidas obrigações tributárias. No entanto, a vontade do contribuinte é de cumprir com as obrigações, e este só não o faz porque corre o risco de prejudicar seu empreendimento de forma irreversível, visto que, a maioria dos empreendedores, dispõe de poucos recursos financeiros. Para que o resultado fosse alcançado, foi utilizado o método de levantamento bibliográfico para elaboração do artigo. A partir do mencionado levantamento bibliográfico, observa-se a complexidade do sistema tributário brasileiro e como essa complexidade prejudica do empreendedor na hora de cumprir as obrigações tributárias. Nesse contexto, o presente artigo tem por objetivo identificar as possíveis soluções para que a causa da inadimplência do empreendedor contribuinte deixe de ser o próprio Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Compliance tributário. Empreendedor contribuinte. Marginalização. Obrigação tributária.

TAX COMPLIANCE IN BRAZIL: MARGINALIZATION OF THE CONTRIBUTING ENTREPRENEUR BY THE STATE

⁴⁵ E-mail: pinhaisvitor@gmail.com

ABSTRACT: The present research aims to identify the various elements that make the Brazilian tax system complex in relation to other sovereign states, as well as the link that makes it influence tax relations, with emphasis on the effects on other sovereign states, which leads to the taxpayer's education that, by free will, he does not fulfill his tax obligations as he did. However, the taxpayer must comply with the will, and he just doesn't do it because he runs the risk of irreversibly harming his enterprise, most entrepreneurs, since they have few financial resources. In order to obtain the result obtained, the graphical method was used for the article. From the bibliographic survey, observe the complexity of the Brazilian tax system and how this complexity of the entrepreneur when fulfilling tax obligations. In this context, this article aims to identify possible solutions so that the cause of default by the entrepreneur taxpayer allows the State itself.

KEYWORDS: Tax Compliance. Contributing entrepreneur. Marginalization. Tax obligation.

1. INTRODUÇÃO

O Sistema tributário complexo do Brasil impõe dificuldades para a regularização tributária do empreendedor iniciante. O Brasil é conhecido por ter um sistema tributário complexo, mas nos últimos dois anos quando o mundo viveu uma pandemia e muitas pessoas perderam seus empregos, muitas destas tiveram que se reinventar para garantir o próprio sustento e resolveram empreender, uma vez que hoje esse mundo é mais acessível por conta da internet e outros meios eletrônicos, o que gerou um crescimento perto de 76% no país. Entrando no mundo do Direito Tributário, quantos desses empreendedores estão adimplentes com as obrigações tributárias? A resposta é simples: a maioria. Mas por que isso ocorre? Será que é de vontade dos empreendedores se manter nesse estado de regularidade? É óbvio que não, isso ocorre pelo simples fato de que o sistema tributário brasileiro impõe dificuldades pelo fato dos diversos regimes tributários existentes e, uma vez que é feita a escolha pelo regime tributário incorreto, o fisco poderá cobrar mais do

que o contribuinte possa pagar, o que gera o fenômeno da marginalização do contribuinte pelo fisco.

O problema tributário no Brasil é antigo, mas esse problema só está em evidência atualmente pelo fato do aumento exponencial de empreendedores, principalmente pelos meios digitais, o que gera a incidência do fato gerador de diversos tributos, mas ao mesmo tempo o fisco brasileiro não recebe o pagamento desses tributos pelo simples fato de que os empreendedores escondem sua atividade empresarial do estado, uma vez que a tributação excessiva pode levar à falência o empreendedor.

Nesse contexto, essa pesquisa se justifica por se tratar de um problema grave e atual. Pode-se afirmar, de forma preliminar, que o Estado brasileiro está deixando de arrecadar por culpa de si próprio, o que prejudica não só os cofres públicos, como também a economia e principalmente o contribuinte, que acaba sendo o maior prejudicado por ser posto em irregularidade tributária quase de forma compulsória.

Portanto, o tema a ser pesquisado é justificado pela grande contribuição acadêmica e social, uma vez que as análises que serão feitas de forma aprofundada poderão elevar o nível crítico de um problema grave em nosso sistema jurídico tributário e que vem passando quase despercebido, dando a oportunidade para o acadêmico adquirir mais expertise nesse setor.

2. DIFICULDADES DO EMPREENDEDOR DIANTE DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

O sistema tributário utilizado no Brasil é conhecido mundo à fora por ser um dos mais complexos do mundo. diferente de muitos países desenvolvidos da Europa, onde os Estados arrecadam mediante único tributo sob o valor agregado, no Brasil temos a divisão por competências entre os municípios, estados-membros da federação e união, cada um

com hipótese de incidência única, somando, ao todo, cerca de aproximadamente 92 tributos, o que faz com que o país tenha uma das maiores cargas tributárias do mundo. (Torres, Vitor, 2022)

Apesar de ter uma das economias mais importantes do cenário global, se engana quem pensa que empreender no Brasil é algo simples, uma vez que figura no país a cultura do não pagamento de tributos, sendo que grande parte desse problema é gerada não só pela carência de educação fiscal através de programas governamentais, mas como também pela falta de recursos do empreendedor, ainda mais os que estão iniciando seu próprio negócio. A verdade é que com essa carga tributária excessiva e complexa, o próprio Estado marginaliza o empreendedor, uma vez que estes escolhem não pagar os tributos para não prejudicar suas respectivas subsistências e até mesmo seus empreendimentos.

3. SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

3.1 Histórico do sistema tributário do Brasil

Desde o período da chegada dos europeus ao território brasileiro, foram estabelecidos entre estes e os habitantes nativos relações de troca, ato que ficou historicamente conhecido como escambo, onde os nativos trocavam recursos naturais que interessavam aos europeus, como madeira, peles de animais, dentre outros, em troca de coisas simples como espelhos ou até mesmo pentes de cabelo.

Através da transcrição de Negreiros feita por Coelho, é possível identificar que enquanto o Brasil era colônia de Portugal, ou seja, antes da independência, não havia um sistema de recolhimento de tributos organizado:

A ausência de um sistema tributário, bem como os abusos na exigência de tributos em terras brasileiras por parte da Metrópole, pode ser observado no seguinte relato: [...] a recente presença portuguesa no Brasil não permitia um sistema organizado de arrecadação de impostos, mas apenas algumas indicações.

Também não existia um sistema tributário sistematizado, como não havia preocupações de caráter orçamentário. Aliás, preocupação que não esteve na pauta dos colonizadores em nenhum momento; saber exatamente quando seriam arrecadados e como esses valores seriam gastos parece que só foi prática vigente a partir da emancipação política (AMED; NEGREIROS, 2000, p. 46). (COELHO, 2016, p.32)

Ocorre a utilização dos tributos tem por atividade típica custear a manutenção do território, ora colônia, proporcionando desenvolvimento local, bem como uma melhor qualidade de vida aos habitantes, no entanto, o interesse de Portugal era apenas de explorar os recursos. Todo o imposto que era recolhido nas pequenas colônias do Brasil Colonial era remetido à Portugal e usado e sequer era investido na colônia, o que acontecia era que a coroa portuguesa utilizava a colônia com o objetivo de enriquecer e aumentar o poder e influência da monarquia.

Em 1808, no auge da era napoleônica, a família real portuguesa se viu obrigada sair de Portugal para preservar sua própria segurança e integridade, uma vez que era iminente a invasão do imperador francês às terras lusitanas, ocorre a chegada da realeza ao Brasil, acarretou na mudança da natureza da colônia, que antes era predominantemente de exploração e passou a ser de colonização, o que acabou acelerando o desenvolvimento da terra colonial, bem como da economia local, o que gerou a necessidade de aumentar as arrecadações de impostos, uma vez que era necessário construir inúmeras estruturas para o conforto da realeza e, a forma mais simples, rápida e eficiente de conseguir tal feito, era cobrando mais impostos dos colonos. Esses impostos eram cobrados muitas vezes de forma arbitrária e desproporcional, era possível encontrar impostos até mesmo relacionados a fé cristã.

Obviamente, a moeda da época não era como a que conhecemos nos dias atuais, ou seja, não existia uma moeda de papel como conhecemos, muitas vezes o tributo era

pago através de matéria p r i m a , sendo a mais comum o ouro, que era extraído através da exploração desordenada das riquezas naturais (tributo conhecido como “quinto”), entretanto, o tributo da época já era nos moldes do conceito de tributo que é encontrado no art.3º do Código Tributário Nacional:

Art.3º: “Tributo é toda prestação pecuniária e compulsória em moeda, ou em cujo valor nela se possa exprimir.”

Ou seja, uma cobrança compulsória, através do recolhimento de elementos diversos onde era possível extrair algum valor, uma vez que a coroa não se importava na possibilidade de pagamento do colono, a única preocupação era arrecadar para custear o conforto da realeza. Coelho descreve um pouco sobre como a vinda da família real portuguesa aqueceu a economia e influenciou no aumento da tributação:

O contribuinte brasileiro do começo de século XIX não podia dizer que andava ligeiramente taxado, e não era por certa culpa dele se a receita do Estado não chegava para as despesas. Além do dízimo tradicional de todos os produtos agrícolas, pescarias e gado, que pertencia ao monarca como grão-mestre da Ordem de Cristo; dos direitos aduaneiros de exportação sobre todos os gêneros; dos direitos de importação sobre quaisquer mercadorias segundo a pauta já conhecida, tinha aquele contribuinte que entrar para o Erário com uma porção de impostos especiais [...] (LIMA, 2006, p. 475- 476 apud GODOY, 2008, p. 145). (COELHO, 2016, p.34)

Com a chegada da República, começou-se a pensar sobre soluções para conter a desorganização fiscal, uma vez que a experiência obtida no império fora catastrófica, um período marcado pela cobrança excessiva de tributos, bem como por guerras fiscais.

A falha no recolhimento de tributos no Brasil bem como a ausência de legislações tributárias pode ser observada no seguinte relato: [...] a recente presença portuguesa no Brasil não permitia um sistema organizado de arrecadação de impostos, mas apenas algumas indicações. Também não existia um sistema tributário sistematizado, como não havia preocupações de caráter orçamentário. Aliás, preocupação que não esteve na pauta

dos colonizadores em nenhum momento; saber exatamente quando seriam arrecadados e como esses valores seriam gastos parece que só foi prática vigente a partir da emancipação política (AMED; NEGREIROS, 2000, p. 46). (COELHO, 2016, p.32)

Ou seja, é uma falha que sempre esteve presente no Brasil, desde o período da colonização.

A divisão atual do recolhimento dos tributos por competências divididas entre os entes federativos (União, estados, distrito federal e municípios), não foi algo que aconteceu ao acaso, ocorre que essa divisão teve motivação nas guerras fiscais que ocorriam na época do império, onde com o aquecimento da economia, toda unidade de atuação da administração pública precisava arrumar formas de custear seus custos, visto que grande parte da receita tributária era destinada a fins atípicos. Pois bem, era comum ocorrer bitributação, na tentativa de arrecadar mais, então, a divisão de competência para recolher tributos veio com o propósito basilar de trazer segurança jurídica para as operações de recolhimento de tributos.

Os impostos de consumo específicos a que se refere o texto transcrito acima são cobrados desde os primeiros anos do Brasil Colônia até os dias atuais. Durante a década de 1960 transformou-se no conhecido imposto sobre produtos industrializados, de competência da União. Sobre esse imposto observa Baleeiro: Na primeira década de sua expansão, entre 1891 e 1900, esse imposto atingia, realmente, apenas artigos classificáveis como de consumo, p. ex., bebidas, alimentos acondicionados em latas, fósforos, vestuário, calçados, velas etc. [...] Mais tarde, o Fisco foi alcançando mercadorias duráveis como certos implementos de edifícios, objetos de adorno, automóveis etc. e, por fim, bens de produção, como máquinas ou coisas de duração indefinida, como joias, objetos de arte etc. que foram incluídos no conceito legal de consumo (BALEIRO, 2007, p. 336). (COELHO, 2016, p.38)

A primeira observação relevante sobre a evolução do sistema tributário brasileiro, segundo Carreza, é observada duração da Constituição de 1937:

Neste período diversas leis de Direito Tributário foram efetivadas, destacando-se: o processo executivo fiscal e a outorga à União da competência privativa para tributar certos impostos. Com a mudança no ambiente político, que influencia a organização da sociedade com o fim da II guerra mundial em 46, observamos neste mesmo ano a necessária promulgação de uma nova constituição nacional, que restabelecia o regime democrático e trazia outra discriminação para as rendas tributárias de modo mais rígido. O novo sistema tributário organizado nesta nova carta magna fundamentava-se em três premissas: coexistência de um sistema tributário autônomo para cada unidade da federação (União, Estados e Municípios), adoção de uma classificação jurídica dos impostos e a autonomia para as entidades da federação através de impostos privativos, complementada pela emenda constitucional nº5 que defendia a receita dos municípios com a discriminação de rendas em favor desta. Os Estados, porém, continuaram sobrecarregados de despesas não cobertas pelos impostos de sua competência e como única saída desta situação precária como sempre foi a majoração dos impostos, neste caso o de vendas e consignações e a criação de taxas exorbitantes. 1964 a situação financeira do país era novamente grave e as mudanças tributárias mais uma vez se faziam indispensáveis e urgentes. Em 1965 mais uma constituição se estabelece com o propósito de constituir um governo legalista, que buscava assegurar meios indispensáveis a reconstrução econômica, financeira, política e moral para o nosso país. A fim de atingir tais objetivos, outorgou-se mais poderes ao Presidente, que passou a poder remeter ao Congresso projetos de emenda à constituição para apreciação em 30 dias, propor projetos de lei e a decretar o estado de sítio. Também foram suspensas as garantias constitucionais ou legais. No cerne fiscal destacam-se mudanças significativas com a reforma e a reestruturação do sistema com duas características: estruturação sob um programa de ação econômica com um planejamento global e obediência a três objetivos fundamentais (financeiro, social e econômico). O déficit de caixa, porém, requeria solução urgente, assim, sabendo que a reforma tributária necessária não poderia ser implementada de uma única vez, o governo dividiu seu

plano de ação em três etapas: na primeira etapa de trabalho foram adotadas medidas de emergência como a instituição de correção monetária de débitos tributários e definição do crime de sonegação fiscal, também a captação de recursos para a cobertura do déficit existente e a recuperação do prestígio da dívida pública. Em uma segunda etapa buscou-se uma melhoria na arrecadação. E por fim, na terceira, foi implantada, com a portaria GB30, a criação de uma comissão especial para elaborar uma nova discriminação de rendas e promover a reforma tributária em si. O trabalho da dita comissão se arrastou pelo ano de 1965 até a apresentação do anteprojeto que trazia a propositura de duas emendas a constituição chamadas de "A" que dispunha sobre normas legislativas e "B" que modificava o próprio sistema tributário nacional. Estas emendas foram aprovadas sob o nome de emenda constitucional número 18 e ofereceu ao país a tão esperada nova discriminação de rendas tributárias, a discriminação de competências e adotou uma classificação de imposto baseada em nomenclatura econômica. (CARREZA, 2004, p.)

A verdade é que o desenvolvimento do sistema tributário brasileiro foi se desenvolvendo de acordo com o crescimento da economia da época.

Há que se observar que a codificação da legislação tributária é um projeto antigo, que remonta a meados da década de 1950. Com efeito, em 1953, o Prof. Rubens Gomes de Souza redigiu um anteprojeto de Código Tributário, com o apoio do então Ministro da Fazenda, Osvaldo Aranha. Entretanto, foi somente em 1965 que aquele anteprojeto, juntamente com novas diretrizes governamentais para um plano de reestruturação do sistema tributário nacional, transformou-se na Emenda Constitucional nº 18, de 1965, convertendo-se na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, o Código Tributário Nacional (CTN)³ (BALEIRO, 2007, p. 9). (COELHO, 2016, p.43)

Vindo para o campo tributário atual, é possível extrair um raciocínio na mesma natureza, onde o sujeito passivo, ora contribuinte, estabelece uma relação de troca com o sujeito ativo, ora estado, que é semelhante ao que acontecia com os escambos na época do Brasil colonial, onde o contribuinte paga tributos em troca de receber condições

mínimas de subsistência como, qualidade de vida, infraestrutura ou qualquer outro tipo de retorno por parte do estado. No entanto, a complexidade do sistema tributário brasileiro atual vem do uso do mesmo modelo de tributação que basicamente parou no tempo, especificamente desde 1966 com o advento do Código Tributário Nacional, através do Decreto Lei de nº 82 daquele ano. Ocorre que em 1966 o Brasil estava vivendo uma realidade completamente diferente do cenário atual. Hoje com o advento da era digital, torna-se muito mais confuso tributar diversas questões que sequer foram imaginadas em 1966 e, somado a isso, a internet se tornou o lugar mais acessível para empreender atualmente, uma vez que através da internet, pode-se economizar despesas que antigamente eram fixas, como por exemplo o aluguel de locais físicos. É muito mais fácil, econômico e prático criar uma landing page na internet e empreender sem sair de casa.

3.1.1 Advento da Constituição de 1988 e a organização do Código Tributário Nacional

Após alguns anos do Decreto Lei nº 82 de 1966 (Código Tributário Nacional), entrou em vigência a Constituição Federal de 1988, o que foi um marco não só no contexto democrático brasileiro, mas como também na forma de como o sistema tributário passou a funcionar. O CTN (Código Tributário Nacional) foi recepcionado pela nova Constituição com status de Lei Complementar, apesar de ser, em tese, uma Lei Ordinária.

A verdade é que é possível observar uma preocupação do constituinte com a segurança jurídica no sistema tributário nacional, apesar de já existir um diploma legal com o objetivo de organizar e sistematizar o recolhimento de tributos, ainda existiam diversas falhas que ainda causavam certa instabilidade e vulnerabilidade, ainda mais quando o assunto era guerras fiscais entre os estados membros da federação, por exemplo.

Cabe mencionar que a estrutura tributária criada pela Constituição Federal de 1988 beneficiou os estados e os municípios em detrimento da União, principalmente no que se refere à repartição de receitas, como destaca Oliveira: [...] a União perderia os

impostos únicos (incidentes sobre a energia elétrica, os combustíveis e os minerais) e especiais (transportes rodoviários e serviços de comunicação), que seriam integrados ao novo imposto estadual – o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) – e veria ampliada, consideravelmente, a fatia do produto da arrecadação do Imposto de Renda e do IPI transferida para os estados e municípios (de 33% para 47% no caso do IR e de 33% para 57% no do IPI). Em contrapartida, ganharia apenas o Imposto sobre Grandes Fortunas, que nunca foi regulamentado, e o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR), de inexpressiva arrecadação, que ainda deveria partilhar com os municípios (OLIVEIRA, 2010, pp. 39/40). (COELHO, 2016, p.45-46)

Entretanto, a nova Constituição Federal trouxe um avanço importantíssimo no qual praticamente veda qualquer confusão de competências, como também trouxe em seus dispositivos princípios importantes que tratam da vedação da bitributação, obviamente que há algumas exceções, além de um capítulo específico para tratar de matéria tributária, qual seja o capítulo VI (Da tributação e do orçamento).

Em 2022, basicamente é impossível ocorrer uma guerra fiscal entre os estados membros da federação como ocorria antigamente, o que protege o empreendedor iniciante. Se pegarmos o exemplo do ICMS, tributo de competência estadual e que é um dos principais pagos pela maioria dos empreendedores, existe um convênio chamado CONFAZ onde cada estado somente pode alterar a alíquota desse tributo mediante aprovação em assembleia com representantes de todos os outros estados, ou seja, já não é mais possível um estado-membro baixar a alíquota desse tributo para competir de forma desleal com outros estados.

3.2 Dificuldades do empreendedor diante do sistema tributário brasileiro

No relatório “Doing Business” do Banco Mundial de 2020 é possível extrair das estatísticas algumas informações interessantes que comprovam o quão complexo é o sistema tributário brasileiro para empreendedores em fase inicial, são necessários

aproximadamente 62 dias ou 1.501 horas para que os empresários regularizem os todas as obrigações tributárias. Vale ressaltar, que o cálculo é baseado na declaração do IRPJ (imposto de renda de pessoa jurídica), bem como outros tributos comuns nas relações empresariais. Dos países da América do Sul avaliados, o Brasil lidera com folga, a Bolívia ocupa a segunda colocação com cerca dde 1.025 horas anuais, sendo uma diferença considerável.

Na pesquisa GEM 2017 é possível observar alguns fatores que impossibilitam o empreendedor de empreender, a análise dos resultados foi subdividida em dois grupos: “fatores limitadores” e “fatores favoráveis” ao surgimento e manutenção de novos empreendimentos no Brasil. Dentre os fatores limitadores destacam-se: as políticas e programas governamentais; os especialistas enfatizaram que são necessárias iniciativas mais acuradas para promoção da ação empreendedora. Foi apontada, por exemplo, a necessidade de melhoria em áreas como a tributária e de desburocratização; apoio financeiro. A maioria dos especialistas consideram que as dificuldades associadas à disponibilização e acesso a recursos financeiros para o fomento das atividades empreendedoras ainda se constituem como fatores relevantes a serem melhorados; o contexto político e o clima econômico. Nos anos recentes é a primeira vez que esse fator aparece com destaque, não obstante as explicações são óbvias e decorrentes da crise política que se asseverou em 2016 e 2017 com evidentes consequências para o animus empreendedor do brasileiro. Dentre os fatores favoráveis destacam-se: aspectos relacionados às características da população brasileira, sua capacidade de realização e superação de desafios. Este item também faz referência à diversidade étnica e cultural que, para os especialistas, é motivo de inspiração e esperança para quem decide realizar uma atividade empreendedora; poucas barreiras para a abertura de novos negócios, situação que favorece, também, o acesso aos mercados consumidores. Alguns programas governamentais de incentivo a abertura de pequenos negócios, como o MEI

(Microempreendedor Individual) e a participação das Micro e Pequenas Empresas nas Compras Públicas. (CORSINO, 2019, p. 114)

Existem alguns regimes tributários onde o empreendedor pode escolher para sua empresa, alguns mais vantajosos e outros menos, dependendo do faturamento médio inicial.

Para empreendedores iniciantes, quase sempre o faturamento é baixo, muitas vezes até com faturamento negativo, que é o que ocorre geralmente com microempresas ou empresas de pequeno porte, então para esse caso é mais vantajoso optar pelo simples nacional, uma vez que este é um regime tributário “compartilhado” de arrecadação de tributos, o que, basicamente, unifica os tributos e acaba por simplificar o adimplemento das obrigações fiscais. Esse regime tributário foi trazido pela Lei Complementar nº 123 de 2006 e engloba todos os entes federativos, ou seja, tanto a União, estados e municípios. Apesar do simples nacional ser o regime tributário mais comum entre o empreendedor iniciante, existem também outros regimes tributários como o lucro real e lucro presumido.

Pedroso et al. (2009) apontam que a maior dificuldade do brasileiro ao empreender são as políticas governamentais, além da excessiva burocracia, as legislações são complexas e as taxas tributárias muito altas para abrir e manter o próprio negócio. Em seguida há uma grande dificuldade de apoio financeiro, acesso ao crédito e empréstimos para quem abre um novo negócio. Outra queixa 7 presente entre os empreendedores é a dificuldade de capacitação adequada, pois apesar de existirem cursos e treinamentos voltados ao empreendedorismo e gerenciamento de negócios nem sempre eles têm a qualidade equiparada às necessidades desse público. Em pesquisa realizada por Verdugo (2018) a nível internacional, os resultados indicam que a maior barreira para novos empreendedores é a falta de financiamento, evidenciando que as dificuldades para o

empreendedor brasileiro estão em consonância com o restante do mundo. (HEUSI, 2019, p. 48).

Apesar de existir o simples nacional para facilitar tanto o adimplemento quanto o compliance tributário, é exponencial o número de empreendedores que não resistem que acabam vendo seus empreendimentos falirem, o que comprova que os sistemas existentes ainda não são suficientes e que também aponta para outras lacunas fora do sistema tributário habitual, como, por exemplo, a educação fiscal.

É inegável que o brasileiro tem facilidade em empreender, não é raro ver brasileiros figurando como co-fundadores de diversos aplicativos que explodem na internet, como o instagram ou facebook, no campo nacional temos exemplos como o 99pop, Urbano Norte, academias de artes marciais, empresas especializadas em cozinha, dentre outros. Vindo para uma realidade social mais comum, o que mais tem por aí são jovens que preferem criar o próprio emprego ao invés de trabalhar para terceiros, ou seja, está cada vez mais difícil encontrar um emprego que pague um bom salário no Brasil, então as pessoas acabaram encontrando outras formas para se sustentarem e até mesmo sustentarem sua família. A verdade é que o brasileiro entendeu melhor do que ninguém que empreender é a melhor alternativa para conseguir uma boa qualidade de vida e não ser mais um escravo da mão de obra, um exemplo extremamente comum são lojas de roupas ou lojas de suplementos, onde não é preciso ter um espaço físico, basta deixar o estoque em casa e vender a partir de um perfil nas redes sociais, ou seja, me parece que o brasileiro entendeu muito bem como empreender e isso é excelente tanto para economia do Brasil como para a saúde fiscal e, conseqüentemente, compliance tributário do jovem empreendedor.

De acordo com a opinião de Schumpeter, o empresário inovador (empreendedor) possui um papel central na dinâmica capitalista, considerando que empreender significa a "criação de novas combinações", o empreendedor é quem irá implementar essas novas combinações (Heertje, 2008, p. 321 cit. in. Paiva et al.,

2018). McClelland (1968 cit. in. Alves & Bornia, 2011) também compreendia que a necessidade de realização pessoal de um povo era o que movimentava o desenvolvimento das nações. Maslow (2001 cit. in. Alves & Bornia, 2011) fala ainda sobre associedades boas e as sociedades em regressão, explicando que essas diferem devido às oportunidades empreendedoras e sujeitos empreendedores que cada uma possui. A atividade empreendedora, além de impulsionar o crescimento econômico, também acaba por ser fonte de geração de empregos em muitos casos (Ovaska & Sobel, 2005; Zacharakis, Shepherd, & Bygrave, 2000 cit. in. Verdugo, 2018). Assim, vem crescendo exponencialmente a consciência da importância que os empreendedores têm para o desenvolvimento da economia, pois os empreendedores geram empregos, inovações, competitividade de mercado, refletindo em um ritmo mais acelerado de crescimento econômico (Acs, 2007; Acs, Desai e Hessels, 2008 cit. in. Alves & Bornia, 2011). (HEUSI, 2019, p. 28).

O grande problema é que, apesar da cultura empreendedora que figura atualmente em nosso país, o empreendedor inciante não tem a mínima ideia do que são sistemas tributários, qual escolher, da importância de um bom planejamento tributário, dentre outros fatores fiscais importantes. Tudo isso caminha para um enorme susto, uma vez que é muito complexo para qualquer empreendedor entender todas as peculiaridades logo de início, ressaltando que todo o empreendimento é centralizado na figura de apenas uma pessoa, sem o auxílio de escritórios de contabilidade e qualquer outro “luxo”.

Verificou-se que, do total de entrevistados, 28% não têm ideia de quanto destina para os tributos, 22% acreditam que até 10% da receita é destinada para esse fim, enquanto 11% acreditam que o tributo onere a empresa entre 15 e 20% de sua receita. Ainda, 17% consideram que de 21 a 25% do faturamento global vai para os tributos, 6% estimam que o impacto dos tributos fique entre 26 e 30%, 11% atribuem que de 31 a 40% de sua receita é destinada aos tributos e outros 11% que, de 41 a 45%, seja o impacto percentual dos tributos na sua empresa. Observou-se que, como a maioria dos empreendedores deixa o controle tributário a cargo do contador,

eles consideram, muitas vezes, apenas a alíquota do Simples como o tributo que impacta a receita bruta da empresa. Em dado momento, alguns respondentes se fixaram apenas nos impostos, sem levarem conta as taxas e contribuições incidentes em suas atividades. Isso reforça a idéia de que os empreendedores não sentem a necessidade de conhecer mais profundamente a tributação de sua empresa, fato que pode ser determinante para o encerramento de suas atividades. No que tange à busca de informações e atualização sobre o tema tributação, percebe-se que a principal fonte de atualização é o próprio contador, com incidência de respostas de 78%, seguido pela seção econômica / tributária dos jornais, televisão, portais da Receita Federal, Estadual ou Municipal, internet e contatos com pessoas ligadas à administração do negócio. Nenhum dos respondentes recorre a periódicos ou cursos especializados a fim de se atualizarem quanto às alterações na legislação que impactam a tributação da sua empresa. Com relação ao tema planejamento tributário, mais uma vez a figura do contador aparece como responsável principal por esse tipo de controle, em que 71% dos entrevistados afirmaram que deixam tudo a cargo do contador, pelo fato dele se atualizar frequentemente. Dos empreendedores que já buscaram alguma forma de planejamento tributário, 17% afirmaram que o fizeram através de participação em seminário, palestra ou curso no ramo, e 6% buscaram informações na internet. Do total de entrevistados, apenas 6% mencionaram que nunca buscaram nenhum tipo de informação sobre esse tema. (MACHADO e col., 2007, p. 14-15)

Portanto, apesar das tentativas de facilitar a vida do empreendedor iniciante, o sistema tributário brasileiro continua extremamente complexo e, em razão disso, cada vez mais pessoas que tentam empreender são vítimas dessa complexidade, ora por falta de conhecimento tributário, ora por falta de recursos para adimplir com as obrigações fiscais, o que faz com que continue aumentando o número de empreendedores indo à falência ou inadimplência tributária, o que prejudica as arrecadações fiscais, economia, bem como o compliance tributário.

4.CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo analisar as dificuldades do empreendedor iniciante diante da complexidade do sistema tributário brasileiro, com foco no contexto histórico constitucional tributário, bem como na forma de como essas dificuldades inviabilizam o compliance tributário, buscando gerar profundas reflexões.

Em resposta ao problema ora formulado, fora concluído que a complexidade do sistema tributário decorre do próprio sistema tributário, ou seja, do meio de como é feita a arrecadação, através da forma autônoma de como cada ente federativo arrecada os tributos de sua competência, o que somado ao fator cultural, qual seja a falta de consciência fiscal do brasileiro, acarreta no pensamento do sujeito passivo de enxergar o pagamento do tributo como medida punitiva, algo prejudicial, que deva-se enviar ao máximo, o que gera o menor compliance tributário possível, uma vez toda a burocracia imposta pelo estado faz o que o empreendedor escolha não adimplir com suas obrigações tributárias para preservar seu empreendimento ou até mesmo o seu próprio sustento, tendo em vista o caráter desproporcional para negócios em estágio inicial, o que torna o próprio estado um mecanismo de marginalização do empreendedor contribuinte.

Para resolver tal problema, é necessário, preliminarmente, de uma completa reforma no sistema tributário brasileiro, mudando a forma de como os tributos são arrecadados, bem como na formação um sistema pensado para a era digital e demais peculiaridades que sequer eram imaginadas no Código tributário Nacional de 1966, fazendo com que seja diminuída a complexidade na arrecadação dos tributos, tornando mais tangível para que o empreendedor contribuinte possa adimplir com suas obrigações tributárias, o que, conseqüentemente, irá gerar um maior compliance tributário e substancial diminuição da sonegação fiscal.

Todavia, é importante destacar que o Brasil é carente em políticas públicas de educação fiscal, a grande maioria das pessoas não sabem para que servem os tributos e

não entendem como funciona o sistema tributário, o que gera prejuízo na arrecadação pecuniária, fazendo com que o Estado deixe de arrecadar valores substanciais. É necessário que ocorra uma mobilização do estado para a elaboração de campanhas para educação fiscal, e isso não deve ser feito apenas para resolver o problema da baixa geração de compliance tributário, mas para amadurecer a sociedade brasileira, bem como combater a desinformação. Apesar do foco da presente pesquisa ser no compliance tributário do empreendedor iniciante, é inegável que esse problema é muito mais amplo e atinge a sociedade brasileira em quase sua totalidade, uma vez que fatores como a alta desigualdade social, fazem com que a desinformação fiscal seja abundante no meio de pessoas menos favorecidas socialmente.

4. REFERÊNCIAS

CARREZA, Roque Antônio, Curso de Direito Constitucional Tributário. 19ª edição, São Paulo, Ed. Malheiros, 2004.

COELHO, Alvaro Luiz. Um Histórico sobre a Tributação no Brasil. Revista da RFBV3, Brasília, V. 3, p. 29-49. jan. /dez., 2016.

CORSINO, Michelle Oliveirado Espírito Santo et al. Ambiente institucional e empreendedorismo no Brasil: inter-relações no século XXI. E&G Economia e Gestão, Belo Horizonte, v. 19, n. 53. maio/ago., 2019.

HEUSI, Fábio Alexandre. A (des)construção do empreendedor brasileiro no século XXI. 2019. 73f. Gestão do Desporto - Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A. Metodologia do trabalho científico. São Paulo: Atlas, 2014.

MACHADO, D. G.; AZEVEDO, T. P.; SILVA, R. P. O impacto gerado pela tributação no empreendedorismo. V. 7. Porto Alegre: ConTexto, 2007.

MELO, Felipe Luiz Neves Bezerra de et al. Corrupção Burocrática e Empreendedorismo: Uma Análise Empírica dos Estados Brasileiros Corrupção Burocrática e Empreendedorismo: Uma Análise Empírica dos Estados Brasileiros. RAC, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, art. 5, pp. 374-397. Maio/Jun, 2015.

UPPERTOOLS. A importância da gestão tributária para sua empresa. Uppertools. Disponível em: < <https://www.uppertools.com.br/blog/importanciada-gestao-tributaria-para-sua-empresa/>>. Acesso em: 30, Outubro e 2020.

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DA SOCIEDADE EM REALIZAÇÃO DE CAPITAL: INTERPRETAÇÃO ADEQUADA E RISCO DE RENÚNCIA FISCAL.

RICARDO ADRIANO HAACKE: Procurador Municipal, tendo obtido aprovação em diversas Procuradorias e Controladorias, em nível Municipal e Estadual. Atualmente é Mestrando em Administração Pública pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), bem como possui especialização em Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Processual Civil e Direito Tributário⁴⁶.

RESUMO: O presente artigo visa delimitar o espectro de incidência do fato gerador do imposto sobre a transmissão de bens imóveis em face do capital social subscrito pelos sócios de pessoas jurídicas em realização de capital.

Palavras-chave: Obrigação Tributária. Imunidade. Capital Social. Subscrição.

ABSTRACT: This article aims to delimit or spectrum of incidence of the taxable event the transfer of real estate in face of the share capital subscribed by the partners of legal entities in capital realization.

Key-words: Tax Obligation. Immunity. Share capital. Subscription.

1 – INTRODUÇÃO

Em uma sociedade altamente mercadológica, as organizações constituem o *landmark* do sistema constituído e importante móvel social. Assim, considerando o seu caráter frugível, usualmente seus contratos sociais experienciam alterações para melhor ajustá-los à realidade do empreendimento e/ou à eventuais inovações legislativas,

⁴⁶ Contato: ricardohaacke@gmail.com

conformando, inclusive, fatores ordinários do mundo empresarial, como fusões, incorporações, cisões e extinções.

Do mesmo modo, está multiplicidade de situações envoltas no dia a dia corporativo têm o condão de atrair a atuação do Poder Público, seja para prestar-lhes um serviço ou regular a atividade (poder de polícia). Não por outra razão, como agente normativo e regulador da atividade econômica, é dito que o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (art. 174, CR).

Dessarte, o gestor cuidadoso com o trato da coisa pública, deve estar especialmente alerta à competência tributária atribuída ao ente que faz a apresentação, sob pena de incidir em renúncia fiscal desautorizada e às consequências de praxe dessa conduta desatenta, gerando efeitos indesejados inclusive no campo da probidade.

Ora bem, um dos principais instrumentos de influência do Poder Público em face da esfera privada é a Tributação, cabendo ao intérprete primar pela límpida compreensão da regra, evitando-se distorções como o excesso de exação ou a renúncia fiscal indevida.

2 – ANÁLISE DO TEMA

No distinto ensaio denominado Federalismo Fiscal à Brasileira, produzido em parceria entre o então ministro da saúde e economista José Serra e o também economista José Roberto Rodrigues Afonso, à época chefe da Secretaria para Assuntos Fiscais, foi assinalado que:

Num país de dimensões continentais, com profunda diversidade econômica e social entre regiões e um sistema político-eleitoral inadequado, o federalismo fiscal no Brasil chega ao final do século com grandes desafios pela frente. Há que conciliar estabilização de preços e retomada do desenvolvimento com uma estrutura fiscal

marcada por acentuada descentralização de poderes e recursos tributários, em favor dos governos estaduais e municipais e das unidades e regiões menos desenvolvidas.

Em resposta a estas dificuldades e ao momento de grande instabilidade política que o Brasil vinha atravessando, foi criada a tão criticada e ao mesmo tempo elogiada Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (LRF); sancionada pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, com intuito de trazer à baila aparelhos de *accountability* que ganhavam destaque nos debates acadêmicos daquele período.

Dessarte, no artigo 11 da mencionada Legislação Fiscal, ficou estabelecido que "**constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação.**" (grifamos), sob pena de renúncia fiscal antijurídica.

É sabido que a renúncia de receitas de natureza tributária somente pode ocorrer por meio de lei específica, de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, nos termos do que dispõe o art. 150, parágrafo sexto, da Constituição Federal:

§6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.

No particular contexto municipalista, a habilitação constitucional para instituir impostos vem arranjada no artigo 156, da Constituição da República, *in verbis*:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de

direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. (grifamos)

Percebe-se, portanto, que o constituinte deixou a cargo do Executivo municipal a instituição e efetiva arrecadação do imposto sobre a transmissão de bens imóveis – ITBI, devendo ser aprovada por Lei (sentido estrito), qualquer espécie de incentivo ou carência de arrecadação do imposto.

Neste aspecto, a análise da relação jurígeno tributável é de particular importância para o servidor envolto na atividade arrecadatória, evitando-se leituras apriorísticas que poderiam gerar prejuízos ao erário e a responsabilização não só do agente administrativo, como, também, do Prefeito (agente político) ao conferir imunidade ou isenção em hipótese não prevista em lei.

Sem perder de vistas que a imunidade admite interpretação ampliativa; a prática diária nos informa (por um dever de cuidado) que quando a receita deixa de ser arrecadada, a situação deve ser avaliada mais atentamente. Ou seja, aqui já no âmago do estudo que nos propomos, é preciso cautela em atestar uma pretensa imunidade de empresa em realização de capital, devendo o parecerista estar imbuído de extrema certeza ao conferir interpretação positiva à norma imunizadora consubstanciando-a ao caso concreto.

Vejamos o que o professor Hugo de Brito Machado conceitua como imunidade tributária:

Pode ainda ocorrer que a lei de tributação esteja proibida, por dispositivo da Constituição, de incidir sobre certos fatos. Há, neste caso, imunidade. A regra constitucional impede a incidência da regra jurídica de tributação. Caracteriza-se, portanto, a imunidade pelo fato de decorrer de regra jurídica de categoria superior, vale

dizer, de regra jurídica residente na Constituição, que impede a incidência da lei ordinária de tributação

Percebe-se que a imunidade tributária é uma limitação constitucional ao poder de tributar conferido aos entes públicos, assim dizendo, uma hipótese constitucionalmente relevante que não pode ser atingida pelo tributo, à vista de alguma especificidade pessoal ou material dessa situação imunizadora.

Em que pese existam pensamentos diferentes sobre o conceito de imunidade, certo é que o parágrafo segundo do retromencionado art. 156, em seu primeiro inciso, assevera que o ITBI:

não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, **salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil** (grifamos)

Para entendermos o alcance da norma precisamos primeiro esclarecer que o dispositivo nos traz duas situações distintas e uma exceção expressa. Assim, no primeiro caso temos a (1) não incidência sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital.

Conforme os ensinamentos de Machado, a realização de capital "*se refere à transmissão dos bens imóveis ou direitos a eles relativos da pessoa de quem constitui uma pessoa jurídica, ou eleva seu capital social, como forma de pagamento do capital subscrito*". Ou seja, a primeira hipótese trata do pagamento do capital social a integralizar, mediante entrega de um bem à pessoa jurídica que está sendo criada, representando o excedente, caso o valor do bem seja superior ao capital social subscrito, como o ágio da operação ou, simplesmente, a reserva de capital.

No segundo caso (2) temos a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, subitem que engloba quatro subcategorias, que não são objeto deste estudo, evitando-se contornos desnecessários à celeuma.

Finalmente, foi revelada uma exceção, quando a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil, o que poderá ser inicialmente verificado pela classificação nacional de atividades econômicas (CNAE) empregada no contrato social, que embora não seja determinante, servirá como forte evidência da prevalência.

Aliás, o art. 37 do CTN definiu, em termos gerais, o que poderia ser considerado “preponderante”. Veja-se:

Art. 37. O disposto no artigo anterior não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.

§1º Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo.

§2º Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior levando em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição.

§3º Verificada a preponderância referida neste artigo, tornar-se-á devido o imposto, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nessa data.

§4º O disposto neste artigo não se aplica à transmissão de bens ou direitos, quando realizada em conjunto com a da totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante.

Baleeiro (2013, p. 273) estudando o parágrafo primeiro alhures, elucida que:

Se o início das atividades da firma adquirente data de menos de 2 anos, ela gozará do benefício fiscal, sujeita, porém, a perdê-lo e ser compelida ao pagamento do imposto, caso nos três anos posteriores à aquisição verificar-se a preponderância dos negócios imobiliários. A exoneração do tributo é condicional durante o triênio seguinte, convalidando-se, definitivamente, depois dele. O imposto fica diferido até que se complete o termo. Resolve-se se não houver a preponderância de negócios imobiliários. O Fisco adotou a técnica da “condição” do Direito Civil. Se aquela preponderância vier a confirmar-se prevalecem a alíquota e o valor venal do tempo da aquisição. Obviamente, a empresa adquirente deve estabelecer esse valor pelos meios administrativos ou, na impossibilidade ou inaceitabilidade deles, por vistoria e arbitramentos judiciais, *ad perpetuam rei memoriam*, com a indispensável citação do Estado.

Para José Alberto Oliveira Macedo, a pessoa jurídica que pretenda valer-se da norma de imunidade condicionada do ITBI deverá submeter a sua contabilidade ao Fisco para que se verifique a preponderância da receita operacional ante a atividade imobiliária. A par disso, vale lembrar o voto-vista do Ministro Humberto Gomes de Barros, nos autos do Recurso Especial nº 448.527/SP, que diversamente afirma caber ao Fisco este papel.

De toda sorte, no magistério do professor Sacha Calmon Navarro Coêlho:

A regra colima facilitar a mobilização dos bens de raiz e a sua posterior desmobilização, de modo a facilitar a formação, a transformação, a fusão, a cisão e a extinção de sociedades civis e comerciais, não embarçando com o ITBI a movimentação dos imóveis, quando comprometidos com tais situações.

Verifica-se, dessarte, a intenção do constituinte em proteger a atividade econômica, sem que o comando sirva de estímulo para malversação empresarial e

condutas voltadas à evasão fiscal, que afrontariam os próprios ideais republicanos e a função social da empresa.

É preciso atenção no presente ponto, eis que fato gerador (FG) em concreto do imposto somente ocorrerá quando houver transmissão intervivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição. Nas palavras de Aires Fernandino Barreto *apud* Castro (p. 41):

à hipótese de incidência do chamado “imposto de transmissão de imóveis”, consiste em enfatizar que esta, por força de seu protótipo constitucional, deverá conceituar realidade integrada por elementos vários, que não se constituirá somente no ato de transmitir, nem no da transmissão ser de inter vivos, nem apenas na natureza desse ato (oneroso), nem só no imóvel, mas na conjugação de todos esses termos, que, conceitualmente, reporta-se ao “ato da transmissão, inter vivos, por ato oneroso, que tem por objeto um imóvel, por natureza ou acessão física”. Essa, em síntese, deverá ser a consistência material da hipótese de incidência desse imposto, em face do que estatui a norma constitucional, que o prefigurou de modo preciso

Assim, o primeiro enfoque que merece atenção é que o ITBI deverá incidir sobre a aquisição derivada da propriedade, sendo certo que os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (art. 1.227, CC).

Na mesma linha de raciocínio os direitos reais de garantia, mormente os dispostos no art. 1.419 e seguintes do Código Civil Brasileiro, também não estão sujeitos à tributação.

Como ensina Orlando Gomes, temos que:

A lei cerca de maiores garantias a circulação de riqueza imobiliária, exigindo solenidades para a transmissão da propriedade dos bens

imóveis, que se estendem até ao próprio título. Assim é que a alienação de tais bens deve obedecer necessariamente à forma de escritura pública. O título, se revestido das solenidades legais, há de ser levado à transcrição para que produza o efeito translativo

A questão que nos parece levantar é a possibilidade da sociedade empresarial, em sua realidade abstrata, ser considerada como um ser vivo hábil a deflagrar a incidência tributária, nos exatos termos do que preconiza o art. 156, II, da Constituição da República.

Estuando o fenômeno verificamos que a conceituação do que hoje depreendemos como empresa desenvolve-se a partir da Teoria dos Atos de Comércio, que buscava definir a figura do comerciante a partir de uma análise dogmática, elencando condutas definidoras daquilo que se convencionou chamar de comerciante.

Este modelo de interpretação, contudo, revelou-se lacônico, posto que não conseguia abarcar toda atividade econômica, enfrentando críticas dos estudiosos do direito e da sociedade em geral. Buscando superar o imbróglio, na Itália, em 1.942, foi unificado o direito civil, passando a integrar este arcabouço jurídico, igualmente, o que estava compreendido no âmbito do direito comercial.

No Brasil, foi adotada expressamente a Teoria dos Atos de Comércio a partir de 1.850. Porém, com forte influência europeia e as inovações introduzidas em 1.942 na Itália, os juristas tupiniquins começaram a voltar-se para uma teoria conglobante, jungindo os ramos do direito civil e comercial, em um novo sentido, iniciando os pensamentos do que mais tarde foi reconhecido como Teoria da Empresa.

Diferentemente da antiga teoria do comércio, a Teoria da Empresa inova ao definir a empresa com base na organização voltada para um fim de produzir e/ou circular bens e serviços.

No Código Civil de Reale, considerava-se empresário *"quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de*

bens ou de serviços" (art. 966, do CC). Por outro lado, não era considerado empresário "*quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa"* (parágrafo único do art. 966, do CC).

Assim, parafraseando Alberto Asquini (Perfis da Empresa, 1.943), com a Teoria da Empresa, passamos a analisar o perfil subjetivo da empresa, considerando-a como sinônimo de empresário, confundindo-se os termos em benefício do segundo, de tal forma que a empresa é o próprio empresário e aquela é caracterizada pela atividade empresarial.

Nas palavras de Carlos R. Gonçalves, em Direito Civil Brasileiro: parte geral (p. 220):

A personalidade jurídica é, portanto, um atributo que o Estado defere a certas entidades havidas como merecedoras dessa benesse. O Estado não outorga esse benefício de maneira arbitrária, mas sim tendo em vista determinada situação, que já encontra devidamente concretizada, e desde que se observem determinados requisitos por ele estabelecidos

Sob este aspecto, a transferência onerosa de capital, ainda que para um sujeito de realidade técnica como as corporações, pode ser englobada na hipótese deflagradora do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) de competência municipal, sob o viés jurídico da identificação de "entre vivos".

Lançando os olhos sobre a operação em testilha, especificamente em relação à norma imunizante do artigo 156, §2º, I, da CR, no que se refere à vedação ao exercício do poder de tributar quando da realização do capital social das pessoas jurídicas; temos que o preceito não abrangeu a conjuntura onde haja formação de reserva de capital, posto serem distintos os contextos. Portanto, não é correto que se empregue interpretação à norma capaz de desinformar institutos consagrados e com desenhos bem distintos como a integralização do capital social e a reserva de capital.

Nestes termos, sobre o valor sobejante (superior ao capital integralizado ou por integralizar) deverá incidir aludido imposto, ou seja, remanesce a incidência do ITBI sobre a diferença entre a quantia integralizada e o valor venal do imóvel incorporado para aumento de capital social, o que deve ser verificado pelo funcionário responsável em lançar a tributação.

Nesta quadra de discussões, encontramos na Lei das S.A. a definição de reserva de capital:

art. 182. A conta do capital social discriminará o montante subscrito e, por dedução, a parcela ainda não realizada.

§1º Serão classificadas como reservas de capital as contas que registrarem:

a) a contribuição do subscritor de ações que ultrapassar o valor nominal e a parte do preço de emissão das ações sem valor nominal que ultrapassar a importância destinada à formação do capital social, inclusive nos casos de conversão em ações de debêntures ou partes beneficiárias;

Sobre o tema, aliás, em agosto de 2020, foi julgado pelo STF o Recurso Extraordinário nº 796.376 (Tema 796), em sede de repercussão geral, oportunidade que restou decidido que "*a imunidade em relação ao ITBI, prevista no inciso I do §2º do artigo 156 da Constituição Federal, não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado*".

No *leading case*, inconformada com o acórdão da Quarta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que deu provimento à apelação do Município de São João Batista, afastando a imunidade tributária do artigo 156, §2º, inciso I, da CR, a requerente manejou o Recurso Extraordinário, buscando reformar a decisão.

3.CONCLUSÃO

Como prevenido, o exegeta, sobretudo o Parecerista Municipal, a quem acaba combustando o ensaio da categoria, deve possuir especial concentração neste assunto, distanciando-se de renúncias tributárias impertinentes; eis que é preciso ampla compreensão legal dos institutos estudados, em que pese umbilicalmente tão dispares.

À margem de todo sustentado até aqui, a conclusão a que se chega é a de que se o valor dos imóveis incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica exceder o limite do capital social subscrito a ser integralizado, haverá incidência do mencionado imposto sobre o ágio, que por não transitar por contas de resultado, ou seja, não ser proveniente da atividade operacional, não faz parte do capital social em realização e será tomado como aquisição pura, havendo consubstanciação do fato a norma (Hipótese de Incidência ou Fato Gerador em Abstrato mais Fato Gerador em Concreto), sobrevindo o fenômeno da incidência tributária.

4.REFERÊNCIAS

AFONSO. José Roberto R.. SERRA. José. **Federalismo Fiscal à Brasileira: Algumas Reflexões**. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, V. 6, n. 12, P. 3-30, Dez. 1999.

ARAÚJO. Clarice von Oertzen de. FAVACHO. Fernando Gomes. **Imunidade do ITBI e a descaracterização do conceito de atividade preponderante**. Disponível em:< <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2020/09/Imunidade-do-ITBI-e-atividade-preponderante.pdf>>. Acesso em: 1 de agosto de 2022 *apud* MACEDO. **ITBI – Aspectos Constitucionais e Infraconstitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ASQUINI, Albert. **Profili deH'Impresa. Rivista dei diritto commercial**. Milano. 41, 1943, p. 1/20.

BALEEIRO. Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 273.

BARRETO, Aires Fernandinho. **Curso de direito tributário**. In: MARTINS, Ives Gandra (coord.). São Paulo: 14. ed. Saraiva, 2013. p. 1046.

BARRETO, Aires. ITBI – **Transmissão de Bens Imóveis da Empresa ‘A’ para as Empresas ‘B’ e ‘C’ – Conceito de ‘Atividade Preponderante’** –. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 166, Jul. 2009.

BRASIL, **Constituição da República de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 de jul. de 2022.

CASTRO. Gabriel Carneiro de. **Da incidência do imposto sobre transmissão de bens imóveis nas transferências de bens que excedem o valor das cotas ou ações em realização de capital**. Tese (bacharel em Direito) – Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2019.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 338.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19. ed. Rio Janeiro: Forense, 2007, p. 160-161.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 186.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. 14 ed. São Paulo: Saraiva. 2016. Volume 1.

Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 29 de jul. de 2022.

Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 29 de jul. de 2022.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 199.

A UBERIZAÇÃO E A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

GABRIEL ALCÂNTARA SANTIAGO:
graduando em Direito pela
Universidade Federal de Tocantins –
UFT47.

Dra. GRAZIELE LOPES RIBEIRO⁴⁸

(coautora)

RESUMO: A Uberização afeta o vínculo trabalhista e cria novos atores da relação empregatícia. Precarizando, assim, seus direitos das mais diversas formas. Nesse cenário, o artigo analisa a precarização das relações trabalhistas a partir da Uberização de maneira empírica, visando responder de quais maneiras o advento da Uberização precariza as relações laborais. A abordagem se deu através do método indutivo, visto que parte de conhecimentos específicos para chegar a um conhecimento mais generalizado. O objetivo, este explicativo, se desdobra a partir de pesquisa bibliográfica, com o levantamento de referências teóricas e das normas do Direito Brasileiro. As conclusões obtidas são que os direitos de pessoas que trabalham para empresas de tecnologia por intermédio de aplicativo, como 13º salário e férias remuneradas, são extirpados de escopo legal devido à contemporaneidade do tema, falta de normas legislativas que dispõe sobre o assunto e das características das novas relações de trabalho advindas da era da informação.

Palavras-chaves: Uberização. Precarização. Direito Trabalhista.

ABSTRACT: The uberization, which comes from sharing technology, affects the labor links and creates new actors in the work relationships, thus deteriorating their rights in many diverse ways. In this scenario, the article analyzes the deterioration of the labor relations due

47 Contato: gabrielsantiago99@gmail.com

48 Doutora pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo e docente do curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins - UFT

to the uberization in a empiric way, seeking to respond in witch ways this advent deteriorates labor relations. The approach was made through the inductive method, because it starts in specific knowledges to arrive in a more generalized knowledge. The objective, witch is explicatory, unfolds from bibliography research, with the serving of theoretical references e the norms form Brazilian Law. The conclusions obtained are that the wrights from people who work for technology companies trough applications, such as 13º salary and paid vacation are taken away from the legal scope because of the comtemporanity of the theme, lack of norms that talk about the subject and the characteristics from new labor relationships that came up from the age of information

Key-words: Uberization. Deterioratin. Labor Law.

1.INTRODUÇÃO

A era da informação trouxe diversos recursos que facilitam o cotidiano e o dia a dia da população. Incumbências e mercadorias que em tempos anteriores não eram de fácil acesso, hoje em dia são cada vez mais acessíveis e mais econômicos. Longas distâncias não necessitam mais serem percorridas, ao passo que produtos e serviços podem ser adquiridos com comodidade e dentro do conforto do lar.

Dentro disso, um dos eventos oriundos da era da informação é a Uberização. Tal modelo, cujo nome se deriva da empresa de serviços de transporte *Uber*, é definido pelo dicionário de Cambridge como um verbo; significando modificar a oferta de um dado serviço introduzindo uma forma diferente de compra ou de uso por via da tecnologia digital (Cambridge, 2022).

No modelo descrito, a flexibilização de horários, a informalidade (sendo essa a principal característica dessa nova prática) e a utilização da internet e dos aparelhos móveis como meio de adquirir o que se deseja, formam os pontos-chave da demanda sob esse

serviço. Desde a entrega de uma refeição até o aluguel de casas. Entretanto, desse contexto de informalidade e flexibilizações de diversos fatores, surgiram novas relações de trabalho.

Ademais, torna-se importante a análise da comodidade e facilidade avindas da Uberização, pois mesmo com a evidente mudança nas relações trabalhistas, o escopo legislativo atual ainda não discorre e tampouco regula os motoristas que trabalham via aplicativo para empresas de tecnologia.

Neste trabalho, a análise da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), da Constituição Federal (CF), do Projeto de Lei (PL) 3.055/21 e Lei 13.640/2018 da jurisprudência e dos atuais acontecimentos à cerca da Uberização se fazem fundamentais para averiguar o que se deseja. O objetivo não é meramente recolher dados estatísticos à cerca da matéria, mas verificar o que o ordenamento jurídico brasileiro trata sobre o assunto.

A contemporaneidade do tema é um fator que atribui relevância e justifica a presente pesquisa, pois devido a tal elemento, a legislação e os institutos de direito de maneira geral ainda não efetivamente dispuseram leis ou normas sobre a Uberização nas relações de trabalho. Ainda existem questões em aberto e que somente serão sanadas no futuro, ao passo que novos acontecimentos podem alterar os conceitos e a percepção sobre o assunto. Mas já existem entendimentos de tribunais sobre o tema e através do prisma das normas principiológicas trabalhistas, é possível e se pretende analisar o que o ordenamento jurídico brasileiro entende sobre o assunto.

O tema em estudo é necessário porque discorre sobre a realidade de milhões de trabalhadores brasileiros que em tempos recentes tiveram as relações de trabalho modificadas de diversas maneiras. Pois, como a tendência é de que o modelo de Uberização seja adotado cada vez mais, várias pessoas que ainda serão inseridas no mercado de trabalho serão afetadas pelo modelo mencionado.

A contribuição que se pretende com esse artigo é expor para quem lê a presente pesquisa, como o trabalhador brasileiro é afetado pela mudança nas relações laborais; pois todo trabalhador (inclusive o que possa vir a ler o presente artigo) pode estar sujeito a esse processo moderno. Portanto, as informações aqui presentes podem ajudar a informar o laborante como seus direitos são afetados por tal.

É necessária a menção de que o atual artigo se difere de outros trabalhos porque aborda a origem da economia do compartilhamento e também busca verificar quais são os serviços Uberizados dentro do Brasil que têm as relações trabalhistas mais afetadas, não se preocupando somente com o que a lei e a doutrina discorrem do assunto.

Também, fora o discorrido, a abordagem do tema através dos princípios, normas do direito do trabalho e decisões judiciais recentes o especifica e o difere de outros que buscam analisar somente a Uberização ou os que analisam esse em outra área jurídica. Face à conjuntura narrada, o presente artigo procura fazer uma contribuição na área do Direito trabalhista e especificamente no vínculo empregatício entre empregador e empregado.

2.DA ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO À UBERIZAÇÃO

No presente trabalho, o estudo da chamada Economia do Compartilhamento se faz fundamental para compreender as características do tema do artigo. Em essência, sua prática é o cerne dos elementos da Uberização, o que faz do seu estudo relevante para o artigo.

A concretização de uma definição escrita e formal do que é economia do compartilhamento pode se mostrar uma tarefa penosa, tendo em vista a ampla gama da variedade de serviços e produtos, além de seus limites às vezes não muito transparentes aos olhos da legislação.

Via de regra, a economia do compartilhamento é composta por um conjunto de práticas comerciais que permitem o acesso a bens e serviços sem que haja, necessariamente, a compra de um artigo ou troca monetária entre as partes envolvidas (BOTSMAN e ROGERS, 2011).

Segundo Slee (2017), primordialmente, o compartilhamento consistia em trocas informais (de objetos, serviços, caronas e entre outros). A ideia inicial era usar a força da internet para ajudar indivíduos vulneráveis a se tornarem microempresários e facilitar tarefas cotidianas. Porém, o sistema capitalista consegue encontrar valor na economia de colaboração, se apropriando de aspectos da cultura do compartilhamento voltadas para novos fluxos de geração de receitas, e essa busca pelo lucro recai sobre a relação de trabalho, sofrendo modificação e precarização. (KRAMER, 2017).

Seguindo, a exploração quase predatória do aspecto do compartilhamento era antes inexistente nas fases antigas do capitalismo, visto que a tecnologia conhecida no capitalismo mercantil e industrial não as permitiam. Portanto, a economia do compartilhamento caracteriza o surgimento de um novo patamar no processo de desenvolvimento econômico dentro da atual conjuntura do capitalismo financeiro, materializada na superação da lógica de consumo em massa e o acúmulo de bens, típica dos períodos mencionados.

Por um momento em que o mercado prioriza o capital especulativo e passa a privilegiar novas formas de acesso a bens e serviços, à fim de otimizar a especulação financeira, há um baseio no uso de tecnologia da informação, compartilhamento e aproveitamento de suas capacidades excedentes. (SOUZA E LEMOS, 2016)

A existência desse novo modelo é obtida com o resultado de amplas mudanças e transformações sociais que ocorreram no fim do século XX e começo do século XXI. Discorrem Ramalho e Silva (2016) que tais fatores são: revolução tecnológica, característica

que conceitua e define a era da informação, período histórico a qual estamos inseridos; revolução ambiental, que atualmente tem tamanha influência à ponto de alterar hábitos de consumo a opinião pública das grandes corporações aos olhos do público; revolução econômica, representada pela fase do capitalismo de mercado e a evolução constante do capital de especulação, onde se normalmente nascem as eventuais crises do capitalismo.

Adiante, divide a Autora Schor (2017) as atividades econômicas do modelo em quatro categorias abrangentes: recirculação de bens; uso expandido de bens duráveis; troca de serviços; compartilhamento de bens produtivos. A primeira trata da recirculação de bens através de um espaço digital e já se encontra inserida em massa no cotidiano através de sites como *E-bay*, Mercado Livre e entre outros, oferecendo uma gama de produtos que vão de brinquedos à obras de arte de alto valor.

O uso expandido de bens duráveis popularizou o acesso do consumidor a bens mais com durabilidade e preço maiores como carros, casas e serviços de caronas, entre outros. Evidentemente, a empresa *Uber* se insere em tal categoria, além de outras como *AirBnb*, *Rappi*. Essa modalidade pode proporcionar às pessoas acesso de baixo custo a bens e espaço, e algumas oferecem oportunidades para ganhar dinheiro, frequentemente para complementar fluxos de renda normais, nos olhos de Schor (2017).

A troca de serviços pode ser compreendida como uma das maneiras mais primitivas de compartilhamento, a convivência humana em sociedade torna fundamental a troca de produtos ou serviços que desejamos. A *Zaarly*, por exemplo, é uma empresa que opera em sentido semelhante, mas os membros oferecem uma recompensa financeira para que se realize uma tarefa ou serviço. Já o último agrupamento corresponde ao compartilhamento relacionado a espaços ou de bens produtivos, hoje comumente representado através do *co-working* e dos espaços *co-working*.

Por fim, aspectos chave da Uberização como o uso da internet, a ocupação de papel de intermediador entre um serviço e um consumidor, o trabalho sob demanda, o sistema de avaliações e a facilidade de acesso entram em consonância com o que a economia do compartilhamento foi capaz de proporcionar. À priori sobre uma perspectiva colaboracionista e social, posteriormente se transformando em um agente da precarização dos direitos trabalhistas no Brasil.

Ao passo que foram abordadas as atividades econômicas da *Sharing Economy*⁴⁹, tal prática ainda se divide em matéria do grau de informatização e formalidade de 2 formas: *Crowdwork*⁵⁰ e *On demand*⁵¹, conforme discorre Kalil (2017).

No *Crowdwork*, trabalhos de complexidades variadas são repassados a um certo grupo de trabalhadores, via internet ou qualquer outro meio de comunicação mais oportuno ou efetivo, exemplificado por Loureiro e Fonseca (2020) como um grupo de moderadores que avaliam a adequação de conteúdos em determinados anúncios a sítios virtuais ou certo grupo de pessoas que é remunerado para responder questionários online.

Já *On demand* usualmente se relaciona a trabalhos mais tradicionais em diversos setores normalmente associados a área dos serviços, ocupando uma gama que vai desde o setor de transporte até o de hospedagem. Nele o trabalhador é contratado para operar em uma plataforma virtual a partir de um contrato a fim de realizar serviços específicos aos consumidores que os solicitam via o aplicativo disponibilizado pela plataforma (BARBOSA JR., 2019, p. 26), a qual não somente estabelece quais os serviços serão oferecidos, mas também a forma de prestação e o padrão de qualidade (STEFANO, 2016, p. 10).

49 Economia de compartilhamento ou economia compartilhada

50 Trabalho Coletivo (Tradução nossa)

51 Sob Demanda (Tradução nossa)

Aqui, faz-se necessário o enfoque na categoria *on-demand*, por corresponder com precisão as empresas semelhantes em tipo de serviço à que deu nome para a prática da Uberização. Extrai-se deste modelo de negócios um enxugamento da cadeia produtiva, na medida em que se transfere ao trabalhador a responsabilidade pelo negócio e confere ao capital um aumento do mais-valor (GAIA, 2019, p. 73).

Dessa maneira, a *gig economy*⁵² e a Uberização se entrelaçam intimamente. As atividades econômicas do uso expandido de bens duráveis combinadas com o modelo *on-demand* proporcionaram um solo fértil para o florescimento da Uberização e para manobras que precarizam os direitos trabalhistas e alteram as definições das figuras do empregado e do empregador, assim gerando novas possibilidades de relações laborais.

O tema principal das críticas aos modelos abordados é que as plataformas com fins lucrativos se apropriaram do que começou como uma ideia progressiva e socialmente transformadora.

Segundo Bianchi, Macedo e Pacheco (2020) o grande empresário em sua fixação por redução de custo e maximização de lucro se esquece que sem a figura de um trabalhador com direitos mínimos tutelados, não haverá a força motriz capaz de fazer a engrenagem do sistema funcionar.

3.A UBERIZAÇÃO COMO PROCESSO TRANSFORMADOR DAS RELAÇÕES LABORAIS

Sabe-se que as novas tecnologias e modelos organizacionais que surgiram ao longo dos séculos XX e XXI causaram impacto significativo na vida das pessoas, em especial a internet e a integração que essa teve com o labor. Conforme aduz Antunes (2018), a distinção entre o tempo dentro e fora do trabalho foi completamente desmantelada pelo

⁵² Termo usado para caracterizar trabalhadores autônomos

trabalho online, assim se originando um novo tipo de trabalho que combina mundo digital com sujeição integral aos ideais e à prática das grandes corporações.

O instituto do Direito do trabalhador à desconexão do labor para que possa usufruir de sua vida nas demais esferas sociais (como por exemplo a inserção na política, o acesso ao lazer e entretenimento, a inclusão cultural e entre outras) se encontra cada dia mais ameaçado. Ressalta-se que isso corrobora com o argumento anteriormente utilizado de que o fenômeno da Uberização distancia o Direito do Trabalho de sua finalidade funcional.

Conforme expõem Bianchi, Macedo e Pacheco (2020), a reflexão incipiente do direito trabalhista e sua utilidade enquanto norma regulamentadora dessas relações faz com que o senso comum enxergue o seu cumprimento como um excesso de proteção à parte vulnerável, ou seja, o trabalhador, o que gera uma série de encargos que inviabiliza os negócios comerciais.

Adiante, ainda que a adoção do modelos de *work on demand* constitui um obstáculo inicial ao reconhecimento da relação jurídico-trabalhista, o princípio da primazia da realidade sobre a forma é um instituto sólido no Direito Trabalhista e prescreve que as relações de trabalho devem ser analisadas por além do campo da formalidade. Portanto, a realidade dos trabalhadores em situação de subemprego pela precarização dos direitos trabalhistas possui maior relevância do que a mera classificação formal dos laborantes em uma norma que não se adequou à nova realidade do mundo trabalhista. O Direito do Trabalho, posta atual conjuntura descrita, deve assegurar um piso mínimo de dignidade aos trabalhadores, bem como garantir a manutenção do *status quo*⁵³.

Todo esse processo está intrinsecamente ligado às Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC's). Como produto do avanço da internet, iniciou-se a era da escravidão

53 estado atual.

digital, que se funde com a expansão explosiva dos trabalhadores intermitentes (consistem nos que laboram descontinuamente, normalmente no Brasil de maneira sazonal e em zona rural, comumente conhecidos como “boias frias”).

A transformação do capital, ainda segundo Antunes (2018) entrou na era da mundialização e da financeirização em escala global, introduzindo uma nova divisão internacional do trabalho, que apresenta claras tendências que se mesclam e chegam até a serem simbióticas: a intensificação dos níveis de precarização e informalidade e o direcionamento à intelectualização do trabalho, especialmente nas TIC's.

Agora, com a observação desse novo advento, as relações sociais estabelecidas entre capital e trabalho se disfarçam em relações entre empresas, baseadas em contratos por tempo determinado, por sua natureza flexível e de acordo com os ritmos produtivos das empresas contratantes.

Nesse contexto de práticas adotadas pelo modelo de Uberização e seus desdobramentos nas novas relações trabalhistas, a terceirização se tornou um dos principais modos de gestão de negócios, sendo agente direto no processo de enfraquecimento dos direitos do trabalho.

Seguindo, o serviço sob demanda e a eventualidade proporcionadas inicialmente pela Economia do Compartilhamento, embora ofereçam algumas vantagens ao empregado, como por exemplo, a possibilidade de trabalhar nos horários de sua preferência, acabam eximindo a empresa contratante de serviços de diversas obrigações trabalhistas para com os trabalhadores que de fato realizam tais serviços.

Os benefícios aos consumidores como, no caso da Uber, na oferta de um serviço de transporte menos custoso não podem ser utilizados como justificativa para a precarização das relações de trabalho, ainda mais se tendo em consideração de que

qualquer piora nas condições de trabalho, mesmo acarretando em custo menor ao consumidor, acarreta da precarização da categoria de trabalhadores que laboram na área.

Nesse sentido, o trabalhador sai da estrutura de hierarquia rígida a que estava submetido e se insere em uma subordinação a um aplicativo. Talvez seja esta, então, a contradição desse novo modelo: ao mesmo tempo que o trabalhador tem maior autonomia, ele é menos necessário. Isso porque a necessidade de humanos está sendo paulatinamente substituída por algoritmos. (OITAVEN, CARELLI & CASAGRANDE, 2018, p. 31-32)

Dessa forma, cria-se uma ideia de mobilização total, em que o trabalhador deve estar disponível a todo momento. Há uma relação de aliança, em que ele não deve apenas obedecer mecanicamente às ordens da empresa, mas se mobilizar totalmente, desde o seu espírito, para cumprimento dos objetivos e metas que são regularmente traçados pela empresa. Ou seja, há apenas a ilusão de que o trabalhador é livre e autônomo. (OITAVEN, CARELLI e CASAGRANDE, 2018, p. 35)

De acordo com fala de Fontes (2020) durante a 72ª Reunião Anual da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, como os trabalhadores não possuem nenhum direito ou garantia face à pouca ou nenhuma legislação específica, as empresas alegam que o serviço que exercem é apenas a realização da conexão entre os usuários e as empresas, de modo que as pessoas cadastradas se caracterizam apenas como 'parceiros', tentando assim se eximir de uma responsabilidade. Não obstante, o trabalhador arca por conta própria com diversos gastos advindos do exercício da função.

Sobre a competência da justiça trabalhista para tratativa desse assunto, conforme aduzido pelo procurador-geral do Trabalho José de Lima Ramos Pereira, há uma relação de trabalho, não convencional, com vínculo empregatício, na maioria dos casos. A competência para apreciar as demandas seria, portanto, da Justiça do Trabalho, que deve

assegurar a observância da legislação trabalhista (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2021).

Devido aos meios digitais e o afastamento do prestador de serviço e do realizador deste, a figura do empregado com Carteira de Trabalho assinada foi substituída pelo trabalhador que atende sob demanda e a figura do empregador passou a ser uma empresa que não possui vínculo empregatício formal com o trabalhador. Perante às novas características das facetas que participam da relação de trabalho, se moldam novas relações para o Direito trabalhista.

Com certa frequência, tais trabalhadores são chamados de parceiros ou de colaboradores por essas companhias, que caracterizam a relação como comercial de natureza cível, sob a alegação de que a empresa age somente como intermediadora digital entre um prestador de serviço e uma pessoa que consome o serviço.

O arguido por empresas que adotam o modelo de Uberização é que o afastamento do empregador em relação ao empregado se justifica pela ausência dos requisitos que enquadrariam os executores do serviço como empregados à luz do artigo 3º da Consolidação das leis do trabalho (subordinação, onerosidade, pessoalidade e habitualidade), assim sendo essas empresas meras conectoras entre o consumidor que deseja determinado serviço e o trabalhador que de fato prestará o mencionado serviço, retendo uma porcentagem do valor ganho pelo prestador de serviço em toda viagem.

A subordinação, característica descrita no Artigo 3º da CLT cria uma nova faceta. Nas empresas que ofertam no modelo *on demand* e especificamente no caso da Uber, os motoristas são considerados empresários individuais (processo possibilitado ao se criar uma MEI ou EPP), de modo que, supostamente, atuam de forma autônoma. Um empresário

pode normalmente escolher seus clientes, entretanto não é o que se averigua nos casos dos ditos parceiros da empresa Uber.

A média da sua avaliação pelos usuários também é constantemente monitorada pela plataforma, de modo que ele pode acabar sendo desligado caso esteja mal avaliado. (SLEE, 2017, p. 129-131). Ainda, nota-se que o motorista é constantemente controlado. Sua localização é monitorada mesmo quando ele não está trabalhando, assim a plataforma pode ter informações sobre o seu trajeto diário. Há uma técnica ambivalente de premiações e punições, em que os motoristas são incentivados a irem a lugares de difícil acesso ou trabalhar em dias festivos, para receberem um valor maior pela corrida, ao mesmo tempo que temem uma avaliação negativa dos usuários. (OITAVEN, CARELLI e CASAGRANDE, 2018, p. 36-37)

O preço também não é fixado pelos motoristas, mas pela plataforma, a partir de um algoritmo dinâmico que é controlado pela própria empresa. Portanto, a afirmação de uma suposta autonomia do motorista se mostra errada, tendo em vista que não possui autonomia para estabelecer seu próprio valor da corrida.

Ainda que os motoristas tenham flexibilidade para escolher o horário em que exercem sua atividade, há o estímulo para eles trabalharem o maior tempo possível, de tal maneira que sempre hajam motoristas disponíveis no momento da necessidade do usuário dos aplicativos. (OITAVEN, CARELLI e CASAGRANDE, 2018, p. 36).

Outra perspectiva possível seria a adequação da categoria profissional de motoristas (tipificadas dos artigos 235 até o 235-H da CLT) nos moldes da definição de trabalhador intermitente do § 3º do artigo 443 da CLT, que presta serviços de forma não contínua, mas ainda com subordinação ao empregador independentemente da natureza das atividades desenvolvidas. Entretanto, a relação empregatícia nesse caso também não é reconhecida pelas grandes empresas de tal maneira.

Ao se inserir o motorista na categoria de trabalhador intermitente, este passaria a ser tutelado pelo artigo 452-A da CLT. Direitos de natureza previdenciária e trabalhista que outrora foram precarizados pelos aspectos da Uberização agora retornariam, tais quais:

Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

§ 5º O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes.

§ 6º Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas:

I - remuneração; II - férias proporcionais com acréscimo de um terço; III - décimo terceiro salário proporcional; IV - repouso semanal remunerado; V - adicionais legais.

§ 8º O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

§ 9º A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.

Em relação ao seguro, a Lei 13.640/2018 exige que todos os motoristas de aplicativos de transporte tenham seguro para poder trabalhar para essas empresas. Entretanto, o seguro deve ser pago pelo próprio trabalhador, afastando das empresas a responsabilidade de indenização decorrente de acidente de trabalho.

Em efeito prático, o afastamento das empresas de tecnologia que adotam o modelo de Uberização da categoria de empregador impede com que esta precise indenizar o trabalhador e distancia a definição de acidente de trabalho para os casos que lhe são convenientes.

Fazendo uma análise conjunta dos textos legislativos mencionados ao longo do capítulo, é possível observar que a não caracterização da relação de trabalho para que trabalham com os modelos *on-demand* e *crowdwork* afasta os empregados de seus direitos mais básicos, assim deixando uma relação naturalmente já unilateral ainda mais desigual, ao passo que constitui uma nova relação jamais antes vista.

Face a esse cenário, o MPT se posicionou fortemente favorável à responsabilidade das grandes empresas de tecnologias que se relacionam com o a linha tênue entre empresa de tecnologia e empresa de transporte, e adota postura pró reconhecimento da relação estabelecida entre trabalhador e as plataformas digitais, com a garantia de direitos sociais trabalhistas, securitário e previdenciários.

O órgão preza também pela melhoria das condições de saúde e segurança do trabalho nas atividades desenvolvidas por trabalhadores contratados por plataformas digitais, de forma a reduzir a precarização das relações trabalhistas. Parte da jurisprudência opta pelo não reconhecimento do vínculo empregatício, o que têm impulsionado o discurso das empresas intermediadoras. Nas palavras do Procurador-Geral do Trabalho Tadeu Henrique Lopes da Cunha:

As empresas enaltecem a existência de decisões judiciais de não reconhecimento do vínculo de emprego, mencionando, inclusive, que muitas decisões judiciais lhes seriam favoráveis. Ocorre que o posicionamento jurisprudencial citado pelas empresas não é casual ou resultado da ausência de compreensão da Justiça sobre a metodologia de trabalho em questão” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2022)

Ainda de acordo com o Procurador, as grandes empresas de tecnologia têm praticado métodos que possuem a finalidade de impedir a criação de jurisprudência pró vínculo. As decisões favoráveis estratégicas às empresas formam jurisprudência e potencialmente um desfavor em alguma das fases de tramitação processual, sendo substituídas por acordos homologados judicialmente e sem o reconhecimento do vínculo de emprego, impossibilitando a formação de divergência jurisprudencial.

4.A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS A PARTIR DA UBERIZAÇÃO

Por fim, agora com o aporte teórico estudado no artigo, é possível responder um questionamento: se os aplicativos que adotam o modelo de Uberização precarizam os direitos dos trabalhadores, por que o sistema Legislativo ainda não elaborou uma norma específica para essas situações?

Ao se realizar um estudo sobre o enquadramento de tipo da empresa Uber, o arquétipo do modelo em questão, é possível reparar que a categorização dessa corporação em empresa de tecnologia a afasta de várias das obrigações tributárias e trabalhistas, criando, assim, preços mais baixos e uma concorrência desleal.

Todavia as empresas de transporte são regidas de maneiras diferentes, o serviço de táxi é regulado por regras específicas que envolvem vistorias, licenciamentos, obrigações e taxas. A Uber, por outro lado, opera em uma estrutura com regras mais flexíveis e não são os possuidores da frota de transportes que fazem as viagens, permitindo filtrar quem são os motoristas sem ter que arcar com outras obrigações típica dos taxistas. Portanto, a lacuna regulatória inerente à dicotomia da classificação regulatória das empresas é um fulcral fator na precarização dos direitos trabalhistas (SLEE, 2017, p. 105), ao passo que também dificulta a criação de novas leis que garantiriam o fortalecimento e atuariam contra a precarização dos direitos trabalhistas.

O procurador-geral do trabalho José de Lima Ramos Pereira reconheceu que o mundo do trabalho é dinâmico e precisa se adaptar. Afirmando, ainda, que isso não pode levar à precarização do trabalhador: “Essa adaptação, no entanto, não pode significar precarização do direito do trabalhador. É preciso que o Estado elabore regras específicas para esse tipo de trabalho e que os direitos garantidos na Constituição de 1988 cheguem aos trabalhadores.” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2022)

Para ele, há uma relação de trabalho não convencional, com vínculo empregatício na maioria dos casos. Portanto, a competência material é da Justiça do Trabalho, que deve sempre assegurar a observância da legislação trabalhista e os princípios basilares dessa seara do Direito.

Todas as mudanças e novas possibilidades criadas pela contemporaneidade desse fenômeno acabam em precarizar as relações trabalhistas. O vínculo empregatício se torna frágil em face das novas relações criadas, das teses de não formação da relação trabalhista em face da falta das características do artigo 3º da CLT, das novas jurisprudências forjadas de acordo com os interesses das empresas de tecnologia e da falta de aparato legislativo oriundo da dicotomia classificatória da natureza de algumas empresas que se baseiam na economia do compartilhamento.

Segundo o Ministério Público do trabalho, até 08/11/2021, no total, 625 inquéritos civis já foram instaurados contra 14 empresas de aplicativos após o MPT averiguar a ocorrência de irregularidades das relações laborais:

Empresa	Quantidade de procedimentos	Serviço ofertado
<i>Uber</i>	230	Transporte de pessoas
<i>iFood</i>	94	Entrega de bens de consumo
<i>Rappi</i>	93	Entrega de bens de consumo

<i>99 Tecnologia</i>	79	Transporte de pessoas
<i>Loggi</i>	50	Entrega de mercadorias
<i>Cabify</i>	25	Transporte de pessoas
<i>Parafuzo</i>	14	Limpeza
<i>Shippify</i>	12	Entrega de mercadorias
<i>Wappa</i>	9	Transporte de pessoas
<i>Lalamove</i>	6	Entrega de mercadorias
<i>Ixia</i>	4	Atendimento
<i>Projeto A TI</i>	4	Tecnologia
<i>Delivery</i>	4	Entrega de bens de consumo
<i>Levo</i>	2	Entrega de mercadorias

Tabela 1 - Inquéritos Cíveis Instaurados Contra Empresas de Tecnologias

Fonte: Ministério Público do Trabalho (2021)

Embora o tema abordado pelo artigo seja recente, o judiciário brasileiro já tomou algumas decisões discorrendo sobre o assunto. O acórdão do Recurso de Revista (minuta trabalhista prevista no Artigo 896 da CLT, cabível em decisões proferidas em grau de Recurso Ordinário, pelos TSTs em caráter de dissídios individuais) de número TST-RR-100353-02.2017.5.01.0066 pelo 3º TST já reconhece o vínculo empregatício entre motorista e o aplicativo de transporte *Uber*.

O referido acórdão indica que a empresa *Uber* violou o Artigo 3º da CLT ao não enquadrar o motorista como trabalhador aos moldes do dispositivo supramencionado, dando também provimento para o reconhecimento do vínculo empregatício entre o motorista e a empresa. As características do Artigo foram todas minuciosamente discutidas pelo colegiado.

Quanto à personalidade, aduz o magistrado que é incontroverso que o serviço é prestado por pessoa física, esta por consequência objeto de obrigações. Já sobre a

onerosidade, discorrem que tal condição se mostra factível ao se observar que o motorista é obrigado a efetuar repasse de cerca de 70/80% do valor pago pelos passageiros/clientes à empresa por um sistema gerido pelo empregador através do próprio aplicativo.

Em uma análise da habitualidade, a permanência da prestação de serviço exercido pela pessoa não há de ser desfigurada pela possibilidade dessa poder laborar por diferentes empresas de mesmo fim, visto que tal afirmação por si só não desqualifica a não eventualidade.

Dessa forma, a subordinação se consubstancia no controle da empresa sobre as chamadas e avaliação performática com potencial do exercício do labor e registro de reclamações com punições dadas pela plataforma digital. Assim, discorrido o mérito de todos os requisitos da categorização de motoristas de aplicativos de serviço de transporte, optaram os nobres julgadores por reconhecerem a formação de vínculo empregatício. Entretanto, a jurisprudência ainda se demonstra em formação, visto a contemporaneidade do tema.

Seguindo, conforme o surgimento de novos acórdãos e sentenças, ficará mais cristalino o cenário do entendimento acerca do assunto. O tratamento judicial do tema se encontra nesse entrave; entretanto, no espectro legislativo do tópico foi apresentado no início de setembro pelo senador Acir Gurgacz (PDT-RO) o PL 3.055/21.

Por fim, o Projeto de Lei 3.055/21 tenta estabelecer um panorama para o futuro, expandindo os horizontes para além de somente o serviço de transporte de pessoas. A meta é a regulação das relações de trabalho entre condutores (seja de passageiros ou entrega) e as empresas que comandam o trabalho através de aplicativo ou qualquer outra maneira remota.

A mudança se daria através da criação dos Artigos 235-I e 235-J, área do CLT que rege a categoria de trabalho dos motoristas:

“Art. 235-I. As relações de trabalho entre as empresas operadoras de aplicativos ou outras plataformas eletrônicas de comunicação em rede e os condutores de veículos de transporte individual ou, quando for o caso, de transporte coletivo, de passageiros ou ainda de entrega de bens de consumo, são reguladas pelos arts. 452-A a 452-H, que dispõem sobre o contrato de trabalho intermitente e, no que com elas não colidirem, pelas demais normas desta Consolidação e legislação correlata.

Parágrafo único. Define-se como empresa operadora de aplicativos ou outras plataformas eletrônicas de comunicação em rede como aquela que organiza e disponibiliza para usuários previamente cadastrados a mediação de transporte individual ou coletivo remunerado de passageiros ou de entrega de bens de consumo. (BRASIL, 2021)

Art.235-J. As empresas referidas no parágrafo único do art. 235-I são obrigadas a contratar, sem ônus para os condutores de veículos de transporte de passageiros ou de entrega de bens que vierem a sofrer o infortúnio, no exercício de suas atividades: I - seguro privado de acidentes pessoais; e II - seguro dos veículos. § 1º O seguro de que trata o inciso I do caput terá cobertura para as seguintes hipóteses: I - morte acidental; II - danos corporais; III - danos estéticos; e IV - danos morais. § 2º A contratação de seguro não excluirá a indenização a que o empregador está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa.” (BRASIL, 2021)

Assim, passariam os condutores de veículos de transporte individual ou coletivo de passageiros ou de entrega de bens de consumo a estarem abarcados pelo disposto no § 3º do artigo 443 da CLT, que conceitua o que é trabalho intermitente. O projeto mencionado atualmente aguarda a designação de relator desde 26/04/2022.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo de negócios de uberização se mostra nascido de uma era favorizada pela constante criação de novas tecnologias da informação e da comunicação, também bebendo da fonte direta de toda a trajetória da economia do compartilhamento e da ideia

inicial de cooperação de indivíduos visando o fortalecimento financeiro e social mútuo através do compartilhamento das mais diversas modalidades de serviço, correspondendo a uma gama ampla desde serviços doméstico até espaços físicos.

Face à essas turbulentas mudanças, o mundo do Direito Trabalhista e os atores do vínculo empregatício agora assumem novas figuras, se instaurando uma discussão a respeito da definição e nuances do empregado e empregador.

O trabalho *on-demand* originou uma série de precarizações no direito trabalhista e instaurou uma dúvida doutrinária acerca da natureza do trabalho no contexto dos aplicativos digitais. Sendo os direitos do trabalhador como férias proporcionais com acréscimo de um terço do décimo terceiro salário proporcional, repouso semanal remunerado, adicionais legais, o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do FGTS com base nos valores pagos no período mensal precarizados, não são garantidos pela desqualificação dos trabalhadores na categoria de empregados, seja nos moldes do contrato de trabalho permanente e suas características ou do intermitente.

As consequências do processo são notáveis pelo grande número de inquéritos civis contra diversos aplicativos de tecnologia (mas que lucram com realização de serviços) e pelo alarde que o Ministério Público do trabalho deu ao tema.

De tal maneira, a pergunta da pesquisa sobre como o advento da Uberização precariza as relações laborais foi respondida. Para tal houve a necessidade de cumprir o objetivo principal de analisar a precarização das relações trabalhistas a partir da Uberização e descrição do caminho percorrido da economia de compartilhamento a esse processo, bem como a investigação (de acordo com a ótica do Direito trabalhista) de quais são as alterações nas relações laborais a partir da Uberização, o exame das transformações nas relações laborais decorrentes do processo de Uberização e de um possível panorama para o futuro.

O presente artigo contribui com o Direito Trabalhista ao analisar e expor ao leitor como o trabalhador brasileiro é afetado pela mudança nas relações laborais, bem como explanar a lacuna legislativa de instrumentos que regulam os serviços afetados pela uberização e o entendimento doutrinário sobre o tópico. Com o conhecimento das condições a qual estão submetidos, o trabalhador pode tomar decisões mais conscientes e impactantes em sua vida, o que atribui relevância ao tema do artigo.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, R. **O privilégio da servidão**: O novo proletariado de serviços na era digital. 1a ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

ANTUNES, R.; FILGUEIRAS; V. **Plataformas digitais**: Uberização do trabalho e regulação no Capitalismo contemporâneo. Niterói: Contracampo, 2020.

BARBOSA JR, J. T. S.; RAMALHO, F. R. X. **As dimensões dos impactos da economia do compartilhamento**: será a sociedade do futuro mais sustentável e colaborativa? In: Encontro Nacional de Pesquisadores em Gestão Social, 9., 2016, Porto Alegre. Anais, Porto Alegre. 2016.

BARBOSA JR., F. A. **Gig economy e contrato de emprego**: aplicabilidade da legislação trabalhista aos vínculos de trabalho da nova economia. São Paulo: LTR, 2019.

BRASIL, **LEI Nº 13.640, DE 26 DE MARÇO DE 2018**. Altera a Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, para regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros. Brasília: Diário Oficial da União, 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13640.htm >. Acesso: 21 de novembro de 2022.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **MPT requer que 99, Uber, Rappi e Lalamove reconheçam vínculo trabalhista**. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.prt2.mpt.mp.br/925-mpt-requer-que-99-uber-rappi-e-lalamove-reconhecam-vinculo-trabalhista>. Acesso em: 21 de novembro de 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 3055, de 2021**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 para dispor sobre as relações de trabalho entre as empresas operadoras de aplicativos ou outras plataformas eletrônicas de comunicação em rede e os condutores de veículos de transporte de passageiros ou de entrega de bens de consumo, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/149697>. Acesso em: 21 de novembro de 2022.

BIANCHI, S.; MACEDO, D.; PACHECO, A. **Plataformas digitais: A uberização como forma de precarização do trabalho e suas consequências na questão social**. Cuiabá: Revista Direitos, Trabalho e Política Social; n.10; v. 6, 2020.

BOTSMAN, R.; ROGERS, R. **O que é seu é meu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo**. Porto Alegre: Bookman Editora, 2011.

SOUZA, A. P.; LEMOS, R. **ASPECTOS JURÍDICOS DA ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO: FUNÇÃO SOCIAL E TUTELA DA CONFIANÇA**. Rio de Janeiro: Revista de Direito da Cidade. vol. 08, nº 4. 2016.

DANIEL, I. **MPT abre ação contra Uber, 99, Rappi e Lalamove por fraude trabalhista**. Radioagência Nacional, 2021. Disponível em < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/justica/audio/2021-11/mpt-abre-acao-contra-uber-99-rappi-e-lalamove-por-fraude-trabalhista>> Acesso em: 21 de novembro de 2022.

FONTES, V. **72ª Reunião Anual da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência: conferência "capitalismo em tempos de uberização: do emprego ao trabalho"**. Youtube, 2 de dez. de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=5kjJ7tSLajs>. Acesso em: 21 de novembro de 2022.

GAIA, F. S. **Uberização do trabalho: aspectos da subordinação jurídica disruptiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

KALIL, R. et al. **Direito do trabalho e economia de compartilhamento**: apontamentos iniciais. *In*: KIRA, B.; PAULA, P.; ZANATTA, R. **Economias do compartilhamento e o Direito**. Curitiba: Juruá, 2017.

KRAMER, Josiane Caldas. **A Economia Compartilhada e a Uberização do Trabalho**: Utopias do Nosso Tempo? Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017.

LOUREIRO, U. P.; FONSECA, G. B. **CROWDWORK E O TRABALHO ON DEMAND: A MORFOLOGIA DO TRABALHO NO INÍCIO DO SÉCULO XX**. Jacarezinho: Argumenta Journal Law. n. 32, 2020.

OITAVEN, J. C. C.; CARELLI, R. L.; CASAGRANDE, C. L. **Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego**: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018.

RAMALHO, F. R. X; RIGO, A. S.; GRANGEIRO, R. R. **GIG ECONOMY E ON-DEMAND ECONOMY**: flexibilização das relações de trabalho na economia do compartilhamento. Natal: Revista Interface. v. 17 n. 1. 2020.

SCHOR, J. et al. **Debatendo a economia do compartilhamento**. *In*: KIRA, B.; PAULA, P.; ZANATTA, R. **Economias do compartilhamento e o Direito**. Curitiba: Juruá, 2017.

SLEE, T. **Uberização**: A nova onda do trabalho precarizado. São Paulo: Elefante, 2017.

STEFANO, V. The rise of the “just-in-time workforce”: on-demand work, crowdwork and labour protection in the “gig-economy”. Geneva: International Labor Office Conditions of Work and Employment Series. v. 71. 2016.

UBERIZE. *In*. **Cambridge English Dictionary**. Cambridge, University of Cambridge, 2022. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/uberize>. Acesso: 21 de novembro de 2022.

A ENTIDADE MONOPARENTAL FEMININA: UMA REALIDADE BRASILEIRA

MARIA IVONE AIRES SALDANHA:
Graduanda em Direito pela Universidade
Federal de Tocantins.⁵⁴

Dra. NEIDE APARECIDA RIBEIRO

(orientadora)

RESUMO: A pesquisa tem como objetivo conhecer a família monoparental feminina, entidade composta pela mãe e por seus filhos, pensando no importante valor deste arranjo familiar pelo seu protagonismo nas mais diversas expressões da questão social. Evidencia a necessidade do olhar do pesquisador visando o exercício dos seus direitos e o acesso às políticas públicas. Para tanto, analisou-se inicialmente a entidade familiar à luz do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que muitas mulheres não possuem informação sobre seus direitos, sobretudo, pelos entraves enfrentados por este núcleo no cotidiano. Outrossim, para o desenvolvimento do trabalho foi utilizado como metodologia a pesquisa exploratória, com análise da legislação e doutrina. Ao final será possível perceber a importância desses núcleos familiares para a sociedade.

Palavras-chave: Família. Mulheres. Legislação. Direitos.

ABSTRACT: The following research aims to know the female single-parent family, an entity composed by a mother and her children, thinking about the important value of this family arrangement for its protagonism in the most diverse expressions of the social issue. It highlights the need for the researcher's gaze aiming at the exercise of their rights and access to public policies. Therefore, it was initially analyzed, the family entity in the light of the Brazilian legal system, since many women do not have information about their rights, especially because of the obstacles faced by this nucleus in daily life. Moreover, exploratory

54 Contato: ivoneaires3006@gmail.com

research was used as a methodology for the development of the work, with analysis of legislation, doctrine and jurisprudence. In the end it will be possible to realize the importance of these family nuclei for society.

Keywords: Family. Women. Legislation. Rights.

1.INTRODUÇÃO

Como bem pontua Alves (2015, p.1), a expressão família monoparental tem tido relevância em estudos acadêmicos a partir do século XX, em decorrência da intensificação da atuação do movimento feminista e, particularmente, no âmbito das análises de gênero pelas ciências sociais.

A família pode ser compreendida como o meio em que a o indivíduo se forma. Os grupos familiares representam uma união: por laços sanguíneos, convivência ou afeto, partindo desse pressuposto são originados os núcleos familiares e uma delas é a família monoparental.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) se preocupou com o tema de maneira a regulamentar o seu conceito jurídico. Nesse sentido, preceitua o Art. 226, § 4º, da Carta Cidadã, que a “entende-se como entidade familiar a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes”. (BRASIL, 1998)

Os núcleos familiares, passaram por transformações ao longo dos tempos, ao ponto do modelo arcaico de constituição familiar heteronormativa ser ultrapassado, dando espaço à pluralidade familiar. O conceito em análise, se disseminou ao longo da história, de modo a originar os mais diversos tipos de arranjos familiares, nos quais para Dias (2022), a mulher tem perdido o medo de deixar sua casa e de terminar um casamento incerto.

Houve a percepção que, para ter um filho, não precisava mais de um companheiro, o que culminou no surgimento do que hoje se entende como entidade monoparental

feminina. Ainda, segundo Dias (2022), a família como unidade conservadora foi extinta, uma vez que, após a revolução industrial, foi preciso mais mão de obra, o que levou à necessidade de a mulher adentrar no mercado de trabalho, modificando a estrutura familiar, que migrou do campo para a cidade, tornando-se mais unida afetivamente.

É mister destacar de acordo com o censo 2015, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2015), a chefia feminina corresponde a 26,8% das famílias monoparentais. Nada obstante, a mulher chefe de família enfrenta inúmeros problemas em razão do gênero, como a dificuldade de inserção no mercado de trabalho e o preconceito ainda existente com o arranjo monoparental feminino.

O surgimento da família monoparental feminina pode ocorrer com o falecimento do cônjuge, pelo divórcio, mediante adoção ou reprodução assistida levando-se em consideração, inclusive, o planejamento familiar (DIAS, 2022).

Para presente pesquisa, foi utilizado a metodologia de revisão de literatura em caráter exploratório que consiste em buscar na legislação, doutrina e preceitos jurisprudenciais. Conforme Patah e Abel (2022), por definição, a pesquisa exploratória tem como função preencher as lacunas que costumam aparecer em um estudo.

Cabe salientar que essa entidade familiar assim como a entidade familiar tradicional possui direitos, e precisa ter sua dignidade assegurada. Ao ponto que é necessário analisar os direitos que visam proteger e cuidar desses núcleos familiares importantes para a sociedade e ordenamento jurídico, pois o legislador tem tentado se adaptar e sanar as lacunas existentes.

Dentro dessa perspectiva, o questionamento levantado diz respeito as ações de resguardo desses núcleos: Quais ações de resguardo para essas famílias existem no ordenamento jurídico para garantir dos direitos e de que forma elas são efetivadas? É

sabido que a legislação existe e que possui uma dinâmica em seu bojo, entretanto, para muitos núcleos familiares ela não é aplicada satisfatoriamente.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO E EVOLUÇÃO DO TERMO FAMÍLIA

Segundo Engels (1984, p. 61), “a origem etimológica da palavra família, vem do latim *famulus*, quer dizer escravo doméstico, e então, família é o conjunto dos escravos pertencentes e dependentes de um chefe ou senhor”.

A família passou por inúmeras transformações no decorrer dos séculos considerando ainda que um dia foi considerada apenas aquela que possui um casamento indissolúvel fugia da realidade, pois existem outras entidades familiares que saem desse padrão como por exemplo a família monoparental a qual tem apenas um provedor (a) e sua prole.

Neste artigo será tratado mais especificamente sobre a entidade monoparental feminina, um arranjo familiar onde a mãe cuida sozinha de seus filhos. A lei vigente contempla a entidade monoparental em seu Art. 226, § 4º da Lei Maior, porém não se trata de casos específicos, como o Código Civil, Constituição Federativa do Brasil, Consolidação das leis do trabalho, entre outras que procuram se adaptar à realidade feminina como chefe e mantenedora do lar.

