

Uni RV

Universidade de Rio Verde



**FACULDADE DE
DIREITO**

REVISTA JURÍDICA

Ano 10, Número 12, Junho/2022

ELETRÔNICA

ISSN:2177 - 1472

SUMÁRIO

ARTIGOS

A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS FRENTE AOS DECRETOS DA PREFEITURA DE RIO VERDE (GO) DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19/CORONAVÍRUS **04**

Maria das Dores Santana de Barros | Patrícia Spagolo Parise Costa

A FLEXIBILIZAÇÃO DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA FINS DE AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS NO CONTEXTO DA PANDEMIA COVID-19 **16**

Raul Varela Franco Mendes | Patrícia Spagnolo Parise Costa

APLICAÇÃO DA SANÇÃO PENAL AO INIMPUTÁVEL COM EVIDÊNCIAS DE CARÁTER PERPÉTUO: SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA **28**

Sadna Lorraine Gomes Ponte | Linia Dayana Lopes Machado

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE E A RESISTÊNCIA DO RÉU **41**

Giovani Maurício Santos | Ricardo Luiz Nicoli

A PANDEMIA DA COVID-19 E SEUS REFLEXOS NO ENSINO **58**

Helena Maria Campos | Tiago Ferreira Campos Neto

SANDBOX REGULATÓRIO NO BRASIL: mecanismo de estímulo à inovação e ao desenvolvimento econômico **69**

Leonardo Antônio de Almeida | Eumar Evangelista de Menezes Júnior

DISPUTE RESOLUTION BOARD: UMA ALTERNATIVA PARA EVITAR OS LITÍGIOS NOS CONTRATOS PÚBLICOS DE INFRAESTRUTURA **79**

Danielle Barbosa de Oliveira | Paulo Antônio R. Martins

MIGRAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA: OS DESAFIOS DE MIGRANTES E REFUGIADOS NO BRASIL **92**

José Carlos Rosa dos Santos | Carolina Merida

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR: DESAFIOS E PERSPECTIVAS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS **101**

Kárita Oliveira de Sousa | Linia Dayana Lopes Machado

MORTALIDADE POR CAUSAS EXTERNAS EVITÁVEIS: A CRISE DO SUICÍDIO E DO HOMICÍDIO NO SÉCULO XXI NAS DIFERENTES REGIÕES E CULTURAS BRASILEIRAS **116**

Brenda Ferreira Bessa | Linia Dayana Lopes Machado

AUTONOMIA DA VONTADE X SACRALIDADE DA VIDA HUMANA –
EUTANÁSIA

Bárbara Kelly Batista do Nascimento | Caroline Leite Camargo

131

CRIMES CIBERNÉTICOS E O DISCURSO DE ÓDIO CONTRA AS MINORIAS
SEXUAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Laelson Soares Silva | Linia Dayana Lopes Machado

143



A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS FRENTE AOS DECRETOS DA PREFEITURA DE RIO VERDE (GO) DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19/CORONAVÍRUS

Maria das Dores Santana de Barros ¹
Patrícia Spagolo Parise Costa ²

RESUMO: O presente trabalho visou citar a confluência dos decretos municipais emitidos pela Prefeitura Municipal de Rio Verde (GO) com infringência aos direitos e às garantias fundamentais previstos na Carta Magna durante a vigência da situação de pandemia de covid-19 em decorrência do novo coronavírus. Distante do pretense objetivo de exaurir ou questionar a legalidade pura dos decretos assinados, objetivou-se, aqui, discutir a colisão dos atos que, se por um lado visavam a garantia do bem comum, maior, ou firmados sobre a base do interesse coletivo, por outro, atingiram diretamente direitos individuais específicos com reflexos diretos na capacidade de locomoção e trabalho dos indivíduos subordinados aos decretos municipais gerais e específicos e ainda no direito de reunião das massas. Ante a latente necessidade de se regular pontos específicos da vida social e cotidiana da população rio-verdense, sob o pretexto de frear o contágio e a disseminação do coronavírus, não entrando na seara meritológica ou da real necessidade de tais medidas, impôs-se à população medidas constritivas e restritivas, as quais, de longe, atingem em cheio uma série de garantias constitucionais. No fim, verificou-se obrigações de alteração em condutas sociais, até então tidas como normais, assim como alterou-se condutas comerciais habituais. No bojo do trabalho, focou-se o desenvolvimento dos argumentos na análise dos decretos emitidos pelo poder público municipal, atrelado ao que preconiza, de maneira pétreia, a Constituição Federal de 1988, assim como está majorizado nos termos da doutrina dominante. Ainda, na evolução da afabulação desta peça, impreterivelmente ficou delineada a conjuntura meritológica ladeada entre os fundamentos pacificados nos exatos termos dos direitos