Para Masson (2021), é preciso esclarecer que os direitos sociais são notados como espécie do gênero direitos fundamentais, sendo diferente apenas em sua aplicabilidade. Neste mesmo sentido, é importante ressaltar que a entidade monoparental feminina é portadora de dignidade e direitos conforme expresso na constituição pátria.

De acordo com Fontenelle e Madeira (2021):

A família contemporânea é o todo de várias transformações sociais, representando as mudanças comportamentais sociais, o conceito de família atual estende-se para além do delimitado em algumas décadas, visando pôr

para trás o comportamento arcaico e abraçando todas as formas de afeto existentes em uma família (FONTENELLE E MADEIRA, p. 347).

Continuando o raciocínio dos autores, vale lembrar que, para Dias (2022, p.42), “a família é meio socializadora do ser humano. Somente com a passagem do estado da natureza para o estado da cultura foi possível a estruturação da família”. Imperioso, de igual modo, pontuar que, para Gonçalves (2021, p.15) “a noção de ‘família monoparental’, ainda aguardando integral definição, estruturação e limites pela legislação infraconstitucional”.

Ademais, segundo Gonçalves (2020, p.16) “uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não discriminação de filhos e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar”.

Conforme Dias (2022) a unidade familiar deixou o antigo modelo patriarcal e ficou regida por laços de afeto, assim, para Fontenelle e Madeira (2021, p. 347) a família abandonou a compreensão dogmática e imutável, dando lugar aos mais variados tipos de formações familiares, que é sustentada pelo afeto, dessa forma, aumentou o âmbito do que é considerado família abrindo várias possibilidades para sua constituição como a entidade monoparental. Nesse sentido como bem elucida Tartuce (2021, p.2600):

Também de acordo com o voto condutor do Ministro Roberto Barroso, a Constituição Federal reconheceu expressamente como entidades familiares o casamento, a união estável entre o homem e a mulher e a família monoparental. Afirma-se o pluralismo das entidades familiares, sendo o rol previsto no art. 226 do Texto Maior meramente exemplificativo ou *numerus apertus*. Destaca-se a visão civil-constitucional do ordenamento jurídico, com a valorização da dignidade da pessoa humana e da repersonalização do Direito Civil: “a consagração da dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento jurídico e como um dos fundamentos da República brasileira (art. 1.º, III, CF/1988). (Tartuce, 2021, p.2600)

Tendo em vista a pluralidade familiar, a família monoparental passou a ser aceita e descrita na Carta Magna de modo a regulamentá-la, outrossim, promovendo dignidade a esta entidade familiar.

3.COMO É DESCRITA A FAMÍLIA MONOPARENTAL FEMININA

Insta destacar que nem toda família se origina da forma tradicional e patriarcal, como a temática dessa pesquisa: a família monoparental feminina, é dirigida por uma mulher, uma mãe que por um acaso ou por escolha está ali, por seus filhos. Conforme bem pontua Beauvoir (1970), ser mãe solteira era motivo de escândalo e vergonha para as mulheres.

Em paralelo ao exposto, segundo Berquó (2001), as chefias femininas crescem no país, é um fenômeno tipicamente urbano, a maioria é do tipo monoparental, destacam-se as mulheres mais jovens, separadas, negras, mais pobres e com baixo grau de escolaridade.

É possível analisar em que classes estão localizadas a maioria das famílias monoparentais femininas. Como visto anteriormente, a chefia feminina é de maior grau em mulheres que vivem em situação de vulnerabilidade social, não têm escolas para recorrer e deixar seus filhos, sendo obrigadas a deixar de trabalhar e conseqüentemente vivendo com uma renda muito inferior e em situação de vulnerabilidade social (BERQUÓ, 2001).

Nessa mesma linha de raciocínio, explica Lenza (2021, p. 1213), “o Estado deverá assegurar proteção especial para as mães solteiras, a comunidade de pai ou mãe separados ou divorciados e eventuais filhos, as famílias instituídas por inseminação artificial, produção independente e entre outras”.

Vale destacar que o Código Civil de 1916 mantinha elementos que definiam a subordinação da mulher. Após incontáveis lutas e movimentos de mulheres, vários abusos foram eliminados da nova lei, defendendo-se, por exemplo, o direito à integridade ao corpo (ALVES, 2015, p. 2)

A família tradicional pode sofrer transformações na sua estrutura, devido a fenômenos sociais apontados por Diniz (2002, p.11) como: o divórcio, óbito de um dos cônjuges, adoção de crianças por uma só pessoa, o não reconhecimento de sua filiação pelo outro genitor. Para Mendes (2002) as dificuldades na sociedade, problemas financeiros e violências mostram como existe uma face difícil da condição da mulher em vulnerabilidade social. No entanto, há que se considerar, conforme Brito, ao citar Barroso & Bruschini (1981), que:

É preciso não esquecer que as mulheres chefes de família costumam ser também mães-de-família: acumulam uma dupla responsabilidade, ao assumir o cuidado da casa e das crianças juntamente com o sustento material de seus dependentes. Essa dupla jornada de trabalho geralmente vem acompanhada de uma dupla carga de culpa por suas insuficiências tanto no cuidado das crianças quanto na sua manutenção econômica. É verdade que essas insuficiências existem também em outras famílias, e igualmente é verdade que ambas têm suas raízes nas condições 55geradas pela sociedade. Porém, esses fatores sociais são ocultados pela ideologia que coloca a culpa na vítima, e o problema se torna mais agudo quando a, s duas vítimas são encarnadas por uma só pessoa (apud, BRITO, 2009, p. 69).

A mulher que integra uma família monoparental possui uma jornada exaustiva de trabalho, é dona de casa, enfrenta os mais diversos tipos de desgastes emocionais por não ter ajuda e por além de precisar suprir o financeiro, tenta suprir a ausência paterna.

Os arranjos monoparentais femininos ainda são maioria em comparação às famílias monoparentais masculinas, segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), de 2009, Das famílias chefiadas por mulheres 49,3% são monoparentais.

Segundo o *site* da D'or Consultoria (2020), uma pesquisa feita pela seguradora no mês da mulher com o propósito informativo, mostra que geralmente, mesmo sendo

55 Na antiga lição de Hungria, mulher honesta é "não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o minimum de decência exigido pelos bons costumes" (Comentários ao Código Penal, v.8, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.139).

responsáveis pelo sustento de suas famílias, as mulheres brasileiras ganham cerca de 27% a menos do que os homens, de modo que além de ter a sobrecarga de ser mãe solo, ela precisa aceitar salários inferiores para a manutenção de seu lar.

A desigualdade entre os gêneros se intensifica mais em famílias em que a mulher é a mantenedora do lar, pois a luta é ainda maior visto que a mulher precisa aceitar salários menores para conseguir manter as despesas de casa. Conforme Ermisch (1991, p. 22), "é importante o fato de que a monoparentalidade feminina é, historicamente, mais comum que a masculina. Na Grã-Bretanha nos anos 1980, por exemplo, cerca de 90% das famílias monoparentais eram chefiadas por mulheres".

Vale destacar que, segundo Santos & Santos (2008), além de executar as tarefas maternas, a mulher precisa em muitos casos suprir a ausência paterna e executar suas atividades laborais. Assim, essas mulheres têm um enorme desgaste emocional para manter seus filhos sem nenhum tipo de ajuda externa. Sendo assim, a solidão e a depressão são problemas costumeiros deste grupo, quando decorrentes de divórcios e separações, devido ao momento anterior ter vínculos conjugais e afetivos.

Ainda, a saúde fisiológica das mulheres nessas condições é influenciada por fatores psicológicos, problemas graves como o estresse e ocasiona inclusive problemas psicológicos.

As famílias estão se transformando, o que no passado poderia parecer algo impossível na estrutura familiar, hoje, no entanto já é uma realidade. As mulheres estão tornando-se chefes de família no lar mesmo com a presença do homem, os casais estão aderindo à união estável ao invés do casamento civil, as famílias monoparentais estão crescendo a cada dia; enfim classificar o que é ou não família é algo muito complexo e difícil. (SANTANA,2022, p.6).

Esses elementos de mudança acabam sendo relevantes, para o redimensionamento dos papéis na unidade domiciliar. Outrossim, muitas vezes poderão apontar para as mulheres mais trabalho e sobrecarga redobrada, mas podem também

significar estratégias de empoderamento que vão se formando com o tempo como o acesso a informação.

Nessa perspectiva de empoderamento, Dias (2005, p. 42), relata que:

Agora o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais, a ideia de família se afasta da estrutura do casamento (DIAS, 2021, p.42).

Foi só a partir da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que foi definido que “entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”, entrando em questão também o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Em relação ao assunto tratado, leciona Diniz (2002, p.11):

A família monoparental ou unilinear desvincula-se da ideia de um casal relacionado com seus filhos, pois estes vivem apenas com um dos seus genitores, em razão de viuvez, separação judicial, divórcio, adoção unilateral, não reconhecimento de sua filiação pelo outro genitor, produção independente etc. (DINIZ 2022, p.11).

A autora complementa que a família monoparental migra a ideia de um casal com seus filhos, formando uma família liderada por um genitor e sua prole. Portanto, a família monoparental é originada pelo divórcio, na adoção unilateral, pela reprodução assistida, dentre outras modalidades.

4. MEIOS PROVENIENTES DA FAMÍLIA MONOPARENTAL FEMININA

A família monoparental feminina pode surgir de várias formas, inclusive desde a concepção do seu filho por uma mulher. Como bem acentua Maria Berenice Dias:

Alguns dos grandes marcos civilizatórios que mudaram a história do mundo foram a eclosão dos direitos humanos, o movimento feminista e a revolução sexual. Com direito ao voto, a mulher adquiriu acesso ao estudo e ao trabalho. Abandonou o papel de coadjuvante e o dever de obediência ao marido. Rompeu-se o tabu da virgindade, verdadeiro véu de pureza que a envolvia, como um atributo qualificador. O livre exercício da sexualidade deixou de desqualificá-la. E, de objetos de desejo, as mulheres tornaram-se sujeitas de direitos. (DIAS, 2022, p.3).

Dias (2022), observa que a queda do patriarcalismo e a mulher inserida no mercado de trabalho, a mulher passou a ter mais autonomia. Em virtude disso as famílias constituídas por um dos pais aumentaram. E até novo nome: família solo. Como a maioria das famílias monoparentais segundo inclusive dados no IBGE de 2015 são constituídas por mulheres.

A monoparentalidade feminina pode vir da morte do genitor, da adoção realizada por uma pessoa solteira, assim como, o uso da reprodução assistida. Uma mulher solteira pode procurar um centro de adoção pois é considerado melhor um pai no que nenhum ou procurar uma clínica de reprodução assistida visando ter um filho mesmo sem a presença do companheiro.

4.1. Do divórcio

Com o divórcio e afastamento do genitor do lar origina-se para a mulher um vínculo monoparental. Conforme Dias (2022, p. 666), as separações já apresentam uma monoparentalidade “o fim da coabitação dos genitores não enseja o afastamento de um dos pais dos encargos decorrentes do poder familiar. Somente a falta de impedimento de um deles, transfere ao outro o exercício com exclusividade do poder familiar”.

Para Beirão (2022, p. 96), “o divórcio era um ato que ridicularizava a mulher, uma vez que o casamento era considerado uma instituição protegida pelo governo e regularizado pelas doutrinas aplicadas pela classe dominante”. Isso implicava que a mulher

era obrigada a permanecer em um casamento incerto para manutenção da família patriarcal.

O divórcio é o rompimento legal e definitivo do vínculo do casamento civil. Esse tipo de separação foi instituído oficialmente no Brasil com a aprovação da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977. Com o advento da Lei do Divórcio no Brasil, a primeira mulher a se divorciar foi uma juíza da paz chamada Arethusa Figueiredo. Naquela época, o Brasil se encontrava em plena ditadura militar e foi um choque para todos, fazendo com que, naquele momento, a figura da mulher passasse a se sentir mais liberta e autônoma. (MIGALHAS, 2021).

A mulher passou a ter direito a viver sozinha e por uma família monoparental e visando não mais permanecer em um casamento incerto e zelando pelo bem-estar de seus filhos. Isso posto, encarou as dificuldades de ser mãe e pai ao mesmo tempo e a necessidade de sustentar seu lar (BEIRÃO, 2022).

4.2. Da adoção

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prevê que a única limitação para adotar é que existam 16 anos de diferença entre o adotante e o adotado conforme expressa o Artigo 42, § 3º “O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando” (BRASIL, 1990). Ou seja, a legislação vigente autoriza que uma mulher conduza uma adoção legal sozinha. É preferível existir um só genitor do que a criança ou adolescente não ter ninguém ou viver em um abrigo.

Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (BRASIL, 1990).

Prezando pelo melhor interesse da criança, a adoção é um dos melhores meios para uma criança órfã ser conduzida a uma família. Para Dias (2022), é conhecida como entidade familiar a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes são considerados aptos para tal a mãe ou pai que tiver condições de cuidar, dar afeto, comida e educação para a criança.

Segundo dados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJ/DFT), em uma pesquisa realizada no ano de 2021 com os adotantes de crianças e adolescentes de Brasília e Distrito Federal, das 65 adoções, quatro foram feitas por pessoas solteiras, o que equivale a pouco mais de 6%, na maioria dos casos, por mulheres.

Infelizmente, a mulher chefe de família adotante ainda enfrenta inúmeros preconceitos por optar por ser mãe sem um cônjuge, porém, faz-se necessário que o legislador dê mais atenção a ela, de forma que ela se sinta amparada nesse viés e incentivada a adotar considerando ainda que:

No conceito de família extensa (ECA 25 parágrafo único): parentes próximos quando existir vínculo de afinidade e afetividade, não está definida sua estrutura. Pode ser uma pessoa, um casal ou até mais de um parente. O pressuposto para a identificação da família extensa é a comprovação de já existir, por parte da criança prévia vinculação de afetividade com alguém de sua família. (DIAS, 2022, p. 670).

No que diz respeito a adoção, é melhor que uma só pessoa adote, de forma que a criança ou adolescente passe a ter uma família e uma referência de família, tornando a possibilidade de adoção por somente uma pessoa uma opção preferível a ficar sob a tutela do Estado.

4.3 A opção de utilizar a reprodução assistida como meio gerador

Com o avanço da medicina e modernidade a conjunção carnal deixou de ser o único meio para ter um filho, ou seja, é possível por meio da reprodução assistida gerar

um filho sem um pai definido. O fato é tão marcante para as mulheres pois agora, elas não precisam mais estar casadas ou ter um companheiro para engravidar.

Insta destacar que, para Dias (2022, p. 672):

Existem duas formas de inseminação artificial: homóloga e heteróloga. Na inseminação homóloga, o material genético pertence ao parceiro. É utilizada nas situações em que o casal possui fertilidade, mas não é capaz de provocar a fecundação por meio do ato sexual. A gravidez de mulher casada decorrente de inseminação artificial leva à suposição de que o marido é o cedente do espermatozoide, pois gera a presunção de paternidade (CC 1.597). Mesmo depois do falecimento do cônjuge, persiste a presunção de paternidade, quando são usados embriões excedentários (CC 1.597 IV). Na inseminação heteróloga, o esperma é doado por terceira pessoa. É utilizado nos casos de esterilidade do marido ou companheiro. Tendo havido prévia autorização, se estabelece a presunção pater est (CC 1.597 V), presunção absoluta, uma vez que o cônjuge ou companheiro concordou de modo expresso com o uso da inseminação artificial. Ele assume a condição de pai do filho que venha a nascer. (DIAS, 2022, p.672)

A formação de famílias monoparentais a técnica mais utilizada é a inseminação heteróloga com o uso de material genético de uma terceira pessoa, contudo, há casos que o parceiro deixou o material genético congelado e que se este falece, a viúva pode utilizar deste material para ter seu filho, neste caso, é a reprodução assistida homóloga.

5. A PROTEÇÃO ÀS FAMÍLIAS MONOPARENTAIS FEMININAS EM LEGISLAÇÕES ESPARSAS NO BRASIL

O legislador tem o dever de criar leis que protejam as mulheres chefes de uma família monoparental feminina, que esforçaram muito para que direitos fossem conquistados, porém, ainda há muito a se fazer. Para Santana (2014), é possível que o número de famílias monoparentais cresça ao longo do tempo em virtude das mudanças sociais.

Insta destacar que, para Sampaio e Pereira (2022, p. 517), no viés na monoparentalidade, as leis só começaram a mudar incluindo as mães solteiras e suas proles com o Decreto n.º 3.200/1941, que permitiu a guarda do filho natural e biológico.

Com a alteração legislativa, a Lei n.º 6.515 de 1977, que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos passou a aceitar a dissolução do matrimônio sem autorização do cônjuge como estabelece em seu Art. 2º:

Art 2º - A Sociedade Conjugal termina:

I - Pela morte de um dos cônjuges;

II - pela nulidade ou anulação do casamento;

III - pela separação judicial;

IV - Pelo divórcio.

Parágrafo único - O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio. (BRASIL, 1997)

No contexto trabalhista, o legislador viu a necessidade de criar mecanismos de equiparação entre os gêneros a partir da Consolidação das Leis do Trabalho, estendendo assim à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991:

Art. 2º.A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, passa a vigorar acrescida do seguinte dispositivo:

Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392, observado o disposto no seu § 5o.

§ 1o No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 (cento e vinte) dias.

§ 2o No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias.

§ 3o No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias. (BRASIL, 1943).

Obtendo a possibilidade da licença maternidade para mães adotantes, tornou-se possível para a mulher que possui uma família monoparental a possibilidade de cuidar de seus filhos de forma digna do mesmo modo que as mulheres que portam uma família tradicional.

A pandemia de Coronavírus (COVID-19) no entendimento de Araújo (2022), registrou o desligamento contínuo de mulheres da força de trabalho, porque elas assumiram demandas de cuidados em seus domicílios. Dessa forma, muitas mulheres viram a necessidade do afastamento do ambiente laboral primeiramente buscando a proteção de sua prole.

Não obstante, surgiram dificuldades financeiras, e o governo brasileiro, para controlar a crise existente, implementou o auxílio emergencial. Segundo Arthur Lyra (2022), Presidente da Câmara dos Deputados, está em tramitação no Congresso Nacional um auxílio que foi proposto pelo Projeto de Lei n. 2.099 de 2020, que visa prever auxílio permanente à mulher provedora de família monoparental, no valor de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) mensais, além de dar outras providências. Insta ressaltar que o referido Projeto já foi aprovado pela Comissão dos Direitos da Mulher da Câmara dos Deputados, em Brasília. Júnior (2022), explica que a proposta atualmente aguarda parecer do relator de seguridade social e família.

Por fim, existe a Lei Estadual nº 20.341, de 27 de novembro de 2018, que tornou possível em Goiânia-GO que as mulheres que chefiam suas famílias tenham prioridade em programas habitacionais:

Art. 1º Nos programas habitacionais promovidos pela Administração direta ou indireta do Estado de Goiás, a mulher responsável pela unidade familiar ou doméstica gozará de preferência na seleção, como critério de elegibilidade.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - Família monoparental feminina aquela formada por: a) mulher sem cônjuge com pelo menos um(a) filho(a) ou enteado(a), desde que sob condição de dependência econômico-financeira daquela;

b) mulher sem cônjuge com pelo menos um(a) filho(a) ou enteado(a) e pessoa na condição de parente, desde que todos estejam sob condição de dependência econômico-financeira daquela;

II - Programas habitacionais: todas as ações da política habitacional do Estado diretamente por ele executadas com recursos próprios ou mediante parceria com outros entes públicos ou privados (GOIÁS, 2018).

Dessa forma, a prioridade habitacional vale do raciocínio que é a dificuldade feminina de prover uma família, considerando a necessidade de fazer o papel de dois genitores. Cabe ao legislador buscar mecanismos de apoio para os núcleos familiares com o objetivo de melhorar a qualidade de vida desses grupos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível concluir que a família monoparental feminina é uma realidade cada vez mais frequente na estrutura social brasileira. A crescente presença destes núcleos familiares, que abdicam de boa parte de seu tempo em favor do futuro de seus descendentes traz mudanças substanciais na sociedade.

Em um primeiro momento, buscou-se evidenciar que a família é o meio no qual a pessoa se forma e adquire suas características. Este ideal, que um dia foi considerado uma unidade patriarcal e imutável composta por pais e seus filhos, atualmente é regido por afeto. Entretanto, a família como todos os núcleos sociais, passaram por transformações.

Como consequência disso, foram originadas outras estruturas de famílias capazes de aumentar a pluralidade familiar.

Por outro lado, a história carrega contextos importantes de transformações sociais para a igualdade feminina, obtendo consigo, um importante conquista de direitos que podem impactar nas mudanças do ordenamento jurídico brasileiro.

O destaque destes novos núcleos é a família monoparental feminina, composta por uma mãe e seus filhos. Apesar deste aumento na presença das chefias femininas, o ordenamento normativo brasileiro não acompanhou este fenômeno ao não proteger e não garantir tratamento equitativo a estes familiares.

Apesar da existência de leis que podem servir como amparo a essa modalidade familiar como por exemplo: auxílio emergencial em dobro e prioridades em programas sociais, ainda são insuficientes para suprir as necessidades da família monoparental feminina.

Por fim, conclui-se que a família monoparental feminina é uma entidade singular, pois enfrenta desafios que outras famílias não precisam passar. Possui peculiaridades que fazem surgir a necessidade de um amparo maior do ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual não seria a resposta ideal para todos os problemas que essa modalidade familiar possui, mas seria um caminho inicial a ser trilhado para a implementação de políticas públicas adequadas.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Divórcios caem mais de 13,6% em 2020**. 2020 Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2022-02/divorcios-caem-136-em-2020-em-relacao-2019>. Acesso em: 10 nov. 2022.

ALVES, GRACIELE. Famílias monoparentais femininas, políticas públicas em gênero e raça e serviço social. **Seminário nacional de serviço social, trabalho e política social.**

Florianópolis, 27 a 29 de outubro de 2015.

ARAÚJO, Renan, 2022. **Covid-19, mulheres e mercado de trabalho:** confira o panorama.

Disponível em: <https://www.qulture.rocks/blog/covid-mulheres-mercado-de-trabalho>

Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federal do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da criança e do adolescente,** Brasília. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do trabalho,** Brasília. 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Brasília, 2015.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. **Comentários ao Código Penal.** 5ª ed., v. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1981

BRASIL, Lei nº 20.341, de 27 de novembro de 2018. Disponível em: <https://busca.legal/ts/ts-page/1172399/lei-n-20-341-de-27-de-novembro-de-2018.html> Acesso em: 10 out. 2022.

BARROSO E BRUSCHINI BRUSCHINI, Cristina; SORJ, Bila. (Org.) **Novos Olhares:** mulheres e relações de gênero no Brasil. São Paulo: Marco Zero. Fundação Carlos Chagas, 1994.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo. Fatos e Mitos.** v. 1. 4.ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BRITO, F. **S. Famílias Monoparentais Femininas: Vulnerabilidade ou Emancipação?** *Estudo de Casos em Salinas/MG.* Projeto de Pesquisa. UNIMONTES: Montes Claros, 2007-2008.

COSTA, Florença Ávila de Oliveira; MARRA, Marlene Magna Bosco. (2013). Famílias brasileiras chefiadas por mulheres pobres e monoparentalidade feminina: risco e proteção. **Revista Brasileira de Psicodrama**, 27(1), 141-153. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-53932013000100011&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 14 nov. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

DIAS, Maria. **O papel da mulher na Família Maria Berenice Dias.** Disponível em: <https://berenedias.com.br/o-papel-da-mulher-na-familia/>. Acesso em: 10 out. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 17. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2002.

D'OR CONSULTORIA. **Saiba mais sobre a realidade das mulheres chefes de família no Brasil. D' or consultoria.** 2020. Disponível em: <https://dorconsultoria.com.br/2021/03/10/mulheres-chefes-de-familia/> Acesso em: 10 out. 2022.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado.** Trad. Leandro Konder. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira. (Coleção Perspectivas do homem, v. 99, série ciências sociais), 1984.

FREITAS, Ernani Cesar de; PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do trabalho científico**: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013. *E-book*.

FONTENELLE, Neíse. MADEIRA, Daniel. **O retrocesso do Estatuto da Família**.

2021 (Mestrado em Direito Constitucional: nas relações privadas) - Universidade de Fortaleza, Programa de Pós graduação em Direito constitucional nas relações privadas. Fortaleza, 2021. Disponível em:

<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/8778>. Acesso em: 10 out. 2022.

GLOBO, G1. **Quem deve ter direito e como deve funcionar o auxílio de 600 reais para trabalhadores informais**. Disponível em:

<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/03/27/quem-deve-ter-direito-e-como-deve-funcionar-o-auxilio-de-r-600-para-trabalhadores-informais.ghtml> Acesso em: 10 out. 2022.

GLOBO, G1: **Brasil ganha mais de 1 milhão de famílias formadas por mães solteiras**. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/em-10-anos-brasil-ganha-mais-de-1-milhao-de-familias-formadas-por-maes-solteiras.ghtml>. Acesso em: 10 out. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Manual de Direito da Família**: v. 6. 17. ed.: Saraiva, 2021.

JORNAL CONTÁBIL. **Auxílio de 1200 reais para mães solteiras ainda pode ser aprovado**. **Jornal Contábil**. 2021 Disponível

em: <https://www.jornalcontabil.com.br/auxilio-de-r-1-200-para-maes-solteiras-ainda-pode-ser-aprovado-2/>. Acesso em: 10 out. 2022.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 9.ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

MENEZES, Pedro. **Família**: conceito, evolução e tipos. 2022. disponível em: <https://www.todamateria.com.br/familia-conceito-tipos/> Acesso em: 10 out. 2022.

MIGALHAS. **Primeira mulher divorciada do país defende o divórcio por acreditar no amor**. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/286343/primeira-mulher-divorciada-do-pais-defende-o-divorcio-por-acreditar-no-amor>. Acesso em: 10 out. 2022.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. O conceito de mulher honesta e a honestidade do sistema punitivo. **Jus**.31.03.2007 Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9672/o-conceito-de-mulher-honesta-e-a-honestidade-do-sistema-punitivo>. Acesso em 12 de dez. 2022

PATAH, Rodrigo, ABEL, Carol. **O que é uma pesquisa exploratória**. 2022 Disponível em: <https://mindminers.com/blog/o-que-e-pesquisa-exploratoria/> Acesso em: 10 out. 2022.

SANTANA, Ferreira. **Família monoparental feminina**: fenômeno da contemporaneidade? Programa de Pós-graduação em Serviço Social e Políticas Sociais NEZO/FAGOC.2014 Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/polemica/article/view/10618/8518> Acesso em: 10 set. 2022.

SANTOS, J. B; SANTOS, M. S. C. Família monoparental brasileira. In: **Revista Jurídica**. v.10, n.92, p.01-30. Brasília, 2008. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/209>. Acesso em: 10 set. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: Volume único. 1. Ed. São Paulo: Método, 2021.

TJDFT. 2021 **VIJ destaca que adoção monoparental ainda é minoria no DF.** 2021.

Disponível

em:<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2021/setembro/adocao-monoparental-ainda-e-minoria-no-df> Acesso em: 10 out. 2022.

DIREITOS HUMANOS E MULTICULTURALISMO: O PLURALISMO JURÍDICO EM QUESTÃO

MARIA LUIZA NOMELLINI COSTA:
Graduanda em Direito pela Universidade
Federal do Tocantins - UFT.⁵⁶

ALOÍSIO ALENCAR BOLWERK⁵⁷
(coautor)

RESUMO: Este artigo irá tratar das tensões entre os direitos humanos e o multiculturalismo, analisando os desafios que essa temática reflete no pluralismo jurídico. Além disso, será investigado o paradoxo da multiculturalidade: de que forma é possível garantir que os indivíduos possuam o direito de possuírem sua própria identidade cultural em um sistema fundado com base no princípio da igualdade? Por fim, em uma sociedade que caminha para ser cada vez mais multicultural, os direitos humanos terão atingido sua função quando a universalidade for amparada e a identidade cultural particular for resguardada e admitida, quando não for razão de desigualdades.

Palavras-chave: Multiculturalismo; Direitos Humanos; Pluralismo Jurídico.

HUMAN RIGHTS AND MULTICULTURALISM: THE LEGAL PLURALISM IN QUESTION

ABSTRACT: This article will address the tensions between human rights and multiculturalism, analyzing the challenges that this theme reflects in legal pluralism. In addition, the paradox of multiculturalism will be investigated: how is it possible to

⁵⁶Contato: maria.nomellini@mail.uft.edu.br

⁵⁷ Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor Adjunto da Universidade Federal do Tocantins (UFT) e Professor Permanente do Programa de Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos UFT/ESMAT. Pesquisador e escritor na área jurídica. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2624550639155063>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4229-4337>. E-mail: bolwerk@uft.edu.br.

guarantee that individuals have the right to have their own cultural identity in a system founded on the principle of equality? Finally, in a society that is moving towards being increasingly multicultural, human rights will have reached their function when universality is supported and the particular cultural identity is protected and admitted, and not a reason for inequalities.

Palavras-chave: Multiculturalism; Human rights; Legal Pluralism.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988 não abordou assuntos como a diversidade étnica e o pluralismo cultural, mas reconheceu o princípio da dignidade universal da pessoa humana, protegendo a liberdade e, principalmente, a igualdade dos cidadãos. Assim, as políticas públicas devem estar focadas nessas questões, já que a presença de diversos grupos socioculturais no âmbito internacional e nacional provoca diversas tensões e conflitos.

As questões que envolvem o reconhecimento de direitos dos grupos culturais estão sendo mais discutidas em razão da ampliação do debate dos direitos humanos como um todo, que vem acontecendo ao longo do tempo. Sendo assim, é possível perceber que os direitos humanos são amplamente influenciados pela globalização e pelo recorde de espaço-tempo junto ao qual são analisados. No entanto, mesmo com o grau avançado das atuais discussões sobre o tema e com a grande estima da população em relação aos direitos humanos, ainda há diversos conflitos quando o assunto é encaminhado ao debate público. Nesse sentido, o Relatório do Desenvolvimento Humano de 2004, publicado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), afirma:

Controlar a exclusão do modo de vida é intrinsecamente mais difícil do que controlar a exclusão social, econômica e política. A exclusão do modo de vida acontece quando é negado o reconhecimento e respeito à cultura de um grupo - étnico, linguístico ou religioso. E é

refletida, muitas vezes, numa cultura que se considera “inferior”, ou nas práticas que não são reconhecidas. As formas mais extremas da exclusão resultam de políticas estatais de eliminação ou proibição do uso de línguas, de práticas religiosas, ou de outras práticas importantes como o vestuário, que são marcas visíveis da identidade - por exemplo, os turbantes usados pelos *Sikhs*, ou o lenço na cabeça usado por algumas mulheres muçulmanas. (PNUD, 2004, p. 30)

Mesmo que exista, em todos os planos, um discurso que afirme a importância e garantia dos direitos humanos, as violações a eles continuam acontecendo de forma intensa. Direitos humanos que pareciam estar assegurados de forma plena são negados e, sobre esse assunto, cabe ressaltar que o direito à identidade pessoal deve ser aprimorado como meta humanitária, para que o homem possa se realizar como fim em si mesmo (BOLWERK; SANTOS, 2020).

Os grupos culturais devem procurar dialogar sobre todos os temas que são de suma importância para sua existência na sociedade como um todo, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana. Sobre o tema, KROHLING (2013), explana o seguinte:

[...] relacionar-se com o Outro é compreender a vida do outro, expressa de forma estruturada culturalmente. Esta vida é um fenômeno do mundo-vivido (*lebenswelt*) e acontece no plano histórico. Portanto, só compreendemos quando aceitamos a historicidade e alteridade como ela se encontra na outra cultura ou no outro sujeito. Isso é respeitar a dignidade humana.

Sendo assim, só haverá, de fato, um diálogo expressivo entre as culturas se elas forem capazes de discutir suas semelhanças e singularidades do ponto de vista do outro. A hermenêutica diatópica tem como base que os *topoi* de uma cultura nunca são completos, e que podem ser integradas pelos de outra cultura, através do diálogo intercultural (KROHLING, 2013).

Pretende-se, com esse trabalho, analisar a forma que os direitos humanos e o multiculturalismo estão se relacionando hodiernamente e a forma que o pluralismo jurídico está sendo afetado para preservar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e garantir a proteção à suas identidades culturais.

2. UNIVERSALISMO E RELATIVISMO CULTURAL

De acordo com a teoria do relativismo cultural, os princípios fundamentais dos direitos humanos foram estabelecidos pela sociedade ocidental, não conferindo aceitação desse padrão em todo mundo. O direito mantém relação com os valores culturais da sociedade a que ele se destina, fazendo com que, por existir uma vasta identidade cultural, os direitos humanos não possam ser universais e estáticos.

Dessa forma, os relativistas defendem a pluralidade dos direitos humanos, o que gera um dos maiores desafios e paradoxo do diálogo entre os direitos humanos e a multiculturalidade: garantir que a multiculturalidade e suas práticas sejam respeitadas e resguardadas. Flávia Piovesan (2013) abarca sobre esse tema da seguinte forma:

A essa crítica reagem os universalistas, alegando que a posição relativista revela o esforço de justificar graves casos de violações dos direitos humanos que, com base no sofisticado argumento do relativismo cultural, ficariam imunes ao controle da comunidade internacional. Argumentam que a existência de normas universais pertinentes ao valor da dignidade humana constitui exigência do mundo contemporâneo. Acrescentam ainda que, se diversos Estados optaram por ratificar instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, é porque consentiram em respeitar tais direitos, não podendo isentar-se do controle da comunidade internacional na hipótese de violação desses direitos e, portanto, de descumprimento de obrigações internacionais.

Em outro viés, encontram-se os universalistas. O universalismo parte da premissa de que existem princípios morais universalmente aplicáveis, capazes de alcançar todas as sociedades, individualidades e culturas, demonstrando a existência uma relação

hierárquica entre direitos universais e práticas culturais, já que “a cultura não é o bem maior a ser tutelado, mas sim o ser humano, no intento de minimizar seu sofrimento” (BARRETO, 2007, p. 75-76).

A Organização das Nações Unidas surgiu com o objetivo de trazer paz e, através da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), publicada em 1948, designou a proteção universal dos direitos humanos que poderiam ser acolhidos pelas nações como direitos primordiais ao homem. Assim, por serem direitos inerentes a todas as pessoas, devem ser acatados por todos os indivíduos.

3. DIREITOS HUMANOS E MULTICULTURALIDADE

A adesão dos direitos humanos à multiculturalidade sempre será questionada pelas populações tidas como diferentes em todos os momentos históricos. Uma sociedade que tem uma variedade de culturas distintas também tem um maior número de discursos e crenças diferentes, capazes de gerar conflitos internos, o que faz com que a proteção de suas diferenças seja extremamente necessárias.

Desse modo, para que a relação entre o direito e as culturas seja válida, seria necessário que a sua inaplicabilidade em alguns casos fosse reconhecida, devido a necessidades internas e particulares relacionadas ao modelo de identidade de cada cultura. Assim, as indagações feitas por essa parcela da sociedade possuem o fim de constituir um âmbito jurídico plural, capaz de resguardar as diferenças de sujeitos pertencentes a uma mesma identidade, segundo texto de Boaventura de Sousa Santos (2003):

[...] o termo “multiculturalismo” generalizou-se como modo de designar as diferenças culturais em um contexto transnacional e global. Isso não significa, contudo, que tenham sido superadas as contradições e tensões internas apontadas pelos críticos. [...] As versões emancipatórias do multiculturalismo baseiam-se no

reconhecimento da diferença e do direito à diferença e da coexistência ou construção de uma vida comum além de diferenças de vários tipos.

Os direitos humanos, dessa forma, possuem o papel de resguardar os direitos inerentes à pessoa humana, norteados pelas semelhanças e diferenças dos indivíduos de diversas culturas. O desafio é fazer com que isso seja efetivamente possível em uma sociedade multicultural, onde as várias identidades culturais devem possuir o mesmo direito de exercer suas unicidades. Diante dessa controvérsia, Santos (2003) defende, ainda, a seguinte tese:

A afirmação da igualdade sobre os direitos humanos e a sua reinvenção como direitos multiculturais, bem como as lutas dos povos indígenas e das mulheres, mostram que a afirmação da igualdade com base em pressupostos universalistas como os que determinam as concepções ocidentais, individualistas, dos direitos humanos, conduz à descaracterização e negação das identidades, das culturas e das experiências históricas diferenciadas, especialmente à recusa do reconhecimento de direitos coletivos.

Dessa forma, cabe ser analisado com cautela se a universalidade e o relativismo se contrapõem ou não, já que as reivindicações particulares não devem ser equiparadas aos direitos inerentes à pessoa humana. Portanto, as associações culturais e religiosas devem levar em consideração os direitos da pessoa ao exercerem suas crenças, não podendo desprezar a dignidade de qualquer um de seus integrantes.

4. GLOBALIZAÇÃO

A globalização é um processo de expansão econômica e cultural, pelo qual determinada condição ou entidade local consegue estender a sua influência sobre todo o globo (SANTOS, 2003). Ao tempo em que o Estado Moderno se desenvolvia, passava a acontecer uma maior defesa e conquista de direitos individuais e coletivos. Com isso, a globalização também começou a mostrar os seus efeitos e as primeiras consequências. Segundo Ribeiro (2001):

A globalização é discutida, segundo as categorias tempo/espaço, no âmbito do sistema-mundo, na pós-modernidade e à luz dos conceitos de nação, mercado mundial e lugar. Tornou-se paradigma para a nação, a globalização reflete nos Estados-nação exigindo um protecionismo que em tese se contradiz com a demanda “livre e global” apregoada pelos liberais de plantão. Porém, ao olhar para o lugar, para onde as pessoas vivem seu cotidiano, identifica-se o lado perverso e excludente da globalização, em especial quando os lugares ficam nas áreas pobres do mundo. Ao reafirmar o mesmo, a globalização econômica não consegue impedir que aflorem os outros, resultando em conflitos que muitos tentam dissimular como competitividade entre os Estados-nação e/ou corporações internacionais, sejam financeiras ou voltadas à produção. A globalização é fragmentação ao expressar no lugar os particularismos étnicos, nacionais, religiosos e os excluídos dos processos econômicos com o objetivo de acumulação de riqueza ou de fomentar o conflito.

A quantidade de efeitos decorrentes da globalização acarreta para que a discussão acerca do universalismo e relativismo cultural se torne cada vez mais extensa, já que os direitos humanos passaram a ter que abranger não somente as realidades locais, mas também a internacional.

Assim, é possível analisar que o fenômeno da globalização, permitindo o maior contato entre culturas diferentes, pode afetar de maneira direta ou indireta na qual estão sendo inseridas, gerando uma interculturalidade.

As identidades pessoais são, então, enfraquecidas pelo contato com outras, mas fortalecidas pela luta pelos direitos de poder exercer crenças pessoais em qualquer território, fazendo com que, ao mesmo tempo que novas identidades surjam, outras entrem em decadência. Nesse cenário, a democracia, por sua vez, possui o objetivo de fazer com que a convivência entre várias pessoas de culturas diferentes seja possível.

Ao serem reveladas facilmente por pesquisas simples, a cultura de uma sociedade consegue entrar em choque com a de outra de forma rápida e instantânea, colaborando

para o surgimento de rivalidades entre essas culturas em razão de suas diferenças e de uma suposta demanda cultural.

Por promover a expansão cultural, como anteriormente mencionado, a globalização faz com que uma só cultura possa ultrapassar fronteiras, sendo descentralizada e desterritorializada. Com isso, Santos (2003) entende que:

A defesa da diferença cultural, da identidade coletiva, da autonomia ou da autodeterminação podem, assim, assumir a forma de luta pela igualdade de acesso a direitos ou a recursos, pelo reconhecimento do exercício efetivo de direitos de cidadania ou pela exigência de justiça. Ela pode tomar a forma de defesa e promoção de quadros normativos alternativos, locais ou tradicionais, de formas locais e comunais de resolução de conflitos ou de exigência de integração plena, como cidadãos, no espaço do Estado-nação e de acesso, sem discriminações, à justiça oficial, estatal.

Dessa forma, para que as culturas possam coexistir de forma pacífica e igualitária, deve-se buscar o denominador comum existente entre elas, aceitando e acolhendo suas variedades e contraposições.

A sociedade multicultural passou a ter uma resistência aos direitos humanos universais, pleiteando o respeito às diferenças e garantias de direitos específicos às culturas, adaptando-se ao relativismo cultural e indo contra o universalismo, conceitos abordados anteriormente. O papel dos direitos humanos é, então, assegurar a participação de minorias nas tomadas de decisões públicas, fortalecendo suas identidades culturais.

Nesse viés, a Constituição Federal, como a lei que define as diretrizes que regem uma determinada sociedade, é influenciada pelas características sociais e culturais variantes ao longo do tempo. Segundo Wolkmer e Fagundes (2011):

Obviamente, o Pluralismo engloba fenômenos espaciais e temporais com múltiplos campos de produção e de aplicação, os quais compreendem, além dos aportes filosóficos, sociológicos, políticos ou

culturais, uma formulação teórica e prática de pluralidade no Direito. Ora, o pluralismo no Direito tende a demonstrar que o poder estatal não é a fonte única e exclusiva de todo o Direito, abrindo escopo para a produção e aplicação normativa centrada na força e na legitimidade de um complexo e difuso sistema de poderes, emanados dialeticamente da sociedade, de seus diversos sujeitos, grupos sociais, coletividades ou corpos intermediários.

O primeiro artigo da Constituição Cidadã expressa que o Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. No entanto, a ideia de que a fonte principal do direito é a lei passou a ser contestada, já que não abrange de forma satisfatória às demandas sociais multiculturais, relacionando o conceito de democracia com a vontade da maioria. A participação das minorias nas tomadas de decisão seria capaz de garantir um maior pluralismo jurídico, ocasionando um avanço do sistema democrático brasileiro.

Conforme suas posições sociais, as pessoas estão sintonizadas com determinados tipos de significados e relacionamentos sociais, com os quais outras pessoas estão menos sintonizadas. Eventualmente estas últimas não estão posicionadas sequer de forma a ter consciência deles. A partir das suas posições sociais as pessoas têm compreensões diferenciadas dos eventos sociais e de suas consequências. [...] Assim, as posições sociais estruturais produzem experiências particulares, relativas ao posicionamento, e compreensões específicas dos processos sociais e de suas consequências. Cada grupo diferentemente posicionado tem uma experiência ou um ponto de vista particular acerca dos processos sociais [...]. É especialmente quando estão situadas em diferentes lados das relações de desigualdade estrutural que as pessoas entendem essas relações e suas consequências de modos diferentes. (YOUNG, 2006)

Observamos, então, que o diálogo é a principal ferramenta para que o respeito às diferenças exista e que a permanência de ideologias discriminatórias relacionadas às

minorias culturais afeta o pluralismo político, impedindo que a democracia seja exercida de maneira progressista.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos, da forma que foram estabelecidos pela sociedade ocidental, não são plenamente aceitos em todo o mundo, por sua ilimitada quantidade de culturas. Sendo assim, mesmo capazes de categorizar direitos de suma importância e inerentes à pessoa humana, eles não possuem a faculdade de garantir a extrema igualdade em uma sociedade multicultural.

A sua universalidade reconhece a importância da manifestação das culturas, ao passo que resguarda os direitos fundamentais do homem, o que poderia implicar na sonegação de diversos temas relacionados a culturas minoritárias se seu caráter universal deixasse de existir. Contudo, se o viés do relativismo cultural for seguido, alguns direitos específicos e fundamentais deixariam de ser reconhecidos.

Os direitos humanos tratam de direitos indispensáveis para a vida do cidadão e estão ganhando um espaço cada vez maior nos ordenamentos jurídicos hodiernos, mas ainda possuem uma grande trajetória. Para isso, se faz necessário que os espaços públicos sejam cada vez mais conquistados pelas minorias culturais, rompendo os limites que impedem o diálogo entre as culturas e promovendo o pluralismo jurídico. Em razão de sua universalidade, não podem ser relativizados para dispor sobre particularismos culturais. O Estado deve estender os direitos humanos a todas as pessoas, não podendo ser negados à minorias étnicas, especialmente em razão de serem princípios definidos como fundamentais.

A fase atual dos direitos humanos, diretamente afetados pelos aspectos sociais e econômicos, é resultado de uma longa caminhada da humanidade. Por isso, é necessário

que a forma que o pluralismo jurídico é analisado seja repensado, estruturando uma sociedade capaz de validar e reconhecer as diferenças entre as nações.

A partir do momento em que as sociedades passaram a se tornar plurais quanto ao seu aspecto étnico e cultural, as diferenciações e não aplicabilidade dos direitos igualitários aumentaram. Ainda assim, ao saber que existem culturas com práticas e costumes sociais violentos, os direitos humanos não podem prever todo tipo de diferença cultural. Dessa forma, o diálogo intercultural é fundamental para que a democracia exista e para que seja possível construir diálogos que promovam a valorização das culturas, sendo o desafio dos direitos humanos essa realização, capaz de embasar um debate intercultural que respeite as diferenças e os direitos fundamentais do homem.

A globalização, por sua capacidade de dissipar rapidamente informações, consegue gerar um choque entre as culturas. Com isso, os elementos comuns e particulares das culturas são expostos de forma corriqueira, aproximando-as e provocando o surgimento de intolerâncias e preconceitos. A convivência faz com que a diferença entre as culturas seja percebida, mas que suas igualdades passem a ser valorizadas.

Para que o homem possa se realizar como fim em si mesmo, é necessário que exista o reconhecimento e aceitação dos contrastes entre cada comunidade, para que, assim, o homem seja capaz de moldar sua autoimagem. Os direitos humanos devem ser reconhecidos como o meio eficaz para promoção do diálogo entre as culturas inseridas na sociedade, promovendo sua aproximação. Por fim, a universalidade desse rol de direitos se apresenta como uma forma de resguardar a particularidade e igualdade em uma sociedade extremamente multicultural, zelando e aprimorando o pluralismo jurídico com base no debate intercultural.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Maíra de Paula. *Os direitos humanos e a liberdade cultural*. Antropos. Brasília, v.1, n.1, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLWERK, Aloísio Alencar; SANTOS, Neuton Jardim dos. *Dignidade humana e direito ao reconhecimento pessoal: uma análise a partir dos instrumentos de proteção extrajudiciais*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n.4, p. 60-75, 2020.

CANDAU, Vera Maria Ferrão. *Diferenças Culturais, Interculturalidade e Educação em Direitos Humanos*. Educ. Soc., Campinas, v. 33, n. 118, p. 235-250, jan-mar. 2012.

CANDAU, Vera Maria Ferrão. *Interculturalidade e Educação Escolar*. Rio de Janeiro: GECEC, 2000.

FLORES, Joaquín Herrera. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência*. Canoas: Direito e Democracia. Vol. 4, n. 2, p. 287-304.

KROHLING, Aloisio. *Dialética histórica dos direitos humanos fundamentais e hermenêutica diatópica*. Campo Jurídico, vol. 1, n.2, p. 195-214, 2013.

McLAREN, Peter. *Multiculturalismo Crítico*. Trad. Bebel Orofino Shaefer. São Paulo: Cortez, 1997.

PEDRO, Jesús Prieto de. *Direitos Culturais, o Filho Pródigo dos Direitos Humanos*. Revista Crítica nº 952, mar. 2008, p. 19-23.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos*. Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, SUR. nº 1, 1º sem., p. 29, 2004.

PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Relatório do *Desenvolvimento Humano de 2004: liberdade cultural num mundo diversificado*. Lisboa: Mensagem, 2004.

RIBEIRO, Wagner Costa. *A ordem ambiental internacional*. São Paulo: contexto, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.

TORRES, Carlos Alberto. *Democracia, educação e multiculturalismo*. Petrópolis: Vozes, 2001a.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. *Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico*. Fortaleza: Pensar, v.16, n.2, p. 371-408, jul/dez. 2011.

YOUNG, Iris Marion. *Representação Política, identidade e minorias*. São Paulo: Lua Nova, 67, 139-190, 2006.

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORÇAMENTO PÚBLICO

ANA ROBERTA SILVA DE MORAIS:

Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco em 2016. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Maurício de Nassau em 2019⁵⁸.

RESUMO: Este artigo objetiva estudar como se dá o controle de constitucionalidade sobre a lei orçamentária anual, com o contexto histórico e a posição jurídica atual. Com este intento, utilizou-se o método dedutivo, com as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, numa análise exploratória e qualitativa, por meio da observação da evolução jurisprudencial e do entendimento doutrinário sobre o orçamento e a possibilidade de controle constitucional. Realizada uma pesquisa exploratória qualitativa, tem-se como resultado a possibilidade de amplo controle judicial do orçamento através da aplicação do texto constitucional. A pesquisa possibilitou entender a evolução do entendimento do controle de constitucionalidade sobre o orçamento para atingir o atual cenário de possibilitar analisar o texto orçamentário frente às diretrizes estabelecidas na Constituição da República de 1988.

Palavras-chave: Orçamento público. Controle de constitucionalidade. Lei de efeitos concretos.

THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY IN THE PUBLIC BUDGET

ABSTRACT: This article aims to study how the control of constitutionality takes place on the annual budget law, with the historical context and the current legal position. For this purpose, the deductive method was used, with the techniques of documental and bibliographic research, in an exploratory and qualitative analysis, through the observation

⁵⁸ Contato: anaroberta.morais@hotmail.com

of jurisprudential evolution and the doctrinal understanding of the budget and the possibility of constitutional control. A qualitative exploratory research was carried out, resulting in the possibility of broad judicial control of the budget through the application of the constitutional text. The research made it possible to understand the evolution of the understanding of constitutionality control over the budget to reach the current scenario of making it possible to analyze the budget text against the guidelines established in the Constitution of the Republic of 1988.

Keywords: Public budget. Constitutional review. Law of concrete effects.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE APLICADO AO ORÇAMENTO PÚBLICO. 2. O ATUAL CENÁRIO DA ANÁLISE JUDICIAL DO ORÇAMENTO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO.

Este artigo trata sobre o controle de constitucionalidade aplicado ao orçamento público, com a abordagem histórica e atual deste instrumento. Além disso, num viés qualitativo, demonstrará a imperatividade do respeito ao Texto Constitucional pelo orçamento público, com previsão de receitas e fixação de despesas.

Todo ato normativo busca no ordenamento jurídico o seu fundamento de validade e existência, sendo esta base justamente o Texto Constitucional. No Brasil, adotamos um sistema misto de controle de constitucionalidade, com elementos da tradição norte-americana do controle judicial difuso e do modelo austríaco de controle concentrado.

Tendo natureza jurídica de lei formal, a lei orçamentária anual esteve durante muito tempo no centro dos debates para identificar sua submissão ao controle constitucional. O

orçamento prevê as receitas e fixa as despesas, sendo importante instrumento de planejamento, fiscalização e previsibilidade para o gasto público (TORRES, 2014, p. 340).

Inicialmente, o STF entendia pela impossibilidade do controle de constitucionalidade das leis orçamentárias em virtude de serem sem generalidade e abstração. Posteriormente, principalmente a partir do julgamento da ADI nº 4.048, em 14 de maio de 2008, a Suprema Corte passou a entender pela possibilidade de submissão das leis orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade.

Como ato de aplicação primária da Constituição a lei orçamentária não precisaria de densidade normativa para se submeter ao controle abstrato de constitucionalidade. Desse modo, o objetivo principal deste artigo é abordar como o controle de constitucionalidade sobre as leis orçamentárias se desenvolveu no direito brasileiro.

Para metodologia, fez-se o uso do método dedutivo, com as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, por intermédio de uma análise exploratória e qualitativa. A pesquisa esta concentrada nos textos legais, na jurisprudência do STF e nos entendimentos doutrinários.

Desse modo, este artigo está estruturado em duas seções. De início, estudará o contexto histórico do controle constitucional sobre o orçamento público para, logo após, dispor sobre o atual cenário jurisprudencial e doutrinário quanto à submissão das leis orçamentárias ao crivo constitucional.

1. HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE APLICADO AO ORÇAMENTO PÚBLICO.

Estudar o histórico do controle de constitucionalidade no Brasil não comporta uma análise simplista, demandando o entendimento de que para chegar ao atual sistema misto,

com elementos dos sistemas difuso e concentrado, houve um longo processo de idas e vindas com avanços e retrocessos dos mecanismos de respeito ao Texto da Constituição.

Atualmente, a defesa dos direitos fundamentais e das minorias são os principais elementos do controle de constitucionalidade. Contudo, nem sempre foi assim. A recepção do controle pela Constituição da República de 1891 foi introduzida no ordenamento jurídico constitucional para preservar o processo político então instalado (CONTINENTINO, 2018, p. 96), o regime de governo republicano. Numa análise sucinta, crítica e explicativa, o professor Marcelo Continentino (2018, p. 97) resume da seguinte forma:

À mingua de abordagem mais abrangente, parte significativa da doutrina constitucional brasileira tem compactuado com a ideia de que o controle se iniciou com a Constituição de 1891 por força da tradição norte-americana, consolidou-se com a Constituição de 1934, amargou significativo retrocesso em face da Carta de 1937 e foi restaurado aos padrões de 1934 com a redemocratização e a Constituição de 1946. Em 1965, sob a vigência dos Atos Institucionais nº 1 e nº 2, que suspenderam a eficácia de diversos preceitos da Constituição de 1946 e alteraram-na substancialmente, sofreu profunda transformação mediante a introdução da representação genérica de inconstitucionalidade, que permitiu ao Supremo Tribunal Federal conhecer diretamente de controvérsia constitucional e decidir, em caráter geral e vinculante, sobre a questão. Por fim, chegou-se à sua mais bem acabada formulação, aquela consagrada na Constituição Federal de 1988.

Contudo, esta função evolucionista do direito esbarra na realidade prática e na história, pois, caso seja avaliado profundamente, a garantia dos direitos previstos na Constituição remota ao período do império e da Carta Magna de 1824. Neste dispositivo

legal, temos o controle da constitucionalidade exercido tanto pelos Poderes Executivo e Legislativo, quanto pelo Poder Moderador⁵⁹.

Ademais, apesar da prática e decisão política da época ser contrária ao controle judicial, não consta na Constituição do Império de 1824 uma vedação expressa proibindo que os juízes interpretassem os atos normativos infraconstitucionais. O controle de constitucionalidade é a salvaguarda da Constituição, o ato de manter hígido o Texto da Lei Maior, possibilitando a um órgão judicial ou político, não judicial, examinar a compatibilidade do ato normativo com a Constituição, com a decisão sobre a validade formal e material dos atos infraconstitucionais.

Tratando do tema do controle político da constitucionalidade no Brasil Império, os professores Lincoln Soares e Milena Felizola (2015, p. 81) destacam o poderio do imperador e a impossibilidade de atuação do judiciário:

Pode-se concluir, neste momento, que o controle de constitucionalidade fora inaugurado na órbita política. Era exercido - de fato e de direito - pelo imperador, através do poder moderador

⁵⁹ “O Poder Moderador, como o proclamara Benjamin Constant, era um poder neutro. Ou, na assertiva de Antônio Carlos, um poder ‘superior a todos os outros poderes’ (Sessão de 2 de maio). Pretendia-se fosse um poder que interpretasse as aspirações nacionais e atuasse no sentido de realizá-la, livre das injunções político-partidárias.

Era esse poder, conseqüentemente, propício ao governo da monarquia constitucional, com o qual combinava de maneira harmoniosa, segundo a lição de Benjamin Constant, perfilhada pelos deputados à Assembleia Constituinte e pelo próprio Pedro I, que dela teria tomado conhecimento, com grande satisfação, através de seu confessor e conselheiro, Frei Antônio de Arrábida.

O Poder Moderador era, portanto, prerrogativa imperial anterior ao pacto. ‘Nisso não podemos bulir’, dissera Antônio Carlos (Sessão de 6 de maio).

Pedro II, que aplicou democraticamente a Constituição, quis que o exercício desse poder fosse controlado, ou, pelo menos, que contasse com a co-responsabilidade dos Conselheiros do Império. Assim, a atuação do monarca, quando agindo em razão do Poder Moderador, dependia de prévia audiência do Conselho de Estado, salvo quanto à livre nomeação e demissão dos ministros (Constituição, art. 142).” (VASCONCELOS, 1986, p. 76-77)

(um superpoder), sem que se tenha registrado a menor intervenção do judiciário nas atribuições em comento.

Em verdade, o pensamento jurídico constitucional do Império entendia que o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário significaria uma ameaça a monarquia e ao governo imperial, que estaria sujeito as possíveis amarras lançadas por decisões judiciais. A questão maior sempre foi definir a quem seria dada a autoridade última de pronunciar-se sobre a interpretação constitucional de determinado ato normativo.

Nestes termos, a preocupação do constitucionalismo brasileiro não foi quanto à possibilidade de existir o controle, mas sobre quem exerceria esta função como última instância da interpretação constitucional. Com a criação do Supremo Tribunal Federal, esclarecida no Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, ficou legitimado este órgão como responsável pelo controle de constitucionalidade.

Em interessante estudo sobre o histórico do controle de constitucionalidade no Brasil, o professor Wagner Feloniuk (2019, p. 459) explica sobre o surgimento do Supremo tribunal Federal a partir da reforma do Poder Judiciário:

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, viria pouco depois, ainda antes do início dos trabalhos da Constituinte. Ele foi criado por meio do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, uma longa norma que regia toda a Justiça Federal, a corte suprema, outros tribunais, os juízes de primeiro grau, servidores, regras processuais.

O decreto fora planejado por Campos Sales, Ministro da Justiça, e se adiantou à discussão da Assembleia Constituinte criando a divisão entre as justiças estadual e federal, o tema central do Judiciário naquele momento. Essa estrutura seria eventualmente confirmada, mas ele enfrentou resistência por sua decisão não discutida na constituinte e contrária até ao desejo pessoal de Deodoro. Nos primeiros momentos, ele foi contestado até por magistrados,

inclusive membros do Supremo Tribunal de Justiça, que agora virava Supremo Tribunal Federal por decisão do ministro. A resposta de Campos Sales foi a de que o projeto apenas aumentava a independência do Poder Judiciário e que se baseava na descentralização de poder, o que seria a base de toda a liberdade.

Assim, a Constituição da República de 1988 não se preocupa somente com a previsão fundamentais a serem concretizados, mas também com a previsão de fonte de custeio para este direito através das exações fiscais e sua aplicação com planejamento e condução para a eficiência. Com didática, as professoras Ana Paula Ávila e Daniella Bitencourt (2017, p. 33) explicam como se dá o controle judicial sobre o orçamento com vistas a garantir a realização dos direitos fundamentais:

Desse modo, a Constituição Federal não somente determinou os direitos fundamentais com o objetivo de assegurar uma existência humana digna, mas também estabeleceu uma escala norteadora para que os poderes, em conjunto e de forma coordenada, implementem essas políticas públicas e o orçamento público é peça fundamental para essa concretização. Restará ao STF o desafio de otimizar tanto as normas de direitos fundamentais como aquelas que estabelecem as competências e capacidades institucionais de cada um dos poderes estatais, encontrando soluções que, de um lado, garantam o atendimento mínimo daqueles direitos, e, de outro, evitem a usurpação das responsabilidades dos outros órgãos investidos de poderes pela Constituição Federal.

Um exemplo de equacionamento deste tipo de impasse pode ser colhido em um precedente do STJ do ano de 2003, em que a Relatora, Min. Eliana Calmon, determinou ao município o dever de reservar, no orçamento do ano seguinte, verba suficiente para a implementação do programa de atendimento a alcoólatras e toxicômanos lançado no programa de Governo do Executivo municipal, mas que deixara de ser executado por falta de recursos.

Claro está que o orçamento, meio pelo qual se autoriza o gasto público, sempre teve o protagonismo com a disputa de poder para sua previsão, execução e controle. De tal modo, a fiscalização do cumprimento da lei orçamentária, como essencial instrumento

financeiro para financiar políticas públicas e indicar caminhos para a iniciativa privada, se torna cada vez mais essencial e deve ter seus atores alargados para garantir maior transparência, com a construção do investimento democrático e eficiente.

2. O ATUAL CENÁRIO DA ANÁLISE JUDICIAL DO ORÇAMENTO.

A transparência e o controle da lei orçamentária possibilita, a um só tempo, entender de onde vem à arrecadação, para onde está indo estes recursos e quem é o responsável por alocar esses valores para as diversas políticas públicas (SCAFF, 2018, p. 85). Mais do que nunca, os recursos públicos devem ser tratados com eficiência no gasto e investimento direcionado para políticas públicas que reduzam as desigualdades.

Neste ponto, importa considerar que, historicamente, o STF tem posicionamento unânime quanto à natureza jurídica de lei meramente formal do orçamento⁶⁰, não veiculando direitos, não sendo classificada como lei material. Entretanto, o atual cenário orçamentário do Brasil, autorizativo e com alto grau de discricionariedade pelo Poder Executivo, está contribuindo para uma mudança na jurisprudência do STF:

1. Leis orçamentárias que materializem atos de aplicação primária da Constituição Federal podem ser submetidas a controle de constitucionalidade em processos objetivos. Precedentes.
2. A incompatibilidade entre os termos do dispositivo impugnado e os padrões da lei de responsabilidade fiscal (Lei Federal Complementar 101/00) não se resume a uma crise de legalidade. Traduz, em

⁶⁰ Lei orçamentária; lei formal pressupõe uma lei substantiva geradora das relações jurídicas. Coexistência das duas leis, uma criando o imposto e a outra autorizando a sua cobrança para o exercício correspondente. Aplicação dos arts. 73, § 1º, e 141, § 34, da Constituição Federal. (STF. RE 17184, Relator(a): RIBEIRO DA COSTA, Primeira Turma, julgado em 03/07/1952, DJ 25-09-1952)

Majoração do imposto de indústrias e profissões, baseada em lei posterior ao orçamento. Este, como lei formal, reitera o ato legislativo e a obrigação fiscal é devida sem ofender a Constituição.

(STF. RE 35192 segundo, Relator(a): CÂNDIDO MOTTA, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/1960, DJ 07-10-1960)

verdade, um problema de envergadura maior, a envolver a indevida apropriação de competências da União, em especial a de conceber limites de despesas com pessoal ativo e inativo (art. 169, caput, da CF), controvérsia que comporta solução na via da ação direta de inconstitucionalidade. 3. Os limites traçados pela lei de responsabilidade para os gastos com pessoal ativo e inativo nos Estados, Distrito Federal e Municípios valem como referência nacional a ser respeitada por todos os entes federativos, que ficam incontornavelmente vinculados aos parâmetros máximos de valor nela previstos. 4. Ao contemplar um limite de gastos mais generoso para o Poder Legislativo local, o dispositivo impugnado se indispôs abertamente com os parâmetros normativos da lei de responsabilidade fiscal, e com isso, se sobrepôs à autoridade da União para dispor no tema, pelo que fica caracterizada a lesão ao art. 169, caput, da CF. 5. Liminar referendada pelo Plenário para suspender, com efeitos “ex nunc” (art. 11, § 1º, da Lei 9.868/99, até o julgamento final desta ação, a eficácia da expressão “Poder Legislativo 4,5%”, do art. 50 da Lei estadual 1.005/2015. (STF. ADI 5449 MC-Ref, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2016)

Este posicionamento, ainda que tímido, pode simbolizar uma mudança na jurisprudência da Corte Suprema em relação à natureza jurídica do orçamento e a existência de uma parcela de execução vinculante no seu texto. Pelo tradicional entendimento de ser lei formal de efeitos concretos, sem abstração e generalidade, ao longo do tempo o controle de constitucionalidade abstrato foi afastado do orçamento, fato que caminha para ser alterado.

Este afastamento do controle de constitucionalidade significou, por muito tempo, a existência de uma lei que poderia continuar a ser executada mesmo passando ao largo da constituição. Inicialmente, no julgamento da ADI nº 292561, o STF entendeu pela

61 PROCESSO OBJETIVO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ORÇAMENTÁRIA. Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta. (ADI 2925, Relator(a): ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2003)

possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade na lei orçamentária no trecho que apresentou desígnios abstratos, genéricos e autônomos, de forma a impedir o direcionamento dos recursos obtidos com a CIDE-Combustíveis para destinos distintos daqueles previstos no próprio Texto Constitucional.

Revisitando a necessidade de controle abstrato de constitucionalidade das normas orçamentárias, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento da ADI 4048/MC, pela possibilidade de seu exercício, numa alteração jurisprudencial para alargar a possibilidade de controle judicial dos atos normativos. Nas pedagógicas razões de decidir da ementa do julgado, é possível destacar o seguinte trecho:

II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. (STF. ADI 4048 MC, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008)

Com este novo entendimento, a lei orçamentária passou a ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade, não importando a sua natureza de lei de efeitos concretos, bastando existir uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato. Este julgamento representa um marco importante no controle constitucional do orçamento, ecoando posteriormente na análise da ADI nº 5.468, que, a um só tempo, reitera a possibilidade de controlar a constitucionalidade do orçamento e reconhece ser um importante instrumento de planejamento e financiamento das políticas públicas:

4) O “controle material” de espécies legislativas orçamentárias corresponde a uma tendência recentemente intensificada na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal (STF) (...) 5) O

controle orçamentário pelo legislativo funda-se num corpo de normas que é, a um só tempo, "estatuto protetivo do cidadão - contribuinte" e "ferramenta do administrador público e de instrumento indispensável ao Estado Democrático Direito para fazer frente a suas necessidades financeiras". (...) 11) A Jurisdição Constitucional, em face da tessitura aberta de conformação legislativa prevista pelo inciso I do § 3º do art. 166 da CRFB/1988, não detém capacidade institucional automática ou pressuposta e não pode empreender, no âmbito do controle abstrato, a tarefa de coordenação entre o Plano Plurianual (PPA) e as respectivas Leis de Diretrizes Orçamentárias (LDO's) e Leis Orçamentárias Anuais (LOA's). 12) Consectariamente, diante da ausência de abusividade, deve-se declarar que a função de definir receitas e despesas do aparato estatal é uma das mais tradicionais e relevantes do Poder Legislativo, impondo-se ao Poder judiciário, no caso, uma postura de deferência institucional em relação ao debate parlamentar, sob pena de indevida e ilegítima tentativa de esvaziamento de típicas funções institucionais do Parlamento. (STF. ADI 5468, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/2016)

A atividade arrecadatória do Estado produz a receita pública que será prevista no orçamento. Este, por sua vez, estará responsável por fixar as despesas a serem custeadas pela arrecadação fiscal. Receita, despesa e planejamento ficam numa relação de interdependência, com possibilidade de controle judicial em todas estas frentes. Sobre a temática da influência das decisões judiciais sobre as receitas e despesas, cabe notar a contribuição dos professores Suzana da Costa e Marcos da Silva (2022, p. 204):

Chama atenção a notória predominância de casos tributários perante outras matérias. Cogita-se se tal dado não se justifica pela percepção dos ministros do STF acerca da capacidade de multiplicação de processos judiciais, a partir de determinada tese estabelecida acerca da constitucionalidade de alguma prática adotada pela Fazenda Pública; e, também, com a ligação direta existente entre a atividade arrecadatória do Estado, orçamento e governabilidade.

O formato majoritariamente autorizativo da lei orçamentária cria uma margem ampla de liberdade decisória para a execução da despesa pelo Poder Executivo, apesar de

que não se devem confundir as leis orçamentárias com mera peça de ficção, fato que dificulta a execução das políticas públicas e deve ser superado tanto pela atual vinculação de parcela do orçamento quanto pelo controle judicial.

De tal modo a Constituição da República de 1988 preocupou-se em combater os seguintes vícios da execução orçamentária: i) ausência de planejamento; ii) a execução orçamentária inconstitucional, com atos administrativos imotivados ou abusivos; e iii) a falta de controle da execução orçamentária, contribuindo para sua baixa vinculatividade. Nessa vertente, o combate a estes vícios de execução orçamentária e a promoção da máxima efetividade dos direitos fundamentais só será alcançada através do controle do ciclo orçamentário e de sua execução.

O controle de constitucionalidade sobre a lei do orçamento não ofende a separação dos Poderes, tendo em vista que a concretização dos direitos sociais não pode estar atrelada a mera vontade do administrador, tendo o Poder Judiciário atuação de controlador da atividade administrativa, conforme definido no REsp 1.645.846/RJ62.

Em relação ao controle de constitucionalidade das leis orçamentárias, temos uma evolução na jurisprudência do STF. Inicialmente, foram entendidas como lei de efeitos concretos, desprovidas de generalidade e abstração, impossibilitando o controle abstrato de constitucionalidade. Posteriormente, foi admitido o controle judicial, entretanto vinculado aos dispositivos que apresentassem contornos abstratos, autônomos e objetivos. Por fim, atualmente, o entendimento é pela possibilidade de controle de

62 5. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes. (REsp 1645846/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 20/04/2017)

constitucionalidade abstrato das leis orçamentárias, que são atos de aplicação primária da Constituição.

Executada através de atos administrativos, a locação de recursos públicos passa pelo planejamento financeiro inserido nas leis orçamentárias, razão pela qual a execução destas leis deve ser submetida ao controle judicial. Portanto, cabe o controle por parte do Poder Judiciário sempre que for observada a ineficácia na prestação dos direitos fundamentais por causa do descumprimento da legislação orçamentária pelos gestores públicos e do controle do inconstitucional esvaziamento de sua força normativa.

CONCLUSÃO.

Este artigo examina a evolução da utilização do controle de constitucionalidade em relação às leis orçamentárias. Observou-se que a impossibilidade de controle pelo Poder Judiciário foi superada pelo moderno entendimento segundo o qual seria cabível o controle de constitucionalidade do orçamento quando houver um debate constitucional em abstrato, independe da natureza concreta e específica da lei orçamentária.

O desenvolvimento da matéria permitiu identificar que, no sistema federativo de freios e contrapesos, o orçamento é mais um instrumento a passar pela deliberação coletiva do Poder Legislativo e a pela execução por parte do Poder Executivo. Nessa conjuntura, o Poder Judiciário fica responsável pelo controle da constitucionalidade na elaboração e execução dos gastos orçamentários.

O cenário de escassez de recursos públicos e a consequente precarização dos direitos fundamentais vêm contribuindo para aumentar o protagonismo do controle judicial sobre o orçamento. A capacidade de financiamento de direitos está diretamente relacionada a existência e disponibilidade do crédito público, que deve ser direcionado para a realização das políticas públicas como finalidade última do gasto público.

Pudemos constatar que a Constituição de 1988 já elenca em seu Texto os valores e direitos fundamentais a serem resguardados pelas receitas públicas, demandando um esforço conjunto entre os poderes para a proteção da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a atuação do Poder Judiciário no controle da constitucionalidade da lei orçamentária é ainda mais legitimada.

Em primeira análise, o STF entendeu pela impossibilidade de submeter o orçamento ao controle abstrato de constitucionalidade, por entendê-la como lei formal de efeitos concretos, sem abstração e generalidade. Vimos à evolução deste entendimento ao admitir a fiscalização abstrata da constitucionalidade, sensibilizado principalmente no julgamento da ADI nº 4.048/DF. Nesse sentido, o STF deu primazia à abstração da matéria constitucional veiculada em ato normativo que possa ter caráter específico e efeito concreto.

Com isso, o caminho do controle da constitucionalidade do orçamento encontra terreno fértil na preservação das funções institucionais de cada um dos poderes da República, agindo como guardião da Constituição e na preservação das competências de cada Poder. Dessa forma, na análise de constitucionalidade do orçamento, o Poder Judiciário poderá, desde que verificadas graves distorções orçamentárias, retornar a peça orçamentária a autoridade responsável para fazer refletir nas despesas os gastos públicos prioritários e o financiamento de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira; BITENCOURT, Daniella. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o controle judicial do orçamento público e a proteção dos direitos humanos. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, v. 3, n. 1, p. 18-38, 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 01 de julho de 2022.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. *Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 27 out. 1966.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ, Recurso Especial, **REsp nº 1.645.846/RJ**. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro, Recorrido: Eleni Batista de Souza. Min. Herman Benjamin Relator. Julgado em: 07.03.2017, Publicação ocorrida em: 20.04.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade, **ADI n.2.925**. Requerentes: Confederação Nacional do Transporte - CNT, Intimado: Presidente da República e Congresso Nacional. Min. Ellen Gracie Relator. Min. Marco Aurélio Redator para o Acórdão. Julgado em: 19.12.2003, Publicação ocorrida em: 19.12.2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade, **ADI n.4.048**. Requerentes: Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB, Intimado: Presidente da República. Min. Ellen Gracie Relatora. Liminar objeto do debate julgada pelo Pleno em: 14.05.2008, publicação ocorrida em: 23.05.2008, DJE n. 93. Mérito julgado em 17.02.2011, publicado em 21.02.2011 DJE n. 35.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade, **ADI n.5.468**. Requerentes: Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA, Intimado: Congresso Nacional. Min. Luiz Fux Relator. Julgado em: 29.06.2016, Publicação ocorrida em: 02.08.2016. DJE n. 161.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 20, n. 120, p. 92-116, 2018.

DA COSTA, Susana Henriques; DA SILVA, Marcos Rolim. Litigantes repetitivos e modulação no controle de constitucionalidade. **Suprema-Revista de Estudos Constitucionais**, v. 2, n. 1, p. 185-223, 2022.

FELONIUK, Wagner. Influências da circulação de ideias norteamericanas sobre o sistema de controle de constitucionalidade da Constituição de 1891. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 74, p. 435-472, 2019.

SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual**: Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SOARES, Lincoln; FELIZOLA, Milena Britto. O controle da constitucionalidade nas constituições do império e da primeira república. **Revista Diálogos Acadêmicos**, v. 3, n. 1, p. 77-84, 2015.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro**: Teoria da Constituição Financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria e prática do Poder Moderador. **Revista de Ciência Política**, v. 29, n. 4, p. 72-81, 1986.

UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

CASSIA MIRELLA MUNIZ CAVALCANTE:
Graduada em Direito pela Faculdade de Natal.
Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho
e Direito Previdenciário. Pós-Graduada em
Direito Público. Servidora Pública.⁶³

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 instituiu no país o Estado Democrático de Direito cujo objetivo é o de garantir e assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais. Por esse motivo, instaurou-se na ordem jurídica brasileira um novo modelo de releitura do direito conforme a Constituição. Nessa perspectiva, o novo Código de Processo Civil foi elaborado e aprovado no intuito de valorizar a celeridade processual e efetividade no direito de ação, privilegiando a concretização do direito material, o qual buscou incentivar a solução consensual dos conflitos, ofertando maior autonomia às partes, que deverão cooperar para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. À vista disso, o código passou a prever uma fase procedimental obrigatória de realização de uma audiência de conciliação e mediação, a ser realizada no início do processo, antes da apresentação de defesa, cuja realização só será dispensada se o direito envolvido não admitir autocomposição ou por manifestação expressa de ambas as partes demonstrando desinteresse na conciliação. Nesse cenário, portanto, questiona-se se a imposição na realização dessa audiência, não afetará o princípio da razoável duração do processo, mesmo quando o magistrado verificar, *in casu*, a inconveniência de sua realização.

Palavras-chave: Audiência de Conciliação e Mediação. Código de Processo Civil. Obrigatoriedade. Princípio da razoável duração do processo.

⁶³ E-mail: cassiamirella@gmail.com.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Breve discussão acerca da base principiológica do Código de Processo Civil de 2015; 3 Da obrigatoriedade de realização de audiência de conciliação e mediação; 4 Do princípio da razoável duração do processo e a relativização dos procedimentos; Conclusão; Referências.

1.INTRODUÇÃO

O neoconstitucionalismo teve seu marco no Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que implantou um novo modelo de Direito Constitucional, colocando a Constituição em posição de destaque no ordenamento jurídico, consagrando o Estado Democrático de Direito, cujo sistema tem como norte a valorização e concretização de direitos fundamentais, e como pilar a dignidade da pessoa humana.

Tal contexto histórico-jurídico compeliu a legislação infraconstitucional a fazer uma releitura de seus institutos e preceitos a fim de harmonizá-los de acordo com a Carta Constitucional, no que se denomina constitucionalização do direito, tendo como um de seus objetos a eficácia de direitos fundamentais não somente na relação entre o Estado e os particulares, mas também na relação direta entre particulares.

Nessa perspectiva, além da constitucionalização do direito material, a análise das questões procedimentais passou a ser compreendida a partir dos direitos fundamentais, de modo que diversos princípios processuais foram inseridos no rol de direitos fundamentais, a exemplo do princípio do acesso à justiça, do princípio da razoável duração do processo, do princípio do contraditório e ampla defesa.

Seguindo essa tendência, o Código de Processo Civil elaborado após a vigência desse novo modelo constitucional, fez constar no Livro I, Capítulo I, um rol de normas fundamentais do processo civil, sendo a primeira delas, de que o código será ordenado,

disciplinado e interpretado conforme os valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

Além disso, o novel consagrou uma maior autonomia das partes ao prever a possibilidade de efetuarem ajustes no procedimento para adequá-lo às especificidades da causa e fixando calendário para a prática dos atos processuais. Ademais, na mesma concepção, o código privilegiou a autocomposição, de maneira que passou a prever como uma das fases do processo, a realização de uma audiência prévia de conciliação e mediação, incentivando o diálogo e a negociação sem que haja a necessidade de intervenção estatal na resolução da lide.

Com relação à mencionada audiência de conciliação e mediação prevista no artigo 334, o código antevê apenas duas hipóteses em que a realização de tal audiência será dispensada: quando houver manifestação expressa no desinteresse da citada audiência por ambas as partes e quando o direito discutido não admitir autocomposição.

É nesse último ponto que reside o objetivo deste trabalho, que tem o intuito de discorrer acerca da autonomia e flexibilização dada ao magistrado, para, na condução do processo, e diante da análise do caso concreto, constatando a impossibilidade de realização negocial ou ainda quando apenas uma das partes manifestar desinteresse na conciliação, suprimir essa fase procedimental, com fundamento, notadamente, no princípio da razoável duração do processo, da celeridade e da economia processual.

Com isso, a fim de obter dados acerca da problematização proposta, realizou-se pesquisa documental e bibliográfica, por meio da metodologia descritiva, utilizando de dados pré-existentes e interpretando-os, por meio da análise jurisprudencial e doutrinária acerca da matéria, com o propósito de avaliar o posicionamento dos tribunais acerca da possibilidade de flexibilização do procedimento quanto à dispensa da realização da audiência de mediação e conciliação além das hipóteses legais.

2. BREVE DISCUSSÃO ACERCA DA BASE PRINCIPOLÓGICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Como sobredito, a Constituição Federal de 1988 (CF), fruto da redemocratização do Brasil, instituiu no país uma nova forma de enxergar e aplicar o direito, no que os estudiosos denominam de neoconstitucionalismo, cujo objetivo da Constituição de um país volta-se não apenas à limitação do poder estatal, mas passa a tornar-se uma medida de proteção e efetivação de direitos fundamentais.

À vista desse fenômeno, conforme ressalta Marinoni *et al*⁶⁴, um dos mais importantes desdobramentos da força jurídica dos direitos fundamentais foi denominado como eficácia irradiante ou efeito de irradiação dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, implicando em uma interpretação conforme os direitos fundamentais de todo o ordenamento jurídico.

Em linhas gerais, há uma constitucionalização da legislação processual, decorrente do moderno Estado Democrático de Direito, que nos termos do que ensina Theodoro Júnior⁶⁵, tem como meta perseguida, antes de tudo, a efetividade da tutela jurisdicional e a presteza de sua promoção pelo Poder Judiciário, ou seja, valoriza-se sempre o processo justo, em função mais da observância dos seus princípios fundamentais do que a simples subserviência às regras procedimentais da lei.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 7 ed. São Paulo Saraiva, 2018.

⁶⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 58 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Por conseguinte, inúmeros são os princípios de direito processual constantes na atual CF, a exemplo, menciona-se o princípio do acesso à justiça (artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV), princípio devido processo legal substancial e formal (artigo 5º, inciso LIV), princípio do contraditório e ampla defesa (artigo 5º, inciso LV), princípio do juiz natural (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII), princípio da razoável duração do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII), princípio da motivação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX)⁶⁶.

Nota-se, portanto, que após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 instaurou-se na ordem jurídica brasileira um novo modelo constitucional, inclusive na própria estrutura da Carta Maior, que privilegiou os direitos e garantias fundamentais, posicionando-os antes mesmo da estruturação do Estado, diferente do que ocorria nas constituições anteriores, de maneira que, diversos dos princípios processuais constitucionais constam no rol de direitos fundamentais do artigo 5º, consoante acima relatado, de maneira que impôs à legislação infraconstitucional uma readequação de seus institutos conforme a lei maior.

Nesse ponto, importante a lição de Medina⁶⁷:

O direito não deve ser estudado apenas em si mesmo, mas a partir do déficit identificado na vida das pessoas, que reclamou a sua criação. O direito não pode pertencer apenas ao imaginário dos juristas, sendo alheio à realidade. Se assim o for, será, então, um direito não apenas alheio à realidade, mas que oculta os problemas que, de fato, ocorrem.

Nessa perspectiva, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC), que entrou em vigor em 18 de março de 2016, começou a ser elaborado e discutido no ano de 2010, e privilegiou, como ponto central desde a sua elaboração, a simplicidade da linguagem e da

66 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 de novembro de 2022.

67 MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, visando o estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal⁶⁸.

Segundo consta na exposição de motivos do CPC de 2015, uma das linhas principais de trabalho na elaboração do novo código era o de resolver problemas, ou seja, “deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais”⁶⁹.

A despeito disso, extrai-se do art. 1º do CPC, a constitucionalização do processo civil, o qual dispõe que “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste código”⁷⁰.

Com efeito, o CPC de 2015 possui como Primeiro Capítulo – Das normas fundamentais do processo, que vai do artigo 1º até o artigo 12, tendo como premissas a valorização da solução consensual dos conflitos, de tal modo que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual deverão ser estimulados por juízes, advogados,

68 Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. 268 p. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 18 de novembro de 2022.

69 SENADO FEDERAL. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015. P. 25. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em 29 de novembro de 2022.

70 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 25 de novembro de 2022.

defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial, nos termos do que preleciona o artigo 3º71.

Além do incentivo à solução pacífica dos conflitos, o novel consagrou como norma fundamental o direito das partes de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa (artigo 4º), devendo as partes cooperar entre si, para que se obtenha decisão de mérito justa e efetiva, em tempo razoável (artigo 6º).

Com isso, diferentemente do Código de Processo Civil de 1973, o atual código inovou ao trazer um capítulo próprio com normas fundamentais, orientando o julgador e todos aqueles que participam do processo a enxergar o processo não como um fim em si mesmo, mas um meio de se materializar os princípios e notadamente o direito material discutido, através de garantias constitucionais.

3. DA OBRIGATORIEDADE DA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

É cediço que nos últimos anos o Poder Judiciário brasileiro enfrenta sérios problemas de sobrecarga, grande parte devido ao excesso de demandas e ao mesmo tempo ao número limitado de funcionários, o que ocasiona uma morosidade na resolução dos conflitos e conseqüentemente uma ineficiência na materialização do direito discutido.

Essa cultura brasileira da litigiosidade é evidenciada através do Relatório Justiça em Número 2022, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), responsável pela principal fonte de estatísticas oficiais do Poder Judiciário, que tem como objetivo divulgar a realidade dos tribunais brasileiros, demonstra que apenas no ano de 2021, em todo o

71 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Op. Cit.*

Poder Judiciário, ingressaram 27,7 milhões de novos processos, totalizando 77,3 milhões de casos pendentes somente no ano de 2021⁷².

Segundo o relatório mencionado, desde o ano de 2020 o número de casos pendentes tem crescido e superado o número de casos novos e baixados. Tal volume de acervo processual, segundo o CNJ, significa que, mesmo que não houvesse ingressos de novas demandas e fosse mantida a produtividade dos magistrados e servidores, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 10 meses de trabalho para zerar o estoque de processos⁷³.

De posse de tais premissas, o CPC de 2015, diante desse cenário, buscou incentivar e privilegiar a conciliação, a mediação e outros métodos alternativos de solução de conflitos, tanto antes do ajuizamento da ação quanto durante o trâmite do processo, adotando o denominado sistema multiportas.

O sistema multiporta ou múltiplas portas foi apresentado inicialmente pelo professor Frank Ernest Arnold Sander, da Universidade de Haward, no ano de 1976, que vislumbrou a possibilidade de introduzir no Poder Judiciário norte americano várias opções para a resolução de disputas. Segundo o sistema por ele proposto, a partir da análise dos conflitos dos jurisdicionados seria possível identificar a melhor técnica de resolução do embate, direcionando-os a mais adequada para a solução do problema⁷⁴.

72 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Justiça em Números 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em 27 de novembro de 2022.

73 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2022. *Op. Cit.*

74 GEVARTOSKY, Hanna. Justiça multiportas à brasileira. Revista Sistemas Judiciales. Edição n 22, 2018. P. 168-180. Disponível em: <https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2019/05/Sistemas22web.pdf>. Acesso em 29 de novembro de 2022.

No que concerne, Montenegro Filho assevera que a sistemática adotada pelo legislador tem a sua razão de ser:

Desde 1984, ou seja, a partir da criação dos Juizados de Pequenas Causas, sucedidos pelos Juizados Especiais Cíveis, observamos o alcance de um percentual razoável de êxito nas audiências de tentativa de conciliação realizadas nas ações que têm curso pelo rito sumaríssimo. Além disso, igualmente observamos o mesmo resultado nas semanas de conciliação anualmente realizadas em todos os órgãos da justiça nacional, por iniciativa do CNJ (em 2007, ano em que foi publicada a Recomendação nº 8, do CNJ, sugerindo aos tribunais ações de promoção da conciliação, o percentual de acordos na Semana Nacional de Conciliação foi de 42%; de 2008 a 2011, os percentuais de acordo foram subindo progressivamente: 44,3% (2008); 47,2% (2009); 47,3% (2010) e 48,2% (2011)), o que permite a solução de milhares de conflitos de interesses, a pacificação entre as partes (pelo menos no processo no qual o acordo foi realizado) e a redução da quantidade de processos em curso na justiça brasileira⁷⁵.

Nesse cenário, o artigo 334 do CPC passou a prever a obrigatoriedade da realização da audiência de conciliação e mediação, somente sendo dispensada em casos excepcionais, a ser realizada antes mesmo da apresentação de defesa:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

[...]

A dispensa da audiência de conciliação só será possível caso o direito discutido não admita autocomposição ou se ambas as partes manifestarem expressamente desinteresse na composição consensual (artigo, 334, §4º, do CPC). Ainda, consigna-se que

⁷⁵ MONTENEGRO FILHO, Mizael. Novo Código de Processo Civil Comentado. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

havendo litisconsortes, a audiência de conciliação só não acontecerá caso o desinteresse na realização seja manifestado por todos os litisconsortes (artigo, 334, §6º, do CPC).

O enunciado nº 61 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) assim dispõe:

Enunciado nº 61: Somente a recusa expressa de ambas as partes impedirá a realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC/2015, não sendo a manifestação de desinteresse externada por uma das partes justificativa para afastar a multa de que trata o art. 334, § 8º76.

O comparecimento na audiência de conciliação é, portanto, obrigatória, sendo que o não comparecimento injustificado é considerado ato atentatório à dignidade da justiça, sancionado com multa:

Art. 334. [...]

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

Não se olvide que a superação dos conflitos através de consenso entre as partes pode se mostrar positiva em diversos aspectos: evita que um processo se prolongue por anos até que se consiga uma decisão final com a devida execução; é possível que as partes, através do diálogo, possa chegar à melhor justeza da decisão, de modo que, ninguém melhor que elas mesmas para conhecerem a realidade discutida; a redução do ônus

76 ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS – ENFAM. Seminário – O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil, 2015. Enunciados. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acessado em 28 de novembro de 2022.

financeiro decorrente de um longo processo judicial com pagamentos de custas, taxas judiciais, honorários de advogados, multas.

Sem embargos dos eventuais benefícios que a realização de conciliação/mediação possa ocasionar às partes, a discussão cinge-se na obrigatoriedade de sua realização mesmo quando uma das partes manifeste seu desinteresse. Nesse viés, a doutrina divide opiniões:

No momento em que os meios autocompositivos são impostos às partes, sem permitir que as mesmas compreendam sua sistemática e utilidade, mantendo-se a subserviência à autoridade do julgador, sem poderem participar diretamente da construção do provimento mediante a análise das especificidades do caso concreto, corre-se o risco de institucionalizar a denominada “justiça de segunda classe”, fundada essencialmente na metodologia quantitativa de desafogamento e desobstrução do poder judiciário⁷⁷.

Costa ressalta que a utilização indiscriminada dos meios autocompositivos utilizados com a finalidade de aumentar em termos quantitativos a resolução de conflitos é uma forma de descaracterizar a própria finalidade do instituto, tendo em vista que além de não resguardar a legitimidade democrática do provimento final, a construção não se dará de forma livre e participativa, mas de forma impositiva e autocrática⁷⁸.

Noutro sentido, Didier defende que a solução negocial além de ser um meio eficaz e econômico de resolução de litígios, é um importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, cujos interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula suas relações, e pondera: “Nesse sentido, o estímulo a autocomposição

⁷⁷ COSTA, Fabrício Veiga. *Justiça de segunda classe? Uma análise crítica da “obrigatoriedade” da audiência de autocomposição instituída pelo código de processo civil brasileiro*. Revista *Duc In Altum* Cadernos de Direito, vol. 12, nº 28, set-dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/1432/1021>. Acesso em 28 de novembro de 2022.

⁷⁸ COSTA, 2020. *Ibidem*.

pode ser entendido como um esforço de participação popular no exercício do poder – no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático”⁷⁹.

Malgrado defenda a autocomposição, o citado autor adverte:

Posto indiscutivelmente importante, a autocomposição não deve ser vista como uma forma de diminuição do número de causas que tramitam no judiciário ou como técnica de aceleração dos processos. São outros os valores subjacentes à política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos: o incentivo à participação do indivíduo na elaboração da norma jurídica que regulará o seu caso e o respeito a sua liberdade, concretizada no direito ao autorregramento.

É perigosa e ilícita a postura de alguns juízes que constroem as partes à realização de acordos judiciais. Não é recomendável, aliás, que o juiz da causa exerça as funções de mediador ou conciliador⁸⁰.

Não obstante os eventuais benefícios que os métodos alternativos de solução consensual possam trazer às partes e ao sistema judiciário, a crítica que se faz é quanto à obrigatoriedade da submissão à audiência de conciliação ou mediação, mesmo quando um dos polos da ação manifesta seu desinteresse na autocomposição.

Sob tal perspectiva, a obrigatoriedade a uma audiência que seja do desinteresse de uma das partes, além de prolongar de forma inoportuna o tempo da demanda, o que implicaria na inobservância do princípio da razoável duração do processo, conforme se verá adiante, poderá resultar desrespeito ao princípio do acesso à justiça. Isso porque, conforme aclara Watanabe *apud* Lenza⁸¹, a problemática do acesso à justiça não pode ser

⁷⁹ DIDIER JR., Fred. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Salvador: Juspodvim, 2016. P. 271.

⁸⁰ DIDIER JR, 2016. *Ibidem*.

⁸¹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 23 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

vista apenas sob a ótica do acesso aos órgãos jurisdicionais existentes, mas sim o de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

4.DO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E RELATIVIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS

O princípio da razoável duração do processo não é construção recente do direito processual civil brasileiro, em que pese só agora constar como fundamento expresso o código. No entanto, desde a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que alterou diversos dispositivos do Texto Constitucional, passou a constar no rol do art. 5º, o inciso LXXVIII, o qual assevera “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”⁸².

Consta da exposição de motivos do CPC de 2015, que durante a elaboração do código, “Levou-se em conta o princípio da razoável duração do processo. Afinal a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça”⁸³.

No mesmo viés, posiciona-se Theodoro Junior⁸⁴, ao preconizar que sem efetividade, no que concerne ao resultado processual cotejado com o direito material ofendido, não se pode pensar em processo justo. Segundo ele, não sendo rápida a resposta do juízo para a pacificação do litígio, a prestação jurisdicional não se apresenta efetiva, pois ainda que se reconheça o direito violado, o longo do tempo em que o titular permaneceu privado de seu bem jurídico, no aguardo do provimento judicial, sem razão plausível, somente pode ser visto como uma grande injustiça.

82 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Op. Cit.*

83 SENADO FEDERAL. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015. *Op. Cit.*

84 THEODORO JUNIOR, 2017. *Op. Cit.*

No que diz respeito a definição do que seria um prazo razoável do processo, não há na lei predeterminação de prazos e datas para a duração do trâmite processual, não ao menos de forma estanque, peremptória, pois tal determinação engessaria de tal modo o processo que sublevaria a ideia de se enxergar o processo não como um fim em si mesmo, mas como um meio procedimental de efetivação do direito discutido.

Tanto assim o é que o atual código previu inúmeras regras de flexibilização dos procedimentos, ofertando autonomia às partes poder de negociação referente não somente ao direito material, mas também com relação às regras procedimentais, como por exemplo, o disposto no artigo 190, que prevê a possibilidade de as partes realizarem ajustes no procedimento, adequando-o às especificidades da causa.

É justamente nesse enfoque que reside a crítica quanto à obrigatoriedade da realização da audiência de conciliação mesmo quando uma das partes manifeste expressamente sua discordância. Por essa razão, mostra-se pertinente compatibilizar a autocomposição com os princípios do processo constitucional democrático, buscando-se mais privilegiar o diálogo e a autonomia das partes, do que o apego ao formalismo procedimental.

Ademais, não se pode esquecer que cabe ao magistrado, enquanto seu poder-dever, o de velar pela razoável duração do processo, nos termos aduzidos pelo artigo 139, inciso II do CPC. Além disto, consta com uma das normas fundamentais do processo civil, que o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, deverá atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Sob tal perspectiva, o formalismo processual não pode constituir óbice ao princípio da razoável duração do processo, no sentido da obrigatoriedade de encaixar mais uma

fase procedimental, de maneira que, diante da análise do caso concreto, cabe ao julgador, conduzir o processo de forma justa e efetiva, caso entenda que a designação de audiência de conciliação ou mediação será inócua, de maneira que manter o agendamento desta audiência apenas protelará o trâmite processual, de sorte que poderá dispensar a sessão além das exceções previstas no código.

Nesse sentido, já decidiu a jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - declaratória de inexigibilidade de títulos - **insurgência contra decisão que deixou de designar audiência de conciliação - inconformismo injustificado tendo em vista que se o juízo a quo não vislumbrou possibilidade de acordo no caso concreto, não há como obrigá-lo a designar audiência - audiência facultativa** - ademais, a pandemia do COVID 19 recomenda prudência na designação de atos presenciais a fim de evitar exposição desnecessária das partes e profissionais envolvidos no processo - decisum mantido - agravo improvido (TJSP; Agravo de Instrumento 2194632-94.2020.8.26.0000; Relator (a): Jovino de Sylos; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 16ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/11/2020; Data de Registro: 14/11/2020)85. (grifos acrescentados ao texto original)

De modo semelhante, já decidiu o Tribunal de Justiça de Goiás:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PARTILHA DE BENS C/C PEDIDO LIMINAR DE SEQUESTRO E BLOQUEIO DE BENS. RECURSO SECUNDUM EVENTUM LITIS. **AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO, PREVISTA NO ARTIGO 334 DO CPC/15**. PRAZO DE 15 (QUINZE) DIAS, PARA OFERECER CONTESTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SER CONTADO DA REFERIDA

85 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento 2194632-94.2020.8.26.0000; Relator (a): Jovino de Sylos; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado. Julgamento: 14/11/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=057BA268448384AC315051E6AD330A41.cposg6?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=2194632-94.2020&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2194632-94.2020.8.26.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO#?cdDocumento=21>. Acesso em 30 de novembro de 2022.

AUDIÊNCIA NÃO DESIGNADA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. TERMO A QUO DA JUNTADA DO AVISO DE RECEBIMENTO, OU DO MANDADO DE CITAÇÃO. ARTIGOS 335, III E 231, AMBOS DO CPC/15. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. [...] 2 **A realização da audiência de tentativa de conciliação, embora recomendável, não é obrigatória, cabendo ao MM. Magistrado a análise da conveniência de sua realização, atendendo aos princípios da celeridade e economia processual, podendo dispensá-la, se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável a conciliação.** 3. **Outrossim, a ausência de realização de audiência de conciliação não leva à nulidade processual, pois é possível às partes a conciliação a qualquer momento e fase processual, devendo ser demonstrada a ocorrência de prejuízo aos litigantes, o que não restou comprovado, na hipótese.** [...] AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJGO - Agravo de Instrumento: 5522131-34.2019.8.09.0000, Relator: Des. Francisco Vildon J. Valente, Julgamento em 18/11/2019)86.

Pode-se indicar, a título exemplificativo, a situação em que a parte autora manifesta expressamente na petição inicial o desinteresse na audiência de conciliação, e embora o réu também não tenha interesse na negociação, inclusive comparece à audiência sem qualquer proposta de acordo, mas não peticiona requerendo o cancelamento da audiência pois pretende ganhar tempo e adiar a apresentação de contestação. Em casos tais, a parte ré desvirtua a utilização do instituto apenas para fim de favorecimento pessoal, o que, diga-se, não raras vezes, os recursos e procedimentos são utilizados pelas partes com o intuito meramente protelatório.

Imagine ainda a situação em que há diversos litisconsortes no polo passivo, e a parte autora, bem como todos os litisconsortes apresentem desinteresse na realização de

86 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS. Agravo de Instrumento nº 70077126258, Relator: Des. Francisco Vildon J. Valente Oitava Câmara, Julgamento: 18/11/2019. Disponível em: https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaProcessoPublica?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=110269964&hash=333062028054462431303793949068200147928&id_proc=undefined. Acesso em 02 de dezembro de 2022.

audiência de conciliação, mas apenas um deles deixou de se manifestar expressamente acerca de seu desinteresse. Ainda assim, todos serão obrigados a comparecer à mencionada audiência, já que o não comparecimento injustificado é sancionado com multa de até 2% da vantagem econômica pretendida ou sobre o valor da causa.

Nessa narrativa, é possível aferir que diante do caso concreto, o magistrado possa flexibilizar e suspender a audiência de conciliação quando verificar que inexistente possibilidade de negociação pacífica, notadamente em observância ao princípio da celeridade e economia processual, devendo a atividade jurisdicional ser prestada com vistas a produzir o máximo resultado com o mínimo esforço, garantindo-se a solução integral do mérito, em tempo justo e razoável.

Não obstante, o entendimento que prevalece na doutrina e na jurisprudência é o de que a audiência de conciliação é fase obrigatória no processo civil atual, conforme já asseverou o Superior Tribunal de Justiça em determinada oportunidade, o qual merece a leitura:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. **A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO É FASE OBRIGATÓRIA DO PROCESSO CIVIL ATUAL.** NOVA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA MULTIPORTAS. VALORIZAÇÃO DA COMPOSIÇÃO AMIGÁVEL. TAREFA A SER IMPLEMENTADA PELO JUIZ DO FEITO. [...] 1. A nova legislação processual civil instrumentaliza a denominada Justiça Multiportas, incentivando a solução consensual dos conflitos, especialmente por meio das modalidades de conciliação e mediação. O objetivo dessa auspiciosa inovação é hipervalorizar a concertação de interesses inter partes, em claro desfavor do vetusto incentivo ao demandismo. Mas isso somente se pode alcançar por meio da atuação inteligente dos juízes das causas, motivados pelos ideais da equidade, da razoabilidade, da economia e da justiça o caso concreto. 2. Em seus artigos iniciais, o Código de Processo Civil prescreve que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (art. 30, §2º, do CPC/2015), recomendando que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução

harmoniosa de conflitos sejam estimulados por Juízes, Advogados, Defensores Públicos e Membros do Ministério Público (art. 30, §3º o CPC/2015), inclusive no curso do processo judicial (art. 139, V do CPC/2015). Esses dispositivos do CPC pressupõe que os julgadores abram as mentes para metodologia contemporânea prestigiadora da visão instrumentalista do processo, levando-o, progressivamente a deixar de ser um objetivo em si mesmo. 3. **Reafirmando esse escopo, o CPC/2015, em seu art. 334, estabelece a obrigatoriedade da realização de audiência de conciliação ou de mediação após a citação do réu. Excepcionando a sua realização, tão somente, na hipótese de o direito controvertido não admitir autocomposição ou na hipótese de ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual** (art. 334, §4º do CPC/2015). [...] 5. Rememore-se, aqui, aquela conhecida – mas esquecida – recomendação do jurista alemão Rudolph von Iherin (1818-1892), no seu famoso livro O Espírito do Direito Romano, observando que o Direito só existe no processo de sua realização. Se não passa à realidade da vida social, o que existe apenas nas leis e sobre o papel não é mais do que o simulacro ou um fantasma do Direito, não é mais do que meras palavras. Isso quer dizer que, se o Juiz não assegurar a eficácia das concepções jurídicas que instituem garantias das partes, tudo a que o Direito serve e as promessas que formula resultarão inócuas e inúteis. 6. **No caso dos autos, o INSS manifestou desinteresse na realização da audiência, contudo, a parte autora manifestou o seu interesse, o que torna obrigatória a realização de audiência de conciliação, com a indispensável presença das partes.** Comporta frisar que o processo judicial não é mais concebido como um duelo, uma luta entre dois contendores ou um jogo de habilidades ou espertezas. Exatamente por isso, não se deixará sua efetividade ao sabor ou alvedrio de qualquer dos seus atores, porque a justiça que por meio dele se realiza acha-se sob a responsabilidade do Juiz e constitui, inclusive, o macro-objetivo do seu mister. [...] (STJ – Recurso Especial nº 1.769.949 – SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Julgamento em 08/09/2020). **(grifos acrescidos ao texto)**87

87 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. Recurso Especial nº 1.769.949 – SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Julgamento em 08/09/2020 Disponível em:

Extraí-se da aludida decisão que o STJ aplica à risca o CPC, ao sustentar que a dispensa da audiência só será possível quando o direito envolvido não admitir autocomposição ou se todas as partes do processo manifestarem expressamente o desinteresse na mencionada audiência, de modo que é dever do juiz assegurar a eficácia das concepções jurídicas, não podendo deliberar de modo diverso do previsto na legislação.

Vale mencionar que a processualística contemporânea valoriza o conteúdo em detrimento da forma, com consonância com o princípio da instrumentalidade das formas, de sorte que o processo é meio, e não fim, devendo ser útil ao direito material, desde que as partes não sofram prejuízos e que as regras fundamentais sejam preservadas⁸⁸.

Portanto, não se pode enxergar o processo de maneira estanque, principalmente no atual sistema processual que busca priorizar mais a concretização e efetividade do direito material do que as formas procedimentais em si, de modo que, o magistrado deve preocupar-se mais em conduzir o processo de maneira eficiente do que ater-se às regras processuais.

CONCLUSÃO

Diante do que foi ponderado no presente trabalho, é possível aferir que o CPC de 2015 baseou-se na premissa de ofertar às partes um processo justo, lastreado na simplificação dos procedimentos, aproximando as partes através de um processo cooperativo a fim de que o julgador possa decidir de forma mais justa à realidade da causa.

Ademais, apresentou-se que a base central do novo sistema processual foi privilegiar a solução consensual dos conflitos, incentivando a conciliação, a mediação e

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1101135800/inteiro-teor-1101135810>. Acesso em 01 de dezembro de 2022.

88 MONTENEGRO FILHO, 2018. *Op. Cit.*

outros métodos alternativos de solução pacífica antes ou durante o trâmite processual, a fim de desafogar o Poder Judiciário bem como desmistificar a cultura do litígio implantado no país.

Deveras, não se pode olvidar que os métodos negociais possuem inúmeros benefícios tanto às partes envolvidas, que podem adequar a solução da lide de acordo com as suas necessidades e condições, bem como ao sistema jurídico, que poderá dedicar os esforços e recursos às causas de maior complexidade em que não se admite a autocomposição.

Todavia, a utilização dos meios autocompositivos com o intuito tão somente de desafogar o poder judiciário desvirtua a natureza do próprio instituto da autocomposição na medida que impõe as partes à participação em uma audiência de conciliação que, as vezes, considerando o desgaste derivado da própria contenda, pode acentuar o litígio, e mais, pode forçar a parte a realizar um acordo prejudicial apenas para livrar-se da postergação do contato com a parte adversa.

Com base nisso, a obrigatoriedade da audiência de conciliação não pode ser utilizada somente como fundamento para resolver a crise no poder judiciário com o desafogamento das ações. A ideia é que se implante a cultura da pacificação sem que isso signifique uma imposição à realização da autocomposição.

De posse disso, defende-se a dispensa da realização da audiência de conciliação, além das exceções previstas no §4º, do artigo 334, quando o magistrado, analisando o caso concreto, concluir pela impossibilidade de autocomposição, tendo em vista que em casos tais, acrescer essa fase procedimental afrontaria o princípio da razoável duração do processo, da celeridade e da economia processual.

REFERÊNCIAS

Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. 268 p. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 18 de novembro de 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 de novembro de 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 25 de novembro de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Justiça em Números 2022*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em 27 de novembro de 2022.

DIDIER JR., Fred. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18 ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS – ENFAM. *Seminário – O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil, 2015. Enunciados*. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acessado em 28 de novembro de 2022.

GEVARTOSKY, Hanna. *Justiça multiportas à brasileira*. Revista Sistemas Judiciales. Edição n 22, 2018. P. 168-180. Disponível em: <https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2019/05/Sistemas22web.pdf>. Acesso em 29 de novembro de 2022.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 23 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MONTENEGRO FILHO, Mizael. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo Saraiva, 2018.

SENADO FEDERAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em 29 de novembro de 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. Recurso Especial nº 1.769.949 – SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Julgamento em 08/09/2020 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1101135800/inteiro-teor-1101135810>. Acesso em 01 de dezembro de 2022.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 58 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS. Agravo de Instrumento nº 70077126258, Relator: Des. Francisco Vildon J. Valente Oitava Câmara, Julgamento: 18/11/2019. Disponível em: https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaProcessoPublica?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=110269964&hash=333062028054462431303793949068200147928&id_proc=undefined. Acesso em 02 de dezembro de 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento 2194632-94.2020.8.26.0000; Relator (a): Jovino de Sylos; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado. Julgamento: 14/11/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=057BA268448384AC315051E6AD330A41.cposg6?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=2194632-94.2020&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2194632-94.2020.8.26.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO#?cdDocumento=21>. Acesso em 30 de novembro de 2022.

ATO INFRACIONAL E A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: UMA REFLEXÃO SOB A ÓTICA DO SISTEMA JURÍDICO

PEDRO HENRIQUE MERIGUI PACHECO:
graduando em Direito pela Universidade
Brasil⁸⁹.

ELOÍSA DA SILVA COSTA

(orientadora)

RESUMO: A Lei federal n. 8.069/1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, é o marco legal e regulatório dos direitos humanos de crianças e adolescentes no Brasil. Já a Lei n. 12.594/12 que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas ao adolescente que pratique ato infracional e também prevê ações pedagógicas para o atendimento socioeducativo. O SINASE regulamentou o sistema de responsabilização do adolescente já previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente. As chamadas Medidas Socioeducativas são relativas à desaprovação em relação ao ato infracional cometido, mas que possuem um caráter pedagógico, respeitando o nível de complexidade do ato e a realidade do próprio menor. Todavia, há uma discussão no ordenamento jurídico sobre o caráter punitivo análogo às penas privativas de liberdade sob a ótica da realidade dos adolescentes no Brasil. Portanto, o presente artigo objetiva analisar qual a natureza e as finalidades das Medidas Socioeducativas no trato dos adolescentes autores de ato infracional. Ademais, impera debater acerca de soluções que atenuem ou até ilidam o puro retribucionismo que se faça atualmente vigente nas medidas aplicáveis aos adolescentes. Trata-se de um estudo qualitativo e exploratório.

⁸⁹Contato: pedro_merigui@hotmail.com

Palavras-chave: Medidas Socioeducativas. Estatuto da Criança e do Adolescente. SINASE. Doutrina de Proteção Integral. Direito da Infância e Juventude.

ABSTRACT: Federal Law no. 8069/1990, known as the Child and Adolescent Statute, is the legal and regulatory framework for the human rights of children and adolescents in Brazil. Already Law no. 12,594/12, which establishes the National System of Socio-Educational Assistance, regulates the execution of socio-educational measures aimed at adolescents who commit an infraction and also provides for pedagogical actions for socio-educational assistance. SINASE regulated the system of accountability for adolescents already provided for in the Statute of Children and Adolescents. The so-called Socio-educational Measures are related to disapproval of the infraction committed, but which have a pedagogical character, respecting the level of complexity of the act and the reality of the minor himself. However, there is a discussion in the legal system about the punitive character similar to custodial sentences from the perspective of the reality of adolescents in Brazil. Therefore, this article aims to analyze the nature and purposes of Socio-educational Measures in the treatment of adolescents who have committed an infraction. Furthermore, it is imperative to debate about solutions that mitigate or even circumvent the pure retributionism that is currently in force in the measures applicable to adolescents. This is a qualitative and exploratory study.

Keywords: Educational measures. Child and Adolescent Statute. SINASE. Integral Protection Doctrine. Children and Youth Law.

1 INTRODUÇÃO

A aproximação ao tempo e ao tema da adolescência sugere desde logo um dado de realidade: jovens podem transgredir. Não raras vezes, a transgressão avança os limites da Lei Penal. Sabe-se que a referida aproximação temática também deixa visível desde logo que tais transgressões não são desconsideradas pela ordem jurídica. Pelo contrário, as

infrações à Lei Penal quando praticadas por adolescentes muitas vezes povoam o imaginário social não raro de forma negativa e discriminatória, a ponto de se realçar a problemática para muito além da sua real dimensão.

O contexto de violência envolvendo adolescentes em conflito com a lei retoma a discussão da sociedade e requer a reflexão e atenção especial quanto à responsabilização destes jovens. Assim, as normativas instituídas dão parâmetros para a atuação dos agentes na execução e desenvolvimento das medidas socioeducativas aplicadas a estes adolescentes (MOREIRA, 2010).

Sabe-se que ao incluir na Constituição a garantia dos direitos da infância e da adolescência, o constituinte brasileiro o fez tendo a opção clara pela Doutrina da Proteção Integral, doutrina esta que surgiu no cenário jurídico, inspirada nos movimentos internacionais de proteção à infância, materializados em tratados e convenções (MOREIRA, 2010).

O paradigma norteador de qualquer reflexão sociopolítica e jurídica acerca da criança e do adolescente não poderá deixar de ter, como princípio, a compreensão de que estes sujeitos de direitos encontram-se em fase de desenvolvimento e que assim devem ser tratados. Sempre com esse paradigma de respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, de garantia plena de acesso a direitos, de tratamento pautado pelo respeito à dignidade humana, deve-se compreender a execução e a aplicação das medidas socioeducativas (MOREIRA, 2010).

As medidas socioeducativas consistem nos instrumentos de resposta estatal aplicáveis aos adolescentes autores de atos infracionais atualmente vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. Tais medidas se fazem disciplinadas no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei do SINASE e vieram no sentido de atender ao

predisposto na Constituição Federal de 1988 e no Código Penal, que progrediram no sentido de prever uma política criminal que conferiu aos jovens infratores a condição de inimputabilidade (SILVA, 2015).

Com efeito, as medidas socioeducativas surgiram como propostas construídas em face da evolução no trato da infância e da juventude, que caminhou no sentido de considerar as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e a quem o Estado deve conferir prioridade absoluta nas políticas públicas e orçamentárias (SILVA, 2015).

As medidas socioeducativas estão expressas no Estatuto da Criança e do Adolescente. São medidas relativas à desaprovação em relação ao ato infracional cometido, mas que possui um caráter pedagógico (ECA, 2012).

Segundo Marcos Bandeira (2006):

Impõe-se, inicialmente, estabelecer, juridicamente, à luz dos preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90 – a distinção entre as expressões “criança” e “adolescente” para, didaticamente, identificar as pessoas que estão sujeitas às medidas socioeducativas e aquelas que não estão. É de se notar que o próprio ECA se encarregou de configurar, no âmbito de seus lindes estatutários, os “inimputáveis”, bem como estabeleceu a responsabilização juvenil infracional a partir dos doze anos completos, ao preconizar no seu Art. 2º o seguinte, in verbis: Art. 2º - Considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Ademais, as medidas socioeducativas vieram na esteira do avanço jurídico que vêm sendo perpetrado no sentido de compreender as decorrências deletérias do trato penal para o ser humano, principalmente diante da política de encarceramento que ainda que permanece em voga e da ausência de políticas públicas e da garantia de direitos, sendo um tema de relevância social e de recorrente discussão.

Destarte, impende analisar no presente artigo qual a natureza e quais as finalidades das medidas socioeducativas no trato dos adolescentes autores de ato infracional. Ademais, impera debater acerca de soluções que atenuem ou até ilidam o puro retribucionismo que se faça atualmente vigente nas medidas aplicáveis aos adolescentes.

Além disso, objetivou expor os fatores que contribuem ou não para a eficácia social da medida socioeducativa aplicada, além de delinear os aspectos legais da aplicação de sanção ao adolescente infrator no Direito brasileiro e registrar os parâmetros de eficácia social no contexto sociojurídico.

Este trabalho científico é considerado um estudo qualitativo e exploratório. Para a operacionalização deste estudo fora empregado o método de Revisão Bibliográfica Narrativa, utilizando fontes como artigos científicos, livros, dissertações e teses.

2 A CATEGORIA SOCIAL DO MENOR

2.1 Percurso Histórico e a Doutrina de Proteção Integral

É necessário ressaltar que todo o processo de construção da política pública para atendimento ao adolescente em conflito com a lei faz parte de um processo mais amplo e complexo, de nível mundial, denominado de Sistema Internacional de Direitos Humanos. (SILVA, 2017).

Cabe lembrar que o percurso histórico começou com o término da II Guerra Mundial, onde passou a se desenvolver diversos mecanismos de proteção à vida, manutenção e criação da cultura de paz, e também, na construção de um sistema internacional de direitos humanos, em contraposição ao vivido no período da guerra (SILVA, 2017).

Dessa forma, com a Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1959 e com a Declaração dos Direitos da Criança fundamentada "nos princípios da

igualdade, proteção, identidade, atenção à deficiência, educação e lazer, preferência em situação de risco e não exploração da infância”, estabelecem-se os parâmetros pelos quais os países participantes devem adequar suas legislações e políticas no sentido de garantir a proteção aos direitos de crianças e adolescentes (SILVA, 2017, p. 3).

Cabe também mencionar a importância da criação do Fundo das Nações Unidas pela Infância (UNICEF) em 1946, a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos em 1969 e a Convenção sobre os Direitos da Criança em 1989 para a construção das políticas de atenção à criança e ao adolescente (SILVA, 2017).

No entanto, para Silva (2017), a criança e o adolescente, antigamente denominados de “menores” carregam uma representação social durante a história do Brasil, marcada pela exclusão social, considerados seres não contemplados por direitos, onde havia uma concepção por parte da sociedade quem deles poderia viver ou não nela.

Ainda para o autor citado acima, as políticas públicas nessa área sempre tiveram forte associação com o Sistema de Justiça e de Segurança Pública. Na perspectiva e com um olhar de um problema a ser resolvido no âmbito do sistema repressivo, a contenção e punição eram a finalidade e a solução. Tais associações e fatos vêm desde os tempos coloniais e insistem em persistir nos dias de hoje.

Ressalta-se ainda que dentro desta política de repressão e exclusão, índios, negros, crianças abandonadas foram os primeiros “lôcus de nossa formação estigmatizante, em sucessivas atualizações a demonstrar que os preconceitos de raça, etnia e geracionais são características presentes em nossa constituição como sociedade” (SILVA, 2017, p. 1).

A exemplo, no período da ditadura militar brasileira, as ações voltadas para a criança e o adolescente tinham como referência a Doutrina da Segurança Nacional, executada com o nome de Política Nacional do Bem Estar do Menor, que teve o seu foco no

encarceramento de inúmeras crianças e adolescentes, tendo como justificativa principal a pobreza (SILVA, 2017).

Neste aspecto, como o próprio autor citado acima aponta, a dimensão e o simbolismo construído em cima da figura do Juiz de Menor, como aquele centralizador de todas as ações possíveis em relação ao atendimento das necessidades dos menores, daquele tempo perdura até hoje. Ou seja, atualmente no Sistema Brasileiro de Justiça há práticas judiciais antagonistas, onde observa-se claramente a distância entre as práticas institucionais no campo jurídico e os avanços conquistados na legislação, sempre desfavorável aos interesses das crianças e adolescentes.

Silva (2017) também destaca que neste curto período de vida democrática no Brasil, somente a partir destes instrumentos criados recentemente é que se tem procurado o reordenamento do atendimento socioeducativo, entretanto, ainda profundamente pautado por uma concepção restritiva de direitos e carcerária.

Atualmente, um dos temas que mais mobiliza a sociedade é a discussão sobre a redução da maioridade penal para que o adolescente responda criminalmente pelos atos violentos nos quais se envolva. Todavia, a questão pouco esclarecida, é que no Brasil, adolescentes a partir dos 12 anos de idade são responsabilizados pelos atos infracionais e delitos que praticam, podendo cumprir qualquer uma das medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusive, a internação (SILVA, 2017).

Ainda para Silva (2017), atualmente há a concepção de que os adolescentes, antes chamados de pivetes, menores abandonados e outras palavras carregadas de significados segregacionistas, são os principais agentes que promovem a violência no cenário brasileiro. Dessa forma, nota-se que a figura do adolescente perigoso e violento é uma concepção

ainda presente no imaginário da sociedade, quando na verdade, são as maiores vítimas desse sistema.

A conotação da periculosidade associada à pobreza é uma construção social que acompanha a trajetória brasileira e reflete as concepções de infância e adolescência socialmente construídas:

...pensar sobre a criança e o adolescente como categorias socialmente concebidas, considerando não apenas as características distintas ditas "naturais", próprias a um período de vida, o que impediria a compreensão dos lugares sociais ocupados pela criança e adolescente. É preciso ultrapassar o critério de idade e examinar a inserção da criança e do adolescente na vida social, nos momentos vários da história brasileira (PINHEIRO, 2006, p. 37).

De acordo com Marcilio (2006), as políticas públicas referem-se a esta concepção, no qual todas as crianças e adolescentes devem ser vistos como aqueles que não têm idade para serem adultos, não têm a maturidade como os adultos ou não possuem capacidade adequada para a integração social.

Marcilio (2006), ainda cita que durante a história brasileira, os adultos estabeleceram uma forma de convivência com a criança e o adolescente baseada em subordinação, onde os castigos físicos eram incorporados na rotina dos filhos que eram considerados como suas posses. Tal fato perpassa a vida social, onde o adulto é quem pode decidir e corrigir através de castigos físicos, comportamentos inadequados socialmente. Afinal, segundo o pensamento social, a criança não tem idade ou não é madura o suficiente, necessitando ser subordinamente adequada aos referenciais da forma adulta.

Neste mesmo sentido, ocorreu com relação à população indígena e negra no país. Seus valores e culturas foram alvos de extermínio. Afinal, a relação senhor/escravo era hierárquica, baseado no modelo de subalternização e dominação/submissão (MARCILIO, 2006).

Segundo Pinheiro (2006), mesmo com as transformações do século XIX – a Independência do Brasil, a Abolição da Escravatura e a Proclamação da República – não eliminaram o estigma em torno dos índios e negros, formadores das classes empobrecidas devido à exclusão.

Portanto:

O processo de urbanização que se inicia desde então, vai tornando essas populações continuamente excluídas do processo de modernização capitalista que o país vai atravessando, tornando-os pertencentes àqueles segmentos “descartáveis”, vidas subalternizadas e que não necessariamente deveriam ser absorvidas no processo de desenvolvimento econômico-social proposto (SILVA, 2017, p. 14).

Dessa forma, segundo a lógica social, a ideia de perigo é associada aos pobres e aos filhos destes. Com a precarização da qualidade de vida dos negros e índios que permaneceu mesmo após o fim da escravidão, esta população empobrecida e abandonada acabou sendo estigmatizada como um perigo para a sociedade. Logo, a criança advinda desta situação era automaticamente considerada como uma ameaça (SILVA, 2017).

Para Pinheiro (2006), a infância e adolescência ao longo da história e do pensamento social brasileiro tiveram quatro principais representações sociais. A primeira é a Criança e Adolescente como Objeto de Proteção Social, onde a preocupação central é a sobrevivência, baseado na prática do combate ao abandono social, ações de saúde e alimentação. Tais ações foram executadas, principalmente, através de igrejas e entidades filantrópicas.

Já a segunda concepção é a Criança e o Adolescente como Objetos de Controle e Disciplinamento Social, onde o foco é a criança servir para fins de Estado. Esse movimento

se dá com a ação da política higienista marcada pelo fim da escravatura e começo da república.

A terceira concepção é a Criança e o Adolescente como Objetos de Repressão Social. Este momento se dá com o processo de urbanização, onde as desigualdades tornam-se gritantes. As crianças e adolescentes excluídas pela sociedade passam a se tornar, segundo o imaginário social, ameaças para a sociedade (PINHEIRO, 2006).

Nesta terceira concepção, é estabelecido o Primeiro Código de Menores que visava os delinquentes e abandonados. O Estado intervinha sobrepondo-se à família para garantir a higiene e a raça. Com tal Código, os abandonados e/ou bastardos poderiam ser recolhidos para uma instituição com fins carcerários. Nesta fase, as crianças ou adolescentes que eram encontrados habitualmente vagando pelas ruas podiam sofrer a intervenção do Juizado de Menores sendo abrigados em instituições (PINHEIRO, 2006).

Com a criação do Código de Menores, iniciou-se um processo de institucionalização de crianças e adolescentes pobres. Ainda hoje, o país carrega as marcas desse momento histórico. O termo "menor" tem um significado discriminatório, destinado àqueles que de famílias pobres e que sentem "a mão forte do Estado na sua missão segregacionista daqueles que são considerados ameaças ao bom convívio social" (SILVA, 2017, p. 16).

Por fim, a quarta representação social aponta a Criança e o Adolescente como Sujeitos de Direitos, decorrente do intenso movimento social de democracia política vivenciado pela sociedade a partir do final dos anos 70 em diante (PINHEIRO, 2006).

Apesar de toda a problemática citada acima, o Brasil passou a ser obrigado a reestruturar-se nos aspectos legislativos, administrativo, judiciário e nas políticas de atendimento, para que se implatasse de forma eficaz a Proteção Integral para crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e em condição particular de desenvolvimento. Ressalta-se que tais determinações fazem parte do rol de atribuições da Convenção

Internacional dos Direitos da Criança, onde o Brasil atuou como país signatário de tal Convenção (SILVA, 2017).

Além disso, um conjunto de ações de iniciativas comunitárias foram sendo implementadas pelo país. Tal movimento originou o Fórum Nacional em Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente. (SILVA, 2017).

A Emenda Constitucional que originou os artigos 227 e 228 da Constituição também foi fundamental e mobilizou a participação da sociedade e de movimentos sociais diretamente ligados à questão da criança e adolescente brasileiros.

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, violência, crueldade e opressão...

Art. 228 – São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. (BRASIL, Constituição Federal).

Ainda para Silva (2017), todos os princípios citados acima foram incorporados pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em 1990 no Brasil. Assim, o país é colocado como responsável pela adequação de sua legislação aos tratados internacionais sobre os direitos humanos de crianças e adolescentes.

2.2 Estatuto da Criança e do Adolescente

A Lei federal n. 8.069/1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), é o marco legal e regulatório dos direitos humanos de crianças e adolescentes no Brasil. Foi criada em 13 de julho de 1990, foi resultado de um amplo debate democrático, capitaneado por movimentos sociais, organizações, articulações e atores da sociedade civil

e instituições voltadas para a conscientização e o respeito pela criança e pelo adolescente como sujeitos de direitos (TJSC, 2021).

O Estatuto instaurou a proteção integral, por meio dos seus 267 artigos, e uma carta de direitos fundamentais para a infância e a juventude. O documento considera criança a pessoa até 12 anos de idade incompletos e adolescente aquele entre 12 e 18 anos de idade (TJSC, 2021).

Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2012) é uma lei que trata da proteção integral às crianças e adolescentes, garantindo todos os direitos de pessoa em desenvolvimento, livre de qualquer discriminação.

O Estatuto trouxe uma mudança de paradigma, pois foi a primeira legislação com a doutrina da proteção integral na América Latina a se inspirar na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1979 e na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovados pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1989 (TJSC, 2021).

Ressalta-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente é regulador dos art. 227 e 228 da Constituição Federal de 1988, com finalidade de proteger os direitos humanos de crianças e adolescentes. A interpretação do Estatuto está relacionada ao atendimento dos direitos, ou seja, o Estatuto tem por finalidade garantir os direitos humanos das crianças e dos adolescentes (SILVA, 2017).

A Lei preconiza a doutrina da proteção integral às crianças e aos adolescentes e estabelece que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos seus 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 (TJSC, 2021).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2012) prevê que:

Art. 18 - A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas (grifo nosso) ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.

Entre tantas questões importantes trazidas pelo Estatuto, além de considerar a criança e o adolescente como sujeito de direitos, surgiram importantes instituições: o Conselho Tutelar, encarregado de trabalhar e zelar pela defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, e os Conselhos de Direitos da Criança, ambos nos âmbitos nacional, estadual e municipal, tendo como atribuições a formulação das políticas nacional, estadual e municipal para crianças e adolescentes, respectivamente (TJSC, 2021).

Castro & Macedo (2019) citam que o ECA apresenta um processo pautado por luta e significado, fruto de um embate da sociedade brasileira sobre o entendimento da infância e da adolescência. Passando, em um primeiro momento de um viés social e político, onde o Estado assumia ações de intervenção voltadas para a repressão e a contensão de crianças pobres, para uma percepção social e construtivista da infância e da adolescência pautada pela Constituição Federal de 1988. Ou seja, crianças e adolescentes são igualados como sujeitos de direitos ainda que as desigualdades econômicas e sociais persistam. Não se trata mais de punição, mas sim, de justiça e reparação, do reconhecimento do direito da infância e da adolescência em sua plenitude.

Dessa forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente permanece sendo avaliado como um dos melhores do mundo. É uma das leis mais evoluídas sobre proteção da criança e do adolescente. Sua importância dá-se pelo reconhecimento de que crianças e adolescentes são sujeitos de direito, que vivem em período de intenso desenvolvimento

psicológico, físico, moral e social, dignos de receber, com prioridade absoluta, proteção integral (TJSC, 2021).

3 O SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO

3.1 SINASE

A garantia dos direitos dos adolescentes em atendimento socioeducativo prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente foi regulamentada pela Resolução do Conanda 119/2006 (SILVA, 2017).

Artigo 2º - O SINASE constitui-se de uma política pública destinada à inclusão do adolescente em conflito com a lei que se correlaciona e demanda iniciativas dos diferentes campos das políticas públicas e sociais. (CONANDA, Resolução 119/2006).

A Lei 12.594/12 que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (BRASIL, 2012) regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional e também prevê ações pedagógicas para o atendimento socioeducativo. De acordo com o TJSC (2021): “A Lei do Sinase foi de importância ímpar na garantia dos direitos dos adolescentes em conflito com a lei”.

Neste aspecto, ressalta-se a relevância da instituição do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo pela recente Lei nº 12.594/12 (Lei do SINASE), que, entre outras questões, regulamentou o sistema de responsabilização do adolescente previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente. O SINASE é o conjunto ordenado de princípios, regras e critérios, de caráter jurídico, político, pedagógico, financeiro e administrativo, que envolve desde o processo de apuração de ato infracional até a execução de medida socioeducativa. Esse sistema nacional inclui os sistemas estaduais, distrital e municipais, bem como todas as políticas, planos e programas específicos de atenção ao adolescente em conflito com a lei (SPOSATO; COSTA, 2014).

Através desta Lei, foi realizado um processo de discussão nacional contínuo, onde há a busca de superação dos problemas ainda instalados do atendimento das medidas socioeducativas do SINASE, sobretudo, envolvendo poderes e instâncias distintas, tendo como base a ação articulada que é indispensável para execução de todo atendimento socioeducativo (BRASIL, 2012).

Este Sistema dispõe que os “Planos de Atendimento Socioeducativo deverão, obrigatoriamente, prever ações articuladas nas áreas de educação, saúde, assistência social, cultura, capacitação para o trabalho e esporte, para os adolescentes atendidos” (art. 8º da Lei do SINASE), reafirmando a garantia do acesso aos direitos sociais constitucionalizados e, por outro lado, determinando a necessidade da atuação das variadas esferas das políticas públicas e sociais.

A Lei Federal 12.594/2012 ainda unificou os procedimentos de aplicação e monitoramento das medidas socioeducativas pelo Sistema de Justiça, bem como atribuiu um novo papel de acompanhamento do cumprimento destas, mediante homologação e análise de relatórios do Plano de Atendimento Individual.

Além disso, Sposato (2013) coloca que a regulamentação do SINASE está vinculada à compreensão da natureza jurídica e a finalidade das medidas socioeducativas que, apesar de ter como fim responsabilizar o adolescente pela prática do ato infracional, possui um conteúdo sócio pedagógico evidente que guarda consonância com o exercício dos direitos sociais.

A Lei cuida em dispor sobre vários aspectos atinentes à regulamentação da execução da medida socioeducativa. Neste prisma, ela dispõe sobre normas gerais conceituando alguns institutos, especifica orientações principiológicas, traça o objetivo do

sistema, define os programas, as unidades e as entidades de atendimento, bem como a forma de coordenação e implementação do SINASE (BRASIL, 2012).

Essa legislação regulamenta os deveres concernentes a todos os programas de atendimento – meio aberto e de privação de liberdade – com as especificações dos respectivos regimes, além dos critérios adstritos a inscrição nos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente. Por expressa determinação deverá haver avaliação da gestão do atendimento socioeducativo através de órgãos específicos da União, inclusive, prevendo-se, em caso de desrespeito as diretrizes da Lei, a possibilidade de responsabilização dos profissionais envolvidos com o Sistema de Atendimento ao adolescente em conflito com a lei. A legislação também trouxe em seu conteúdo a proveniência dos recursos para financiar o Sistema (BRASIL, 2012).

Em verdade, o SINASE busca detalhadamente orientar a execução das medidas socioeducativas, estabelecendo diretrizes a serem cumpridas nas unidades executoras dessas medidas, ressaltando, sobretudo, o seu caráter excepcional e de brevidade que impliquem na privação de liberdade, reforçando o caráter pedagógico e definindo as formas de gestão do sistema socioeducativo, bem como todos os princípios e parâmetros (BRASIL, 2012).

Refletir sobre as diretrizes que envolvem a Lei do SINASE, a importância dos direitos sociais dos adolescentes institucionalizados, bem como sobre a implementação de políticas públicas voltadas para a efetivação de tais direitos são questões fundamentais para compreender a importância da medida socioeducativa, (GUARÁ, 2012).

3.2 Ato Infracional e a Aplicação das Medidas Socioeducativas

Sabe-se que as medidas socioeducativas estão expressas no Estatuto da Criança e do Adolescente. São medidas relativas à desaprovação em relação ao ato infracional cometido, mas que possui um caráter pedagógico (ECA, 2012).

Com a urbanização do país e o largo processo de industrialização, as condições de vida da população ficaram ainda piores, sobretudo, com a falta de (efetivas) políticas públicas. Dessa forma, a camada mais pobre da população, formada, sobretudo, de descendentes indígenas e negros, continuou à margem da sociedade.

Silva (2017) coloca que o atendimento ao adolescente autor de ato infracional é intrínseco à questão do abandono da infância e adolescência no Brasil. Um processo histórico que aponta um processo de segregação: de um lado constituído por crianças economicamente e socialmente favorecidas, na qual havia todas as possibilidades para seu desenvolvimento pleno e, por outro lado, os menores que ao rigor da legislação não protegia e que a sociedade discriminava, ganhando simbolicamente o status de perigosos, causadores e perpetradores da violência.

É de fundamental importância ressaltar que as Medidas Socioeducativas estão previstas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, porém, apesar de configurarem resposta à prática de um delito, possuem um foco predominantemente educativo e não de caráter punitivo.

O Estatuto deixa claro que as medidas socioeducativas são aplicadas aos adolescentes de 12 a 18 anos, para as crianças (menores de 12 anos) serão aplicadas as medidas protetivas. Os adolescentes que forem apreendidos terão seus direitos preservados. A autoridade competente pela apreensão precisa da prova de materialidade de que realmente o menor praticou o ato infracional. O juiz da vara da infância e juventude deve ser notificado assim como o ministério Público e o responsável pelo adolescente. O tratamento com o adolescente deve ser norteado pelo princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (ECA, 2012).

Fernandes (2002) observa que as medidas adotadas devem ser adequadas ao estágio do processo de formação em que o indivíduo se encontra, para que o desenvolvimento de sua educação básica não fique prejudicado, causando efeitos negativos que interferem no processo de formação desses sujeitos.

Entre as Medidas Socioeducativas atualmente existentes há a Advertência; a Obrigação de Reparar o Dano; Prestação de Serviço à Comunidade; Liberdade Assistida; Semiliberdade e a Internação.

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (2012) é considerado ato infracional toda conduta descrita como contravenção penal ou crime e todos aqueles menores de dezoito anos são inimputáveis, porém, estão sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

O ECA (2012) ainda cita quais as Medidas Socioeducativas existentes:

Art. 112. Verificada a prática do ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I. Advertência;
- II. Obrigação de reparar o dano;
- III. Prestação de Serviço à Comunidade;
- IV. Liberdade Assistida;
- V. Inserção em regime de Semiliberdade;
- VI. Internação em qualquer estabelecimento educacional;
- VII. Qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

A advertência nada mais é do que a recriminação verbal, que será reduzida a termo e assinada. Já sobre a obrigação em reparar o dano significa que em casos de atos

infracionais com prejuízos patrimoniais, a autoridade poderá determinar que o adolescente restitua, promova o ressarcimento ou compense o prejuízo da vítima (ECA, 2012).

Sobre a Prestação de Serviço à Comunidade (PSC), consiste na realização de tarefas voluntárias de interesse geral, que não ultrapasse período de seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, programas governamentais ou comunitários. Tais tarefas devem ser atribuídas conforme aptidão do adolescente, com jornada máxima de oito horas semanais, de modo a não prejudicar à escola ou o trabalho.

Em relação à Liberdade Assistida, a mesma será adotada “sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente” (ECA, 2012, art. 118, p. 89). A Liberdade Assistida tem como função promover socialmente o adolescente e sua família, oferecendo inserção em programas de auxílio e assistência social; supervisionar o aproveitamento e a frequência escolar do adolescente; auxiliar na inserção no mercado de trabalho e, posteriormente, apresentação de relatório sobre o caso.

Sobre o regime de Semiliberdade, pode ser considerado como forma de transição para o meio aberto, possibilitando a realização de atividades externas. Já a Internação constitui, segundo o ECA (2012), como medida privativa de liberdade, entretanto, sujeita aos princípios de “brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” (ECA, 2012, art. 121, p. 90).

A medida socioeducativa de internação é a mais gravosa das medidas socioeducativas e, segundo Volpi (2014, p. 25), “a reclusão de um jovem em um estabelecimento deve ser feita apenas em último caso e pelo espaço de tempo necessário, devendo ser aplicada pela excepcionalidade”.

De acordo com a Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente, vinculada ao Ministério da Justiça e Cidadania, no período correspondente

entre 1996 a 2006, este último ano da criação do SINASE, triplicou o número de adolescentes cumprindo medidas de internação, passando de 4.245 para 14.074, apesar da orientação contrário do ECA que estabelece a medida de internação como excepcional.

Embora os dados apontem o contrário, as ações pedagógicas devem sobrepor o caráter sancionatório, mesmo que as Medidas Socioeducativas possuam questões jurídicas, ou seja, previsão legal, determinadas por uma autoridade judicial, ouvido o Ministério Público, com direito a ampla defesa.

Nesse sentido, respeitando-se dentre outros princípios gerais do direito, o do devido processo legal, é cabível a aplicação de sanções a adolescentes menores de 18 anos de idade que pratiquem crime ou contravenção penal, no caso, denominados de ato infracional, desde que esta aplicação decorra da apreciação judicial e de competência exclusiva do Juiz (Súmula 108 do STJ), lembrando sempre que tais medidas não possuem natureza de pena, mas de medida socioeducativa (COSTA, 2000).

A Medida Socioeducativa conota aspectos coercitivos e educativos (Volpi, 1999). O ECA (BRASIL, 2012) confirma esses aspectos ao mencionar que a Medida Socioeducativa tem aspectos jurídico sancionatório e a dimensão ético pedagógico. Podemos então definir que ela possui um caráter de "punição", e, ao mesmo tempo, um caráter educativo, ao oferecer condições para que esse adolescente possa refletir sobre seus atos e tenha condições de retornar ao convívio social e comunitário.

4 DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Conforme visto no capítulo anterior, quando um menor pratica um ato delituoso, o mesmo não responde penalmente, todavia deverá cumprir medidas socioeducativas, que o compromete a responder pelo ato praticado, porém sempre com intuito educativo e

ressocializador, respeitando o nível de complexidade do ato e a realidade do próprio menor (COSTA, 2000).

O Código Penal brasileiro, antes mesmo do Estatuto, já trazia o entendimento de serem os menores plenamente inimputáveis e ficando a Legislação especial com a responsabilidade de normatizar o assunto. Em seu art. 27, o Código Penal estabelece que “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.” (BRASIL, 2016).

Adultos não incorrem em ato infracional, assim como menores não incorrem em crime, sendo que essa concepção deve ser sempre considerada ao analisar a situação de um menor frente ao cometimento de ato ilícito. “Para o ECA somente os adolescentes são autores de atos infracionais, ou seja, ao maior de 12 e menor de 18 anos, idade onde termina a inimputabilidade” (D’ANDREA, 2005, p. 85-86).

Sendo assim, como aponta Silva (2015), impera ressaltar o entendimento de que é imprescindível o preenchimento de todos os requisitos que são exigidos em lei penal para a responsabilização do adulto para que assim se proceda com os adolescentes, mitigando-se o elemento da culpabilidade. Nesse sentido, deve ser comprovado o nexo de causalidade entre a ação ou omissão praticada pelo adolescente e o resultado reprovável obtido para se tornar cabível a aplicação de qualquer medida socioeducativa.

Das medidas socioeducativas previstas em lei, a medida de internação é considerada a mais grave, devendo ser aplicada somente em caso de excepcionalidade, quando não há nenhuma outra mais apropriada ao caso em questão (silva, 2015). O art. 100 caput, do ECA dispõe expressamente sobre a temática, ao prever que: “Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários” (CONDECA, 2012).

Todavia, a grande discussão jurídica que rodeia as Medidas Socioeducativas é que se elas, dentro do ordenamento jurídico, teriam unicamente um caráter pedagógico, um caráter penalógico ou ambos, possuindo em si as duas faces. Ainda, essa discussão ganha um peso maior quando se discute a internação, pois as semelhanças e diferenças com a pena privativa de liberdade podem ser muito tênues quando observadas na prática (SILVA, 2015).

Silva (2015) aponta que no campo doutrinário pairam diferentes posicionamentos a respeito da natureza jurídica das medidas socioeducativas, o que vem a demonstrar a ausência de uma maior clareza no ordenamento jurídico pátrio acerca da configuração de tais medidas, em que pese as mencionadas normas que as disciplinam.

Na linha de que vige o caráter punitivo nas medidas socioeducativas, menciona-se o entendimento de Sposato (2006) segundo o qual tais medidas em nada diferem das penas, tendo, portanto, natureza penal; e, ademais, que representam o exercício do poder coercitivo do Estado, que realiza pelas medidas uma limitação ou restrição ao gozo dos direitos de liberdade.

Por outro lado, salienta-se a compreensão de Martins (2004) no sentido de que a ordem jurídica atual positivou uma política funcional que visa a proteção integral da criança e do adolescente, baseando-se, para tanto, em instrumentos não mais repressivos, mas pedagógicos, respeitando a condição peculiar de desenvolvimento dos sujeitos de direitos.

Liberati (2006, p. 66) também diz que “malgrado a imputabilidade dos menores de dezoito anos, não lhes cabendo ausência de responsabilização pela sua conduta”. Assim, compreende pela existência de um sistema de responsabilização que, contudo, não se enquadra na esfera penal.

Ainda assim, Zaffaroni *et al.* (2003) concebe um punitivismo existente nas respostas institucionalizadas conferidas aos jovens infratores, o qual se faz ocultado, ao ser apresentada uma função manifesta não-punitiva de socioeducação:

Mas fora dessas situações claras e extremadas, a maior parte do poder estatal tem funções manifestas não punitivas e latentes que são ou podem ser punitivas. Nesse enorme espaço observam-se:[...] situações em que a função latente punitiva é quase invariável e clara institucionalização de crianças e adolescentes infratores sob função manifesta de tutela). (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p. 88).

Portanto, em virtude de toda a discussão em torno do ordenamento jurídico das Medidas Socioeducativas, observa-se que a legislação vigente progrediu historicamente no trato das crianças e adolescentes, todavia, essa concepção não conseguiu alcançar níveis reais, práticos e normativos, fazendo com que a sociedade ainda clame por uma punição em detrimento da socioeducação. E o mais alarmante, punição esta já presente, por exemplo, nas Medidas Socioeducativas de internação. Essa deturpação jurídica faz com que se afaste o gozo das garantias constitucionais (SILVA, 2015).

5 O ADOLESCENTE INFRATOR E A REALIDADE BRASILEIRA

Os adolescentes autores de atos infracionais são, em sua imensa maioria, oriundos de famílias pobres, em situação de vulnerabilidade, sem acesso às políticas públicas e com poucas oportunidades. A violência doméstica, a baixa escolaridade, a ausência da figura de referência e, ainda, o histórico familiar, contribuem para o cometimento de infrações. O fator econômico, que é o grande causador das diferenças sociais, contribui para o envolvimento de pessoas com o ilícito. Entretanto, não se pode afirmar que pobreza e criminalização estejam intimamente relacionadas e muito menos podemos afirmar que pobreza é sinônimo de criminalidade. No entanto, a mídia, que é um veículo que influencia

e forma opiniões, parece “dar ênfase” ao envolvimento de adolescentes no meio delitivo, principalmente os adolescentes pobres (VOLPI, 2014).

Padovani e Ristum (2013), dizem que:

De um modo geral, tanto o cometimento de atos infracionais como a reincidência e a violência impressa nesses atos têm sido discutidos pela sociedade e, principalmente, pela mídia, ambos envoltos em preconceitos que não apenas distorcem a realidade, mas também alimentam a indiferença, a estigmatização e o estreitamento das análises acerca do tema (p. 971).

Dados extraídos do Diário Oficial do Estado de São Paulo revelam que, no último semestre de 2016, 41.877 prisões de pessoas adultas, e que, no mesmo período, foram realizadas 6.061 prisões de adolescentes pela mesma modalidade (lei 9155/95 e resolução 161/01), ou seja, de um universo de 47.938 pessoas presas no Estado, 12,64% refere-se a adolescentes.

Levantamento realizado em 2014 pela Secretaria Especial de Direitos Humanos (SDH, 2014) demonstrou existir uma população de 24.042.852 adolescentes com idade de 12 a 18 anos. Nesse mesmo período, havia 67.336 adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa (MSE) em prestação de serviços a comunidade (PSC) e em liberdade assistida (LA), ao passo que 24.628 estavam cumprindo MSE em privação de liberdade, porém 16.902 em regime de internação em meio fechado. Desses adolescentes privados de liberdade, apenas 3.612 adolescentes cometeram infrações contra a vida. Pelos dados apresentados, é possível perceber que o envolvimento de adolescentes nos crimes contra a vida é menor do que é divulgado pela mídia.

Os atos infracionais com maior incidência são os de roubo e de tráfico de drogas, conforme demonstrado em relatório elaborado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos (SNPDCS, 2014).

Os dados podem sugerir que o cometimento de atos infracionais pode estar vinculado ao consumo. Volpi (2014) fala do desejo dos adolescentes em possuir bens materiais, tais como, celulares, tênis, roupas, relógios de marca, correntes e acessórios da moda, e do ato infracional como a maneira que eles encontraram em adquirir tais produtos e se sentirem visíveis e/ou reconhecidos no meio em vivem.

O perfil do adolescente em conflito com a lei está atrelado à vulnerabilidade, à violência doméstica e social, ao abandono, ao fracasso e exclusão escolar e ao consumo de bens e de drogas. Porém, a sociedade, baseada no senso comum, estigmatiza e rotula esses adolescentes como bandidos, delinquentes, pivetes e marginais. Esquece-se que, apesar dos atos cometidos, são adolescentes, pessoas em desenvolvimento e que devem ter seus direitos garantidos, conforme preconiza a legislação (VOLPI, 1999).

Costa (2000) pontua que a medida socioeducativa não pode ser considerada e executada apenas em seu aspecto punitivo/retributivo, sob o risco de perder seu caráter socioeducativo. Deve essa medida, sobretudo, estar alicerçada na interdisciplinaridade, no atendimento multiprofissional, que garantirá intervenções de ordem pedagógica, social, comunitária. Com isso, mais do que punir o jovem, a intenção é alterar sua conduta e levá-lo a compreender que deve mudar sua conduta para o futuro. Dessa maneira, os projetos sociais pedagógicos devem estar edificadas nessas diretrizes.

No entanto, Costa (2000), observa as dificuldades com relação a esta demanda, principalmente, no que condiz a respeito da omissão do Estado. Logo, faz-se necessário que o Estado ocupe o seu espaço e crie políticas públicas, para evitar o envolvimento e a reincidência do adolescente com a criminalidade e os atos infracionais. Assim:

Esta é uma responsabilidade da federação, envolvendo a União, estados e municípios, porém, destaca-se que os municípios têm nas mãos uma grande responsabilidade: a de articular as forças políticas,

sociais e comunitárias em âmbito local, de forma preventiva e através da intervenção direta quando da prática de atos infracionais, por meio das medidas socioeducativas em meio aberto e com maior afinco (COSTA, 2000, p. 26).

O autor citado acima também ressalta que é preciso investir com mais efetividade na prevenção mediante a implementação de políticas públicas, que sejam capazes de encaminhar nossas crianças e adolescentes para o caminho da verdadeira cidadania. Punir é relevante, porém, não é uma ação de grande valia quando não ocorre conjuntamente com um trabalho de ressocialização do adolescente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto neste artigo, a legislação brasileira tem se mostrado muito avançado no que se refere ao adolescente autor de atos infracionais. De um contexto histórico opressor e punitivo para a Doutrina de Proteção Integral amparada pela Constituição Federal que culminou na criação do Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei nº 12.594/12 que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE.

Apesar destes importantes avanços, ainda há uma importante discussão acerca do ordenamento jurídico sobre o caráter punitivo das Medidas Socioeducativas, principalmente, no que tange à Medida Socioeducativa de Internação. Observa-se que a legislação vigente progrediu historicamente no trato das crianças e adolescentes, todavia, essa concepção não conseguiu alcançar níveis reais, práticos e normativos, dando características semelhantes à pena de privação de liberdade, demonstrando a ausência de uma maior clareza no ordenamento jurídico pátrio acerca da configuração de tais medidas.

Ausência de clareza que se mostra na divergência de diferentes autores e juristas que defendem o caráter punitivo, que o denunciam, que defendem a sua finalidade pedagógica ou que observam a sua ausência.

O artigo ainda analisa que a incidência de atos infracionais pode estar diretamente ligada a vulnerabilidades sociais e ausência de políticas públicas e do Estado, o que significa que apesar de todo o aparato legislativo, este ainda não consegue ser suficiente para alcançar a realidade de milhares de crianças e adolescentes.

Portanto, analisa-se que todas as garantias necessárias à proteção integral já estão previstas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo necessário um avanço em direção aos direitos humanos, reconhecendo-se a autonomia de um Direito Infracional que aplique de forma integral e eficiente as disposições constitucionais.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, M. **Atos infracionais e Medidas Socioeducativas**. Ilhéus: 2006, p.49.

BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 09 out. de 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 out. de 2021.

BRASIL. **Lei Federal 12.594/2012**. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Disponível em: http://www.planalto.org.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm. Acesso em: 09 out. de 2021

CASTRO, E.L.; MACEDO, S.C. Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto da Juventude: interfaces, complementaridade, desafios e diferenças. **Rev. Direito e Práx.** 10 (2) • Apr-Jun 2019. Disponível em:

<<https://www.scielo.br/j/rdp/a/KJQwwTJWTWgskWqmSRPDpwy/?lang=pt>>. Acesso em: 16 out. 2021.

CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente). **Resolução n. 119**, de 11 de dezembro de 2006. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo e dá Outras Providências. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/conselho/conanda/.arqcon/119resol.pdf. Acesso em: 09 nov. 2021.

CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente). **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE/Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasília-DF: CONANDA, 2006.**

CONDECA (Conselho Estadual da Criança e do Adolescente de São Paulo). **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo, 2012.

COSTA, F. B. **Aplicação das Medidas Socioeducativas em Meio Aberto aos Jovens Autores de Ato Infracional no Município de Araranguá**. UFSC, 2000. Disponível em: <<http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2017/02/Artigo-Francine.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2021.

D'ANDREA, G. **Noções de Direito da Criança e do Adolescente**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

FERNANDES, M.M. **Ação Socioeducativa Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GUARÁ, I.M F.R. Ação Socioeducativa: desafios e tensões da teoria e da prática. IN: LIBERATI, W.D. **Gestão da Política de Direitos do Adolescente em Conflito com a Lei**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

LIBERATI, W.D. **Processo Penal Juvenil**: a garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2006.

MARCILIO, M.L. **História Social da Criança Abandonada**. 2 ed – São Paulo, 2006.

MARTINS, D.C. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Política de Atendimento a Partir de uma Perspectiva Sócio-Jurídica. **Revista de Iniciação Científica da FFC**, v.4, n. 1, 2004. Disponível em:

<<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/ric/article/view/71>>. Acesso em: 30 out. 2021.

MOREIRA, I. A. W. Reflexões acerca dos direitos humanos e as medidas sócio-educativas. In: III CONGRESSO INTERNACIONAL DE PEDAGOGIA SOCIAL, 3., 2010, São

Paulo. **Proceedings online...** Associação Brasileira de Educadores Sociais (ABES), Disponível em:

<http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC0000000092010000100014&lng=en&nrm=abn>. Acesso em: 06 out. 2021.

PADOVANI, A.S.; RISTUM M. A escola como caminho socioeducativo para adolescentes privados de liberdade. **Revista Educação e Pesquisa**. São Paulo, v. 39, n. 4, p. 969-984, out./dez. 2013.

PINHEIRO, A. **Criança e Adolescente no Brasil: porque o abismo entre a lei e a realidade**. Fortaleza: Editora UFC, 2006.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH). **Levantamento anual dos/as adolescentes em cumprimento de Medida Socioeducativa** - 2012. Brasília, 2014.

SILVA, C.A.V. **A Categoria Social do Menor.** 2017. Disponível em <http://www.sinase.ceag.unb.br/moodle/mod/book/view.php?id=761>. Acesso em: 06 out. 2021.

SILVA, L. R. As Medidas Socioeducativas no Ordenamento Jurídico Brasileiro: uma análise acerca de sua alternatividade às penas aplicáveis aos imputáveis. **Revista Transgressões**, v. 3, n. 2, p. 75-91, 23 out. 2015.

SPOSATO, K.B. **O Direito Penal Juvenil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SPOSATO, K. **Direito penal de Adolescentes:** elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Saraiva, 2013.

SPOSATO, K; COSTA, C. Instrumentos legais e normativos do SINASE. IN: SPOSATO, K.B.; PEDROSO, M. **Matriz de Formação do Sinase.** Brasília: SPDCA,- SDH / Presidência da República, 2014. SINASE. In: Matriz de Formação do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.

TJSC (Tribunal de Justiça de Santa Catarina). **Construção Histórica do Estatuto.** 2021. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/web/infancia-e-juventude/coordenadoria-estadual-da-infancia-e-da-juventude/campanhas/eca-30-anos/construcao-historica-do-estatuto>>. Acesso em: 15 out. 2021.

VOLPI, M. **O Adolescente e o ato infracional.** 3. ed. São Paulo: Ed. Cortez, 1999.

VOLPI, M. **Adolescentes privados de liberdade:** a normativa nacional e internacional & reflexões acerca da responsabilidade penal, 6ª ed. São Paulo: Editora Cortez, 2014.

ZAFFARONI, E.R; *et al.* **Direito Penal Brasileiro:** teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

CASAS DA CIDADANIA E OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA ESFERA EXTRAJUDICIAL

RODRIGO VALANDRO SEVAROLI:
advogado. Graduado em direito, pela
Uniasselvi de Indaial/SC90

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo apresentar as dificuldades que grande parte da população enfrenta ao buscar auxílio, junto ao Poder Judiciário, para dirimir uma controvérsia, lesão, dano, e outros problemas sociais, haja vista a burocratização, regramentos, morosidade e a própria logística de protocolo, provas documentais, testemunhais, dentre outros. Objetiva-se demonstrar que o atual sistema Judiciário Brasileiro, não consegue, em muitos, dar uma resposta satisfativa aos conflitos que lhes são postos, tendo vista à massa crescente de processos que hodiernamente são ajuizados frente à falta de pessoal para atender às referidas demandas. Posto isto, será demonstrado que os métodos alternativos extrajudiciais de resolução de conflitos, são os meios mais acessíveis, desburocratizados, mais célere, sem custo ao cidadão hipossuficiente, tal como a mediação e conciliação, além de tantos outros, junto às Casas da Cidadania, de maneira que a população carente venha a ser ouvida, tenha voz, oportunidade de resolver seus conflitos familiares e sociais, pretensões essas almejadas pelo fundador da primeira Casa Da Cidadania, no Brasil, Sr. Herbert de Souza, *in memoriam*.

Palavras-chave: Casas da Cidadania. Resolução de conflitos. Extrajudicial. Origem. Fundador. Herbert de Souza. Problemáticas judiciais. Empecilhos. Métodos Alternativos.

ABSTRACT: The present work aims to present the difficulties that a large part of the population faces when seeking help, from the judiciary, to resolve a controversy, injury, damage, and other social problems, given the bureaucratization, rules, delays and the

logistics of protocol, documentary evidence, witness, among others. It aims to demonstrate that the current Brazilian Judicial System, in many, cannot give a satisfactory response to the conflicts that are put to them, given the growing mass of processes that today are filed in the face of lack of personnel to meet these demands. Having said that, it will be demonstrated that the extrajudicial alternative methods of conflict resolution are the most accessible, unbureaucratic, faster means, without cost to the hyposufficient citizen, such as mediation and conciliation, in addition to many others, with the Houses of Citizenship, so that the needy population will be heard, has a voice, the opportunity to resolve their family and social conflicts, claims desired by the founder of the first Citizenship House in Brazil, Mr. Herbert de Souza, in memorian.

Keywords: Citizenship Houses. Conflict resolution. Extrajudicial. Origin. Founder. Herbert de Souza. Legal problems. Obstacles. Alternative Methods.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como fito abordar a história de como surgiram as “Casas da Cidadania”, no Estado de Santa Catarina, além da importância de sua implantação e a primeira sede, por conseguinte, seus reflexos positivos na sociedade.

Com o programa Casas de Justiça e Cidadania - aprovado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na 75ª Sessão Ordinária, de 2 de dezembro de 2008 (publicada no DJU de 19 de fevereiro de 2009), iniciativa formalizada por meio da edição da Portaria n. 499/CNJ, de 7 de abril de 2009 (publicada no Diário de Justiça da União (DJU) de 16 de abril de 2009), que instituiu Grupo Gestor Nacional do Programa - demonstrar-se-á que a implantação destes centros extraprocessuais, tomaram grandes proporções na população catarinense em relação às composições de acordos na esfera extrajudicial, por seus centros de conciliações e mediações.

Sobre os métodos alternativos mais acessíveis para a população na solução dos conflitos no âmbito extrajudicial – sendo que proporcionará serviços úteis ao exercício da cidadania e que, dentro os quais, um dos mais importantes é a conciliação e mediação, além de ser atendimento desburocratizado, dispendido de formalismo e principalmente, por ser gratuito - tratar-se-á do acesso à justiça e de questões referentes aos principais movimentos que se apresentam como alternativa na resolução dos conflitos.

Ao final, expor-se-á questões onde há obrigatoriedade da prestação jurisdicional pelo Estado e, visto os obstáculos que se apresentam ao efetivo acesso à Justiça, podendo ser verificado no plano econômico, social, cultural e jurídico, logo, trará mudanças e buscas de solução no sentido de eliminar ou de antemão, atenuar os empecilhos ao acesso à Justiça.

2. DOS DIREITOS E GARANTIAS DO CIDADÃO CONFORME OS PRECEITOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os direitos são normas de conteúdo declaratório de comportamentos e as garantias normas de conteúdo asseguratórios, ou seja, são os meios de se fazer prevalecer esses direitos.

O art. 5º, caput, da CF/88, prevê que 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 (...).

Segue a Carta Magna, no mesmo art. 5, inciso LXXVIII, dispondo que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide ADIN 3392).

Nesta toada, quando se busca pela Justiça, o modo legal pelo qual ela é postulada se dá através da provocação do Estado, para que, através do exercício das funções jurisdicionais possa ser garantida a prevalência dos direitos dos cidadãos quando violados (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXV). É através das atividades jurisdicionais que o Estado faz o Direito atuar, ou seja, faz valer o que está disposto e reconhecido nas leis, reparando eventual lesão.

No entanto, ressalta-se que não é tão fácil a busca por tal direito, pois existem obstáculos que dificultam ao cidadão o referido acesso. De início, pode-se apontar os custos processuais *versus* a hipossuficiência financeira do cidadão, haja vista que todo processo gera um custo ao Estado e, por vezes, ao demandante.

Demasiadamente, se pensarmos na existência tão somente do Poder Judiciário na reparação de eventual dano e, tendo como empasse questões financeiras, além doutras que serão demonstradas, não haveria ao cidadão meios na busca pelo seu direito, levando-o, quiçá, a buscar através de formas não lícitas, conforme já ocorreu em décadas passadas, como por exemplo, através do denominado “agir no exercício arbitrário das próprias razões” que contraria os princípios legais trazidos no artigo 345, do Código Penal.

Ora, já que o cidadão lesionado não pode fazer justiça por sua própria razão, tendo que se socorrer do Poder Judiciário, tendo a obrigação de “dar uma resposta”, este acesso à Justiça tem um significado muito mais amplo, englobando, além da possibilidade de ingresso em juízo, a superação de questões financeiras, interpretações dos princípios e garantias, dentre outros, cuja observação se faz necessária para que tal acesso reste efetivamente garantido.

Ao tema, acesso à Justiça:

A ordem jurídico-positiva (Constituição e leis ordinárias) e o labor dos processualistas modernos têm posto em destaque uma série de

princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz as partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, pois, a ideia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma participação em diálogo, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a pacificação com justiça.⁹¹ (Cf. CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 1998, pg. 33-34).

Neste norte, para defesa dos direitos fundamentais que a Constituição da República Federativa do Brasil, garante aos cidadãos, se fazer necessário o acesso ao Poder Judiciário, devendo superar os empecilhos existentes, isto porque, ainda existem muitos municípios sem instalações de Defensorias Públicas, Advocacia Dativa, Curadorias, e o Estado, nem sempre conseguem dar suporte ao cidadão hipossuficiente.

Deste modo, para possibilitar e facilitar o acesso do cidadão ao Poder Judiciário, surgiu o projeto, Casa da Cidadania, que atuará, informalmente e sem burocracias, principalmente nos municípios que não são sedes de Comarcas, facilitando o acesso do cidadão à Justiça em busca de seus direitos, bem como de resoluções diversas, auxiliando na manutenção da ordem pública, social de maneira célere, gratuita e descomplicada.

2.1 Direito a dignidade

⁹¹ CINTRA, A. C. A.; DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P. **Teoria geral do processo**. 14.ed., São Paulo: Malheiros, 1998. p. 33/34.

Com caráter institucionalizado de respeitar os direitos e garantias da dignidade dos homens, a Constituição da República Federativa do Brasil, conferiu aos Estados o dever de proporcionar e assegurar condições mínimas de vida digna e desenvolvimento para pessoa humana.

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

Como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, III, de nossa lei fundamental, não contém apenas uma declaração de conteúdo, constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica constitucional e infraconstitucional.

O princípio da dignidade da pessoa humana não diz respeito somente à Ordem Jurídica, mas também com a ordem social e cultural, pois a dignidade do homem tem “o destino de assegurar a todos o direito social e individual, à liberdade, à segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Portanto, trata-se de um princípio que se interliga com vários segmentos, a fim de assegurar os direitos, sendo que, tais valores poderão ser passíveis tanto de tutela, como de reivindicação junto ao Estado.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em se tratando da dignidade da pessoa humana, de acordo com a realidade em que se vive, busca proteger os direitos do cidadão contra medidas inconstitucionais.

Parece irrefutável que, na esfera das relações sociais, encontramos, diuturnamente, diante de situações nas quais a dignidade de uma determinada pessoa – e até mesmo de grupos de indivíduos – estejam sendo objeto de violação por parte de terceiros, de qual sorte que sempre se põe o problema – teórico e prático – de saber se é possível, com o escopo de proteger a dignidade de alguém, afetar a dignidade do ofensor, que, pela sua condição humana, é igualmente digno, mas que, ao menos naquela circunstância, age de modo indigno e viola a dignidade dos seus semelhantes, ainda que tal comportamento não resulte – como já anunciado alhures – na perda da dignidade.

Como se vê, o princípio da dignidade humana possui uma carga normativa imperativa, a qual não pode ficar como mera promessa do legislador constituinte, mas sim, deve ser expressa e concretizada em cada manifestação jurídica ou não. A partir disto, é possível, por meio de uma interpretação sistemática e vitalizante, alcançar o mínimo de Justiça do ordenamento, dando cada vez mais a possibilidade e o acesso para o cidadão na busca pela reparação sofrida, o que nem sempre se vê, por diversos empecilhos, trazidos pela própria Legislação.

3. DOS EMPECILHOS QUE O CIDADÃO PASSA AO BUSCAR AUXÍLIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O cidadão ao exercer seu direito perante o Poder Judiciário acaba se deparando com alguns empasses, tal acesso à Justiça é uma garantia constitucional assegurada indistintamente a **TODOS** os cidadãos, não se podendo admitir, no plano jurídico, a existência de óbices para sua efetivação. Em razão destes empecilhos que se apresentam no âmbito social, cultural, econômico e jurídico, tal garantia não se efetiva, literalmente na aplicação do direito por parte dos órgãos jurisdicionais.

É importante verificar quais são os principais impedimentos que se contrapõem ao efetivo acesso à ordem jurídica, para que, após, sejam analisadas as possíveis soluções tendentes a dirimi-las ou, ao menos, a atenuar seus efeitos.

3.1 Quanto ao custo do processo

Toda demanda judicial gera um custo ao Estado e, em algumas situações, às partes, que por vezes, excessivos, o que é razoavelmente relevante, haja vista movimentar toda uma estrutura, tais quais cartórios, gabinetes, magistrados e outras serventias. Como consequência, cria-se uma barreira por vezes intransponível para as partes, não podendo ser por elas suportado. Isso porque, em virtude da acentuada desigualdade social existente, no Brasil, consubstanciada numa injusta concentração de renda, o custo do processo, particularmente, em nosso país, constitui inequívoco óbice ao cidadão brasileiro de socorrer ao judiciário.

É importante frisar do custo pecuniário em causas que tenham pequeno valor, que são bastante afetadas no que concerne ao acesso à Justiça. Logo, a resolução formal de tais conflitos pelo Poder Judiciário, em muitas vezes, excede o montante da própria causa, sendo que o ônus das despesas do processo (pelo princípio da sucumbência) recai para as partes -parte vencedora e parte vencida.

Ao analisar a questão de que enquanto pessoas com recursos financeiros consideráveis têm condições de pagar um advogado e as respectivas custas num processo para terem seus direitos defendidos, podendo, ainda, suportar com menos (ou nenhum) sofrimento a demora do processo, pessoas com menos recursos, geralmente, não têm seus direitos defendidos de forma plena, sendo que sequer possuem condições financeiras de suportar com menos angústia a demora da prestação jurisdicional.

Noutra análise, no que tange a complexidade das leis, bem como da falta de informação e orientação, as pessoas leigas, em relação ao direito, não têm aptidão de perceber com facilidade quando um direito é lesionado.

Desse modo, evidente é que o fato da desigualdade socioeconômica decorre em termos de acesso à Justiça, obstáculos consideráveis. Assim, corrobora Horácio Wanderlei Rodrigues:⁹²

Tem-se, então, como pode ser isto pelo que foi exposto, que a desigualdade socioeconômica gera, em termos de acesso à justiça, dois problemas: (a) dificulta o acesso ao Direito e ao Judiciário, tendo em vista a falta de condições materiais de grande parte da população para fazer frente aos gastos que impõe uma demanda judicial; e (b) mesmo quando há esse acesso, a desigualdade material, em contraste com a igualdade formal prevista no ordenamento jurídico, acaba colocando o mais pobre em situação de desvantagem dentro do processo.

Fica evidenciada a obrigatoriedade de arcar com os custos do processo, fazendo com que muitas pessoas lesionadas em seus direitos não busquem reparar as respectivas lesões perante a tutela jurisdicional. Nesta senda, pode-se perguntar quanto à gratuidade à Justiça quando deferida, pode amenizar tal situação? Como tudo no direito, depende – a gratuidade à justiça não significa que a parte não custeie um advogado, ou mesmo não tenha algumas obrigações ao pagamento parcial de algumas custas e nem se isenta absolutamente do ônus de sucumbência.

3.2 Quanto à morosidade processual

Outro agravante encontrado no sistema Judiciário é a longa duração do trâmite processual. Não se pode falar em acesso à ordem jurídica célere, quando a prestação

⁹² RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 36/37.

jurisdicional leva anos para se efetivar, haja vista o volume demasiado de processos que todo o ano cresce exponencialmente, dificultando sua prestação célere e razoável.

Essa morosidade é por demais árdua de ser suportada, pois a necessidade buscada para resolução é tamanha, e muitas vezes, de caráter imediato. Certos direitos não podem ficar à mercê da morosidade da Justiça, posto que, quando não solucionados *incontinenti*, inexoravelmente perecem no transcorrer do tempo, tornando-se a respectiva prestação jurisdicional mera atividade burocrática, ao passo que a reparação da lesão resta inviabilizada e ou inexitosa.

Nesta seara:

O estreitamento do canal de acesso à justiça, além de produzir o indesejável descrédito do povo nas instituições jurídicas, produz o agravamento da litigiosidade latente, ponto que tem preocupado de forma muito significativa, pelas profundas repercussões de ordem social que pode acarretar. A expansão da autotutela privada, com o recrudescimento da violência e o surgimento dos chamados "justiceiros", que fazem a "justiça" que reflete o empobrecimento do espírito solidarista da população, são expressões magnas desse problema.⁹³

Em linhas gerais o cidadão se torna totalmente impotente e descrente diante de tal situação, não tendo mais a quem socorrer, de modo que isto acarreta inclusive a expansão da autotutela privada.

3.3 Quanto à capacidade postulatória

Ato contínuo, quando se fala em capacidade postulatória, importante mencionar que esta é a capacidade conferida pela lei aos advogados para praticar atos processuais em juízo sob pena de nulidade do processo, de acordo com os artigos 1º e 3º da Lei

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 74/75.

8.906/9494, que dispõem: "*Art. 1º - São atividades privativas de advocacia: I - a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; (...) Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)*".

Ou seja, aqueles que não são advogados devem, portanto, integrar a sua incapacidade postulatória por meio de um representante legal. O Ministério Público também possui a capacidade postulatória, mas restrita ao exercício das suas funções.

Neste ensejo, segundo o entendimento de Horácio Wanderlei Rodrigues⁹⁵:

A concessão de capacidade postulatória exclusivamente aos advogados, colocada como problema para o acesso à justiça, torna-se mais grave frente à miserabilidade da maioria da população brasileira.

Conforme preceitua o artigo 133 da CF/88, que dispõe que "*O advogado é indispensável à administração da justiça (...)*".

Entende Luiz Guilherme Marinoni⁹⁶:

A insistência dos advogados no sentido de que são indispensáveis à administração da justiça constitui obstáculos para a efetividade do juizado e pode representar a troca – certamente irresponsável – de uma simples crise de mercado de trabalho por uma crise, muito mais grave e provavelmente permanente, de legitimidade política e profissional.

Verifica-se, pois, a necessidade de representação legal, porém, nem sempre será necessário, tem-se como ponto positivo as questões limitadas a 20 (vinte) salários-mínimos

94 BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994;

95 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. p.129.

96 MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. p. 74/75.

que podem ser postuladas sem assistência de um causídico, em conformidade a Lei 9.099/9597, em seu Art. 9º, que dispõe: *“Art. 9º - Nas causas de valor até vinte salários-mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória”*.

Não se pode generalizar a questão, convictos de que todos podem ter acesso ao Poder Judiciário, pois ainda existe uma grande massa de cidadãos em condições precárias e não possuem condições financeiras, ora considerados hipossuficientes. Não obstante, vem à mercê a questão que inúmeros municípios no Estado de Santa Catarina ainda não dispõem de Defensoria Pública, mesmo que instituído em lei sua obrigatoriedade e, outrossim, deparamo-nos com o Estado que, em muitos, não disponibiliza advogados dativos, não há convênios firmados com OAB e/ou Defensorias.

Diante disto, é certo que se está face à prejudiciais que dificultam o acesso à justiça, ressaltando-se, de outro modo, que existem outros meios acessíveis para dirimir certas problemáticas sociais, sem que haja a judicialização de processos, ou seja, métodos alternativos na solução de conflitos e que assegura ao cidadão a salvaguarda de seu direito de maneira célere, sem custos, informal sem necessidade de produção probatória e que certamente trás um conforto maior ao cidadão hipossuficiente na busca da resolução de problemas.

- **Outros Empecilhos**

Além dos empecilhos supracitados, identificam-se igualmente outros ligados à técnica processual e à estrutura do Poder Judiciário. Assim, no que tange à técnica processual se destaca:

97 BRASIL. Lei nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995.

- A inaptidão do processo civil para a tutela preventiva dos direitos, bem como para a tutela dos direitos coletivos;

Embora o poder judiciário seja o meio mais utilizado em busca pelo equilíbrio dos direitos sociais não é o único que pode prestar ao cidadão respaldo para que o seu direito seja assistido, tem ainda, Centros de Atendimento Familiares, subdivididos em comarcas distintas, além das Casas da Cidadania;

- A uniformidade do procedimento, que por muitas vezes é inadequado em razão aos diferentes tipos de direito material;

Judicializada a demanda é imprescindível que os fatos sejam provados para que o magistrado possa julgar com exatidão a causa. Ocorre, todavia, que embora o magistrado tenha papel fundamental no ordenamento jurídico, as decisões são baseadas em provas materiais e testemunhais, por outro lado, quando estamos diante de atos extrajudiciais é de salutar que os Centros de Atendimento Familiares, bem como Assistenciais, e até, específicos de atendimento a crianças e a adolescentes, tem papel fundamental na sociedade, pois desempenham em suas funções, visitas, instrução, advertem, mediam, conciliam, ou seja, utilizam de todos os meios e subterfúgios, para atenuar os problemas familiares.

A questão primordial na composição extraprocessual e dos centros de atendimento é de não prejudicar ainda mais a relação familiar que, sem dúvidas já está abalada - evitar de submeter a família ao confronto numa sala de audiência, pois a formalidade pode ser um óbice - expor cada vez menos o menor envolvido, o idoso, à família e as relações sociais de modo geral ou mesmo evitar a revitimização.

- A existência de excessivas espécies de recursos;

O cidadão busca respaldo no Poder Judiciário a fim de garantir o seu direito, logo, toda decisão acerca deste procedimento depende do magistrado, que muito embora exista a lei, decide usando de seu livre convencimento, analogias, princípios e outros. Sendo assim, não satisfeita a pretensão, as partes ainda têm a possibilidade de recorrer em Instâncias Superiores, trazendo ainda mais morosidade à lide.

- O excesso de burocracia e de formalidades existentes no Código de Processo Civil;

Como anteriormente frisado é fundamental provar o alegado, além disto, nas causas superiores ao importe de 20 (vinte) salários-mínimos é necessário constituir um advogado, com a consequente juntada de instrumento procuratório, além daquelas formalidades exigidas na LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015, art. 319, vejamos:

Art. 319. A petição inicial indicará:

I - o juízo a que é dirigida;

II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido com as suas especificações;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

§ 1º Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção.

§ 2º A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu.

§ 3º A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça.

Estes são alguns percalços encontrados no aspecto da técnica processual.

No que tange à estrutura do Poder Judiciário, pode-se destacar:

- A falta de recursos materiais e humanos suficientes para a prestação judicial adequada;

Os Fóruns ainda se encontram carentes de mão de obra e equipamentos atualizados de informática. A demanda processual vem crescendo, excessivamente, e os Fóruns não estão conseguindo atendê-la. Além do mais, há carência de Juízes com capacitação em determinadas áreas do direito, tendo que atuar em tantas outras para atender a demanda dos diferentes e excessivos números de processos que ali são propostos. Consequência disto, são os inúmeros processos julgados de forma equivocada, obrigando o lesionado a recorrer às Instâncias Superiores, e por vezes tendo que suportar maiores custos.

Além disto, os profissionais que laboram nestes órgãos não recebem salários dignos, exemplo disto, são os estagiários, os conciliadores, mediadores e até o concursado, que trabalham arduamente para atender a demanda e por vezes não têm o reconhecimento devido.

- A carência de informatização;

A maioria dos Fóruns instalados no Estado de Santa Catarina estão se adaptando aos processos eletrônicos, pois ainda tramitam inúmeros processos físicos (antigos) não digitalizados, onde, além da utilização de equipamentos ultrapassados, existe a problemática no sistema do Tribunal de Justiça o que se tornou ato típico.

- O “afogamento” da máquina administrativa, consubstanciado num volume excessivo de processo, do qual resulta trabalho desumano para os magistrados e servidores da Justiça;

O Poder Judiciário, face ao crescimento vultoso do número de demandas não consegue seguir o preceito da duração razoável do processo, nos termos do inciso LXXVIII, artigo 5º, da Constituição Federal, que estabelece o direito de todo cidadão à duração razoável do processo, assegurando que deva haver o máximo de agilidade possível na condução de seus processos judiciais e administrativos para que a realização da justiça seja feita da melhor e mais célere maneira possível.

- A centralização geográfica de suas instalações, gerando dificuldade de acesso aos moradores periféricos;

O Estado de Santa Catarina detém de inúmeros municípios que ainda não se tornaram Comarcas e, na sua maioria, grande parte da população reside em lugares distantes, tais como em áreas serranas, barragens, áreas rurais, tendo que ter um custo de deslocamento para irem aos Fóruns em outras Comarcas Centrais, na busca do acesso à Justiça. No entanto, os centros de atendimento às famílias e às Casas da Cidadania, são centros implantados em quase todos os municípios do Estado de Santa Catarina, trazendo acessibilidade ao cidadão carente.

Verifica-se, pois, que há existência de vários empasses que o cidadão tende a suportar em busca do acesso à Justiça. Portanto, há de ressaltar as soluções que são

buscadas para dirimir e atenuar tais situações, objetivando pormenorizar este quadro, é o surgimento das Casas da Cidadania.

4. A ORIGEM DAS CASAS DA CIDADANIA⁹⁸

A Casa da Cidadania surgiu da plausível iniciativa de um Senhor conhecido como *"Betinho"*, cujo nome é Herbert de Souza, no Rio de Janeiro.

Cidadão solidário, preocupado com a sociedade carente, não mediu esforços para lutar em prol dos direitos dos cidadãos e de uma Justiça justa e plena. Foi um dos fundadores da Ação Popular, em defesa da população, movimento revolucionário ligado à Juventude Universitária Católica que luta pela implantação do socialismo no Brasil, além disto, era Assessor do Ministério da Educação no Governo João Goulart, depois do golpe militar de 1964 onde passou 7 (sete) anos na clandestinidade, atuando em defesa à população, e 8 (oito) anos no exílio (Chile, Panamá, Canadá e México).

Betinho estava em constantes viagens tendo como objetivo principal a busca pela sociedade justa e igualdade social, lutando para que os desiguais pudessem ser atendidos em busca pelo direito lesionado e que tivessem voz e vez na sociedade.

Retornou ao Brasil no ano de 1979 e criou o Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas - IBASE, organização não governamental, suprapartidária e supra religiosa. Ganhou, em 1991, o Prêmio Global 500, do Programa da ONU para o Meio Ambiente, por sua luta em defesa da reforma agrária e da defesa dos indígenas.

⁹⁸<https://www.acaodacidadania.org.br/nossa-historia>. Acesso em 28 de novembro de 2022.

BARROS, Jussara de. "Herbert de Souza"; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/datas-comemorativas/herbert-souza.htm>. Acesso em 28 de novembro de 2022.

Além de detentor dos bons costumes e de reputação ilibada, Betinho procurava zelar pelas diferentes origens, modo de vivência, religião, etnia, raça, sempre igualando aqueles que eram vistos como desiguais, buscando dar aplicação ao termo constitucional de que “todos iguais perante a lei”.

Em 1993, articulou a formação da Ação da Cidadania Contra a Miséria e pela Vida, mais conhecida como Campanha contra a Fome. Em 2 (dois) anos, “*Betinho*” conseguiu estabelecer cinco mil comitês por todo o país e distribuiu toneladas de alimentos para a população carente.

Vivia em prol de auxiliar as pessoas no que fosse necessário, promovia eventos para arrecadação de mantimentos, vestuários, ações beneficentes em prol da população carente.

Tornou-se membro do Conselho da Comunidade Solidária, que substituiu a Legião Brasileira de Assistência – LBA, que foi presidido pela então primeira-dama Ruth Cardoso.

Ante às boas ações realizadas na sociedade e com o passar do tempo, o nome Betinho repercutiu e por onde passava era muito bem recepcionado por nomes importantes da política.

No ano de 1995, a Ação da Cidadania, através da campanha “Democracia na Terra”, passou a dar prioridade à luta pela democratização da propriedade agrícola, a fim de combater a fome e o desemprego. Os comitês da Ação passaram a desenvolver projetos para democratização da terra e a cobrar do Governo Federal, ações na área de política agrícola e fundiária.

Na busca pela igualdade e pela justiça, Betinho se envolveu nas questões governamentais, e conseqüentemente, buscou ainda mais arrecadações financeiras para continuar promovendo a manutenção da sociedade carente.

Em meados do ano de 1998 o Comitê de Ação da Cidadania Contra a Fome a Miséria e Pela Vida, recolhia as sobras da feira livre e fazia um sopão para pessoas carentes na garagem do Shopping Center, no Mercado da Estação. Como o dono do Shopping precisou aumentar as suas atividades comerciais, adquiriu um imóvel na mesma rua e doou ao Comitê de Ação da Cidadania Contra a Fome a Miséria e Pela Vida. Logo, como o Comitê não dispunha de Personalidade Jurídica, a doação foi efetivada em nome da Paróquia do Sagrado Coração de Jesus, por intermédio da Mitra Diocesana de Petrópolis.

A busca pela igualdade social tomou rumos grandiosos onde a sociedade também se solidarizou e auxiliavam no que podiam. Doavam mantimentos, cediam estabelecimentos comerciais e até aqueles que detinham de melhores condições financeiras se comoveram e auxiliaram estes projetos.

Diante disto, inúmeras instituições sociais da cidade que não tinham condições de pagar aluguel para manter uma sede, passaram a utilizar a Casa da Cidadania como espaço de encontros, reuniões e atividades administrativas com intuito de dirimir as adversidades sociais.

Tal projeto deu tão certo, que as adversidades sociais, sejam estas no âmbito comercial, familiar, dentre tantas outras, passaram a ser resolvidas na Casa da Cidadania, trazendo ótimos resultados e acordos na sociedade.

Para regular a forma de utilização da Casa da Cidadania, fundou-se em setembro de 1999 a Associação da Casa da Cidadania, no Estado do Rio de Janeiro, uma entidade com personalidade jurídica própria, administrada por um Conselho Diretor, integrado pelos militantes das diversas instituições associadas.

A demanda foi crescendo e cada vez mais a sociedade começara a buscar respaldo junto a este órgão. Após esta iniciativa, fora implantada a 1ª sede da Casa da Cidadania,

no Estado do Rio de Janeiro. Ato contínuo, surgiram diversas outras Casas por diversos Estados brasileiros, inclusive no Estado de Santa Catarina, trazendo consigo, esta facilidade à população em ter acesso na busca por seus direitos, com objetivo de dirimir os conflitos sociais, sem custos, de forma célere e desburocratizado.

A Casa da Cidadania tem como iniciativa possibilitar a conciliação e mediação, na tentativa de resolver conflitos pelo diálogo direto, buscando implementar o acesso à Justiça evitando o processo judicial.

O criador deste projeto o "Betinho", faleceu em 1997 debilitado por causa da Aids.

5. MEIOS MAIS ACESSÍVEIS NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS SOCIAIS

Com o passar dos anos e a nova era da informação, onde as mudanças na sociedade são dinâmicas e constantes, cabendo aos operadores do direito a função de acompanhar este desenvolvimento, de forma a atender as expectativas desta comunidade cada vez mais exigente.

Diante da ideia de que a jurisdição estatal não cumpre, satisfatoriamente, seu *mister*, muito embora sejam empregados esforços em tal sentido, sendo lenta, cara e elitista, surge novos (ou outros) métodos de resolução de conflitos para se fazer efetivo o acesso à Justiça, principalmente àqueles que sejam hipossuficientes.

Nesse cenário, a população tornou-se mais ciente de seus direitos, passando a exigí-los perante as autoridades judiciais. Todavia, há tempo o acesso ao Poder Judiciário deixou de ser um privilégio de uma minoria elitista, requerendo um Poder Judiciário mais bem preparado para atender esta população que necessita de sua tutela para garantir o mínimo de dignidade.

Logo, instaurou-se o projeto Casa da Cidadania no Estado de Santa Catarina regulamentada pela RESOLUÇÃO N. 2 /01-TJ, em Florianópolis, aos 21 de março de 2001,

sendo em ato contínuo, denominado Fóruns Municipais, regulamentado pela RESOLUÇÃO N. 07/08-TJ , em Florianópolis, aos 10 de março de 2008, a fim, de efetivamente, trazer a igualdade formal das partes, tida como pressuposto para a efetiva garantia dos direitos da sociedade, sendo que como a própria Comunidade Jurídica tem percebido, a proliferação das múltiplas formalidades, consideradas por alguns como indispensáveis em busca da Justiça, tem sido causa do retardamento da prestação jurisdicional, pois muitas vezes são excessivas e desnecessárias.

A Casa da Cidadania é uma rede integrada de serviços que objetiva promover o princípio constitucional da cidadania e disseminar práticas voltadas à proteção de direitos fundamentais e acesso à Justiça.

Nas Casas da Cidadania são oferecidas informações processuais, assistência jurídica, audiências de conciliação e mediação pré-processuais, além de atendimento e orientação aos cidadãos.

Deste modo, o instituto da Mediação e da Conciliação, realizadas nestas Casas da Cidadania, surge como uma saída para garantir a dinamicidade à atuação jurisdicional, preservando a eficácia e a segurança jurídica, tanto é verdade que a Casa da Cidadania, no Estado de Santa Catarina, passou a ter vinculação de seus dados junto ao Poder Judiciário.

Neste norte, os processualistas passaram a buscar novos meios de solução de conflitos que fossem menos formais, mais céleres e sem custos, denominados meios alternativos de pacificação, que facilitaram o acesso à justiça.

Nesta esfera, entendem Cintra, Dinamarco e Grinover⁹⁹ que:

⁹⁹ CINTRA, A. C. A.; DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P. **Teoria geral do processo**. 14.ed., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 33.

[...] os meios informais gratuitos (ou pelo menos baratos) são obviamente mais acessíveis a todos e mais céleres, cumprindo melhor a função pacificadora. [...] constitui característica dos meios alternativos de pacificação social também a de legalização, caracterizada por amplas margens de liberdade nas soluções não-jurisdicionais (juízo de equidade e não juízos de direito, como no processo jurisdiciona

Os meios alternativos da solução de conflitos são ágeis, informais, céleres, sigilosos, econômicos e eficazes. Deles é constatado que: são facilmente provocados e, por isso, são ágeis; céleres porque rapidamente atingem a solução do conflito; sigilosos porque as manifestações das partes e sua solução são confidenciais; econômicos porque têm baixo custo; eficazes pela certeza da satisfação do conflito.

Desta feita, alguns meios alternativos utilizados para facilitar a postulação de um direito lesionado passaram a ser a mediação e a conciliação. Quanto a estas, vistas como meios alternativos destinados à composição dos conflitos pelas partes, integram as diretrizes e princípios da própria gama da Lei nº 9.099/95. Onde os juízes leigos e os conciliadores (bem como os juízes togados), por desenvolverem papel relevante na condução do processo, devem conhecer e, sobretudo aplicar as técnicas utilizadas para que a solução do conflito seja encontrada pelas próprias partes.

Há de ressaltar que existe diferença entre a conciliação e a mediação, portanto não há que se confundir.

Tem-se a conciliação como sendo um procedimento por meio do qual as partes expõem suas pretensões perante o conciliador, quando colocadas frente a frente com o objetivo de conformação e ajuste, visando alcançar um ponto de equilíbrio entre as

<https://www.tjsc.jus.br/web/conciliacao-e-mediacao/casa-da-cidadania>. Acesso em 29 de novembro de 2022

pretensões. Além disto, o conciliador pode propor algumas sugestões o que facilitará a conversa entre as partes objetivando entrarem em comum acordo.

Noutro norte, conforme entendimento de Jean-François Six 100:

“(...) A identificação é mais difícil quando se trata de uma profissão (...) É mais difícil, ainda, quando se trata de um mediador: não é uma profissão circunscrita, como a de dentista ou de carpinteiro; não é, sequer, uma profissão reconhecida, como o é agora a de psicólogo, por exemplo”.

Desta feita, na mediação há uma terceira pessoa (mediando) ajudando as partes a encontrarem solução do conflito, ela faz com que as partes explanem o que está ocorrendo e apenas as partes podem sugerir uma solução para dirimir tal conflito, ou seja, o mediador(a) utiliza-se de técnicas, critérios e raciocínios que permitirão aos contendores um entendimento melhor.

Assim, denota-se que tanto na mediação como na conciliação, o conciliador e o mediador, como terceiros imparciais, exercem função de intermediação entre as partes, com intuito de facilitar o diálogo, em conjunto com os interessados, uma forma de solucionar o conflito, a fim de que sejam satisfeitas as pretensões buscadas.

Deste modo, partindo do princípio de que um bom diálogo pode chegar a um bom resultado, o projeto “Casas da Cidadania”, por meio de seus conciliadores, mediadores e toda a equipe, em geral, atuam com objetivo de pormenorizar as desigualdades e os litígios sociais, extrajudiciais, de forma mais célere, desburocratizada e, principalmente, sem custo, auxiliando àqueles mais necessitados, doravante denominados hipossuficientes.

6. CONCLUSÃO

100 SIX, Jean-François, « Dinâmica de la Mediación », Editorial Paidós, Barcelona, Espanha, 1997.

Demonstrou-se, neste estudo, os principais obstáculos que o cidadão sofre ao buscar respaldo em ações judiciais, sendo que a Justiça é um dos maiores valores da humanidade. É ideal a ser buscada, pois sua realização é absolutamente necessária para que a sociedade possa conviver pacificamente, com a observância dos ditames jurídicos, culturais e morais.

O atual sistema Jurídico Brasileiro não consegue mais dar uma resposta satisfativa aos conflitos que lhes são postos, dentre estes a morosidade na finalização dos processos, através de sentença judicial transitada em julgado, sem deixar de destacar que a sentença pode trazer insatisfação para as partes envolvidas.

É possível verificar que a realidade em que vivemos é clarividente a dificuldade que o cidadão se depara na busca junto ao Poder Judiciário, por uma série de fatores econômico, social e cultural, dentre outros. Tal constatação não é ignorada pela Comunidade Jurídica e pelos Legisladores Nacionais. Logo, a busca de soluções para eliminar ou, ao menos, atenuar os obstáculos que se apresentam como entraves ao acesso à Justiça tem sido uma constante.

Muito embora se discuta a questão “reparar o dano de um cidadão lesionado” - e que logo haja a sua reparação, tal situação pode ser postulada na esfera extrajudicial, junto às Casas da Cidadania, local que proporcionará ao cidadão menos formalidade e burocratização, um resultado célere e sem custo.

Sobreleva mencionar diante destas circunstâncias que se afigura mais sensata reconhecer que tal projeto está crescendo no Estado de Santa Catarina, dentre as várias iniciativas e medidas tomadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em busca da viabilização do efetivo acesso à Justiça, destacando-se como principal, a implantação destas casas, que objetivam estabelecer representações mínimas do Poder Judiciário em todos os municípios catarinenses, que não sejam sede de comarcas estaduais,

bem como, nos bairros mais populosos das maiores cidades do Estado, facilitando (e até mesmo possibilitando) o acesso à Justiça e a todos os cidadãos catarinenses, fazendo-o efetivo, principalmente, para àqueles que, por diversos obstáculos, estão mais distantes da Justiça, podendo exercer o seu direito de cidadão.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, P.; BRANDÃO, P. T. **Juizados especiais cíveis e criminais: aspectos destacados.** Florianópolis: Obra Jurídica Ltda. 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça.** Florianópolis: Habitus, 2001.

BARROS, Jussara de. "Herbert de Souza". Disponível em:
<https://www.acaodacidadania.org.br/nossa-historia>. Acesso em 28 de novembro de 2022.

Site disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/datas-comemorativas/herbert-souza.htm>. Acesso em 28 de novembro de 2022.

Site disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/conciliacao-e-mediacao/casa-da-cidadania>. Acesso em 29 de novembro de 2022.

CINTRA, A. C. A.; DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P. **Teoria geral do processo.** 14 ed. São Paulo: Malheiros. 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil.** 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro.** São Paulo: Acadêmica, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 19. ed. São: Malheiros Editores, 2001.

SIX, Jean-François, « Dinâmica de la Mediación », Editorial Paidós, Barcelona, Espanha, 1997.

A EVOLUÇÃO DO MARCO CIVIL DA INTERNET NO BRASIL

KESLY DOS SANTOS LEITE:
Acadêmica do Curso de Direito pela
Universidade de Gurupi,
Tocantins¹⁰¹.

ALCIVANDO FERREIRA DE SOUSA¹⁰²
(orientador)

Resumo: A proposta do presente artigo é destacar a importância do marco civil da internet no âmbito jurídico. A metodologia utilizada foi uma pesquisa bibliográfica em artigos e trabalhos afins. Percebe-se que, atualmente, há uma importância significativa na proteção de dados e na disseminação de informações via digital. Diante desse fato, estabelecer leis para regulamentar esse acesso e a divulgação dos dados passou a ser considerado de extrema necessidade. E o marco civil da internet surgiu para regular as relações intrínsecas ao uso da internet. Dessa forma, podemos então chegar a uma conclusão final no sentido de que o Marco Civil da Internet tem sua importância determinada pela garantia de que os dados dos usuários estejam seguros nos meios digitais, estão eles online ou não. Ressaltando que essas leis passam por constantes mudanças pelo poder legislativo na busca de encontrar pontos que possam impedir essa garantia de proteção aos dados dos usuários.

Palavras-chave: Informação. Internet. Marco Civil. Neutralidade da Rede. Responsabilidade.

The importance of the civil framework of the internet: literature review

Abstract: The purpose of this article is to highlight the importance of the civil framework of the internet in the legal field. The methodology used was a bibliographic research in

101 E-mail: keslysleite@unirg.edu.br

102 Professor Doutor do Curso de Direito pela Universidade de Gurupi – Tocantins. E-mail: vandosousa.adv@gmail.com

articles and related works. It is noticed that, currently, there is a significant importance in the protection of data and in the dissemination of information via digital. In view of this fact, establishing laws to regulate this access and the disclosure of data came to be considered of extreme necessity. And the civil framework of the internet emerged to regulate the intrinsic relationships to the use of the internet. In this way, we can then reach a final conclusion in the sense that the Marco Civil da Internet has its importance determined by the guarantee that user data is safe in digital media, whether they are online or not. Emphasizing that these laws undergo constant changes by the legislature in the search to find points that may prevent this guarantee of protection of user data.

Keywords: Information. Internet. Civil Framework. Network Neutrality. Responsibility.

Sumário: Introdução; 1. Internet e sua evolução; 2. Internet e Direito; 3. Direito a Informação; 4. Marco Civil da Internet; 4.1. Fundamentos Jurídicos do Marco Civil da Internet; 4.2 A importância do Marco Civil da Internet; Conclusão; Referências Bibliográficas.

Introdução

As redes virtuais modificam o modo de pensar e analisar a vida das pessoas como elas interpretam e leem sobre os acontecimentos e fatos ocorridos na sociedade de maneira célere, especialmente devido a ampla quantidade de informações que circulam na internet no dia-a-dia. Partindo do pressuposto que a internet e as novas tecnologias fazem parte do cotidiano das pessoas, seja profissional, pessoal visto que, as tecnologias digitais estão presentes 24 (vinte e quatro) horas por meio de celulares, aplicativos sociais, gerando novos valores e sensibilidade inovada sobre os fatos e acontecimentos em tempo real.

A Lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014, regulariza os atos ocorridos na internet e estabelece garantias, princípios, direitos e deveres na área virtual, tanto para distribuição

como utilização do serviço, preconizando os termos, sanções, objetivando a segurança, acessibilidade e privacidade dos usuários, protegendo os dados e o perfil dos indivíduos. Ressalta-se que, o Brasil foi o primeiro país a legislar sobre a temática.

Nesse contexto busca-se discutir e apontar a importância do marco civil da internet e da neutralidade da rede quanto a disseminação de informação por meio digital, a responsabilidade civil dos usuários e a privacidade das informações conforme as diretrizes da Lei supracitada, ressaltando que qualquer indivíduo, pessoal ou jurídica possui liberdade para utilizar os mecanismos da internet na busca e transmissão de informações, considerando o respeito pela proteção ao nome, honra e privacidade, imagem a liberdade e dignidade humana.

A principal linha de pesquisa é a liberdade de expressão e informação recomendada pela Lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014 determinando a neutralidade da rede e as questões relacionadas a implementação de mecanismos de proteção de maneira que a rede torne-se efetivamente democrática, inclusiva e participativa.

A escolha do tema se deu em vista da nova cátedra jurídica, o direito digital ficou mais evidente, com características próprias, amplas e diversificadas relacionadas na internet. Atualmente, possui uma legislação própria que aborda a temática, sustentando as compreensões de jurisprudências e aplicações da Lei que possam atender as propriedades contemporâneas da sociedade. A relevância pessoal deve-se ao fato de ser usuária da rede de internet e necessitar compreender a importância do marco civil da internet para os usuários e da responsabilidade civil de divulgação de dados e informações, e privacidade dos usufrutuários da rede. Cientificamente, espera-se que esse trabalho possa contribuir para contestar as verdades já pré-estabelecidas e buscar orientações sobre a neutralidade da rede de informações e da responsabilidade civil de dados disponíveis na internet conforme a Lei. N. 12.965/2014 e sua aplicabilidade e favorecer o aperfeiçoamento do sistema jurídico.

Com a criação da internet ocorreu uma grande evolução tecnológica, especialmente para fins econômicos, porém consolidou-se como uma ferramenta primordial na vida em sociedade. Hoje em dia, as relações sociais tanto quanto de consumo são direcionadas para o mundo virtual, em face disso, é mister criar uma legislação que atenda e proteja as necessidades da comunidade. Em virtude disso, o direito digital ganhou força, com características singulares para regular de maneira ampla e precisa as analogias na internet.

Vale ressaltar que, após vários anos sem uma legislação específica que abordasse essa temática, criou-se a Lei n. 12.965/2014 para regularizar as ocorrências na internet, considerando os direitos e deveres a serem adotados no ambiente virtual, para quem distribui a informação quanto para quem utiliza. Nesse contexto, pergunta-se: A Lei 12.965/2014 protege os direitos da personalidade dos usuários? A hipótese para esta questão encontra-se no teor da Lei que regulamenta sanções, termos, entre outros com a finalidade de uma ampla segurança, acessibilidade e privacidade dos usuários, ou ainda, legislar o uso da internet de maneira democrática.

Toda pessoa, seja física ou jurídica, pode empregar mecanismos da internet para transmitir e buscar informações, gerando ou podendo gerar um abuso de direito. Dessa forma, a inserção de conteúdos e a falta de limitação, são cada vez mais comuns de violação do direito inserido na internet. Assim, cabe a justiça brasileira, de acordo com doutrinas, leis, jurisprudências e costumes deliberar qual direito deverá prevalecer e quem será responsabilizado.

Nesse diapasão, é necessário fortalecer a proteção dos direitos no mundo virtual presentes na Lei n. 12.965/2014 conhecida como o Marco Civil da Internet considerando as facilidades e benefícios da internet para o cotidiano e serviços, não violando os direitos da personalidade.

A partir da referida constatação se faz necessário, através de uma revisão de literatura, destacar a importância do marco civil da internet no âmbito jurídico. Especificamente, apresentar um breve histórico e evolução da internet no Brasil; descrever os direitos da personalidade no mundo virtual, especificamente, o direito à privacidade e intimidade dos usuários; destacar a relação do direito sobre o marco civil da internet; descrever a aplicação da responsabilidade civil aos provedores virtuais sob a visão do pilar da neutralidade de rede.

1 Internet e sua evolução

De acordo com Paesani (2014) a internet surgiu em 1969, durante a guerra fria, por meio do desenvolvimento de um sistema de telecomunicações implementado pela Agência de Projetos Avançados do Departamento de Defesa dos Estados Unidos, um sistema capaz de resistir a um ataque nuclear. O sistema foi efetivado pela Road Corporation e denominado Arpanet.

O objetivo do projeto possui uma interligação de computadores capazes de interligarem ou seja, comunicar entre si ou com outras fontes sobressaindo dessa forma de situações complexas (RNP, 2007). Tal finalidade só foi possível com devido ao posicionamento de redes locais em lugares estratégicos do território americano, conectados entre si por meio de um sistema de telecomunicação geográfico (PAESANI, 2014). Nota-se que, desde sua origem, o sistema é descentralizado, resistente, dificultando a ordem jurídica de regulamentação (MARCACINI, 2016).

Castells (2011) ressalta que, em 1973, o exército foi o primeiro a utilizar a rede por meio do Protocolo de Controle de Transmissão ou seja, Protocolo Internet (TCP/IP), permitindo a networks com sistemas e programas incompatíveis a comunicação entre si, criando uma rede conhecida hoje por internet.

Durante os anos 80, o projeto original foi separado em civil e militar, sendo o primeiro utilizado por instituições de ensino e educação e empresas da área da informática dos Estados Unidos, disseminando assim, dentro da comunidade acadêmica a informação. O projeto foi financiado pelo National Science Foundation e majorou o número de usuários e computadores conectados ao longo dos anos (MORAIS, LIMA, FRANCO, 2017).

Já em 1990, todos os computadores nos Estados Unidos da América estavam registrados com o protocolo TCP/IP e os provedores de serviços de internet montaram suas próprias redes, iniciando dessa forma a operação privada da internet e ampliando a comunicação fora da comunidade acadêmica. Inicialmente, as funções eram restritas aos serviços básicos como transferência de arquivos, acesso remoto de computadores e correio eletrônico (MARCACINI, 2016).

A explosão da internet no mundo foi proporcionada pelo “www” o World Wide Web, constituído por documentos cujo texto, imagem e som são ampliados permitindo ao usuário acessar conteúdos sendo necessário o conhecimento de protocolos de acesso, modificando a internet para um veículo de comunicação em massa (PAESANI, 2014).

Em 1991, Tim Berners Lee e Robert Cailliau lançaram no “www” um software de navegador de internet, denominado de hipertexto de World Wide Web pelo Laboratório Europeu para a física de partículas, favorecendo ao usuário acrescentar e obter informações de qualquer e para qualquer computador. Castells (2011) várias versões foram criadas inspiradas no navegador comercial Netscape Navigator e em 1995 a Internet Explorer criado pela Microsoft junto com o software Windows 95.

Segundo a Rede Nacional de Pesquisa (2007), o “www” como caráter multimídia favoreceu o compartilhamento de gráficos, sons, fotografias, imagens de vídeo além dos textos. Nesse contexto, a internet impulsionou a rede acadêmica em uma fase de comercial

de serviços. De acordo com Castells (2011), a Internet permitiu a interconexão de todas as redes de computadores em qualquer lugar do mundo, funcionando com software apropriado e diversos navegadores de fácil acesso à disposição da população. Embora a internet tenha surgido na década de 60, a maior parte das pessoas consideram seu surgimento somente em 1995.

A evolução da internet foi dividida em três fases: Web 1.0, 2.0 e a 3.0. A primeira, foi assinalada pela ampla quantidade de informações disponíveis para o usuário, sem, porém, possibilitar reeditar ou alterar o conteúdo, cabendo-lhe somente o papel de simples expectador. Outro fator foi a disseminação dos serviços disponíveis na rede de forma rápida, aumentando o faturamento de empresas visto que a maioria dos serviços eram controlados por licenças e pagos (PAESANI, 2014).

Coutinho e Júnior (2017) ressaltam que inicialmente a internet era pouco acessível, cenário modificado pela democratização e evolução de tecnologias. Com o passar dos anos a internet evoluiu e a Web 2.0 foi utilizada em 2004 pela primeira vez, e a internet passou a ser vista, não somente como um meio de disseminar a informação e comercializar os serviços, mas como uma plataforma de colaboração, cooperação e interação dos usuários.

Segundo Trein, Schlemmer (2019), a passagem da Web 1.0 para Web 2.0 aconteceu de maneira célere, aparecendo diversas metodologias próprias para Wikipédia, Postcast, Blog, a mudança de status do usuário que passou a ser visto como produtor e consumidor, facilitando a criação e edição de conteúdos por meio digital e ampliando o número de métodos, e o crescimento do número de servidores que disponibilizam páginas online gratuitamente.

Morais, Lima, Franco (2017) destacam que a Web 3.0 possui programas que analisam informações mais precisamente e com menos trabalho, tornando os computadores mais eficientes na organização e análise de informação existente online,

possibilitando assim aos aparelhos interpretar as preferências dos usuários e ajuda-los em sua navegação.

Dessa forma, a internet amplia ainda, seu alcance de forma global, demonstrando que 4,1 bilhões de pessoas no mundo usam a internet, correspondendo a 53,6% da população mundial, sendo que nos países menos desenvolvidos somente 20% da população está conectada. Esses dados foram divulgados no relatório de 2019 da União Internacional de Telecomunicações que destacou ainda que 57% das famílias possuem internet em casa. Dessa forma, pode-se dizer que no contexto histórico e atual, a internet e o acesso à Web são ferramentas essenciais para a vivência plena na sociedade moderna.

Castells (2011) iguala a relevância da Internet a Energia Elétrica, visto que, ambas servem de bases organizacionais para a sociedade. Ou seja, todos os tipos de atividades, sociais, políticas, econômicas ou culturais estão estruturadas em torno da internet, sendo prejudicial a privação de seu acesso ao usuário.

Morais, Lima, Franco (2017) destaca que através de recursos de comunicação entre dois ou mais computadores define a rede de computadores possibilitando a troca de informações entre os mesmos por meio de hardware e software. Transmissão essa que podem ser classificadas em redes de difusão que tem somente um canal de comunicação, compartilhado por todos os terminais e em redes de ponto, onde as conexões acontecem entre pares individuais de computadores.

2 Internet e Direito

De acordo com Singh, Mishra e Bapat (2021), a ciência do Direito, por meio de doutrinas e pesquisas, tem por finalidade regular as relações sociais, cujo objetivo é manter a ordem social. Contudo, a sociedade está em constante evolução e transformação, e o Direito seguir essas tendências. Na sociedade contemporânea, as alterações são céleres,

portanto é essencial que as informações sejam trocadas e transmitidas de maneira mais rápida.

Gusmão (2020) relata que no mundo moderno, a internet possui um papel de versatilidade proporcionando vantagens nesse contexto célere que é exigido atualmente. Seu uso permite o acesso à informações dos mais distintos contextos, em todas as partes do mundo, permitindo ao usuário estar conectado com as novas tendências e problemas mundiais.

Na ciência do Direito, o uso da internet é imprescindível, pois facilita não só a comunicação mas, a redução dos custos. Através da rede, os serviços tem majorado de forma geométrica. No campo jurídico muitos serviços já estão disponíveis aos navegantes (browser) da rede, destacando: os Tribunais por meio das Home pages, como o Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Regional do Trabalho, Tribunal Regional Federal, Tribunal de Contas da União, Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça de vários estados brasileiros. De um modo amplo, as home pages dos tribunais possuem poucos recursos com informações e dados concernentes à composição, histórico, competência, jurisprudência, membros, súmulas e notícias sobre seminários, cursos, concursos e a possibilidade de acompanhar processos por meio de Renpac (serviço fornecido pela Embratel), Telnet (terminal remoto ao servidor de dados do tribunal; “www” que fornece informações sobre andamento de processos e acompanhamentos jurídicos (SINGH, MISHRA, BAPAT, 2021).

Ainda no campo jurídico pode encontrar na Web informações de processos da Procuradoria Geral da República, alterações legislativas, eventos jurídicos e concursos e serviços de utilidade pública. Possui também acesso a revistas eletrônicas que tem por objetivo prestar ajuda aos profissionais e aos acadêmicos de Direito. Possui ainda na internet, sites úteis como empresas fornecedoras de softwares jurídicos, livros, legislação on line, associações, escritórios e institutos jurídicos (CARVALHO, 2014).**3**

Direito à informação

Segundo Araújo, Júnior (2002) relata que o direito a informação possui seu conceito centrado e formado em anos de evolução histórica do direito na sociedade, necessitando de diversos pontos entre ordenamentos a declarações que atingisse o ideal no sistema jurídico e ser considerado direito fundamental atualmente.

Uma das grandes influências para a formação do direito à informação foi a declaração do Homem e do Cidadão de 1789, documento que preconizava os direitos individuais e coletivos dos homens como universais, tendo por intenção a introdução dos direitos humanos na legislação, servindo de base para a Declaração Universal dos Direitos Humanos (PIOVESAN, 2013).

A legislação brasileira instituiu, anos depois, a Lei da Imprensa, decretada após o regime de ditadura militar em 1967, para contribuir com o direito como conhecemos. Essa Lei, restringia a liberdade de expressão e disseminação da informação durante o período ditatorial, e ainda foi utilizado mesmo depois do término do regime autoritário, extinguindo as penas severas em casos de calúnia, injúria e difamação, até abril de 2009 (LUCCA, FILHO, 2010).

Na Carta Magna de 1988, o direito à informação foi ampliado à condição de direito fundamental, passando a assegurar a todos o acesso à informação, como previsto no artigo 5º inciso XIV que assim expressa: "*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: [...] "XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional"* (BRASIL, 1988)

Segundo Araújo, Júnior (2002), a informação destacou em 1990 com o Código de Defesa do Consumidor, sendo considerada pela Lei um dever, um direito, um princípio e uma prática comercial vedada, com um nível de relevância que o micro sistema lhe confere, para obter a efetiva proteção dos interesses nele tutelados.

Outra manifestação do direito à informação consta na Lei de Licitações, observando a publicidade dos atos praticados, regidos pelo edital de licitação no que concerne a isonomia, e a observância da ilegalidade (GUERRA, 2014). O Direito à informação também previsto na Lei de Acesso a Informação (Lei n. 15.527/2012) com a finalidade de pôr fim a lacuna legislativa que havia sobre a matéria. O grau de importância atribuído pela constituição foi colocado no rol dos direitos fundamentais. Porém, o direito à informação segundo Pereira (2016), no conceito não difere do conceito de direito, pois ambos não possuem uma definição única das ciências naturais, mas conceituações compreensíveis considerando os pontos de vista e o uso que se deseja realizar.

Sarlet (2014) ressalta ainda que o direito à informação é uma espécie de um dever do estado como afiançador da realização de um bem comum, permitindo fornecer informações que lhe sejam de interesse público, e que dizem respeito à própria pessoa, ou seja, segundo Vancin e Neves (2019) trata-se de um direito público subjetivo assegurado pela constituição. Ressalta-se que, no âmbito da administração pública não pode haver segredo, pois se está diante de bens e serviços que dizem respeito a coletividade e não à pessoa dos que exercem o poder. O direito em comento envolve ainda o direito de comunicação, de expressar uma ideia, um pensamento, uma manifestação entre outros.

Quando esse direito é violado, a constituição previu a reparação da lesão, a saber, o mandado de segurança e o habeas data. Por se tratar de direito fundamental é também uma cláusula pétreia impedindo qualquer tentativa de alteração da constituição para restringir direitos (GUSMÃO, 2020).

4 Marco civil da internet

Em 23 de abril de 2014, foi aprovada a lei que regula o uso da internet no Brasil, é a Lei n. 12.965/14, com a finalidade de dar fim a lacuna existente nas relações jurídicas realizadas por intermédio da internet, estabelecendo princípios, garantias, bem como direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, popularmente denominada de Lei do Marco Civil da Internet.

O conceito de internet disposto no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14), no artigo 5º: *"Art. 5º Para os efeitos desta Lei, aprecia-se - internet: o sistema composto do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a intenção de permitir a comunicação de dados entre terminais por meio de distintas redes"*; Logo, efetiva a leitura do artigo 2º da Legislação Marco Civil da Internet, que trata dos fundamentos do uso da internet. Ou seja: *"Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: I - o reconhecimento da escala mundial da rede; II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; III - a pluralidade e a diversidade; IV - a abertura e a colaboração; V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VI - a finalidade social da rede"* (BRASIL, 2014)

E ainda, o artigo 3º da Lei n. 12.965/14 que preconiza os princípios que devem guiar a regulamentação e utilização da internet: *"Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; IV - preservação e garantia da neutralidade de rede; V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas*

atividades, nos termos da lei; VII - preservação da natureza participativa da rede; VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei. Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Ressalta-se que, a norma faz referência à proteção de dados nos termos de Lei específica, que ainda não foi editada.

"O art. 4º do Marco Civil da Internet apresenta os objetivos da disciplina do direito digital no Brasil, quais sejam: (a) o direito de acesso à internet a todos; (b) acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos; (c) inovação e fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e (d) adesão aos padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados".

O art. 7º da L. 12.965 pode ser compreendido como uma versão para o direito digital do art. 5º da Constituição Federal, que trata dos direitos fundamentais. Desta forma, essencial uma leitura atenta do texto legal. *"Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização; V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet; VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua*

qualidade; VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet; IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei; XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet; XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet".

Segundo os preceitos constantes no dispositivo supracitado, percebe-se que os incisos II e XII também dependem de lei formal a ser editada para a devida regulamentação dos institutos. O princípio da unicidade do ordenamento jurídico, evidencia a integração dos princípios dispostos com outros institutos do sistema jurídico brasileiro. Ressalta-se ainda que, o Marco Civil da Internet foi regulado pelo Decreto 8.771/16, não desassociando da Lei n. 12.965/14 que tratam das hipóteses admitidas de discriminação de dados na internet e de degradação de tráfego, dos procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de aplicações e conexões e ainda, medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e parâmetros para apuração e fiscalização de infrações (SINGH, MISHRA, BAPAT, 2021).

4.1 Fundamentos Jurídicos do Marco Civil da Internet

Vancim e Neves (2019) destaca que o direito à informação foi de grande necessidade de regulamentação, visto que o usuário passa a ter direito reconhecido em lei de não ter seus dados, blogs, hábitos de navegação repassados a outras pessoas sem o seu consentimento expreso e livre.

A Lei do Marco Civil da Internet regulamentou sobre registros de navegação, assim como, a monitoração ilegal de dados, visto que, à medida que um sujeito se dispõe a navegar pela internet sua privacidade fica totalmente comprometida, já que toda vez que o usuário clique deixa um rastro marcado pela rede e, conseqüentemente os seus hábitos, suas necessidades, seus vícios e suas preferencias (GUERRA, 2014).

Vancim, Neves (2019) destaca que o sigilo de comunicações armazenadas se dá não somente no dispositivo mas também nos provedores de internet, que detêm informações de seus usuários, conforme o art. 10 da lei, transcrita abaixo: *“Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. § 1o O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7o.”.*

Vale ressaltar que, um mero acesso a um endereço na web, já arrola uma enorme quantidade de registros. A Lei n. 12.965/2014 prevê sanções para o descumprimento desses artigos.

4.2 A importância do Marco Civil da Internet

No âmbito universal sobre a positivação do direito e proteção na internet regulamentou-se a o Marco Civil da *Internet* que regula o acesso a internet e a proteção de dados. O Brasil é um dos pioneiros ao adotar o princípio da neutralidade, que assegura a mesma qualidade de acesso à rede mundial de computadores para todos os usuários, sem distinção. Além disso, é um importante avanço para a normatização do uso da rede mundial de *computadores*, pois regula e restringe a ação de pessoas que faziam mau uso dos recursos da rede mundial de computadores (GUERRA,2014).

Antes do Marco Civil, não existia uma legislação própria que tratasse de situações danosas que *aconteciam* no mundo digital, por exemplo a divulgação de imagens e dados de maneira indiscriminada e sem proteção do usuário, tornando-se imprescindível a aplicação de leis que nem sempre amparavam totalmente o caso concreto, como o Código Civil (PEREIRA,2016). Vale ressaltar que, o Código Civil era empregado para resolver conflitos ocasionados das relações virtuais, como invasões de privacidade, envio de mensagens não solicitadas entre outras.

Lemos (2014) destaca que o Marco Civil da internet passou a ser importante para a sociedade especificamente, no que tange a privacidade e proteção das informações. Vale ressaltar que a *internet* não pertence somente a um país, mas é um instrumento mundial que não pode ser controlado exclusivamente por uma nação. Ainda, é disposto a proteção dos direitos humanos, o exercício da cidadania em meios digitais e o desenvolvimento da personalidade, afirmando que tanto os direitos humanos, quanto, a proteção dos direitos fundamentais e de personalidade, sejam protegidos no ambiente virtual.

O autor ressalta ainda, a defesa da pluralidade e diversidade, não havendo discriminação, a internet deve ser aberta, livre, colaborativa, assegurando o seu desenvolvimento de uma maneira que abranja os interesses sociais, a inovação a liberdade

de criar, desenvolver negócios ao fundamentar na livre iniciativa, defesa do consumidor e livre concorrência.

Para o magistrado Paulo Gustavo Gonet Branco, afirma que o indivíduo possui a necessidade do direito à privacidade, ou seja, de não ser foco da observação por terceiros e não ter seus dados, informações particulares e assuntos pessoais expostos ao público em geral (BRANCO, 2021).

Nesse argumento, entende-se que o Marco Civil determina que os provedores de conexão à internet não interfiram no conteúdo que o usuário consome, ou seja, não discriminem aplicativos, sites e plataformas com preços elevados ou apartados do pacote. Uma decisão relevante especialmente porque as empresas já estavam bloqueando os serviços por meio de download de torrents. Visto que, se todos os dados trafegarem na mesma velocidade, a ideia de neutralidade não existe. Ou seja, a neutralidade de rede é um tratamento igual de informações, não interessando o tipo de conteúdo (PEREIRA, 2016).

A proteção dos dados, também é uma preocupação relevante e portanto, foi sancionada a Lei Geral de Proteção de dados do Brasil, que estabelece regras sobre armazenamento, coleta, tratamento e compartilhamento de dados pessoais, infligindo maior proteção e penalidades caso o não cumprimento da mesma. Essa é a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, que altera a maneira como os dados pessoais são tratados e permite penalidades mais expressivas com multas de até 2% do faturamento com limite de até cinquenta milhões (BRASIL, 2018). Ressalta-se ainda que, a Lei preconiza também que os dados pessoais podem ser anonimizados, não sendo cabível que após a anonimidade a identificação do proprietário dos dados sejam possíveis. Lembrando que a neutralidade de rede impede que provedores de conexão de rede cobrem valores distintos de usuários pelos conteúdos que acessam, com a rede neutra, os provedores só podem cobrar por velocidade de conexão.

Conclusão

Pela exposição realizada, podemos constatar que, o Marco Civil da Internet tem o propósito de afiançar que todos os usuários tenham condição digna em termos de experiência tecnológica, possuir cidadania digital, desenvolver personalidade desde o acesso até o processamento dos dados e responsabilidade dos danos.

De igual modo, todas as informações vinculadas aos meios de comunicação devem ser verídicas, claras e precisas e os dados não podem ser repassados para terceiros de maneira oculta. Não deixando de considerar o princípio da segurança, onde é assegurado que a empresa tenha meios e tecnologias para proteger todo e qualquer dados pessoas e tomar medidas para resolver qualquer incidente, ou seja, perda ou comunicação de dados.

Corroborando com a conclusão acima, é possível observar que com o transcorrer do tempo as soluções para aplicação, distribuição e uso dos ciberespaços são determinados pela lei do Marco Civil da internet que é uma lei ordinária federal visando a constituição da internet com a funcionalidade de estabelecer deveres, princípios, direitos e garantias do uso da internet no Brasil.

Baseados nos argumentos acima expostos e, ainda no fato de que a lei que trata do Marco Civil da internet determina uma série de diretrizes que devem ser seguidas por todos os envolvidos para assegurar a aplicação e distribuição dos dados digitais. Considerando os princípios da lei que são neutralidade de rede, liberdade de expressão e privacidade.

No entanto, é importante observar que a questão também deve ser observada não somente do ponto de vista jurídico, mas social. Lembrando que a lei não aborda apenas os princípios de segurança na internet, mas os deveres e garantias de sua utilização,

considerando que os regulamentos e termos devem ser descritos na lei e garantir que não haja nenhuma brecha para o descumprimento dessa regra e nem entre as informações.

Nesse contexto como forma de cumprir tanto a lei do Marco Civil da Internet, como a Lei de Proteção de dados, pois ambas se complementam na proteção de informações pessoas dos indivíduos, onde o Marco Civil estabelece as garantias dos usuários nas redes, como a utilização dos dados, proibição de compartilhamento e exclusão das informações depois do encerramento de relações jurídicas entre o usuário e o provedor, e a Lei de proteção de dados, possui como cunho os direitos, os princípios, deveres e valores regulamentados de maneira específica.

Dessa forma, podemos então chegar a uma conclusão final no sentido de que o Marco Civil da Internet tem sua importância determinada pela garantia de que os dados dos usuários estejam seguros nos meios digitais, estão eles online ou não. Ressaltando que essas leis passam por constantes mudanças pelo poder legislativo na busca de encontrar pontos que possam impedir essa garantia de proteção aos dados dos usuários.

Referências

ARAUJO, Luiz Alberto David. JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**, 6ª edição, editora Saraiva, 2002

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. rev. atual. – São Paulo, 2021

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 23 abr. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 14 03 2022

BRASIL. **Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016**. Regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por

provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. Brasília, 11 maio 2016. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8771.htm. Acesso em: 14 03 2022

CARVALHO, Ana Cristina Azevedo. **Marco Civil Da Internet No Brasil**, 1ª edição, editora Alta Books, 2014.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**: Reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011

COUTINHO, Clara Pereira; BOTTENTUIT JUNIOR, João Batista. **Blog e Wiki**: os futuros professores e as ferramentas da Web 2.0. 2007. Disponível em:

<https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/7358>. Acesso em: 12 03 2022

GUERRA, Sidney. **O Direito à Privacidade na Internet**, 1ª edição, editora América Jurídica, 2014.

GUSMÃO, Gustavo. "**Uma lei internacional da internet é inviável**", diz Demi Getschko, um dos pioneiros da rede no Brasil. 2020 Disponível em

<<http://info.abril.com.br/noticias/itsolutions/2020/06/uma-lei-internacional-da-internet-e-inviavel-demi-getschko-um-dospioneiros-da-rede-no-brasil.shtml>>. Acesso em 14 03 2022

LEMOS, Ronaldo. O marco civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil. In **Marco Civil da Internet**. George Salomão, Ronaldo Leite (coordenadores). São Paulo: Atlas, 2014. p. 04

LUCCA, Newton. FILHO, Adalberto Simão. **Direito & internet** – Aspectos Jurídicos Relevantes, 1ª edição, editora Edipro, 2010.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Aspectos Fundamentais do Marco Civil da Internet**: Lei nº 12.965/2014. São Paulo: Edição do Autor, 2016.

MORAIS, Carlos Tadeus Queiroz de; LIMA, José Valdeni de; FRANCO, S. R. K. **Conceitos sobre Internet e Web**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2017.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet**: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014

PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à Intimidade na Internet**, 4ª edição, editora Juruá, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**, 2ª edição, editora Max Limonad, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 4ª edição, editora Livraria do Advogado, 2014.

SINGH, Tanmay; MISHRA, Anandita; BAPAT, Krishnesh. **Why don't they just stop stopping the internet?** Verfassungsblog — On Matters Constitutional, 26 out. 2021. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.17176/20211026-183052-0>. Acesso em 14 03 2022

TREIN, Daiana; SCHLEMMER, E. D. R. Projetos de aprendizagem baseados em problema no contexto da web 2.0: Possibilidades para a prática pedagógica. Revista **E-Curriculum**, São Paulo, v. 4, ed. 2, 2019.

VANCIM, Adriano Roberto. NEVES, Fernando Frachone. **Marco Civil da Internet**, 2ª edição, editora Mundo Jurídico, 2019.

ESTUDO SOBRE O ESTELIONATO SENTIMENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

JOVELINO SABINO RODRIGUES FILHO:
Acadêmico do Curso de Direito da Universidade
de Gurupi - UnirG¹⁰³

MARCO ANTÔNIO ALVES BEZERRA
(orientador)

RESUMO: Em consideração aos recorrentes delitos de estelionato cometidos contra vítimas, na maioria das vezes, do gênero feminino, mediante a implementação de fraude sentimental, este trabalho científico de conclusão de curso se destina a discorrer sobre o conceito e caracterização do Estelionato Amoroso ou também conhecido como sentimental, buscando assim alinhar o texto da pesquisa com o ordenamento jurídico atual. Apesar de ser comum a criação de uma série de expectativas quando do início e no decorrer de um relacionamento afetivo, esse estudo se debruça em situações em que a vítima é levada a abrir mão de bens materiais, dinheiro e propriedades, mediante a utilização de uma fraude, que caracterize o crime contido no artigo 171 do Código Penal em suas formas e elementos. Assim, o estelionato amoroso, que pode ocorrer tanto de forma presencial quanto de forma virtual, posto que esse meio de ultrapassar as barreiras do real para o ambiente virtual não inibe de nenhuma forma como atingir o psicológico da pessoa. Portanto, o trabalho pontua principalmente a possibilidade jurídica de responsabilização criminal e cível para tais situações, mediante a implementação de uma análise bibliográfica e descritiva da legislação, da doutrina e da jurisprudência disponível no Brasil.

Palavras-chave: Estelionato amoroso. Violência Psicológica. Responsabilidade. Ordenamento Jurídico.

ABSTRACT: In consideration of the recurring crimes of embezzlement committed against victims, most of the time, of the female gender, through the implementation of sentimental fraud, this scientific work of conclusion of course is intended to discuss the concept and characterization of Embezzlement Amoroso or also known as sentimental, thus seeking to align the text of the research with the current legal system. Although it is common to create a series of expectations at the beginning and during the course of an affective relationship,

103 Contato: jovelinosrfilho@unirg.edu.br

this study focuses on situations in which the victim is led to give up material goods, money and properties, through the use of a fraud, which characterizes the crime contained in Article 171 of the Penal Code in its forms and elements. Thus, the love fraud, which can occur both in person and virtually, since this means of overcoming the barriers of the real to the virtual environment does not inhibit in any way how to reach the person's psychology. Therefore, the work points out mainly the legal possibility of criminal and civil liability for such situations, through the implementation of a bibliographical and descriptive analysis of the legislation, doctrine and jurisprudence available in Brazil.

Keywords: Loving larceny. Psychological violence. Responsibility. Legal Order.

INTRODUÇÃO

Em tempos em que facilmente se falsificam relações com certa facilidade, o mesmo se dá com os sentimentos entre os indivíduos. De modo que, pode ocorrer um relacionamento em que uma das partes esteja simulando o afeto que nutre perante o outro, o que normalmente se dá em relações constituídas à distância.

Utilizando-se do afeto que a outra pessoa nutre, quase sempre sem racionalidade, muitos criminosos se passam por envolvidos emocionalmente, mas com finalidade única de alcançar benefícios materiais, bens e valores, mediante fraude.

Dentre os mecanismos atuais de comunicação entre as pessoas na atualidade, pode-se considerar a internet o maior meio de contato entre as pessoas e também de interações sociais, podendo os indivíduos estarem a quilômetros de distância e mesmo assim conversar como se presente estivesse.

Em que pese se destine à aproximação das pessoas, através dessas novas tecnologias, que vêm muitas vezes de forma benéfica, existem também pessoas que utilizam das redes para praticar o crime de estelionato, que pode se utilizar não apenas de um produto, um serviço, mas também um sentimento.

Deste modo, considerando o crescimento das interações de cunho amoroso de forma virtual, a presente pesquisa apresenta como objeto de estudo o estelionato amoroso ou sentimental, onde o indivíduo se vale da intenção amorosa da vítima para poder conseguir bens e dinheiro, com destaque para a responsabilização do autor do fato segundo a recente doutrina e jurisprudência.

Assim, este trabalho conceitua essa modalidade e discorre sobre o seu amparo no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando a forma como agem os criminosos para ludibriar as vítimas.

MATERIAIS E MÉTODOS

Apresentado para à Universidade de Gurupi, este estudo jurídico consiste em trabalho de conclusão de curso desenvolvido mediante pesquisa bibliográfica, uma vez que analisa posicionamentos já publicados; selecionados mediante buscas em sites, documentos, legislação vigente e doutrina; analisados através da metodologia de análise de dados de forma descritiva, nem necessidade de aprovação junto ao Comitê de Ética em Pesquisa, por não se basear em intervenção ou abordagem direta junto aos seres humanos, sem risco ao sujeito.

1 AS RELAÇÕES AMOROSAS VIRTUAIS E O DIREITO BRASILEIRO

Os avanços tecnológicos em comunicação se tornaram destaque nas últimas décadas, especialmente pela facilitação obtida através do uso da rede mundial de computadores: a internet significa um importante mecanismo de contato entre os indivíduos em todo o mundo.

No novo contexto social, a comunicação mantém a sua relevância para a manutenção das relações, mas com um novo método de realização, que não mais

depende do contato presencial entre os interlocutores, podendo se dar em locais diferentes do mundo.

Tal feito foi possibilitado pelo desenvolvimento da tecnologia da Internet (ou *www* – world wide web), que é uma rede mundial de computadores que estão conectados, servindo, inclusive, de suporte para desenvolvimento de outras tecnologias, como os próprios aplicativos de comunicação como: WhastApp, Telegram, Teams, Instagram, Outlook, Google, etc.

O uso desta tecnologia modificou profundamente a estrutura das relações humanas, possibilitando a execução de atividades profissionais à distância, a realização de complexas transações financeiras, a criação de moedas virtuais, a criação de novas profissões e novos tipos de bens intangíveis, a prestação de serviços digitais, entre vários outros aspectos (TEÓFILO e RODRIGUES, 2022, p. 01).

Com a implementação da internet na sociedade, tem-se o surgimento do que se denomina ciberespaço, como uma nova realidade de convivência e interação social, mas com ampla importância na vida das pessoas (GLASENAPP e VOLPI, 2017).

Evidente que, da ampla utilização da internet, tal uso não se limita ao desenvolvimento de atividades sociais, financeiras e laborais, mas também se apresenta o manuseio das ferramentas virtuais para a construção de relacionamentos amorosos entre os usuários.

A psicóloga Ana Lúcia Ody Henkel destaca a mudança dos relacionamentos humanos:

As relações humanas mudaram, assim como o mundo em que ocorrem os relacionamentos também mudou. Neste mundo contemporâneo a Internet desponta como um fenômeno social na esfera dos relacionamentos humanos, sendo que os sites de namoro e os aplicativos apresentam-se como um importante instrumento de acesso ao outro.

Os aplicativos de relacionamento apresentam uma imensa gama de

possibilidades tanto de escolhas quanto de formas de viabilizar as escolhas ou de estabelecer a relação. Nos dias de hoje, pode-se afirmar que a Internet se tornou uma via fundamental para contatos sociais (HENKEL, 2018, p. 01).

De fato, os aplicativos de relacionamento proporcionam ao usuário conhecer novas pessoas, todas elas com o mesmo interesse de se relacionar afetivamente e também sexualmente. Como fator negativo, tem-se a exposição de pessoas como se fosse coisas, bens de consumo.

As relações, tendo essa característica de bem de consumo, e as pessoas, sendo consideradas mercadorias, levam aplicativos como o Tinder e outros a ser “vitrines de pessoas”. Os pretendentes ficam “expostos” através de um perfil para serem “arrematados” por quem der o melhor lance/cantada. A diferença das negociações comerciais propriamente ditas está no fato de ambas as pessoas envolvidas serem compradoras e mercadorias ao mesmo tempo, sendo a avaliação mútua nessa “transação” (GLASENAPP e RODRIGUES, 2017, p. 06).

Por outro lado, considerando que as pessoas que buscam as relações virtuais estão cientes do procedimento adotado e concordam com os métodos de comunicação, o lado positivo consiste no aumento da possibilidade de relação, com a construção de relacionamentos que se propagam por muitos anos, chegando à construção de famílias, nas melhores hipóteses.

Uma característica positiva que cabe salientar é que as possibilidades relacionais foram ampliadas enormemente com o advento dos aplicativos e da Internet. Hoje, conhecer pessoas de lugares distantes e distintos tornou-se muito mais fácil e acessível do que era antigamente. Muitas são também as relações que dão certo por meio de aplicativos e muitos conhecem as pessoas com quem viverão uma vida inteira (GLASENAPP e RODRIGUES, 2017, p.11).

Contudo, além de todos os fatores até aqui apresentados, há também uma crescente necessidade de tomada de cuidado no decorrer desses relacionamentos, haja

vista que, assim como se dá nos demais setores da sociedade, existem aquelas pessoas que se aproveitam para cometer crimes e obter vantagem ilícita mediante fraude amorosa.

Sendo assim, um dos fenômenos mais recentes e preocupantes se denomina estelionato sentimental ou amoroso.

2 O ESTELIONATO SENTIMENTAL: DEFINIÇÃO E O PERFIL DA VITIMA E DO ESTELIONATÁRIO

Com a implementação dos meios virtuais de comunicação, auxiliado pela popularização do uso das redes sociais e aplicativos de relacionamento, são cada vez mais comuns os relatos de pessoas que disseram ter sido enganadas sentimentalmente por indivíduos que lhes deram, em decorrência disso, sérios prejuízos materiais.

Em decorrência de tais situações, surgiu um novo termo no meio jurídico para denominar as fraudes amorosas as quais muitas pessoas são vítimas: o estelionato sentimental.

O termo foi inicialmente utilizado por uma brasileira que, apaixonada, deixou-se ludibriar pelo parceiro que, aproveitando-se da fase enamorada da mesma lhe prometia casamento enquanto requisitava (e era atendido) com vários empréstimos e depósitos em conta corrente, prometendo que seriam quitados assim que conseguisse a tão sonhada estabilidade financeira. Passados alguns meses, o namorado retomou o casamento com a ex-mulher, deixando a apaixonada provedora descrente no amor e no recebimento dos valores que havia desembolsado. Ela então ajuizou uma ação buscando o ressarcimento dos danos materiais (os empréstimos totalizaram R\$ 101.537,71) e morais sofridos. Em sua defesa, o Réu alegou que o desembolso dos valores deviam ser considerados "mimos", presentes doados espontaneamente e, como tal, não era de bom tom exigir a devolução ou ressarcimento. O Juiz de primeiro grau aceitou as alegações da autora, afirmando que embora a ajuda financeira no curso de uma relação não seja ILÍCITA

(ou seja, não é contrária à lei), a questão posta nos autos na verdade configura abuso do direito de ajuda e desrespeito aos deveres decorrentes da boa-fé objetiva: lealdade e confiança. Assim, o requerido foi condenado em primeiro grau a ressarcir integralmente o valor dos empréstimos, tendo a decisão sido confirmada em grau de recurso (SPAGNOL, 2016, p. 01).

Portanto, diz-se que ocorre o estelionato sentimental quando, “no campo dos relacionamentos, um dos parceiros age com má-fé e, de forma proposital, se utiliza do afeto alheio para obter vantagens pessoais” (SPAGNOL, 2016, p. 01).

Neste sentido, trata-se de conduta caracterizada por um comportamento específico do estelionatário sentimental, que nas palavras de Cristiane Dupret, consiste no aproveitamento da condição da vítima, normalmente apaixonada pelo autor do fato.

Assim, o estelionatário sentimental se aproveita do fato de a vítima estar apaixonada, acreditando que a relação amorosa é verdadeira e está sendo construída na base da confiança. Contudo, após iludir a vítima, o sujeito começa a realizar pedidos de ajuda financeira, empréstimos com a promessa de recompensa e ressarcimento futuro, sem que nunca haja uma devolução destes valores.

Em outras palavras, o estelionatário se vale dos sentimentos da vítima, envolvendo a vítima com declarações, e da confiança amorosa típica de um casal, além de promessas, como a de um futuro casamento, a induzindo e mantendo em erro, com o intuito de obter vantagens, praticando assim estelionato afetivo (DUPRET, 2022, p. 01).

Da lição citada, é fácil constatar os métodos utilizados pelo agente estelionatário sentimental, os quais levam à vítima a conceder o seu consentimento acerca de transações financeiras de forma viciada, já que o faz movida por um sentimento amoroso e pela crença de reciprocidade da outra parte.

Quando se fala em “estelionato sentimental”, há que se destacar o uso de artifício, malícia, astúcia, resultando em verdadeira fraude intelectual, ou seja: a vítima é induzida ao erro, através de uma falsa

percepção da realidade, mantendo-se nessa condição até que se alcance o objetivo desejado. Induzindo a vítima a acreditar que há recíproca de sentimentos, o aproveitador cativa-a pelos laços afetivos e conquista sua confiança, muitas vezes colocando-se como a parte frágil e dependente da relação. Sentindo-se envolvida, a vítima abandona a razão e decide com base no sentimentalismo, cedendo aos pedidos do “estelionatário”. Por isso se diz que há um “vício de consentimento”, eis que a pessoa enganada não possui noção perfeita do que está acontecendo. Muitas vezes, a vítima é induzida a acreditar que há a recíproca sentimental. (STAGNOL, 2016, p. 01)

Na prática, existem vários relatos de mulheres vitimadas por estelionatários mediante o acesso a redes sociais e aplicativos de relacionamento amoroso, instrumento muito utilizado pelos indivíduos, em razão da facilidade em alterar sua imagem e informações pessoais.

Também buscando ressarcimento de valores subtraídos por um golpista que se utilizava do aplicativo Tinder, 25 mulheres de cinco Estados e do DF criaram grupos via WhatsApp para, em conjunto, receber denúncias, rastrear e alertar os novos alvos do acusado. Seu método era muito simples: conhecia mulheres a quem se apresentava como o verdadeiro “príncipe encantado”: charmoso, educado, culto e louco para casar. Em pouco tempo, conquistava a confiança das vítimas e falava dos problemas financeiros, convencendo-as a emprestar dinheiro que seria devolvido em breve, sumindo em seguida (STAGNOL, 2016, p. 01).

A fraude inicia-se com um pedido de ajuda financeira. Nos argumentos utilizados pelos golpistas se destacam as promessas de devolução do dinheiro, que seriam utilizados para pagamentos de contas e cartão de crédito, tudo sob a promessa de futura devolução das quantias.

Diante do que se viu até o momento, com o aumento de práticas que violam direitos dos usuários, tornou-se uma pauta relevante para telecomunicação, qual seja, a segurança da informação na Internet, para que os usuários da Internet sejam protegidos (TEÓFILO e RODRIGUES, 2022).

Em se tratando do estelionato sentimental, é possível a responsabilização do agente nos âmbitos criminal e cível, conforme a seguir se analisa.

3 A CRIMINALIZAÇÃO DO ESTELIONADO SENTIMENTAL

Como visto, ainda que em um relacionamento amoroso, as partes podem acabar cometendo um delito previsto na legislação penal nacional. Em se tratando de fraudes com base em falsos sentimentos, o crime de estelionato sentimental se caracterizará.

Oras, não é novidade que toda a relação (afetiva ou comercial) se estabelece com base na boa-fé e lealdade dos parceiros, sendo livre a forma de pactuação dos contratos. Porém, mesmo o contrato tácito (aquele que não possui documento escrito) faz lei entre as partes.

Quando uma das partes demonstra má-fé na condução de um contrato ou relação comercial, utilizando-se de artifício ou induz terceira pessoa a erro para, assim obter para si ou para outrem uma vantagem ilícita, comete um crime contra o patrimônio: o estelionato, previsto no art. 171, do Código Penal (SPAGNOL, 2016, p. 01).

Desta feita, para ser responsabilizado penalmente pelo estelionato amoroso, como o próprio nome diz, é preciso que a conduta se enquadre nas disposições do delito de estelionato, tipificado no artigo 171, que na forma simples está assim previsto no Código Penal:

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis (BRASIL, 1940).

Para Fernando Capez, o crime em tela tutela "a inviolabilidade do patrimônio. O dispositivo penal visa, em especial, reprimir a fraude causadora de dano ao patrimônio do indivíduo". (2018, p. 428).

Segundo tem entendido a Justiça, quando ocorrem situações em que a vítima: efetua continuadas transferências ao parceiro; faz pagamentos de dívidas em instituições financeiras; adquire, fora de patamar razoável, bens móveis tais como roupas, calçados e aparelho de telefonia celular; efetua o pagamento de contas e assume o pagamento de diversas despesas; e faz tudo isto por conta de juras de amor de seu parceiro, que está enganando a vítima com o único propósito de lhe tirar dinheiro, todos esses fatos podem caracterizar o estelionato sentimental. (SOUZA, 2021, p.01)

Especificamente sobre essa forma delitativa, Sérgio Souza leciona sobre o método adotado pelo estelionatário sentimental:

Para chegar ao seu objetivo, o estelionatário cria uma ilusão na vítima, a qual acredita vivenciar um relacionamento perfeito, embalado em atitudes simuladas de atenção e afeto. O estelionatário sentimental se aproveita do fato da vítima estar apaixonada e na crença de que vive uma relação pautada em um sentimento recíproco e verdadeiro. Devidamente iludida, esta passa a ser objeto de pedidos de ajuda financeira, empréstimos com a promessa de recompensa e ressarcimento futuro, sem que nunca haja uma devolução destes valores. (SOUZA, 2021, p. 01)

O estelionato trata-se de crime em que o elemento subjetivo é o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de realizar a conduta fraudulenta em prejuízo alheio, com especial finalidade de agir com vontade de obter a vantagem que sabe ser ilícita, sob pena de se caracterizar apenas o exercício arbitrário das próprias razões (CAPEZ, 2018).

É importante notar que esta situação é muito mais complexa do que se imagina e requer uma análise muito produtiva para determinar a verdadeira intenção de explorar a confiança e boa vontade da vítima para obter ganhos e causar sua perda e responsabilidade. Parceiros com a clara intenção de qualquer benefício recíproco. Geralmente, o estelionatário sentimental manterá a relação enquanto lhe for conveniente, ou até conseguir tudo o que deseja, mesmo quando encontrar outra vítima

que julgue mais propícia a outro golpe. As técnicas aplicadas geralmente não duram. Na verdade, eles são breves e levam o tempo necessário para obter a vantagem desejada. (NEVES,2020)

Na jurisprudência, existem exemplos reais de condenação por estelionato sentimental, dentre as quais, destaca-se o caso em que a vítima se sentiu enganada por seu companheiro, que posteriormente se tornou seu marido. No caso em apreço, o dolo específico ficou bem evidenciado, levando à imposição de sanção penal devida.

PENAL. PROCESSO PENAL. ESTELIONATÁRIO. RECURSO DEFENSIVO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE ISENÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 181, INCISO I, DO CP. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA DERROTABILIDADE DA NORMA. INAPLICABILIDADE DA ESCUSA ABSOLUTÓRIA (ART. 181 DO CP) AO DELITO DE ESTELIONATO SENTIMENTAL. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA BASE. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA AGRAVANTE NO PATAMAR DE 1/6 (RECURSO MINISTERIAL). POSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO DA PENA BASE. RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. 1. O conjunto probatório carreado não deixa dúvidas e é suficientemente claro no sentido de comprovar a veracidade dos fatos narrados pelo parquet de 1º grau, estando materialidade e autoria devidamente comprovadas. 2. Trata-se a escusa absolutória do art. 181, inc. I, do CP, de uma causa de isenção de pena inserida no Código Criminal por motivo de política criminal. O objetivo seria, em tese, preservar a unidade familiar. Com base na linha cronológica dos fatos praticados, somente o primeiro estelionato seria punível. Em outras palavras, os demais atos delituosos estariam abarcados pela escusa absolutória, pois praticados após o casamento. Diz-se em tese pois há uma certa peculiaridade que se deve enfrentar, qual seja: a validade do negócio jurídico (casamento) celebrado e a produção de seus efeitos. Poderia o réu, in casu, beneficiar-se de sua própria torpeza, ficando isento de pena na maior parte das fraudes praticadas contra a esposa? Tal desfecho jurídico é compatível com a boa-fé que deve permear até mesmo as relações sentimentais? A situação narrada nos autos evidencia um claro erro sobre a pessoa. A vítima

acreditou que o acusado possuía certas características essenciais para a manutenção de um relacionamento amoroso e celebração de um casamento. Contudo, tais características essenciais estavam, em verdade, ausentes. Além disso, o réu atuou com evidente má-fé, mantendo a vítima em erro com o fim de obter vantagem patrimonial indevida. Como corolário da má-fé, observa-se que a vontade da vítima restou viciada. Independentemente da discussão sobre a natureza da nulidade (relativa x absoluta), certo é que o fato – existência de erro – pode ser levado em consideração na fundamentação deste voto como forma de afastar/derrogar a incidência do art. 181 do CP, sob pena de incorrerem em situação de verdadeira injustiça, bem como beneficiarmos o algoz que impôs intenso sofrimento à vítima. Frise-se, aqui, que não se está fazendo um controle de constitucionalidade do dispositivo em comento, mas sim um levantamento episódico e casuístico de uma regra válida, compatível com o sistema jurídico e princípios inerentes a esse sistema, em razão de uma peculiaridade do caso concreto que autoriza esse afastamento. O réu manteve a vítima em erro quanto à sua pessoa, utilizando-se de seus conhecimentos jurídicos para concretizar o intento criminoso. Não se deve admitir que o agente se beneficie da própria torpeza, beneficiando-se da isenção de pena quando agiu de maneira premeditada e calculista, antes mesmo de contrair o matrimônio, antevendo todos os atos necessários para obter a vantagem patrimonial indevida em detrimento do sentimento e finanças de sua esposa. Assim, deve ser afastada a regra do art. 181, inc. I, do CP, rememorando que não estamos, aqui, reconhecendo a invalidade da norma perante o ordenamento jurídico, mas sim realizando um levantamento episódico da regra, em razão da existência de exceção relevante: ausência de intenção de constituição do vínculo familiar; existência de conhecimentos jurídicos mais detalhados como forma de praticar a fraude e permanecer impune e, por fim, a manutenção da vítima em erro quanto ao marido. 3. No caso narrado, é inaplicável a escusa absolutória ou causa de isenção da pena, já que demonstrado o dolo de praticar o crime patrimonial desde o início das investidas. Ou seja, o agente pediu para ser apresentado à vítima já com o objetivo ilícito em mente, não podendo ser beneficiado por sua própria torpeza. 4. A violência psicológica sofrida pela vítima autoriza a exasperação da pena base, conforme requerido pelo MP. Isso porque a violência psicológica extrapola a culpabilidade do tipo penal violado, de modo que constitui elemento concreto idôneo para exasperar a pena-base

(AgRg no HC n. 622.022/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reios Junior, DJe de 29/03/2021). É entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça a utilização da fração de 1/6 (um sexto) para majoração da pena na 2ª fase da dosimetria. Precedentes. 5 Recurso ministerial provido. Recurso defensivo desprovido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo TJ- ES – Apelação Criminal: APR XXXXX-23.2014.8.08.0035. Primeira Câmara Criminal. Relator: Willian Silva. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-es/1629242210>>. Acesso em 09 nov. 2022).

Além da forma acima apresentada, em que há a convivência presencial dos envolvidos; no estelionato sentimental, a utilização da internet é muito comum, uma vez que a sua utilização estreitou os laços de relacionamento a distância e se tornou um meio para abusos, golpes, depredação de imagem e violência contra a mulher (NUNAN; PENIDO, 2019).

Para coibir tal acontecimento, dentre as causas de aumento de pena contidas no Código Penal, se destacam as relacionadas à fraude eletrônica, incluídas na legislação no ano passado mediante a sanção da Lei nº. 14.155:

Fraude eletrônica

§ 2º-A. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo. (Incluído pela Lei nº 14.155, de 2021)

§ 2º-B. A pena prevista no § 2º-A deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso, aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional. (Incluído pela Lei nº 14.155, de 2021) (BRASIL, 1940)

Ocorre que, apesar dos muitos relatos existentes, na prática, são poucas as jurisprudências sobre a matéria nos tribunais brasileiros, que divergem quanto a ocorrência ou não de um crime.

Contudo, para tornar mais precisa a responsabilização por essa modalidade de estelionato, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 6444/2019, de autoria do Deputado Júlio Cesar Ribeiro, do Distrito Federal, que pretende alterar o art. 171 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, para dispor sobre o estelionato sentimental. Na proposta, tem-se a inclusão do inciso VII ao §2º, do artigo de lei, com a seguinte redação: “Estelionato Sentimental VII - induz a vítima, com a promessa de constituição de relação afetiva, a entregar bens ou valores para si ou para outrem” (BRASIL, PL 9444/2019).

Enquanto não aprovada a lei pelo Poder5 Legislativo brasileiro, o estelionato sentimental segue sendo passível de responsabilização penal na forma do caput do artigo 171, de forma cumulativa com a imposição de responsabilização civil, melhor tratada a seguir.

4 EFEITOS DO ESTELIONATO SENTIMENTAL NO DIREITO CIVIL: A RESPONSABILIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS

Assim como se dá com várias outras espécies de crimes contra o patrimônio ou contra a dignidade humana, etc., é possível que a vítima, violada em seus direitos fundamentais, pleiteie uma condenação judicial do responsável ao pagamento de uma indenização que, além da reparação dos danos materiais, pode ainda atribuir uma condenação pelos danos morais suportados.

Quando o assunto é estelionato sentimental, razão assiste a vítima em requerer a indenização mencionada, uma vez que, violada substancialmente em sua dignidade e honra.

Além da possível condenação penal, também é possível pleitear a referida reparação civil, bem como a devida indenização por danos materiais e morais, sendo necessário comprovar os repasses de valores e bens que houver ocorrido. O estelionato afetivo viola os

deveres de confiança e de lealdade, além de causar frustração, insegurança, vergonha e constrangimentos para a vítima, o que constitui fato ofensivo ao seu direito de personalidade (DUPRET, 2022, p. 01).

No entanto, para que seja deferida a indenização, é necessário que a responsabilidade civil do agente esteja comprovada, o que se dá mediante o preenchimento dos elementos legais, são eles: a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade, conforme o artigo 186 do Código Civil determina ao dizer: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Quando o ato lesivo se dá em uma relação amorosa, “no estelionato sentimental, a responsabilidade civil ocorre de modo subjetivo, ou seja, necessariamente a conduta do agente deve causar um dano e é necessário comprovar a culpa do agente, para que haja indenização” (BARBOSA, 2022, p. 01)

Portanto, para que o indivíduo seja responsabilizado pelo estelionatário sentimental cometido, é preciso compreender os requisitos legais neste contexto afetivo:

O primeiro elemento a ser levado em consideração é o ato ilícito: nas relações de namoro em regra, devem imperar o dever de lealdade e fidelidade entre os namorados, se um dos sujeitos resolve cometer um direito contrário que incide sobre a coisa ou a pessoa, nesta oportunidade, a conduta praticada enseja em vantagem indevida, um dos namorados aproveita-se das condições decorridas do relacionamento para causar um dano através de um ato que contraria a lei ou princípios do direito. Como segundo elemento que caracteriza o instituto, deve-se observar a conduta dolosa do namorado (a), este tem a intenção através de uma ação ou omissão de ferir o direito do seu par, nesse momento, nas relações de namoro, há a quebra no princípio da boa-fé, portanto a conduta dolosa traduz vontade de praticar determinado ato que tenha a intenção de lesar um direito. [...] O terceiro elemento presente para configuração do

estelionato sentimental é o nexo de causalidade, onde se pretende identificar o sujeito responsável pelo dano, e tem a função de delimitar o âmbito da reparação. A causa do dano tem que estar relacionada com a conduta adotada pelo agente para que possa haver a reparação, com a análise deste componente é indispensável que o namorado (a) cometa um ato que tenha a intenção de ferir a esfera patrimonial do seu par, fazendo com que, em decorrência da relação, este assuma uma determinada obrigação que não lhe é devida. (BARBOSA, 2022, p. 01).

A compreensão dos requisitos da responsabilidade é indispensável, uma vez que, ausente um deles, o pedido indenizatório apresentado pela vítima seja julgado improcedente pelo Poder Judiciário, uma vez que são elementos cumulativos. É o que ocorreu, por exemplo, no Distrito Federal, em que a prova do ato ilícito não se deu, levando ao improvimento da demanda.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. ESTELIONATO SENTIMENTAL. NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O estelionato sentimental, fundado basicamente na figura do estelionato previsto no art. 171 do Código Penal, exige, para ficar caracterizado, a prova de artifícios, ardis e dissimulações do agente, que conduzam a vítima a erro e falsas percepções. 2. Inexistindo provas de que a Autora tenha sido enganada, induzida a erro ou que tenha tido falsa percepção da realidade no curso da relação amorosa que manteve, não há elementos para configuração do estelionato sentimental. 3. Recurso conhecido e não provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. TJ-DF – XXXXX20208070001 Segredo de Justiça XXXX-68.2020.8.07.0001. 7ª Turma Cível. Relator: Getúlio de Moraes Oliveira. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/1290597522>>. Acesso em 09 nov. 2022).

Por outro lado, um exemplo de procedência da ação indenizatória se encontra no julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em que condena o estelionatário à

restituição do valor obtido mediante dissimulação, além de fixar uma indenização pelos abalos morais causados à vítima:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ESTELIONATO SENTIMENTAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. INCONFORMISMO DO RÉU. 1. Restou demonstrado nos autos que a autora efetivamente foi vítima de estelionato sentimental, tendo o réu obtido a expressiva quantia de R\$ 50.000,00 com promessas de investimentos e compra de imóvel. 2. Em que pese o réu alegar que a irrisignação da autora seria em razão do fim do relacionamento, verifica-se através do Laudo de Exame em Material Audiovisual emitido pelo ICCE que o réu reconhece que recebeu os dois valores indicados na inicial como dano material, sendo que o primeiro valor estaria aplicado e o segundo estaria na sua conta do Itaú. 3. Danos morais configurados, em razão da insegurança e do abalo psicológico sofrido pela Autora ao se descobrir enganada financeira e afetivamente pelo réu. O valor da indenização, fixada em R\$ 20.000,00, atende aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade. 4. Improvimento do recurso. Sentença mantida. Majorados os honorários advocatícios em 2% do valor da condenação, conforme a regra do art. 85, §11 do CPC, observada a gratuidade de justiça deferida. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ – APELAÇÃO APL XXXXX20208190001. Décima Sexta Câmara Cível. Relator: Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/1543991954>>. Acesso em 09 nov. 2022).

Desde modo, não há dúvidas quanto a possibilidade jurídica de responsabilização civil pela prática de estelionato sentimental, bastando apenas à parte interessada, demonstrar ao Judiciário o preenchimento dos requisitos legais e a ocorrência de prejuízo material e abalo moral indenizável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na sociedade brasileira, consubstanciada em um ordenamento jurídico alicerçado na Constituição Federal de 1988 e também em documentos internacionais que dizem sobre a ampla proteção dos direitos humanos, com foco na dignidade da pessoa, sua imagem e honra, sempre que tais garantias forem violadas poderá haver a responsabilização do autor do fato.

De igual modo, a proteção ao patrimônio das pessoas, até mesmo diante de suas relações pessoais, uma vez constatado o uso de fraude e de artifícios, ardis e dissimulações, deve ocorrer tanto em busca da restituição do prejuízo material, mas também com a imposição de uma pena, desde que caracterizado o tipo penal respectivo.

Neste sentido, entende-se que quando há a prática de um estelionato sentimental, em que a vítima, envolvida emocionalmente pelo agente, acaba por entregar para ele seus bens, mediante o uso de artifícios e dissimulações que fazem com que a disposição do patrimônio ocorra de forma viciada, caberá o processamento de uma ação penal e também cível, caso da vítima deseje.

No Brasil, com base na legislação em vigência, apesar de não haver um crime específico para a prática, o estelionato sentimental é penalizado segundo o artigo 171 do Código Penal, podendo ser a pena aumentada em caso de ser cometido mediante fraude eletrônica. A responsabilidade do agente poderá ser ao mesmo tempo civil, já que não há impedimentos para a cumulação da sanção patrimonial, no entanto, dependerá também da comprovação do ato ilícito, dano e nexa causal.

REFERENCIAS

BARBOSA, Wander. **Estelionato sentimental: Quando o amor paga a conta**. Publicado em 30 de maio de 2022. Disponível em: <<https://www.wrbarbosa.com.br/wp/estelionato-sentimental/>>. Acesso em 09 nov. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 04 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 07 nov. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 6444/2019**. Altera o art. 171 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, para dispor sobre o estelionato sentimental. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2234092>>. Acesso em 09 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **TJ-DF – XXXXX20208070001 Segredo de Justiça XXXXX-68.2020.8.07.0001**. 7ª Turma Cível. Relator: Getúlio de Moraes Oliveira. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/1290597522>>. Acesso em 09 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo **TJ- ES – Apelação Criminal: APR XXXXX-23.2014.8.08.0035**. Primeira Câmara Criminal. Relator: Willian Silva. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-es/1629242210>>. Acesso em 09 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – **TJRJ – APELAÇÃO APL XXXXX20208190001**. Décima Sexta Câmara Cível. Relator: Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/1543991954>>. Acesso em 09 nov. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 2, parte especial**: arts. 121 a 212 / Fernando Capez. — 18. ed. atual. — São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DUPRET, Cristiane. **O que é crime de estelionatário sentimental**. Publicado em 04 de março de 2022. Disponível em: <<https://www.direitopenalbrasileiro.com.br/o-que-e-crime-de-estelionato-sentimental/>>. Acesso em 31 out. 2022.

GLASENAPP, Cristian; VOLPI, Sandra Mara Dall’Igna. **As relações amorosas virtuais vistas sob a ótica baumaniana e da Psicologia Corporal**. In: VOLPI, José Henrique; VOLPI, Sandra Mara (Org.) Congresso Brasileiro De Psicoterapias Corporais, XXII, 2017. Anais. Curitiba: Centro Reichiano, 2017. [ISBN – 978-85-69218-02-9]. Disponível em: <https://www.centroreichiano.com.br/artigos/Anais_2017/As-relacoes-amorosas-virtuais-GLASENAPP_Cristian_VOLPI_Sandra.pdf> Acesso em 20 out. 2022.

HENKEL, Ana Lúcia Ody. **Relações Amorosas Virtuais**. Publicado em 14 de junho de 2018. Disponível em: <<https://napvs.com.br/index.php/index/id/1557?url=noticias/index/id/1557>>. Acesso em 21 out. 2022.

NEVES, Claudia. **O relacionamento abusivo pelo estelionato sentimental**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6347, 16 nov. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86546>. Acesso em: 11 abr. 2022.

SOUZA, Sérgio. **Estelionato Sentimental**. 2021. Disponível em: <https://www.folhavoria.com.br/geral/blogs/direito-ao-direito/2021/09/02/estelionato-sentimental/> . Acesso 23 de março de 2022.

SPAGNOL, Débora. "**Estelionato sentimental**": crime ou abuso de confiança? Jusbrasil, 2016. Disponível em: <<https://deboraspagnol.jusbrasil.com.br/artigos/417697597/estelionato-sentimental-crime-ou-abuso-de-confianca>> . Acesso em 04 nov. 2022.

TEÓFILO, Caroline; RODRIGUES, Felipe Gomes Benjamim. **Os impactos da Comunicação, Telecomunicações e Internet na Humanidade**. Publicado em 17 de maio de 2022. Disponível em: <<https://www.mobiletime.com.br/artigos/17/05/2022/os-impactos-da-comunicacao-telecomunicacoes-e-internet-na-humanidade/>> . Acesso 20 out. 2022.

SALAMANCA: PATRIMÔNIO HISTÓRICO DA HUMANIDADE

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutor em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, Espanha, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Assessor de gabinete de conselheiro no TCE/PI.¹⁰⁴

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta discorrer sobre a cidade de Salamanca, patrimônio histórico da humanidade, onde se verificaram acontecidos inusitados, Cristóvão Colombo mesmo chegou a passar pela cidade, nela tivemos a inquisição, judeus, portugueses, árabes e tantos outros mais compuseram seu quadro histórico, também devido sua localização geográfica foi em dados momentos e ocasiões local com influência de correntes celtas. Na época contemporânea, Salamanca é uma cidade moderna e cosmopolita, com uma impressionante riqueza cultural, sendo uma cidade jovem e universitária.

PALAVRAS-CHAVE: Salamanca; Patrimônio; Histórico; Humanidade.

Salamanca: patrimonio de la humanidad

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo hablar brevemente de la ciudad de Salamanca, patrimonio histórico de la humanidad, donde sucedieron hechos insólitos, incluso Cristóbal Colón pasó por la ciudad, tuvo la inquisición, judíos, portugueses, árabes y muchos otros conformaron su marco histórico, también por su situación geográfica, fue

104 E-mail: benignonovo@hotmail.com

en determinados momentos y ocasiones local con influencia de las corrientes celtas. En la época contemporánea, Salamanca es una ciudad moderna y cosmopolita, con una riqueza cultural impresionante, siendo una ciudad joven y universitaria.

PALABRAS CLAVE: Salamanca; Patrimonio; Histórico; Humanidad.

Salamanca: world heritage site

ABSTRACT: This article aims to briefly discuss the city of Salamanca, a historical heritage of humanity, where unusual events took place, Christopher Columbus even passed through the city, in which we had the inquisition, Jews, Portuguese, Arabs and many others composed its historical framework, also due to its geographic location, was at certain times and occasions local with the influence of Celtic currents. In contemporary times, Salamanca is a modern and cosmopolitan city, with an impressive cultural wealth, being a young and university city.

KEYWORDS: Salamanca; Patrimony; Historic; Humanity.

INTRODUÇÃO

Declarado **patrimônio histórico e cidade patrimônio da humanidade pela UNESCO**, Salamanca é considerada uma das mais belas cidades da Espanha: berço da cultura, do conhecimento, das universidades, do pensamento e cidade da língua espanhola. É uma das cidades mais antigas de Espanha. Mas Salamanca não se fica pela história. Tem uma dinâmica cultural muito forte e sendo uma terra de estudantes, vida é coisa que não lhe falta.

A primeira definição de Salamanca no dicionário da verdadeira academia da língua espanhola é uma caverna natural que se encontra em algumas colinas. Outro significado

de Salamanca no dicionário é na tradição popular, iguanido com poderes maléficos. Habitante ou natural de Salamanca; salamanguino, salamanquense, salamanticense, salamântico, salamantino, salmanticense, salmantino.

Esta pesquisa justifica-se pela extrema relevância da cidade de Salamanca como patrimônio histórico e cidade patrimônio, destacando-se na cultura, conhecimento, universidades, direitos humanos e cidade da língua espanhola.

DESENVOLVIMENTO

A história de Salamanca teve sua origem numa aldeia assentada na colina de São Vicente sobre o rio Tormes. Isto aconteceu há 2.700 anos, durante a Primeira Idade do Ferro, e desde então o lugar foi testemunha da passagem de váceos, vetões, romanos, visigodos e muçulmanos. Foi só no final do século XI, que o conde francês Raimundo de Borgonha, genro do rei Afonso IV, repovoou Salamanca com um reduzido grupo de pessoas, no qual predominavam francos e galegos. Dessa repovoação medieval foram assentadas as bases de uma cidade que, após oito séculos acumulando arte e sabedoria se tornou, graças, sobretudo a seu caráter universitário, numa das capitais com maior tradição cultural e esplendor monumental de todo o Continente Europeu.

Salamanca faz parte da comunidade de Castela y Leon, sendo uma das cidades mais ricas em monumentos da Idade Média, do Renascimento e das épocas Barroca e Neoclássica; rica, também, em arquitetura, religião e cultura gastronômica. Foi escolhida como Capital Europeia da Cultura, em 2002, sendo o seu centro histórico Patrimônio da Humanidade desde 1988.

A Plaza Mayor, construída em 1729, considerada a mais bonita de toda a Espanha, onde ficam vários cafés e restaurantes, é o local em que as pessoas se reúnem para conversar e passar o tempo, e onde podemos provar o típico presunto (jamón) ibérico.

Salamanca é uma das poucas cidades do mundo com duas catedrais: a Velha, cuja construção teve início no século XII, prosseguindo até o século XIV, e a Nova, construída entre os séculos XVI e XVIII em dois estilos, gótico tardio e barroco. Uma curiosidade a respeito da catedral nova é que aparecem, na decoração da fachada, alguns elementos estranhos à época, entre eles um astronauta, e a explicação é que, a cada período de tempo, ela é restaurada e o arquiteto responsável tem direito a deixar uma "marca própria", que são esses detalhes "modernos".

La Casa de las Conchas recebe este nome pela decoração das suas paredes exteriores, nas quais foram utilizadas mais de 300 (trezentas) conchas jacobianas.

A Universidade de Salamanca é a mais antiga de Espanha. É reconhecida em todo o mundo e apenas quatro universidades suas contemporâneas permanecem abertas e ativas até aos dias de hoje. Fundada em 1218 e desde essa altura foi palco de muitas histórias e acontecimentos importantes. Um dos mais emblemáticos edifícios da Espanha.

A Casa Lis, um impressionante edifício modernista, com vitrais, é apenas um dos tesouros da cidade. É a casa do Art Nouveau e Art Déco Museu com uma incrível coleção de arte decorativa que datam do final do século 19 até o início do século 20.

A cidade possui diversos conventos que possuem um significado cultural enorme, especialmente o de San Esteban e o de Las Dueñas.

A Universidade de Salamanca (USAL)

A primeira universidade de língua espanhola do mundo, a primeira gramática de língua espanhola, o calendário gregoriano vigente até os dias de hoje e as bases do direito internacional moderno surgiram da Universidade de Salamanca.

Uma das universidades mais antigas e tradicionais do Continente Europeu, no mundo falante de espanhol, a Universidade de Salamanca, fundada em 1218 por el-rei Afonso IX, com a categoria de Estudo Geral do seu reino. Em 1255, recebeu o título de universidade pelo Papa Alexandre IV. A instituição levou cerca de dois séculos para conseguir contar com edifícios próprios onde ministrar a docência. Mais antiga que ela somente as universidades de Bolonha (Itália), Oxford (Reino Unido) e Paris (França). A Universidade de Salamanca é a terceira universidade em funcionamento contínuo mais antiga de todo o Velho Continente. Referência nos estudos das ciências humanas, a cidade também atrai um grande número de estudantes estrangeiros, sendo um destino popular para intercâmbios e cursos de espanhol.

A Universidade é formada por prédios que são verdadeiras joias da arquitetura espanhola. As três construções mais antigas da instituição, que foram edificadas entre os séculos XV e XVI, são o Edifício de Escuelas Menores, utilizados para aulas de graduação; o Edifício de Escuelas Mayores, que é o principal de toda a universidade; e o Hospital del Estudio, que já funcionou como um hospital entre os anos de 1413 e 1810, mas hoje é a sede da reitoria da instituição. Esses três prédios estão localizados no Patio de Escuelas, uma praça no centro da cidade de Salamanca.

Dentro do Edifício de Escuelas Mayores está a Biblioteca General Histórica, que nada mais é que a biblioteca universitária mais antiga da Europa, tendo sido fundada em 1254. Mas no total a universidade tem 22 bibliotecas que, juntas, mantêm um acervo de pouco mais de 1 milhão de volumes.

A estrutura da universidade também é composta por 573 laboratórios, três museus, três centros universitários e quatro residências estudantis. Além disso, a Universidade de Salamanca também tem dois campi secundários nas cidades de Ávila e Zamora.

O campus de Ávila é formado por três escolas: a Escola Politécnica Superior de Ávila, a Escola Universitária de Educação e Turismo e a Escola Universitária de Enfermagem de Ávila. Já o campus de Zamora conta com quatro escolas: a Escola de Enfermagem, a Escola de Magistério, a Escola Politécnica e a Escola de Relações Laborais.

A Universidade de Salamanca oferece 93 (noventa e três) programas de graduação (25 (vinte e cinco) deles de graduação dupla), 75 (setenta e cinco) programas de mestrado, 41 (quarenta e um) programas de doutorado e 113 (cento e treze) programas de títulos próprios (especializações, cursos de extensão, etc.).

CONCLUSÃO

O mais rico de Salamanca é a sua história secular, onde se verificaram acontecidos inusitados, Cristóvão Colombo mesmo chegou a passar pela cidade, nela tivemos a inquisição, judeus, portugueses, árabes e tantos outros mais compuseram seu quadro histórico, também devido sua localização geográfica foi em dados momentos e ocasiões local com influência de correntes celtas. Talvez daí venha sua significação, Salamanca, local onde se reúnem as bruxas. Hoje, local onde se encontram turistas, sonhos, belezas e histórias. Um verdadeiro museu a céu aberto. Suas lojas, galerias, manifestações artísticas e musicais que se distribuem pelas ruas são as atrações locais.

Na época contemporânea, Salamanca é uma cidade moderna e cosmopolita, com uma impressionante riqueza cultural, sendo uma cidade jovem e universitária. Conhecida como a "cidade dourada" parece de fato ser uma cidade feita de ouro devido aos efeitos que o sol causa na pedra cinza com a qual a cidade foi construída.

Notas e Referências

ESPANHA. **Universidad de Salamanca (USAL)**. Disponível em: <<https://www.usal.es/>>. Acesso em 05 de dez. de 2022.

PLANS, Juan Belda. **La Escuela de Salamanca**: y la renovación de la teología em el siglo XVI. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2000.

VERMEHREN, Luis Valenzuela. **Vitoria, Humanism, and the School of Salamanca in Early Sixteenth-Century Spain**: a heuristic overview. In: Logos, 16, 2, Primavera, 2013, p. 99-125.

A PROTEÇÃO DOS DESCAs NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

ANA ROBERTA SILVA DE MORAIS:

Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco em 2016. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Maurício de Nassau em 2019¹⁰⁵.

RESUMO: O objetivo deste artigo é estudar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a exigibilidade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Nesta finalidade, utilizou-se o método dedutivo, com as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, partindo de uma análise exploratória e qualitativa. Como resultado, apresentou-se um cenário de interdependência dos DESCAs, que demandam análise conjunta para possibilitar a plena realização e cumprimento destes direitos. A pesquisa demonstrou o contexto em que a América Latina está inserida, com forte desigualdade socioeconômica, a histórica discriminação dos grupos vulneráveis e as dificuldades de consolidação da experiência democrática. Desse modo, a exequibilidade dos DESCAs passa pela cooperação internacional, difusão de boas práticas e utilização de evidências científicas.

Palavras-chave: DESCAs. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. América Latina.

PROTECTION OF DESCAs IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: The purpose of this article is to study the Inter-American System of Human Rights and the enforceability of economic, social, cultural and environmental rights. For this purpose, the deductive method was used, with the techniques of documental and bibliographic research, starting from an exploratory and qualitative analysis. As a result, a scenario of DESCAs interdependence was presented, which require joint analysis to enable the full realization and fulfillment of these rights. The research showed the context in which

105 Contato: anaroberta.morais@hotmail.com

Latin America is inserted, with strong socioeconomic inequality, the historical discrimination of vulnerable groups and the difficulties of consolidating the democratic experience. Thus, the feasibility of DESCA depends on international cooperation, dissemination of good practices and use of scientific evidence.

Keywords: DESCA. Inter-American Human Rights System. Latin America.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DOS DESCA. 2. A EXIGIBILIDADE DOS DESCA PERANTE A SENTENÇA JUDICIAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO.

O presente trabalho analisa o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a proteção dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais no âmbito da América Latina. Além disso, o SIDH é importante mecanismo para a concretização dos direitos humanos nos regimes democráticos e na efetivação do Estado de Direito.

O reconhecimento e a proteção dos direitos humanos a nível internacional foi fruto de uma construção contínua, com avanços e retrocessos, principalmente no século XX, que culminou com o reconhecimento da tutela do destes direitos para além da competência exclusiva dos Estados nacionais, desembocando em toda comunidade internacional, como um dos responsáveis pela efetivação dos direitos humanos. Apesar das barbaridades e guerras mundiais, o século XX nos trouxe um direito internacional mais humanitário, com protagonismo dos sistemas internacionais de justiça (GORCZEWSKI, 2021, p. 150), sendo o sistema interamericano de direitos humanos um desses exemplos.

Cada vez mais, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos reconhece a possibilidade e importância da judicialidade para possibilitar a execução dos direitos

econômicos, sociais, culturais e ambientais (ANTONIAZZI; PIOVESAN; IGNÁCIO, 2020, p. 68). Está ideia, em processo de consolidação, acaba por reforçar a relação de interdependência e indivisibilidade existente entre os direitos civis e políticos, que devem ser buscados e concretizados em conjunto.

De início, os DESCAs foram tratados como conexos ou dependentes dos direitos civis e políticos. Contudo, a partir do caso julgado de Lagos del Campo vs. Peru¹⁰⁶, restou reformulada a tese inicial para adentrar e reconhecer a possibilidade de submissão imediata, direta e independente dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, rompendo as relações hierárquicas historicamente estabelecida nos direitos humanos.

Nessa medida, os DESCAs assumem posição de destaque no Sistema Interamericano de Direitos humanos na medida em que passam a serem analisados de forma independente dos direitos civis e políticos, dando possibilidade não apenas de análise pelo órgão internacional, mas também pela coercibilidade de sua decisão, que constitui título para execução e realização do direito previsto.

De tal modo, este artigo objetiva analisar a evolução da atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos na construção da exigibilidade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Como fundamento de metodologia, utilizou-se o método dedutivo, com as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, por intermédio de uma análise exploratória e qualitativa.

Este trabalho foi desenvolvido em duas seções. De início, analisou-se o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a evolução histórica na proteção dos direitos

¹⁰⁶ No julgamento, através de sentença proferida em 31 de agosto de 2017, a CIDH reconheceu o Estado do Peru como responsável pelas seguintes violações: a) dos direitos a liberdade de pensamento, expressão e garantias judiciais; b) do direito a estabilidade laboral; c) do direito a liberdade de associação; e d) dos direitos a proteção e garantias judiciais.

econômicos, sociais, culturais e ambientais para, logo após, trazer os contornos da execução da sentença judicial que estabelece obrigações relacionadas aos DESCAs.

1. O SISTEMA INTERAMERICANO DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DOS DESCAs.

Para compreender as dificuldades de proteção dos DESCAs no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e as estratégias empregadas para superá-las, convém perpassar, inicialmente, por algumas análises sobre a evolução da exigibilidade dos DESCAs. Nesse sentido, é interessante notar que, aos direitos econômicos, sociais e culturais, já tradicionalmente consolidados, foram incluídos os direitos ambientais dentro do SIDH, quando, na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), se constituiu uma relatoria especial sobre o DESCAs para que fosse possível supervisionar o cumprimento das obrigações destes direitos.

A análise da possibilidade de se exigir os DESCAs, de se buscar a sua efetividade, pode ser dividida em dois grandes períodos. Num primeiro momento, observa-se um início com o constitucionalismo social, principalmente na década de 30, até a promulgação das constituições em 1989. Posteriormente, tem-se o constitucionalismo latino-americano do período pós- ditaduras militares que afetaram a maioria dos países da região, saindo de um regime autoritário e fechado para pregar maior liberdade e garantia de direitos.

O primeiro texto jurídico que reconhece os DESCAs surgiu com o fim da Primeira Guerra Mundial, através da Declaração Russa de 04 de janeiro de 1918, na esteira da Revolução Bolchevique, com um reconhecimento de direitos coletivos, em contraposição à concepção individualista da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e da Declaração de Direitos da Virgínia de 1776. Além disso, esse texto jurídico surge como uma reivindicação de direitos esquecidos durante a Revolução Industrial, como o reconhecimento econômico e social da classe trabalhadora.

Nesse apanhado histórico, convém destacar que, na América e na Europa, os DESCAs tiveram reconhecimento primeiramente na Constituição do México de 1917 e, logo em seguida, na Constituição da Alemanha de 1919, ambos os textos constitucionais reconheciam os direitos humanos sem distinção entre as vertentes social e individual. Contudo, Castro lembra que, nesse primeiro período, predominava a ideia de que os direitos civis e políticos sempre puderam ser cobrados na via jurisdicional, enquanto os direitos econômicos, sociais e ambientais demandariam cumprimento progressivo, em função da disponibilidade dos recursos econômicos do Estado, não se suscitando a sua proteção perante os Tribunais.

Uma mudança começa a ser percebida quando, no âmbito da ONU, entra em vigência o Protocolo Facultativo do PIDESC, em maio de 2013, gerando mecanismos para a reclamação perante o Comitê do DESC, com um sistema de petições individuais, possibilidade de medidas de urgência e investigações de violações. Segundo a autora, a partir deste momento, os atos concretos são submetidos à análise do Comitê e os DESC passam a ser exigíveis quando se vislumbra a violação individual, demonstrando a evolução da exigibilidade desses direitos.

Em relação à jurisprudência da Corte Interamericana, a autora organiza sua análise em duas etapas. Primeiramente, inicia-se com a discussão da ideia de indivisibilidade dos DESCAs e a possibilidade de sua judicialização indireta, possibilitando o reconhecimento da obrigação do Estado agir positivamente na concretização de direitos, inclusive aquele que garante a vida digna. Numa segunda etapa, direcionou-se a análise para a exigibilidade direta dos DESCAs, reconhecendo sua dimensão individual e coletiva, podendo, assim, ser diretamente exigido ao órgão jurisdicional contra o Estado.

Pâmela Castro utiliza-se do caso emblemático de Acevedo Buendía e outros para tratar da nova interpretação dada ao art. 26 da CADH, que demonstra a evolução da jurisprudência da Corte IDH no sentido de passar da invisibilidade dos DESCAs para a tese

de sua justiciabilidade e/ou exigibilidade indireta até se tornar efetivos os DESCAs em um sentido amplo e direto. Neste julgado emblemático, a Corte Interamericana mostrou-se competente para julgar as violações de todos os direitos previstos na Convenção Americana, sem distinções, possibilitando a máxima proteção aos DESCAs, com a possibilidade de submissão aos Tribunais. Além disso, a noção de 'desenvolvimento progressivo' não foi considerada impeditivo para a conquista de exigibilidade aos DESCAs, na verdade, depreendeu-se da expressão o significado de vedação do retrocesso pelo Estado, que deve passar a fundamentar seus atos, havendo, inclusive, a possibilidade de controle jurisdicional sobre a observância do Estado em relação a esse dever.

A Corte Interamericana passa a reconhecer a independência e a indivisibilidade entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, caracterizados como direitos humanos em sua integralidade, sem hierarquia e exigíveis perante as autoridades competentes. Posteriormente, num julgamento que envolveu a prestação de serviços privados de saúde no Equador, onde uma menina recebeu transfusão de sangue e acabou contaminada com o vírus HIV, a Corte IDH entendeu que o Estado é responsável pela violação aos direitos à vida e à integridade pessoal por violar seu dever de fiscalizar a prestação dos serviços de saúde, o direito à educação e à razoável duração do processo. Houve, assim, a abordagem do direito à saúde de maneira direta e autônoma.

Outro caso interessante, Chinchilla Sandoval contra Guatemala, julgado em 2016, tratava de uma pessoa com doença crônica, diabetes e incapacidade motora, que morreu na prisão por ausência de atendimento médico oportuno. Assim, a Corte Interamericana reconheceu a violação aos direitos a vida e a integridade física, atestando a obrigação do Estado em prover o atendimento médico das pessoas detidas, provendo os serviços adequados de acordo com a saúde e capacidade da vítima. Ainda neste julgado, ficou

estabelecido a necessidade de garantir a acessibilidade às pessoas com necessidades especiais.

Prossegue Castro (2018, p. 182) demonstrando que a progressividade do direito está vinculada a uma interpretação ampla, que possibilita o estabelecimento de obrigações para os Estados na implementação de medidas positivas e repressão de retrocessos aos direitos consagrados na Convenção Americana, assim como os DESCAs positivados na Carta da OEA de 1948, revisada através do protocolo de Buenos Aires, em 1967.

A Corte Interamericana entende que o direito ao trabalho se encontra protegido também no ordenamento jurídico internacional, criando para o Estado os deveres de proteção e estabilidade laboral, que acarreta o dever de atuação do Estado no sentido de: i) regular e fiscalizar o direito dos trabalhadores; ii) proteger o trabalhador contra despedidas imotivadas; iii) em caso de despedida injustificada, produzir mecanismos de retorno ao mercado de trabalho e recebimento das indenizações; iv) o Estado terá de dispor de mecanismos eficientes para combater as despedidas imotivadas, garantindo o acesso a justiça e a tutela jurisdicional efetiva de tais direitos.

Em todos direitos sociais existem obrigações de progressividade e não retrocesso, devendo a alegação de violação a algum dos DESCAs ser analisada no caso concreto submetido a julgamento. A CIDH atesta a importância dos DESCAs, possibilitando sua judicialização direta e indiretamente sob o fundamento de que são direitos indivisíveis e interdependentes, sem que haja hierarquia entre eles.

Apesar dos avanços no reconhecimento pela CIDH de violação expressa aos DESCAs, Castro (2018, p. 186) adverte que ainda há um caminho longo a se percorrer na efetividade da submissão à jurisdição dos casos de abusos referentes aos DESCAs, pois a América Latina mostra-se como uma região ainda necessitada da construção de ensinamentos pela Corte Interamericana através de sua jurisprudência, para aplicação a todos os países, com as

adaptações administrativas, legislativas e judiciais, de acordo com o controle de convencionalidade revelado.

Como visto, o entendimento da Corte IDH é pela exigibilidade imediata dos DESCAs. Essa ampliação da jurisprudência não é um passo abstrato, mas, sim, uma ampliação da proteção em benefício de pessoas que têm seus direitos constantemente violados. Nesta esteira de justiça social é que deve avançar a jurisprudência de proteção aos DESCAs, o que perpassa pelo reconhecimento de que o art. 26 da CADH obriga o hermenauta a fazer uma interpretação sistemática de todo o sistema a fim de que se alcance uma submissão jurisdicional e exigibilidade direta do supracitado artigo para possibilitar a consagração dos direitos dos DESCAs.

Mas essa justiciabilidade e/ou exigibilidade direta dos DESCAs enfrenta algumas dificuldades reais. Uma delas é definir o conteúdo das obrigações específicas do artigo 26 da CADH. Isso perpassa pelo desafio do intérprete em identificar os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais que se incluem na perspectiva do artigo 26 da CADH, visto que este dispositivo não individualiza os direitos que derivam de si. Assim, uma estratégia que pode auxiliar o intérprete é explorar a Carta da OEA para identificar suas normas econômicas, sociais, educativas, científicas e culturais. Depois, deve-se traduzir os enunciados, princípios e objetivos identificados em direitos quando estes não forem reconhecidos explicitamente.

O artigo 26 da CADH é plenamente exigível e os direitos que dele derivam são autônomos. Mas, para tanto, é necessário um adequado exercício hermenêutico para identificar quais são os direitos consagrados pelo referido artigo e qual o seu conteúdo, bem como para dotar de conteúdo as obrigações específicas que derivam do referido artigo. A Corte IDH vem utilizando distintos instrumentos internacionais que formam o

corpus iuris dos direitos humanos a fim de definir o conteúdo do artigo 26 e especificar as obrigações estatais.

Prosseguindo na explanação, CASTRO (2018, p. 191) afirma que a Corte IDH tem entendido que os tratados direitos humanos são instrumentos em constante transformação, que deve estar em sintonia com a mudança do tempo e as condições de vida atual, como consequência das regras gerais de interpretação trazidas pelo art. 29 da Convenção Americana e na Convenção de Viena sobre o direito dos Tratados. Nesta interpretação evolutiva, a Corte IDH dá relevância ao direito comparado, à utilização de normas internas de direitos fundamentais e às jurisprudências de Tribunais Nacionais.

O conteúdo das obrigações específicas do art. 26 da CADH, para corroborar a tese da exigibilidade direta dos DESCAs, tem natureza de lei especial, devendo ser consagrado no julgamento do caso concreto, com a derrogação da lei geral. Como exemplo de aplicação na Corte IDH, Castro (2018, p. 194-195) cita o caso Suárez Peralta contra Equador, onde foi evidenciado que o Estado deveria prover, pelo menos, o nível mínimo essencial na regulação dos sistemas de saúde no âmbito interno, como proteção a integridade pessoal.

Como mencionado anteriormente, os DESCAs são plenamente exigíveis e que os direitos são autônomos, indo além da mera promoção de políticas públicas, por se tratarem de verdadeiros direitos autônomos, amparados por obrigações gerais, podendo contar com um conteúdo específico através do adequado exercício hermenêutico.

Outra dificuldade está relacionada à progressividade dos DESCAs como parâmetro objetivo de sua justiciabilidade. A progressividade conferida aos DESCAs é uma das obrigações mais sólidas e claras do conteúdo do artigo 26 da CADH¹⁰⁷. A progressividade

107 CAPÍTULO III

DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

liga-se ao direito à vida adequada, direito este incluído nas normas econômicas, sociais, educativas, científicas e culturais consagradas na Carta da OEA. Nessa perspectiva, tanto a CIDH quanto a Corte IDH têm reconhecido essa obrigação de forma expressa em suas manifestações. Em análise de violação dos DESCAs, a CIDH já enfatizou, inclusive, a obrigação de não retrocesso dos avanços já conquistados em relação aos direitos derivados do artigo 26 da CADH.

Convém notar que a avaliação de progressividade e não regressividade é devida mesmo quando se está diante de obrigações de respeito e garantia, tratando-se de um parâmetro adicional de análise de cumprimento dos deveres estatais em termos de DESCAs, constituindo-se o artigo 26 em uma norma especial. Porém, a obrigação de avaliar a progressividade dos DESCAs não é a única, singularizá-la como a única obrigação que deve ser analisada por parte dos juízes cancela o conteúdo do mínimo essencial para os DESCAs.

Assim, CASTRO (2018, p. 199-200) sinaliza que o Estado deve garantir os DESCAs através de medidas que possibilitem sua plena efetividade, que vai além da garantia da progressividade e do não retrocesso destes direitos, bem como da disponibilidade de recursos ou sobre a legislação geral das políticas públicas. No julgamento do Caso Lagos del Campo, o juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, citado pela autora, afirma que os direitos sociais não dependem só do passar do tempo para serem concretizados, necessitando de atuação positiva e direta do Estado, não sendo o objetivo final judicializar

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

as políticas públicas estatais, mas sim proteger a efetiva aplicação dos direitos humanos no caso particular.

Desse modo, a dificuldade inicial da Corte IDH foi confirmar sua competência jurisdicional de garantir a proteção dos DESCAs. Consolidada a jurisprudência neste sentido, o próximo passo foi garantir mecanismos pelos quais a decisão pudesse ser tornada eficaz, com a exequibilidade no âmbito interno dos Estados. Portanto, foi conquistado pela Corte IDH a atuação coercitiva, junto aos Estados soberanos, para garantir a efetividade dos DESCAs e sua implementação no âmbito interno.

Como conclusão é possível entender os DESCAs como universais, indivisíveis, interdependentes e relacionados entre si. A Corte IDH tem adotado parâmetros específicos para promoção de direitos por via indireta, por exemplo, reconhecendo a acessibilidade aos serviços de saúde e sanitários por meio de sua vinculação ao direito à integridade pessoal. E, em relação ao artigo 26 da CADH, o reconhecimento genérico dos DESCAs tem obrigado os Estados a adotarem medidas de desenvolvimento progressivo na matéria desses direitos.

2. A EXIGIBILIDADE DOS DESCAs PERANTE A SENTENÇA JUDICIAL.

O professor César Garavito (2011), ao realizar uma revisão de literatura sobre a justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESCAs), percebeu que a ênfase das pesquisas acadêmicas na fase de produção dos julgamentos criou um ponto cego analítico e prático: o estágio de implementação das decisões. Assim, o autor se debruça na averiguação sobre o que os tribunais podem fazer para melhorar o impacto das suas decisões sobre DESCAs, garantindo a execução de suas sentenças.

Para tanto, foi realizada uma pesquisa empírica por meio de entrevistas e de um estudo comparativo do impacto das decisões da Corte Constitucional Colombiana (CCC).

Foram selecionados três casos estruturais¹⁰⁸ para análise, relacionados da seguinte maneira: o relativo alto impacto do Julgamento T-025 foi contrastado com os efeitos mais modestos de outras duas decisões estruturais, o T-153 e o T-760.

Acerca de seus conteúdos, em síntese, no T-025, a CCC declarou que a emergência humanitária causada pelo deslocamento forçado constituía um “estado de coisas inconstitucional”. No T-153, a CCC declarou que a terrível situação dos detidos em prisões superlotadas representava “um estado de coisas inconstitucional”. E no T-760, a CCC emitiu uma decisão mais recente sobre o direito à saúde, envolvendo um conjunto de medidas cautelares estruturais e lançou um processo de monitoramento ambicioso.

Para analisar os efeitos dos julgamentos, o autor, primeiramente, criou um “framework” de tipos e exemplos de efeitos das decisões judiciais a partir da exploração dos estudos já realizados sobre o impacto judicial. Dessa análise inicial, o autor classifica os estudos existentes em dois grupos: aqueles estudos que focam nos efeitos diretos e palpáveis, adotando uma perspectiva neorrealista e uma metodologia pautada em técnicas de pesquisa quantitativas; e aqueles que, inspirados em uma concepção construtivista, salientam a importância dos efeitos indiretos e simbólicos das decisões, adotam estratégias de pesquisa que incluem técnicas qualitativas.

A partir dessas duas perspectivas, o autor constrói uma tipologia dos efeitos sob consideração. De um lado, no eixo horizontal da tabela criada, são alocados os efeitos das decisões que podem ser: os efeitos diretos, que incluem ações judiciais que afetam os

¹⁰⁸ Casos estruturais são caracterizados por Garavito como processos judiciais que: (1) afetam um grande número de pessoas que alegam violação de seus direitos, diretamente ou através de organizações que litigam a causa; (2) implicam várias agências governamentais consideradas responsáveis por falhas generalizadas de políticas públicas que contribuem para essas violações de direitos; e (3) envolvam medidas cautelares estruturais, ou seja, ordens de execução pelas quais os tribunais instruem várias agências governamentais a tomar ações coordenadas para proteger toda a população afetada e não apenas os reclamantes específicos no caso.

participantes do caso; e os efeitos indiretos, que incluem todos os tipos de consequências que, sem serem estipuladas nas ordens do tribunal, ainda assim derivam da decisão.

No eixo vertical da tabela estão representados os efeitos materiais e simbólicos. Os efeitos materiais implicam mudanças tangíveis na conduta de grupos ou indivíduos. Por seu turno, os efeitos simbólicos consistem em mudanças de ideias, percepções e construções sociais coletivas relacionadas ao assunto do litígio.

Assim, a interseção dessas duas perspectivas origina quatro tipos de efeitos: 1) efeitos materiais diretos (formulação de uma política ordenada pelo tribunal); 2) efeitos materiais indiretos (intervenção de novos atores no debate); 3) efeitos simbólicos diretos (reformulação da cobertura da mídia); 4) efeitos simbólicos indiretos (a transformação da opinião pública sobre o assunto). Retomando o contraste entre as abordagens neorrealista e construtivista, com essa tipologia é possível constatar que os neorrealistas se concentram nos efeitos materiais diretos, ou seja, na execução da decisão. Por outro lado, os construtivistas consideram todos os quatro tipos.

É importante notar isso, porque vai gerar diferentes pontos de vista sobre a eficácia de um julgamento. Um julgamento poderá ser visto como ineficaz pelos neorrealistas e como eficaz pelos construtivistas, na medida em que o que é visto como impacto para o último grupo inclui um conjunto mais amplo de efeitos.

Em um segundo momento, o autor busca compreender a existência de variação na amplitude e na profundidade dos efeitos das decisões estruturais do CCC e de outros tribunais. Primeiramente, o autor inicia discutindo as diferenças entre o ativismo monológico e o ativismo dialógico em relação às suas habilidades de aumentar o impacto das Cortes no cumprimento dos DESCAs. O autor esclarece que um julgamento sobre DESCAs será mais ou menos dialógico a depender das escolhas do tribunal com relação a

três componentes da decisão: conteúdo substantivo, remédios e mecanismos de monitoramento.

O conteúdo substantivo da decisão está relacionado a um “se” e “em que medida” o tribunal declara que houve uma violação de um DESCAs justificável. Em termos dos critérios de Tushnet¹⁰⁹, as decisões ativistas, de variedades monológicas e dialógicas, implicam a afirmação dos DESCAs como “direitos fortes”.

Em relação aos remédios, enquanto os julgamentos monológicos envolvem ordens precisas e orientadas para os resultados, os julgamentos dialógicos tendem a delinear procedimentos e objetivos amplos e, alinhados ao princípio da separação de poderes, sobrecarregam os órgãos governamentais para projetar e implementar políticas. Em termos dos critérios de Tushnet, os remédios dialógicos tendem a ser mais fracos.

No que se refere ao terceiro componente, os mecanismos de monitoramento, consiste no enfrentamento pelos tribunais da escolha de manter ou não a jurisdição supervisora sobre a implementação dessas decisões. As decisões dialógicas tendem a abrir um processo de monitoramento que incentiva a discussão de alternativas de políticas para resolver o problema estrutural detectado na decisão.

Essa caracterização tríplice permite uma avaliação do caráter monológico ou dialógico de uma determinada decisão ou tribunal. Por sua vez, as decisões mais dialógicas em casos estruturais envolvem uma afirmação clara da justiciabilidade dos DESCAs enquanto “direitos fortes”; deixam as decisões de política para os ramos eleitos do poder, enquanto traça um roteiro claro para medir o progresso (remédios moderados); e monitoraram ativamente a implementação das ordens do tribunal por meio de

¹⁰⁹ Os critérios de Tushnet servem para distinguir a amplitude das ordens e a extensão em que as ordens são obrigatórias e peremptórias.

mecanismos participativos, como audiências públicas, relatórios de progresso e decisões de acompanhamento (monitoramento forte).

Em cada uma dessas três dimensões será possível encontrar grandes diferenças entre os tribunais ativistas (até mesmo entre as decisões de um mesmo tribunal). E é por isso que o autor se propõe a analisar comparativamente as três decisões selecionadas da CCC a fim de verificar como essas diferenças influenciam no impacto judicial.

Assim, o autor constatou que as três decisões compartilham a abordagem dos DESCAs enquanto “direitos fortes”. Mas, em relação aos remédios, uma grande diferença é notada entre elas: no T-153, a CCC adotou uma abordagem de remédios fortes ao dar ordens detalhadas para o governo; a decisão do T-025 adotou uma abordagem mais procedimental e dialógica ao deixar para o governo do direito de decidir o conteúdo dos programas de Pessoas Deslocadas Internamente; na decisão no T-760, a CCC adotou abordagem moderada e intermediária ao orientar os meios pelos quais o governo formularia um plano de contingência para lidar com a iminente falência do sistema de saúde.

Por fim, no que consiste ao monitoramento, a decisão do T-025 se destaca das demais. Isto porque, ao longo de sete anos, ela gerou 21 audiências públicas de acompanhamento envolvendo uma ampla gama de atores governamentais e não-governamentais, demonstrando que a CCC implementou um processo de monitoramento notavelmente forte.

Em contraste, a abordagem da CCC no T-153 não incluía nenhum mecanismo de monitoramento patrocinado pela Corte. Da mesma forma, na decisão do T-760, embora tenha delineado um mecanismo de monitoramento semelhante ao do T-025, a CCC permaneceu em grande parte passiva: não realizou audiências públicas, não conseguiu promover uma participação significativa dos cidadãos e limitou seu acompanhamento a

pedidos de informações do governo. Esses dois últimos julgamentos citados são caracterizados por possuírem um monitoramento fraco.

Portanto, o autor conclui que os resultados sugerem que decisões dialógicas como o T-025 oferecem a perspectiva de maior impacto geral no cumprimento dos DESCA, enquanto decisões monológicas como a T-153 provavelmente têm menor impacto. Entre esses dois extremos, há diferentes combinações de direitos, remédios e monitoramento que podem ter um impacto moderado.

O autor supõe que as decisões dialógicas tenham maior impacto porque abordam os dois principais obstáculos práticos à implementação de decisões estruturais envolvendo os DESCA: a resistência política e a capacidade institucional. Quanto ao primeiro, as injunções estruturais nos DESCA naturalmente provocam resistência de setores poderosos com interesses no status quo. E, ao capacitar uma gama mais ampla de partes interessadas para participar do monitoramento, os tribunais liberam efeitos diretos e indiretos que podem ajudar os tribunais a superar a resistência política.

Em relação ao segundo obstáculo, os mecanismos do ativismo dialógico podem ajudar os tribunais a resolver as deficiências institucionais ao lidar com questões socioeconômicas complexas. Os tribunais podem promover diálogos cujos efeitos diretos e indiretos potencialmente decorrentes incluem desbloquear processos políticos, melhorar a coordenação entre os órgãos estatais desconectados e criar políticas públicas enquadradas na linguagem dos direitos.

Por fim, combinando os direitos, remédios e mecanismos de monitoramento do ativismo dialógico, os tribunais podem compensar algumas das deficiências políticas e institucionais que tornam suas intervenções ineficazes em questões distributivas

complexas, contribuindo para o aumento do impacto geral dos tribunais no cumprimento dos DESCAs.

CONCLUSÃO.

O presente trabalho procurou examinar o avançar histórico do processo judicialização internacional dos DESCAs, que passaram a ser pleiteados de maneira autônoma e desvinculados dos direitos civis e políticos. Em decorrência da pesquisa verificamos uma mudança de paradigma através do julgamento pela CIDH do caso Lagos del Campo vs. Peru (2017), que reconheceu a possibilidade de judicializar diretamente os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, com a criação de nova norma ao artigo 26 da CADH.

Apesar do surgimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos quando a América Latina era governada, em sua maioria, por ditaduras militares, o perfil da corte de justiça foi à busca pelo avanço da agenda democrática na região. Neste aspecto, a jurisprudência da Corte restou solidificada no combate as violações de direitos humanos, na proteção de grupos vulneráveis e na consolidação das instituições democráticas.

No passo seguinte, a CIDH caminhou no sentido de internacionalizar a proteção dos direitos humanos na América Latina, reconhecendo a autonomia, independência e possibilidade de submissão em juízo para buscar concretizar os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

Para solidificar esta diretriz, a CIDH procurou estabelecer uma cultura de diálogo entre os diferentes níveis para contribuir na evolução da matéria dos direitos humanos. Além disso, foi necessário intervir e aperfeiçoar as medidas executivas necessárias para fortalecer o sistema interamericano de direitos humanos. Tudo isto revela a íntima relação

da proteção dos direitos humanos com o fortalecimento e consolidação da democracia e do Estado de Direito no âmbito da América Latina.

Em caso paradigma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso Lagos del Campo vs. Peru, em 2017, se desvinculou de sua jurisprudência restritiva e passando a permitir a judicialização autônoma e direta dos DESCAs com fundamento no artigo 26 da CADH. Neste caso, a CIDH passou da análise central de violação de direitos humanos por regimes não democráticos e justiça de transição para a democracia e se inclinou para fazer valer os direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais na América Latina por intermédio da exequibilidade de suas decisões.

Por todo conteúdo trazido, a possibilidade de submissão direta de conflitos relacionados ao DESCa no enredo da CIDH deve ser dotada de mecanismos que garantam o cumprimento pelos Estados nacionais submetido à jurisdição internacional. Nesse sentido, a garantia da judicialização dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos deve vir acompanhada e aperfeiçoada por instrumentos garantidores de sua execução no âmbito interno de cada país latino-americano.

REFERÊNCIAS.

ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; IGNÁCIO, Renata Rossi. Covid-19 e direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA): impacto dos estándares interamericanos. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 11, n. 1, p. 59-90, 2020.

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

CASTRO, Pamela Juliana Aguirre. Los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, n. 67, jan./jul., p. 155-202, 2018.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **CASO LAGOS DEL CAMPO VS. PERU.**

Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf.

Acessado em: 06 de jul. 2022.

GARAVITO, César Rodríguez. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law Review**, n. 89, p. 1669-1698, 2011.

GORCZEWSKI, Clovis. A atuação da Corte Interamericana de direitos humanos nas questões dos DESCAs. In: **Sensibilidad, sociología y derecho: Libro homenaje al Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior.** Álvaro Sánchez Bravo, p. 141-156, 2021.

COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÕES EM LOTEAMENTOS FECHADOS – TEMA 492/STF

MOACIR LEOPOLDO HAESER: Advogado e Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ex-professor da Faculdade de Direito de Santa Cruz do Sul (UNISC) e da Escola Superior da Magistratura – AJURIS

Um assunto que gerou muita polêmica, desde a expansão dos loteamentos fechados, notadamente no litoral, é o da cobrança de contribuições dos proprietários para a manutenção das despesas comuns.

Não há como ignorar que esses loteamentos têm áreas comuns a todos os proprietários, tais como muros, pórticos, ruas, lagos, praças e áreas de lazer. A inexistência de uma legislação específica, tal como ocorria com os condomínios em edifícios, levou à criação de sociedades de moradores, encarregadas da manutenção das áreas comuns e prestação de serviços, tais como vigilância, manutenção, custeio de iluminação, recolhimento de lixo, etc.

Em muitos lugares foram lançados empreendimentos com a configuração de condomínio, o que esbarrou na burocracia estatal, estatuindo-se que a aquisição de lotes ficava vinculada à associação de moradores, título que deveria ser transferido em caso de alienação.

Como sempre ocorre, alguns moradores esquivavam-se de contribuir para as despesas comuns, aproveitando-se gratuitamente das contribuições dos demais moradores, usufruindo dos serviços de segurança e manutenção, bem como das áreas de lazer, o que representa verdadeiro enriquecimento ilícito. Da mesma forma esgueiravam-se as incorporadoras de contribuir para a manutenção referente aos lotes ainda não vendidos.

A matéria tornou-se altamente controvertida na jurisprudência, invocando-se a disposição constitucional da liberdade de associação, prevista do art. 5, Inc. XX, que dispõe que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.

O advento da Lei nº 13.465, de 2017, que introduziu o art. 36-A, na Lei nº 6.766/79, e o art. 1.358-A, ao Código Civil, trouxe profundas modificações na matéria

O Superior Tribunal de Justiça, após longa controvérsia, apreciou a questão (Tema 882) em sede de recursos repetitivos, tendo concluído pela impossibilidade de cobrança de taxas de manutenção por meio das associações civis: *"As taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram"*.

A questão foi submetida ao Supremo Tribunal Federal que reconheceu a relevância da matéria e a repercussão geral, possibilitando ampla discussão do tema, inclusive a intervenção de "amicus curiae", fixando no tema 492, por escassa maioria (seis a cinco):

"É inconstitucional a cobrança por parte de associação de taxa de manutenção e conservação de loteamento imobiliário urbano de proprietário não associado **até o advento da Lei nº 13.465/17**, ou de anterior lei municipal que discipline a questão, a partir da qual se torna possível a cotização dos proprietários de imóveis, titulares de direitos ou moradores em loteamentos de acesso controlado, que I) já possuindo lote, **adiram ao ato constitutivo das entidades equiparadas a administradoras de imóveis** ou (II) sendo novos adquirentes de lotes, o ato constitutivo da obrigação esteja registrado no competente Registro de Imóveis".(Uma frase enorme e de difícil compreensão para o leigo).

A orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal tem efeito vinculante e deverá nortear as decisões judiciais, pondo fim à controvérsia, sendo legítima a cobrança pelas associações àqueles que a ela se vincularam antes da lei 13.465 e, posteriormente, aqueles que adiram ao ato constitutivo ou o ato constitutivo da obrigação conste do Registro de Imóveis.

Há de se destacar a competência concorrente dos Municípios para disciplinar a matéria, agora reconhecida pelo STF no tema 492, Recurso Extraordinário nº 695.911.

Merece destaque, ainda, a alteração do Código Civil pela Lei 13.465/2017, que estabelece em seu Art. 1.358-A: Pode haver, em terrenos, partes designadas de lotes que são propriedade exclusiva e partes que são propriedade comum dos condôminos. § 1º A fração ideal de cada condômino poderá ser proporcional à área do solo de cada unidade autônoma, ao respectivo potencial construtivo ou a outros critérios indicados no ato de instituição.

Finalmente, a Medida Provisória nº 1.085/2021, incluiu o § 2º, ordenando aplicação ao condomínio de lotes do disposto sobre condomínio edilício, praticamente encerrando a controvérsia.

ANÁLISE DA OBRA *1984* DE GEORGE ORWELL: AUTORITARISMO E CONTROLE SOCIAL PELO ESTADO

WILKISLAINE DA CONCEIÇÃO DOS SANTOS SILVA:
Graduando (a) em Direito na Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE).¹¹⁰

JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO¹¹¹

GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA¹¹²

RESUMO: O objetivo deste artigo é conectar a obra literária "*1984*", de autoria de George Orwell, com o Direito. O livro retrata uma sociedade distópica que, é controlada pelo Estado, através de um regime assustadoramente ditatorial que é liderado pela figura do "Grande Irmão". Ele é a autoridade suprema imposta pelo partido único Ingsoc, que vigia constantemente a população da Oceania através da teletela para averiguar há alguém que seja contra o seu regime. A principal relação dessa obra literária com a ciência jurídica são os pontos da narrativa que refletem os Direitos Humanos. Com efeito, este trabalho consiste em uma Pesquisa Descritiva e Bibliográfica, realizada precipuamente na área dos Direitos Humanos. Esse Trabalho surge a partir de estudos direcionados ao Projeto de extensão "Direito & Literatura" da FACAPE – Faculdade de Petrolina. Ao final, conclui-se que o clássico romance traz fortes reflexões a respeito da sociedade em geral, dos sistemas governamentais, das questões sociais, dando ênfase a figura de domínio totalitário. A obra traz justamente uma sociedade que vive sob o domínio desse governo, a qual é vigiada ininterruptamente, sendo perceptível a grave violação de direitos humanos.

110 Graduando (a) em Direito na Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE). E-mail: wilkislaine.silva.23239@aluno.facape.br

111 Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio, Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia, professora de direito penal e direito constitucional da Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE), advogada.

112 Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, advogado. Professor de Direito da Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE).

Palavras-Chave: Direitos Humanos. Controle Estatal. Poder. Totalitarismo.

ANALYSIS OF GEORGE ORWELL'S 1984 WORK: AUTHORITARIANISM AND SOCIAL CONTROL BY THE STATE

ABSTRACT: The purpose of this article is to connect the literary work "1984", by George Orwell, with the Law. The book portrays a dystopian society that is controlled by the state, through a frighteningly dictatorial regime that is led by the figure of "Big Brother". He is the supreme authority imposed by the single Ingsoc party, which constantly monitors the population of Oceania through the telescreen to find out if anyone is against their regime. The main relationship of this literary work with legal science is the narrative points that reflect Human Rights. Indeed, this work consists of a Descriptive and Bibliographic Research, carried out mainly in the area of Human Rights. This work arises from studies directed to the extension project "Law & Literature" of FACAPE – Faculdade de Petrolina. In the end, it is concluded that the classic novel brings strong reflections about society in general, government systems, social issues, emphasizing the figure of totalitarian rule. The work brings precisely a society that lives under the dominion of this government, which is monitored uninterruptedly, and the serious violation of human rights is perceptible.

Keywords: Human Rights. State Control. Power. Totalitarianism.

1. INTRODUÇÃO

O Projeto de extensão Direito & Literatura se destina ao estudo e difusão da interdisciplinariedade entre Direito, Literatura, Arte e Cinema. Demonstra-se que com o desenvolvimento de propostas para reflexão acerca do Direito e dos contextos sociais relevantes, expostos através da Literatura e da Arte, os juristas possuem papel de revolução social. Assim, a interdisciplinaridade e interligação de fontes de conhecimento, possibilitam uma compreensão mais eficaz do fenômeno jurídico no seio social.

A aproximação entre Direito, Literatura, Arte e Cinema motivam a reflexão e os seus impactos se dão sobre o âmbito jurídico, de forma que há ênfase nas novas formas de pensar acerca do Direito. Tal persecução deve ter amplitude de preocupação, pois, apesar da formação do jurista se basear no conhecimento técnico-legal, não se pode ignorar o contexto cultural. Busca-se, em suma, uma análise dinâmica, holística e sensível do Direito.

O Projeto é Coordenado pela Professora Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro e tem o Professor Guilherme Sabino Nascimento Sidrônio de Santana como colaborador.

2. JUSTIFICATIVA

O Direito & Literatura possibilita a abertura de um novo campo para a realização de estudos e pesquisas jurídicas e difunde, mediante o diálogo entre as comunidades acadêmicas, a reflexão acerca da capacidade da narrativa literária auxiliar os juristas na árdua tarefa de compreender/interpretar/aplicar o Direito, relacionando a ficção com a realidade social e jurídica.

A importância da atividade se materializa na expansão dos horizontes culturais e na ampliação da capacidade interpretativa, bem como da habilidade da escrita (elaboração de textos) de todos os que participarem dos eventos. Também, possibilita, uma comunicação entre diferentes disciplinas, sob diferentes olhares, a partir do diálogo entre docentes e discentes da FACAPE – Faculdade de Petrolina, e de outras instituições e interessados em geral.

3. OBJETIVOS

3.1. OBJETIVO GERAL

Este relatório tem o objetivo principal de comunicar as atividades desenvolvidas pelos alunos integrantes do Projeto de Extensão à Coordenadora.

3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Realizar reuniões para a manutenção do projeto e o aprofundamento nos temas tratados, através da discussão de textos, livros e materiais ofertados;
- b) Auxiliar na formação crítica e interpretativa dos alunos;
- c) Promover a integração dos estudantes de Direito com a comunidade acadêmica da região.
- d) Produção de artigos, capítulos de livro, e outros trabalhos acadêmicos.
- e) Participação em Congressos e eventos diversos.

4. METOLOGIA OPERACIONAL

Leitura de material bibliográfico pertinente, identificação de instituições públicas de ensino superior que concordem em viabilizar visitas para promover encontros com seus discentes e atividades voltadas para o incentivo à leitura. As reuniões também podem acontecer de forma remota, conforme necessidade.

A forma de avaliação será a presença nas reuniões, o estudo dos temas levantados para formação humanística relativa ao tema e a participação nos encontros nas instituições públicas (ensino superior).

5 AÇÕES REALIZADAS PELA DISCENTE WILKISLAINE DA CONCEIÇÃO DOS SANTOS SILVA

- i. Reuniões periódicas entre os alunos partícipes do projeto de extensão, com o fito de traçar estratégias para persecução dos seus objetivos e Capacitação da equipe para a realização de oficinas e palestras junto à comunidade acadêmica:

Participação como ouvinte, da reunião em que foram estabelecidas as diretrizes para a entrega do relatório do projeto. (03/09/2022)

ii. Palestras, seminários e rodas de conversa realizadas:

Participação como ouvinte da Semana do Direito Facape do Minicurso Medicina Legal ministrado pelo professor Edson Pacheco.

Participação como ouvinte da Semana do Direito Facape do Minicurso o Direito Sistêmico e a Nova Advocacia, ministrada por Francisca Cleoneide R. Diniz e Nalene de A. C. Costa.

Participação como ouvinte da Semana do Direito Facape do Workshop – Direito e Arte – Cinema e Literatura II, ministrado por Anderson Wagner.

Participação como ouvinte da Semana do Direito Facape do Minicurso – A política das Formas Consensuais de Soluções de Conflitos e seus Reflexos na Justiça do Trabalho: Aspectos Teóricos e Práticos, ministrado por Jéssica Maria F. Nunes e Neuton henrique de V. Júnior.

iii. Participação no MEPE – Mostra de Ensino, Pesquisa e Extensão do Vale do São Francisco, e em outros eventos realizados na FACAPE.

iv. Participação como ouvinte da Mesa-Redonda sobre a Importância dos Lattes, ministrado pelas professoras Isadora Moura Fé, Laíse Mariz e Jéssica Cavalcanti na Semana da Integração promovida pela Liga Acadêmica de Direito do Vale do São Francisco – LADVASF.

6. RESUMO DA OBRA LITERÁRIA ESCOLHIDA

A Obra Literária escolhida trata-se do Clássico *1984* de autoria de George Orwell. O livro traz uma sociedade distópica que, apesar de traçar uma história fictícia de uma outra época, não deixa a desejar quando o requisito é assemelhar-se com a atual realidade da humanidade. A obra retrata a história de uma sociedade controlada pelo Estado, através de um regime assustadoramente ditatorial que é controlado pela figura do “Grande Irmão”,

autoridade suprema imposta pelo partido único Ingsoc, que vigia constantemente a população da Oceania através da teletela para averiguar se diante do povo há alguém que seja contra o seu regime.

Ao decorrer do livro a história é compreendida pela visão de Winston Smith, personagem principal que se contrapõe as ideias do Partido e questiona até mesmo se o ano em que estão é realmente 1984. Winston é funcionário público do Partido e trabalha no Ministério da Verdade e nas suas atribuições está adulterar dados da imprensa, para que tudo o que acontecesse na sociedade da Oceania estivesse de acordo com as palavras do Grande Irmão. Ciente de que suas dúvidas em relação ao Partido são consideradas *pensamentocrime* (palavra do novo idioma regido pelo Partido), Winston guarda para si suas opiniões mas observa ao seu redor tentando encontrar pessoas que compartilhem da mesma repulsa que ele a respeito do governo totalitário, das mesmas indagações ao pensar se há como reverter aquela situação, se é possível destruir o partido, e que se houvesse esperança, essa com certeza seria nos proletas.

A obra 1984 nos faz imergir em um mundo caótico, cinza, frio e real. Ao ler a obra é inevitável fazer um paralelo com os acontecimentos da história humana, a imersão é tão grande, que no decorrer dos capítulos, os questionamentos do personagem principal, tornam-se questionamentos do leitor, é de fato uma leitura crucial e que agrega bastante em diversos âmbitos da vida, em especial em países democráticos, para que o povo não se engane com ações de cunho ditatorial, e que pulsem sempre “abaixo ao Grande Irmão”.

7. CONHECENDO O AUTOR DA OBRA

O autor do clássico literário 1984 é George Orwell (pseudônimo de Eric Arthur Blair), nasceu em 25 de junho de 1903, na cidade de Motihari na Índia. Contudo, sua vida educacional foi inglesa, pois foi morar ainda criança na Inglaterra. Antes de ascender em sua carreira literária, Orwell trabalhou na polícia imperial indiana e saiu com o intuito de

dedicar-se a literatura. Após isso, em 1933 publicou o seu primeiro livro, *Na pior em Paris e Londres*, em que ele relata o dissabor dos tempos difíceis que viveu nessas cidades, um livro que aponta suas experiências nos bairros pobres de Paris e Londres, uma realidade de fome e pobreza que ainda hoje assola imensuravelmente o mundo, e foi justamente na publicação de seu primeiro livro que nasceu o seu pseudônimo, George Orwell, como ficou conhecido até os dias atuais.

No final do ano seguinte a publicação de seu livro, Orwell trabalhou em uma livraria de Londres, cidade na qual também conheceu sua primeira esposa, Eileen O'Shaughnessy, e assim, continuou a escrever e publicar outros livros como *A Caminho de Wigan*, livro que foi escrito após ter decidido conviver com os mineiros que habitavam a cidade de Wigan. Orwell viveu em um momento tenso por causa das guerras e conflitos entre nações, mas por apresentar problemas de saúde, não lutou na Segunda Guerra Mundial. Continuou mudando de empregos e em 1945 ele ascendeu na carreira literária com o famoso livro *A Revolução dos Bichos*, uma sátira ao totalitarismo.

O seu clássico *1984* publicado em 1949, um romance que mostra as facetas do totalitarismo, é o livro mais famoso de Orwell, que infelizmente não usufruiu tanto desse sucesso, pois, veio a falecer em janeiro de 1950, na cidade de Londres em razão de uma tuberculose. O romancista, foi um dos escritores mais famosos do século XX, Orwell com certeza deixou um legado enorme para as sociedades que vieram após ele, seus títulos apontam uma visão da realidade que se estende ao futuro, ele escrevia sobre o seu tempo, mas vemos que a história frequentemente se assemelha, se conecta com o passado, o caráter ideológico e a crítica aos poderosos na sociedade é notadamente expressa em suas obras, um homem com uma mente brilhante e um olhar satírico que deixou seu legado transcender os séculos.

8. RELAÇÃO DA OBRA LITERÁRIA ESCOLHIDA COM O DIREITO

O clássico romance, *1984*, de George Orwell, traz fortes reflexões a respeito da

sociedade em geral, dos sistemas governamentais, das questões sociais, dando ênfase a qualquer figura de domínio totalitário. A obra traz justamente uma sociedade que vive sob o domínio desse governo, a qual é vigiada ininterruptamente.

Ao decorrer da história, é perceptível a quantidade de direitos humanos que são feridos na sociedade da Oceania, a liberdade de imprensa que foi violada e é regida por membros do Partido para que eles tivessem total controle do que o povo poderia pensar, a tortura como objeto de penalidade para qualquer um que cogitasse pensar contra o Partido, os proletas que são a margem do corpo social e que vivem em situações de desamparo pela própria nação, entre outros direitos golpeados pelo governo.

Além desses direitos humanos ofendidos, na medida que a história desenvolve-se, a violação do direito da privacidade pelo Partido é corriqueira, fazendo uso da logo " O Grande Irmão está de olho em você", e na residência de cada cidadão ter uma teletela para de fato estar de olho em todos que habitam a Oceania. Fazendo um paralelo com o que o Direito brasileiro protege, na Constituição Federal de 1988 em seu Art. 5º e inciso X que diz: "*São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação,*" a Constituição aponta que é inviolável a vida privada e a intimidade do cidadão, ciente que se houver o descumprimento destas ações seriam de cunho de um governo com regime ditatorial e não de um país em que o sistema democrático prevalece, pois, tal ação é uma afronta as liberdades individuais.

Por fim, *1984* é um clássico literário que ultrapassa as barreiras do seu tempo, e que se conecta com o direito em diversas perspectivas, principalmente conhecendo a trajetória do Brasil, no Império, no regime ditatorial e a república, Orwell aponta como seria uma nação ao retroceder para esse tipo de sistema governamental, nossos direitos e garantias estariam ameaçados. Por isso, é necessário valorizar e preservar esses direitos,

para que a realidade não retroceda e torne-se um espelho da distopia de Orwell.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Projeto Direito & Literatura conseguiu disseminar informações sobre a obra *1984* de Orwell, apontando que o Direito visto na ótica literária põe em pauta diversos contextos sociais que antes somente eram visualizados por uma só perspectiva. A respeito do clássico literário, *1984*, sua relevância para o contexto social é inegociável, Orwell deixou um grande legado para a sociedade possibilitando que os seus leitores desenvolvam um sentimento de revolução social.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ORWELL, George. *1984*. Trad. Heloisa Jahn e Alexandre Hubner. São Paulo: Companhia das Letras, 1. Ed. 2009.

FUNÇÕES, NATUREZA JURÍDICA E EFICÁCIA DAS DECISÕES DOS TC'S

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutor em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, Espanha, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Assessor de gabinete de conselheiro no TCE/PI.¹¹³

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta dispor sobre as funções, natureza jurídica e eficácia das decisões dos Tribunais de Contas, órgãos político-administrativos com funções atribuídas que não podem ser cerceadas por nenhum dos Poderes, já que os mesmos são fundamentais para garantir a República e a Democracia. Atribuir a esses órgãos fiscalizadores um verdadeiro caráter autônomo, para que as suas atribuições não só adquiram uma maior força coercitiva, como também, sejam passíveis de execução pelos próprios órgãos fiscalizadores, a fim de tornar eficiente o Estado Democrático de Direito, e a tutela dos interesses da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Funções; Natureza jurídica; Eficácia das decisões; TC's.

Funciones, naturaleza jurídica y eficacia de las decisiones de los TC's

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto disponer brevemente las funciones, naturaleza jurídica y eficacia de las decisiones de los Tribunales de Cuentas, órganos político-administrativos con funciones atribuidas que no pueden ser cercenadas por ninguno de los Poderes, por ser fundamentales para garantizar la República y Democracia.

113 E-mail: benignonovo@hotmail.com

Atribuir a estos órganos de control un verdadero carácter autónomo, de modo que sus atribuciones no sólo adquieran mayor fuerza coercitiva, sino que, además, estén sujetas a ejecución por los propios órganos de control, a fin de hacer eficiente el Estado Democrático de Derecho, y la protección de la los intereses de la sociedad.

PALABRAS CLAVE: Funciones; Naturaleza jurídica; Eficacia de las decisiones; TC's.

Functions, legal nature and effectiveness of the TC's decisions

ABSTRACT: The objective of this article is to briefly provide for the functions, legal nature and effectiveness of the decisions of the Courts of Auditors, political-administrative bodies with assigned functions that cannot be curtailed by any of the Powers, since they are fundamental to guarantee the Republic and Democracy. Attribute to these supervisory bodies a true autonomous character, so that their attributions not only acquire greater coercive force, but also, are subject to execution by the supervisory bodies themselves, in order to make the Democratic State of Law efficient, and the protection of the society's interests.

KEYWORDS: Functions; Legal nature; Effectiveness of decisions; TC's.

INTRODUÇÃO

Os Tribunais de Contas são os mais importantes Órgãos de controle externo, atuando com relevante independência, o que lhes conferem significativa isenção para apreciar as contas dos responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos. Os diversos TC's têm como função fundamental realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos federativos e federados da Administração Pública direta e indireta, estando sujeitas a esta fiscalização as empresas públicas e sociedades de economia mista.

Os TC's constituem um tertium genus na organização política brasileira, dada à natureza das suas decisões que não se caracterizam como mero ato administrativo, mas que também fogem às características das decisões judiciais. Delas, pode-se dizer que possuem natureza judicialiforme. Conforme preceitos constitucionais possuem autonomia na sua incumbência de exercer o controle externo da gestão financeira, se caracterizando como uma importante ferramenta para evitar a malversação dos recursos públicos.

O Brasil conta com 33 Tribunais de Contas, divididos em três níveis: União (TCU), Estados (nas 26 capitais e Distrito Federal), dos Municípios do Estado (Bahia, Goiás e Pará) e Tribunais de Contas do Município (São Paulo e Rio de Janeiro).

Esta pesquisa justifica-se pela extrema relevância dos diversos Tribunais de Contas pelo Brasil afora como fundamentais para garantir a República e a Democracia.

DESENVOLVIMENTO

Os Tribunais de Contas são Órgãos investidos de autonomia, inexistindo qualquer vínculo de subordinação institucional ao Poder Legislativo. A distinção feita pelo STF das competências estabelecidas nos incisos I e II do artigo 71 da CF, no mais, torna clara a independência deste Órgão em relação ao Parlamento, como se verifica na decisão cautelar na ADI-MC 3715: “[...] 5. Na segunda hipótese [do inciso II, do artigo 71 da CF/88], o exercício da competência de julgamento pelo Tribunal de Contas não fica subordinado ao crivo posterior do Poder Legislativo.”

A leitura dos arts. 44, 76 e 92 da Constituição Federal de 1988, que informam os órgãos que compõe os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. O Tribunal de Contas é instituição autônoma, com independência financeira e administrativa, não integrando nenhum dos poderes, uma vez que a todos fiscaliza na função administrativa, sendo

indispensável que não esteja à mercê de qualquer pressão advinda daqueles sujeitos a sua fiscalização.

A natureza jurídica dos Tribunais de Contas são Cortes político-administrativas, autônomas, vinculadas ao Poder Legislativo. No mesmo diapasão é a lição de Uadi Lammêgo Bulos:

O controle externo é exercido pelo órgão diverso do controlado, é dizer, pelo Congresso Nacional, Assembleias Legislativas dos Estados e do Distrito Federal, Câmaras Municipais, com auxílio dos respectivos Tribunais de Contas (art. 71). Sua natureza é técnica, realizando-se externa corporis, com a finalidade principal de fiscalizar. Excepcionalmente, perante situações de irregularidade, é acionado, mas com estrita observância aos casos especificados na legislação (BULOS, 2003: 868).

Segundo Micaela Dominguez Dutra:

Apesar de não ter qualquer dispositivo na Constituição ora vigente que ampare a tese de quem podem os Tribunais de Contas declarar a inconstitucionalidade de ato normativo, e obrigar o administrado a não observar tal entendimento como Verbete n. 347 da Sumula de jurisprudência desta egrégia Corte Constitucional, que dispõe: "O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos de Poder Público (DUTRA, 2008: 198).

Em relação à relevância constitucional dos Tribunais de Contas, é notável a posição do Supremo Tribunal Federal:

STF - A essencialidade dessa Instituição – surgida nos albores da República com o Decreto n. 966-A, de 7-11-1890, editado pelo Governo Provisório sob a inspiração de Rui Barbosa – foi uma vez mais acentuada com a inclusão, no rol dos princípios constitucionais sensíveis, da indeclinabilidade da prestação de contas da administração pública, direta e indireta (OCF, art. 34, VII, d). A atuação do Tribunal de Contas, por isso mesmo, assume importância fundamental no campo do controle externo. Como natural

decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, os Tribunais de Contas tornaram-se instrumentos de inquestionável relevância na Administração Pública e o comportamento de seus agentes, com especial ênfase para os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade. Nesse contexto, o regime de controle externo, institucionalizado pelo ordenamento constitucional, propícia em função da própria competência fiscalizadora outorgada aos Tribunais de Contas, o exercício, por esses órgãos estatais, de todos os poderes p explícitos e implícitos – que se revelem inerentes e necessários à plena consecução dos fins que lhe foram cometidos (STF – Suspensão de Segurança n. 1.308-9/RJ – Rel. Min. Celso de Mello (Presidente), Diário da Justiça, Seção I, 19 out. 1998, p. 26) (Cf. MORAES, 2007b: 1214).

Tomando-se como exemplo, o Tribunal de Contas do Estado do Piauí, o mais antigo dos tribunais de contas estaduais, o seu Regimento Interno em diversos artigos versa sobre a apreciação pela Corte da constitucionalidade/inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público, no caso concreto:

"Art. 1º Ao Tribunal de Contas do Estado do Piauí, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal, da Constituição do Estado do Piauí e na forma estabelecida na Lei Estadual nº. 5.888, de 19 de agosto de 2009:

...

XXII - apreciar, no caso concreto, a constitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público.

...

Art. 44. Compete ao Presidente do Tribunal de Contas, sem prejuízo de outras atribuições previstas no art. 27 da Lei Estadual nº 5.888/2009:

...

XIII - proferir voto nos casos:

...

c) de apreciação de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público;

....

Art. 67. Compete ao Ministério Público de Contas, em sua missão de guarda da lei e de fiscal de sua execução, além de outras estabelecidas neste Regimento:

...

III - manifestar-se nos recursos e nos pedidos de revisão, bem como nos incidentes de uniformização de jurisprudência, incidente de inconstitucionalidade e na formação de prejudgados e de entendimentos sumulados;

...

Art. 69. Compete ao Procurador-Geral, além de outras atribuições previstas em lei e neste Regimento:

...

VI - propor, quando o Plenário apreciar, no caso concreto, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, o que dispõem os incisos XIII, XIV, XV e XVI do art. 74;

...

Art. 74. Compete ao Plenário, além de outras atribuições expressas em lei e neste Regimento:

...

X - decidir sobre incidentes de inconstitucionalidade, uniformizar a jurisprudência do Tribunal e expedir súmulas sobre matéria de sua competência;

...

Art. 460. Por ocasião do julgamento de qualquer processo pela Câmara, e verificada a inconstitucionalidade de alguma lei ou de ato normativo do Poder Público, os autos serão remetidos à discussão em sessão do Plenário para pronunciamento preliminar sobre a matéria.

§ 1º Não poderá atuar como relator, o Conselheiro ou o Conselheiro Substituto que suscitar a matéria, sendo indicado pelo Presidente do Plenário, um Conselheiro ou um Conselheiro Substituto para o relato da matéria, mediante voto escrito ou proposta de decisão, conforme o caso.

§ 2º Proferido o julgamento pelo Plenário, serão os autos devolvidos à Câmara, para apreciar o caso de acordo com a

decisão prejudicial, podendo o Plenário, excepcionalmente, na mesma sessão, avocar o processo caso este se encontre em condições de ser julgado.

§ 3º Em sessão plenária, o relator do feito exporá o caso, procedendo, em seguida, à deliberação sobre a matéria.

§ 4º Idêntico incidente poderá ser suscitado por qualquer Conselheiro, por Conselheiro Substituto ou pelo Procurador Geral do Ministério Público de Contas, em feitos de competência originária do Plenário.

Art. 461. O incidente de inconstitucionalidade será decidido mediante quorum de cinco votos.

Art. 462. A decisão contida no acórdão que deliberar sobre o incidente de reconhecimento de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, solucionará a questão prejudicial, constituindo prejudgado a ser aplicado a todos os casos a serem submetidos ao Tribunal de Contas.

Art. 463. Reconhecida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo pelo Tribunal de Contas na forma acima especificada, cópias dos autos juntamente com o acórdão serão remetidos ao Procurador-Geral de Justiça do Estado do Piauí para que adote as medidas judiciais cabíveis à espécie.

Art. 464. No processo de reconhecimento de inconstitucionalidade poderá ser admitida a participação de amicus curiae, nos casos em que a decisão possa comprometer direitos fundamentais, interesses públicos ou relevantes interesses econômicos e sociais" (REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PIAUÍ)

As competências atribuídas constitucionalmente aos Tribunais de Contas de julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, e de aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas multa proporcional ao dano causado ao erário, correspondem a funções de caráter jurisdicional outorgadas às Cortes de Contas, que podem resultar na prolação de acórdãos condenatórios, suficientes para aplicação contra o Responsável de sanções civis, criminais, e daquelas previstas na lei da Ficha Limpa.

Em relação à coisa julgada administrativa, assim o Supremo Tribunal Federal se posiciona: "É logicamente impossível desconstituir ato administrativo aprovado pelo Tribunal de Contas, sem rescindir a decisão do colegiado que o aprovou; e para rescindi-la é necessário que nela se constatem irregularidades formais ou ilegalidades manifestas" (STJ, REsp 8970 SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, decisão: 18-12-1991, RSTJ, v. 30, p. 378; DJ-1, de 9-3-1992, p. 2533).(Cf. BULOS, 2003: 874).

Os TC's necessitam adotar um sistema de controle mais avançado, mais ágil e eficiente, objetivando evitar desgastes tanto para o Estado como para a sociedade, sendo que o caminho mais correto para se alcançar esse mérito, é, indubitavelmente, a concessão de uma maior autonomia aos Órgãos de Contas, principalmente em relação às suas competências.

Uma maior valorização das competências desses órgãos, através da atribuição de um caráter mais coercitivo às suas funções, também a legitimação desses institutos

fiscalizadores para executar as sentenças que imputarem débito ou multa, promovendo assim, uma maior eficácia das suas decisões.

CONCLUSÃO

Os Tribunais de Contas não são órgãos que integram a estrutura do Poder Judiciário; suas competências estão definidas de forma exaustiva no art. 71 da Constituição Federal; têm natureza de órgão político administrativo; não têm competência para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, o que engloba a impossibilidade, nos casos concretos, afastar normas que repute inconstitucionais; o exercício do controle de constitucionalidade por parte da Corte de Contas, além de ser absolutamente indevido, gera grande instabilidade jurídica aos administrados, que têm por norte, para seus atos, a presunção de constitucionalidade e legalidade de leis e atos normativos; o Verbete n. 347 da Súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não se coaduna com o sistema constitucional vigente, devendo ser revisto; o modelo estrutural de Tribunal de Contas adotado no Brasil é forma mais moderna de controle de Poder, haja vista que alguns Países adotam o modelo de controlador geral e de auditor-geral; contudo, esses dois modelos submetem todo o controle a figura de uma só pessoa; os Tribunais de Contas têm valiosas vantagens, como, por exemplo, a existência de um colegiado, isto é, o rodízio de controle de órgãos, a alternância de direção e a distribuição impessoal de processos entre outras.

Os Tribunais de Contas têm a missão de assegurar e efetivar a fiscalização dos recursos públicos em benefício da coletividade como importantes órgãos efetivadores e participativos da Lei nº 12.527/11, de 18 de novembro de 2011, denominada Lei de Acesso à Informação. Pode-se afirmar que são os órgãos que mais se aproxima do controle fiscalizador a que o povo faz jus, portanto, as funções atribuídas aos Tribunais de Contas

não podem ser cerceadas por nenhum dos Poderes, já que os mesmos são fundamentais para garantir a República e a Democracia.

Atribuir a esses órgãos fiscalizadores um verdadeiro caráter autônomo, para que as suas atribuições não só adquiram uma maior força coercitiva, como também, sejam passíveis de execução pelos próprios órgãos fiscalizadores, a fim de tornar eficiente o Estado Democrático de Direito, e a tutela dos interesses da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 de dez. de 2022.

BRASIL. **Constituição do Estado do Piauí**. Disponível em: <<http://legislacao.pi.gov.br/legislacao/default/ato/14853>>. Acesso em: 02 de dez. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Lei de Acesso Lei à Informação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 02 de dez. de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 02 de dez. de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: <<https://www.tce.pi.gov.br/>>. Acesso em: 02 de dez. de 2022.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 5 ed. rev. e atual. Até a Emenda Constitucional n, 39/2002. São Paulo: Saraiva, 2003.

__. Curso de Direito Constitucional. Atualizado até a Emenda Constitucional n. 53, de 19-12- 2006. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUTRA, Micaela Dominguez. **O Tribunal de Contas e o Verbete n. 347 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Direito Público, Ano V, n. 20 (Mar-Abr. 2008). p. 190-200.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 7. ed. Atualizada até a EC n. 55-07. São Paulo: Atlas, 2007a.

__. Direito constitucional. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007b.

TCE/PI. **Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Piauí.** Disponível em: <<https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2021/07/LOTCE.-atualizada-2021.pdf>>. Acesso em: 02 de dez. 2022.

TCE/PI. **Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Piauí.** Disponível em: <https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2022/01/REGIMENTO_INTERNO_WORD-atualizado-ate-05-01-2022-.pdf>. Acesso em: 02 de dez. de 2022.

ALIENAÇÃO PARENTAL NO BRASIL SEUS ASPECTOS JURÍDICOS E PUNITIVOS

WENDERSON BRUNO PINHO DOS SANTOS:
Graduando em Direito pela Faculdade Metropolitana de
Manaus - FAMETRO¹¹⁴.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo mostrar as características referente a prática da alienação parental no Brasil e seus aspectos jurídicos e responsabilidades civis, embora seja a realidade vivida por boa parte das famílias em separação, trata-se de um tema que merece destaque, por ser evidentemente, desconhecido por uma grande parcela da sociedade. A Alienação Parental constitui-se essencialmente na intervenção na formação psicológica dos infantes, podendo ser produzida por qualquer um dos genitores ou por portadores da guarda da criança ou adolescente, independentemente do grau de parentesco, através de atos que cause danos no desenvolvimento ou na continuidade de vínculos ao familiar alienado. No Brasil está prática tem um alto índice, podendo ser maior pela falta de conhecimento deste ato e dos direitos a serem reivindicados. Diante deste cenário, proveio a Lei nº 12.318/2010, com o objetivo de coibir e mitigar seus efeitos, indicando exemplos de práticas alienadoras, e é neste contexto que será abordado seus aspectos relevantes. O trabalho tem como base, fontes bibliográficas que arrolam o debate atual acerca da matéria, propondo-se a esclarecer os mais diversos pontos que envolvem o tema. Além da perspectiva doutrinária pretendendo um maior fundamento para o estudo científico.

Palavras-Chave: Alienação Parental. Lei nº 12.318/2010. Brasil. Responsabilidade.

INTRODUÇÃO

114 Contato: wenderson.bruno321@gmail.com

Alienação Parental é um tema que deve ser discutido abertamente com mais frequência na sociedade, atualmente é um ato ilegal, mas que constantemente é praticado e prejudica a relação afetiva dentro de grande parte das famílias brasileiras, que por falta de conhecimento nem sabe que estão sofrendo uma conduta ilícita.

Esta ação significa que o pai, a mãe ou o responsável que disponha a guarda da criança ou adolescente tente de alguma forma influenciar a criança a odiar um dos seus genitores. Normalmente, os atos de alienação ocorrem posterior há uma separação dos pais, tal fase que já gera na criança uma certa insegurança e dúvidas em relação ao futuro.

A maioria das separações ocorrem de forma litigiosa, ou seja, há conflitos de interesses judiciais feitos por contestação. Desta maneira devido, a esta situação, muitas vezes os ex-companheiros não sabem lidar com esta circunstância, não sabendo diferenciar entre o fim de uma relação conjugal e da parentalidade. Propiciando ensejo ao surgimento da alienação parental, que podem gerar inúmeros agravos, podendo gerar a quebra do laço familiar.

Diante da grande relevância social e necessidade, foi preciso a criação da Lei 12.318/2010, que trouxe consigo características relevantes, como concedendo maiores atribuições aos juízes e determinando que tais ações infringem importantes princípios e direitos fundamentais.

Conforme o cenário atual, o presente estudo visa analisar os aspectos jurídicos da alienação parental e aplicabilidade de uma responsabilidade civil ao ofensor em decorrência das práticas deste ato e a importância da Lei 12.318/2010 e seus efeitos após a sua promulgação.

Verifica-se a suma importância deste tema para esclarecimento de dúvidas da sociedade, pois desta forma o conhecimento e a conscientização dos efeitos prejudiciais

desta prática, as pessoas terão informações de como identificar e de como proceder diante de tal situação, possibilitando uma redução nos casos e prevenindo-se de futuros transtornos.

No âmbito jurídico constata-se a necessidade de discussão acerca da alienação parental, devido à dificuldade de adquirir provas concretas e determinar a extensão dos danos causados para uma correta aplicação da sanção, tornando-a mais eficaz, conseqüentemente colaborando para um menor dano às vítimas.

Neste trabalho serão utilizados, estudos bibliográficos baseados em obras literárias, doutrinas, artigos científicos, livros, pesquisas legislativa e jurisprudencial, visando fundamentar uma construção de raciocínio lógico a fim de compreender de maneira clara e objetiva acerca do assunto.

Por fim, todos os pontos citados são relevantes para o conhecimento mais profundo sobre a alienação parental, expondo seu conceito, suas características, seus efeitos e principalmente as conseqüências que podem ser irreparáveis ao longo do tempo.

1.FAMÍLIA

Inicialmente, este capítulo trata das transformações dentro do contexto familiar ao longo do tempo, e os efeitos refletidos no direito de família, especialmente a respeito das garantias relativas aos infantes

Para entender de fato do que se trata a Alienação Parental deve-se realizar uma análise ampla desde o conceito do modelo de família e suas principais características, até a maneira que as modificações ocorrem, conforme o advento das novas estruturas familiares, em virtude das constantes evoluções na sociedade.

1.1 Conceito

No decorrer dos anos o conceito de família vem adequando-se conforme a evolução sociocultural, trazendo consigo modificações relevantes.

A família patriarcal constitui uma base, formada especificamente pelo homem e a mulher ligados através do casamento, possuindo o homem a responsabilidade de suprir o sustento da família, à medida que a mulher possui a responsabilidade de cuidar da casa e dos filhos, ou seja, o homem exercia o principal papel de autoridade sobre seus filhos e esposa. Mas este contexto familiar atualmente, cede espaço para os mais diversos modelos, devido a constante e rápida evolução familiar que não possui somente esta composição clássica de pai e mãe e filhos. (MADALENO, 2015, p.15).

1.2 Constitucionalização da família

O direito de família foi aludido pela Constituição Federal de 1988, em que foi estabelecido o marco inicial para os aspectos de família nos dias atuais, realizando alterações relevantes ao modelo anterior do Código Civil de 1916, onde o único modelo de família reconhecido era através do matrimônio, regime no qual devia ser resguardado e prestigiado no âmbito jurídico, possuindo um curador para defendê-lo nos casos de nulidade ou anulação. Devido a importância decorria a inseparabilidade e a rejeição aos filhos ilegítimos constituídos fora do casamento. (MADALENO; MADALENO, 2017, p.23).

2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS QUE CONSTITUEM A FAMÍLIA

Conforme as mudanças legislativas que o Direito de Família implementou no decorrer das últimas décadas, possibilitou-se uma atualização ampla da regulamentação, produzindo efeitos nos interesses das pessoas no âmbito familiar, conforme as palavras do autor Carlos Roberto Gonçalves:

As alterações introduzidas visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges ou companheiros e aos elevados interesses da sociedade. (GONÇALVES, 2017, p. 21).

Desse modo, é notável a relevância dos princípios fundamentais, sendo reiteradamente citados pela doutrina e jurisprudência, como fundamentação para um melhor entendimento acerca das normas vigentes a respeito das relações familiares.

2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Considerando o princípio que abrange a base da esfera familiar, biológico ou socioafetivo, o princípio da dignidade da pessoa ante a perspectiva da afetividade assegura o amplo desenvolvimento e satisfação de todos os integrantes da família, sobretudo da criança ou adolescente. (DINIZ, 2014, p. 37).

A alienação parental viola a dignidade da pessoa humana, pois, infringe o direito ao respeito, à saúde, fere a identidade pessoal a criança ou adolescente, além de causar danos a integridade psíquica das crianças em processo de desenvolvimento, acarretando distúrbios e sequelas profundas para a vida adulta. (SCHAEFER, 2014).

2.2 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

O princípio visa estabelecer que os direitos fundamentais sejam garantidos pela Constituição de 1988, carecem de uma atenção especial do Estado e da sociedade e no âmbito familiar. Por este ser um indivíduo atribuído de direitos, e na condição de desenvolvimento. (Lôbo, 2014).

Com o objetivo de complementar e fortalecer os direitos fundamentais já garantidos pela Constituição de 88, a Lei 8.069/90 estabeleceu a formação do ECA que se trata do Estatuto da Criança e do adolescente, com o propósito de especificar os direitos garantidos

e proteger o menor de idade, além de propiciar fundamento legal para a aplicação e o cumprimento de tais direitos.

3 ALIENAÇÃO PARENTAL

No momento em que um dos cônjuges não supera devidamente os efeitos da separação, a quebra do laço conjugal pode motivar sentimento de rejeição, fúria por uma infidelidade, o que desencadeia um desejo de vingança, criando-se um meio de destruição ao perfil do ex-parceiro. Esses sentimentos juntamente com diversos fatores podem motivar a utilização do filho com uma forma de atingir seu antigo cônjuge. É como se tivesse o direito de apagar o outro da vida do filho, nesse contexto surgem concepções distorcidas e lembranças inventadas, é panorama aonde a alienação parental vai se desenvolvendo. (DIAS, 2016, p.907/908).

Como resultado, sentem-se rejeitados podendo desencadear diversos transtornos. Em vista disso, se convencem do que lhe foi contado, como se de fato as lembranças fossem verídicas, produzindo conflitos de sentimentos e danos ao vínculo com o outro genitor. Na mente deste filho ele estará abandonado pelo o genitor alienado, se vinculando com o genitor alienador e reconhecendo em tudo que lhe é dito por este. (DIAS, 2016, p. 908).

As condutas típicas da alienação parental, transgride uma série de garantias pertencentes as crianças e adolescentes e os priva de um direito mínimo em conviver em um bom contexto familiar. Lesa a prática do afeto nas relações com o genitor alienado ao seu contexto familiar e estabelece um abuso da função da guarda por parte do outro genitor que deveria conservar a dignidade dessa criança estabelecendo um bom desenvolvimento e formação sadia dessa criança ou adolescente. (MADALENO; MADALENO, 2017, p. 107/108).

O Poder Judiciário tem uma árdua e fundamental função de distinguir os abusos verdadeiros daquelas denúncias que são utilizadas como instrumento de vingança, necessitando uma análise minuciosa, no intuito de identificar os verdadeiros casos. O juiz tem a atribuição de garantir a proteção integral à criança, se utilizando meios como reverter a guarda ou cessar as visitas durante o tempo que se analisa os fatos em relação ao caso concreto. Quando se constata a existência de alienação parental, deve-se ser lidado por meios como o tratamento terapêutico que poderá ser decretado em caráter fortuito e precaução. Há evidentemente a troca de funções, pois os pais têm o dever de proteger os filhos contra a negligência, discriminação, violência, exploração e opressão, mas usam o filho como instrumento de vingança com o intuito de atingir o outro genitor. Ficando explícito que o protetor, nesse contexto não possui condições mínimas psicológicas para salvaguardar o seu filho. (DIAS, 2016, p.910; MADALENO, 2018, p.610).

3.1 Conceito

Em 1985 a definição da Síndrome da Alienação Parental - SAP, foi retratada pelo professor de psiquiatria clínica Richard Gardner no Departamento de Psiquiatria Infantil na Universidade de Columbia, nos Estados Unidos. O qual foi pioneiro no assunto em razão da sua atuação como perito judicial, suas teorias foram utilizadas para fundamentar inúmeras sentenças judiciais, diante essa análise Richard concluiu que os atos derivados da alienação parental podem acarretar significativos transtornos aos alienados. No entanto a expressão síndrome não foi admitida pela legislação brasileira, diante da sua ausência no rol da Classificação Internacional das Doenças (CID), por possuir procedência a partir de uma soma de lesões geradas pelo auxílio de um alienador. (MADALENO; MADALENO, 2017, p. 50).

Portanto, é importante ressaltar os pontos de distinção entre a Alienação Parental e o que resulta após a sua não interrupção a Síndrome de Alienação Parental, pois a primeira se trata de um processo difamatório realizada pelo alienador com o objetivo de distanciar

os filhos do alienado, diferentemente do segundo que se define nas consequências, como nos problemas comportamentais, e emocionais e confusões psicológicas que se manifestam na criança ou adolescente. (GUILHERMANO, 2012, p.4).

A lei que trata sobre a Alienação Parental, em seu texto nos artigos 2º e 3º trouxe a definição de como ocorre a intervenção na mente dos alienados, realizado através de condutas ilícitas por quem possui a sua guarda:

Art. 2º 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).

Observa-se que o ato da alienação parental não se limita somente aos genitores, podendo ser exercidas como por exemplo pelos avós, tios ou por qualquer outro indivíduo que possua a guarda ou vigilância temporária da criança ou adolescente. Como observado a Alienação Parental constitui um aspecto sério de abuso em desfavor da criança, do genitor alienado e contra a família. Por esse motivo o alienador deve ser julgado pela justiça civil com o devido reparo do prejuízo contra a pessoa do seu filho e do mesmo modo ao juízo criminal, por infringir aos direitos fundamentais da criança, abrangendo a reparação a pessoa alienada. (TRINDADE, 2012, p.220).

É fundamental o reconhecimento inicial das ações derivadas da alienação parental, pois possibilita um menor grau de danos causados, conforme Trindade explica:

O primeiro passo é identificar a Síndrome de Alienação Parental. Para isso é necessária informação. A seguir, é importante dar-se conta de que a Síndrome de Alienação Parental é uma condição psicológica que demanda tratamento especial e intervenção imediata. De fato, a Síndrome de Alienação Parental exige uma abordagem terapêutica específica para cada uma das pessoas envolvidas, havendo a

necessidade de atendimento da criança, do alienado e do alienador. Ademais, por todas as dificuldades que engendra, é importante que a Síndrome de Alienação Parental seja detectada o quanto antes, pois quanto mais cedo ocorrer à intervenção psicológica e jurídica menores será os prejuízos causados e melhor o prognóstico de tratamento para todos. (TRINDADE, 2013, p.25).

É possível encontrar na conduta do alienador ações que podem facilitar a identificação, como as mais comuns: difamar a figura da pessoa do outro genitor; planejar outros eventos que atrapalhem o dia de visita, de maneira que elas se tornem cada vez menos importantes; não compartilhar informações relevantes relacionados a vida dos filhos, como por exemplo, o desempenho escolar, o estado de saúde ou tomadas de decisões no que diz a respeito ao futuro do filho, entre outras situações.

3.2 Aspectos do alienador

As condutas do genitor alienador podem variar inúmeras vezes, o que impossibilita a criação de um rol com todas as possibilidades. Mas é possível notar condutas, que são frequentemente utilizadas. Trindade (2013, p.25) cita algumas condutas bem populares:

1. Apresentar o novo cônjuge como novo pai ou nova mãe;
2. Interceptar cartas, e-mails, telefonemas, recados, pacotes destinados aos filhos;
3. Desvalorizar o outro cônjuge perante terceiros;
4. Desqualificar o outro cônjuge para os filhos;
5. Recusar informações em relação aos filhos (escola, passeios, aniversários, etc.);
6. Impedir visitação;
7. Envolver pessoas na lavagem emocional dos filhos;
8. Trocar nomes (atos falhos) ou sobrenomes;

9. Ameaçar e punir os filhos caso eles tentem se aproximar do outro cônjuge;
10. Ocupar os filhos no horário destinado a ficarem com o outro;
11. Impedir o outro cônjuge de receber informações sobre os filhos;

Os casos mais graves de alienação parental, são os casos onde ocorrem a falsa denúncia de abusos sexuais, o que pode causar no afastamento injusto do genitor alienado, podendo propiciar transtornos significativos em relação a criança.

3.3 As consequências da alienação parental

Como já relatado previamente a prática dos atos de Alienação Parental pode provocar danos irreversíveis principalmente à criança e ao alienado e também para o genitor alienador, conseqüentemente para toda família dos entes.

Pode-se notar que a criança é a parte mais vulnerável neste cenário, por ainda não possuir uma estrutura emocional e psicológica para entender e lidar com a situação.

As conseqüências podem se tornar duradouras e se estender até a vida adulta. Podendo as vítimas da alienação, em casos mais graves, desenvolver perfis antissociais e bipolares:

A síndrome uma vez instalada no menor enseja que este, quando adulto, padeça de um grave complexo de culpa por ter sido cúmplice de uma grande injustiça contra o genitor alienado. Por outro lado, o genitor alienante passa a ter papel de principal e único modelo para a criança que, no futuro, tenderá a repetir o mesmo comportamento. Mas os principais efeitos da referida síndrome são aqueles correspondentes às perdas importantes (morte de pais, familiares próximos, amigos etc.). Como decorrência, a criança passa a revelar sintomas diversos: ora apresentasse como portadora de doenças psicossomáticas, ora mostra-se ansiosa, deprimida, nervosa e, principalmente, agressiva. Os relatos acerca das conseqüências da

síndrome da alienação parental abrangem ainda a depressão crônica, transtornos de identidade, comportamento hostil, desorganização mental e às vezes suicídio. É escusado dizer que, como toda conduta inadequada, a tendência ao alcoolismo e ao uso de drogas também é apontada como consequência da síndrome. (FONSECA, 2006 [s.p]).

Observa-se, no que diz respeito aos efeitos referente a alienação parental, uma vez implantada possibilita a manifestação da síndrome de alienação parental, que causa transtornos como confusões, levando os menores alienados a acreditar nas histórias criadas pelo genitor transgressor, levando-o a contribuir nas falsas acusações ao alienado, isto significa que o infante acaba criando um sentimento de rejeição ao alienado.

A alienação parental, cria inúmeros conflitos nas crianças e adolescentes, também podendo gerar falsas lembranças, é o que Madaleno explana em relação ao assunto: “na criança vítima de falsas alegações o que era fantasia passa a ser realidade, a saber, se tornam reais o conflito e a culpa”. (MADALENO, 2015, p.22).

4 ASPECTOS DA LEI 12.318/2010

Em consequência, do alto índices de casos referentes à alienação parental, houve decisões judiciais que passaram a reconhecê-la mesmo sem um regulamento jurídico vigente acerca da matéria. O legislador observou a necessidade de regulamentar juridicamente a questão, possibilitando uma fundamentação jurídica, destacando os direitos e deveres a serem protegidos das crianças e adolescentes, e a possibilidade de sanção aos indivíduos alienadores.

A Lei da Alienação Parental, nº12.318/2010, foi apresentada pelo Deputado Federal Regis de Oliveira, através do PL 4053/2010, e foi sancionada em 26 de agosto de 2010, na fundamentação utilizada para sua criação consta que:

[...] Deve-se coibir todo ato atentatório à perfeita formação e higidez psicológica e emocional de filhos de pais separados ou divorciados.
[...] [...] A alienação parental merece reprimenda estatal porquanto é

forma de abuso no exercício do poder familiar, e de desrespeito aos direitos de personalidade da criança em formação. Envolve claramente questão de interesse público, ante a necessidade de exigir uma paternidade e maternidade responsáveis, compromissadas com as imposições constitucionais, bem como com o dever de salvaguardar a higidez mental de nossas crianças. (OLIVEIRA, 2008 [s.p]).

O artigo 2º da Lei de Alienação Parental apresenta e destaca um rol exemplificativos de ações características da alienação parental, permitindo discricionariedade no que diz respeito a liberdade de qualificar outros atos como forma de alienação parental, sendo ela de forma direta ou indireta.

Já no artigo 3º, demonstra que a execução de atos ligados a alienação parental rompe profundamente os direitos fundamentais destinados aos infantes, referente as garantias no âmbito familiar, do abuso moral e principalmente nos descumprimentos dos deveres intrínsecos dos genitores ou detentores da guarda.

Art. 3º 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. (BRASIL, 2010).

É importante destacar que a Constituição Federal, em seu artigo 227, também garante o direito da criança ou adolescente à uma saudável convivência familiar.

O artigo 4º da Lei de Alienação Parental, determina que o juiz ou o representante do ministério público que ao constatar o indicio de ações de alienação parental, deverá priorizar o andamento deste processo afim de salvaguardar a integridade física e psicológica da criança ou adolescente, evitando assim danos maiores a estes.

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso. (BRASIL, 2010)

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou ao adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida no fórum em que tramita a ação ou em entidades conveniadas com a Justiça, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas. (BRASIL, 2022).

Portanto, o processo oriundo de alienação parental requer uma atenção maior, para aplicação correta das medidas cautelares.

Em relação ao teor do artigo 5º da referida Lei, trata das ações autônomas que o juiz poderá contar com auxílio de profissionais da área para realizações de perícias psicológicas para fins de comprovar a existência da alienação parental:

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitada, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada. (BRASIL, 2010).

Pode-se verificar que, por se tratar de um caso que é difícil a sua comprovação devido a sua subjetividade, o trabalho em conjunto do Poder Judiciário, com profissionais da psicologia e assistentes sociais e dependendo da complexidade, outros profissionais de outras áreas, é extremamente importante no enfrentamento e na solução dos casos.

Neste contexto o parágrafo 4º foi incluído pela Lei Nº 14.340/2022 ao artigo 5º da Lei de Alienação Parental:

§ 4º Na ausência ou insuficiência de serventuários responsáveis pela realização de estudo psicológico, biopsicossocial ou qualquer outra espécie de avaliação técnica exigida por esta Lei ou por determinação judicial, a autoridade judiciária poderá proceder à nomeação de perito com qualificação e experiência pertinentes ao tema, nos termos dos arts. 156 e 465 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (BRASIL, 2022).

Em seu artigo 6º a Lei de Alienação Parental, confere ao magistrado os instrumentos judiciais necessários para inibir ou atenuar os efeitos da alienação parental que não há limitações no que tange a aplicação simultânea dos instrumentos processuais ou na utilização de outras medidas necessárias.

No inciso I do artigo 6º desta referida Lei, torna-se o ponto de partida de um processo com o intuito de atenuar e buscar erradicar os aspectos da alienação parental, pois, o Juiz pode reconhecer a presença de atos derivados desta prática e advertir o alienador.

Dando continuidade ao rol de medidas que podem ser utilizadas pelo juiz descritos no artigo 6º da LAP, no inciso II dispõe sobre a utilização da guarda compartilhada, sendo

um método importante como forma de suprimir a existência da alienação parental e consequentemente diminuir seus efeitos, sendo o maior beneficiado o genitor alienado.

Conforme o inciso III, poderá ser utilizado a pena de multa, como uma forma de desestimular as ações alienatórias.

No inciso IV do artigo 6º da Lei de Alienação Parental, compõe sobre o acompanhamento psicológico, mas não especifica para qual indivíduo deve ser direcionado, mas conforme entendimentos a realização desse acompanhamento não se restringe somente a criança ou adolescente, podendo o genitor alienado o beneficiário desta questão.

Em seu inciso V, dispõe sobre a possibilidade sobre a modificação do instituto da guarda compartilhada em unilateral, sendo aplicada em uma circunstância, pois, o mais apropriado é a guarda compartilhada.

No tocante ao inciso VI é a viabilização de possibilitar a continuação da convivência com os pais.

Em relação ao inciso VII, tratava-se de uma das medidas mais drásticas aplicadas ao genitor alienador, que poderia suspender seu poder de família, que foi revogada pela Lei Nº14.340 de 2022.

A Lei Nº 14.340/2022, inseriu dois novos parágrafos no artigo 6º da LAP.

§ 1º Caracterizada mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

§ 2º O acompanhamento psicológico ou o biopsicossocial deve ser submetido a avaliações periódicas, com a emissão, pelo menos, de um laudo inicial, que contenha a avaliação do caso e o indicativo da

metodologia a ser empregada, e de um laudo final, ao término do acompanhamento.

O artigo 7º trata sobre a possibilidade de inversão da guarda, observando o melhor cenário em favor da criança ou adolescente, nas situações onde não é possível a guarda compartilhada.

Conforme o artigo 8º o objetivo é salvaguardar os direitos da criança ou adolescente, facilitando e resguardando o acesso aos meios para que eles possam exercer seu direito de se proteger, independentemente do local que esteja.

O artigo 8º- A, implementado pela Lei 14.340/22 que adicionou novos procedimentos, refere-se a oitiva ou depoimentos das crianças ou adolescentes.

Art. 8º-A. Sempre que necessário o depoimento ou a oitiva de crianças e de adolescentes em casos de alienação parental, eles serão realizados obrigatoriamente nos termos da Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, sob pena de nulidade processual.

É importante destacar, que o dano causado aos direitos dos infantes, através da prática da alienação parental, também propicia efeitos ao genitor alienado, possibilitando o ressarcimento realizado pelo alienador, em situações que haja a comprovação é legítimo à indenização por danos morais, que é estabelecida mediante sentença.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL

Dando continuidade há possibilidade sobre aplicação de sanção ao alienador através do instituto da responsabilidade civil no contexto familiar, é necessária uma compreensão acerca da definição da responsabilidade civil e sua aplicabilidade.

5.1 Definição da responsabilidade civil

A responsabilidade civil retrata a obrigação de compensar os prejuízos realizados a outras pessoas, mesmo que isso se limitou apenas no âmbito moral.

Colaborando com a narrativa acima Cavalieri filho define responsabilidade como:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário (FILHO, 2008, p. 2).

Portanto, o instituto da responsabilidade civil apresenta-se como à reparação do dano realizado por quem o cometeu, sendo esse seu principal objetivo, não sendo possível, haverá a possibilidade de indenização pecuniária à vítima, na perspectiva de compensar após os danos recebidos.

5.2 Da responsabilidade civil no direito de família

Com a evolução e devido as transformações socioculturais na esfera familiar, este instituto que abrange novos direitos e conseqüentemente novos obstáculos, o direito de família admitiu a responsabilidade civil, com o intuito de proteger os novos direitos e evitar a possibilidade de impunidade dos atos ilícitos praticados em face das relações familiares na atual sociedade, por exemplo em situações de descaso afetivo, alienação parental. (MADALENO; BARBOSA, 2015, p. 32-33).

5.3 Responsabilidade civil do genitor alienador

As ações realizadas pelo genitor alienador, transgride diversos direitos das crianças ou adolescentes, além de violar os direitos parentais. O indivíduo alienador ao realizar as ações referente a alienação parental com intuito de prejudicar a figura do genitor alienado

e violando seus direitos relativos ao poder de família, prejudica diretamente o desenvolvimento do infante.

Em razão disso, tais práticas poderão acarretar o dever do genitor alienante de compensar o dano provocado às vítimas e a proporção da reparação será equivalente as ações praticadas sendo garantido à indenização moral ou material.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou expor detalhes cruciais no que tange a prática da alienação parental, que merece uma atenção especial, pois, tem como vítimas crianças ou adolescentes, ou seja, indivíduos vulneráveis e sujeitos a serem alvos mais fáceis, no que se diz respeito a violação dos seus direitos garantidos tanto pela Constituição Federal quanto pelas Leis que colaboram para o fortalecimento destas garantias, como direito à dignidade e o direito de poder conviver em um ambiente familiar saudável.

O surgimento da alienação parental está vinculado ao rompimento dos relacionamentos conjugais realizados de forma problemática, propiciando uma série de violações de direitos e a utilização desleal dos filhos como um objeto de vingança contra seu ex-cônjuge. Com o aumento considerável de separações atualmente na sociedade, é evidente que a presença dos atos da alienação parental está cada vez mais constante nas famílias.

Portanto, é de suma importância explanar pontos relevantes para maior entendimento acerca do assunto, iniciando com o conceito de família que vem sofrendo alterações conforme a evolução da sociedade, e ampliando os novos arranjos familiares. Do constante progresso do ordenamento jurídico brasileiro em se adaptar e tutelar os direitos no âmbito familiar. De como pode surgir a alienação parental, qual sua origem e conceito, bem como os efeitos que ela pode causar às vítimas.

A alienação parental pode ser praticada por qualquer um dos cônjuges, seja o pai ou mãe, avó ou tio, ou por quem detenha a guarda do infante e sua prática constante pode gerar a consequência da Síndrome da Alienação Parental, ou seja, quando o infante começa a acreditar nas palavras e situações criadas pelo alienador.

No intuito de combater essa prática e salvaguardar os direitos dos infantes e do cônjuge alienado e de poder imputar uma responsabilidade civil ao ofensor foi promulgada a Lei 12.318/2010, conhecida como a Lei de Alienação Parental, que se manifesta com a possibilidade do trabalho em conjunto dos operadores do direito com profissionais de excelência de diversas áreas, afim de alcançar tais objetivos.

Esta Lei, lista em um rol exemplificativo de ações utilizadas para o combate da alienação parental, exprime urgência no andamento das ações processuais referente a casos de alienação parental e promove ao magistrado o dever de assegurar a integridade psicológica dos menores, com a utilização dos instrumentos elencados na referida lei.

O esclarecimento acerca da responsabilidade civil ao genitor alienador é importante, pois, demonstra que o ofensor deve reparar os danos causados as vítimas, uma vez que as ações realizadas de alienação parental configuram como atos ilícitos. Notou-se que o instituto da responsabilidade civil deve ser aplicado com muito cuidado, pois necessita da comprovação dos elementos necessários como a conduta, o dano, o nexo causal e a culpa.

Verificou-se que o real objetivo à aplicação da responsabilidade civil tem caráter puramente compensatório e não reparatório, mas que tal medida não é o mais adequado, mas sim a prevenção, com a utilização da mediação, guarda compartilhada e principalmente do diálogo, assim os responsáveis poderão ter consciência das possíveis consequências aos infantes conforme seus atos.

Outra questão relevante é o desconhecimento por grande parte da sociedade acerca do assunto e a necessidade de informar sobre os danos causados por essas práticas que

muitas vezes as pessoas alienantes nem sabem que estão praticando e os indivíduos alienados não sabem como agir nestas situações e principalmente as crianças e adolescente que tem seus direitos violados sem ao menos ter oportunidade de solicitar ajuda.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 09 out. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 5, Direito de Família. 29. ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome de alienação parental**. 2006. Disponível em: 49. Acesso em 20 out. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. 6: Direito de família. 14. ed.– São Paulo: Saraiva, 2017.

GUILHERMANO, Juliana Ferla. **Alienação Parental: aspectos jurídicos e psíquicos**. 2012. Disponível em: Acesso em: 25 out. 2021.

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em 10 out. 2021.

Lei Nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art.236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: Acesso em: 02 de mai. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 10 out. 2021.

Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. Disponível em: 1990. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 09 out. 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

MADALENO, Rolf, BARBOSA, Eduardo (Coord.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Atlas, 07/2015.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais** – 4. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MADALENO, Rolf. **Direito de família** - 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SCHAEFER, Amanda Polastro. **A alienação parental e a violação aos direitos da personalidade**. São Paulo, 2014. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 6. ed. rev. atual, e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INDÍGENA NA AMÉRICA LATINA

ANA ROBERTA SILVA DE MORAIS:

Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco em 2016. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Maurício de Nassau em 2019¹¹⁵.

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar como se deu o processo histórico de previsão constitucional do direito indígena na América Latina, principalmente a partir da década de 70 do século XX. Neste objetivo, utilizou-se o método dedutivo, com as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, partindo de uma análise exploratória e qualitativa. A pesquisa está centrada num estudo de caso julgado na Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo o Povo Indígena Xucuru e o Brasil, com sentença proferida em 2018. Como resultado, tem-se a inicial dificuldade de reconhecimento da do direito à diferença como legítimo instrumento garantidor da cidadania plena do povo indígena. A investigação possibilitou entender que o processo histórico de constitucionalização do direito indígena foi marcado pelo excesso de formalismo que não possibilita exercer, de fato, o direito à pluralidade. Todavia, a experiência da Constituição da Bolívia indica um norte a ser seguido na garantia dos direitos indígenas.

Palavras-chave: Direito indígena. Constitucionalização. América Latina.

THE CONSTITUTIONALIZATION OF INDIGENOUS LAW IN LATIN AMERICA

ABSTRACT: The present work aims to analyze how the historical process of constitutional prediction of indigenous law took place in Latin America, mainly from the 70's of the twentieth century. In this objective, the deductive method was used, with the techniques

115 Contato: anaroberta.morais@hotmail.com

of documental and bibliographical research, starting from an exploratory and qualitative analysis. The research is centered on a res judicata study at the Inter-American Court of Human Rights involving the Xucuru Indigenous People and Brazil, with a sentence handed down in 2018. As a result, there is an initial difficulty in recognizing the right to difference as a legitimate guaranteeing instrument. full citizenship of the indigenous people. The investigation made it possible to understand that the historical process of constitutionalization of indigenous law was marked by an excess of formalism that does not make it possible to actually exercise the right to plurality. However, the experience of the Constitution of Bolivia indicates a direction to be followed in guaranteeing indigenous rights.

Keywords: Indigenous law. Constitutionalization. Latin America.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. ABORDAGEM CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NA AMÉRICA LATINA. 2. ESTUDO DE CASO: CASO POVO INDÍGENA XUCURU E SEUS MEMBROS VS. BRASIL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO.

Este artigo trata sobre o processo histórico de constitucionalização do direito indígena na América Latina, principalmente a partir da década de 70 do século XX. Além disso, trás um estudo de caso sobre julgado relacionado à controvérsia entre envolvendo o Povo Indígena Xucuru e o país Brasil, realizado na Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2018.

A diversidade cultural na América Latina passou a ser tratada como matéria constitucional desde os anos 70 do século passado, com crescente protagonismo. Países como Argentina, Brasil, Bolívia, Paraguai e Uruguai passaram a incluir nas suas constituições

nacionais o reconhecimento da diversidade cultural indígena através da internacionalização de instrumentos jurídicos internacionais.

O reconhecimento dos direitos nas Constituições veio acompanhado de muita luta dos povos indígenas pela previsão de instrumentos jurídicos que possibilitassem o exercício pleno da sua cidadania. Neste conceito, deverá ser incluído o direito de diferenciação, para haver uma verdadeira proteção de suas condições próprias. Assim, o objetivo almejado foi dotar estes povos com a possibilidade de exercer plenamente sua cidadania sem abandonar a condição de membro pleno de suas sociedades.

Assim, a constitucionalização dos direitos não pode significar a perda da livre autonomia para os povos indígenas se organizarem. Ao contrário, o reconhecimento como direito constitucional será legitimado sempre que disponibilize a cidadania plena e possibilite a preservação de sua cultura e sentimento cidadão próprio.

O direito à cidadania prevista na Carta Magna deve servir para a preservação de conflitos entre indígenas e não indígenas. Isto somente se dará com a hermenêutica constitucional comprometida com a efetividade dos direitos coletivos dos povos indígenas. As Constituições devem assegurar não apenas o pluralismo jurídico, mas investirem num verdadeiro Estado plural, que dê espaço de voz e poder para aqueles que nunca tiveram, não como minorias ou subalternos, mas em igualdade de importância aos atuais detentores do poder político e econômico.

Na análise metodológica, aplica-se o método dedutivo, com as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, por intermédio de uma análise exploratória e qualitativa. O presente ensaio também estuda o caso, submetido a julgamento na Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem como partes de um lado o Povo Indígena Xucuru e o país do Brasil, de outro lado, tendo sido julgado a favor do povo indígena.

De tal modo, este trabalho foi desenvolvido em duas seções. De abertura, analisou-se o contexto histórico da constitucionalização dos direitos indígenas na América Latina para, em seguida, trazer os contornos práticos e debates realizados quando do julgamento do caso envolvendo o Povo Indígena Xucuru e o país do Brasil na CIDH.

1. ABORDAGEM CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NA AMÉRICA LATINA.

A partir do final da década de 80, países da América do Sul passaram a modificar suas normas locais para adequá-las ao ordenamento internacional de reconhecimento da diversidade cultural. Sobre a luta dos povos indígenas pelo reconhecimento de seus direitos, a professora Élide Lauris (2007, p. 73) nos informa que:

A luta indígena e sua plataforma de reconhecimento é um bom exemplo do que Santos denomina globalização contra-hegemônica. O reconhecimento de seus direitos coletivos desafia não só as bases de sustentação do Estado-nação como também os interesses do capitalismo global, está a se falar, não só do reconhecimento de sua identidade como também na garantia de direitos coletivos à terra, recursos naturais e conhecimento tradicional. Não é difícil perceber que a luta indígena se contrapõe aos interesses do capitalismo global, sobretudo, das corporações transnacionais.

Na mesma direção, a constituição político epistêmica do movimento, sustentada nas reivindicações de interculturalidade e plurinacionalidade, aparece como uma alternativa ao projeto universalizante da globalização neoliberal. O movimento indígena também é um bom exemplo de ação política orientada através da manipulação de diferentes escalas já que sua atuação conta com coalizões transnacionais entre ONGS indígenas e não indígenas e a pressão internacional é muitas vezes importante para a vitória do movimento.

Nas décadas de 60 e 70, viu-se a eclosão, em países como Brasil, Argentina e Chile, de movimentos de ruptura institucional, com a ascensão dos militares ao poder, implantando regimes ditatoriais. Nesta seara de forte repressão, violência e desrespeito

com os direitos humanos, foi muito forte o etnocídio contra os povos indígenas, com a tentativa de aniquilar sua cultura em prol de uma suposta pacificação, com a tentativa de extermínio das sociedades indígenas por meio de enfermidades e epidemias e legislações de exceção opressoras dos direitos humanos, obrigando os movimentos sociais a buscar amparo na legislação internacional. Sobre a internacionalização de direitos pelos países da América Latina, o professor Christian Courtis (2009, p. 53) trouxe um contexto histórico:

A região da América Latina e do Caribe foi onde se registrou a maior quantidade de ratificações da Convenção 169 – catorze, até a data de elaboração deste trabalho. Isso não é casual: muitos países da região são multilíngues e multiculturais e, em alguns casos, a população indígena constitui a maioria da população, ou uma porcentagem significativa dela. Além da ratificação da Convenção 169, e acompanhando o processo de reformas constitucionais que ocorreram a partir do final da década de 1980, um grande número desses países incorporou em suas constituições disposições sobre direitos dos povos e comunidades indígenas.

Sob o pretexto de integração nacional, no Brasil, abriram-se rodovias cortando comunidades indígenas, violando o direito a preservação da cultura e da forma de vida. A luta das comunidades indígenas marca a inclusão dos marcadores sociais da diferença nas legislações locais, principalmente na seara constitucional, revelando novas maneiras de produzir e apresentar o discurso da diversidade cultural.

No caso da coletividade indígena, a cidadania deve considerar sua legítima diferenciação, ao ponto que possibilite o exercício da cidadania plena, que não comprometa a soberania da comunidade indígena e evite conflitos entre indígenas e não indígenas. Em inovação legislativa, as constituições da Bolívia e Equador, estabeleceu não só o pluralismo jurídico, como também providenciou a existência de um Estado de cultura plural, onde os indicadores sociais da cidadania incluíram vozes antes não ouvidas,

revitalizando a possibilidade de existência para diferentes noções de cidadania, que devem conviver em harmonia no cenário político-territorial.

A constitucionalização dos direitos indígenas sinaliza a modificação da interação do Estado, sociedade e mercado com as coletividades indígenas. Dentre os fatores, ao final da década de 80 do século XX, temos os processos de redemocratização ocorridos após os regimes militares, uma maior participação política da sociedade, a dificuldade econômica advinda dos modelos neoliberais e o desenvolvimento de identidades coletivas na sociedade. No limiar deste movimento, temos a constituição Guatemalteca, de 1986, que pode ser considerada a primeira constituição multicultural da América Latina.

É possível fazer um estudo sobre a constitucionalização dos direitos indígenas entre os diferentes países da América Latina, quais sejam:

Argentina: reconhece a pré-existência étnica e cultural, garantindo educação bilíngue e participação na gestão de seus recursos naturais;

Brasil: garante a educação de nível fundamental em caráter bilíngue e com respeito a cultura dos povos indígenas, reconhecendo organização social, cultura, língua e direitos originários a terra, direito de consulta para utilização dos seus recursos naturais e capacidade civil e judicial plena;

Chile: dever de respeitar os direitos dos povos indígenas, inclusive aqueles reconhecidos em tratados internacionais ratificados;

Colômbia: reconhece a identidade étnica e cultural, protege as terras tradicionalmente ocupadas, respeito aos tratados e convenções internacionais ratificados, requisitos

específicos para compor o grupo de circunscrição nacional especial vinculados as comunidades indígenas;

Paraguai: reconhece a existência dos povos indígena como povos ocupantes e anteriores a própria existência do Estado, reconhecer o direito de preservar e desenvolver sua identidade étnica, cultural, social, econômica e religiosa, garantia do uso de direitos consuetudinários indígenas nos julgamentos do Poder Judiciário, direito as terras tradicionalmente ocupadas, dispensa da prestação do serviço militar obrigatório aos indígenas, ensino na língua materna, sendo o guarani um dos idiomas oficiais do país;

Peru: reconhece sua identidade étnica e cultural, com direito a utilização do seu próprio idioma perante qualquer autoridade e sob a presença de um intérprete, busca da erradicação do analfabetismo, promoção da integração nacional, com existência legal e garantia da personalidade jurídica a coletividade indígena.

Como visto, a constitucionalização dos direitos indígenas foi fomentada sob o discurso do multiculturalismo e da ratificação de tratados internacionais, possibilitando reconhecer o caráter pluricultural do Estado, a igual dignidade entre as culturas, confirmação dos povos indígenas como sujeitos políticos, detentores de autonomia e autodeterminação, reconhecimento de diversas formas de participação direta e o reconhecimento dos direitos consuetudinários indígenas e da jurisdição especial.

Em que pese os avanços, ainda temos um cenário de forte limitação dos direitos indígenas no Brasil, como a língua portuguesa como única oficial, competência privativa para legislar da União, autorização do Congresso Nacional para exploração das riquezas naturais, competência dos juízes federais para julgar matérias que envolvam direitos

indígenas e a função do Ministério Público de defender judicialmente os direitos inerentes às populações indígenas.

A criminalização das práticas judiciais dos povos indígenas demonstra uma espécie de confrontação, com a característica colonial e moderna da exclusividade estatal da função jurisdicional, causando sequelas nos procedimentos diferenciados realizados pelas culturas indígenas locais e impossibilitar a existência de jurisdição indígena com força jurídica e competência legal.

A nova conjuntura constitucional apresentada pelo Equador e pela Bolívia representa um novo arranjo no constitucionalismo multicultural. Sobre a constitucionalização dos direitos indígenas na Bolívia, ficamos as didáticas palavras dos professores Jane Beltrão e Assis Oliveira (2010, p. 728):

A radicalidade da proposta plurinacional boliviana representa a inscrição normativa dos marcadores sociais da diferença pela lógica do protagonismo político e livre determinação, combinados com os valores relativos ao pluralismo jurídico, à participação social, à autonomia e à sustentabilidade, o que, de certo, reordena as correlações de força e as possibilidades de efetiva inclusão social das coletividades indígenas.

O Estado passa a ser o guarda-chuva furado das diferentes formas de nações, porque se propõem a valorizá-las, respeitando suas autonomias e autodeterminações impossíveis de serem questionadas ou sofrer interferências do próprio Estado, sob pena de infração aos preceitos constitucionais.

Com origem histórica comum, de rompimento político com o poder da metrópole, que se utilizava do sistema colonial de administração, constituindo um Estado expressamente multicultural. O discurso plurinacional consistiu no reconhecimento das identidades étnicas originárias como nacionalidade, igualando os coletivos étnicos com a nação, ampliando o valor conferido para o valor da diversidade cultural.

Temos nestes países a ideia de democracia plural, com fundamentos pos-colonialismo e na interculturalidade. Assim, o respeito a livre determinação democrática dos povos indígenas é o primeiro indício de diálogo com os grupos étnicos. A Justiça plurinacional, instalada nestes Estados, permite o exercício da função jurisdicional pelas autoridades indígenas, com utilização de tradições ancestrais e sistema jurídico próprio, sustentados nos princípios do pluralismo jurídico e interculturalidade.

A jurisdição indígena se iguala a jurisdição ordinária. Em arremate, é possível identificar dois modelos de cartas constitucionais, a que segue a tradição colonial europeia, e o segundo é orientado pela participação da comunidade indígena, com mudanças relevantes na percepção política dos direitos étnicos.

Em conclusão é possível notar que a movimentação política dos povos indígenas vem assumindo protagonismo, com ampliação das fronteiras do conhecimento e da possibilidade de organização dos Estados, inclusive alardeando sua força para além das fronteiras dos Estados Nacionais, visando atingir a proteção internacional conferida por medidas reparadoras ou restauradoras nacionais.

2. ESTUDO DE CASO: CASO POVO INDÍGENA XUCURU E SEUS MEMBROS VS. BRASIL.

Trata-se da submissão a Corte Interamericana de Direitos Humanos o caso do povo indígena Xucuru versus a República Federativa do Brasil. O caso referia-se a uma presumida violação do direito a propriedade coletiva e a integridade pessoal do povo Xucuru, tendo como justificativas: a) a demora de mais de uma década para a demarcação e delimitação das terras tradicionalmente ocupadas por estes povos; e b) a dificuldade do povo Xucuru exercer o domínio pacífico destas terras enquanto não houver a sua definição pelo Brasil.

Com esta mora na demarcação e reconhecimento dos direitos ao povo Xucuru, a Comissão Internacional vislumbrou que o Brasil violou os direitos de propriedade,

integridade pessoal, as garantias e proteções judiciais. No dispositivo da decisão constam os seguintes comandos a serem cumpridos pelo Estado brasileiro (CIDH, 2018, p. 54):

8. O Estado deve garantir, de maneira imediata e efetiva, o direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru sobre seu território, de modo que não sofram nenhuma invasão, interferência ou dano, por parte de terceiros ou agentes do Estado que possam depreciar a existência, o valor, o uso ou o gozo de seu território, nos termos do parágrafo 193 da presente Sentença.

9. O Estado deve concluir o processo de desintrusão do território indígena Xucuru, com extrema diligência, efetuar os pagamentos das indenizações por benfeitorias de boa-fé pendentes e remover qualquer tipo de obstáculo ou interferência sobre o território em questão, de modo a garantir o domínio pleno e efetivo do povo Xucuru sobre seu território, em prazo não superior a 18 meses, nos termos dos parágrafos 194 a 196 da presente Sentença.

Na ordem cronológica dos acontecimentos, a petição inicial foi apresentada em outubro de 2002, pelo Movimento Nacional dos Direitos Humanos, com juízo de admissibilidade aprovado em 2009.

Em julho de 2015, a Comissão aprovou um documento com recomendações a serem cumpridas pelo Estado brasileiro, que foi responsabilizado internacionalmente por violação do direito de propriedade e identidade pessoal do povo indígena Xucuru, além da violação as garantias e proteções judiciais conferidas pela Convenção Americana.

Com isso, foi recomendado pela Comissão adotar todas as medidas necessárias para o reconhecimento e demarcação do território tradicionalmente ocupado pelo povo indígena Xucuru, de acordo com seus costumes, usos e valores, com a finalização dos processos judiciais iniciados por pessoas não indígenas que tenham relação com o território do povo Xucuru. Ainda, o Brasil deveria reparar os danos individuais e coletivos causados pela violação dos direitos indígenas dos Xucurus, causados pela demora no reconhecimento, demarcação e delimitação da terra tradicional indígena, além de adotar

medidas preventivas que evitem futuras violações similares aos territórios tradicionais dos povos indígenas no Brasil. Sobre as atribuições da CIDH pudemos entender sua função com o seguinte magistério (BASSETTO; KONNO, 2019, p. 33):

A Comissão Interamericana, além da apreciação dos fatos, deve analisar, no caso concreto, a compatibilização da legislação de cada Estado com as regras do sistema interamericano, operando-se um controle de convencionalidade em uma atividade quase-jurisdicional.

Conforme dispõe o artigo 44 da Convenção Americana, qualquer pessoa, grupo de pessoas ou organização não-governamental, reconhecida em um ou mais países membros da OEA, pode peticionar à Comissão acerca de violações de direitos humanos.

Conforme dispõe o artigo 25, § 1º, do Regulamento, a Comissão Interamericana pode solicitar que o Estado adote medidas cautelares para prevenir danos irreparáveis às pessoas ou ao objeto do processo.

Com prazo de dois meses para demonstrar o cumprimento da decisão, o Brasil manteve-se inerte, sendo requerida a sua responsabilização no caso. Submetido a julgamento, cinco *amici curiae* foram apresentados para auxiliar no julgamento, sendo reconhecida a competência da Corte Interamericana pelo fato do Brasil ser signatário da Convenção Americana dos Direitos Humanos, conforme art. 7º do ADCT. O Brasil reconheceu a competência da Corte Interamericana em 10 de dezembro de 1998, declarando a competência do Tribunal para feitos posteriores a esta data, declarando-se a incompetência da Comissão para o julgamento de fatos anteriores a esta data.

No Informe de Fundo, a Comissão limitou-se a utilização da Convenção 169 da OIT para estabelecer o alcance da propriedade coletiva do povo indígena Xucuru através da Convenção Americana, sem impor violações diretas a Convenção 169 da OIT, que foi utilizada como esforço argumentativo. Quanto ao esgotamento dos recursos internos nacionais, antes de atingir as cortes internacionais, a Comissão estabeleceu que não há

previsão que mecanismos internacionais devam ser esgotados para que as vítimas de violações de direitos humanos obtenham proteção internacional.

A tese do esgotamento dos recursos internos colocaria uma carga desproporcional de prova sobre as vítimas, contrária a Convenção e a instituição da reparação. Dessa forma, caberia ao Estado Brasileiro apresentar quais eram os recursos internos disponíveis e se foram esgotados pelo povo Xucuru, sob pena de submeter a Comissão e a parte violada a produzir prova impossível ou de difícil comprovação.

Nessa medida, a Corte Interamericana fará a valoração, controle e exame das provas apresentadas pelas partes, sendo cabível a apresentação de documentos, testemunhas, audiências públicas, dentre outras formas de produção probatória lícita. As referências históricas ao povo Xucuru remontam ao século XVI, no estado de Pernambuco, com organização e formas de poder próprias.

Igualmente, a legislação que toca no tema da demarcação, reconhecimento e titularidade das terras indígenas no Brasil, principalmente a Constituição da república de 1988, estabeleceu direitos aos povos indígenas sobre suas terras, territórios e recursos tradicionalmente pertencentes aos povos indígenas. As terras indígenas ficam na propriedade da União, embora a posse permanente seja conferida aos indígenas, em conjunto com o usufruto exclusivo dos recursos nela existentes.

No Brasil, o processo de demarcação tem cinco etapas, coordenadas pela FUNAI – Fundação Nacional do Índio, com o ato final vinculado a competência exclusiva do Presidente da República. O processo tem início com o reconhecimento, pela FUNAI, de uma terra indígena que deva ser demarcada ou por um pedido realizado pelos próprios indígenas, quando serão reconhecidos os pedidos e a urgência da demarcação, dotando a Administração Pública com o poder discricionário de iniciar ou não o processo.

Na execução da demarcação física, é necessária a realização de estudo detalhada na área, com a localização exata das terras tradicionalmente ocupadas. Superada esta fase, inicia-se a etapa de homologação, na qual será elaborada por decreto presidencial, ato final do procedimento de reconhecimento da nova terra indígena. Trata-se de ato administrativo declaratório, que reconhece a ocupação da terra indígena e a nulidade de atos anteriores que tenham relação com a ocupação, domínio ou posse das terras, extinguindo qualquer título de propriedade constituído sobre a área demarcada, que passa a ser de propriedade da União, com a possibilidade da retirada de ocupantes não indígenas das terras demarcadas.

Por fim, numa última etapa, consistente no registro, nos trinta dias posteriores a publicação do decreto de homologação, a FUNAI promoverá o registro imobiliário no município de localização da área demarcada e na Secretaria do Patrimônio da União, órgão atualmente integrante do Ministério da Economia.

O processo de demarcação das terras do povo indígena Xucuru foi iniciado em 1989. Em 1992, foi proposta ação de reintegração de posse por particulares em relação à terra tradicionalmente pelo povo Xucuru, colocando em risco o vínculo existente com o território. O conflito pela terra trouxe graves consequências, como o assassinato do cacique Xicão, chefe do povo Xucuru, em 1998, demonstrando não só a dificuldade de demarcação, como também a incompetência do Brasil em preservar a integridade física dos povos indígenas.

Em 2001 foi assinado, pelo Presidente da República, o decreto homologando a demarcação do território indígena Xucuru, registrada, no ano de 2005, como titulação territorial de propriedade da União, com posse permanente do povo indígena. Iniciado em 1989, o processo de regularização de terras para cadastrar os ocupantes não indígenas foi

finalizado em 2007, com indenizações para a saída dos posseiros que fizeram benfeitorias de boa-fé.

Durante o processo de demarcação, o povo Xucuru sofreu com a violência e enfrentou forte repressão e assassinatos de seus membros. No julgado analisado, a Corte Interamericana trata da temática da propriedade coletiva, a segurança jurídica e o prazo razoável para a efetividade do processo administrativo.

O artigo 21 da Convenção Americana protege a vinculação que os povos indígenas guardam com as suas terras, seus recursos naturais e os elementos incorpóreos que compõem o exercício deste direito. Neste cenário, existe a cultura da propriedade coletiva da terra, pertencente a um grupo, devendo ser dispensada a mesma proteção dada à propriedade privada, com respeito as suas especificidades, culturas e costumes.

A jurisprudência da Corte reconhece o direito de propriedade dos povos indígenas sobre os territórios tradicionais e seu dever de proteção. Ainda neste entendimento, a ocupação das terras tradicionais equivale a título de pleno domínio outorgado pelo Estado, com o direito de reconhecimento oficial da sua propriedade, com cadastro registral. Caso tenha perdido a posse de suas terras por condições alheias a sua vontade, o povo indígena mantém o direito de propriedade coletiva sobre as mesmas, sendo competência do Estado delimitar as áreas indígenas.

Nessa toada, a violação a integridade física e psíquica abarca desde a tortura até outros tratos cruéis e degradantes, causando danos ao povo indígena Xucuru. A Corte indicou que a violação a obrigação internacional que haja causado dano deve repará-lo imediatamente, fruto de uma norma costumeira que disciplina o princípio da responsabilidade civil do Estado, com a plena restituição da situação ao ponto anterior a violação do direito. Na medida do possível, reparação civil do Estado significa restaurar a situação das coisas ao estado anterior do dano.

Em conclusão do julgado, a Comissão solicitou a Corte que ordene ao Estado adotar as medidas necessárias para efetivar o direito de propriedade coletiva e a posse do povo indígena Xucuru e seus membros ao seu território ancestral. Também, recomendou adotar medidas administrativas para finalizar as ações judiciais interpostas por pessoas não indígenas sobre parte do território do povo Xucuru, devendo o Estado garantir o cumprimento dos direitos indígenas. Com viés preventivo, o Estado Brasileiro ainda ficou obrigado a agir preventivamente, evitando novos incidentes de violência pela ocupação das terras indígenas.

Reconheceu-se, ainda, a necessidade de reparação individual e coletiva pelas consequências advindas da violação dos direitos reconhecidos. Por fim, restou decidido que o Estado é responsável pela razoável duração do processo judicial e administrativo e pelo direito a propriedade coletiva das terras tradicionalmente ocupadas pelo povo Xucuru, sendo a sentença uma forma de reparação, restituindo as terras para seu legítimo ocupante.

CONCLUSÃO.

Este artigo procurou estudar o desenrolar histórico do processo de luta pela constitucionalização dos direitos indígenas na América Latina. Como resultado foi possível notar a dificuldade dos países latino-americanos pesquisados de, a uma só tempo, possibilitar a cidadania plena com a autoridade constitucional do direito e reconhecer o exercício da autonomia cidadã no âmbito de suas próprias sociedades.

Princípio que rege as relações internacionais do Brasil, o direito a autodeterminação dos povos foi reconhecido no artigo 4º, inciso III da CRFB/88. A busca pela constitucionalização de direitos faz parte da luta dos povos indígenas em busca do exercício da cidadania plena, sempre com o respeito à organização e forma de vivência

própria nas suas respectivas sociedades. O exercício da cidadania plena e da livre determinação não é uma luta restrita aos povos indígenas, mas é bastante ampla para abranger todos os grupos de vulneráveis, que não possuem lugar de fala ou poder.

Na proteção dos direitos culturais, o Estado velará pelas manifestações culturais indígenas, bem como pelos processos próprios de aprendizagem e a utilização de suas línguas maternas na promoção da educação indígena, nos termos dos artigos 210 e 215 da CRFB/88. O reconhecimento de direitos aos povos indígenas é fator que aflora conflitos com grupos antagônicos, não deixando espaço para construir um ambiente sadio em reconhecimento ao direito à diferença e autodeterminação dos povos.

No Brasil, mesmo o art. 232 da CRFB/88 assegurando a capacidade civil plena e a legitimidade ativa e passiva, coletiva ou individual, para se fazer presente em juízo, ainda se faz latente o conceito de incapacidade dos povos indígenas. Estas celeumas na internacionalização dos direitos constitucionais aos povos indígenas gera uma tentativa de proteção a um comportamento necessariamente preso as tradições do passado, que não é alvo de segurança pela evolução do viver indígena.

Em caso paradigma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos o direito do Povo Indígena Xucuru a razoável duração do processo e a propriedade coletiva sobre as terras tradicionalmente ocupadas. Ambos os direitos já são reconhecidos a todos os cidadãos brasileiros pelos artigos 5º, inciso LXXVIII e 231, §§ 1º e 2º, todos da CRFB/88. A própria necessidade de recorrer a uma corte internacional para fazer valer um direito que seria garantido a todo cidadão brasileiro já projeta a situação de desigualdade cidadã a qual os povos indígenas são submetidos.

Pelo exposto, a conclusão é pela necessidade não só de inclusão dos direitos dos povos indígenas nos Textos Constitucionais, mas também a criação de mecanismos que efetivem o exercício da cidadania plena e reconheça o direito de manter, ao mesmo tempo,

os laços com sua própria sociedade. Nesse sentido, a constitucionalização dos direitos dos povos indígenas é mais um instrumento de luta para a construção de um futuro com espaço de voz, poder, participação social, protagonismo político e respeito à diferença tanto para os povos indígenas quanto aos demais grupos de vulneráveis.

REFERÊNCIAS.

BASSETTO, Marcelo Eduardo Rossitto; KONNO, Alyne Yumi. O caso do povo indígena Xucuru perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Revista da Defensoria Pública da União**, n. 12, p. 27-50, 2019.

BELTRÃO, Jane Felipe; OLIVEIRA, Assis da Costa. Povos indígenas e cidadania: inscrições constitucionais como marcadores sociais da diferença na América Latina. **Revista De Antropologia**, v. 53, n. 2, p. 715-744, 2010.

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

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **CASO DO POVO INDÍGENA XUCURU E SEUS MEMBROS VS. BRASIL**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acessado em: 05 de jul. 2022.

COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 6, n. 10, p. 52-81, 2009.

LAURIS, Élida. Pluralismo emancipatório? Uma abordagem a partir dos movimentos indígenas da América Latina. **Cronos**, v. 8, n. 1, p. 57-80, 2007.

REFLEXÕES SOBRE O CRIME DE “STALKING” NO BRASIL: UMA AMEAÇA À LIBERDADE E À PRIVACIDADE.

GABRIEL MARTINS DE SOUZA LOPES:

Graduando em Direito pela faculdade UNA¹¹⁶.

ANA LUIZA FRANÇA GUSMÃO

MURYEL KATHELLEN MOREIRA CIRINO

(Coautores)

DANIELA MATEUS DE VASCONCELOS.

(orientadora)

RESUMO: O presente estudo realiza uma análise sobre a recente criminalização do *stalking* no Brasil, por meio da Lei nº 14.132/2021, que acompanha uma preocupação mundial com o problema da perseguição reiterada, visto que em alguns países, como nos Estados Unidos, Espanha, Portugal, entre outros, tal conduta já se encontra tipificada. Quanto aos aspectos jurídico-penais, a maior parte das leis penais e estudos sobre o assunto se iniciaram a partir dos anos 90. Neste sentido, o estudo tem o objetivo de analisar os principais aspectos desse fenômeno e compreender os impactos da nova lei no âmbito do Direito Penal. Para compreensão desse fenômeno, o artigo adota a metodologia qualitativa de base bibliográfica e documental, além de complementar com a aplicação de um questionário para coletar dados com o intuito de verificar o conhecimento e percepção dos brasileiros sobre o assunto. Por meio dessas informações, foi possível realizar um diagnóstico sobre os aspectos comuns desse delito, tais como o perfil do criminoso e a forma como a vítima é afetada e, dessa maneira, compreender o quanto os direitos fundamentais da liberdade, vida privada e intimidade são afetados pelo crime de *stalking*.

Palavras-Chave: Crime de *Stalking*. *Stalker*. Lei nº 14.132/21. Direitos fundamentais. Perseguição. Privacidade. Direito Penal.

REFLECTIONS ON THE CRIME OF “STALKING” IN BRAZIL: A THREAT TO FREEDOM AND PRIVACY

116 E-mail: gmdesouzalopes@gmail.com

ABSTRACT: This study analyzes *the* recent criminalization of "stalking" in Brazil, established by law no.14.132/2021, that follows a worldwide concern with the reiterated persecution, since in several countries, such as the United States, Spain, Portugal, among others, this conduct is already typified. In terms of criminal legal aspects, most of the criminal laws and studies on the subject began in the 1990s. In this regard, the study aims to analyze the main aspects of this phenomenon and understand the impacts of the new law in the Criminal Law scope. For the understanding of this phenomenon, the article adopts a literature and documental qualitative methodology, in addition to the application of a survey to collect data in order to verify the knowledge and perception of Brazilians on the topic. Through this information, it was possible to carry out a diagnosis on the common aspects of this criminal offense, such as the criminal profile and the way that the victim is affected and, therefore, understands how the fundamental rights of freedom, privacy and intimacy are affected by the crime of "stalking".

Keywords: Crime of *Stalking*. *Stalker*. Law no. 14.132/21. Fundamental rights. Persecution. Privacy. Criminal Law.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 garante aos indivíduos os direitos à liberdade e à privacidade, além de garantir o direito à dignidade da pessoa humana, tal como disposto nos artigos 5º ao 17 da Carta Magna que estabelece quais são os direitos fundamentais e garantias que os brasileiros possuem e que a sociedade desfruta de modo contínuo.

Neste sentido, a partir do momento que o *stalker*¹¹⁷ inicia a sua perseguição à vítima, surge uma situação de vulnerabilidade por provocar constrangimento, medo, aflição e sensação de invasão da sua vida e intimidade, afetando diretamente a dignidade e direitos que são garantidos pela lei.

Damásio de Jesus (2009, p.66-70) explica que a perseguição significa "incursão na esfera de intimidade e privacidade da vítima; reiteração de ações; prejuízo à higidez psicológica e emocional do sujeito passivo; ofensa à sua idoneidade moral; modificação do seu estilo de vida; e imposição de limitações à liberdade de ir e vir". Assim, é possível identificar que nesse cenário surge a perseguição contumaz ou obsessiva que provoca um contato forçado ou indesejado entre o agressor e a vítima, ocorrendo de forma repetitiva ou sistemática, em uma frequência e configuração que afetam a vida privada, suas atividades cotidianas e o seu trabalho, provocando assim uma forma abusiva de assédio pessoal.

117 Pessoa que realiza a perseguição.

Souza (2015) explica que é difícil determinar o agente de *stalker* por se tratar na realidade de diversas condutas que são realizadas afetando a liberdade, privacidade, dignidade, além de provocar medo. Por ser um dever do Estado proteger e garantir os direitos dos indivíduos, o crime de *stalking*¹¹⁸ é tipificado no Código Penal através da Lei nº 14.132/21, art. 147 – A, para auxiliar o ordenamento jurídico a reprimir esse tipo de crime e garantir a proteção da vítima.

Ao analisar o ordenamento jurídico de outros países, percebe-se a importância que os casos de *stalking* ganharam, demonstrando a relevância de incluir uma lei para proteger o cidadão desse contexto criminoso, criando os mecanismos de punição adequados.

Portanto, é possível identificar que o ato de realizar um *stalking* representa uma conduta que corresponde a uma prática da perseguição contumaz, obsessiva e repetida junto à esfera privada da vítima. Por ser um fenômeno decorrente da vida em sociedade e da complexidade que existe dentro das relações humanas através de diversas particularidades, surge a necessidade de analisar o fenômeno de *stalking* e a sua tipificação penal no ordenamento jurídico brasileiro. A perseguição contumaz afasta da vítima a liberdade de ir e vir, retirando-lhe um direito fundamental e basilar: a liberdade. Desta forma, o crime de *stalking* representa uma forma de violência contra a liberdade individual da vítima, por existir uma violação, de forma reiterada, da esfera da vida privada, podendo, inclusive, ser restringida a capacidade de locomoção. Esse tipo de crime causa uma invasão e perturbação que irá afetar a esfera da liberdade ou privacidade das vítimas, por existir uma ameaça à integridade física ou psicológica da vítima.

Pensando nesses fatores, os casos de *stalking* que ocorrem pelo mundo passam a ser uma preocupação do Direito Penal brasileiro, por estar buscando resguardar o bem jurídico das pessoas ao afetar diretamente a sua liberdade e privacidade. A perseguição e invasão da intimidade e privacidade provoca sérias consequências para as vítimas, como os transtornos psicológicos, agressões físicas e em algumas situações até morte por parte do *stalker*.

Desta forma, o presente trabalho tem como objeto de estudo a discussão acerca da proteção da liberdade e da privacidade por meio de uma análise da criminalização do *stalking* no Brasil, para compreender os motivos que levam a legislação brasileira criar uma lei específica e os impactos que esse tipo de conduta representa para o meio social.

¹¹⁸ Thompson Flores define o “*stalking*” como o termo tem origem no inglês, sendo traduzido para o português como “caçador”, “espreita” e “perseguição” (FLORES, 2014, pág.24), ou seja, o ato de perseguir alguém.

Delimitando as condutas que caracterizam esse tipo de crime, descrever os perfis e consequências causadas na vida privada da vítima, entender se a Lei nº 14.132/21 irá promover ampliação da proteção dos direitos da personalidade e no Direito Penal. Para responder essa problematização, o estudo possui como base a metodologia qualitativa através da pesquisa bibliográfica, análise das legislações baseada em estudos já realizados, possibilitando uma descrição mais detalhada das informações, conceitos, percepções e jurisprudências. Para deixar o estudo mais rico, será apresentada uma pesquisa quantitativa onde a coleta dos dados foi realizada pelo instituto de pesquisa Opinion Box através de um questionário elaborado pelo trio para entender o conhecimento e a percepção dos brasileiros a respeito do tema.

Para facilitar o entendimento sobre o tema, a primeira sessão aborda a importância dos direitos fundamentais, como os direitos à intimidade, à vida privada e à liberdade. Desta forma, é possível introduzir os principais pontos que são afetados por esse tipo de crime. Em seguida, serão apresentados os conceitos, os perfis e os motivos que levam o *stalker* a cometer essa ameaça a sua vítima e os impactos que esse fenômeno causa na vida do *stalker* ¹¹⁹.

Complementando o tema, serão apresentadas as legislações de outros países como Portugal, Estados Unidos e Espanha por ser uma prática mundial que se encontra em constante crescimento e, em razão disso, é necessário desenvolver políticas e legislações para proteção do cidadão. Além das experiências internacionais, o trabalho aborda especificamente o contexto brasileiro que aprovou a Lei nº 14.132/21 (Crime de perseguição) que alterou o Código Penal incluindo o art. 147-A em 2021, provocando uma inovação no ordenamento brasileiro ao incluir um tipo penal específico para um fenômeno que está muito presente na realidade brasileira.

Após a contextualização do tema, será aplicado um questionário por meio de uma pesquisa quantitativa realizada pelo instituto de pesquisa Opinion Box com brasileiros com 16 anos ou mais de todas as regiões do Brasil possibilitando identificar através de dados o conhecimento sobre o tema, de modo a diagnosticar se as pessoas já vivenciaram esse tipo de situação, se conhecem a Lei e as formas de denúncia com intuito de obter dados primários acerca do tema.

Com esse estudo, espera-se comprovar que, quando existe uma perseguição contumaz, a vítima tem violada a sua liberdade de ir e vir demonstrando que o crime de "stalking" é uma violação contra essa liberdade individual dos sujeitos, afetando a vida privada e o seu direito de locomoção. Ademais, busca-se compreender como essa falta de liberdade e privacidade afeta direta ou indiretamente o psicológico da vítima e sua integridade física. Assim, a Lei surge como uma proteção dos direitos fundamentais e

¹¹⁹ Vítima do crime de "stalking".

basilares dos indivíduos: a liberdade e a privacidade. Portanto, espera-se que esse trabalho possa contribuir como uma fonte de informação para mostrar como a sanção para esse crime passou por uma evolução e ganhou sua tipificação no âmbito da legislação penal.

2.DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são instrumentos de proteção do indivíduo na sociedade e da atuação do Estado, com intuito de garantir a dignidade humana por estar intrínseco à própria condição humana, ou seja, são indissociáveis da existência do indivíduo e se encontram no fundamento do próprio Estado de Direito para garantir a cidadania e a liberdade.

Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que:

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos. (BRANCO, 2012, p. 205).

Dentro da sociedade brasileira os direitos fundamentais estão presentes na realidade social resguardado pela Constituição Federal de 1988. Francisco de Assis Cabral complementa que:

a importância dos direitos fundamentais está presente também na Seção VII, do Processo Legislativo, precisamente no art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil. O Constituinte de 1988 cuidou de dotar os direitos fundamentais com a proteção da imutabilidade das cláusulas pétreas. Assim, qualquer emenda constitucional tendente a abolir referidos direitos será excluída do nosso ordenamento jurídico brasileiro pela declaração de sua inconstitucionalidade. (CABRAL, 2017, p.1).

Para compreender como esse direito está presente na legislação brasileira, Guilherme Moraes explica como é aplicado esse direito:

os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). (MORAES, 1997, p.46).

Desta forma, a legislação brasileira garante o direito da personalidade dos indivíduos para promover a sua intimidade, vida privada, honra, imagem, portanto, também lhe é assegurado o direito a indenização do dano material ou moral que são garantidos tanto pela CF/88, em seu artigo 5º, inciso X, como pelo Código Civil, no referido artigo 12. Nesse mesmo sentido:

os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas. Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O art. 5º, § 1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles. (BRANCO, 2012, p. 226 e 227)

Portanto, é possível identificar que os direitos fundamentais são considerados indispensáveis à pessoa humana, para que se possa assegurar uma existência livre, igual e digna. Flávia Piovesan explica o sentido fundamental desta aplicabilidade demonstrando que:

os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via direta da Constituição e não através da *auctoritas interpositio* do legislador. Não são simples *norma normarum* mas *norma normata*, isto é, não são meras normas para produção de outras normas, mas sim normas diretamente reguladoras de relações jurídico-materiais. (PIOVESAN,2002, p. 59 e 60).

Desta forma, Cabral explica que:

o controle de constitucionalidade das leis tem significativa importância para a proteção dos direitos fundamentais, na medida em que sem um controle efetivo da obra do legislador infraconstitucional, ou mesmo do constituinte derivado, estariam as normas de direitos fundamentais à mercê de alterações inoportunas e casuísticas produzidas, por muitas das vezes, em defesa de interesses menores, dissociados dos princípios que norteiam o Estado democrático de direito. Daí porque pode-se afirmar que a defesa desses direitos por meio da fiscalização de constitucionalidade implica na defesa da própria Constituição. (CABRAL,2017, p. 2).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adota como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, conforme expresso em seu artigo 1º, inciso III, representando um avanço significativo em relação à proteção e defesa dos direitos fundamentais do indivíduo. O art. 5º, X do mesmo dispositivo, demonstra que os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e a imagem são invioláveis como uma forma de resguardar os direitos fundamentais dos cidadãos contra a ingerência abusiva do Poder Público ou até mesmo das relações privadas.

Nesse sentido, Cabral explica que:

a fiscalização de constitucionalidade possibilita confrontar à conformidade de referidas normas com a ordem constitucional vigente, onde se verificase a lei restritiva preenche os requisitos constitucionais fixados, conforme propõe Canotilho: se é uma lei formal e organicamente

constitucional; existe autorização expressa da Constituição para o estabelecimento de limites através de lei; a lei restritiva tem caráter geral e abstrato; a lei restritiva observa o princípio da proibição do excesso, estabelecendo as restrições necessárias para a salvaguarda de outros direitos fundamentais ou interesses constitucionalmente protegidos e; finalmente, se a lei restritiva diminui a extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. (CABRAL, 2017, p. 2).

Desta forma, os direitos fundamentais, quando violados, é necessária uma aplicação imediata ou uma ação do legislador para garantir a eficácia por ser um direito imprescindível para os indivíduos em geral.

Então, no momento que o ato de perseguir retira a proteção dos direitos da personalidade, dignidade da pessoa humano, liberdade é possível identificar que os direitos fundamentais dos indivíduos são afetados por essa ação afetando diretamente os direitos fundamentais que são os princípios basilares da CF/88.

Portanto, fica evidente a relevância que os direitos fundamentais possuem dentro do meio social por estar relacionado à própria natureza humana e a vida em sociedade. Portanto, proteger esses direitos é a forma que legislação possui para garantir o convívio social de forma harmoniosa.

2.1 DIREITOS GARANTIDOS: INTIMIDADE, VIDA PRIVADA E LIBERDADE

Como é possível observar, os direitos fundamentais têm grande importância e impactos no contexto do meio social, por envolver uma gama de direitos que estão relacionados com a vida individual e coletiva de cada indivíduo dentro da sociedade.

Desta forma, é possível identificar que a legislação brasileira busca garantir aos cidadãos uma proteção da sua intimidade e evitar que terceiros possam invadir a sua privacidade e liberdade, já que a violação pode causar danos irreversíveis para o indivíduo. Grinover explica que:

se cada um de nós tivesse que viver sempre sob as luzes da publicidade, acabaríamos todos perdendo as mais genuínas características de nossa personalidade, para nos dissolver no anônimo e no coletivo, como qualquer produto de massa. (GRINOVER, 1972, p.69).

Grinover complementa o seu entendimento através CF/88:

a intimidade representa uma esfera de que o indivíduo necessita vitalmente para poder livre e harmoniosamente desenvolver sua personalidade, ao abrigo de interferências arbitrárias. Com base nesse conceito, o direito à intimidade há de ser reconhecido como fator primordial em qualquer sistema de liberdades públicas; e no nosso ordenamento, sua constitucionalização é feita por intermédio do disposto no § 36 do art. 153, o qual, em última análise, configura a proibição de considerar como *numerus clausus* o elenco constitucional de determinados direitos. (GRINOVER, 1972, p.71 e72)

É importante destacar que o direito à intimidade está previsto no art. 5º, X da Constituição Federal de 1998, in verbis:

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:

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Ávila complementa que:

O direito à intimidade não é absoluto e deve ceder frente aos imperativos de investigação de crimes graves. Não há fundamento constitucional para a exigência de autorização judicial para o acesso às informações bancárias, fiscais e de extratos telefônicos para fins de investigação criminal. O art. 5º, X, da CF/88, não chega a tanto. Enquanto o crime organizado se agiliza na era da internet e da globalização, o Estado permanece lento e burocrático no acesso às

informações que podem esclarecer as novas formas de criminalidade. (ÁVILA, 2006, págs.252-253).

Barroso (2013) acredita que:

Somente mediante a autorização judicial é que o direito à intimidade pode ser violado. Assim, admitindo a relativização do referido preceito constitucional, torna-se “imperioso acrescentar a ressalva de que a determinação nesse sentido não pode ser ordenada por qualquer autoridade administrativa ou policial”. Ademais, a permissão da violação do direito à intimidade, no âmbito da ação penal, “é de ser acolhida como admissão ao princípio da proporcionalidade. (BARROSO, 2013, p.183)

Desta forma, é possível identificar que a CF/88 representa a proteção da privacidade, intimidade, vida privada, honra e imagem de todos os cidadãos brasileiros. Segundo Celso Ribeiro Bastos:

consiste o direito à privacidade na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes acesso a informações sobre a privacidade de cada um e impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano. (BASTOS, 1995, p.63)

Na percepção de Elimar Szaniawski, o direito à intimidade é:

o direito subjetivo que consiste no poder de toda pessoa assegurar a proteção dos interesses extrapatrimoniais, de impedir a intrusão, a divulgação e a investigação, na sua vida privada, garantindo a paz, a liberdade da vida pessoal e familiar, criando o dever jurídico em relação a terceiros de não se imiscuírem na vida privada alheia. (SZANIAWSKI, 1993, p.153).

A intimidade e vida privada são direitos que ao longo da história sempre provocou diversas reflexões em diversas áreas do conhecimento com destaque para ciências jurídicas,

por ser necessário o envolvimento de discussões sobre a existência dos direitos e a sua estruturação jurídica.

Como explica Ilton Norberto Robl Filho:

No plano internacional, o direito à intimidade e à vida privada encontra-se, ainda, no artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos – primeiro texto internacional a tutelar esse direito-, no artigo 17 do Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos, no artigo 11 da Convenção Americana de 1969 sobre os Direitos do Homem e no artigo 8º da Convenção Europeia de 1950 sobre os Direitos do Homem. (FILHO, 2006, p.186).

Filho complementa que:

No direito brasileiro, o direito à intimidade e à vida privada é reconhecido no artigo 5º, X, da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, assim como na cláusula geral do artigo 21 do Código Civil brasileiro. É relevante notar-se, ainda, em relação ao ordenamento pátrio, que a Lei de Imprensa (Lei nº 5250/67) foi o primeiro instrumento legislativo a tutelar expressamente o direito à intimidade e à vida privada. (FILHO, 2006, p.187).

Portanto, o direito à vida privada seria a composição da liberdade sexual, liberdade familiar, intimidade, além de outros fundamentos que estão relacionados com vários outros atributos da personalidade dos indivíduos. Desta forma, o conceito de intimidade pode ser compreendido como cuidar de sua projeção no âmbito das informações pessoais, do relacionamento comunicativo do ser com os demais, enfim, de uma 'autodeterminação informativa' ou 'informacional'" (SAMPAIO, 1998, p. 351). Complementado por Mota Pinto que explica:

Dificuldade de definição de um conceito que, por ser necessariamente indeterminado, acaba por se revelar imprestável, como um verdadeiro "conceito elástico". E isto é assim no plano mesmo que aqui nos interessa: o da relevância jurídica da "privacidade". Se é verdade que se empreenderam tentativas de definição filosófica, política,

sociológica ou psicológica da *privacy*, não parece que se tenha logrado extremar o conceito com o mínimo de precisão indispensável para ele pode servir de base a um regime jurídico coeso. (MOTA PINTO, 1993, p.505).

Filho afirma que o direito à intimidade e à vida privada:

É um conteúdo muito reduzido para o papel que a intimidade exercena vida do homem contemporâneo. Ainda, despreza toda uma construção de outros saberes que se crê ser importantes para se tentar clarear os valores intimidade e vida privada, a fim de prestar uma tutela adequada. Assim, além da concretização da dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro, no artigo 1º, III, da Constituição Federal, os valores intimidade e vida privada são positivados pelo Poder Constituinte Originário em 1988 por terem sido considerados fundamentais pela nossa sociedade política. (FILHO, 2006, p.192)

É possível observar como o direito à intimidade e à vida privada é muito importante dentro do contexto social. Segundo Hannah Arendt:

O que hoje chamamos de privado é um círculo de intimidade cujos primórdios podemos encontrar nos últimos períodos da civilização romana, embora dificilmente em qualquer período da antiguidade grega, mas cujas peculiaridades multiformidade e variedade eram certamente desconhecidas de qualquer período anterior à era moderna. Deve-se observar que o conceito de vida privada, a partir do surgimento da intimidade, é radicalmente diferente do conteúdo da vida privada para os antigos, que significa "literalmente um estado no qual o indivíduo se privar de alguma coisa, até mesmo das mais altas e mais humanas capacidades do homem. (ARENDR, 2001, p.48).

Arendt complementa o seu pensamento explicando que:

O primeiro grande teórico da intimidade – componente mais relevante da esfera privada moderna - foi Jean-Jacques

Rousseau. Através de uma rebelião contra a insuportável perversão do coração humano pela sociedade, Rousseau desvendou uma região recôndita do homem, a qual, até então, não precisava de uma proteção específica. A intimidade do coração, ao contrário da privacidade da casa ou da localização do espaço público, não possui um lugar físico delimitado e claro. (ARENDETT, 2001, p.48 e 49).

Desta forma é possível identificar que liberdade humana está associada ao direito a intimidade que é um valor tutelado pelos ordenamentos jurídicos. Filho explica que:

Apesar de a intimidade ter surgido como afirmação da liberdade humana em face da extrema padronização imposta pela esfera social, sendo este valor tutelado nos diversos ordenamentos jurídicos de forma explícita e constituindo-se como a questão central da vida privada contemporânea, observa-se que a importância individual e social desse direito vem sofrendo inúmeras alterações. A intimidade transformou-se em questão central da vida privada moderna, pois é através daquela que o ser humano pode cunhar a sua individualidade, constituindo-se em um ser único - diferente dos demais. Ainda, a intimidade como um valor fundamental do homem moderno, refúgio à constante padronização que os seres humanos sofrem devido ao conformismo social, não representa algo tão forte e presente na vida das pessoas contemporaneamente. (FILHO, 2006, p.198 e 199).

Filho complementa ainda que:

Esses direitos, em verdade, acabam por permitir que o indivíduo tudo realize, desde que esteja conforme sua vontade e possa pagar. Portanto, tornam-se ferramentas a um individualismo desmedido, contrário aos valores e às práticas humanistas. A intimidade e a vida privada tanto de famosos como de pessoas comuns, uma das poucas ações e sentimentos que se mantinham longe do conformismo

social, foram trazidas ao público, sendo, absolutamente normal, que as pessoas revelem sua esfera íntima ao público. Assim, apesar do aumento de instrumentos jurídicos de tutela à intimidade e à vida privada, a sua violação, cotidianamente, só aumenta, apontando que a esses valores não são considerados tão importantes para as pessoas contemporaneamente. Esses atentados à intimidade e à vida privada são sustentados com base na percepção social de que a invasão à intimidade e à vida privada não traz nenhum mal, sendo, em verdade, uma vontade social legítima de conhecer a vida de todos. (FILHO, 2006, p.201).

Lafer explica esse fenômeno na contemporaneidade:

faz pensar se não se está, mais uma vez, próximo da "desolação", fenômeno que elimina uma descoberta positiva do mundo moderno – a intimidade –, além de impedir desenvolvimento do estado ensejador do "diálogo do eu comigo mesmo". Nessa situação, a pessoa encontra-se, de fato, absolutamente sozinha, pois é incapaz de fazer companhia, encontrando-se em falta consigo mesmo. (LAFER, 1988, p.239).

Portanto, é possível observar que o Direito na modernidade começa a tutelar valores emancipatórios como a liberdade, intimidade e a vida privada de cada sujeito, criando mecanismo para instrumentalizar a preservação desses direitos que são garantidos de forma subjetiva. Deste modo, compreender a vida privada, liberdade e intimidade é complexo, por apresentar constantemente um embate entre o conformismo social, a intimidade e a vida privada. Por isso, é fundamental que o direito compreenda cada caso concreto, principalmente, para garantir os valores humanos, os direitos fundamentais e essenciais para que os sujeitos consigam viver em sociedade de forma digna em seu ambiente social e coletivo.

3. *STALKING* COMO UM FENÔMENO CONTEMPORÂNEO

Conforme apresentado nas seções anteriores, os sujeitos ao nascer têm os seus direitos fundamentais resguardados pelo ordenamento jurídico vigente, desta forma, existe a garantia dos direitos à intimidade, à vida privada e à liberdade. Ana Castro e Spencer Sydow afirmam que:

Do ponto de vista sociológico, ao Direito Penal interessam quaisquer fenômenos que envolvam violações dos bens considerados jurídicos dentro da coletividade. E como a dignidade humana deve ter caráter universal, estudar o que viola o ser humano e compreender a si mesmo e ao ambiente em que se está inserido. (CASTRO E SYDOW, 2021, p,31)

Quando o fenômeno contemporâneo de *stalker* ganha a sua relevância na sociedade por violar diretamente os direitos garantidos aos indivíduos pela lei, é fundamental estudar e compreender como esse fenômeno, principalmente por afetar de forma direta a vida social e privada dos indivíduos.

Por causar danos que dizem respeito à esfera do Direito Penal, é necessário ser estudado avaliando os aspectos do crime, além de interligar outras áreas de conhecimento por envolver questões socioculturais e psicológicas. Deste modo, é necessário compreender o conceito e significado que adquire dentro da esfera social, penal e demais áreas que afetam o comportamento humano. De acordo com Jamil Melo:

Os *stalkers* são “perseguidores” que possuem um comportamento obsessivo direcionado a outra pessoa, eles procuram sempre, agindo de forma intencional e de acordo com um curso de conduta, seguir, obter informações e controlar a vida de outra pessoa, causando danos psicológicos. (MELO, 2016-B, p. 1).

Castro e Sydow complementam:

No viés criminológico, é preciso aprender-se tudo aquilo que circunda o fenômeno delitivo seja para sua causação, seja para o entendimento da vitimologia envolvida, do agente que nele se insere e das condições objetivas que o circulam. (CASTRO E SYDOW, 2021, p.31).

Em sentido diverso, Damásio de Jesus explica “que a conduta de *stalking* já se encontrava prevista no ordenamento jurídico brasileiro tipificado no art. 65 do decreto de Lei 3.688/1941 (JESUS, 2009, p. 66-70). De acordo com Jorge Trindade, “o termo *stalking* poderá apresentar-se com tradução próxima a expressão “enganador” advinda da palavra latina *stellio* (TRINDADE, 2017, p.20). Thompson Flores complementa que “o termo tem

origem no inglês, sendo traduzido para o português como “caçador”, “espreita” e “perseguição” (FLORES, 2014, p.24). Mullen, Pathé e Purall explicam que “o *stalking* compreende a condutas de proximidade e comunicabilidade para com a vítima, de forma inconveniente e persistente, causando-lhe medo e insegurança.” (MULLEN, PATHÉ E PURALL, 2002, p.114).

Trindade complementa que:

o stalking se caracteriza por ações ou condutas reiteradas, ou, como ele esmo referência, através da doutrina estrangeira de maior relevância, se tratando de uma constelação de comportamentos por parte do “*stalking*” para com a vítima, de forma insistente e agressiva. (TRINDADE, 2017, p.254).

Segundo Viegas e Mansur:

O conceito doutrinário de *stalking* é relativamente novo no Brasil, pois possui pouquíssima produção científica a respeito do tema e pede discussões, especialmente no campo do Direito, uma vez que na seara da Psicologia já é fonte de discussão há muito tempo. (VIEGAS E MANSUR, 2019, p.18).

É possível identificar que esse fenômeno de *stalking* tem uma relação com uma conduta de perseguição em excesso contra a vítima e esse comportamento é insistente e agressivo. Ritos dos Santos explica que:

É caracterizado como um tipo de violência onde o sujeito ativo invade de modo repetido a esfera da privacidade da vítima utilizando as mais diversas formas e meios, entre outros causando inquietação, medo, coação, ofensa a sua reputação e a sua liberdade de movimentos. (RITOS DOS SANTOS, 2017, p.18)

Alexandre Rosa e Heloisa Quaresma define que:

[...] a palavra *stalking* apresenta o sujeito ativo como o “perseguidor” capaz de, por seu comportamento obsessivo, direcionado ao sujeito passivo, agindo de forma intencional e de acordo com um curso de conduta buscar informações

e controlar a vida deste, causando danos psicológicos. (ROSA E QUARESMA, 2013, p.14-15)

Ritos dos Santos complementa que:

O fenômeno de *stalking* tem sido reconhecido em diversos campos da ciência, seja ela jurídica, social ou médica. Mostra-se essencial determinar quais suas dinâmicas próprias, os comportamentos que lhe são inerentes, os tipos de agentes que perpetraram o crime bem como suas condições psicológicas, características das vítimas e o impacto das condutas ilícitas sobre as referidas vítimas. (RITOS DOS SANTOS, 2017, p.18)

Como o fenômeno de *stalking* tem ganhado grande destaque dentro da sociedade, é necessário ser analisado e estudado em diversos campos da ciência para compreender os impactos que provoca no meio social e na vida das vítimas. Viegas e Mansur complementa baseado no estudo de Marlene Matos:

A proposição do processo de “escalada” para compreender o fenômeno do *stalking* foi formulado por Marlene Matos et al, no sentido de observar a frequência e a gravidade dos fatos perpetrados, perfazendo um processo de crescimento em relação a estes dois vetores, como, por exemplo, a sequência a seguir: (i) envio de cartas românticas, (ii) realização de telefonemas obscenos, (iii) aparecer no local de trabalho, (iv) envio de flores murchas, (v) rondas no domicílio, (vi) violência física. Tais exemplos aparecem no estudo empírico desenvolvido com a população portuguesa, realizado pela Universidade de Minho. (VIEGAS E MANSUR, 2019, p.21-22)

Após analisar as teorias relacionadas, é possível observar que não se configura em um fenômeno de gênero, já que o sujeito ativo pode ser de qualquer gênero. Contudo, os estudos que já foram realizados apontam que a maioria das pessoas que sofrem esse tipo de crime são as mulheres. Conforme é apresentada no estudo conhecido como Inquérito de Vitimização por *stalking*.

tendo como público-alvo, a população portuguesa, aponta que já uma prevalência de vítimas do sexo feminino (25%) em relação às do sexo masculino (13,9%), podendo afirmar que: uma em cada quatro mulheres e que um em cada oito homens foi vítima de *stalking* em algum momento da sua vida. O estudo aponta, ainda, que o grupo etário que registrou maior número de vítimas foi entre 16 e 29 anos (26,7%). (MATOS, GRANGEIA, FERREIRA e AZEVEDO, 2011, p.36-38)

Considerando o sentimento do próprio *stalker*, para Alessia Micoli (2012), a conduta pode ser definida como:

Um amor que, para o próprio *stalker*, demanda um gasto de energia que cansa moral e fisicamente; é um amor alienante, baseado em sentimento de inadequação, carências, vergonha e insegurança. [...] E há um pensamento físico e mecanismos psicológicos que deixam em evidência que aquilo que ele vive deve ser experienciado pela própria vítima; ansiedade, agitação, autodesvalorização, medo, insegurança, amor, preocupação e tensão contínua. [...] O *stalker* procura destruir psicologicamente a vítima, pois tem a convicção que ele também foi psicologicamente destruído por ela; por esse motivo, os *stalkers* se sentem vítimas de suas próprias vítimas. (MICOLI, 2012 apud GERBOVIC, 2016, p.22).

Conforme foi observado pela doutrina, é possível identificar os danos ou ameaças de danos não através de um parâmetro pré-estabelecido, por isso, é necessário analisar os casos concretos através dos elementos essenciais para classificar as atitudes realizadas pelos sujeitos como um crime de *stalking*.

Desta forma, compreende-se que qualquer forma de comportamento frequente, seja por dias, meses ou até anos pode ser motivo para que a vítima tenha que alterar o seu cotidiano por existir o sentimento de medo, angústia e da ansiedade que afeta diretamente os direitos da vítima por ter sua vida privada afetada e a sua liberdade de locomoção que são direitos garantidos CF/88 no art. 5º. Dessa forma, é possível identificar que esse fenômeno de *stalking* promove impactos drásticos que afetam diretamente os direitos fundamentais de cada ser humano.

Com intuito de compreender como o fenômeno de *stalker* ganhou destaque mundial, as próximas seções têm intenção de abordar os pontos essenciais para conhecer os tipos e o comportamento de cada perfil de *stalker*, os principais mecanismos utilizados por esses criminosos, além de entender/analisar os impactos que esse tipo de crime provoca na vida e rotina de suas vítimas. Por fim, compreender os motivos que desencadearam a criação a criar uma lei específica para resguardar os direitos e proteger as vítimas desse crime.

3.1 PERFIL DE *STALKER* E TIPOS DE COMPORTAMENTOS

O fenômeno de *stalking* envolve vários comportamentos que possibilitam identificar alguns perfis para o autor do crime por envolver traços biopsicológicos¹²⁰, grau de patologia e as influências do meio social com qual o *stalker* está inserido, e a partir dessa análise diversos pesquisadores conseguiram identificar características semelhantes entre o comportamento obsessivo e construir uma classificação de perfis aprofundar nesse fenômeno e ajudar a identificar esse tipo de criminoso. Segundo Castro e Sydow:

Debra Pinals explica que esse esforço científico de definir taxonomia é proveitoso para auxiliar na comunicação entre os profissionais de saúde, segurança pública, educação e justiça, auxiliando-os a pressentir as atitudes sequenciais dos *stalkers* e a elaborar prognósticos quanto à conduta criminosa, inclusive no tocante ao grau de risco à ordem pública. (CASTRO & SYDOW, 2021, p.93 e 94).

Devido à expansão e impactos que esse fenômeno provoca ao meio social, diversos pesquisadores começaram a se preocupar com os impactos sociais que o *stalker* provoca na sociedade, por afetar diretamente os direitos que são garantidos e resguardo pela Declaração Universal de Direitos Humanos e legislação vigente de cada país.

Portanto, estudar esse fenômeno é uma maneira de ajudar e auxiliar a sociedade a compreender melhor o *stalking* que surge como uma novidade no meio jurídico, da saúde, das ciências humanas e de outras áreas do conhecimento. Castro e Sydow explicam que:

¹²⁰ O sistema biopsicológico é aquele que se baseia, para o fim de constatação da inimputabilidade, em dois requisitos: um de natureza biológica, ligado à causa ou elemento provocador, e outro relacionado com o efeito, ou a consequência psíquica provocada pela causa. Conceito retirado do site: [https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-napratica/imputabilidade/introducao#:~:text=O%20sistema%20biopsicol%C3%B3gico%20%C3%A9%20aquele%20ps%C3%ADquica%20provocada%20pela%20causa](https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-napratica/imputabilidade/introducao#:~:text=O%20sistema%20biopsicol%C3%B3gico%20%C3%A9%20aquele%20ps%C3%ADquica%20provocada%20pela%20causa.). Acesso: 17/10/2022.

Geberth trouxe, no início dos anos 90, uma classificação dividida em duas categorias

de amplo espectro: *stalker* de personalidade psicopática e *stalker* de personalidade psicótica, sendo o primeiro geralmente do sexo masculino, que escolhe como alvo familiares, em geral ex esposas ou namoradas. Esse primeiro entretém o dogma da dominação masculina, esconde sentimentos de inferioridade e escalona seu comportamento com violência, quando acredita ter perdido o controle da sobre a vítima. O último tipo é frequente para ambos os sexos e se torna obcecado por alguém inatingível, pode desenvolver ilusão de ser correspondido, embora na maioria das vezes o *stalker* seja um completo estranho da vítima. (CASTRO & SYDOW, 2021, p.97).

Desta forma, é possível observar que nessas duas classificações de *stalker* observadas por Geberth existe um ponto em comum: os sujeitos do crime apresentaram um comportamento obsessivo por alguém seja conhecido ou não, fazendo com que a vítima se torne uma propriedade do criminoso que busca controlar a vida do *stalkeado*. Castro e Sydow (2021) demonstraram que o estudo realizado por Ronald Holmes aprofunda ainda mais esse fenômeno classificando o *stalker* em algumas categorias: *celebrity, lust, hitman, love-scorned, domestic e political*¹²¹, explicando que:

O "*stalker*" de celebridade persegue alguém famoso, geralmente do mundo do entretenimento ou desportivo, e deseja desfrutar da glória ou da fama da sua vítima. Os "*stalkers*" escanteados (*lover-scorned*) ou agressores domésticos são, obviamente, conhecidos de suas vítimas e movidos por sentimento de rejeição, posse e raiva. O "*stalker*" sexual (*lust*) costuma ser o predatório, buscar gratificações pela via do estupro ou exercício de dominação. Enquanto o do perfil político tende a ser ideológico e focar em pessoas que ocupam cargos no poder público. O *hitman* anseia ganho material, age mediante pagamento, e costuma ser o "matador profissional" para quem a atividade de "stalking" é a parte do processo de levantamento de

121 Tradução: celebridade, desejo/luxúria, assassino de aluguel, rejeição amorosa, doméstico e política.

dados para execução do homicídio. (CASTRO & SYDOW, 2021, p.97 e 98)

Castro e Sydow ainda complementam:

Os "*stalkers*" sexuais, contratados e políticos costumam ser desconhecidos das suas vítimas. Nesses casos, apesar da ausência de contato, como cartas, mensagens, telefonemas ou quaisquer formas de aviso, os alvos relatam a impressão de estarem sendo vigiados. A partir dos estudos de casos concretos, Holmes, concluiu que, à exceção do tipo love-scorned, os demais stalkers apresentaram pulsão homicida e, mesmo esse último, embora usualmente não pretenda matar suas vítimas, têm propensão à prática de violência. (CASTRO & SYDOW, 2021, p.98).

Desta forma, é possível observar que o *stalker* se torna uma ameaça para sociedade, por ser um indivíduo que tem coragem de cometer um crime bárbaro com suas vítimas impulsionados por diversos motivos: como pagamento, raiva, ódio, violência psicológica ou física entre outros fatores que podem impulsionar o crime e afetar de forma desastrosa a vítima. Como esse fenômeno foi se tornando cada dia mais próximo da rotina social, diversos estudos foram realizados para compreender o comportamento do criminoso. Os pesquisadores Zona Sharma e Lane em parceria com o Departamento de Polícia de Los Angeles identificaram três categorias de stalkers: o obsessivo simples, o obsessivo amoroso e o erotomaniaco, explicando da seguinte forma:

O obsessivo simples é o tipo mais frequente, representando mais da metade dos casos avaliados pelos autores. Geralmente o perseguidor e a vítima mantiveram relacionamento prévio, dessa forma a maioria dos agressores domésticos se amolda a esse perfil. O obsessivo simples caracteriza-se por imaturidade, baixa autoestima, insegurança e ciúmes. São indivíduos que não aceitam a perda do controle sobre seus parceiros e agem para forçar a retomada do relacionamento ou por vendeta. Nesse contexto, a manifestação de raiva ocorre em razão de ferida narcísica. O obsessivo amoroso, diversamente do simples, não manteve relacionamento anterior com a sua vítima, mas

almeja conquistá-la ou pretende participar do seu mundo. Em regra, são estranhos ou meros conhecidos. Costuma apresentar transtorno mental e tem problemas de autoimagem, representando em torno de um terço dos pesquisados. Notipo obsessivo amoroso, os autores incluem os "*stalkers*" de celebridades que buscamse promover com essa associação junto a pessoas famosas. Por fim, o erotomaniaco é considerado delusório porque, conforme visto, acredita na correspondência do sentimentoamoroso. Não costuma ter motivaçãosexual e, sim, romântica. Esse último representa cerca de um décimo dessa amostra. (ZONA, SHARME & LANE, 1993, p.38)

Castro e Sydow demonstraram que a classificação que é consagrada mundialmente foi elaborada por Mullen, Pathé e Purcell que faz a divisão em rejeitado, ressentido ou rancoroso, carente, conquistador e, por fim, predador. O rejeitado pode ser conceituado como:

aquele que vem do contexto de ruptura relacional, usualmente erótico-afetiva, mas também familiar ou de amizade. As motivações desse tipo são reconciliação ou retaliação, que se podem apresentar de forma ambivalente, alternandodesejo de reatar o relacionamento e Ira. Em certos casos, o *stalker* mantém o comportamento como forma de substituição ao vínculo rompido, de forma a continuar a se sentir próximo da vítima, em outros, o comportamento persecutório é uma forma de compensação à perda de autoestima. (CASTRO & SYDOW, 2021, p.101 e 102).

Já os classificados como ressentidos ou rancorosos, é possível identificar os seguintes comportamentos:

Os ressentidos ou rancorosos surgem do contexto de sentir-se maltratados, injustiçados ou humilhados. E a vítima pode ser completa, estranha ou mera conhecida a quem ele atribui o distrato. Esse tipo se apresenta como vítima da situação e pode ser portador de transtorno paranoide que o faz acreditar estar sendo de fato perseguido e vigiado, de modo

que seu comportamento se torna forma de retribuição. A motivação inicial costuma ser vingança, posteriormente mantida pela sensação de controle que obtém em incutir medo na vítima. Pode também demonstrar ressentimento em relação à empresa, à autoridade ou ao sistema forças poderosas e opressoras contra as quais acredita estar reagindo. Apresenta episódios de explosões, como telefones insultuosos, violência escrita anônimas, dirigidas especificamente a vítima, contra as quais acredita possuir razões pessoais para assediar. (CASTRO & SYDOW, 2021, p.102 e 103).

Ao analisar o carente, é possível observar que esse perfil está:

em busca de intimidade, surge de um contexto de solidão e falta de autoconfiança. A vítima costuma ser estranha ou mera conhecida com quem o " *stalker*" deseja manter relacionamento. É comum que sofra de transtorno delirante de erotomania e acredite estar sendo correspondido. A motivação inicial é o desejo de estabelecer conexão emocional e relacionamento íntimo e a manutenção desse comportamento persecutório é causado pela gratificação obtida com a crença na formação de um vínculo próximo e íntimo com outra pessoa. (CASTRO & SYDOW, 2021, p.104).

E vale compreender o comportamento do conquistador incompetente que é:

aquele que aparece em contexto de solidão ou lascívia, com foco em vítimas estranhas ou mera conhecida. Diferencia-se daquele carente de intimidade porque a sua motivação não é o estabelecimento de vínculo amoroso e, sim, encontro passageiro ou relação sexual. Costuma assediar por curto período e quando o comportamento é mantido isso se dá por cegueira ou indiferença ao incômodo causado. Insensibilidade associada a limitações cognitivas ou falta de habilidades sociais. (CASTRO & SYDOW, 2021, p.104).

E por fim, a última classificação que são os predadores ou predatórios que:

surgem, com mais frequências em contexto de transtornos de preferências sexual (CID-10) agora chamado de transtorno de sadismo sexual coercitivo, um dos subtipos de transtorno de fetichista (CID-11) ou de transtorno de personalidade (CID-11) antissocial (popularmente chamado de psicopatia ou sociopatia). Os agressores são geralmente os homens e as vítimas mulheres estranhas por quem desenvolve interesse sexual. A motivação é a gratificação sexual, muitas vezes pelo simples voyeurismo, mas geralmente esciona para estupro, servindo o *stalking* como instrumento de preparação ou prelúdio para a agressão, em que o *stalker* se excita com a ideia do poder que pode exercer sobre a vítima. O *stalker* dessa natureza extrai prazer da observação sub-reptícia, diferentemente do rancoroso que deseja impor desconforto e medo, o predador muitas vezes não tem qualquer interesse em perturbar a vítima ou alterá-la. O predador tem em comum com o incompetente os sentimentos de inadequação, inferioridade e fracasso. Esse *stalker*, com raras exceções, costuma ser do sexo masculino, enquanto suas vítimas podem ser de qualquer sexo, adultas ou crianças. (CASTRO & SYDOW, 2021, p.106 e 107).

Castro e Sydow (2021) afirmam que o *stalker* utiliza de diversos mecanismos para assustar, manipular, tentar chamar atenção das suas vítimas e alguns casos realizar até homicídios, como é possível identificar:

A escalada de comportamentos pode ocorrer por meio de difamação, calúnia ou ameaças diretas à vítima e seus familiares, exposição pornográfica não consentida. Pode ainda se dar por vandalismo a bens de propriedade do alvo, de amigos, familiares ou colegas de trabalho. A violação de domicílio se dá tanto quanto a vítima está ausente, ocasião em que o *stalker* deixa pistas da sua passagem (furto de objetos, reordenação de móveis, depósito de itens ou mensagens no interior da casa, ou quando está presente para que seja surpreendida quanto à própria vulnerabilidade e às habilidades de intrusão do algoz. Ademais, o abuso de animais (pet abuse) é mecanismo

aterrorizante muito comumente utilizado por stalkers seja por utilização de bichos variados, entregues mortos à porta vítima ou no interior do seu imóvel, ou por crueldade praticado contra aqueles de estimação. Ao sim, alguns stalkers escalam para violência contra vítima, ou seus familiares, consistente em sequestro, cárcere privado, espancamento, tortura, estupro e homicídio ou feminicídio. Outros, assassinos profissionais, predadores, sádicos e psicopatas, já tem tais objetivos extremos desde o princípio, e as fases da perseguição, vigilância, importunação ou assédio crônicos ou de episódios dramático agudo apenas servem a satisfação pessoal que obtém no exercício de poder e controle. (CASTRO & SYDOW, 2021, p.126 e 127).

Após compreender o perfil do *stalker*, os tipos de comportamento de cada um e as principais atitudes que esse criminoso realiza contra a sua vítima é essencial que essas informações sejam divulgadas de forma clara para todas as pessoas para facilitar a identificação desse tipo de crime em casos concretos.

Como é possível identificar esse fenômeno está cada dia mais comum na realidade social, como fica claro através dos estudos realizados pelos pesquisadores, esse crime que inicialmente pode aparentar ser algo inofensivo pode causar danos irreversíveis às suas vítimas. Por isso, é fundamental entender e identificar o comportamento do *stalker* por ser um mecanismo que auxilia como avaliar a extensão dos riscos, além de ajudar a encontrar medidas para criar um plano de segurança para vítima e por fim, propiciar tratamentos para o ofensor e sendo o caso, para o ofendido também.

Além desses elementos que são importantes para o meio social, é fundamental que a justiça também consiga sanções e responsabilizações penais para os indivíduos que cometerem crime de *stalking* com a intenção de mostrar que essa atitude não é correta e precisa ser evitada por ferir direitos que são garantidos a todos os cidadãos.

É importante também mostrar para meio acadêmico e social a importância de estudar e analisar com atenção esse fenômeno com atenção para conseguir garantir a segurança social e privada em qualquer parte do mundo, já que a vítima e o agressor pode ser qualquer pessoa e os estragos provocados por esse crime pode ser desde de uma situação simples de fácil resolução ou apresentar um grau gravíssimo que pode modificar um família ou até mesmo uma sociedade por envolver uma situação que pode causar danos que são irreparáveis.

3.2 VÍTIMA DO CRIME DO CRIME DE *STALKING*

É importante destacar que a postura da vítima em muitos casos não apresenta correlação com a prática do delito em si, mas tem um papel importante para auxiliar na investigação, conservar as provas e o afastamento completo do seu agressor (principalmente o *stalker* for um ex-companheiro), além de garantir a sua própria autopreservação e ajudar a justiça a condenar o criminoso para proteger sua própria segurança e evitar que faça novas vítimas. Castro e Sydow explica que:

É essencial que a vítima compreenda e aceite que ela própria é a principal responsável pela sua segurança. Com essa compreensão, é imperioso que ela estabeleça uma rotina de vigilância, solicite apoio de terceiros, incremente a segurança em casa, no trabalho, nos deslocamentos, documente os incidentes, obtenha medidas protetivas e, em casos extremos, procure abrigo em local seguro. (CASTRO & SYDOW, 2021, pág. 149)

Para garantir a sua segurança é necessário que a vítima entenda de qual perfil de *stalker* está lidando para conseguir encontrar a melhor solução para sua segurança e preservação. Castro e Sydow demonstra que:

Diante do *stalker* obsessivo, amoroso, carente, pretendente incompetente ou ressentido, a vítima deve ser firme e expressa na ruptura de contato (se houver), sem demonstração de sentimento de mágoa, raiva ou desejo de retaliação, mas expressando firmemente sua intenção de adotar medidas judiciais diante da persistência. Não deve jamais permitir intimidade, gabar-se das próprias qualidades, exibir-se, nem ofender ou humilhá-lo. Algumas dessas categorias são sujeitos bastante covardes e mais facilmente amedrontados e manipuláveis. O *stalker* doméstico, obsessivo simples, por ser mais violento e perigoso, pode exigir que a vítima adote medidas mais drásticas, que vão desde mudança de número de telefone, e-mail, afastamento das redes sociais, faça comunicação de segurança a colegas de trabalho, parentes e vizinhos, até mudança de conta bancárias, de emprego e de endereço. Sobretudo, recaídas, reconciliações forçadas, encontros

apaziguadores devem ser completamente evitados, eis que percebidos como fraqueza que pode ser explorada e como combustível para desejo de dominação. Em relação ao predador, é muito comum que a vítima não o conheça, não tenha qualquer controle sobre a situação e, às vezes, somente muito tarde descobre estar sendo vigiada e perseguida. Há poucas medidas preventivas que se possam adotar em relação a ele, exceto, quando possível, a autovigilância, a detalhada documentação dos episódios e o pedido de auxílio imediato. (CASTRO & SYDOW, 2021, pág. 150).

Vale destacar que esse tipo de crime está muito presente no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. Castro e Sydow explica que:

o acesso do *stalker* íntimo a sua vítima o torna particularmente perigoso, porque ele a conhece bem, sabe os lugares que frequenta, as pessoas com quem se relaciona, seus hábitos e preferências e, por via de consequência, tem expressivo poder sobre ela, até porque conhece o que lhe causa pânico, ferramentas essas de exacerbado valor manipulativo. O *stalker* praticado por parceiro íntimo, na constância ou após ruptura do relacionamento, é o mais frequente e com maior risco de escalada para a violência. As estatísticas revelam que 74% das mulheres vítimas de *stalking* no âmbito de relacionamento erótico-afetivo reportavam a existência prévia de violência ou controle coercitivo durante a convivência, 81% das mulheres vítimas de *stalking* de parceiro ou ex acabaram sendo agredidas fisicamente na escalada, sendo que 31% sofreram violência sexual. A alta incidência de *stalking* durante o relacionamento foi também reportada por 57% das mulheres. (CASTRO & SYDOW, 2021, p. 190 e 191).

Quando a vítima está passando por esse tipo de crime é essencial recorrer às medidas protetivas necessárias para conseguir se proteger e evitar risco à própria vida. É

necessário acreditar que existe punição para esse tipo de crime, que a polícia e a justiça estão preparadas para auxiliar, afastar o medo e nunca desacreditar que o ofensor possa fazer algo grave que possa causar problemas sérios para sua vítima.

Além disso, é importante que o governo ofereça o suporte necessário para as vítimas se sentirem acolhidas e entenderem que seus direitos e garantias estão sendo protegidos para gerar maior confiança para a vítima denunciar o seu agressor. Quando existir a sensação que está passando por uma perseguição é necessário agir com racionalidade e relatar a situação para um amigo, conhecido ou familiar como forma de garantir que alguém está a par do que está acontecendo, caso ocorra uma situação fora do normal.

É muito importante que a vítima, ao receber algum contato do seu *stalker*, não delete qualquer prova por raiva, impulso ou por considerar que isso é algo sem significância, porque se estiver enfrentando um crime de *stalking*, o problema não irá desaparecer e a situação pode ganhar uma gravidade mais séria. Além disso, é necessário focar na segurança e andar sempre com muita atenção para conseguir analisar de forma rápida o ambiente para que localize rotas de fugas, modificações na rotina entre outros aspectos que podem auxiliar a identificar que uma *stalker* está observando. A denúncia é a única forma de realizar uma investigação contra o criminoso e tomar todas as medidas cabíveis para proteger a vítima do seu agressor e realizar a punição correta para que não exista novas vítimas.

4. CRIME DE *STALKING*

Como foi descrito anteriormente, é possível identificar que o fenômeno de *stalking* consiste em uma forma de violência, seja física ou psicológica contra a liberdade individual da vítima, desse modo, existe a violação de modo reiterado na sua esfera privada e em alguns casos restrição da sua capacidade de locomoção.

Nos Estados Unidos, desde 1990, na Califórnia existe a lei *anti-stalking*, sabendo do impacto que esse crime provoca no meio social essa lei foi ampliada para os cinquenta Estados e no Distrito de Colúmbia. Marie Hirigoyen comenta a questão destacando que nos Estados Unidos "foram tomadas medidas de proteção (protective orders) para as mulheres vítimas desse tipo de assédio, extremamente perigoso, porque pode terminar em homicídio" (HIRIGOYEN, 2006, p. 56 e 57).

Na Espanha, com destaque para a cidade de Madrid, a partir do ano de 2004, a autora explica que:

são disponibilizadas às mulheres vitimizadas "pulseiras de proteção contra maus – tratos", ligadas tematicamente a

"uma manga especial de que deverão ser portadoras as pessoas condenadas por agressão", de maneira que sinais são emitidos se o agressor se aproximar da vítima a uma distância inferior a cinco metros ou se ele tentar retirar o aparelho. Também a vítima pode acionar um dispositivo da pulseira se sentir-se em perigo, comunicando imediatamente os serviços de urgência. (HIRIGOYEN, 2006, pág. 252).

Em Portugal o crime de perseguição está previsto no art. 154-A, do Código Penal (Decreto- Lei^o 48/1995)122.

1 - Quem, de modo reiterado, perseguir ou assediar outra pessoa, por qualquer meio, direta ou indiretamente, de forma adequada a provocar-lhe medo ou inquietação ou a prejudicar a sua liberdade de determinação, é punido com pena de prisão até 3 anos ou pena de multa, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.

2 - A tentativa é punível.

3 - Nos casos previstos no n.º 1, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima pelo período de 6 meses a 3 anos e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção de condutas típicas da perseguição.

4 - A pena acessória de proibição de contacto com a vítima deve incluir o afastamento da residência ou do local de trabalho desta e o seu cumprimento deve ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância.

5 - O procedimento criminal depende de queixa. (PORTUGAL, 1995, p. 2).

Por se tratar de um crime, ao realizar o Direito Penal Comparado, é possível observar que o *stalking* é um crime conhecido internacionalmente apresentando

122 PORTUGAL. DL n.º 48/95, de 15 de março -Código Penal. 154.º-A- Perseguição. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=109&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso: 18 de outubro de 2022.

tipificações específicas para punir o *stalker* quando realiza a prática contra as suas vítimas. Ao analisar o cenário brasileiro, é possível observar que até 2020 no ordenamento jurídico penal brasileiro existiam lacunas para punir esse tipo de crime, trazendo assim, várias divergências doutrinárias e jurisprudenciais por não ser um crime tipificado no Código Penal Brasileiro.

Isso demonstra que o Brasil estava atrasado sobre o assunto, visto que é possível observar que diversos países já haviam tipificado a conduta de *stalking* como crime. Como foi apresentada ao longo desse estudo, esse fenômeno provoca danos em diversos níveis em suas vítimas e os agressores precisam ter uma punição adequada por retirar direitos que são fundamentais e garantidos a todos os seres humanos.

4.1 CRIMINALIZAÇÃO DO STALKING NO BRASIL

A facilidade de interação e exposição excessiva oportunizou a pessoas mal-intencionadas a prática de uma espécie de crime chamado em inglês *stalking*, cujo significado é perseguição. A internet se tornou um ambiente de entretenimento, trabalho, relacionamentos, compras e estudos e junto a essas relações pessoais foram criadas modos de comportamento virtual.

Antes da Lei nº14.132/2021, o ato de perseguição era enquadrado apenas como contravenção penal, segundo a legislação brasileira, na infração “perturbação à tranquilidade”, cuja penalidade era branda. Assim dispunha o art. 65, da Lei de Contravenções Penais:

Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável: Pena prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos a mil réis a dois contos de réis.

Como foi ressaltado ao longo do estudo, a pena para o agente que cometia um crime de *stalking* se enquadrava no art. 65, tal como mencionado anteriormente era uma punição frágil e branda, ao analisar a gravidade do crime. É possível observar que no Brasil existia diversos casos de perseguição que geravam graves consequências as vítimas por existir casos de extremagravidade.

Para tentar dissipar essas divergências ao julgar um caso concreto e preencher o vazio legal para proteger a vítima desse tipo de crime no Brasil, em 2021 por meio da Lei nº14.132 de 1º de abril de 2021 foi inserido no CP o art. art.147-A, revogando o art. 65 da Lei de Contravenções Penais.

Essa lei é um avanço por ser algo que estava sendo muito debatido pela doutrina nacional quanto a internacional a muito tempo. Castro e Sydow explicam o surgimento da PL que contribuiu para criminalização:

O PL 1.369/2019 de origem da Câmara dos Deputados e autoria da Deputada Leila Barros tornou-se o PL 1.369-A/2019 após parecer preliminar da deputada relatora Shéridan, incorporando as emendas nos 1 e 2 propostas, respectivamente, pelos deputados Professora Dorinha Seabra Rezende e Fábio Trad. [...] A proposta do PL foi a de inserir o art. 147-A no Código Penal Brasileiro, e, pois inseri-lo no Capítulo dos Crimes contra Liberdade Pessoal, logo em seguida ao tipo de ameaça, figura equivalente para repressão do delito famoso pela expressão " *stalking*". Tal delito recebeu o nome de "perseguição. (CASTRO E SYDOW,2021, p.47)

O legislador acabou demonstrando essa linha de raciocínio ao afirmar, nas discussões sobre o Projeto de Lei que culminou na comentada norma, o seguinte:

O novo tipo penal proposto supre uma lacuna em nossa legislação penal, que, emboracriminalize o constrangimento ilegal e preveja como contravenção penal as condutas de perturbação do sossego alheio e perturbação da tranquilidade, não trata da perseguição reiterada que ameaça à integridade física ou psicológica da vítima, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.¹²³

Diante o exposto acima, a lei nº 14.132/2021, em vigor desde 1º de abril de 2021, incluiu art. 147-A ao Código Penal Brasileiro, passando a tipificar o crime de perseguição da seguinte maneira:

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou

¹²³ Parecer no Senado Federal ao Projeto de Lei 1.369/19, Rel. Senador Rodrigo Cunha.

psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Ao analisar esse crime, é possível identificar que objeto jurídico está relacionado com a liberdade individual e a tranquilidade pessoal, já que o crime foi inserido no capítulo de crimes que ocorrem contra a liberdade individual. Ernesto Coutinho Junior explica que:

A ação criminosa vem caracterizada no verbo “perseguir” que significa ir ao encalço de atormentar, importunar, aborrecer. O verbo indicador da ação criminosa é complementado pela expressão “reiteradamente”, indicando a tipificação depende da reiteração da conduta, ou seja, deve haver uma sucessão de atos e comportamentos, de modo que a prática de um ato isolado não será suficiente para a configuração do crime. (COUTINHO, 2021, pág,39)

Vale ressaltar que o sujeito ativo desse crime é qualquer tipo de pessoa, por se tratar de um crime comum. E o sujeito passivo também pode ser qualquer pessoa por se tratar de um crime bicomum¹²⁴. Coutinho explica: “cumpra-se asseverar que o crime estudado não foi tipificado apenas para punir “homens que perseguem as mulheres”, muito embora sejam elas as maiores vítimas de condutas dessa natureza” (COUTINHO, 2021, p.40).

Ao avaliar o elemento subjetivo desse crime é possível identificar o dolo, já que o delito não exige o fim de agir que, para a escola tradicional, seria o dolo específico por não existir forma culposa. Coutinho reitera que: “percebe-se que o tipo penal exige que a perturbação reiterada gere, ou tenha possibilidade de gerar, uma das três situações previstas nos dispositivos” (COUTINHO, 2021, p.40).

Ao analisar o tipo penal do crime, nota-se que é aberto, ou seja, é necessária evidência valorizadora interpretativa para estabelecer quais formas e meios de perseguição são capazes de configurar situações que possam se tornar ações que enquadram a esse crime. A criminalização da prática de *stalking* vem como mais uma maneira de tentar proteger todos os cidadãos, com destaque para mulheres que são afetadas de forma mais

¹²⁴ Os crimes bicomuns são os que podem ser praticados por qualquer pessoa e podem ser praticados contra qualquer pessoa. Disponível em: < <https://www.institutoformula.com.br/resumo-esquemalizado-direito-penal-o-que-e-crime-famulativo/>>. Acesso em: 06/11/2022

direta por sofrer violências psicológicas e físicas. "O que caracteriza o crime é quando há uma ameaça à integridade física ou psicológica da pessoa, restringindo uma capacidade de se locomover ou perturbando a liberdade ou a privacidade do alvo", explicou Nayara Caetano Borlina Duque, delegada da DCCIBER (Divisão de Crimes Cibernéticos da Polícia Civil de São Paulo).

É devido a gravidade que esse o crime de *stalking* pode provocar, o tipo penal possui causa especial de aumento da pena em seu parágrafo primeiro, como é expresso a seguir:

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

I – Contra criança, adolescente ou idoso (nestes casos, sequer há necessidade de o crime estar inserido em contexto de violência doméstica ou familiar ou de violência de gênero. Poderia o legislador ter avançado mais e previsto tal majorante na proteção de pessoa com deficiência, se a intenção é proteger aqueles em situação de maior vulnerabilidade)

II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código (só há incidência do aumento quando exista violência doméstica e familiar, ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher, na esteira da fórmula do feminicídio.)

III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma. (caso do concurso de 2 ou mais pessoas, importante destacar que o crime só se aperfeiçoará se os agentes praticarem atos de perseguição de forma ameaçadora, sendo que a ameaça não decorre simplesmente da superioridade numérica. Em outras palavras, ausente qualquer evidência concreta de ameaça, o mero número de agentes envolvidos no evento sequer tem o condão de representar ameaça à integridade física ou psicológica da vítima. Esse mesmo raciocínio impede que o furto praticado em concurso de agentes se transforme em roubo, sob o falso argumento de que a quantidade de agentes induz maior temor à vítima. Por fim, quanto ao emprego de arma, note-se que o legislador não fez qualquer restrição (diferentemente do art. 157,

§2º-A, I do CP), abrangendo tanto a arma branca quanto a arma de fogo (seja de uso permitido, restrito ou proibido). (Lei nº 14.132/2021, BRASIL).

O criminoso, quando agir contra qualquer vítima inserida em tais hipóteses, terá uma pena mais grave. Portanto, conclui-se que a criminalização do *stalking* no Brasil surge como uma forma de suprir a insegurança jurídica que havia com a utilização da contravenção penal de perturbação à tranquilidade para punir atos persecutórios.

5. PERCEPÇÃO DOS BRASILEIROS SOBRE O FENÔMENO DE *STALKING* NO BRASIL

Como foi analisado nas seções anteriores, o fenômeno de *stalking* é um problema mundial. A tipificação desse crime no Brasil ocorreu recentemente através da Lei nº 14.132/2021 com a finalidade de tutelar a liberdade individual que é abalada pelas condutas do *stalker* que invade severamente a privacidade e devido a essa invasão é possível identificar que o direito de liberdade da sua vítima é afetado de forma direta.

Para entender melhor como o crime de *stalker* é percebido pela sociedade brasileira, pode-se apresentar como um tema que começou a ganhar maior relevância em 2021, após implementação do art. 147-A no CP para dissipar as divergências nos julgamentos do crime nos casos concretos e mostrar a importância social que esse crime apresenta.

Por isso, foi elaborada uma pesquisa em parceria com o Instituto de Pesquisa de Mercado Opinion Box125 através de um questionário com 18 questões (encontra-se anexado no apêndice A) que foi elaborada pelo trio que tinha como objetivo entender a percepção dos brasileiros sobre o fenômeno de *stalking* no Brasil e através de dados *concretos* tentar compreender o conhecimento sobre o crime (se os brasileiros consideram um crime, se existe um conhecimento sobre a lei e as formas de denunciar), se as pessoas já passaram por esse tipo de situação, como se sentiu, quem cometeu o *stalker*, se tomou algum tipo de providência, além de identificar se existe algum grupo mais afetado por esse tipo de situação e assim conseguir obter dados primários acerca do assunto para complementar o estudo.

125 A empresa Opinion Box através das suas soluções de consumer insights, ajudamos empresas, acadêmicos a tomar decisões mais inteligentes, baseadas em dados e não em achismos. Ao combinar o conhecimento e a experiência do time com tecnologias inovadoras, com intenção de entender o comportamento e os desejos dos brasileiros através da agilidade, qualidade e a um preço acessível. A empresa está no mercado desde 2013 e pelo quarto ano consecutivo, fomos eleitos a Martech mais atraente do país. Atualmente contamos com escritórios em Belo Horizonte e em São Paulo, no Cubo Itaú. Fonte: <https://www.opinionbox.com/quem-somos/>. Acesso: 19/10/2022.

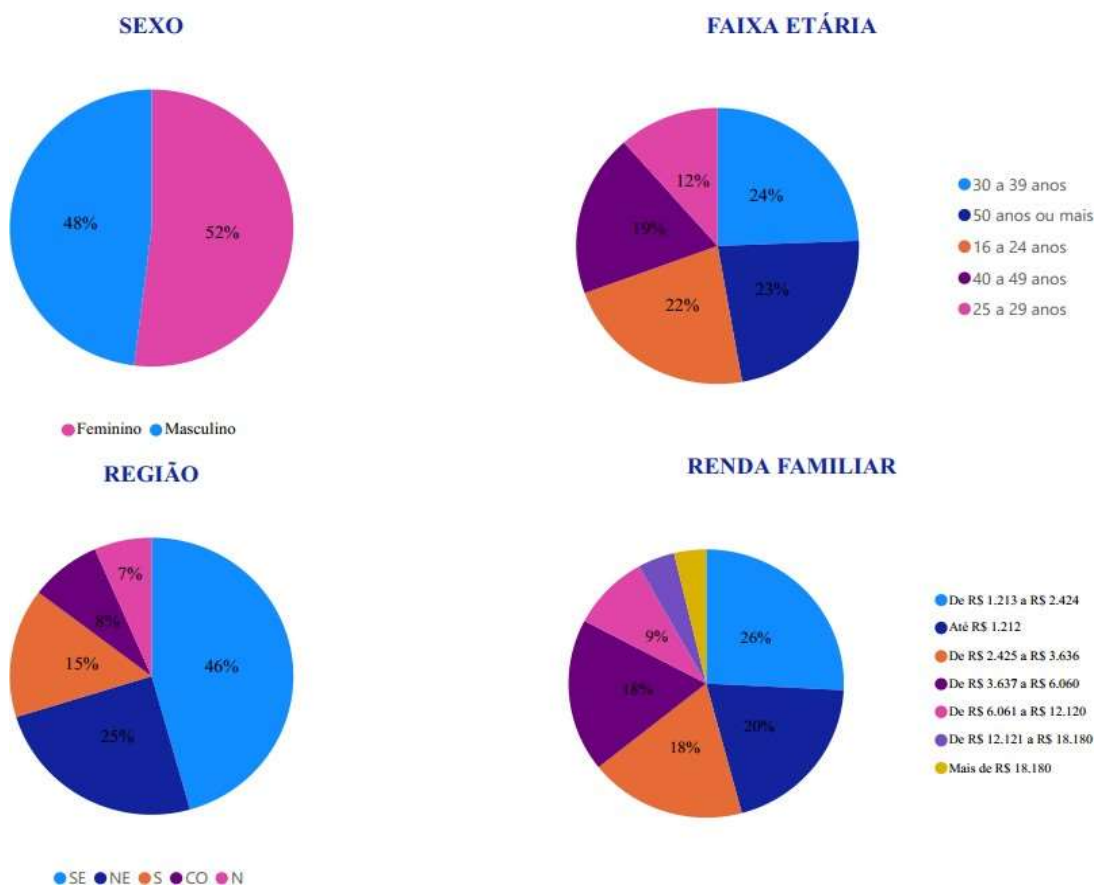
Foram coletadas 504 entrevistas com homens e mulheres acima de 16 anos moradores de todas as regiões do Brasil e todas as classes sociais, a amostra apresenta uma margem de erro¹²⁶ geral de 4,4 pp e o intervalo de confiança¹²⁷ de 95%. A coleta ocorreu de forma online com o painel de consumidores da empresa que respondeu o *questionário* elaborado pelo trio, esse painel tem mais de 150 mil pessoas em todo Brasil que fazem o cadastro através do CPF e as informações fornecidas são auditadas constantemente para garantir a validade das respostas.

A coleta da pesquisa ocorreu no período de 21 de setembro de 2022 a 29 de setembro de 2022. O gráfico 1 representa a distribuição da amostra que foi utilizada para pesquisa considerando o sexo, faixa etária, região e renda familiar.

126 A margem de erro é o índice que determina a estimativa máxima de erros resultados de uma pesquisa. Entenda de uma vez por todas o que é margem de erro, como calculá-la e porque ela é tão importante para o sucesso da sua pesquisa. Nesse sentido, a margem de erro é o índice que determina a estimativa máxima de erro dos resultados de uma pesquisa. D'Angelo. Pedro. Fonte: <https://blog.opinionbox.com/margem-de-erro/>. Acesso: 19/10/2022.

127 O intervalo – ou nível – de confiança representa a probabilidade de uma pesquisa obter os mesmos resultados, respeitando a margem erro, se outro grupo de pessoas em uma mesma população fosse entrevistado. Sendo assim, considere uma pesquisa com 95% de nível de confiança. Isso significa que, caso ela fosse refeita 100 vezes, em 95 ela apresentaria resultados dentro do intervalo de erro. D'Angelo. Pedro. Fonte: <https://blog.opinionbox.com/margem-de-erro/>. Acesso: 19/10/2022.

GRÁFICO 1: PERFIL DA PESQUISA



Dessa amostra total, é possível identificar que a distribuição representa o percentual de internautas e usuários de smartphones brasileiro¹²⁸, sendo 48% homens e 52% mulheres, a maioria mora na região SE, seguido pela NE. A renda familiar está concentrada em DE (46% pessoas que têm renda até R\$2.424,00) e percebemos uma distribuição equilibrada entre as faixas etárias.

128 O perfil do nosso Painel de Consumidores reflete o perfil dos internautas e usuários de smartphones brasileiros de acordo com a pesquisa TIC Domicílios 2019/2020. Fonte: <https://www.opinionbox.com/painel/>. Acesso: 20/10/2022

Tabela 1: ANÁLISE DE SITUAÇÕES

Observe as situações a seguir e selecione todas que já aconteceu com você em algum momento:			
Situações	Feminino	Masculino	Geral
Já precisei bloquear número de telefones de uma pessoa, WhatsApp ou em redes sociais por ficar me importunando mesmo após conversar com a pessoa e pedir para parar	51%	36%	44%
Nenhuma dessas situações	27%	38%	32%
Já recebi mensagens de amor com insistência mesmo deixando claro que não tinha interesse	29%	23%	26%
Já senti que minha liberdade individual foi violada por uma pessoa por me sentir controlada	20%	18%	19%
Já senti que integridade física ou psicológica foi afetada por uma pessoa devido a insistência dela	23%	12%	18%
Já recebi mensagem de uma pessoa que não conhecia com informações sobre minha vida ou rotina	15%	18%	17%
Já recebi ameaças de alguém	13%	17%	15%
Já tive medo de sair de casa por me sentir perseguido (a) por alguém seja andando na rua, na porta da minha casa, escola ou trabalho	16%	10%	13%
Deixei de sair para eventos e festa por medo de encontrar uma pessoa que fica me importunando	12%	8%	10%
Precisei mudar minha rotina por estar sendo perseguido (a) por alguém	7%	7%	7%

Os brasileiros analisaram algumas situações que ocorrem no seu cotidiano sem saber que esses tipos de situações se caracterizam como *atitudes* que um *stalker* realiza com suas vítimas conforme foi demonstrado na seção *PERFIL DE STALKER E TIPOS DE COMPORTAMENTOS*.

De forma geral, 44% dos brasileiros já precisaram bloquear uma pessoa por ficar importunando mesmo após conversar e pedir para parar. Ao avaliar por gênero é possível identificar que esse percentual é maior entre as mulheres, 51% dessas mulheres precisaram bloquear alguém por importunação, além de receberem mais mensagens de amor com insistência mesmo deixando claro que não têm interesse do que os homens. E vale destacar que com os homens acontecem menos situações que envolvem as atitudes realizadas por *stalkear*.

Tabela 2: PRÁTICA DE *STALKING* SEM EXPLICAÇÃO DO ATO

Você acredita que alguém conhecido ou desconhecido praticou um ato de “Stalking” com você?	Feminino	Masculino	Total
Sim	15,08%	13,89%	28,97%
Não tenho certeza	14,68%	15,67%	30,36%
Não	22,22%	18,45%	40,67%
Total	51,98%	48,02%	100,00%

Ao perguntar aos brasileiros sem explicar o significado de *stalking* se acha que alguém já aplicou esse tipo de ato com eles, é possível *identificar* que de forma geral 40,67% afirmaram que não, 28,97% acreditam que já aconteceu, vale destacar que existe um percentual significativo que não tem certeza se já aconteceu (30,36%). Ao analisar essa situação por gênero percebemos que 15,08% das mulheres acreditam já ter passado por esse tipo de ato e 13,89% dos homens já vivenciaram esse tipo de acontecimento.

Tabela 3: PRÁTICA DE “*STALKING*” APÓS EXPLICAÇÃO DO ATO

Após a leitura da explicação, você acredita que já passou por esse tipo de situação em algum momento, ou seja, alguém conhecido ou desconhecido praticou um ato de “Stalking” com você?	Feminino	Masculino	Total
Sim	25,00%	19,64%	44,64%
Não	26,98%	28,37%	55,36%
Total	51,98%	48,02%	100,00%

Após explicar o que é *stalking*, é possível identificar um aumento das pessoas que já sofreram esse tipo de situação passando de 28,97% para 44,64% apresentando um aumento de 15 pp¹²⁹, isso demonstra que diversos brasileiros estavam passando *por* esse tipo de situação, mas não sabiam o nome desse tipo de ato. É importante ressaltar que esse tipo de situação acontece mais com as mulheres (25%) do que com os homens (19,64%). Esses dados ficam em linha com os dados que foram apresentados por Matos, Grangeia, Ferreira e Azevedo (2011) no seu estudo conhecido como Inquérito de Vitimização por *stalking*, mostrando que no cenário brasileiro esse tipo de crime ocorre com frequência.

129 Significado de pp: Ponto percentual é a diferença, em valores *absolutos*, entre duas porcentagens. Uma taxa que passa de 5% para 10% aumenta cinco pontos percentuais (10-5%) ou sobe 100% (dobra o valor percentual). Fonte: [https://www12.senado.leg.br/manualdecomunicacao/estilos/porcentagem-ponto-percentual#:~:text=Ponto%20percentual%20%C3%A9%20a%20diferen%C3%A7a,\(dobra%20o%20valor%20percentual\)](https://www12.senado.leg.br/manualdecomunicacao/estilos/porcentagem-ponto-percentual#:~:text=Ponto%20percentual%20%C3%A9%20a%20diferen%C3%A7a,(dobra%20o%20valor%20percentual).). Acesso: 20/10/2022

Tabela 4: PESSOA QUE PRATICOU O *STALKING*

E pensando na pessoa que fez “Stalking” com você, diria que era um:			
	Feminino	Masculino	Geral
Após vivenciar essa situação de “Stalking”, quais atitudes e sentimentos você sentiu?			
	Feminino	Masculino	Geral
Perdi confiança nas pessoas	26%	34%	30%
Procurei ajuda de amigos ou familiares	28%	26%	27%
Perdi minha privacidade	17%	26%	21%
Denunciei a pessoa na rede social	20%	19%	20%
Perdi a minha liberdade individual	22%	15%	19%
Procurei ajuda psicológica	14%	17%	16%
Procurei ajuda na polícia	13%	11%	12%
Não fiz e nem senti nada	14%	8%	12%
Parei de sair de casa sozinha	9%	11%	10%
Senti que minha vida pessoal	8%	13%	10%
Outro	3%	4%	4%

Entre as pessoas que afirmaram que já sofreram um ato de *stalking*, de forma geral 36% falaram que esse crime aconteceu por um desconhecido(a). Ao analisar por gênero é possível ver que as mulheres são mais afetadas que os homens, principalmente por desconhecidos (41%), seguido por ex-namorado (36%).

Desta forma, como Mullen, Pathé e Purcell haviam explicado é possível observar condados que no Brasil os principais tipos de *stalker* podem ser classificados como o rejeitado, ressentidos ou rancorosos, o carente e o incompetente, como foi explicado anteriormente esses perfis costumam ser desconhecidos das vítimas ou já ter vivido um relacionamento afetivo.

Tabela 5: ATITUDES E SENTIMENTOS APÓS O CRIME

Entre as pessoas que afirmaram que já sofreram um ato de *stalking*, após vivenciar esse tipo de situação começaram a não confiar mais nas pessoas (30%), seguido por buscar ajuda com os amigos ou familiares (27%), sentir que perdeu a sua privacidade (21%), também realizaram uma denúncia na rede social (20%) e por fim, perderam a sua liberdade individual (19%). Ficando mais uma vez evidente que é necessário a criminalização do *stalking* no Brasil, os principais sentimentos demonstraram que os brasileiros que passam por esse tipo de crime perdem o seu direito à intimidade que é previsto no art. 5º, X da Constituição Federal de 1988.

Tabela 6: CONHECER ALGUÉM SOFREU *STALKING*

Você conhece alguém que tenha passado por uma situação de “Stalking”?	Feminino	Masculino	Total
Não	16,47%	14,09%	30,56%
Não tenho certeza	9,33%	11,90%	21,23%
Sim	26,19%	22,02%	48,21%
Total	51,98%	48,02%	100,00%

O crime de *stalking* é uma realidade social brasileira, 48,21% conhecem alguém que passou por essa situação. Assim, percebemos que a Lei nº14.132/2021 é uma forma de julgar corretamente esse tipo de ato, como vimos ao longo do trabalho um ordenamento jurídico que apresenta lacunas para punir crimes contribui para não garantir a igualdade de julgamento paratodos quando se tratar de uma mesma matéria como dispõe o art.5º da CF/88. Quando não existe uma Lei própria para o crime é possível identificar várias divergências doutrinárias e jurisprudenciais por não existir a tipificação adequada no Código Penal retirando assim o direito garantido por lei que todos são iguais perante a lei.

Tabela 7: CRIME DE *STALKING* NO BRASIL

	Você acredita esse ato de “Stalking” pode ser considerado um crime?				Você sabia que o ato de “Stalking” se tornou um crime no Brasil ?		
	Geral	Feminino	Masculino		Geral	Feminino	Masculino
Sim	86%	90%	81%	Sim	42%	43%	40%
Não	14%	10%	19%	Não	51%	57%	60%
Total	100%	100%	100%	Total	100%	100%	100%

Após conhecer e entender o que é um ato de *stalking* não ter informação concreta que esse tipo de situação se tornou um crime no Brasil é muito interessante observar que os brasileiros consideram que esses tipos de atitudes de um *stalker* precisam ser criminalizados pelo ordenamento jurídico brasileiro (86%).

Ao avaliar por gênero, as mulheres novamente se destacam ao comparar com os homens, consideram que esse ato de *stalking* é um crime (90%). Vale destacar que a maioria das pessoas não sabem que o ato de *stalking* se tornou um crime no Brasil (51%). Isso é um ponto de atenção para os legisladores brasileiros, como vimos ao longo do estudo esse tipo de crime pode causar problemas graves para sua vítima, por isso é fundamental e dever do Estado divulgar essa informação de forma clara e explicativa para que todos os brasileiros saibam que existe uma punição para esse tipo de crime.

Tabela 8: DENÚNCIA DO CRIME DE *STALKING* NO BRASIL

Você tem o conhecimento do processo necessário para denunciar o crime de Stalking?			
	Geral	Feminino	Masculino
Sim	26%	22%	32%
Não	74%	78%	68%
Total	100%	100%	100%

Antes de apresentar as etapas para denunciar do crime de *stalking*, foi perguntado para os brasileiros se eles sabiam qual era o processo necessário para denunciar o crime de *stalking*, como é possível observar grande parte não tem conhecimento e isso é um ponto de atenção grave, já que esse percentual é menor entre as mulheres (22%). Como foi representado por esse estudo, o gênero feminino costuma ser uma das principais vítimas do crime.

Após essa pergunta, foi apresentado para todos os entrevistados um texto no qual constam as etapas necessárias para realizar a denúncia:

Tabela 9: ETAPAS DA DENÚNCIA DO CRIME DE *STALKING* NO BRASIL

Leia a explicação a seguir com atenção:

Você está vivendo ou conhece alguém que está passando por um caso de “stalking”, o que é necessário fazer:

Primeiro, é preciso ir até a delegacia para registrar um boletim de ocorrência sobre a situação – outra opção é realizar o B.O. online no site da Polícia Civil.

Um ponto importante: a vítima precisa manifestar a intenção de que o agressor responda criminalmente pelo ato, o que é chamado de “representação”. Só assim o processo poderá ter andamento e chegar à condenação do “stalker”.

No momento do registro, a vítima já pode levar as provas que reuniu contra o agressor e indicar que quer representar criminalmente contra ele. É importante que ela esteja acompanhada de alguém de confiança e, de preferência, por um advogado – as mulheres também podem solicitar auxílio na Defensoria Pública. Em alguns casos, é possível pedir também a medida protetiva.

Fonte: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/donna/noticia/2021/04/esta-sendo-perseguida-saiba-como-identificar-e-denunciar-um-stalker-ckn7v63si002k0198bc6jt94f.html>

Tabela 10: CONHECIMENTO SOBRE AS ETAPAS DA DENÚNCIA DO CRIME DE STALKING NO BRASIL

Após ler o texto você sabia que era necessário passar por todas essas etapas para denunciar o crime de Stalking?			
	Geral	Feminino	Masculino
Sim	37%	31%	43%
Não	63%	69%	57%
Total	100%	100%	100%

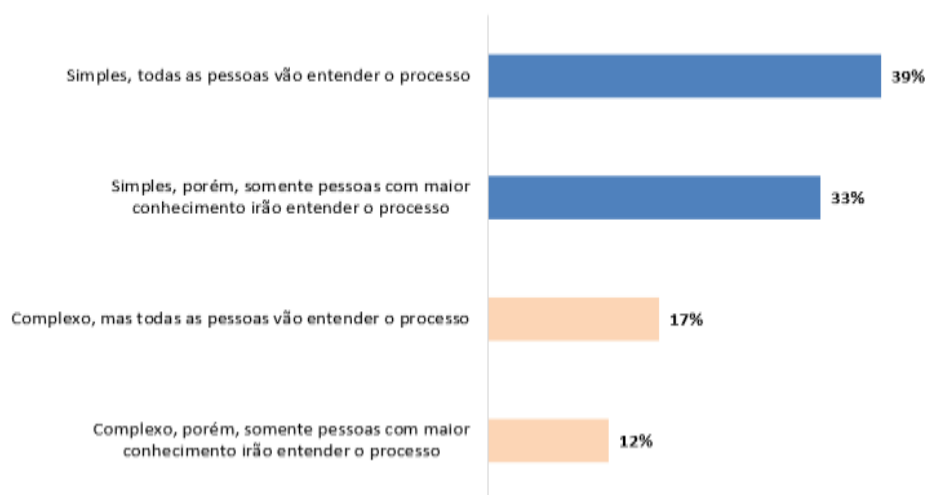
Após ler sobre as etapas, 63% dos brasileiros não sabiam que era necessário passar por todas essas etapas para denunciar um crime de *stalking*. Ao avaliar por gênero, entre as mulheres essas percentuais são ainda maiores com 69%. Isso acaba sendo muito sério, ao longo do estudo vimos que esse tipo de crime está muito presente dentro do contexto de violência doméstica e familiar principalmente com as mulheres.

É muito importante que todos os cidadãos tenham acesso e conhecimento de como denunciar e perceber que existe um apoio do Estado quando se realiza uma denúncia.

Castro e Sydow (2021) explicaram que é muito importante que a vítima do crime de *stalker* compreenda que está passando por esse crime e aceite que é o principal responsável pela sua segurança, por isso é fundamental tomar todas as medidas essenciais para que possa conseguir manter a sua segurança e viver melhor no meio social após ser uma vítima.

GRÁFICO 2: PERCEPÇÃO SOBRE AS ETAPAS DA DENÚNCIA DO CRIME DE *STALKING* NO BRASIL

Após ler o texto que explica o processo de denúncia, você acredita que ele é:



Como fica claro pela percepção dos brasileiros, o texto que explica as etapas e o processo para denunciar para 39% dos brasileiros tem uma linguagem simples onde todas as pessoas vão entender o processo, seguido por 33% que acreditam ser simples, porém, somente pessoas com maior conhecimento irão entender.

Desta forma, fica claro que se o Estado e órgãos que se preocupam em auxiliar e cuidar dos direitos fundamentais que são garantidos a todos os brasileiros, poderiam divulgar esse processo em diversos mecanismos. Porque é dever do Estado garantir o acesso à informação, por ser um direito fundamental que está previsto no art. 5º inciso XXXIII da CF/88, bem como no inciso II do § 3 do art. 37 e no § 2 do art. 216.

6. IMPACTOS DO CRIME DE "STALKING" NOS DIREITOS DE LIBERDADE E PRIVACIDADE

O assédio persistente traz consequências para as vítimas apresentando um impacto negativo as consequências nas vítimas que advêm do assédio persistente podem ser a nível físico, psicológico e no estilo de vida (Ferreira & Matos, 2013; Matos et al, 2011).

De acordo com Matos e colaboradores (2011), no que toca à saúde física, as vítimas podem experienciar distúrbios digestivos, dores de cabeça, alterações ao nível do apetite, maiores níveis de fraqueza e de cansaço. Quando o *stalker* parte para a violência física, temos: e.g., os hematomas, queimaduras, ferimentos de arma branca ou de fogo.

De acordo com a experiência de cada vítima e perante os estudos nesta área, quando aparece a questão de, "a que nível é que sentiu maior impacto", a resposta é unânime: saúde mental. Podemos estar perante vários sintomas, e.g., a desconfiança, o medo, hipervigilância, desânimo, falta de controlo, ansiedade... Esta sintomatologia pode evoluir para perturbações psicopatológicas (e.g., depressão major, perturbações de stress pós-traumático - PTSD - e outras perturbações de ansiedade). Antes da inovação legislativa, tal conduta seria enquadrada apenas como contravenção penal, nos moldes do artigo 65 do Decreto-Lei 3.688/41 (redação antiga e ultrapassada).

Ocorre que, com o avanço da tecnologia e os impactos das ações de perseguição, com muitas das vezes, consequências gravosas ao psicológico da vítima, restou necessária a inclusão de novo tipo penal. Conforme a psicologia explica, muitos *stalkers* não conseguem lidar com suas perdas e frustrações e isso pode desencadear em um desequilíbrio emocional, principalmente, diante à uma rejeição ou qualquer outro motivo que cause a insegurança, tristeza ou inferioridade.

Em alguns casos, culmina em agressões físicas ou sexuais, e até mesmo homicídio. Sua manifestação acontece especialmente após o término de relacionamentos amorosos, mas também pode ocorrer em outros contextos, como a perseguição de celebridades. As vítimas são predominantemente do sexo feminino, e os *stalkers*, do sexo masculino. Em alguns casos, os *stalkers* possuem transtornos mentais, como erotomania e transtornos de personalidade.

Castro e Sydow explicam que:

Assim, quando um indivíduo passa a ser importunado, assediado, vigiado, perseguido, agredido e violado na sua integridade física ou psicológica, a cessão desse conteúdo pessoal é repensada e há desejo de exclusão. Daí o direito ao esquecimento, tão debatido na atualidade. Quando o tolerável foi ultrapassado, é a existência de proteção civil e penal adequada para o *stalking* e o *cyberstalking* que responderá à problemática, permitirá o sancionamento suficiente do perpetrador e a resposta justa à angústia da vítima. (CASTRO E SYDOW, 2021, p.286).

Como foi possível identificar com doutrina e dados apresentados ao longo do estudo, o *stalking* atinge a liberdade, dignidade, intimidade e privacidade das vítimas retirando os seus direitos fundamentais que são garantidos por lei. Além disso, destrói a paz de suas vítimas, gerando consequências que podem se desdobrar com o tempo, acarretando traumas irrenunciáveis e lesões que são irreparáveis à imagem e à honra do sujeito que sofre o crime.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crime de perseguição é conhecido como *stalking* e se caracteriza como um conjunto de atos persecutórios, os quais ocorrem de forma insistente e em vários momentos. Para chegar à análise se a mulher está sendo vítima de *stalking* ou não, basta analisar o comportamento do *stalker*. Quando ele é rejeitado e pratica condutas aceitáveis pela vítima, não configura tal delito. Todavia, a partir do momento em que a mulher passa a viver em estado de medo, está configurado o crime de perseguição. Como o *stalking* diz respeito ao conjunto de comportamentos que são dirigidos a uma pessoa em específico e praticado de forma reiterada, os atos persecutórios se desdobram em conjunto com outros tipos penais.

A criminalização do *stalking* no Brasil é um tema de grande relevância, pois trata-se de uma conduta recorrente e extremamente danosa, que tem ganhado força, sobretudo em razão da utilização em massa das tecnologias digitais, que tem deixado as pessoas em situação de vulnerabilidade, vez que há grande exposição da vida íntima.

As consequências mais significativas do *stalking* para as vítimas são as que afetam sua saúde (especialmente mental) e estilo de vida. Podemos citar: medo, hipervigilância, depressão, transtornos de ansiedade, transtorno de estresse pós-traumático, consumo de medicação, álcool e outras drogas, mudança de telefone, e-mail, local de trabalho, residência, aparência, alteração de rotas ou locais frequentados, adoção de medidas de segurança, entre outras, demais, a inovação legislativa, para além da proteção aos direitos da personalidade, tais como liberdade e privacidade, tem uma finalidade ainda mais ampla, qual seja, a proteção da dignidade humana, princípio basilar da Constituição Federal de 1988.

Como foi apresentado ao longo do estudo, esse tipo de crime está muito presente na realidade social de todos os indivíduos, mas é muito importante destacar que as mulheres em sua maioria são escolhidas como vítimas por esses *stalkers* como foi possível observar com dados coletados de pesquisas, pela doutrina e própria lei que aumenta a pena quando a vítima é do gênero feminino.

Desta forma, é muito importante a divulgação de conteúdos sobre esse tema e explicar para a sociedade a importância de denunciar esse tipo de ato, além de identificar

através de casos já julgados após a implementação da lei a eficiência e melhorias que essa lei trouxe para a área criminal, as vítimas. Além disso, identificar possíveis falhas que possam ser ajustadas com intuito de diminuir a quantidade de vítimas e demonstrar para o agressor que existe punição para esse crime que tira a liberdade, privacidade e afeta a vida social de forma significativa das pessoas que passam por esse tipo de crime.

8. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert, *Constitucionalismo Discursivo*: Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.
- ARENDETT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- ÁVILA, T. A. P. de. *Provas Ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. 295 f. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1995.
- BARROS, M. A. de. *A busca da verdade no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional* -. Saraiva, 2012.
- BRASIL. Decreto-Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941. *Lei das Contravenções Penais*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 out. 1941.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*; promulgada em 05 de outubro de 1988.
- CABRAL, Francisco de Assis. *A força jurídica dos direitos fundamentais à luz da doutrina e da jurisprudência do STF: Colisão de direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade*. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59441/a-forca-juridica-dos-direitos-fundamentais-a-luz-da-doutrina-e-da-jurisprudencia-do-stf>>. Acesso: 10 de outubro de 2022.
- CASTRO, Ana Lara Camargo de; SYDOW, Spencer Toth. *Staling e cyberstalking*. Editora JusPodivm. 2021.
- ESTEFAM, André. *Direito Penal: parte especial*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. v. 2.
- FILHO, Ilton Norberto Robl. *DIREITO, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA: UMA PERSPECTIVA HISTÓRICO-POLÍTICA PARA UMA DELIMITAÇÃO CONTEMPORÂNEA*. 2006. Disponível em: <<file:///C:/Users/Opinionbox/Downloads/14841-50672-2-PB.pdf>>. Acesso: 10 de outubro de 2022.

GRINOVER, A. P. Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

HIRIGOYEN, Marie – France. A violência no casal. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

JUNIOR, Ernesto Coutinho. Stalking, Cyberstalking. Editora Cronus. 2021.

JESUS, Damásio E. de. Stalking. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, v. 10, n. 56, p. 66-70, jun-jul/2009.

GERBOVIC, Luciana. Stalking. Imprensa: São Paulo, Almedina. 2016. Disponível: RedeVirtual de Bibliotecas.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MELO, Jamil Nadaf de. Stalking e Responsabilidade Civil. Disponível em:

<<https://melojamil.jusbrasil.com.br/artigos/378668303/stalking-e-responsabilidade-civil>>
Acesso em 24 de setembro de 2022.

FLORES, Carlos Pereira Thompson. A tutela Penal do Stalking. Porto Alegre: Elegancia Juris. 2014.

MATOS, Marlene. Stalking – Boas práticas no apoio à vítima – Manual para profissionais. Editora Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2011. Universidade do Minho.

MATOS, Marlene, GRANGEI, Helena, FERREIRA, Célia, AZEVEDO, Vanessa. Inquérito devitimação por Stalking - Relatório de Investigação. 2011. Universidade do Minho.

MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de. A proteção constitucional da vida privada. 1996. Imprensa: São Paulo.

MORAES, Guilherme Braga Pena de. Dos direitos fundamentais: contribuições para uma teoria: parte geral. São Paulo: LTr, 1997.

MOTA PINTO, Paulo. O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra, v. 69, p. 479-585, 1993.

MULLEN, Paul E; PATHÉ, Michele; PURALL, Rosemary. The prevalence and nature of stalking in the Australian Community. Journal Australian and New Zealand Journal of Psychiatry, v.36, issue 1, págs. 114-120, 2002.

PINALS, Debra. A. Stalking: Psychiatric Perspectives and Practical Approaches. Editora: Oxford University Press, USA; Illustrated edição (25 junho 2007)

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Marx Limonard, 2002.

PORTUGAL. DL n.º 48/95, de 15 de Março -Código Penal. 154.º-A- Perseguição. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=109&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso: 18 de outubro de 2022.

RITO DOS SANTOS, Barbara Fernandes. Stalking: delimitação dos parâmetros da tipificação e a questão da inclusão da integridade psíquica enquanto bem jurídico autônomo no ordenamento jurídico penal. Coimbra: Almedina. 2017, ISBN 978 972 40 67 33-9.

ROSA, Alexandre Morais da; QUARESMA, Heloisa Helena. Stalking e a criminalização do cotidiano: Hollywood e o Sucesso. 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 1993. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:1993;000146540>. Acesso: 12/10/2022.

SOUZA, Kênia Siqueira de. Violência doméstica em sentido amplo: Aplicação da lei Maria da Penha em casos de stalking. 2015

TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para operadores do direito. 8 ed. Res. Atualizado. Porto Alegre. Livraria do advogado. 2017.

VIEGAS, Viviane Nery; MANSUR, Fernanda. Stalking: abordagem fenomenológica e jurídica Brasil e Portugal. Editora CRV. Curitiba-Brasil. 2019.

ZONA, Michael, A; SHARMA Kaushal K; LANE, John. A comparative study of erotomanic and obsession subjects in a forensic sample. Journal of Forensic Sciences.

A COMPETÊNCIA DOS TC'S PARA JULGAR A LEGALIDADE DOS ATOS DE ADMISSÃO DE PESSOAL

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutor em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, Espanha, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba.¹³⁰

RESUMO: Este artigo tem por objetivo demonstrar de forma sucinta a competência dos TC's para julgar a legalidade dos atos de admissão de pessoal. A competência dos TC'S, essencialmente, consiste no exame da legalidade das admissões decorrentes de cargos e empregos públicos sujeitos a prévio concurso público, cargos efetivos, empregos públicos e contratos por prazo determinado. Não estão sujeitas a tal apreciação, para fins de registro, as nomeações para cargos comissionados.

PALAVRAS-CHAVE: Competência; TC's; Julgar; Legalidade; Atos de admissão; Pessoal.

La competencia de los TC's para juzgar la legalidad de los actos de admisión de personal

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo demostrar sucintamente la competencia de los TC's para juzgar la legalidad de los actos de admisión de personal. La competencia de los TC's consiste esencialmente en examinar la legalidad de las admisiones resultantes de cargos públicos y puestos de trabajo sujetos a concurso público previo, cargos efectivos, empleos públicos y contratos de duración determinada. Las candidaturas para puestos comisionados no están sujetas a dicha evaluación, para efectos de registro.

PALABRAS CLAVE: Competencia; TC's; Juzgar; Legalidad; Actos de admisión; Personal.

The competence of the TC's to judge the legality of the acts of admission of personnel

¹³⁰ E-mail: benignonovo@hotmail.com

ABSTRACT: This article aims to demonstrate succinctly the competence of TC's to judge the legality of acts of admission of personnel. The competence of the TC's, essentially, consists of examining the legality of admissions resulting from public positions and jobs subject to a prior public tender, effective positions, public jobs and fixed-term contracts. Nominations for commissioned positions are not subject to such assessment, for registration purposes.

KEYWORDS: Competence; TC's; To judge; Legality; Acts of admission; Guys.

INTRODUÇÃO

Dentre as competências que a Constituição Federal reserva aos TC's encontra-se a de apreciar, para fins de registro, **a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título**, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a legalidade das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório (art. 71, III, CF).

A competência constitucional dos TC's para fiscalizar e apreciar a legalidade do registro dos atos de admissão de pessoal tem a previsão legal no art. 71, III, da CF. Tomando-se como exemplo o Tribunal de Contas do Estado do Piauí, que é o mais antigo Tribunal de Contas estadual do Brasil, a sua competência para fiscalizar e apreciar a legalidade do registro dos atos de admissão de pessoal se encontra nos seguintes dispositivos (Art. 86, III, "a", da Constituição do Estado do Piauí, Lei Orgânica do TCE/PI, Art. 2º, IV, Art. 104, II, do Regimento Interno do TCE/PI, Art. 1º, IV, Art. 82, V, "a", Art. 197, I, Art. 316, I, Art. 375, § 3º e a Resolução TCE/PI nº 23, de 06 de outubro de 2016).

Esta pesquisa é bibliográfica e explicativa, justifica-se pela extrema importância da competência dos TC's para julgar a legalidade dos atos de admissão de pessoal.

DESENVOLVIMENTO

O Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente recurso extraordinário para definir que decisões dos tribunais de contas não têm caráter meramente opinativo, mas mandamental. O caso tramitou no STF desde 2008 e trata de negativa de registro de nomeação de uma mulher ao cargo de professora de educação infantil de Amaral Ferrador (RS) por conta de decisão do Tribunal de Contas local. Ao examinar os atos administrativos, o órgão de fiscalização observou que a impetrante não atendeu aos requisitos do edital.

O TJ/RS considerou que as decisões do Tribunal de Contas são meramente opinativas, cabendo ao Poder Executivo o juízo de valor sobre seu acolhimento ou não. Para o ministro Luiz Edson Fachin, relator do recurso, a Constituição não autoriza a relativização do controle que essas cortes devem submeter aos entes municipais.

Os Tribunais de Conta analisam atos inclusive do próprio Poder Legislativo o qual auxilia, têm competência para aplicar aos responsáveis, independentemente do órgão a que se achem vinculados, multa com eficácia de título executivo e contam com autonomia administrativa e financeira. A competência técnica dos Tribunais de Contas dos Estados, ao negar registro de admissão de pessoal, não se subordina à revisão pelo Poder Legislativo respectivo.

Por unanimidade, foi julgado procedente o RE 576.920, em que se discutia a natureza do controle externo exercido pelos Tribunais de Contas Estaduais em relação a atos administrativos dos municípios.

O recurso (tema 47 de repercussão geral) foi interposto contra decisão do TJ/RS, para o qual a decisão do Tribunal de Contas Estadual que examinou atos administrativos do município de Amaral Ferrador não tem caráter mandamental, apenas opinativo. Foi aprovada a seguinte tese, sugerida pelo ministro Edson Fachin, relator, para fins de repercussão geral: "**A competência técnica do Tribunal de Contas do Estado, ao negar registro de admissão de pessoal, não se subordina à revisão pelo Poder Legislativo respectivo**".

Por ocasião do registro da admissão de pessoal, no caso de provimento originário, os TC's iniciarão o exame do controle de legalidade pelo ato de nomeação para determinado cargo ou emprego a partir do respectivo edital do concurso público. Os órgãos de instrução dos TC's, tomando-se, por exemplo, o TCE/PI, a Divisão de Fiscalização de Admissão de Pessoal (DFAD) verificará desde a publicação do edital, fase de inscrição, realização de provas, fases recursais, homologação, ordem de classificação, prazo de validade, nomeação, entre outros requisitos. Essa fiscalização aqui no Estado do Piauí ocorre simultaneamente com a realização do concurso público.

De sorte que, publicado o edital de determinado concurso, os TC's, pela sua unidade técnica ou Divisão, no caso do TCE/PI pela DFAD, pesquisa junto ao Diário Oficial dos Municípios Piauienses, Diário Oficial das Prefeituras Piauienses e demais diários, a publicação do edital do certame e começa desde logo o controle concomitante de

legalidade do instrumento convocatório, propondo ou não alteração no instrumento convocatório (através de um quadro de avisos em contato com os gestores dos municípios piauienses e gestores do Estado) e, a partir deste ponto, acompanhará a realização de todas as etapas do concurso. Importante dizer que, verificada alguma impropriedade, a unidade técnica ou divisão (DFAD) acionará o TC para, por exemplo, conceder medida cautelar.

O controle de legalidade do ato de admissão de provimento originário, o órgão de instrução apenas verificará a legalidade do edital de convocação, nomeação, posse e exercício do candidato aprovado.

Pelo registro, o Tribunal de Contas realiza o controle de constitucionalidade e de legalidade desses atos de pessoal. É pacífico no STF que a eficácia desses atos ocorre com o registro. A submissão desses atos ao controle perante o Tribunal de Contas está, portanto, em sintonia com o princípio da legalidade, segurança jurídica e da proteção à confiança, sendo este, decorrente daquele e que podem resultar em colisão com o princípio da legalidade caso esses sofram alteração ou negativa de registro depois de exacerbado lapso temporal, aliás, como é praxe nos TC's.

A vontade materializada pelos TC's na apreciação dos atos sujeitos a registro é autônoma e não integra a vontade manifestada pela Administração. São dois momentos distintos, vale dizer, são dois atos distintos, autônomos, cada um com seus próprios efeitos.

Os Tribunais possuem função precípua de auxiliar o Legislativo, mas não estão a ele subordinado e tampouco exercem papel secundário, por ser a titularidade do controle externo do órgão legislativo. Ademais, não cabe ao Congresso Nacional e a qualquer outro órgão rever as decisões de mérito do Tribunal, por exemplo, alterar o mérito do julgamento da Corte.

As decisões dos TC's são recorríveis ao próprio Tribunal, mediante os recursos previstos em seu Regimento Interno. Todavia, pode o Poder Judiciário pronunciar a nulidade de um julgamento do TC, por inobservância da legalidade. O correto é afirmar que o Tribunal de Contas presta auxílio ao Poder Legislativo no exercício do controle externo, possuindo o Parlamento e o TC competências privativas, sem prejuízo de outras competências e atribuições conjuntas entre os dois órgãos.

Os TC's possuem funções previstas na Constituição Federal, a maioria delas privativa, possuindo autonomia administrativa e financeira, sem subordinação aos Poderes.

CONCLUSÃO

A competência dos TC'S, essencialmente, consiste no exame da legalidade das admissões decorrentes de cargos e empregos públicos sujeitos a prévio concurso público, cargos efetivos, empregos públicos e contratos por prazo determinado. Não estão sujeitas a tal apreciação, para fins de registro, as nomeações para cargos comissionados.

A relevância do controle externo no que tange ao registro dos atos de pessoal. Trata-se de uma função que tem por objetivo preservar o princípio geral da legalidade que obriga toda a atuação da Administração, como de resto a preservação do patrimônio público. O melhor entendimento à luz do princípio da legalidade e da segurança jurídica é atribuir aos atos sujeitos a registro a natureza de ato simples, ou seja, eles se aperfeiçoam a partir de sua publicação pela Administração.

Notas e Referências

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 de nov. de 2022.

BRASIL. **Constituição do Estado do Piauí**. Disponível em: < <http://legislacao.pi.gov.br/legislacao/default/ato/14853>>. Acesso em: 29 de nov. de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 29 de nov. de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: < <https://www.tce.pi.gov.br/>>. Acesso em: 29 de nov. de 2022.

DUTRA, Micaela Dominguez. **O Tribunal de Contas e o Verbete n. 347 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Direito Público, Ano V, n. 20 (Mar-Abr. 2008). p. 190-200.

STF. **RE 576920**. Tribunais de Contas x Municípios. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2592117>>. Acesso em: 29 de nov. de 2022.

TCE/PI. **Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: < <https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2021/07/LOTCE.-atualizada-2021.pdf>>. Acesso em: 29 de nov. 2022.

TCE/PI. **Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Piauí.** Disponível em: [https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2022/01/REGIMENTO INTERNO WORD-atualizado-ate-05-01-2022-.pdf](https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2022/01/REGIMENTO_INTERNO_WORD-atualizado-ate-05-01-2022-.pdf). Acesso em: 29 de nov. de 2022.

CRIME DE PERSEGUIÇÃO: UMA ANÁLISE REFLEXIVA À LUZ DA LEI MARIA DA PENHA

CEZAR AUGUSTO FERREIRA DE SOUSA:

Graduando em Direito pela Universidade de Gurupi¹³¹.

Prof. MARCOS ANTÔNIO ALVES BEZERRA

(orientador)

RESUMO: O surgimento da Lei nº 14.132/2021 que incorporou o artigo 147-A no Código Penal caracterizando o que é conhecido como *stalking*, popularmente conhecido como crime de perseguição criou questões sobre sua adequação à luz da lei Maria da Penha. Além disso, a doutrina de direito penal tem se concentrado na restrição de utilização desse novo tipo de infração e, portanto, o trabalho atual tendeu à investigação do crime de perseguição seguindo a Lei Maria da Penha. Esta monografia pretende analisar a doutrina penalista que está discutindo sobre a possibilidade de aplicação do referido crime de perseguição segundo o ponto de vista da realidade doméstica e familiar contra as mulheres. O objetivo é examinar se o ilícito de perseguição enquadrado no art.147-A do Código Penal pode ser incluído como violência doméstica e familiar contra as mulheres. No diagrama estratégico, dissecamos a violência doméstica à luz da Lei Maria da Penha, então, naquele momento, a análise do *stalking*, por fim, a legislação especial que incorporou o crime de perseguição no Código Penal. O resultado obtido foi que o delito de perseguição estabelece uma espécie de violência mental previsto na Lei nº 11.340/06, dado que é praticado contra a mulher e que tem um vínculo familiar ou próximo afetivo com o agressor. Observou-se que, apesar do crime de perseguição seguir ser uma espécie de violência mental, a infração penal desrespeita o princípio da taxatividade, estabelece padrão uma norma penal em branco e é um tipo de infração de duas partes.

131 Contato: cezardgpi@gmail.com

Palavras-chave: Perseguição. Maria-da-penha. Stalking Violência. Abuso.

1.INTRODUÇÃO

A violência contra as mulheres é uma questão social que já dura há muito tempo e que, apesar das conquistas das mulheres ao longo do tempo, elas ainda encontram impedimentos para coibir essa peculiaridade generalizada. Nos tempos antigos, a associação familiar dependia da diferente atribuição de empregos e maneiras de se comportar aos diversos gêneros, que dependiam de costumes e valores.

Assim, o homem foi nomeado o cargo de topo da família, com os principais empregos em sociedade, enquanto as mulheres tinham um trabalho de aquiescência, acomodação, lidar com crianças e tarefas familiares. Essa distinção nos trabalhos amigáveis afetou fortemente a relação conjugal, pois a cômputo se envolvia em violência se surgisse uma irritação em relação à sua cara-metade.

Com o avanço da sociedade, as mulheres começaram a ganhar seus privilégios. A partir daí, a classe feminina ganhou força, mulheres começaram a evitar comportamentos abusivos em casa, apesar de outras não terem conseguido, pois elas acabaram sendo mortas por seus consortes antes que pudessem escapar do relacionamento abusivo. Neste ponto de vista, depois de uma longa história de conquistas femininas, em 2006 foi promulgada a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) com o objetivo de controlar a violência doméstica e familiar praticada contra as mulheres.

Apesar da formação desta lei, as mulheres realmente sofrem maus-tratos por seus parceiros e maus-tratos não físicos. Chegam mesmo a ser objetivo de abuso e perseguição em relações íntimas. Tal conduta é retratada como "*stalking*", um termo obtido do inglês que significa perseguição. Assim, em razão pela qual esse tipo de conduta acontece publicamente, surgiu a necessidade de incorporar essa maneira de se comportar. Neste

ponto de vista, o *stalking* foi recentemente criminalizado pelo Brasil com o surgimento da Lei nº 14.132/2021 que incorporou o artigo 147-A no Código Penal.

2.DELIMITAÇÃO DO TEMA

2.1 Tema delimitado

A pesquisa se delimita a analisar a aplicabilidade do crime de "*stalking*" quando confrontado pela lei Maria da Penha

2.2 Delimitações específicas

Investigar os motivos por trás de tais dúvidas

2.2.1 Delimitação temporal

A pesquisa compreende-se entre os anos 2006 quando surgiu a lei maria da penha e 2021 quando surgiu a lei 14.132 de 31 de março de 2021

2.2.2 Delimitação espacial

A pesquisa concentra-se nas ações que o Juiz deve ter quando estiver diante do problema

2.2.3 Delimitação procedimental

Foi utilizada a Investigação, uma vez que buscou-se solucionar se o crime de perseguição pode ser considerado uma espécie de violência doméstica e familiar contra a mulher

2.2.4 Delimitação territorial

A pesquisa encontra-se em todo território nacional por se tratar de crime de perseguição e a lei maria da penha

2.2.5 Delimitação populacional

A pesquisa concentra-se especialmente nas mulheres que sofrem esse tipo de abuso

2.2.6 Linha de pesquisa

A pesquisa concentra-se na linha de pesquisa RESPONSABILIDADE SOCIAL por abordar acerca de inúmeras transformações de ordem econômica e política que, por sua vez, se adaptam aos novos modelos de relações entre instituições e mercados, organizações e sociedade.

3.JUSTIFICATIVA

Embora o avanço tecnológico tenha chegado a níveis que facilitam a realização desse tipo de crime. O Estado, tem um papel fundamental para combater as violações decorrentes da perseguição, o "*cyberstalking*" e violência psicológica, são exemplos imprescindíveis para serem combatidos.

Optei pelo tema uma vez que me incomoda o histórico de violência contra as mulheres que poderiam descansar muito mais se as nossas leis fossem realmente cumpridas, se nossa Constituição Federal que garante a democracia, não estivesse sendo afrontada e até mesmo facilitasse através de mudanças, mudanças que muitas vezes não atendem ao interesse de determinado público.

4.PROBLEMÁTICA E HIPÓTESES

Problemática: O delito de "*stalking*" que foi incluído ultimamente pelo Código Penal pode ser enquadrado como uma espécie de violência doméstica contra as mulheres?

Hipótese: Aplicou-se a metodologia aplicada de pesquisa, levando-se em conta que não houve quantificação do crime de perseguição, porém uma tipificação do crime de perseguição na extensão da violência doméstica e familiar.

5.OBJETIVOS

5.1 Objetivo Geral

Averiguar se o delito de perseguição acomodado no artigo 147-A do Código Penal pode ser concebido como uma espécie de violência contra a mulher, visto que o tipo possui perspectivas que podem ser examinadas no âmbito da Lei Maria da Penha.

5.2 Objetivos Específicos

Compreender a brutalidade doméstica e familiar contra as mulheres; Apontar os tipos de violência doméstica e familiar contra as mulheres; Discutir a medida protetiva premente; Conferir a ideia de “perseguição reiterada” do artigo 147-A do Código Penal; Identificar os principais motivos que levaram à tipificação do crime de perseguição; Refletir o constrangimento dessas ações contra as mulheres por razões de status feminino; Verificar a amplitude da medida protetiva de acordo com o “*stalking*”.

6.REFERENCIAL TEÓRICO

A estrutura deste trabalho reflete a literatura e os resultados de alguns doutrinadores sobre o assunto “*stalking*” e maria da penha. Apontando alguns entendimentos sobre o “*stalking*” e da lei maria da penha em nosso ordenamento. Da mesma forma, será entendido, o cenário histórico, para dar uma compreensão mais profunda da ideia de “*stalking*” exibindo em conformidade, características e classificações presentes no crime, por último a pesquisa desenvolvida.

O trabalho será dividido em quatro partes, a primeira será abordar uma breve introdução sobre o contexto histórico, com conceito, tipificação da conduta e a importância de se combater o crime de perseguição. A prática desse delito, iniciou a partir do desenvolvimento de condutas abusivas tendo como fator fundamental o sentimento de posse durante vários séculos ao longo do tempo adicionando um exame mais profundo

sobre os crimes e os métodos utilizados pelos infratores, que acabaram dando uma aparência de algo romântico a esse tipo ação ilegal. Não obstante, a judicialização do termo passa a ser feita, conforme indicado por (CUNHA; PINTO) quando na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que visava a Análise das violações de direitos humanos.

7.METODOLOGIA

Pretende-se estudar o crime de perseguição no âmbito nacional e fazer uma análise em relação a lei maria da penha.

7.1 Tipo de pesquisa

É retratada como descritiva e dedutiva, uma vez que, as informações adquiridas permitirão retratar conceitos, objetivos, características e fundamentos, e os pré-requisitos fundamentais para haver o crime de perseguição, posteriormente chega-se a uma resolução dependente das informações apresentadas.

7.2 Meios de busca

Sites, bibliotecas, jornais, revistas (periódicos), material digital e outros meios de divulgação de informação.

7.3 Critérios de inclusão e exclusão

O material encontra-se em língua portuguesa, através de materiais gratuitos e pagos.

7.4 Metodologia de análise de dados

O método utilizado para análise de dados é a análise qualitativa do texto pois visa o confrontamento de informações, análise do discurso e conteúdo.

7.5 Aspectos éticos

O presente artigo não necessitará ser submetido para aprovação junto ao Comitê de Ética em Pesquisa, conforme a resolução CNS 466/2012, pois se trata de uma pesquisa cujas informações serão obtidas em materiais já publicados e disponibilizados na literatura, não havendo intervenção ou abordagem direta junto a seres humanos. Dessa forma, a pesquisa não implicará em riscos ao sujeito e trará para a comunidade).

8. ESTRUTURA PROVÁVEL DO TRABALHO DE CONCLUSÃO

8.1 A violência doméstica contra a mulher,

A violência contra a mulher decorre de uma longa trajetória histórica, na qual as mulheres são tratadas como objetos reprodutivos e tratadas como empregadas domésticas, por obediência a seus cônjuges. Mesmo no caso de alguma desobediência ou outras razões conjugais, homens legalmente usavam a violência como forma de punição, considerava-se o exercício regular do direito porque se auto intitulava o chefe da família (BIANCHINI; BAZZO; CHAKIAN, 2021). Até então, a mulher não era protegida por seus direitos dos quais existem hoje, e por isso, muitas mulheres sofriam silenciosamente porque a sociedade voltava-se para os interesses masculinos.

Foi após a promulgação da Lei Maria da Penha que as mulheres começaram a se sentirem mais seguras com legislação específica direcionada a elas, esta lei foi criada com este nome em homenagem a Maria da Penha Fernandes, mulher que foi abusada por muito tempo. Maria quando foi vítima da primeira tentativa de assassinato do marido, acabou saindo viva porque se fingiu de morta e teve medo de levar um segundo tiro, mas ela foi socorrida a tempo para o hospital, logo depois conseguiu sobreviver (PENHA, 2012).

Assim, além de ser vítima de uma tentativa de assassinato do marido, ela ainda é uma vítima do estado, o estado foi lento para julgar seu caso e ainda sem seus direitos resguardadas. Por isso, foi necessário que ela apresentasse uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que visava a Análise das violações de direitos

humanos (CUNHA; PINTO, 2021). Com isso, apesar da criação da Lei 11.340/2006 e outras Políticas públicas destinadas a proteger as mulheres, continuam sendo vítimas de violência. Antes do *stalking* com a análise, é necessário abordar os seguintes conceitos de violência.

Grosso modo, envolve o uso de agressão para com um propósito por algum motivo, havendo consequências para a vítima, como violência, danos físicos e psicológicos. A violência doméstica abrangida pela Lei Maria da Penha visa a proteção da classe feminina, ou seja, não pode ser aplicada aos homens. Embora, O homem não é apenas um sujeito ativo, porque também pode ser uma mulher em um relacionamento do mesmo sexo. Vale ressaltar que esse tipo de violência não acontece apenas com as mulheres, pode incluir relacionamentos de travestis, transgêneros, transgêneros e lésbicas. (BIANCHINI; BAZZO; CHAKIAN, 2021; CUNHA; PINTO, 2021).

Assim, a lei nº 11.340/2006 Não se limita às relações entre marido e mulher ou namorados/namoradas, ou seja, proteger aqueles que se identificam com seu gênero feminino. Artigo 5º da Lei Maria da Penha inclui violência doméstica, constitui qualquer ato ou omissão contra uma mulher com a intenção de causar danos físicos, danos psicológicos ou materiais à vítima. Portanto, é uma proteção legal para uma mulher que vê seus direitos despojados por seu agressor. Nesse contexto, parte desse artigo aborda a configuração violência doméstica.

Ocorre na área familiar listada no inciso I, quando se depara com um espaço familiar, não requer vínculo ou habitualidade, isto é, abrange pessoas ocasionalmente no ambiente doméstico. Portanto, constitui toda violência cometida no meio de moradia com o sujeito presente, sendo opcional coexistência continuada. No segundo item II, o âmbito familiar refere-se ao grupo de pessoas com a seguinte característica. união, decorrente de parentesco ou vontade expressa, ou seja, deve haver alguma conexão entre a vítima e o agressor. Então deve haver alguma conexão entre a vítima e o agressor, porque esse tipo de violência não acontece no ambiente familiar, acontece, por exemplo, se mulher for

espancada por seu parceiro em uma loja, ou seja, em qualquer outro lugar, esse não precisa ser sua casa.

Então, novamente, o item III contém a conexão íntimo-afetiva, ou pelo menos, as relações afetivas, viver juntos não é fundamental, nem a duração do relacionamento. Assim, esse tipo de violência acontecerá independentemente de o relacionamento foi temporário. De acordo com este ponto de vista, tende-se a ver que não é necessário que a violência executada contra a mulher foi desempenhada dentro de sua própria casa, para ela ser resguardada pela Lei Maria da Penha, ou seja, pode acontecer em qualquer lugar, por mais tempo que ela tenha um vínculo afetivo familiar ou pessoal.

8.2 TIPOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

A Lei Maria da Penha tem cinco tipos de violência caseira e familiar contra mulheres registradas no artigo 7º, em especial: físicos, sexuais, patrimoniais, morais e mentais. Nesse sentido, tender a mais é significativo detalhar o contraste entre esses tipos de violência, bem como exemplos de delitos no âmbito do Direito Penal que espelham cada tipo de violência a que se tende Regulamento nº 11.340/2006.

8.2.1 Violência física

A violência física envolve animosidade, usando força, com atrocidades que influenciam o corpo da mulher. Nesse sentido, vem de uma sensação de predominância do homem sobre a mulher, que acaba sendo o objetivo ausência de controle do agressor. O ataque físico está acomodado no art. 7º, inciso I, da referida Lei, sendo percebido como qualquer forma de comportamento que produz uma ofensa à integridade físico da mulher. Esta ofensa acontece usando a força, que pode trazer marcas na mulher. Esse tipo de violência é uma *vis corporalis*, então pode deixar ou por outro lado não deixar impressões aparentes (DIAS, 2007). Portanto, não é necessário deixar rastros ou dano físico ao corpo

da vítima, pois eles dependem do nível da violência. Esse tipo de violência geralmente acontece não muito depois da violência mental, sendo este um método de movimento até chegar ao episódio de ataque físico(SILVA; COELHO; CAPONI, 2007).

Desta forma, a ataque passa por um curso de ocorrência de controle mental à ataque físico. Por ser o tipo de violência mais reconhecível e ter a chance de sair marcas no corpo de uma mulher, esse tipo de dano ainda é normal nas relações, pois é visto como um tipo de disciplina. Além disso, como também há um choque mental na pessoa em questão, isso também torna difícil para ela denunciar. Nesse contexto, Maria Amélia Teles e Mônica de Melo (2002, p. 11) expressam que:

Importante destacar que a prática da violência de gênero é transmitida de geração a geração tanto por homens como por mulheres. Basicamente, tem sido o primeiro tipo de violência em que o ser humano é colocado em contato de maneira direta. A partir daí, as pessoas aprendem outras práticas violentas. E ela torna-se de tal forma arraigada no âmbito das relações humanas que é vista como se fosse natural, como se fizesse parte da natureza humana. A sociedade legitima tais condutas violentas e, ainda nos dias de hoje, é comum ouvir que as 'mulheres gostam de apanhar'. Isso dificulta a denúncia e a implantação de processos preventivos que nívelão desarraigar por fim a prática da violência de gênero.

Nessa linha, a violência física é característica da sociedade, que legitima ações do agressor, principalmente porque eles imaginam que a mulher está sendo uma vítima desse tipo de violência desde que chateou seu parceiro por fazer algo que ela não deveria ter feito. Essas ações e ainda a forma como a mulher está sujeita ao homem, contribuem para ela permanecer no relacionamento abusivo e torná-lo um desafio para ela denunciar. Nessa linha, a violência física compreende, por exemplo, tapas, socos, queimadura, tormento, dolo físico (artigo 129 do Código Penal), feminicídio (artigo 121, §2º, inciso VI, do Código Penal), espancando, jogando objetos e utilizando armas, ou seja, são maneiras de se comportar que pretendem ferir mulheres.

8.2.2 Violência psicológica

É separada pela quietude e imperceptibilidade, ou pelo menos, funciona tão despretensiosamente que algumas vezes não é visto pela própria vítima. Independentemente disso, a violência merece uma consideração mais proeminente, dada que é a premissa de todas as outras.

Fica acomodado no inciso II do artigo 7º da Lei nº 11.340/06 como sendo o arranjo de maneiras de se comportar que resulte em dano mental à pessoa em questão, através de ensaios que prejudicam profundamente a pessoa em questão. Nesse sentido, trata-se de um maltrato não físico que acontece de forma silenciosa e tímido, avançando gradualmente, causando danos profundos e reduzindo confiança.

Conseqüentemente, esse tipo de violência gira em torno do controle, em que o homem, por exemplo, começa a repreender a mulher em plena luz do dia, fazendo-a se sentir envergonhada, bem como cautela constante, fazendo com que a vítima sinta um constante pavor (MILLER, 1999). Devido à sua imperceptibilidade e dificuldade de ser visto, a violência mental acaba sendo pouco notificada, além de casos de subnotificação, considerando que esse tipo de violência é mais difícil de demonstrar.

Da mesma forma, com base em que uma espécie de violência não deixa marcas aparentes e que avança gradualmente, acaba por ser um desafio tanto para a pessoa em questão bem como pessoas próximas a ela. Isso porque tende a ser visto como algo regular a personagem do agressor e com isso, a mulher acaba apoiando a atitude de seu parceiro, acusando-se.

Além disso, há também a figura do "gaslighting", que em união estreita, compreende um tipo de abusos mentais à luz do controle, que acontece em maneira indistinta pela pessoa em questão, levando-a a aceitar que é louca, contorcendo a verdade

para torná-la inexoravelmente dependente do agressor. Segundo Stephanie Sarkis (2019, p. 116)

Uma das táticas mais comuns usadas pelos gaslighters é a violência emocional. Eles sabem que, ao contrário da violência física, esse tipo de violência não causa danos visíveis, como hematomas ou cicatrizes. Para os gaslighters, a violência emocional é a ideal, pois é uma maneira de eles assumirem o controle, ao mesmo tempo, passarem a imagem de ser um exemplo de parceiro e cidadão.

Nessa linha, toda a atitude do agressor é vista sobre as principais áreas de força psicológica sobre o mental da vítima, o que pode trazer melancolia, nervosismo, problemas mentais, entre outros. Desta forma, a violência mental é a demonstração de gritar, embaraçar, menosprezar a vítima diante dos outros, mostrar por motivos imaterial, suas ações singulares, observando suas ações e contato com os companheiros e também dizer que a mulher é louca e tem culpa legítima pelas ações do vitimizador.

8.2.3 A Violência sexual,

Os abusos sexuais alude a algumas manifestações relacionadas com importunação sexual feminina, ou seja, não se limita ao exercício de demonstrações sexuais forçadas, porém a cada demonstração de força que o homem pratica sobre a mulher, sufocando-a. Artigo 7º, inciso III de: Lei conceituada como violência sexual - 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. (BRASIL, 2006).

Assim, a violência sexual é percebida como qualquer pista que parece conduzir o acompanhar ou testemunhar relações sexuais, comercializar ou utilizar a sexualidade, para

impedir o desejo de utilizar anticoncepcionais, gravidez e remoção do feto. Desta forma, trata-se de um limite e controle das liberdades reprodutivas e sexuais das mulheres. Esse tipo de violência era normal na história antiga, pois as mulheres eram vistas como objeto de multiplicação, devido à submissão ao homem, particularmente para ter relações.

Diante disso, surgiu a necessidade de denunciar essas condutas, e em 2009 a liberdade sexual foi lembrada pelo Código Penal, trazendo uma segurança mais notável para mulheres. Não obstante, apesar disso, hoje ainda há o evento de agressão conjugal, ou especificamente, agressão entre parceiros de vida. Portanto, esse delito incorpora não apenas forçar uma mulher a fazer sexo, mas além disso quando ela ensaia como um método de disciplina para algo, bem como obstrução com os desejos sexuais da vítima. Assim, casos desse tipo de violência são estupro (artigo 213 do Código Penal), violência sexual mediante fraude (artigo 215 do Código Penal) e Importunação sexual (artigo 215.º-A do Código Penal).

Além disso, é importante salientar que esse tipo de violência tem algumas consequências para a pessoa em questão, por exemplo, o desânimo, gravidez, infecções transmitidas fisicamente, entre outros. (BIANCHINI; BAZZO; CHAKIAN, 2021). Dessa forma, a violência sexual compreende a violência que abusa dos privilégios e liberdades sexuais da vítima, deixando-a em uma condição de fraqueza em relação à sexualidade.

8.2.4 Violência patrimonial,

Alude a atos que envolvem detrimento ou limitação ao patrimônio e econômico da mulher, para eliminar seu nível financeiro. Assim, o agressor pretende eliminar a liberdade financeira da vítima para monitorá-la sob confiança nele, fazendo-a permanecer na relação sendo ou tornando-se hipossuficiente.

Conforme indica o artigo 7º, inciso IV, da referida Lei, a violência é percebida como patrimonial:

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. (BRASIL, 2006).

Assim, a violência patrimonial compreende a maneira de se comportar, de forçar limites de limite para a vítima comparável à utilização de seus bens, valores e coisas, ou seja, todos os atributos de natureza financeira. Este tipo de violência é utilizado para focar na vítima com abusos físicos ou mental e acontece ao lado de diferentes tipos de violência, como qualidade moral, à luz do fato de que influencia o mental da pessoa em questão (CUNHA; PINTO, 2021).

Consequentemente, esta crueldade se deteriora quando a vítima é dependente financeiramente do vitimizador ou quando ele assumiu o comando da parte financeira, sentindo-se satisfeito em atingir a mulher com ofensas a fim de torná-la mais dependente. Exemplos desse tipo de violência podem ser referidas a: Furto (artigo 155 do Código Penal), Roubo (artigo 157 do Código Penal) supressão de documento (artigo 305.º do Código Penal). Posteriormente, é uma limitação da liberdade financeira da vítima, quando o nível econômico é retirado, que se transforma em do agressor. Por essa maneira, com a liberdade e o conselho da relativa multiplicidade de recursos e vantagens da mulher, o homem sente-se qualificado para praticar o comando total sobre ela.

8.2.5 Violência moral,

O ataque moral alude a atos que insultam o equilíbrio e a distinção de vítima, causando uma condição de pavor, levando em conta que, como na violência mental, prejudica o seu próximo de casa. Enfim, a Lei Maria da Penha ganha no seu item V violência

moral, que dispõe sobre as violações contra a honra registradas no Capítulo V do Código Penal, para ser específico: calúnia, injúria e difamação.

O agente pratica calúnia quando cobra a vítima de ter cometido um delito, percebendo que geralmente será enganoso, difama quando acusa as vítimas de alegações que incomodam sua posição e injúria quando ele atribui "características negativas" (CUNHA; PINTO, 2021). Nessa linha, a violência moral alude a modos de se comportar que declinem a confiança da vítima, ser responsabilizado por um delito falso, insultar, ofensas e fatos determinadas a prejudicar sua posição, ou pelo menos, créditos que chegam em sua honra. De acordo com esse ponto de vista, pode-se ver muito bem que há uma escassa diferença entre violência mental e moral.

Desta forma, caso o agressor pratique algum dos tipos de violência registrada acima, acontecerá relacionada a problemas mentais e moral. É igualmente significativo que, como são formas de comportamento não físicos, a violência mental e moral é geralmente mais difícil de demonstrar, não obstante que de um modo geral a mulher pode não entender que ela experimenta esses tipos de violência, por causa de sua imperceptibilidade.

Dessa forma, presume-se que a animosidade ética está caracteristicamente relacionada com ataque mental, uma vez que ambos afetam enfaticamente o cérebro da mulher. Desta forma, envolve um monte de propriedades pejorativas para deixá-la desconfortável.

8.3 STALKING

8.3.1 conceito e comportamentos

A expressão " *stalking*" vem do inglês e converte para o português significa "perseguição". Seja como for, está definitivamente não é uma definição exata, dado que

stalking vai muito além, ou pelo menos envolve um monte de maneiras de se comportar que acontecem associativamente com a demonstração de *stalking*.

Em 1990, a Califórnia fez o principal regulamento após o assassinato da animadora Rebeca Shaeffer por Robert Bardo, fã que a acompanha há algum tempo, na expectativa de ter sua paixão respondida. Depois de alguns esforços ineficazes, ele optou por contratar investigadores criminais para encontrar sua localização, indo até lá e então a matando (BIANCHINI; BAZZO; CHAKIAN, 2021; BRITO, 2013). A partir daí, esse delito passou a ter ampla perceptibilidade, uma vez que casos de *stalking* por parte dos fãs começaram a surgir. Então, nesse ponto, da mesma forma ser vivenciado em relações de afeto.

Como visto, *stalking* definitivamente não é novo, apesar de os casos vêm se expandindo a longo prazo, adquirindo tal visibilidade que nações normatizaram essa atitude. No entanto, o Brasil levou vários para criminalizar esta manifestação, que aumentou a sua invisibilidade. Desta forma, o *stalking* é descrito como um conjunto de atos em que o sujeito, começa a maltratar a vítima de maneira padrão, por adoração ou vingança, enviando mensagens, cartas e adotando abordagens alternativas para manter contato com a vítima, para influenciar sua integridade mental (JESUS, 2008).

Nesse sentido, *stalking* alude a atos persecutórios de que acabam por incomodar a pessoa em questão. Isso porque essa conduta é separada pela insistência do perseguidor (agressor) de ameaçar ou persuadir a vítima a ter ou voltar a se relacionar com ele, além de ter seu amor correspondido.

Vale ressaltar que uma única conduta não é suficiente para retratar o *stalking*, uma vez que se trata de múltiplas formas de chegar à vítima que se estendem no tempo, que se unem por modos de comportamento que criam na vítima uma condição de pavor, pois ela começa a se sentir vigiada e teme que o delito pode avançar para um mais grave. Com a progressão da tecnologia, tornou-se mais fácil para o *stalker* perseguir uma vítima, pois

os abusos podem acontecer presencialmente ou virtualmente. Então ele pode encontrar a localização da vítima, bem como seu ambiente de trabalho, bem como fazer chamadas constantes, enviando mensagens de amor, *stalking* via internet e assim por diante. Estas últimas ações são designadas como "*cyberstalking*". *Cyberstalking* alude ao seguimento cometido na Internet, ou pelo menos, na extensão virtual.

Assim, a inovação tem impulsionado um número cada vez maior de pessoas ao longo do tempo e crescendo cada vez mais, e hoje, tem facilidade extremamente incrível, uso, particularmente para obter dados sobre indivíduos. Além disso, o seguimento virtual também pode acontecer por meio de reconhecimento do agressor com a vítima sobre o que ela posta, com quem ela posta e importunando sua atitude com cada post. No entanto, é importante que essas maneiras obstinadas de se comportar da mesma forma no espaço virtual, eles precisam criar na vítima uma condição de angústia e temor.

Como ilustração com o relato de Rebeca Shaeffer, que seu assassino precisava contratar investigadores para obter dados sobre ela e encontrar sua localização, hoje não seria essencial. Isso porque vários indivíduos colocam dados sobre eles em comunidades informais, por exemplo, localização. Com isso, o avanço do espaço virtual tornou viável para o homem utilizar gadgets inovadores que trabalham com a busca, como pode começar no clima virtual e avançar para o físico.

Nessa linha, atos persecutórios podem começar com várias ligações, além disso, mensagens exorbitantes nas mídias com ameaças, até que se torne olho no olho com a frequência da violência. No que diz respeito à conduta, Damásio de Jesus (2008) afirma que incluem:

Ligações nos telefones celular, residencial ou comercial, mensagens amorosas, telegramas, ramalhetes de flores, presentes não solicitados, assinaturas de revistas indesejáveis, recados em faixas

afixadas nas proximidades da residência da vítima, permanência na saída da escola ou do trabalho, espera de sua passagem por determinado lugar, frequência no mesmo local de lazer, em supermercados etc.

O *stalker*, às vezes, espalha boatos sobre a conduta profissional ou moral da vítima, divulga que é portadora de um mal grave, que foi demitida do emprego, que fugiu, que está vendendo sua residência, que perdeu dinheiro no jogo, que é procurada pela Polícia etc. Assim, tende a ser visto que a atitude ensaiada pelo agressor gira em torno em torno de um comando sobre a pessoa em questão, para influenciar sua respeitabilidade mental. No entanto, certas perspectivas podem ser vistas pela vítima em um primeiro momento como sinceras ou sensatas, como enviar mensagens carinhosas, além disso, buquê de rosas, até que avance passo a passo.

De fato, mesmo naquelas circunstâncias em que o agressor começa despretensiosamente, ele pode significativamente apresentar perigo para a vítima ver a seriedade das ações, isso porque pode legitimar essas maneiras de se comportar como algo típico e que é importante para depois de um fim unilateral da relação, ou seja, quando ela decide terminar, mesmo contra os desejos de seu parceiro.

Na verdade, um motivo que dá ao agressor uma intimidade de autenticidade no seguimento da vítima determinado a continuar o relacionamento é a maneira que ele não reconhece a liberdade da mulher no que diz respeito à forma como o término da relação se dá de forma unilateral da mulher.

Diante disso, dentre as perspectivas do *stalker* referenciado em outro lugar, surge necessidade de determinar, a partir do modo de se comportar do agressor, a distinção entre uma insistência que retrata o seguimento de um simples esforço para reconquistar a pessoa em questão. Isso acontece dentro dos limites aceitáveis por ela reconhecidos e a partir do ponto em que ela se recusa a se reatar com o homem, mas ele continua com o esforço, acontece sob insistência.

Além disso, esses fatores contribuem para o fato de que *stalking* não é claramente detectado pela pessoa em questão, especialmente quando a vítima está vendo alguém opressivo. Conseqüentemente, após o término do relacionamento, o homem, separado por intimidade de posse, pode começar a procurar a vítima para continuar o relacionamento ou pela verdade direta de impedi-la de se relacionar com outras pessoas.

Tal direito descrito acima é normal para o *stalker* rejeitado, ou seja, a pessoa que não reconhece o término do relacionamento, tenta por toda parte outro reconciliamento, mas ele é rejeitado. Isso porque, em razão de relacionamento prejudicial, o homem acaba sentindo que não conseguiu manter o controle sobre a mulher além disso, não reconhece sua liberdade nesse estado de espírito do relacionamento.

A ordenação de atos persecutórios, além de trazer conseqüências para a vítima, abusam adicionalmente de suas liberdades sob a Convenção direitos humanos, por exemplo, o direito à integridade física, no qual o indivíduo é resguardada sua integridade mental e física; direito à liberdade individual, que garante a negação a um indivíduo e protege a segurança pessoal; direito à honra e dignidade, em que garante a segurança de indivíduo no que diz respeito a não ser exposto a ofensas à sua reputação (CIDH, 1969).

Da mesma forma, *stalking* viola direitos básicos previstos no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, a exemplo, a violação do direito à liberdade ser oprimido, o pensar nisso quando a liberdade da vítima de ir e vir é limitada. Além disso, ainda permanece desrespeitando seu direito à privacidade, proteção e honra, acomodado no item X do art. aludido artigo, uma vez que as ações persecutórias consistentes acabam invadindo a intimidade, proteção e honra da pessoa em causa. Além disso, o direito de inviolabilidade domiciliar acomodado no item XI da CRFB/88(BRASIL, 1988)

Posteriormente, é possível confirmar que o *stalking* acabou por ser mais perceptível com o longo prazo, com uma frequência mais digna de nota no que diz respeito, cheio de relações de intimidade, para influenciar a integridade físico e mental das vítimas de perseguidores.

8.3.2 relações da perseguição com outros crimes

Como visto, independentemente de *stalking* sendo uma opressão, o ato de opressão vai muito mais longe, acontecendo em relação a diferentes delitos. Nesse contexto, torna-se importante examiná-los. Além disso, não obstante o delito de *stalking* com outro delito, é muito concebível que o agente comece a praticar esse delito e passe a cometer um delito maior.

Nesse sentido, Eduardo Cabette ([2012?]) instrui que: Também não é incomum constatar-se a ocorrência nesses casos da chamada 'progressão criminosa' em que o agente inicia com uma conduta de '*Stalking*' que configura infração penal menos gravosa, mas vai aos poucos ou mesmo abruptamente tomando atitudes cada vez mais agressivas e invasivas e atingindo bens jurídicos mais e mais relevantes.

Nesse sentido, dentro da extensão da violência contra as mulheres, o agente começa pelo ato de abuso e na medida em que está sendo reconhecido e permanecendo rejeitado com seus esforços, ele avança com mais intensidade. Esta "progressão" está se mostrando de forma mais intensa, avançando para violações graves adicionais e, conforme indicado por Alice Bianchini, (2021), o cume da opressão é o feminicídio, o homicídio de uma mulher "por motivos femininos". Desta forma, é apropriado abordar as irregularidades fundamentais que acontecem na evolução do *stalking*, quanto à violência contra as mulheres.

8.3.3 Constrangimento ilegal: artigo 146 do Código Penal

É contra a lei pressionar alguém a fazer algum ato, relacionado com a violência ao indivíduo, bem como aterrorizando, ou, é uma abordagem para levar um indivíduo a fazer algo apesar de seu desejo em contrário. É lembrado pelo artigo 146 do Código Penal, que dispõe: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda” (BRASIL, 1940).

Subsequentemente, neste tipo de delito há um tipo de vontade do indivíduo em fazer algo independentemente de agir, pode ocorrer com a ingestão de medicamentos ou hipnose para induzir o indivíduo disponível a cometer o delito (BITTENCOURT, 2020).

Todos os itens considerados, há um sinal do agente constranger a pessoa em questão apesar de seu desejo em contrário. Desta forma, pode acontecer o *stalking* quando o agente caminha em direção ao zênite do ataque e crueldade ou perigo injusto ou geralmente previsto sem uma ofensa criminal pelo motivo da vingança com a pessoa em questão, bem como por alguma demonstração de vingança.

8.3.4 Ameaça: artigo 147 do Código Penal

A ameaça alude a intimidar alguém, deixando-o apreensivo, dar usando todo e qualquer meio e a qualquer título, determinado a apreciar na pessoa em questão a intenção de que isso lhe causará algum dano. A infração de ameaça está enquadrada no artigo 147 do Código Penal, que dá que o perigo pode ser dado por palavra, movimento ou escrito, bem como usar todo e qualquer meio que cause dano baixo e injusto à vítima.

Dessa forma, compreende um delito que insulta a integridade mental da pessoa em questão, uma vez que ela aceita que o perigo será concretizado. Aliás, para que o perigo apareça, é fundamental que a vítima se sinta abalada pelo agressor, então o objeto jurídico é alcançado, ou seja, flexibilidade individual (NUCCI, 2017). Nesse sentido, caso a vítima

não tenha sentindo-se ameaçada, há razão imperiosa para discutir o evento deste tipo penal. Com relação ao comportamento do *stalker*, é normal conjuntamente com o delito de ameaça, sob a alegação de que nos casos de término do relacionamento, o homem procura depois de ameaçar a vítima para renovar a união.

Nesse sentido, esse fato pode ser confirmado no julgado do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, de caso ocorrido em Salvador, em que o homem não reconheceu a separação do relacionamento, e assim, ele procurou sua ex, perturbou sua tranquilidade diante de sua casa e esperava quando ela voltasse do trabalho. Assim, a vítima acabou mudando de casa e de trabalho, mas ao mesmo tempo então ele continuou fazer ligações. No momento em que ela disse ao vitimizador que estava em outro relacionamento, ele a minou por raiva de vê-la em outro relacionamento.

Com isso, foi condenado pela prática do crime de *stalking* e contravenção de inquietante perturbação da tranquilidade (TJBA. Apelação Criminal nº 0545335-40.2018.8.05.0001. Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal - Segunda Turma. Relator: João Bosco de Oliveira Seixas. Publicação: 10 de fevereiro de 2021) (BAHIA, 2020). Desta forma, é possível ver a frequência da ameaça após o rompimento das relações relacionadas com as diretas condutas persecutórias, que originam da sensação de propriedade do homem em relação à mulher em não tolerar sua liberdade por estar em outro relacionamento.

8.3.5 Infrações contra a honra: artigos 138, 139 e 140 do Código Penal.

O *stalking* também pode acontecer em relação aos crimes contra a honra. acomodados no Código Penal, tendo em vista que, dependendo do caso concreto, a agente pode perseguir a vítima culpando-a por cometer algum delito, afrontando sua notoriedade, bem como distribuindo termos ofensivos.

A calúnia acomodada no artigo 138 do Código Penal diz respeito à atribuição de alguém uma realidade falsa caracterizada como um delito. Dessa forma, o agente busca após acusar erroneamente vítimas de ter cometido um delito. A difamação está acomodada no artigo 139 do Código Penal, que trata da tentativa para destruir a reputação do outro indivíduo, ou pelo menos, para conquistar sua notoriedade.

Esse tipo de crime pode ser extremamente intermitente para acontecer junto com os atos persecutórios, tendo em vista que o *stalker* pode precisar completar demonstrações de vingança. Por fim, a injúria registrada no artigo 140 do Código Penal alude à ofensa a dignidade ou decoro da vítima, em termos depreciativos, por exemplo, chamando o indivíduo de mentiroso.

A lesão também pode ser sucessiva de ocorrer com o ato de *stalking*, principalmente após a conclusão do relacionamento. Para servir de ilustração do que foi examinado acima, vale a pena fazer referência a uma jurisprudência de caso do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde após a mulher completar o relacionamento que durou pouco mais de um ano, a agente começou a procurar por ela constantemente, tentando alcançá-la por diferentes meios.

Em pouco tempo, ele começou a praticar injúrias e calúnias ao lado de uma fotografia da vítima que circulou por toda a cidade, insultando a honra das mulheres. (TJSP. Recurso Comum nº.0047563-59.2009.8.26.0071 - Bauru. Órgão Julgador: primeira Câmara de Direito Privado. Juiz Prolator: Arthur de Paula Gonçalves. Distribuição: 10 de fevereiro de 2021) (SAOPAULO, 2021).

Nesse sentido, ocorreu perseguições relacionados a delitos contra a honra normalmente acontece após o término da relação afetiva, quando o ex-parceiro tenta continuar o relacionamento a qualquer custo ou mesmo por raiva em não reconhecer a

separação do relacionamento. Considerando o que foi examinado, obviamente o ato de delito contra honra encontrada neste assunto também acabam por denegrir a honestidade e estado mental da vítima, juntamente com a ofensa à sua honra, particularmente no que diz respeito às formas de comportamento que acontecem após o término do relacionamento.

8.3.6 Violação de domicílio: artigo 150 do Código Penal

O delito de violação de domicílio geralmente não estará disponível como um componente do dos atos persecutórios, pois depende das condutas do agressor, bem como todas as investigações específicas do caso concreto. O artigo 150 do Código Penal estabelece que este delito permanecerá no momento em que o culpado, contra a vontade da pessoa em questão, permanece ou entra no ambiente doméstico. (BRASIL, 1940).

Trata-se da inviolabilidade do lar, em perturbar a tranquilidade das pessoas que estão em seu lar, ou seja, sua casa. Quanto ao *stalking*, este delito pode ser concebido em certas circunstâncias em que o delito de *stalking* avança ao seu ápice. Dessa forma, por conta da opressão, o agente pode acabar entrando no ambiente da vítima e tenha a opção de se aproximar em direção a ela de forma ainda mais eficaz, considerando que o método de fuga das vítimas são mais restritos. É vital ressaltar que essa inviolabilidade não diz respeito apenas a própria casa, uma vez que a casa também é percebida como qualquer espaço de conjunção ou local de residência que se limita aos indivíduos que ali vivem.

À luz do que foi dito nesta parte, tende-se a ver que, apesar da importância de *stalking* para aludir à simples demonstração de perseguir, este *stalking* não acontece em forma isolada, ou pelo menos, sem incidência de algum outro delito. Por isso, acaba avançando cada vez mais para um tipo pena mais grave e, por isso, o legislador brasileiro viu a necessidade de normatizar essa atitude.

8.4 CRIMINALIZAÇÃO DA PERSEGUIÇÃO: UMA ANÁLISE REFLEXIVA À LUZ DA LEI MARIA DA PENHA

8.4.1 PRINCIPAIS RAZÕES EXPLICATIVAS DA TIPIFICAÇÃO DE *STALKING*

Como visto em outros lugares, a partir da primeira ocorrência do *stalking*, passou a ter ampla reputação e assim, algumas nações criminalizaram o *stalking* em seu ordenamento jurídico. No entanto, no Brasil, até o início de 2021 este direito foi regido pelo artigo 65 da Lei de Contravenções Criminais, que caracterizava sobre a demonstração de perturbar a tranquilidade alheia.

Como visto, o direito de *stalking* foi regido por perturbar o sossego, um delito que envolvia todos os sujeitos com uma mesma pena máxima de dois meses. Não obstante, tal maneira de se comportar é um fato mais injusto do que a punição direta imposta a ele, que também despertou a mudança na lei em transformar o *stalking* em uma norma autônoma. Diante disso, o Brasil só veio tipificar em 31 de março, 2021, com o projeto de Lei nº 14.132/2021 no Código Penal, por meio do Regulamento nº 1.369/2019, bem como revogou o artigo 65 da Lei de Contravenção Penal.

Na verdade, é muito importante que o legislador não tenha feito bem em revogado esse artigo, alegando que, comoveremos mais adiante, o novo tipo pune algumas perseguições e não apenas uma perseguição. Nessa linha, se antes repelir uma perseguição única era concebível, perturbando a tranquilidade da vítima apenas uma vez, hoje está atualmente além de várias vezes. Este projeto de lei foi praticado pela deputada Leila Barros, cuja intenção era objetivo de revisar o Código Penal para tipificar o delito de *stalking*. Concorrendo representante, a movimentação ocorreu por conta da ampliação de casos, que foram punidos como constrangimento ilegal, bem como por causa da ascensão e progressão das redes sociais.

Posteriormente, o projeto de lei mencionado anteriormente pretendia também rejeitar não apenas a perseguição física, mas, além disso, a virtual, que é predominantemente conhecida como "*cyberstalking*", considerando que a utilização das redes sociais e a simplicidade de obter dados sobre as pessoas estão se tornando mais simples.

8.4.2 CONTROVÉRSIAS INTERPRETATIVAS DO ARTIGO 147-A DO CÓDIGO PENAL E VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE

O *stalking* foi recentemente introduzido no Código Penal pela Lei n.14.132/2021, com o nomen iuris "crime de perseguição", discorre sobre sua aplicação, particularmente no âmbito da Lei Maria da Penha. Assim, é total importância a frequência desse tipo na classe feminina é significativo.

Quanto ao tipificação do crime anteriormente mencionado, vê-se que, no que se refere à classificação, é um delito comum, que tem como sujeito ativo qualquer indivíduo, embora esse tipo de crime seja predominantemente voltado para as mulheres. Além disso, esse tipo de irregularidade também é conceituado como uma irregularidade bicomum, uma vez que não precisa de condição especial como sujeito ativo ou passivo, e pode ser qualquer indivíduo (MASSON, 2021).

Ainda quanto ao delito comum, quanto ao ato de *stalking*, no geral o sujeito ativo é um homem e o sujeito passivo é uma mulher, levando em conta que atos persecutórios geralmente acontecem após o fim do relacionamento, bem como em relações nocivas, onde a mulher é vigiada e maltratada continuamente. Nesse sentido, Eduardo Cabette ([2012?]) afirma que:

Não obstante, tal qual já enfatizado, a conduta do '*Stalking*' possa ser perpetrada e sofrida por qualquer pessoa (homem ou mulher), é estatisticamente mais comum a presença dos homens no polo ativo e das mulheres no polo passivo, especialmente no que se refere a

relacionamentos amorosos pretensos ou findos em que o '*stalker*' passa a perseguir a vítima dos mais variados modos.

Consequentemente, essa medida se deve à sensação de posse que o sexo masculino tem com o feminino, bem como o machismo que é normal para certos homens, o que acaba refletindo na inspiração dos modos de se comportar por suas condutas persecutória.

É um delito de forma livre, onde a prática do crime pode se dar por qualquer meio e a qualquer forma. Nesse sentido, pode muito bem se dar pelo contato virtual, bem como através de indivíduos do mesmo círculo que a pessoa em questão, para procurar, independentemente, os tipos de interrupção na vida da vítima contra a sua vontade (GERBOVIC, 2014).

Dependendo do caso particular, tende a ser concebido como um delito transeunte ou não transeunte, isto é, deixar prova. Desta forma, no âmbito da Lei Maria da Penha, será transeunte quando o *stalker* praticar, por exemplo, lesão corporal ou mesmo feminicídio e não transeunte quando os atos persecutórios já foram precedidos, por exemplo, por violações contra a honra e ameaça. Trata-se de uma infração penal dolosa, ou seja, o agente deve ter o objetivo de praticar tal delito para incluir o delito de *stalking*.

Assim, não é permitido tentativa. Trata-se de um delito habitual, praticado por meio de condutas reiteradas, bem como quando os modos de comportamento iguais e repetidos acontecem. No entanto, é fundamental ressaltar que as maneiras de se comportar de forma isolada não permanecem configurado como um delito habitual, mas apenas aquelas práticas que acontecem em forma contínua (PACELLI; CALLEGARI, 2020). O caput do artigo 147-A do Código Penal dá que designa o crime de perseguição:

Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua

esfera de liberdade ou privacidade. Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (BRASIL,1940).

A partir de um exame ponto a ponto do tipo criminoso mencionado anteriormente, fica claro que alude a uma norma genérica, ou seja, o legislador não trouxe um significado exato da norma, abusando desta forma do princípio da taxatividade. Esse princípio diz respeito ao tipo ser específico e delimitado, sem permanecer como uma norma amplamente.

Para Guilherme Nucci (2020), esse princípio estabelece que o legislador crie tipos criminais redigidos, a fim de descartar a incerteza, bem como a dar um retrato definitivo da norma. Nessa linha, houve uma violação da taxatividade na redação do artigo 147-A do Código Penal, a que basicamente pode influenciar as mulheres. Ligada a este princípio, Ana de Castro e Spencer Sydow (2021, p. 49-50) expressam que:

O novel tipo penal possui problemas de muitas naturezas: desde o nomen iuris até a forma como os elementos do tipo foram concatenados, sem preocupação do legislador com a ponta aplicadora do direito. O tipo mostra- 29 se confuso e na contramão da melhor técnica legislativa-penal, além de anacrônico.

Nesta predisposição, como se verá a *stalking*, o legislador expôs o tipo penal muito convencional, deixando margens de incerteza, o que pode sugerir para especialistas na hora do exame do delito.

No que diz respeito as "perseguições reiteradas", surge a indagação do número de atos abusos seria importante caracterizar a perseguição, considerando a missão do legislador. Em seguida, surge a indagação que a acompanha: o número de atos eles nivelam ser fundamentais e adequados para haver reiteração? seriam algumas manifestações em mesmos dias ou também algumas perseguições em um único dia? Nesse sentido, dependerá muito do regulamento e do estatuto para caracterizar essa avaliação de atos, pois por se tratar de um novo epítome, ainda não há posição face a este

questo. Diante disso, há pesquisadores que compreendem que são importantes para amenos três ações, por exemplo Alice Bianchini (2021), bem como outras pessoas que compreendem que duas ações podem ser suficientes, por exemplo, Rogério Greco (2021). Nesse sentido, no caso de uma mulher ser perseguida por um exemplo em uma festa, por exemplo, o arranjo mencionado anteriormente não teria aplicação, considerando o caso de uma perseguição isolada. Sob essa predisposição, Rogério Greco (2021) dá sentido a isso:

Uma única abordagem, mesmo que inconveniente, não se configurará no delito em estudo. Assim, imagine-se a hipótese daquele que, durante uma festa, tenta, a todo custo, ficar amorosamente com uma mulher que ali se encontrava junto com outros amigos. Ela repele a abordagem, pois não se sentiu atraída pelo sujeito. Contudo, o agente volta a insistir várias vezes durante a mesma noite, sendo rejeitado em todas elas. Essa situação é extremamente desconfortável para aquela mulher. No entanto, não deveríamos falar, aqui, em crime de perseguição.

Mais um destaque a ser abordado de acordo com a expressão "reiteradamente" seria se também se espreme nos atos persecutórios de maneira dividida, ou pelo menos, particionado em várias ocasiões. Isso porque, quando a vítima se sente desconfortável, ela pode abordar suas propensões para tentar "escapar" do agressor, fazendo-o atrasar a perseguição mais uma vez. Independentemente da ênfase do modo de comportamento do perseguidor, dependerá de o Juiz dissecar o caso concreto, pois a perseguição, além de ser repetido, precisa criar uma condição de pavor na pessoa em questão e levá-la a perder sua tranquilidade (CASTRO; SYDOW, 2019).

Seja como for, essa medida do legislador de incorporar a palavra "reiteradamente" do tipo pode ser um desafio para as mulheres que experimentam comportamento abusivo em casa e família, já que uma demonstração segregada de abusos não pode ser abrangida por este tipo penal e antes podia ser enquadrado no artigo 65 da Lei de Contravenções,

porém foi revogado. Em relação aos diferentes componentes do tipo sob investigação, pode-se ver muito bem que tem dois centros para que uma conduta reguladora permaneça (SPENCER, 2021).

Isso implica que uma mulher que é apenas stalkeada não é será gerida por esta norma. Desta forma, é importante o *stalking* comprometendo a próprio a vítima mentalmente e a integridade física, ou limitando a capacidade de mover ou atacar ou perturbar a proteção ou liberdade da vítima. De acordo com esse ponto de vista, o *stalker* precisa persistir desconsiderando as liberdades estabelecidas da vítima para que ela possa ser acusada do delito de perseguição. Diante disso, essa variedade de verbos para que o *stalking* aconteça acontece o mesmo com o princípio da taxatividade, que se revela extremamente abrangente, que um verbo ligado a outro pode acompanhar sua suficiência, por assim dizer depende da autoridade designada para analisar cada caso particular.

Assim, no que diz respeito à violência doméstica e familiar, o homem geralmente procura a mulher tentando continuar o relacionamento, e sim como comportamentos perigosos podem ser delegadas influências perturbadoras da paz. Nesse sentido, essa norma penal pode dificultar a educação feminina, uma vez que ela deve ser oprimida e ao mesmo tempo ser umas vítimas dos verbos contidas no caput do artigo 147-A do Código Penal.

Quanto a majorante deste tipo penal, parágrafo 1, item II que a punição ampliada será ampliada consideravelmente assumindo que o delito é "contra indivíduo por razões de ser mulher", ou seja, trouxe uma substância semelhante ao feminicídio. Conforme indicado pelo artigo 121, §2º-A do Código Penal, as razões do sexo feminino ocorrem quando o crime "[...] envolver violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher.". Assim, diz respeito a um claro padrão penal em branco, ou seja, era importante complementado por outra norma, em particular, o feminicídio.

Um padrão corretivo claro projeta aquele em que foi reforçada por outra norma. Por conta do delito de perseguição, ele trouxe como punição incrementam determinantes semelhantes do feminicídio, que se acomoda no artigo 121, §2º-A do Código Penal. O feminicídio diz respeito ao qualificador de homicídio, em razão do delito a ser perpetrado contra uma mulher e em vista de sua condição feminina.

Nesse ponto de vista, um simples homicídio contra uma mulher não será descrito como feminicídio, mas como homicídio. Nessa linha, *stalking* pode ser cometido em relação ao comportamento abusivo em casa, no ambiente doméstico e familiar, além do mais, reconhecível, que foi explicado em outros lugares.

Quanto ao ódio ou opressão ao estado de mulher, não se refere apenas à subjugação do sexo feminino, mas adicionalmente por diferentes variáveis, por exemplo, não aquiescência ao homem, que se considera predominante superior, não tolerando o fim do relacionamento, por inveja ou em qualquer caso, por servir comida fora de horário (NUCCI, 2020). Nesse sentido, comparável ao *stalking*, esse desdém e segregação, por exemplo, quando a parceira encontra uma nova linha de trabalho e não acredita nela nesse emprego por ser uma mulher ou por inveja, o parceiro acaba perseguindo e vigiando a pessoa em questão. Quanto às duas teorias vistas acima, Bittencourt (2020, p. 233-234) diz:

Na primeira hipótese o legislador presume o menosprezo ou a discriminação, que estão implícitos, pela vulnerabilidade da mulher vítima de violência doméstica ou familiar, isto é, o ambiente doméstico e/ou familiar são as situações caracterizadoras em que ocorre com mais frequência a violência contra a mulher por discriminação; na segunda hipótese, o próprio móvel do crime é o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher, mas é, igualmente, a vulnerabilidade da mulher tida, físico e psicologicamente, como mais frágil, que encoraja a prática da violência por homens covardes, na presumível certeza de sua dificuldade em oferecer resistência ao agressor machista.

Assim, alude ao modo como o homem não reconhece certas maneiras de se comportar pelo simples fato de ser mulher ou pela desobediência. De acordo com este ponto de vista, ele pode oprimir a vítima, uma vez que encontrou um novo trabalho e cuidar dela, pois para certos homens, a mulher tem que ficar única e exclusivamente em casa. Além disso, há também a maneira como o homem não reconhece a liberdade de mulher, além de ter a sensação de posse, não entende ouvir um "não", por ter a convicção de que a mulher, por ser um ser inferior, não pode ir contra ele.

De fato, mesmo em casos de não correspondência de afeto, o perseguidor pode utilizar da web ou ao vivo para saber mais sobre a prática diária da vítima, para que ele pode finalmente causar um estupro ou assassinato (CASTRO; SYDOW, 2019). Desta maneira, essa discriminação ou desdém pelo estado da mulher pode de fato aumentar os maus tratos e, portanto, a ocorrência de algum delito.

8.4.3 DA POSSIBILIDADE DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA ÀS MULHERES VÍTIMAS DO CRIME DE AMEAÇA

Quanto as medidas protetivas nos artigos 23 e 24 da Lei Maria da Penha, permitem a proteção para a pessoa em questão e seus filhos permitidos pelo Juiz. Item I decide o envio da pessoa em questão e seus protegidos para um programa de segurança, e o deslocamento providenciado dados pela autoridade para garantir que a vítima esteja protegida (DIAS, 2019). O artigo 24 traz proteção patrimonial resolvido pela autoridade designada para garantir os bens conjugais da vítima ou os bens particulares.

Não obstante, para a autorização deste tipo de medida protetiva, é fundamental que estejam sob redirecionamento ou dispersão pelo agressor (BIANCHINI, 2014). De acordo com o ponto de vista de permitir a medida protetiva à mulher vítimas de *stalking*, é importante que com o tipificação do delito de *stalking*, acabe sendo mais simples para a mulher ser salvaguardada por uma medida protetiva. De fato, mesmo antes do epítome do delito mencionado anteriormente, a direta de opressão foi rechaçada pelo artigo 65 da

Lei de Contravenção Penal, que previa a punição de detenção básica, de 15 (quinze) dias a 02 (dois) meses (BRASIL, 1941a). Por essa forma, para fazer ter pena curta, provavelmente não vai criar tanto pavor no agressor abusar deste dispositivo legal. Nesse sentido, o artigo 147-A do Código Penal tem a pena de reclusão, de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos e multa, ampliando consideravelmente a pena se o delito é perpetrado contra uma mulher (BRASIL, 1941b), ou seja, a punição seria de 03(três) anos. Assim, tende-se a ver que o legislador aumentou a punição para os casos de *stalking*, e isso implica um desenvolvimento para as mulheres, predominantemente porque elas sentem-se mais seguras ao mencionar medidas protetivas.

Supondo que o agressor descuide da medida protetiva que lhe foi imposta, configura-se o delito de descumprimento da medida protetiva acomodada no artigo 24-Aa da Lei Maria da Penha, podendo acarretar pena de até 02 (dois) anos (BRASIL, 2006). Da mesma forma, o artigo 313, inciso III, determina que será decretada a prisão preventiva em casos incluindo violência doméstica e familiar contra mulheres, que podem capacitar medidas protetiva de urgência (BRASIL, 1941b).

Assim, a epítome do *stalking* e a ampliação da punição em casos de ser cometido contra as mulheres representou um desenvolvimento crítico para as mulheres, sobretudo pelo fato de terem maior segurança no que diz respeito ao tempo da pena.

8.4.4 O CRIME DE PERSEGUIÇÃO E ENQUADRAMENTO COMO TIPO DE VIOLÊNCIA NACIONAL E FAMILIAR

O delito de *stalking* administrado durante toda a exploração atual é um meio intrusivo do agressor, que é imaginada através do ato de alguns atos persecutórios, que assim desrespeitam a segurança e a intimidade da vítima, causando um choque mental e uma condição de pavor.

O objetivo do *stalker* é ter controle mental sobre a pessoa em questão, confinando sua liberdade, criando um alvoroço de monitoramento, entre diferentes formas de se comportar. Além disso, em situações em que o homem não reconhece o término do relacionamento ou por outro lado mesmo por conta de conspiração de pensamento, ele acaba achando legítimo aquele ato de perseguir, prejudicar e afrontar a pessoa em questão (BRITO, 2013).

Consequentemente, conforme constatado ao longo do trabalho, segue-se um crime comum, ou pelo menos, tende a ser polido por qualquer um e contra qualquer um, não necessitando de uma qualidade especial das partes. Nesse sentido, nos casos de *stalking* sendo polido em um cenário em que o sujeito ativo e o sujeito passivo tinham uma estreita ligação de afeto ou família, pode ser delineado como violência doméstica e familiar, tendo a opção de aplicar as referidas medidas protetivas na seção anterior.

Ao examinar o tipo retratado no artigo 147-A, Há a percepção que é concebível aplicar a violência psicológica retratada no artigo 7º, inciso II da Lei Maria da Penha, tendo em conta que o *stalker* ensaia uma variedade de comportamentos, que denegrem a integridade mental das mulheres. O artigo 7º, inciso II da Lei nº 11.340/2006 apresenta qualidades de violência psicológica:

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 prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação. (BRASIL, 2006).

Dessa forma, percebendo de forma independente os modos de comportamento que organizam a violência mental, é possível ver que cada um deles é essencial para o

modo de se comportar do *stalker*, exceto para o isolamento. De fato, mesmo o perseguidor pratica a violência mental, por exemplo, quando continua rastreando, rebaixando e controlando as ações da vítima, obrigando, limitando seu direito de viajar em outras cidades e prejudicando seu desenvolvimento (BIANCHINI; BAZZO; CHAKIAN 2021).

De acordo com a "perseguição costumaz", pode-se ver muito bem que o legislador trouxe que a demonstração de opressores tem uma espécie de violência contra a mulher resguardada pela Lei Maria da Penha. Para as motivações por trás da definição, "contumaz" significa insistência ou habitualidade.

De acordo com este ponto de vista, em termos semelhantes, é a formação de perseguição constante, como descrever a perseguição. Diante disso, pode-se ver muito bem que, dada a seriedade do delito, particularmente quando cometido contra mulheres, o legislador fez um tipo independente e mais grave, para repelir com uma punição mais notável o sujeito ativo que comete esse delito.

Posteriormente, quando o legislador caracteriza no ordenamento do artigo 147-A do Código Penal, tende a ser visto que tais verbos se conectam com a violência psicológica, como visto anteriormente. Assim, quando o agente pratica uma lesão psicológica da pessoa em questão, o que provoca uma diminuição de sua confiança, quando restringe sua capacidade de movimento e controla suas ações conjunta com atos persecutórios, projeta a violação do referido dispositivo. Além disso, mais um destaque significativo entre os verbos constantes de violência e que se enquadram no *stalker* é uma vigiância constante. Isso sob o fundamento de que em situações em que o homem não reconhece o fim do relacionamento, ele pode começar a vigiar incessantemente os atos rotineiros da pessoa em questão.

Nessa linha, o *stalker* pode monitorar a casa e o ambiente de trabalho da vítima, bem como ele pode ficar atento aos diferentes lugares que ela visita regularmente e começar a se sentar para que ele continue com seu modo persistente de se comportar (BIANCHINI; BAZZO; CHAKIAN 2021).

Tais modos de comportamento descritos acima acabam por denegrir a saúde mental da vítima, pois passa a viver em condição de cautela, pois percebe que tem alguém assistindo, além do problema mental de ser uma vítima desse tipo de ação. Comparável insulto, ameaça e chantagem, é normal o agente praticar essas violações como uma espécie de vingança, para tentar fazer com que a vítima tenha um relacionamento com ele e, na chance de que ela negue, ele pode tentar tomar medidas para acabar com tudo, entre diferentes maneiras de se comportar como ameaçar se suicidar (BRITO, 2013).

Nessa linha, é possível perceber todo o arranjo de modos de se comportar que são graves por parte do agressor que indignam e causam danos profundos à vítima, essencialmente porque ela acaba mudando sua agenda diária e suas propensões a ficar longe ou tentar fugir daquele que a persegue. Além disso, correspondendo ao conjunto de comportamento abusivo em casa além do mais, a família, é significativamente importante para a condução do abuso do perseguidor em casos específicos.

Os abusos que resultam em ataque físico se enquadram no tipo de violência física, que limita a privacidade ou locomoção, também pode ser chamada de violência de propriedade, quando, por exemplo, o agente bloqueia contas que eles tinham juntos para que a vítima não se mude para outra cidade/estado para que possa manter seus atos persecutórios totalmente com a intenção de continuar o relacionamento.

Comparável à violência sexual, dependendo do caso particular, o agente pode participar de qualquer comportamento que tente restringir as liberdades sexuais de uma mulher e dependendo do caso particular, supondo que ele descubra como abraçar à vítima

através do ato persecutório, pode constrangê-la a praticar demonstrações lascivas com ele. Além disso, como a violência mental e a violência moral estão relacionados, o agente pode procurar a vítima para ofender a sua dignidade. Assim, como visto, apesar dos tipos de violência doméstica e familiar acomodados na Lei Maria da Penha não estão explicitamente voltados para o *stalking*, em casos específicos pode acontecer em conjunto ou se tudo mais falhar originada pela perseguição, o que permite a utilização da lei para ajudar as mulheres que foram vítimas destes crimes, contando a utilização de medidas protetivas como foram exibidas no assunto passado

9.CONCLUSÃO

A violência familiar e doméstica acomodada na Lei Maria da Penha acontece em qualquer conduta que prejudique a vítima feminina. Portanto, é uma espécie de violência que aponta apenas para o sexo feminino como um sujeito passivo, Além disso, envolvendo as pessoas que se consideram mulher. Para que fique organizado, ter algo em torno de um dos três requisitos é importante: que aconteça no clima local; que acontece ou que ocorreu uma conexão próxima entre a pessoa em questão e o agressor ou que ambos tenham um vínculo natural.

Existem cinco tipos de violência doméstica e familiar que podem ser cometidas contra a mulher, que são: físicos, mentais, sexuais, patrimoniais e moral. Não importa o tipo de violência executada contra as mulheres, a violência mental estará continuamente disponível, sob a alegação de que é a premissa de violência física, patrimonial, sexual e moral. Nesse sentido, foi fundamental confirmar se o novo epítome de *stalking* deveria se arranjar em algum tipo de violência doméstica e familiar vista anteriormente, uma vez que é outro delito, ainda existem algumas posições opinativas dessa forma, particularmente ligado à Lei Maria da Penha.

A transgressão de *stalking* é conhecida como "*stalking*" e é retratada como um monte de atos persecutórios, que acontecem de forma persistente e em vários momentos. Para comparecer ao exame da mulher estar sendo seguida, simplesmente analisar a maneira de se comportar do perseguidor. No momento em que ele é rejeito e pratica direto para a pessoa em questão, não inclui tal delito. Mesmo assim, a partir do segundo em que a mulher passa a viver em estado de pavor, há configurado o *stalking*.

O *stalking*, preocupa-se com o conjunto de maneiras de se comportar que são coordenados em um determinado indivíduo e praticado mais de uma vez, os atos persecutórios se desenrolam junto com outros tipos de crimes, contendo o chamado de "progressão criminosa", ou seja, configura os abusos que vai acontecendo junto com outras violações mais graves, que provocam danos a integridade mental da pessoa em questão.

Essas seguintes maneiras de se comportar, na chance de que elas sejam aplicadas em conjunto, eles podem ter um alto potencial de dano à vítima em questão. Sob essa predisposição, pode acontecer junto com o constrangimento, com ameaças e violações contra a honra. Quanto há à prática de *stalking* com constrangimento ilícito, acontece quando o agente busca obrigar a pessoa em questão, por violência ou ameaça, se possível com o perigo quando o agente procura minar, para ameaçar a pessoa em questão. Pode acontecer através do ato de calúnia, injúria e difamação.

Enfim, também pode haver inviolabilidade do lar, em que o *stalker* ataca a casa da vítima contra sua vontade como uma abordagem para o objetivo final que levou ao início da atitude de stalkear. Durante toda a exploração, viu-se que a Lei nº 14.132/2021, que incorporou artigo 147-A do Código Penal condenando *stalking* com o nomen iuris "crime de perseguição" desrespeitou a regra da taxatividade. "reiteradamente", em que deixou margens de incerteza sobre o número de atos persecutório seria importante para atribuir

conduta reiterada, bem como se uma perseguição parcial também se encaixasse nessa teoria.

Da mesma forma, pode-se argumentar que o artigo 147-A compreende uma infração penal de dois núcleos, ou seja, não basta que o agente procure a pessoa em questão, é importante complementação por qualquer um dos verbos para projetar o delito de perseguição. Isso implica que atos persecutórios, sem ajuda de ninguém, não são importantes para praticar o crime de *stalking*, ou seja, é fundamental que o agente busque minando a integridade física ou mental, ou limitando a capacidade de locomover ou atacar ou perturbar a privacidade ou liberdade da vítima.

Além disso, além de ferir o princípio da taxatividade, a irregularidade mencionada anteriormente compreende uma clara norma penal em branco, no que diz respeito à majorante no inciso II do art.147-A que verifica que a pena será ampliada na hipótese de que o delito de *stalking* seja cometido contra uma mulher por causa de sua condição feminina, em que esperado para complementar o padrão por outro, ou seja, determinantes semelhantes do feminicídio.

Com relação ao cumprimento da Lei Maria da Penha, o fim é de que a transgressão de *stalking* é uma espécie de violência psicológica acomodada na Lei Maria da Penha, na hipótese de ser praticado quando o sujeito ativo e passivo tem uma relação de intimidade ou relacionamento familiar.

O Problema do presente trabalho foi respondido, tendo em vista que foi verificado a incorporação do *stalking* como uma espécie de violência mental, considerando que uma vez que é um novo crime, ainda está sendo objeto de conversa doutrinária, tornando importante responder a este problema que foi objeto de dúvida. De qualquer forma, o trabalho acabou ultrapassando a problemática, tendo em vista que a partir do exame

discriminado do tipo penal, a amplitude da norma mencionada anteriormente serão objeto de resposta doutrinária e jurisprudencial.

O Objetivo Geral foi igualmente cumprido, conforme a *stalking* foi dissecado no ponto de vista da Lei nº 11.340/2006 e finalizou sua consideração como uma espécie de violência psicológica, levando em conta que os atos persecutórios pelo sujeito ativo acabam denegrindo a integridade mental da vítima e possui conduta de perseguição praticamente todas as condutas exemplificativas que encarnam a violência mental, exceto o isolamento.

A observação do pesquisador foi que a criminalização de *stalking* como independente, em medida limitada, um desenvolvimento para as mulheres, considerando que de antemão os praticantes do delito mencionado anteriormente foram obrigados a pena máxima de dois meses, através da contravenção e hoje podem lidar com até três anos. Com isso, deu-se a importância e houve discernimento por parte do legislador sobre a seriedade de que a transgressão de *stalking* pode trazer a pessoa em questão, causando dano psicológico. Isso é o que outro discernimento foi, ao chegar além da problemática daquelas previstas no trabalho, merece continuidade sob os focos de novas descobertas controversa. Isso porque, como o delito de *stalking* foi genérico, de vez em quando pode impactar os especialistas jurídicos e ministeriais em exibir a consistência do agente para o cometimento do delito, pois envolve uma transgressão dolosa.

Consequentemente, o trabalho merece ser prosseguido, considerando que o princípio e lei trará posicionamentos que podem ser investigados sob o ponto de vista da Lei Maria da Penha. Dessa forma, recomenda-se que a partir desse achado, o tipo em exame pode ser visto como menos genérico e que as mulheres estejam prontas para distinguir a ocorrência de *stalking* da demonstração do primeiro ato.

REFERÊNCIAS

PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica**: Lei Maria da Penha – 11.340/2006: comentado artigo por artigo. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

DIAS, Berenice Maria. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 5. ed. Salvador: JusPodivm. 2019.

CONTUMAZ. In: DICIONÁRIO Online de Português. [201-?]. Disponível em:
<https://www.dicio.com.br/contumaz/>. Acesso em: 1 jun. 2022. 43

FERNANDES, Maria da Penha. **Sobrevivi**: posso contar. 2. ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

GERBOVIC, Luciana. **Stalking**. 2014. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em:
<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6555/1/Luciana%20Gerbovic%20Amiky.pdf>
Acesso em: 22 maio 2022.

GRECO, Rogério. **Novo crime**: Perseguição – art.147-A do Código Penal. 2021. Artigo publicado no site Rogério Greco. Disponível em:
<https://www.rogeriogreco.com.br/post/nova-lei-de-persegui%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 22 maio 2021.

JESUS, Damásio de. **Stalking**. 2008. Artigo publicado no site Jus.com.br. Disponível:
<https://jus.com.br/artigos/10846/stalking/> Acesso: 14 maio 2022.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral (arts. 1 a 120). 15. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. v. 1.

MILLER, Mary Susan. **Feridas invisíveis**: abuso não-físico contra mulheres. 2. ed. São Paulo: Summus, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SARKIS, Sthephanie Moulton. **O Fenômeno Gaslighting: a estratégia de pessoas manipuladoras para distorcer a verdade e manter você sob controle**. São Paulo: Cultrix, 2019. SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema;

CAPONI, Noemi Cucurullo de. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. **Interface – Comunicação, Saúde, Educação, Botucatu**, v. 11, n. 21, jan./abr. 2007. Disponível em: <https://scielosp.org/pdf/icse/2007.v11n21/93-103/pt>. Acesso em: 8 maio 2021.

SYDOW, Spencer Toth. **Congresso Digital 4.0 - Stalking – MeuCurso**. [S.l.: s.n.], 2021. 1 vídeo (2h10min.). Publicado pelo canal Meu Curso. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=fa9-tjlcJOQ>. Acesso em: 26 abr. 2022.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O Que é Violência Contra a Mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2002

BIANCHINI, Alice; ÁVILA, Thiago. **A Revogação do Artigo 65 da LCP Pela Lei 14.132 Criou uma Abolitio Criminis?** 2021. Artigo publicado no site Consultor Jurídico – Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/opiniaorevogacao-artigo-65-lcp-criou-abolitio-criminis>. Acesso em: 6 maio 2022.

BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. **Crimes Contra Mulheres**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial**. 20º Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

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

BRASIL. Presidência da República. Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 16 maio 2022.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 16 maio 2022.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das contravenções penais. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, 3 out. 1941a. Disponível em: Acesso em: 16 de maio de 2022. 42

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, 24 out. 1941b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 31 maio 2022.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 11.340/2006 - Lei Maria da Penha, 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 16 maio 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Projeto de Lei 1369/2019**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, tipificando o crime de perseguição e dá

outras providencias. 2019. Disponível em:

<https://legis.senado.leg.br/sdleggeter/documento?dm=7924938&ts=1617252079595&disposition=inline>. Acesso em: 16 maio 2022.

BRITO, Ana Letícia Andrade. **Stalking no Brasil**: uma análise dos aspectos psicológicos e jurídico-penais. 2013. 75 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013. Disponível em:

http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/27193/1/2013_tcc_alabrito.pdf. Acesso em: 16 maio 2022.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **“Stalking” ou assédio por intrusão e violência contra a mulher**. [2012?]. Artigo publicado no site Jusbrasil. Disponível em:

<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937129/stalking-ou-assedio-porintrusao-relacao-e-aplicabilidade-das-medidas-protetivas-de-urgencia-em-casos-deviolencia-domestica-e-familiar-contr-a-mulher>. Acesso em: 31 maio 2022.

CASTRO, Ana Lara Camargo de; SYDOW, Spencer Toth. **Stalking e Cyberstalking**: obsessão, internet, amedrontamento. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. (Coleção Cybercrimes). CASTRO, Ana Lara Camargo de;

ASPECTOS RELEVANTES DA ADOÇÃO

GABRIELA FERNANDES DIAS: Graduanda em Direito, Universidade Brasil, Campus Fernandópolis – SP¹³².

Prof(a). ARIANE DE CARVALHO PORTELA VATANABE
(orientadora)

RESUMO: O presente estudo tem o escopo de debater acerca da adoção, mais especificamente, seus procedimentos e formas. Ainda muito se fala sobre a adoção, visto que, infelizmente, o número de crianças em situação de abandono e/ou desamparo é grande, não só no Brasil, mas também em outros países pelo mundo, sendo isso preocupação do universo jurídico. Por meio de revisão de literatura apura-se todo o contexto histórico da adoção, desde os primórdios da civilização até mesmo as considerações a respeito do assunto no cenário contemporâneo. A evolução do direito no que tange a adoção foi grande e de fato sempre procurando atingir o melhor interesse da criança e aos anseios sociais. A legislação específica dá os contornos e regras aos casos, ensejando forma criteriosa ao processo. Estabelece que os processos devam ser assistidos de celeridade, como o cadastro nacional, que facilita localizar os futuros adotandos e promover a habilitação dos indivíduos que buscam adotar.

Palavras-Chave: adoção; criança; acolhimento.

RELEVANT ASPECTS OF ADOPTION

ABSTRACT: The present study has the scope of debating about the adoption, more specifically, its procedures and forms. There is still a lot of talk about adoption, since, unfortunately, the number of children in a situation of abandonment and/or helplessness

132 Contato: fernandesgabriela665@gmail.com

is large, not only in Brazil, but also in other countries around the world, which is a concern of the legal world. Through a literature review, the entire historical context of adoption is verified, from the beginnings of civilization to even the considerations on the subject in the contemporary scenario. The evolution of the law with regard to adoption was great and in fact always looking to achieve the best interest of the child and social aspirations. The specific legislation gives the contours and rules to the cases, giving rise to a judicious form to the process. It establishes that the processes must be attended quickly, such as the national registry, which facilitates locating future adoptees and promoting the qualification of individuals seeking to adopt..

Keywords: adoption; child; shelter

1 INTRODUÇÃO

O instituto da adoção é realidade e acontece por inúmeros motivos pelos quais uma criança não pode ser criada por sua família biológica, sejam eles abandono, maus tratos ou condições financeiras, assim como há casos frequentes de crianças que perdem seus pais e se tornam órfãos.

A atuação do Estado frente à proteção desses desamparados é regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que durante o decorrer do trabalho aos poucos será esmiuçado, ilustrando todo o procedimento, desde a acolhida, o cadastramento e finalmente a adoção.

Foi com a Constituição Federal promulgada no ano de 1988, que o processo de adoção foi fortalecido por meio de amparo legal a um processo amplo e justo. Ficou garantido igualdade de direitos entre os filhos adotados e os biológicos, todo o regramento codificado no Estatuto da Criança e do Adolescente melhorou as condições entre os adotantes e os adotados.

Mais do que a equiparação de direitos entre os filhos, ficou alterada a idade para aqueles que pretendem adotar, que antes era de no mínimo 30 anos, depois passou para 21 e hoje é 18 anos, desde que respeitados os demais requisitos prescritos. Antes da Constituição Cidadã, casais homossexuais não eram reconhecidos como sujeitos de direitos, já que o casamento entre eles não era possível, diferente do que ocorre hoje, tendo a jurisprudência brasileira reconhecido a paridade de direitos.

Com a entrada em vigor da Lei 12.010/2009, ficaram ratificados os regramentos prescritos no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como inovou-se, instituindo cadastramento, tanto no âmbito estadual, quanto nacional, de todas as crianças disponíveis para adoção. Esta lei sustentou ainda mais a ideia de que é o Estado o principal defensor das crianças em situação de abandono e/ou vulnerabilidade, cabendo a ele oferecer todo amparo necessário até a maioridade.

O trabalho do legislador de maneira alguma foi na tentativa de revogar os institutos jurídicos fundados pela lei nº 8.069/90, mas na verdade, fez questão de outorgar melhores mecanismos suficientes para fortalecer a integridade da família originária, bem como de diminuir o tempo em que a criança fica abrigada.

Ainda nesse contexto, o judiciário se torna responsável, em conjunto com as demais instituições do poder público, por desenvolver e promover cursos e programas para àqueles que estejam interessados em adotar, disseminando a adoção, principalmente daqueles grupos que formam um grande número dentro dos abrigos, que são os maiores de três anos, adolescentes, irmãos e deficientes.

O estudo indica que o Brasil possui o cadastro de 4,9 mil menores disponíveis para adoção, em contrapartida existem 42.546 pretensos a adotar uma criança. Mesmo com uma alta demanda de pessoas interessadas em adotar, a adoção não deixou de ser um

processo complexo e demorado, sendo esse, talvez, o motivo pelo qual muitos menores continuam longe de serem recebidos por uma família, pois não há uma forma automática de ligar adotante e adotado, sem antes passar pelo criterioso processo perante as varas da infância. Contudo, são medidas para que sejam as crianças sempre protegidas.

É sabido que o direito, como uma ciência que nunca para de evoluir. A adoção desde os primórdios da civilização humana é recorrente e em cada momento da história, de acordo com os anseios da sociedade, o seu conceito tomou forma diferente, mas sempre persistiu com o objetivo de sempre, acolhimento.

2 CONCEITO DE ADOÇÃO

O dicionário brasileiro da língua portuguesa Michaelis, conceitua que adotar é “seguir ou tomar como critério; escolher, preferir”, ou seja, trata-se um ato pelo qual, mediante a liberalidade conferida, elege aquilo que em seu foro íntimo deseja.

Já órbita jurídica, Pontes de Miranda (2001), ensina que “adoção é o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotando relação fictícia de paternidade e filiação”. Carlos Roberto Gonçalves (2012), defende que “adoção é o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha. ”

É nesse sentido que se entende, que adotar é o fato de que o indivíduo adotante escolhe criar vínculo de filiação com outro indivíduo (adotando).

2.1 NATUREZA JURÍDICA

Nos estudos de Gonçalves (2012), aponta-se, que o conceito de adoção no atual cenário do ordenamento jurídico, é prioridade o melhor interesse da criança, pois é a principiologia que está lançada no Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 43) e no Código Civil Brasileiro (artigo 1625). Aqui, a legislação específica dá os contornos e regras aos casos, ensejando forma complexa ao processo.

Com a promulgação da Constituição Federal no ano de 1988, tornou-se, o instituto jurídico da adoção, um ato cuja sua complexidade se integra de sentença proferida em juízo, assim também previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil em seus artigos 47 e 1619, respectivamente. É assim, que deverá restar observado o interesse geral de ordem pública, não bastando ser mera apreciação civilista simplificada.

2.2 FUNÇÃO SOCIAL DA ADOÇÃO

Objeto de muitos estudos nas áreas jurídico-sociais e da psicologia, ao longo dos anos muito tem se alcançado, buscando simplificar o procedimento e diminuir o abandono na atualidade, conforme explica Francisca Aparecida de Barros Barbosa (2015). O abandono é uma prática não inédita desde a antiguidade até a contemporaneidade, o que já acarretou até um alto número de mortalidade.

No Brasil, foi a Igreja Católica a percussora no processo de acolhimento dos abandonados, baseando-se em seus paradigmas a respeito do batismo e o assistencialismo pregado pela religião, era que os católicos se preocupavam em apara as crianças. Foi assim, segundo Barbosa (2015), que as Santas Casas de Misericórdia tomavam para si a responsabilidade de realizar o acolhimento dos bebês abandonados, dando suporte inclusive por "amas-de-leite".

Dessa maneira, havia margem para a ilegalidade por meio de fraudes e abusos, quando pessoas se valiam dessas condições para venda crianças e outras vantagens indevidas. Logo, o poder público da época na pessoa de Dom João II, fez determinar que a colônia (Portugal) deveria ser a responsável pelo acolhimento. Já em 1927, com a publicação do Código do Menor foi que se criaram os primeiros internatos, onde as crianças permaneciam, sob a custódia do Estado.

3 CONTEXO HISTÓRICO DA ADOÇÃO

3.1 ADOÇÃO NA ANTIGUIDADE

Tainara Mendes (2011), instrui que, a adoção em Atenas, na antiga Grécia, tinha na sua extremista forma a religiosidade. Eram sujeitos do direito de adotar, apenas homens livres e de posses, com idade superior a 18 anos, tendo em vista que mulheres não eram tidas como cidadãs possuidoras de direitos, embora, assim como os homens poderiam ser adotadas. Era possível haver revogação do ato, no caso de ingratição.

Em Roma, houve grande transformação do instituto da adoção. Das formas romanas haviam: a) ad-rogação, um pai de família (maior de 60 anos) adotado por outro pai de família (dezoito anos mais velho que o adotado), aqui, o primeiro é declarado incapaz, inclusive dispondo de seus bens em favor do adotante. b) adoção, propriamente dita, havendo requisito de ser o adotante homem, também com idade maior que 18 anos em relação ao adotando, que passava a integrar a família, porém nesta situação, não poderia, o adotante, ter outros filhos, fossem eles legítimos ou não. c) por testamento, os efeitos se produziam somente com a morte de quem fez o testamento, prescrevendo, assim, nome, herança e até mesmo deuses.

3.2 ADOÇÃO NA IDADE MÉDIA

Escreve Mendes (2011), que nesta época, a adoção caiu em desuso, pois, em virtude do poder que a igreja exercia sobre os seus, tendo se manifestado contra a adoção, dizendo que os indivíduos só deviam ter filhos frutos de seus sangues. No mesmo contexto, também contribuiu para que o instituto enfraquecesse, as crises geradas pelas invasões bárbaras, que assolavam os povos da época.

Barbosa (2015), afirma que no âmbito familiar não havia muito interesse em criar uma relação afetiva com o filho e que a criança era vista como uma maneira de que os adultos na velhice tivessem em quem se amparar. Foi neste marco da história, que a igreja

exercendo seu poder sobre a sociedade, tomou para si a responsabilidade de cuidado das crianças abandonadas.

Na Itália, surgiu a primeira “roda dos expostos”, que logo teve seu modelo grandemente espalhado por toda a Europa. A “roda” se tratava de um dispositivo giratório de madeira, possuindo um vão (janela), suficiente para que a criança fosse colocada dentro deste sistema cilíndrico e abandonada de forma anônima.

3.3 ADOÇÃO NA IDADE MODERNA

No início do século XIX, diz Mendes (2011), que em contrassenso aos romanos, foi no ordenamento jurídico napoleônico que a adoção se fortaleceu, até mesmo garantindo-se codificada, tendo, pois como ideia, conforme conta a história, que Napoleão Bonaparte não poderia ter filhos biológicos, mas carecia de um herdeiro para sucedê-lo.

Na legislação francesa, exigiu-se, como requisitos que o adotante deveria ser maior de 50 anos e o adotando maior de idade. A forma prescrita, ganhou a visão de muito rígida, o que tornou rara a prática adotiva. Tendo, porém, leis posteriores relaxando a alta complexidade dos requisitos, diminuindo a idade e possibilitando mais as adoções.

Em Portugal, influenciado pelo direito romano, o adotante, na adoção, não adquiria o direito de exercer o pátrio poder e para que o adotando pudesse ser sujeito na sucessão, havia a necessidade de que o príncipe desse a devida autorização.

O Brasil, obteve as primeiras legislações sobre adoção no ano de 1828, seguindo os ditames de Portugal. Nessa época, o pedido era submetido ao juiz de primeiro grau, que ouvia os interessados em audiência. A partir daí, abriu-se espaço para que outras disposições normativas contribuíssem para adoção.

3.4 EVOLUÇÃO DA ADOÇÃO NO BRASIL

Gonçalves (2012), conta que com base nos princípios romanos, foi em 1916 no Código Civilista, que se pontuou a intenção de dar continuidade da entidade familiar, vez que casais inférteis não poderiam gerar seus filhos. A legislação editada, ponderou que seria permitido ser adotante, somente os maiores de 50 anos, sem filhos, pois assim poderia se presumir a impossibilidade de ter filhos.

Não obstante, outrora, adotar evoluiu para um caráter ainda maior, de filantropia e humanidade, muito mais que apenas a possibilidade de ter na família, filhos, mas eivar o problema social de grande número de desamparados.

Logo, em 1957 passou a vigorar uma lei, dando permissão para que os maiores de 30 anos, tendo filhos ou não, pudessem adotar, vertendo àquele ponto inicial, em relação aos pais inférteis, mas também possibilitando melhores condições aos menores em condição de abandono, por meio das adoções.

Embora houvessem novas permissões com a edição da Lei de 1957, esta não dava igualdade de direitos entre o filho legítimo e o filho adotado, sendo que o segundo não era sujeito da sucessão.

Nesse ínterim, filhos legítimos ou adotados, conferiram equiparação de direitos, inclusive proibição de diferenciação discriminatória, com a promulgação da atual Constituição no ano de 1988.

4 PROCESSO DE ADOÇÃO

Ao tratar desse assunto, deve deixar esclarecido que o processo de adoção no atual contexto jurídico, é regido pela lei 12010/2009. Com a entrada em vigor da lei, foram muitas as transformações tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto no Código Civil.

Na lei 12010/2009, também denominada Lei Nacional da Adoção, ficou estipulado que os processos devam ser assistidos de celeridade, instituiu um cadastro nacional, de modo a melhor localizar os futuros adotandos e promover a habilitação dos indivíduos que buscam adotar.

Explica Gonçalves (2012), que a lei da adoção estabelecia a regra de que o futuro adotando deveria estar abrigado há pelo menos dois anos, para que então fosse possível a efetivação da adoção. Contudo, uma alteração no Estatuto da Criança e do Adolescente, dada pela nova redação do artigo 19, ensejou o que segue:

“§ 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 3 (três) 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 ou pela colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 18 (dezoito meses), salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017) ”.

Sob este prisma, modificou-se os prazos do acolhimento institucional, visando aprimorar a adoção, conferindo maior facilidade. A lei 13509/2017, também se preocupou em prever o instituto do apadrinhamento, que por sua vez propicia vínculos fora do abrigo, com a finalidade de promover uma convivência familiar e comunitária para que desenvolva melhores sentimentos de sociedade, moralidade, entre outros.

A idade mínima para que um indivíduo possa adotar é 18 anos, conforme estipulou a lei de adoção. Todavia, no dispositivo foi retirada, pelo legislador, a possibilidade de

casais homoafetivos adotarem, tendo previsto na redação do artigo 42, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, a indispensabilidade de que sejam os adotantes casados civilmente ou que convivam em união estável, com comprovação de estabilidade da entidade familiar.

A letra da lei, resplandece o anseio do legislador brasileiro de alijar os casais homoafetivos do rol daqueles indivíduos possibilitados de adotarem, pois impõe a ideia de pai e mãe.

Doutrina Gonçalves (2012), que o argumento é que a Constituição Federal somente reconhece como núcleo familiar aquele constituído por homem e mulher, embora haja inúmeros precedentes julgados que dão o direito a adoção a pessoas do mesmo sexo.

Fica instruído pelo digníssimo professor, o dever de ser decretada a perda do pátrio poder em até 120 dias depois de distribuído o processo de adoção ao juízo competente. Os adotados, assim como seus descendentes, sempre poderão, por direito, acessar aos autos, cujo se deu a adoção e por consequência, também conhecer sua família biológica.

No caso em que crianças ou adolescentes em situação de abandono for indígena, a responsável por promover a substituição da família é a Fundação Nacional do Índio.

Na fila formada pelos indivíduos habilitados, a lei estipula que os brasileiros têm preferência para adotar em relação aos estrangeiros. Dessa forma, quando não haja brasileiros interessados, abre-se então a possibilidade aos estrangeiros que deverão conviver no mínimo 30 dias com o adotando no Brasil.

Outro ponto fortalecido pela legislação, que é de sumo direito de a criança conviver no seio familiar biológico, sendo que a adoção por pessoas externas é uma exceção, após cumpridas as formalidades Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tendo, pois, o conceito de família uma ampliação, proveniente da nova redação dada ao artigo 25 do Estatuto, pela Lei Nacional da Adoção, tratando como família aqueles parentes, cuja criança ou adolescente mantém vínculos afetivos ou por afinidade. Assim, só se permite a adoção após esgotarem as disponibilidades dentre os familiares do círculo de convivência.

É notório, que as alterações na legislação pertinente, buscou proporcionar maior agilidade na adoção. Contudo, ainda se considera necessário conhecer o indivíduo que pretende adotar, por meio de um crivo do artigo 197-A do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Os postulantes à adoção, domiciliados no Brasil, apresentarão petição inicial na qual conste: (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

I - qualificação completa; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

II - dados familiares; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

III - cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

IV - cópias da cédula de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

V - comprovante de renda e domicílio; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

VI - atestados de sanidade física e mental (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

VII - certidão de antecedentes criminais; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

VIII - certidão negativa de distribuição cível. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)”

Além da documentação exigida, é indispensável o estágio de convivência, a menos que seja o caso de que a criança ou o adolescente já esteja sob os cuidados de guarda ou tutela, destacando-se inclusive que a guarda de fato também não afasta a necessidade do estágio.

O indivíduo maior de idade, também pode ser adotado, conforme dispõe a lei 12010/2009, sendo exigível o procedimento judicial, não havendo, portanto, diferenças de nomenclaturas, devendo o processo também levar o nome de adoção. Antes do advento do Código Civil de 2002, era possível proceder à adoção, maior de 18 anos por meio de escritura pública, lavrada por tabelião público, porém as alterações do novo Código, impuseram à submissão do judiciário, também nesses casos, sob a ideia de que toda adoção é de interesse público, carecendo, então, da devida apreciação do poder público, já que a matéria traz consequência não só entre o adotante e o adotado como para terceiros.

4.1 QUEM PODE ADOTAR?

O Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 42 revela que: "Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil". Assim, fica entendido, que as alterações dadas pela lei 12010/2009, garantem que o estado civil do indivíduo, seu sexo ou até mesmo sua nacionalidade não serão objetos para restringirem a adoção. Todavia, não é esclarecido pelo instituto jurídico que a situação financeira e moral do adotante seja tratada com grande sensibilidade no pedido de adoção.

Gonçalves (2012), relata que a capacidade é elemento essencial em qualquer ato jurídico. Na adoção não é diferente, assim, os absolutamente e relativamente incapazes não estão aptos a adotar.

Individualmente, a adoção por pessoa homossexual vem sendo procedida, embora após terem sido desempenhados rigorosos procedimentos para que enseje melhor

interesse à criança ou ao adolescente. A jurisprudência, tem defendido que a condição sexual do adotante não deve ser impedimento quando seja capaz de dar boa formação moral e cultural ao adotando.

Apesar da Lei Nacional da Adoção não reconhecer a possibilidade de casais homoafetivos adotarem, a jurisprudência e doutrina defendem assim como o reconhecimento de uniões estáveis e o casamento civil entre casais de pessoas do mesmo sexo, a adoção por estes.

O artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente faz restrição quanto a adoção pelos ascendentes e os irmãos. Logo, fica impossível a adoção do neto pelo avô, nem mesmo um irmão adotar o outro. Embora não haja restrição quando a possibilidade de tios adotarem sobrinhos, nem mesmo restrição nos vínculos por afinidade, hipótese em que sogros poderiam adotar genros e noras, caso houvesse o falecimento de seu filho, pois sem o falecimento não ocorreria, tendo em vista que os cônjuges se tornariam irmãos.

No parágrafo 5º, do artigo supramencionado, revela-se, então, a situação em que divorciados ou separados judicialmente e os ex-companheiros podem adotar, caso seja comprovado benefício ao adotado e seja possível a guarda compartilhada, nos termos da lei nº 11.698/2008.

A atual legislação não faz menção de modo a vedar a adoção feita por apenas um dos cônjuges ou companheiros de forma separada. Dessa forma, não é necessário a anuência um do outro, pois não é requisito pontuado pelo artigo 1647 do Código Civil.

Para que o casal em conjunto possa adotar, tem-se a inteira necessidade de restar comprovado que haja estabilidade da família, cujo seio familiar proporcione um lar harmonioso e seguro, parágrafo 2º do artigo 42 do Estatuto em apreço.

É objeto do Estatuto da Criança e do Adolescente a adoção *“post mortem”*, caso em que a adoção será passível de deferimento, quando o adotante já houver manifestado sua vontade, porém falecer durante o procedimento. Se o falecido houvesse apenas reduzido a termo o seu pedido perante o órgão judicial, porém não tivesse o procedimento em curso, assim não haveria como a sentença posterior a morte reconhecer a adoção (SILVIO GONÇALVES apud GONÇALVES, 2012).

4.2 QUEM PODE SER ADOTADO?

Ensina Gonçalves (2012), que atualmente tanto os menores de idade, quando os maiores de 18 anos, são sujeitos passíveis de adoção, desde que no rito judicial, ambos os casos regulamentados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para que possam ser adotados, os indivíduos, porém, devam possuir 16 anos de diferença, entre adotante e adotado, é requisito prescrito pelo artigo 42, parágrafo 3º do Estatuto.

5 ESPÉCIES DE ADOÇÃO

5.1 ADOÇÃO INTERNACIONAL

Considera-se adoção internacional o caso em que o requerente que tenha residência habitual em um Estado, cujo integre a Convenção de Haia, promulgada pelo Decreto de 21 de junho de 1999, e deseje adotar uma criança em outro Estado parte da Convenção, é o que descreve o artigo 51 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Já artigo 50, parágrafo 10, aborda o tema em epígrafe, da seguinte maneira:

“Consultados os cadastros e verificada a ausência de pretendentes habilitados residentes no país com perfil compatível e interesse manifesto pela adoção de criança ou adolescente inscrito nos cadastros existentes, será realizado o encaminhamento da criança ou adolescente à adoção internacional. ”

A partir da leitura, é possível concluir que a figura da adoção internacional é objeto do ordenamento jurídico, porém de maneira subsidiária, pois só podem as crianças serem encaminhadas, após verificado que nenhum dos pretensos demonstraram interesse.

Como leciona Gonçalves (2012), o tema adoção por estrangeiro residente ou domiciliado no exterior é bastante polêmico, debatido por muitos, sob o argumento de que pode conduzir ao tráfico de menores ou contribuir para a corrupção, e pela dificuldade em acompanhar menores que se mudaram para o exterior. Outros, por sua vez, defendem zelosamente a preferência por adotantes brasileiros, considerando a adoção internacional uma violação o direito das crianças à identidade.

Não há razão para não aceitar intenções de estrangeiros interessados em adoção e disponíveis para cuidar e apoiar crianças e jovens carentes. (MARIA HELENA GONÇALVES apud GONÇALVES, 2012)

É importante anotar que os estrangeiros residentes no Brasil têm condições iguais aos nacionais, até mesmo se as leis do seu país de origem ignorem o instituto da adoção, já que, por sua vez, o artigo 5º, caput, da Constituição Federal estabelece que não há diferença entre os dois estrangeiros residentes no Brasil e nacionais.

Na hipótese em que os pretensos adotantes residirem ou forem domiciliados fora do país, o estágio de convivência será de, no mínimo, 30 (trinta) dias e, no máximo, 45 (quarenta e cinco) dias, prorrogável por até igual período, uma única vez, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária (artigo 46, parágrafo terceiro, Estatuto da Criança e do Adolescente).

É a Autoridade Central Estadual, o órgão incutido dentro da justiça estadual, com objetivo de garantir o cumprimento das exigências normativas estipuladas na Convenção

de Haia, habilitando os pretendentes residentes fora do Brasil, que se interessam pela adoção internacional e acompanhando os seus processamentos.

O Poder Judiciário do Estado de São Paulo, em particular, criou uma Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional (CEJAI), composta por desembargadores, juízes de 2º grau e juízes titulares da infância e juventude. O intuito é agilizar o processo de adoção internacional, pois assim, conseguem os pretensos adotantes habilitados, um certificado, para adotar em qualquer Vara da Infância e Juventude.

Foi a Portaria da Secretaria de Estado de Direitos Humanos (SEDH) nº 14 de 27/07/2000, que regulamentou no Brasil o credenciamento de Organizações Internacionais atuantes na causa de adoção internacional. Sendo o credenciamento pré-requisito para qualquer processamento perante todas as Autoridades Centrais Estaduais.

5.2 ADOÇÃO A BRASILEIRA

Eduardo Luiz Santos Cabette (2019), conceitua que a adoção à brasileira é caracterizada, na situação em que uma mãe ou em conjuntura familiar faz a entrega de criança a um indivíduo, que fará seu registro como se filho seu fosse, sem antes passar por devido processo judicial de adoção.

Apesar do fato não ser tão raro no cotidiano brasileiro, deve-se deixar bem consignado que a prática é fato típico constante na legislação criminal do país. É o que alude o artigo 242 do Código penal: "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.", com pena cominada de 2 a 6 anos de reclusão. Embora haja previsão legal para o perdão judicial no caso em que restar comprovado que o fato foi praticado por motivo de reconhecida nobreza (artigo 242, parágrafo único).

É inegável dizer que a prática ocorre no país há muito tempo, sendo assim impossível determinar o número de pessoas que passaram a integrar famílias por meio desta adoção. Outro fato é que pela prática ser comum é que o fim dela não está próximo, mesmo que ela ocorra com boas ou más intenções.

A literatura, oferece a ideia de que a adoção ilegal é alternativa mais fácil àqueles adotantes que desacreditam da legislação e do judiciário, é deste modo, em que o fazem, sem temor punitivo ou mesmo ignorância legal, já que na sociedade formada por homens médios, a hipótese não chega a ser conhecida como crime, mas sim como um gesto nobre, que moralmente não detém roupagem criminosa. (CAVALCANTE apud CABETTE, 2013).

Fica sóbria a ideia de que a prática é corriqueira, mas apesar disso o legislador procurou punir aqueles atos revestidos de má intenção e deixando de impor pena ao indivíduo que o fez buscando o bem-estar da criança, que é o que acontece na maioria das vezes, pois como já restou considerado, o indivíduo nem sempre sabe que se trata de um crime. Assim, percebe-se que mais vale garantir o interesse da criança, pois caso a adoção ilegal não acontecesse maiores seriam os riscos e dificuldades enfrentadas

5.3 HOMOAFETIVA

Como já foi citado no presente trabalho, o Estatuto da Criança e do Adolescente sofreu alterações pela lei 12.010/2009. É no seu artigo 42, que se faz menção aos requisitos da adoção, muito embora não esteja elencada nenhuma restrição legal a respeito de casais ou pessoas homossexuais. Vale também frisar, o quanto o ordenamento jurídico, ao tratar da adoção sempre se orienta buscando proporcionar o melhor interesse da criança, é o que bem explana do artigo 43, do Estatuto supramencionado.

Todavia, as escritas produzidas por Isabela Cristo (2015), não deixa esquecer que a sociedade ainda vela por uma heteronormatividade, não digerindo muito bem a ideia de casais e pessoas homossexuais serem habilitadas para o processo adotivo.

Muitas são as questões que estes ponderam, que vão desde supostas influências que impactariam no psicológico e na própria identidade de gênero da criança, até quanto as dificuldades de inserção social, em virtude do preconceito que terão de enfrentar, pertencendo a este seio familiar

Outro ponto controvertido, levantado pelos que são opositores da adoção homoafetiva é revelado pelo artigo 29 do Estatuto em tela: "Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado. "

Contudo, a distorcida interpretação jurídica feita, revela na verdade, um grotesco posicionamento preconceituoso, ao afirmar que seria uma família, de pessoas do mesmo sexo, inadequada, já que ao considerar as evoluções jurídicas tratadas pela possibilidade do casamento e união estável, outorgadas pela jurisprudência pacífica, em pé de igualdade em comparação com os heterossexuais.

Cristo (2015), ainda defende a aplicação do princípio do melhor interesse da criança, dessa maneira dar o direito da criança em viver com uma família, já que comprovada a convivência, entre os parceiros, em união estável, ou o casamento, também oferecem vantagens legítimas ao adotando.

Importante também pontuar nesta altura do trabalho, é que a Constituição Cidadã de 1988, garante igualdade de direitos perante todos, sem opor nada, em razão de sexualidade, é o que se vê no artigo 5º, I: "Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. " Logo, considerar que pessoas homossexuais

não são sujeitas do direito de adotar, afronta fortemente o preceito constitucional, mesmo enumerando as disposições legislativas infraconstitucionais.

Nessa toada, considerando as disposições constitucionais a respeito da família, é possível verificar que os casais homoafetivos estão aptos a serem habilitados ao processo de adoção, em razão de ofertarem o melhor interesse da criança em conjuntura do que reza o artigo 227 da Constituição Federal:

“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. (“Caput” do artigo com redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)”

Além do mais a adoção homoafetiva supre todas as exigências propostas pelo artigo 227, que carregariam os casais homoafetivos, sozinhos, a responsabilidade conjunta da sociedade e do Estado de proporcionar condições dignas de sobrevivência, que em um abrigo, muito provável, não seria possível em razão dos desmandes do Estado e das mazelas sociedade civil. Assim, se conclui, não haver óbice constitucional a respeito da adoção por casais homoafetivos.

Nesse mesmo curso, a Ministra Carmem Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a entidade familiar homoafetiva em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4277 (2011), afirmou:

“Assentada jurisprudência dos tribunais brasileiros, que já reconhecem para fins previdenciários, fiscais, de alguns direitos sociais a união homoafetiva, tenho como procedentes as ações, nos termos dos pedidos formulados, para reconhecer admissível como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo e os mesmos

direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis serem reconhecidos àqueles que optam pela relação homoafetiva. ”

Com isso, é cristalino o revestimento de juridicidade do núcleo familiar homoafetivo e a possibilidade de se habilitarem ao processo de adoção em paridade igualitária aos demais cidadãos, garantindo a possibilidade dos homossexuais passarem pelos mesmos procedimentos que os heterossexuais, sem distinções.

5.4 ADOÇÃO E FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Aqui já ficou relatado, que a preocupação principal na adoção, desde a antiguidade, sempre foi proporcional um ambiente familiar ao indivíduo e garantir a sequência hereditária aos que não poderiam ter filhos.

O objetivo da adoção socioafetiva, segundo escreve Fernanda Amadio Piazza Jacobs Pereira (2020), oficial de registro civil do município de Fernandópolis, Estado de São Paulo, é de estabelecer vínculo, por meio da adoção, com o indivíduo que já convive em situação de filiação de fato, tutelado pela socioafetividade (legal).

Pode se considerar que adoção socioafetiva é um dos avanços do conceito e/ou espécies de adoção, tendo surgido no ordenamento jurídico muito recentemente, depois de um movimento sedimentado pela doutrina e jurisprudência, aquilo que socialmente já estava sendo aceito há muito tempo, embora não o legislador não se preocupou em codificar, apesar dos regramentos constitucionais à cerca do direito da dignidade da pessoa humana.

Assim, Pereira (2020), defende que mais uma vez o poder judiciário vem regulamentar situação que atende aos interesses sociais, já que não há regramento na legislação civil. Fez o Conselho Nacional de Justiça uma normativa, provimento 63/2017 e 83/2019, aptos a delinear os procedimentos do reconhecimento da filiação socioafetiva.

Os institutos da adoção e da filiação socioafetiva muito se assemelham, pois ambas têm a mesma finalidade, garantindo a sua irrevogabilidade assim conferem igualdade de direitos em relação aos filhos biológicos.

Sabendo das similaridades, o que destoa entre a adoção e o reconhecimento da filiação socioafetiva, basicamente é o rito procedimental. Apesar de ambos serem reconhecidos como filhos o reconhecimento socioafetivo corre perante a via extrajudicial perante, diretamente, do cartório de registro civil, já a adoção só pode ocorrer judicialmente, já que a essência da adoção é constituída pela sentença judicial, seguindo todo os requisitos já expostos.

5.4.1 ADOÇÃO PÓSTUMA E SOCIOAFETIVA

Prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, que para adoção após a morte ser deferida, é necessário que tenha o adotante, já tenha se manifestado em juízo a respeito de sua intenção de adotar (art. 42, parágrafo 6º).

Não obstante, a possibilidade de adoção póstuma já é reconhecida, mesmo que o adotante venha a falecer antes do início do processo, se provada for, que o adotante possuía interesse de proceder a adoção, já que mantinha longa afetividade.

O Superior Tribunal de Justiça, acabou por privilegiar mais uma vez o princípio do melhor interesse da criança, dispensando as formalidades prescritas pelo Estatuto citado, conferindo novos direitos, nas hipóteses em que ainda não iniciados os processos de adoção em vida, porém reste comprovado a socioafetividade e/ou afetividade, considerando que o reconhecimento público e social já era um fato. (REsp 1.326.728/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 20/8/2013, DJe 27/2/2014; AgInt no REsp 1667105/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em 14/10/2019, DJe 17/10/2019).

6 CONCLUSÃO

Com o estudo, resta concluído, que a adoção é o procedimento no qual uma criança se torna filho de outro indivíduo, ou seja, pessoas adultas se tornam pais de uma criança gerada por outra pessoa. Sobre esse assunto, prevalece dizer que o afeto é o elo que substitui o sangue, para uma criança que perdeu ou nunca teve a proteção que acaba por receber.

A ação do Estado de amparar crianças e adolescentes é regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que ao longo do trabalho ficou demonstrada toda importância procedimental, desde a acolhida, o cadastramento e finalmente a adoção. A Constituição Federal de 1988, fortaleceu a adoção dando a característica de um processo amplo e justo, garantindo também igualdade de direitos entre os filhos adotados e os biológicos.

O judiciário, por sua vez, usando de suas atribuições, produz em conjunto com as demais instituições do poder público, grandes promoções de cursos e programas para àqueles que estejam interessados em adotar, disseminando a adoção, principalmente daqueles grupos que formam um grande número dentro dos abrigos, que são os maiores de três anos, adolescentes, irmãos e deficientes.

O ordenamento jurídico prioriza o melhor interesse da criança, pois é a principiologia que está lançada no Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 43) e no Código Civil Brasileiro (artigo 1625). Aqui, a legislação específica dá os contornos e regras aos casos, ensejando forma complexa ao processo. Ao longo dos anos muito tem se falado no assunto, buscando simplificar o procedimento e diminuir o abandono na atualidade, pois o abandono é uma prática não inédita desde à antiguidade até a contemporaneidade, o que já acarretou até um alto número de mortalidade.

Na antiguidade a religiosidade era quem dava as cartas sobre o regramento civil. Eram sujeitos do direito de adotar, apenas homens livres e de posses, com idade superior

a 18 anos, tendo em vista que mulheres não eram tidas como cidadãs possuidoras de direitos, embora, assim como os homens pudessem ser adotadas.

Na idade média a adoção quase foi extinta, em razão poder que a igreja exercia, após se manifestar contra a adoção, dizendo que os indivíduos só deviam ter filhos frutos de seus sangues. Também contribuiu para que o instituto enfraquecesse, as crises geradas pelas invasões bárbaras, que assolavam os povos da época.

Na idade moderna, foi no ordenamento jurídico napoleônico que a adoção se fortaleceu, até mesmo garantindo-se codificada, tendo, pois como ideia, conforme conta a história, que Napoleão Bonaparte não poderia ter filhos biológicos, mas carecia de um herdeiro para sucedê-lo.

O Brasil, alinhado aos princípios romanos, em 1916 no Código Civilista, que se pontuou a intenção de dar continuidade da entidade familiar, vez que casais inférteis não poderiam gerar seus filhos. A legislação editada, ponderou que seria permitido ser adotante, somente os maiores de 50 anos, sem filhos, pois assim poderia se presumir a impossibilidade de ter filhos.

Logo, em 1957 passou a vigorar uma lei, dando permissão para que os maiores de 30 anos, tendo filhos ou não, pudessem adotar. Embora houvessem novas permissões com a edição da Lei de 1957, esta não dava igualdade de direitos entre o filho legítimo e o filho adotado, sendo que o segundo não era sujeito da sucessão.

Contudo, foi com a promulgação da atual Constituição no ano de 1988, que filhos legítimos ou adotados, conferiram equiparação de direitos, inclusive proibição de diferenciação discriminatória, com a promulgação da atual Constituição no ano de 1988. A Lei Nacional da Adoção, estabeleceu que os processos devam ser assistidos de

celeridade, instituiu um cadastro nacional, de modo a melhor localizar os futuros adotandos e promover a habilitação dos indivíduos que buscam adotar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. **Instituir e disciplinar a guarda compartilhada**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 set. 2022.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/adotar/>>. Acesso em: 28 set. 2022.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, v. III, 2001, p. 217.

GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família - 9. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, TAINARA. **A evolução histórica do instituto da adoção**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF:28 nov. 2011.Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/26739/a-evolucao-historica-do-instituto-da-adocao>>. Acesso em: 18 set 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva. v.7: Responsabilidade civil. 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva. V.3: Responsabilidade civil. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. Ed. Atual. E amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 14. Ed. - São Paulo Atlas. 2014. - (Coleção direito civil; v. 4)

SILVA, Raquel Antunes de Oliveira. **A adoção de crianças no Brasil: os entraves jurídicos e institucionais**. Disponível em: < <http://www.proceedings.scielo.br/pdf/cips/n4v2/21.pdf>> . Acesso em: 18 set. 2022.

SILVA, Yure Noleto. **Adoção internacional e seus aspectos relevantes destacando caso emblemático**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 17 nov 2017, 04:30. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51029/adocao-internacional-e-seus-aspectos-relevantes-destacando-caso-emblematico>. Acesso em: 18 set. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário. **Perguntas frequentes sobre Adoção Internacional**. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/cij/autoridade-central-estadual/perguntas-frequentes-sobre-adocao-internacional>>. Acesso em 20 set. 2022.

BRASIL. Portaria SEDH nº 14 de 27 de julho de 2000. **Autoridade Central Administrativa Federal**. Disponível em < <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=182357>>. Acesso em: 20 set. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família. 9º edição**. Rio de Janeiro: Editora Forense,2014.

SENADO FEDERAL. **Adoção "à brasileira" ainda é muito comum.** Disponível em: Clique aqui.
Acesso em: 20 set. 2022.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III. 11º edição.** Niterói: Impetus, 2014.

ASSIS, Isabel Fernandes de. **Adoção à brasileira: crime ou ato de amor?** Centro Universitário de Brasília. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/293739/adocao-a-brasileira--crime-ou-causa-nobre>>. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 6.898, de 30 de março de 1981. **Código Penal.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L6898.htm#:~:text=242%20%2D%20Dar%20parto%20alheio%20como,de%20dois%20a%20seis%20anos>. Acesso em: 15 set. 2022.

CRISTO, Isabella. **Adoção por casais homoafetivos e o melhor interesse da criança.** Disponível em: < <https://ibdfam.org.br/artigos/1043/Ado%C3%A7%C3%A3o+por+casais+homoafetivos+e+o+m+elhor+interesse+da+crian%C3%A7a>>. Acesso em: 15 out. 2022.

LUCIA, Carmen. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4277.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/carmen-lucia-uniao-homoafetiva.pdf>> Acesso em: 15 out. 2022.

PEREIRA, Fernanda Amadio Piazza Jacobs. **Adoção e reconhecimento de filiação socioafetiva - Um comparativo entre os institutos.** Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais/335153/adocao-e-reconhecimento-de-filiacao-socioafetiva---um-comparativo-entre-os-institutos>>. Acesso em: 15 out. 2022

DONIZETTI, Tatiane. **Adoção póstuma.** Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2022/06/22/adocao-postuma/>. Acesso em 15 out. 2022

(REsp 1.326.728/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 20/8/2013, DJe 27/2/2014; AgInt no REsp 1667105/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em 14/10/2019, DJe 17/10/2019)

VIOLÊNCIA POLÍTICA DE GÊNERO, O HISTÓRICO DEPRECIATIVO À PARTICIPAÇÃO DAS MULHERES NA POLÍTICA.

CLARA BEATRIZ LIMA TELLES RIBEIRO:
Graduanda em Direito pela Universidade Estácio de Sá¹³³.

Prof(a) CRISTIANE DUPRET
(orientadora)

RESUMO: Este trabalho é o resultado de pesquisa realizada a fim de traçar a linha temporal legislativa, passando por todos os grandes marcos, mulheres e casos emblemáticos que contribuíram e contribuem de forma significativa no combate a violência política de gênero. Durante a história diversas leis foram editadas para que as mulheres tivessem seu acesso ao ambiente político garantido. Entretanto, as representantes eleitas ou aquelas indicadas a cargos, esbarram em diversas situações que impedem o pleno exercício de seus mandatos, não só vivenciados na política, mas que nela ganham ainda mais força pelo histórico depreciativo do país durante toda sua existência. Depois de inúmeros escândalos de desrespeito e crimes políticos das quais essas mulheres vem sendo vítimas, foi promulgada a lei 14.192/21 criminalizando essas condutas que impeçam, obstaculizem ou restrinjam os direitos políticos das mulheres. O objetivo é de demonstrar a eficácia não só para as políticas públicas femininas, mas sim, na construção de um país mais democrático e representativo a partir da igualdade de gênero.

Palavras-chave: política, mulheres, violência, histórico

INTRODUÇÃO

133 Contato: clarabeatrizlribeiro@gmail.com

O presente trabalho é um estudo referente a luta para a garantia dos direitos políticos femininos ao longo da história, até o advento da lei 14.192/21.

Em razão das mulheres terem diversos de seus direitos suprimidos pela sua condição de gênero, principalmente aqueles que sugeriam alguma independência de pensamento e tomada de decisões, e por na política acontecer a mesma situação, com o crescimento em escala dos ataques sofridos por essas mulheres e a relação histórica que tenta ser rompida com a implementação de políticas públicas.

Nesse sentido, foi promulgada a lei 14.192/21, que criminaliza as condutas de qualquer natureza que restrinjam, obstaculizem ou oprimam de quais forma à participação das mulheres na política, em razão de seu sexo.

O principal objetivo desse trabalho é a partir de uma análise histórica de casos de grande notoriedade, por meio da revisão bibliográfica, demonstrar que em diferentes regimes ou séculos, sempre houve a necessidade de que esse tipo de violência fosse duramente reprimido.

A importância da nova lei para as mulheres é equiparada também a importância para a manutenção da democracia e como pode contribuir de uma maneira eficaz para a aplicação de sanções penais aos crimes políticos de maneira mais especificada.

A matéria é justamente a existência de conceituação e estudo do avanço trazido pelas políticas públicas voltadas para as mulheres, para além dessas serem em favor da inserção no cenário político, mas também garantirem a permanência por meio da proteção enquanto representantes de uma minoria, estendendo-se aos crimes virtuais e participações em debates, abrangendo os direitos fundamentais e humanos.

Nasce dessa necessidade na proteção dos direitos, muito específicos à aquelas que estão ou pretendem ocupar algum cargo, ou se apresentam como lideranças sociais, a necessidade também de leis que protejam seu livre exercício.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 O que é violência política de gênero

A lei 14.192/21, trouxe dentre diversas modificações, a conceituação de violência política de gênero, de acordo com o art.3: "Considera-se violência política contra a mulher toda ação, conduta ou omissão com a finalidade de impedir, obstaculizar ou restringir os direitos políticos da mulher." (BRASIL, Planalto, 2021).

Importante ressaltar que dentro do conceito de direito político, podemos relacionar ao conjunto de regras referente a participação popular no processo político, desde o direito ao voto, ao de ocupar cargo público.

"Também conhecidos como direitos de cidadania, os direitos políticos podem ser definidos como o conjunto dos direitos atribuídos ao cidadão que lhe permitem – por meio do voto, do exercício de cargos públicos ou da utilização de outros instrumentos constitucionais e legais – ter efetiva participação e influência nas atividades de governo." (LAURIS HASHIZUME,2020, p.49).

As violências políticas de gênero, podem se dar de diferentes maneiras, se apresentando em questões patrimoniais, sexuais, psicológicas, físicas ou simbólicas, que seguem a regra das demais violências de gênero.

Em levantamento realizado pela Justiça Global, enquanto as mulheres representam a parcela mínima de agressores, quando se trata da quantidade de vítimas de cada sexo à situação é bem diferente, "nos casos em que foi possível identificar o sexo do autor da violência, os homens aparecem em 100% dos casos de assassinatos, atentados e agressões e em mais de 90% dos casos de ameaças e ofensas." (GLOBAL, 2020).

A dinâmica de não reconhecimento da mulher como igual, faz com que sua dignidade seja o principal alvo dos ataques, que como aspecto importante dessa análise é a consideração de que cada grupo social de mulheres, tem uma trajetória diferente que implica no quanto e como são atingidas por esses ataques.

As mulheres são principalmente atingidas pela maneira como se apresentam, na maioria das vezes ridicularizadas por seu corpo, vestimenta ou maneira de agir e se portar. O julgamento se estende até mesmo as tidas como dentro do padrão de beleza estabelecido socialmente, em razão de seu gênero sempre terá quem aponte algum “defeito” e a desqualifique por conta disso.

Recentemente temos visto cada vez mais serem noticiados, algumas dessas muitas maneiras de atingir a presença feminina na política, mas é importante compreender que sempre existiram durante toda história.

A era digital, com a informação na palma da mão, faz com que esses casos sejam cada dia mais expostos, mas em contrapartida onde qualquer um pode ser um criador de conteúdo, a disseminação de falsas notícias em redes sociais, tanto a respeito da vida pública quanto a vida particular de muitas candidatas e parlamentares, que se tornam verdadeiros pesadelos e terminam não só por dificultar o êxito das campanhas, quanto afetar toda estrutura familiar dessas mulheres. Essa inclusive, exemplifica que uma só conduta pode resultar em diversos tipos de violência.

O tema de discussão dentro do âmbito da legislação é novo, mas os malefícios e práticas que agora vem por ele sendo coibidas não são, por isso, a grande importância da lei que traz especificidades as sanções quando ocorre tal crime.

A criminalização da violência de gênero, traz o reconhecimento da extensão de problemas já muito conhecidos pelas mulheres, que se deparam com essas questões

durante toda a vida, agravados pelo ambiente historicamente ocupado em sua maioria por homens e ainda pouco reprimidos de maneira eficaz, mesmo havendo sanções para crimes eleitorais bem semelhantes, mas que não tão específicos.

Nesse tipo de violência muitos direitos são colocados a prova, de maneira velada ou não, isso ocorre porque antes da conceituação trazida pela nova lei, muitos desses, abusos eram interpretados convenientemente, somente como uma acirrada concorrência de candidatos ou pequenas desavenças políticas, aborrecimentos cotidianos, acarretados pelo exercício da influência. Entretanto, a condição determinada das vítimas, nesse caso, a de gênero, ficou clara como motivação para tais práticas.

A violência política é espécie pertencente ao gênero das Violências contra as mulheres, que tem por base atacar a participação da mulher e reprimir, mantendo os velhos conceitos de subjugamento feminino.

De acordo com a Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, adotada pela OEA em 1994) violência contra a mulher é qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado.¹³⁴

Nesse mesmo seguimento, se encontra a violência política, que tem os mesmos efeitos para as vítimas e se apresentam de diferentes formas, semelhante à violência doméstica as vítimas tendem a ser expostas a situações que as fazem vulneráveis perante seus agressores.

¹³⁴ Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Abril/voce-sabe-o-que-sao-direitos-politicos-o-glossario-eleitoral-explica>>. Acesso em: 2021.

Muito se fala das lideranças e representatividade da mulher na política partidária, mas precisamos ressaltar que as líderes ou participantes de movimentos sociais também estão sujeitas a serem vítimas desse tipo de violência.

As perseguições e ameaças nesses casos, geralmente são as mais comuns, mulheres líderes de determinados povos, categorias ou localidades são constantemente intimidadas por terem a capacidade de influenciar.

O objetivo da violência política de gênero é silenciar as influências femininas, calar a voz das que chegaram lá para que outras não pretendam fazer o mesmo, implantar o medo e a percepção de que aquele não é um ambiente feminino.

O perfil do agente nesse tipo de crime pode ser dos mais variados, não somente aqueles que também ocupam cargo público semelhante, mas seus apoiadores, eleitores. O ponto em comum é o incômodo com a presença feminina no poder.

2.2 O histórico de violência política de gênero no Brasil

Para falar de violência política no Brasil é preciso também compreender o contexto histórico que levou a necessidade da criação de mecanismos de combate, o caminho percorrido que levaram a reflexão de meios para garantir o pleno exercício desses direitos.

A partir dessa reflexão, trata-se essa seção, traçando uma linha temporal de opressão e avanços nos direitos femininos em sua totalidade, considerando que diferentes momentos da história contribuíram para o avanço dos direitos políticos especificamente.

Durante anos, em todos os regimes políticos, desde a colonização, pelos quais o país passou, diversas mulheres foram importantes nessa luta. Mulheres brancas, negras, indígenas, de diferentes classes sociais passaram por caminhos bem distintos de discriminação, mas que sempre convergiam na sua condição feminina.

O objetivo desta seção é justamente abordar a violência política de gênero nos diferentes períodos, sob a ótica da exemplificação na história de grandes nomes femininos em cada época, que de alguma forma foram importunadas devido a suas opiniões políticas.

O tratamento de casos concretos, que leva a uma observação sistemática dos processos pelos quais a legislação passou até o presente momento, avanços e retrocessos do cenário político e da participação feminina.

2.2.1 A violência e a participação política feminina no Brasil colônia

No Brasil Colônia não existem muitos registros de participação das mulheres de maneira direta em relação à política, isto porque, a mulher não era considerada sujeito de Direitos, entretanto várias delas tiveram participação importante no processo de colonização, diferentes movimentos que vieram a contribuir para a independência e avanços em pautas na época ainda pouco discutidas. Importante ressaltar, que a participação era restrita as mulheres brancas e da elite, enquanto as demais estavam, obviamente, longe dessa condição.

Nesse período algumas delas tiveram destaque, seja entre os colonizadores ou com os povos colonizados, dentre elas podemos destacadas Bárbaras Heliodora, Chica da Silva e Dandara.

Todas essas, mulheres que muito embora tenham sofrido grande opressão dos meios sociais machistas e escravocratas da época, exerceram grande influência na presença da mulher na sociedade, que fez evoluir todos os direitos.

Além disso ao longo da história as mulheres e seus feitos sofreram um boicote, foram apagados ou não foram dadas a devida importância, não atribuir o crédito a quem é devido em razão de seu sexo é também uma maneira de violência.

A exemplo de grande participação política na época, foi a da Imperatriz Leopoldina, que presidiu o conselho de Estado na ausência de seu marido, assinou uma carta de recomendação ao Imperador para que fosse declarada a independência do Brasil.

A mulher letrada é poliglota, que tinha consciência do cenário político da época e as intenções dos colonizadores, exerceu seu poder político para emancipar o país. Ainda sim, a atitude é pouco lembrada, quando se fala em independente sempre se lembra somente do grito de D. Pedro I às margens do Ipiranga, mas pouco ou nada se fala sobre a influência política de Leopoldina e outras mulheres nesse período.

As mulheres, mesmo sendo exigida postura recatada e com uma figura que deveria agradar aos homens, ainda muito subjugadas a eles, conseguiram ter participado significativa na luta contra a escravidão e outros absurdos.

Após a abolição da escravatura, no novo regime, os homens negros passaram a ser reconhecidos como cidadão para fins eleitorais, enquanto todas as mulheres, negras ou brancas, permaneceram impedidas de votar e serem votadas

2.2.2 As sufragistas e o direito ao voto

Com o surgimento de grupos femininos organizados, ainda pela elite, começam a surgir os primeiros registros de participação mais ativa das mulheres com as sufragistas.

No Brasil, os direitos políticos femininos começaram a ganhar força somente por volta do ano de 1922 com Bertha Lutz, organizadora do primeiro congresso feminista e fundadora da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, ela tinha por objetivo de vida, assegurar à mulher os direitos políticos então já conferidos na Constituição.

” Em 25 de outubro de 1927, o movimento sufragista no Brasil alcançou sua primeira vitória: o reconhecimento do alistamento eleitoral feminino no estado do Rio Grande do Norte. O governador

do estado na época – José Augusto Bezerra de Medeiros – sancionou a lei nº 660, que determinou que pudessem votar e ser votados, sem distinção de sexo, todos os cidadãos que reunissem as condições exigidas.”(BRASIL, História Colonial, 2020).

Coincidência ou não, a lei 14.192/21, mesmo que passados praticamente um século, tem o mesmo objetivo, assegurar a mulher os direitos que já lhe foram conferidos. Um século de muitas lutas e afirmação feminina.

“Celina Guimarães Viana, professora, foi a primeira eleitora a se registrar no Brasil e na América do Sul. Em 25 de novembro de 1927, aos 29 anos de idade, ela fez um requerimento para obter registro como eleitora da cidade de Mossoró (RN). Diversas mulheres e registraram no Rio Grande do Norte e votaram nas eleições municipais do dia 5 de abril de 1928, mas os votos foram anulados porque o Senado não reconheceu o direito de voto das mulheres. Mesmo assim, o movimento sufragista do Rio Grande do Norte ganhou repercussão internacional e entrou para a história.” (POLITIZE, 2021).

Ainda sem o direito ao voto, as sufragistas se organizaram em pequenos partidos políticos, fizeram manifestações e participaram de grandes e importantes movimentos populares.

Quando permitido o voto, em 1932 era necessário ser detentora de bens e estarem autorizadas por homem, nesse caso, seu pai ou marido, para votar ou ser eleita, situação impossível as mulheres, que geralmente não trabalhavam e mesmo quando beneficiárias de heranças, seu patrimônio era sempre administrado por seus maridos. Aquelas que trabalhavam, não possuíam a exigida condição.¹³⁵

135 Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/704329-voto-feminino-foi-conquistado-depois-de-uma-luta-de-100-8-anos/#:~:text=A%20conquista%20do%20voto%20feminino,no%20in%C3%ADcio%20do%20s%C3%A9culo%2020>>. Acesso em: 2021.

Somente em 1934, as restrições ao voto feminino foram eliminadas, a partir daí as mulheres, independente de estado civil ou situação econômica, sem a necessidade de autorização de terceiros, poderia exercer seu direito de eleger seus representantes e serem votadas.

O que faltou foi o rompimento cultural de submissão feminina, a partir daquele momento, a mulher caso se apresentasse contrária à vontade da classe que dominava a política, certamente estaria sujeita a repressão.

Durante esse período, os direitos femininos avançaram também em outras áreas, como a educação e trabalho, o que veio a contribuir para a melhor instrução dessas mulheres e a desconstrução dos antigos paradigmas de que estas não teriam capacidade para ocupar cargos políticos.

2.2.3 Da ditadura aos dias atuais

Com a implantação de um regime político ditatorial e junto o aumento da repressão e cassação dos direitos políticos e de manifestação, ainda sim, as mulheres desempenharam papéis significativos, estiveram à frente de grandes movimentos, chegando a se armar para enfrentar o regime militar.

Dentre elas, Dilma Rousseff, aos 22 anos, estudante de economia da Universidade Federal de Minas Gerais, dirigente da VAR- Palmares, foi encarcerada e torturada no presídio Tiradentes por se opor ao regime. Depois, eleita democraticamente a primeira presidente da república, o mais auto cargo do poder executivo do país.¹³⁶

¹³⁶ Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/dilma-vana>>. Acesso em: 20.10.2021.

O que espanta é que ainda que um acontecimento e outro tenham sido muito distantes cronologicamente, infelizmente não foram tão distintos assim em relação a presença da violência política de gênero.

A primeira representante feminina do poder executivo federal foi também a primeira a ser exonerada por um processo de impeachment, que da maneira como foi conduzido, com todos os xingamentos e desrespeitos proferidos fez se agravar a política misógina presente nas casas legislativas, onde tendem a partir do pressuposto que a lei lhes confere imunidade para expressarem aquilo que bem entendem, estendem a condutas criminosas para com os outros.

Contando uma longa e dura jornada até os dias atuais, onde contamos com o recorde de participação feminina, o maior número de representantes na câmara federal, com 77 deputadas, sendo esta a primeira vez que três delas ocupam a mesa da direção, elas ainda são responsáveis por 25% das propostas na área da saúde e 22% das propostas na área da educação, ainda que expressivo, só ocupam 15% do total das cadeiras.¹³⁷

2.3 A violência política como instrumento de cerceamento do livre exercício dos mandatos das mulheres

Infelizmente, a realidade da política brasileira é cercada de preconceitos, por ter uma maioria não representativa das camadas mais vulneráveis do país. Por esse motivo, tornaram-se corriqueiras as violências sofridas pelas “minorias” geradas pelos demais.

Hoje no Brasil, de acordo com pesquisa realizada pela justiça global

“menos expostas a assassinatos e atentados, as mulheres na política são submetidas a um cenário cotidiano de ameaças, (micro e macro) agressões, humilhações e ofensas. Enquanto o corpo físico do homem é um alvo central de ataque, na lógica do oponente político

¹³⁷ Disponível em: <<https://www.politize.com.br/ditadura-militar-no-brasil/>>. Acesso em: 2021.

que precisa ser eliminado, a baixa representação de mulheres na política e a estigmatização do seu papel levam a uma dinâmica de não reconhecimento das mulheres como iguais, o que faz com que sua dignidade seja o principal alvo de ataques.” (GLOBAL, 2020).

As mulheres são principal alvo dos ataques, o que as impede de prestar um bom serviço dentro das atribuições de seus cargos, além de prejudicarem diretamente suas campanhas. Quando um direito é frequentemente ignorado, torna-se um grande problema dentro daquele nicho.

Quando conseguem furar os bloqueios das violências eleitorais e chegam a cargos dentro dos poderes, não conseguem dar continuidade a suas propostas e projetos por conta do cerceamento dos seus direitos políticos.

Para que haja um trabalho efetivo, principalmente dentro das casas legislativas, é preciso cooperação entre os representantes. É difícil encontrar quem apoie, tanto nas pautas femininas quanto nas que tratam de outros assuntos, mas defendidas por mulheres. Essas por sua vez, para que haja aprovação, trabalham o dobro ou o triplo nas articulações.

Situação tal qual que é desanimadora, estar sempre engessada por conta de paradigmas antigos e insustentáveis, porém, persistentes.

As ameaças e violências físicas, por sua vez, também afetam o direito de liberdade de locomoção das vítimas, que convivem com o medo, precisam de equipes para sua proteção, entre outros artifícios que garantam sua integridade física e de sua família. Essas intervenções dificultam a atuação das representantes, que ao invés de se preocuparem com seus mandatos, que seria o ideal para estarem em paridade de armas para com os demais colegas. O ambiente hostil é aquele que oprime a situação desde o primeiro segundo.

As mulheres eleitas ou candidatas sofreram, no período de 2016 à 2019, aproximadamente 34% das ameaças registradas, 5,8 vezes mais do que a quantidade de representação em cargos eletivos. Quando o assunto são as ofensas, a situação se torna bem pior, pois são vítimas de 76% dos casos registrados no país.¹³⁸

Um exemplo muito claro desse tipo de violência física foi o assassinato da vereadora do Rio de Janeiro Marielle Franco, no ano de 2018. Um crime político, que até hoje, mesmo com a grande repercussão no Brasil e no mundo, não conseguiu ser totalmente solucionado.

Para Mônica Francisco (PSOL), deputada estadual pelo Rio de Janeiro e ex-assessora de Marielle Franco, o ano começou após a execução da vereadora, um crime que, analisa, teve vários significados.

“O principal é que a democracia no Brasil já era percebida pelas camadas populares como muito frágil e [a morte da Marielle] foi uma resposta dos setores conservadores à presença de uma mulher negra, lésbica favelada, política e mãe ocupando um espaço de poder”. (GLOBAL, 2020).

Após a sua execução, os ataques a sua imagem não cessaram, buscando manchar a trajetória da deputada, diversas notícias falsas foram disseminadas. Durante as eleições, quando o discurso de ódio virou palanque político nesse ano, dois candidatos filiados ao PSL rasgaram a placa de rua que homenageava a deputada, personificando a violência. Entretanto, meses depois, os mesmos deputados, Rodrigo Amorim e Daniel Silveira, foram eleitos com 140 mil e 30 mil votos, respectivamente, demonstrando à institucionalização da violência por parte também da população.¹³⁹

¹³⁸ 6 GENEROSO NUMERO. Disponível em: <<https://www.generonumero.media/2018-o-ano-da-violencia-politica-e-da-morte-de-marielle/>>. Acesso em: 20.10.2021

Marielle é o exemplo de que o próprio discurso e a opinião política, se você está nas camadas vulneráveis como estão as mulheres, pode fazer com que você seja morta. Para além disso, independente do seu “lado”, independente daquilo que você julga como correto e da sua ideologia, se você for mulher e estiver na política, está sujeito a sofrer por essa condição.

No que tange à violência política de gênero no âmbito sexual, temos um exemplo recente, que por ter sido registrado por vídeo, foi bastante reproduzido e influenciou, causando uma pressão positiva na promulgação da nova lei. A deputada estadual de São Paulo, Isa Penna, sofreu assédio de um de seus colegas de plenário, quando este passou a mão no seu seio durante uma sessão.

Em decisão histórica, a câmara suspendeu o mandato do deputado por 180 dias, entretanto, houve uma grande resistência por parte de demais parlamentares na aplicação da punição. Nesse ponto é que se dá a importância da discussão dessas condutas, porque ainda que registrada à violência e possível de reconhecimento a qualquer pessoa, houve a resistência para se aplicar as medidas cabíveis ao agressor.

Esses acontecimentos demonstram a necessidade de discussão das pautas que envolvem não só a repressão à violência, mas aquelas que remetem a educação e conscientização, para que não se repitam os mesmos episódios no futuro.

2.3.1 A era dos discursos de ódio e a violência política de gênero

Com cada vez mais a atualidade e esferas das mais diferenciadas se ligando as redes sociais e meios de comunicação digital, se difundiu a cultura do cancelamento, que como já era esperado em um país tão desigual em questões de gênero, tem as mulheres como maiores vítimas, reverberou também no ambiente político. Os discursos de ódio em redes sociais e as falsas notícias se tornaram cada vez mais frequentes e passaram a exercer papel

impeditivo do direito de manifestação e liberdade das mulheres que tem algum tipo de participação política.

De acordo com a iniciativa TretAqui, canal desenvolvido por organizações da sociedade civil para facilitar a denúncia de discursos de ódio, 24% dos casos registrados contra campanhas tiveram como motivo discriminação contra a mulher. Os números refletem um momento de maior intensidade do discurso que ataca minorias políticas.¹⁴⁰

No mesmo ano, Manuela D'ávila, candidata a vice presidência, que em episódio anterior, quando deputada, já havia sido julgada por uma foto que rodou o mundo onde amamenta sua filha na sessão do plenário da Câmara do Rio Grande do Sul. A foto virou um símbolo de resistência política feminina e maternal, mas também foi duramente criticada pelos mais conservadores.

Com o exemplo do que ocorreu nas eleições, Manuela foi ainda mais atacada, evidenciando com esses dois episódios de sua trajetória, que toda violência eleitoral é também política, mas que nem toda violência política é eleitoral.

Passadas as eleições de 2018, a violência política que foi palanque, virou maneira de governar com o considerado governo autoritário, que passou a afetar não só a oposição, mas as mulheres aliadas.

Como meio de manipulação, instaura-se o medo, à violência psicológica tem muitas vezes os ataques morais a aquilo que possivelmente seria a ferida aberta. Basta discordar daqueles que a décadas dão as ordens para se tornar mais uma vítima.

A então líder do governo na câmara, Deputada Joice Hasselmann, depois de ter feito críticas ao partido do qual era filiada (PSL) teve sua aparência atacada por políticos de seu próprio partido, além de ser comparada a um porco e ter diversas montagens feitas com

¹⁴⁰ Disponível em: <<https://www.tretaqui.org/>>. Acesso em 20.10.2021

suas fotos nesse sentido, também recebeu em sua casa uma cabeça de porco acompanhada de um bilhete escrito "vai morrer, ou vai sofrer", "As ofensas no embate político são comuns, mas, enquanto o homem é chamado de ladrão ou de burro, a mulher é atacada por questões pessoais, normalmente relacionadas à aparência e a um suposto descontrole emocional. Então é sempre a gorda, a feia ou a louca, a histérica"¹⁴¹, afirma a advogada Maíra Recchia, secretária-geral da Comissão de Direito Eleitoral da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) São Paulo e integrante da Rede Feminista de Juristas.

Fica fácil compreender que a mensagem é que mesmo que obrigados pela lei a terem cotas femininas nas eleições e incentivo para isso, consideram apenas acessório, não atoa existem as práticas das candidatas fantasmas que atendem a cota dos partidos. /

2.3.2 A ausência de representatividade como ameaça à democracia

O grande problema em questão é que se instala com esses ataques um medo nas mulheres que tem vontade de atuar e contribuir para a política do país, o ambiente se torna hostil a presença das mulheres, totalmente despreparado a receber as mulheres que tem a possibilidade de influenciar de maneira positiva.

Tão despreparado que somente no ano da constituinte de 1988 que foi ser construído um banheiro feminino no plenário da câmara e só em 2016, após 55 anos da inauguração do senado federal foi instalado um banheiro feminino na área comum e as mulheres passaram a poder usar o sanitário dentro do plenário.¹⁴²

141 Disponível em: <<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/04/28/joice-hasselmann.htm>>. Acesso em: 20.10.2021.

142 Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Junho/estatisticas-de-filiados-a-partidos-revela-baixa-participacao-feminina-e-de-jovens-na-politica>>. Acesso em: 19.20.2021

Só se alcança a representação a partir do exemplo e da identificação, dessa maneira, com a aflorada desigualdade de gênero e o preconceito, ficam impossíveis a conquistas de espaços. Por esse motivo, existem diversos movimentos populares, pela afirmação das mulheres dentro da política, que traz desde acompanhamentos educacionais, formando essas mulheres para entender a administração pública e o seu futuro papel. O que não podemos e não deve ser necessário é que essas mulheres precisem estar preparadas para lidar com a violência sem que essa implique em seu dia a dia, porque para isso é necessário educar e reprimir aos agressores.

Em se tratando de um país plural, e de dimensões geográficas e culturas muito diversas, também precisamos tratar a necessidade de representatividade em comunidades menores ou mais carentes, onde poucas políticas públicas do Estado alcançam e os poderosos prevalecem por sua política assistencialista, de maneira que não haja espaço para renovação é tão logo para as mulheres.

Nas cidades do interior a ausência de representação se torna ainda mais corriqueira, pela política ainda ser dominada por famílias, empresários e comerciantes locais que vem a décadas se elegendo ou a aos candidatos que os tem como apoiadores.

Exemplo claro dessa política interiorana, é Damires Rinarlly, única mulher e mais jovem eleita vereadora de Conselheiro Lafaiete – MG, foi alvo de ameaças e perseguição por um cidadão da cidade, que também concorreu ao cargo de vereador, mas que não foi eleito, depois da vereadora ter apresentado proposta de lei que assegura direitos a Transgêneros.¹⁴³

Ainda assim, Damires permanece sendo a voz das minorias em sua cidade, trabalhando com responsabilidade e realizando uma verdadeira revolução na política local.

143 Disponível em: <<https://www.onumulheres.org.br/noticias/onu-mulheres-lanca-18campanha-de-enfrentamento-a-violencia-contras-as-mulheres-nas-eleicoes>>. Acesso em: 21.10.2021

A representação como liderança em partidos políticos também é escassa, o que não condiz com o número de candidaturas, justamente por ainda ser considerada por alguns como somente um número dentro desses partidos e não como uma boa representante e influente, que possa trazer muitos pontos positivos.

Somente 3 dos 30 partidos com representação no Congresso têm presidentes mulheres (PT, PCdoB e Podemos).

“ Os números não condizem com a taxa de filiações: dos 16,7 milhões de filiados a partidos no Brasil, 44% são mulheres, segundo a Justiça Eleitoral. A falta de mulheres em posições de liderança nos partidos resulta diretamente na disparidade de divisão de verba, segundo a professora de Direito da FGV (Fundação Getúlio Vargas) e pesquisadora em gênero e política Ligia Fabris. A dificuldade em acessar os recursos também é considerada um problema para a representação.” (Revista trab. Iniciaç. Cient. UNICAMP, Campinas SP, n. 26, out. 2018.)

Se torna algo totalmente paradoxal que homens que em sua maioria contribuem para a repetição de práticas de assédio, perseguição e assédios sexuais e morais contra as mulheres legislem em favor das mesmas.

A pesquisadora Simone Boró e Andrea Marcondes de Freitas, que investigam a participação das mulheres na política ressaltam que:

“A desigualdade na representatividade por gênero no país, marca perniciososa e generalizada, é refletida no âmbito político pela baixa representação feminina nas esferas decisórias, ou seja, o acesso à política formal para as mulheres não corresponde à sua proporção na sociedade brasileira. A baixa representatividade feminina na obtenção de cargos eleitorais pode ser tida como um reflexo direto da diminuta participação das mulheres nas organizações partidárias brasileiras, pois se os instrumentos partidários não estimulam a igualdade de gênero internamente, o resultado eleitoral não se

apresentaria de modo distinto” (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2019)

Além da propositura da nova lei, que criminaliza essas condutas, os movimentos populares fazem com que a pressão por mudanças ocorra. Nesse sentido, a população é fundamental para dar credibilidade aos mandatos, a confiança depositada pelo povo faz com que as representantes ganhem força em suas pautas e exerçam melhor seu trabalho

A formação da sociedade foi pautada no protagonismo do homem, responsáveis pelas tomadas de decisões, as mulheres terminaram por ter um papel secundário, entretanto, como já apresentado, vieram sem esmorecer, conquistando seu espaço.

A ideia para essa pesquisa e essa seção, nasceu principalmente do Livro escrito pela Deputada Federal Tabata Amaral, a segunda mulher mais votada do país, criada na periferia de São Paulo que hoje ajuda as mulheres em ascensão na política. Aí fica clara a importância da representatividade tão valorizada pela própria deputada, é a possibilidade de sonhar.

Representatividade é inspiração, entender que pode estar onde quiser e como quiser, fazer a diferença e transformar, romper o paradigma é importante para que mais pessoas possam se imaginar em lugares antes muito distantes.

Tabata ressalta brilhantemente em seu livro “Nosso Lugar- O caminho que me levou a luta por mais mulheres na política” o quanto é importante romper o histórico e promover mudanças.

“Quando nós formamos, eu soube que estávamos escrevendo uma história diferente para nós duas. Por meio da educação, estávamos escapando dos abusos e violências que haviam marcado a trajetória das minhas avós e tias. Foi só então que deixei de ter medo de que as histórias das mulheres da minha família se repetissem, de alguma forma, em nossas vidas. e grande destaque.” (AMARAL, Tabata,

Nosso lugar- O Caminho que me levou a luta por mais mulheres na política, 2020).

Além disso fazendo um comparativo com países do mundo inteiro, dos mais diferentes possíveis, demonstrando que o aumento da participação feminina também contribui para melhora dos índices básicos e diminui a ocorrência de corrupções.

Segundo estudo da ONU, o Brasil ocupa o nono lugar de onze, dos países da América Latina sobre direitos políticos femininos.

“Segundo o estudo, a legislação brasileira é frágil e teve baixo impacto porque faltam mecanismos institucionais que garantam sua efetividade e incidência nas condições de competitividade das candidaturas femininas.”

“Eliminar todas as formas de violência contra as mulheres nas esferas pública e privada contribui diretamente para garantir a participação plena e efetiva em todos os níveis de tomada de decisão e realização dos direitos humanos das mulheres. É importante que as pessoas conheçam e reconheçam a violência política, entendam como ela se manifesta e afeta mulheres em sua diversidade e apoiem as vítimas. Mulheres com potencial para realizar contribuições substantivas para a sociedade, conquistar votos e serem eleitas têm sido afastadas dos processos eleitorais por conta da violência enfrentada na política e nas eleições. Isso não pode acontecer. Para reverter este quadro, convidamos todas as pessoas e instituições atuantes nos mais variados campos a se conscientizarem e a se unirem na prevenção e resposta à violência política. É o momento de garantir que as mulheres possam concorrer em pé de igualdade com os homens na corrida eleitoral, no exercício da função pública e na atuação política em defesa de seus direitos nas cidades”, reforça a representante da ONU Mulheres Brasil, Anastasia Divinskaya.

Os índices do Brasil são muito ruins quando se julga igualdade de gênero no cenário mundial, mas se apresentam ainda piores quanto a igualdade na política, as mulheres tornam-se reféns das situações e por isso a importância da lei que combate a esses abusos históricos.

Vários países da América Latina já incluíram em seu ordenamento jurídico leis semelhantes a recentemente implantado no Brasil. A Bolívia por exemplo, foi pioneira e até pouco tempo a única a ter legislação específica sobre o tema, muito à frente dos demais, implantando em 2012 políticas públicas para o combate à violência política de gênero. Nos demais países foram incorporados artigos a legislação de combate à violência contra a mulher as especificidades do tipo na política, outros tem projetos e iniciativas que ainda não foram convertidos em lei.¹⁴⁴

Usando de exemplo a pioneira na discussão, a Bolívia consegue ser um bom parâmetro para demonstrar o quanto a proteção a representatividade é também proteção à democracia. Anos após a promulgação da lei de combate à violência política as mulheres alcançaram a paridade na câmara e a maioria no senado.

A realidade entre a Bolívia e o Brasil é totalmente diferente em muitos pontos, mas o que se busca exemplificar é que o objetivo é o mesmo: a manutenção da democracia por meio da paridade e alternância na representação e na garantia dos direitos políticos. As leis servem para justamente encurtar essa distância entre homens e mulheres no poder.

2.3.3 As mudanças trazidas pela lei 14.192/21

Partindo de uma análise social, a lei estabelece normas para prevenir, reprimir e combater as ocorrências semelhantes às que foram exemplo nessa pesquisa, contribuindo para um país com condições de igualdade também na esfera política, para que haja a igualdade nas propostas que atendam ao mesmo público.

144 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14192.htm>. Acesso em: 19.10.2021

Entretanto, trazendo o histórico legislativo, se difere das demais leis de mesma pauta, por não se tratar de mecanismo que “facilite” a inserção feminina na política, mas garanti-la.

Desde 1995, foram instituídas as cotas eleitorais das candidaturas femininas, entretanto, somente em 2009 se tornou obrigatória fazendo com que haja no mínimo 30% e no máximo 70% de candidaturas de cada gênero nas listas dos partidos. Em 2018, o STF decidiu que 30% do fundo partidário deveria ir para candidatas mulheres e mais recentemente em 2020, o TSE estabeleceu que as mesmas proporções deveriam ser aplicadas as disputas dentro dos partidos, alterando bastante as legendas.¹⁴⁵

Apesar de grandes conquistas, essas leis também padecem da violência política de gênero, isso porque, a maioria das candidatas, por conta de diversos esquemas criminosos, não recebe o financiamento adequado para suas campanhas, é privada do seu direito a tempo em propaganda nos meios de comunicação e não tem apoio da sua base aliada para se elegerem.

Do ponto de vista jurídico, a nova lei acrescenta além da conceituação de tal prática, também dispõe sobre divulgações de conteúdos inverídicos e modificações no código eleitoral no sentido de aumento de pena em quem incorre em tal crime. Faz modificações e complementa as demais, como a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições).

¹⁴⁵ Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2021/09/20/crimes-de-violencia-politica/>>. Acesso em: 20.10.2021

Confere importância a declaração da vítima e aos elementos indiciativos, em razão de muitas vezes, as vítimas apresentarem dificuldade de obter meios materiais de provas, as violências ocorridas em reuniões a portas fechadas, por exemplo.

Assim como ocorre na lei que reprime à violência doméstica, essa disposição do parágrafo único do art.2, faz com que se priorize o imediato exercício do direito violado, entretanto não abre margem para que haja o desrespeito ao contraditório, uma vez que a versão da vítima deve ser acompanhada dos elementos indiciativos.

Em relação aos conteúdos expostos, a lei atinge justamente a produção das fake news, punindo não só aqueles que produzem os conteúdos ofensivos, mas também aqueles que disseminam fatos inverídicos. Abrange também a discriminação que cumula a condição de seu sexo, à sua cor, raça ou etnia e os meios pelos quais ocorrem, passando a observar os casos ainda mais frequentes e com menos visibilidade.

A Violência Política de Gênero passa com o advento da lei 14.192/21, a ser além de um crime comum, que sob o enfoque de ser tratado como o que viola bens jurídicos triviais das pessoas em geral, também como um crime político que visa atingir a configuração ideológica das vítimas e o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, o STF, conceitua como crime político da seguinte forma:

“1. Crimes políticos, para os fins do artigo 102, II, b, da Constituição Federal, são aqueles dirigidos, subjetiva e objetivamente, de modo imediato, contra o Estado como unidade orgânica das instituições políticas e sociais e, por conseguinte, definidos na Lei de Segurança Nacional, presentes as disposições gerais estabelecidas nos artigos 1º e 2º do mesmo diploma legal. 2. “Da conjugação dos arts. 1º e 2º da Lei nº 7.170/83, extraem-se dois requisitos, de ordem subjetiva e objetiva: i) motivação e objetivos políticos do agente, e ii) lesão real ou potencial à integridade territorial, à soberania nacional, ao regime representativo e democrático, à Federação ou ao Estado de Direito. Precedentes” (RC 1472, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, Rev.

Ministro Luiz Fux, unânime, j. 25/05/2016). – RC 1743, rel. Min. Luiz Fux, j. 14.11.2017

O Estado Democrático de Direito se fundamenta na ideia de liberdade de expressão e pensamento, mas esses valores também devem respeitar as particularidades das minorias e não serem escudos para a realização de práticas que ferem o livre exercício dessas camadas.

Embora tratado na Constituição, o crime político precisa de contornos que auxiliem na sua interpretação, a lei 14.192/21 faz esse papel de especificar e delimitar, para que não haja prejuízo a democracia e as garantias já dispostas.

Tendo em vista que como já apresentado, as práticas infelizmente são corriqueiras a outras esferas e não exigem determinada condição do agente. As condutas tipificadas a partir da promulgação da nova lei também incorrem os crimes virtuais e garante paridade de representação entre os gêneros em debates políticos

A criminalização específica, ainda que tenha penas brandas, traz aumento a agravantes quando a vítima for gestante, maior de sessenta anos ou possuir deficiência física e nesses casos se admite a prisão preventiva.

Para que possamos compreender o motivo pelo qual essas penas são agravadas é só levarmos em consideração o grau de vulnerabilidades das vítimas que nos casos especificados as condutas descritas na lei atingem e causam danos muito maiores aos que não estão dentro desses grupos. Pelo motivo da agravante, aumentando-se a pena, é possível que dados os pressupostos legais para tal, gere principalmente efeitos para garantir a conveniência da instrução penal e assegurar a aplicação da lei, situações que recorrentemente obstaculizam a devido prosseguimento de investigações e ações penais que envolvem crimes de violência política.

É crime doloso, exigindo a especial finalidade do agente e formal porque não se exige que tenha essa finalidade sido alcançada.

Outro aspecto que deve ser observado é que o crime de violência política de gênero, assim como todos os crimes eleitorais tem como vítima a sociedade, sendo as mulheres vítimas secundárias do delito. Tem como bem jurídico tutelado a lisura das eleições e a regularidade no exercício do mandato.

Por esta razão, só vem a se configurar quando afronta o Estado Democrático de Direito por meio da violação dos direitos políticos de outrem, sendo tratado e tipificado desta forma somente em decorrência de tal afronta em razão de gênero, devendo se for o caso, ser complementada por outros dispositivos penais as demais condutas perante as ofendidas particularmente para abranger o crime em sua totalidade.

O que deve ter bastante discussão doutrinária é a lacuna deixada pelo legislador que prioriza somente a condição de gênero deixando os demais itens de discriminação como acessórios da conduta ilícita voltada apenas contra a mulher.

Esse aspecto se torna um grande contra da lei uma vez que não é abrangente a todas as minorias representativas na política. Para que fosse completa, seria necessário que o ordenamento protegesse a todos aqueles que de alguma forma são constantemente alvo de violência nesse cenário.

Importante salientar, que o conceito de mulher inclui as transexuais, como já preconiza em relação a lei Maria da Penha e demais dispositivos legais. Não se fazendo necessária a presença de tal descrição na lei, estando pacificado este entendimento.

É crime que não permite acordo de não persecução penal pois está dentro do disposto no art 28-A, inciso X do CPP, "nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo

feminino, em favor do agressor". Apesar de serem crimes contra a sociedade, sendo a ofendida do sexo feminino, enquadra-se na descrição do artigo

O que deve ser observado é que o crime eleitoral de violência política de gênero restringe-se as mulheres, descreve com maior amplitude comportamento que prejudicam sua presença política, mas que já existem no ordenamento jurídico em outros pontos.

Nesse sentido, a jurisprudência deve inclinar-se para que a lei 14.192/21 produza efeitos somente a ameaças do Estado Democrático de Direito, sendo competência para processar e julgar da Justiça Eleitoral.

As modificações na lei são importantes porque a partir das sua implementação e das sanções penais aplicadas, que se dá o caráter punitivo, à aqueles que praticam tal violência, aplicando a coerção a conduta, e o caráter educativo, que desestimula a repetição do crime pelos demais.

É importante ressaltar que como já exposto, a maior parte dos agentes violadores dos direitos políticos das mulheres são aqueles com que as mesmas disputam vagas ou compartilham espaço, que estão inseridos nesses contextos. Com a criminalização específica dessas condutas violentas em relação as mulheres, torna-se possível que estes agentes fiquem inelegíveis, pelo simples andamento de processo na justiça eleitoral.

Essa possibilidade trazida pela mudança com a lei 14.192/21, é um grande diferencial pois pune diretamente e de maneira severa, aqueles que em sua maioria são os responsáveis pela manutenção do ciclo de violência no ambiente político.

Dessa forma, se torna eficaz em combater a sub-representação feminina que é o principal problema dentro do cenário político gerado pela violência de gênero, conforme já explicitado.

A lei, ainda que exija que tenham por vítimas exclusivamente mulheres, consegue estabelecer através de seus artigos, uma “paridade de armas” nas disputas a cargos eletivos e exercício de mandatos, uma vez que o grupo socialmente excluído desse nicho precisa de incentivos para sua permanência.

3. CONCLUSÃO

Conclui-se dessa forma que dado os diferentes tipos de violências sofridas pelas mulheres ao longo da história, os últimos acontecimentos e cenário político brasileiro, a lei 14.191/21 se faz necessária para a garantia dos direitos assegurados pela Constituição e por todo o ordenamento jurídico, de maneira que mantenha assegurado o Estado Democrático de Direito.

Faz importantes pontuações e estabelece mecanismos de proteção, para encurtar o caminho e garantir a pluralidade dos representantes, acompanhando a pluralidade da população, ainda que deixe de observar alguns pontos que não colocam em pauta as mulheres mais atingidas, como as negras e LGBTQIA+.

O problema central trazido nessa pesquisa, qual seja até que ponto a tipificação pode contribuir para o rompimento do histórico de violência, é respondido justamente a partir do estudo social, vez que não há conduta naturalmente delitiva ou pessoa naturalmente criminosa. O objetivo e eficácia da lei estão em serem mecanismos de rompimento de um dos ciclos sociais de violência de gênero.

O benefício para sociedade num todo, diferente do que aconteceu por séculos, está na conscientização e no enfrentamento da violência política de gênero como compromisso firmado do Estado.

De seus próprios caminhos, as mulheres devem ser protagonistas, escreverem a sua própria história e abrirem as portas para que outras também tenham a mesma

oportunidade. É dever do Estado garantir o livre exercício dos direitos políticos e sociais da população e a lei é a forma em que se apresenta essa garantia e pune aos agentes que incorrem em tais práticas, objetivando instaurar uma política com paridade e alternância entre os gêneros.

Ainda é um tema muito novo e os efeitos da implementação da lei, só devem começar a serem vistos daqui a algum tempo, mas é um importante avanço em políticas públicas pela igualdade de gênero e a diversidade das casas legislativas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei 14.192. Estabelece normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher; e altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), para dispor sobre os crimes de divulgação de fato ou vídeo com conteúdo inverídico no período de campanha eleitoral, para criminalizar a violência política contra a mulher e para assegurar a participação de mulheres em debates eleitorais proporcionalmente ao número de candidatas às eleições proporcionais. Brasília, DF. 4 de agosto de 2021.

BRASIL, Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14192.htm>. Acesso em: 2021.

(LAURIS HASHIZUME, 2020, p.49)

GLOBAL. Disponível em: <http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2020/09/Relat%C3%B3rio_Violencia-Politica_FN.pdf>. Acesso em: 2021.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Abril/voce-sabe-o-que-sao-direitos-politicos-o-glossario-eleitoral-explica>>. Acesso em: 2021.

BRASIL, História Colonial. Disponível em:

<http://www.historiacolonial.arquivonacional.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5347&Itemid=460>. Acesso em: 2021.

POLITIZE. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/ditadura-militar-no-brasil/>>. Acesso em: 2021.

BRASIL, CAMEARA DOS DEPUTADOS. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/noticias/704329-voto-feminino-foi-conquistado-depois-de-uma-luta-de-100-8-anos/#:~:text=A%20conquista%20do%20voto%20feminino,no%20in%C3%ADcio%20do%20s%C3%A9culo%2020>> Acesso em 2021.

FACULDADE GETULIO VARGAS. Disponível em:

<<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/dilma-vana>>. Acesso em: 2021.

GENEROSO NUMERO. Disponível em: <<https://www.generonumero.media/2018-o-ano-da-violencia-politica-e-da-morte-de-marielle/>>. Acesso em: 2021.

TRETAQUI. Disponível em: <<https://www.tretaqui.org/>>. Acesso em 2021.

UOL. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/04/28/joice-hasselmann.htm>>. Acesso em: 2021.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Junho/estatisticas-de-filiados-a-partidos-revela-baixa-participacao-feminina-e-de-jovens-na-politica>>. Acesso em: 2021.

BRASIL, ONU Mulheres. Disponível em: <<https://www.onumulheres.org.br/noticias/onu-mulheres-lanca-18campanha-de-enfrentamento-a-violencia-contras-mulheres-nas-eleicoes>>. Acesso em: 2021.

Revista trab. Iniciaç. Cient. UNICAMP, Campinas SP, n. 26, out. 2018. Disponível em:

<<https://www.readcube.com/articles/10.20396%2Frevpibic2620181252>>. Acesso em: 2021

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA. Disponível em:

<http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9323/1/Implementando%20desigualdades_reprodu%C3%A7%C3%A3o%20de%20desigualdades%20na%20implementa%C3%A7%C3%A3o%20de%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas.pdf>. Acesso em: 2021.

AMARAL, TABATA, Nosso lugar, o caminho que me levou a luta por mais mulheres na política. Companhia das Letras, 2020.

BANDEIRA, LOURDES MARIA, Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. ago. 2014. Disponível em:

<<https://www.scielo.br/j/se/a/QDj3qKFJdHLjPXmvFZGsrLq/>>. Acesso em: 2021.

BRASIL, Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14192.htm>. Acesso em: 2021.

GENJURÍDICO. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2021/09/20/crimes-de-violencia-politica/>>. Acesso em: 2021.

BRASIL. Código de Processo Penal. Brasília: Congresso Nacional:2002

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988

CHAKIAN, SILVIA, A construção dos Direitos das Mulheres. Lúmen Juris. 2 edição

RC 1472, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, Rev. Ministro Luiz Fux, unânime, j. 25/05/2016). –
RC 1743, rel. Min. Luiz Fux, j. 14.11.201

ANÁLISE DA OBRA “AS MISÉRIAS DO PROCESSO PENAL” DE FRANCESCO CARNELUTTI: ESTIGMA SOCIAL E HUMANIZAÇÃO DO RÉU

VALFREDO MENDES RIBEIRO:
Graduando (a) em Direito na
Faculdade de Petrolina-PE
(FACAPE).¹⁴⁶

JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO¹⁴⁷

GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA¹⁴⁸

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar a obra “As Misérias do Processo Penal”, que foi escrita por Francesco Carnelutti. Neste livro é demonstrado o drama da Justiça Penal, no olhar de todas as partes do processo. A principal relação dessa obra com a ciência jurídica são os pontos da narrativa que refletem os Direitos Humanos. Com efeito, este trabalho consiste em uma Pesquisa Descritiva e Bibliográfica, realizada precipuamente na área do Direito Processual Penal. Esse Trabalho surge a partir de estudos direcionados ao Projeto de extensão “Direito & Literatura” da FACAPE – Faculdade de Petrolina. Ao final, conclui-se que existe muito preconceito em volta do Réu. Na realidade brasileira é difícil que ele seja visto como uma boa pessoa novamente, a sociedade não confia no sistema de recuperação. Essa é uma realidade trazida de uma falha do próprio sistema de ressocialização do preso, visto que sua função é devolver o indivíduo a sociedade de maneira que possa ter uma vida normal, mas não é o que acontece.

Palavras-Chave: Direitos Humanos. Humanização. Processo Penal.

¹⁴⁶Graduando (a) em Direito na Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE). E-mail: valfredo.ribeiro.24354@aluno.facape.br

¹⁴⁷ Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio, Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia, professora de direito penal e direito constitucional da Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE), advogada.

¹⁴⁸ Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, advogado. Professor de Direito da Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE).

ANALYSIS OF THE WORK “AS MISÉRIAS DO PROCESS CRIMINAL” BY FRANCESCO CARNELUTTI: SOCIAL STIGMA AND DEFENDANT'S HUMANIZATION

ABSTRACT: The aim of this article is to analyze the work “As Misérias do Processo Penal”, written by Francesco Carnelutti. In this book, the drama of Criminal Justice is demonstrated, in the eyes of all parties in the process. The main relationship of this work with legal science is the narrative points that reflect Human Rights. Indeed, this work consists of a Descriptive and Bibliographic Research, carried out mainly in the area of Criminal Procedural Law. This work arises from studies directed to the extension project “Law & Literature” of FACAPE – Faculdade de Petrolina. In the end, it is concluded that there is a lot of prejudice around the Defendant. In the Brazilian reality it is difficult for him to be seen as a good person again, society does not trust the recovery system. This is a reality brought about by a failure of the prisoner's recovery system itself, since its function is to return the individual to society so that he can have a normal life, but that is not what happens.

Keywords: Human Rights. Humanization. Criminal proceedings.

1. INTRODUÇÃO

O Projeto de extensão Direito & Literatura se destina ao estudo e difusão da interdisciplinaridade entre Direito, Literatura, Arte e Cinema. Demonstra-se que com o desenvolvimento de propostas para reflexão acerca do Direito e dos contextos sociais relevantes, expostos através da Literatura e da Arte, os juristas possuem papel de revolução social. Assim, a interdisciplinaridade e interligação de fontes de conhecimento, possibilitam uma compreensão mais eficaz do fenômeno jurídico no seio social.

A aproximação entre Direito, Literatura, Arte e Cinema motivam a reflexão e os seus impactos se dão sobre o âmbito jurídico, de forma que há ênfase nas novas formas de pensar acerca do Direito. Tal persecução deve ter amplitude de preocupação, pois,

apesar da formação do jurista se basear no conhecimento técnico legal, não se pode ignorar o contexto cultural. Busca-se, em suma, uma análise dinâmica, holística e sensível do Direito.

O Projeto é coordenado pela Professora Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro e tem o Professor Guilherme Sabino Nascimento Sidrônio de Santana como colaborador.

2. JUSTIFICATIVA

O Direito & Literatura possibilita a abertura de um novo campo para a realização de estudos e pesquisas jurídicas e difunde, mediante o diálogo entre as comunidades acadêmicas, a reflexão acerca da capacidade da narrativa literária auxiliar os juristas na árdua tarefa de compreender/interpretar/aplicar o Direito, relacionando a ficção com a realidade social e jurídica.

A importância da atividade se materializa na expansão dos horizontes culturais e na ampliação da capacidade interpretativa, bem como da habilidade da escrita (elaboração de textos) de todos os que participarem dos eventos. Também possibilita, uma comunicação entre diferentes disciplinas, sob diferentes olhares, a partir do diálogo entre docentes e discentes da FACAPE – Faculdade de Petrolina, e de outras instituições e interessados em geral.

3. OBJETIVOS

3.1. OBJETIVO GERAL

Este relatório tem o objetivo principal de comunicar as atividades desenvolvidas pelos alunos integrantes do Projeto de Extensão à Coordenadora.

3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Realizar reuniões para a manutenção do projeto e o aprofundamento nos

temas tratados, através da discussão de textos, livros e materiais ofertados;

- Auxiliar na formação crítica e interpretativa dos alunos;
- Promover a integração dos estudantes de Direito com a comunidade acadêmica da região.
- Produção de artigos, capítulos de livros e outros trabalhos acadêmicos. Participação em Congressos e eventos diversos.

4. METODOLOGIA OPERACIONAL

Leitura de material bibliográfico pertinente, identificação de instituições públicas de ensino superior que concordem em viabilizar visitas para promover encontros com seus discentes e atividades voltadas para o incentivo à leitura. As reuniões também podem acontecer de forma remota, conforme necessidade.

A forma de avaliação será a presença nas reuniões, o estudo dos temas levantados para formação humanística relativa ao tema e a participação nos encontros nas instituições públicas (ensino superior).

5. AÇÕES REALIZADAS PELO DISCENTE VALFREDO MENDES RIBEIRO

O projeto foi realizado através de reuniões e discussões sobre a leitura do livro “As Misérias do Processo Penal”, de autoria de Francesco Carnelutti. Foram anotados os pontos principais de cada capítulo, e foi discutida a semelhança do livro com o nosso direito processual penal atual. Tudo foi trabalhado em grupo, com debates e discussões.

6. RESUMO DA OBRA LITERÁRIA ESCOLHIDA

O Livro “As Misérias do Processo Penal” foi escrito por Francesco Carnelutti. Neste

livro é demonstrado o drama da Justiça Penal, no olhar de todas as partes do processo.

O primeiro capítulo retrata a roupa utilizada pelos membros que compõem a Corte: a toga. Isto porque, quando as pessoas leigas pensam em direito, logo vêm à mente essas pessoas. Questiona-se se se trata de uma tradição, visto que não é uma necessidade. E que na corte é necessário autoridade, e quando veste-se a toga, retrata a autoridade da situação em que está sendo vivenciada, separando os magistrados e advogados dos leigos.

O segundo capítulo, por sua vez, traz o olhar do preso no Processo Penal, visto que as pessoas leigas quando pensam em um preso lembram de uma imagem de um homem algemado e de cabeça baixa. O autor traz o preso como o mais pobre de todos os pobres. Traz ainda a diferença entre delinquente e encarcerado, pois o delinquente é aquele que pratica o fato criminoso, e o encarcerado nem sempre, segundo o autor, é o autor do fato criminoso, para o autor, o encarcerado é o necessitado. Também traz em tela a imagem das algemas, que é também um símbolo do direito, pois para o autor o homem acorrentado é o verdadeiro homem, o que o direito faz é revelá-lo. Mas que precisa ser resgatado para que se restabeleça em sociedade.

O terceiro capítulo retrata o advogado como "o grito de ajuda". Ele é o patrono que protege. O acusado se sente como se todos estivessem contra ele e para isso o advogado estará ao seu lado "sobre o último degrau da escada". Para o autor, o advogado veste a toga e colabora para a administração da justiça, mas seu lugar não é no alto, é ao lado do acusado, dividindo a necessidade de pedir e ser julgado.

O quarto capítulo refere-se ao juiz, ao magistrado, que é o topo da escada, não há ninguém acima. Mas para o autor, trata-se de um erro, pois o juiz também é um homem, e se é um homem é também uma parte, não devendo estar e ser tratado como superior especial. Também retrata as partes, que estão frente ao juiz, os sujeitos do processo, com interesses opostos. Ponto importante trazido neste capítulo é que as pessoas leigas

pensam que para ser juiz deve apenas passar pelo concurso e se submeter a certas regras, quando na verdade, o juiz de penal precisa estudar além do direito, a sociologia, antropologia e psicologia, pois são matérias úteis para ter um julgamento mais justo.

O quinto capítulo retrata a parcialidade do defensor, ou seja, do advogado. O ponto questionador deste capítulo é que o advogado não é o raciocinador imparcial, pois precisa convencer o juiz através de premissas aptas a beneficiar o réu.

O capítulo seis é sobre provas no processo penal. Segundo o autor, elas servem para voltar atrás e reconstruir o melhor caminho. Pois errar o caminho resulta em graves danos. Onde cada delito faz resultar muitas informações, documentos, testemunhas. E algumas vezes é difícil apresentar todos os danos quando falta recolhimento devido aos problemas do processo penal. Fala também da testemunha, que é uma prova, é uma posição incômoda e perigosa, sendo submetido a requisição da utilidade pública e o autor ainda considera a mais infiel das provas, "um mal necessário" pois pode ser facilmente alterada.

O capítulo sete retrata o juiz e o acusado. A tarefa de historiador do juiz não está somente em reconstruir o fato, precisa-se ir com cautela e de saber julgar quanto ao crime de fato e quanto aos elementos humanos do caso. Ou seja, é necessário conhecer o *animus* do agente, entender o porquê de aquilo ter ocorrido.

O capítulo oito retrata sobre o passado e o futuro do processo penal onde em continuação ao capítulo anterior, deve-se restaurar o passado do acusado, deve se acompanhar até depois do cumprimento de pena. Ou seja, o homem não estará livre após sair do encarceramento, pois se tornou um "ex-presidiário" e isso estará consigo por toda a vida.

O capítulo nove fala sobre a sentença penal onde retrata que o processo deve ter

um fim, não pode durar eternamente.

E o capítulo dez como forma de complementação do nono, fala sobre a execução da pena, onde a pena não serve apenas para a intimidação, devendo servir também para a remissão do condenado e redimi-lo, quer dizer curá-lo.

O capítulo onze traz o momento da libertação do encarcerado. Traz uma ideia de que o processo não tem fim, visto que no olhar do encarcerado estará em liberdade, porém para a sociedade ele sempre será um ex-presidiário. Então traz a ideia de que aquele que cometeu ato delituoso nunca mudará, o sistema penal não exercerá seu papel de preparar o indivíduo a sociedade novamente, é um grande preconceito.

Por fim, no último capítulo, o doze, o autor retrata sobre o tema além do direito, ou seja, o processo penal não é apenas uma peça para conseguir uma determinação judicial, é também a demonstração humana do direito processual penal, extrapolando os autos e demonstrando que é analisado não só o fato concreto mas sim todo o contexto antropológico que envolve o caso.

7. CONHECENDO O AUTOR DA OBRA

A obra "As misérias do processo penal" é de autoria do jurista italiano Francesco Carnelutti, que foi titular das Universidades de Milão e Roma, além de ter sido um dos mais memoráveis advogados de sua época. Vale ressaltar que o autor da tradução da obra é o Dr. José Antônio Cardinali, advogado criminalista e Professor de Direito Penal.

8. RELAÇÃO DA OBRA LITERÁRIA ESCOLHIDA COM O DIREITO

A Obra Literária "As misérias do processo penal" relaciona-se com o Direito como um todo, visto tratar-se diretamente do processo penal, onde por mais que seja uma obra datada de 1957 (versão original), retrata ainda uma grande realidade no direito processual penal e também no direito processual penal brasileiro. Visto que também no direito

brasileiro o advogado criminalista tem o papel fundamental de dar suporte ao acusado, visto que é direito do réu a sua ampla defesa e contraditório.

Além disso, também vemos no direito brasileiro que o juiz é sempre colocado no pedestal, mesmo não devendo ser tratado desta forma, a realidade é outra. Trata-se de tradicionalismo, visto que a profissão também exige certa tradição e postura, trata-se de um ponto que provavelmente por muito tempo perdurará.

Outro ponto que vem de encontro com o direito processual penal brasileiro é o fato de que existe muito preconceito em volta do fato de um acusado que está saindo do encarceramento. Na realidade brasileira é difícil que ele seja visto como uma boa pessoa novamente, a sociedade não confia no sistema de recuperação do encarceramento brasileiro e ter um ex-presidiário é de certa forma relutante e inseguro para as pessoas. Essa é uma realidade trazida de uma falha do próprio sistema de recuperação do preso, visto que sua função é devolver o indivíduo a sociedade de maneira que possa ter uma vida normal, mas não é o que acontece e muitas vezes quando o indivíduo entra no mundo do cárcere acaba saindo de lá talvez até mais contaminado. Não podemos ser generalistas, mas acontece.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Projeto Direito & Literatura conseguiu disseminar informações sobre a obra “As misérias do processo penal” que por mais que sua origem não seja brasileira, grande parte dos pontos apresentados retratam também a realidade do processo penal brasileiro. Tratando-se então de uma leitura muito rica para a área. Podemos ver pontos como as vestimentas, tratativas entre as partes, juízes, advogados e acusados, dentro de um mesmo contexto que ocorre aqui no Brasil, com a hierarquia, tradicionalismo e preconceitos.

Trata-se então de um livro para o público leigo de forma geral, explicando sobre

o processo penal. O livro tem a intenção de tirar o brilhantismo que é visto no processo penal, trazendo sua realidade e seu verdadeiro drama. Pois ali existe o julgamento de um homem, pelo rito solene do processo penal.

Não é apenas um espetáculo humano, pois os homens em julgamento não são objetos da platéia e sim deve ser visto como homens com defeitos e qualidade como qualquer outra pessoa, com sentimentos, trata-se de atos solenes a fim de trazer o direito ao fato real e devidamente julgado, de forma justa e humana com análise legal, mas também conhecendo a realidade da pessoa.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do Processo Penal*. Tradução José Antonio Cardinalli, 1995, Conan.

ANÁLISE DA OBRA “A REVOLUÇÃO DOS BICHOS” DE GEORGE ORWELL: TOTALITARISMO, AUTORITARISMO E VIOLÊNCIA ESTATAL

VALENA CÂMARA SILVA:
Graduando (a) em Direito na
Faculdade de Petrolina-PE
(FACAPE).¹⁴⁹

JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO¹⁵⁰

GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA¹⁵¹

RESUMO: O objetivo deste artigo é conectar a obra literária “A Revolução dos Bichos” de George Orwell, com a ciência do Direito. A principal relação dessa obra literária com a ciência jurídica são os pontos da narrativa que refletem os Direitos Humanos, mostrando a busca dos animais da fazenda por uma vida melhor, e que por meio de uma revolução conseguem instaurar a forma de governo socialista. Ao longo da narrativa é possível observar que toda revolução traz consigo uma nova ordem jurídica. A obra escolhida mostra como o ordenamento jurídico de uma determinada sociedade, com traços totalitários, é modificado conforme convinha aos líderes. Com efeito, este trabalho consiste em uma Pesquisa Descritiva e Bibliográfica, realizada precipuamente na área dos Direitos Humanos. Esse Trabalho surge a partir de estudos direcionados ao Projeto de extensão “Direito & Literatura” da FACAPE – Faculdade de Petrolina. Ao final, conclui-se que a obra é uma defesa da democracia e um ataque ao autoritarismo e às arbitrariedades. George Orwell fez uma crítica intensa às relações de poder, e como o poder na mão de pessoas erradas acarreta danos irreparáveis.

149E- mail: valenna.silva.23356@aluno.facape.br

150 Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio, Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia, professora de direito penal e direito constitucional da Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE), advogada.

151 Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, advogado. Professor de Direito da Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE).

Palavras-Chave: Direitos Humanos. Poder. Socialismo.

ANALYSIS OF THE WORK "THE ANIMALS REVOLUTION" BY GEORGE ORWELL:
TOTALITARISM, AUTHORITARIANISM AND STATE VIOLENCE

ABSTRACT: The purpose of this article is to connect George Orwell's literary work "Animal Farm" with the science of law. The main relationship of this literary work with legal science is the narrative points that reflect Human Rights, showing the search of farm animals for a better life, and through a revolution they manage to establish a socialist form of government. Throughout history it is possible to observe that every revolution brings with it a new legal order. The chosen work shows how the legal system of a given society, with totalitarian traits, is modified as it suited the leaders. Indeed, this work consists of a Descriptive and Bibliographic Research, carried out mainly in the area of Human Rights. This work arises from studies directed to the extension project "Law & Literature" of FACAPE – Faculdade de Petrolina. In the end, it is concluded that the work is a defense of democracy and an attack on authoritarianism and arbitrariness. George Orwell made an intense critique of power relations, and how power in the hands of the wrong people causes irreparable damage.

Keywords: Human Rights. Power. Socialism.

1. INTRODUÇÃO

O Projeto de extensão Direito & Literatura se destina ao estudo e difusão da interdisciplinariedade entre Direito, Literatura, Arte e Cinema. Demonstra-se que com o desenvolvimento de propostas para reflexão acerca do Direito e dos contextos sociais relevantes, expostos através da Literatura e da Arte, os juristas possuem papel de revolução social. Assim, a interdisciplinaridade e interligação de fontes de conhecimento, possibilitam uma compreensão mais eficaz do fenômeno jurídico no seio social.

A aproximação entre Direito, Literatura, Arte e Cinema motivam a reflexão e os seus impactos se dão sobre o âmbito jurídico, de forma que há ênfase nas novas formas de pensar acerca do Direito. Tal persecução deve ter amplitude de preocupação, pois, apesar da formação do jurista se basear no conhecimento técnico-legal, não se pode ignorar o contexto cultural. Busca-se, em suma, uma análise dinâmica, holística e sensível do Direito.

2. JUSTIFICATIVA

O Direito & Literatura possibilita a abertura de um novo campo para a realização de estudos e pesquisas jurídicas e difunde, mediante o diálogo entre as comunidades acadêmicas, a reflexão acerca da capacidade da narrativa literária auxiliar os juristas na árdua tarefa de compreender/interpretar/aplicar o Direito, relacionando a ficção com a realidade social e jurídica.

A importância da atividade se materializa na expansão dos horizontes culturais e na ampliação da capacidade interpretativa, bem como da habilidade da escrita (elaboração de textos) de todos os que participarem dos eventos. Também, possibilita, uma comunicação entre diferentes disciplinas, sob diferentes olhares, a partir do diálogo entre docentes e discentes da FACAPE – Faculdade de Petrolina, e de outras instituições e interessados em geral.

3. OBJETIVOS

3.1. OBJETIVO GERAL

Este relatório tem o objetivo principal de comunicar as atividades desenvolvidas pelos alunos integrantes do Projeto de Extensão à Coordenadora.

3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Realizar reuniões para a manutenção do projeto e o aprofundamento nos temas tratados, através da discussão de textos, livros e materiais ofertados;
- Auxiliar na formação crítica e interpretativa dos alunos;
- Promover a integração dos estudantes de Direito com a comunidade acadêmica da região.
- Produção de artigos, capítulos de livro, e outros trabalhos acadêmicos.
- Participação em Congressos e eventos diversos.

4. METOLOGIA OPERACIONAL

Leitura de material bibliográfico pertinente, identificação de instituições públicas de ensino superior que concordem em viabilizar visitas para promover encontros com seus discentes e atividades voltadas para o incentivo à leitura. As reuniões também podem acontecer de forma remota, conforme necessidade.

A forma de avaliação será a presença nas reuniões, o estudo dos temas levantados para formação humanística relativa ao tema e a participação nos encontros nas instituições públicas (ensino superior).

5. AÇÕES REALIZADAS PELA DISCENTE VALENA CÂMARA SILVA

- i. Reuniões periódicas entre os alunos partícipes do projeto de extensão, com o fito de traçar estratégias para persecução dos objetivos e Capacitação da equipe para a realização de oficinas e palestras junto à comunidade acadêmica;
- ii. Participei de Minicurso de petição inicial e contestação, na semana acadêmica da FACAPE.
- iii. Participei do Minicurso de Medicina Legal, na semana acadêmica da

FACAPE;

iv. Participação no projeto “Estudos em política e cidadania”, que tem o objetivo de combater a desinformação e incentivar a educação cidadã. O projeto também irá trabalhar na criação de um e-book.

6. RESUMO DA OBRA LITERÁRIA ESCOLHIDA

O livro “A Revolução dos Bichos” de George Orwell (1903-1950), pseudônimo de Eric Arthur Blair, relata a vida dos animais da Granja Solar, em que se sentiam maltratados pelo seu dono, Sr. Jones. Após uma reunião promovida pelo porco, Velho Major, os bichos decidiram fazer uma revolução e mudar a situação da granja.

Influenciados pelo Velho Major, criaram um sistema de pensamento chamado Animalismo. Em um sábado de verão, o Sr. Jones bebeu tanto que esqueceu de colocar a comida dos animais, sendo o estopim para o início da revolta. O Sr. Jones com pavor decidiu recuar e abandonar a fazenda, pois aquele comportamento dos animais fugia do controle.

Logo após a revolução, foram criados sete mandamentos que serviriam como princípios do Animalismo. Os mandamentos, que tinham por finalidade uma vida mais digna e próspera, apresentavam restrições aos animais, como a proibição do consumo de bebidas alcoólicas e a determinação do ódio eminente pelos humanos. Esses princípios eram norteadores para aquela comunidade, entretanto, nem todos os animais gozavam de inteligência, tornando assim, alguns desses princípios um pouco complicados para compreensão.

Houve algumas tentativas de tomar o controle da fazenda por parte dos humanos, mas nenhuma delas obtiveram êxito. Os dois líderes, Bola de Neve e Napoleão, governavam

e buscavam meios para que a fazenda funcionasse de maneira harmônica. No entanto, devido a uma ambição pelo poder, Napoleão faz acusações inverídicas contra Bola de Neve, que defendia sempre aquele lugar.

Bola de Neve acaba sendo expulso da fazenda, e os demais animais são manipulados pela versão contada por Napoleão, considerando Bola de Neve um traidor. Assumindo a liderança, Napoleão tem como seu primeiro feito a ampliação dos negócios da fazenda, realizando negociações com os maiores agricultores daquela região. Esse primeiro feito vai de encontro com um dos sete mandamentos daquela sociedade, uma vez que os humanos eram inimigos dos bichos.

Os porcos estavam inseridos na classe mais alta da fazenda, e após serem questionados sobre o descumprimento dos princípios, justificaram que os mandamentos foram originados por Bola de Neve, que agora era considerado inimigo daquela sociedade. Garganta era um porco bastante persuasivo, e conseguia convencer os animais. Diante dessa situação, houve uma reforma dos mandamentos. A bebida alcoólica foi liberada, desde que não seja consumida em excesso. Os animais não podem matar outros animais, exceto se tivessem motivos.

Não foram só os princípios que houve alterações, o canto do hino ensinado pelo Velho Major passou a ser proibido. Essa cantiga tinha como objetivo a busca por uma sociedade perfeita, entretanto os porcos consideravam que aquele objetivo já havia se consumado. Por unanimidade, Napoleão torna-se líder de fato. Os porcos, por serem mais inteligentes, passaram a morar na casa do Sr. Jones na granja.

Outros ataques dos humanos voltaram a acontecer, tornando a vivência naquela comunidade exaustiva, começando pela mudança da alimentação dos demais animais, que volta a ser com ração, assim como o Sr. Jones fazia. Como o passar do tempo, os demais bichos começam a se questionar se a vida antes era pior ou melhor.

Após olham para dentro da casa que pertenceu ao Sr Jones, e ver que apenas Napoleão desfrutava do luxo, jogava cartas com os homens, donos das fazendas da vizinhança, começam a perceber que a vida animal na Granja Solar era mesmo pior antes da revolução dos bichos, sob o comando do fazendeiro, Sr Jones.

7. CONHECENDO O AUTOR DA OBRA

George Orwell (1903-1950), pseudônimo de Eric Arthur Blair, foi um escritor e jornalista, nasceu na Índia, em 25 de junho de 1903. George teve uma educação inglesa, pois ainda com poucos meses de vida mudou-se para a Inglaterra. Sempre foi um destaque como estudante, e suas primeiras publicações com textos foram ainda na época da escola. Logo após, ele alistou-se na Polícia Imperial da Índia, e prestou serviço durante cinco anos.

Em seguida, Orwell decidiu dedicar-se à literatura e foi aí que ele se encontrou. A sua primeira obra publicada foi “Sem Eira Nem Beira em Paris e Londres”, em 1933. A obra conta suas aventuras pelas ruas de Paris e Londres, onde conviveu com bandidos e mendigos. Mas só no ano de 1945, com a publicação do livro A revolução dos bichos, George Orwell, conseguiu fazer sucesso como escritor, livro esse que foi rejeitado por quatro editores. No mesmo ano da publicação deste livro, ele ficou viúvo e com o desafio de criar o filho Richard Horatio Blair.

As obras mais famosa de George são “A Revolução dos Bichos” e “1984”, caracterizadas pela sátira e distopia. O escritor veio a falecer vítima de tuberculose, em Londres, Inglaterra, no dia 21 de janeiro de 1950, um ano após a publicação do romance “1984”. Devido ao seu falecimento, o autor não vivenciou o grande sucesso do seu livro.

8. RELAÇÃO DA OBRA LITERÁRIA ESCOLHIDA COM O DIREITO

A obra Literária escolhida, mostra a busca dos animais por uma vida melhor, e por

uma revolução conseguem instaurar outra forma de governo, passando a ser um socialismo, onde todos trabalham para o bem do coletivo. Devido à ambição pelo domínio do poder, Napoleão, um dos bichos daquela granja, implanta uma ditadura, onde os animais daquela sociedade não podem mais expressar opiniões, imposto censuras. Após a implementação da ditadura naquela sociedade, os bichos começam a perceber que a revolução não foi uma escolha sábia.

A revolução dos bichos relaciona-se com o Direito, na medida em, que podemos compreender a importância dos direitos fundamentais, com as garantias, para assegurar a dignidade da pessoa humana e proteger os cidadãos diante do poder do Estado.

A Ditadura tem como uma das características a centralização do poder, sem abertura para a participação da sociedade em escolhas do coletivo. Sempre visando silenciar e não dar margem a oposição, para não haver protestos da população. Ademais, o autoritarismo e a violência são marcas desse regime, assim como a censura à imprensa.

Ao longo da história é possível observar que toda revolução traz consigo uma nova ordem jurídica. A obra escolhida mostra como o ordenamento jurídico de uma determinada sociedade, com traços totalitários, é modificado conforme convinha aos líderes.

Em suma, a obra é uma defesa da democracia e um ataque ao autoritarismo e às arbitrariedades. George Orwell fez uma crítica intensa às relações de poder, e como o poder na mão de pessoas erradas acarretando danos irreparáveis.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Projeto Direito & Literatura conseguiu mostrar a importância da leitura, promovendo debates e pesquisas, para fins acadêmicos, elevando o senso crítico, reflexão, desenvolvimento de ideias acerca dos temas abordados nas reuniões e da leitura de obras

literárias.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Talita de. *Ditadura Militar no Brasil*. Politizei, 2021. Disponível em: <https://www.politize.com.br/ditadura-militar-no-brasil/> Acessado em 28 de setembro de 2022.

ORWELL, George. *A revolução dos bichos*. 1. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1945.

RODRIGUES, Natália. *Violações aos Direitos Humanos na Ditadura Militar*. infoescola, 2020. Disponível em: <https://www.infoescola.com/historia/violacoes-aos-direitos-humanos-na-ditadura-militar/> Acessado em 28 de setembro de 2022.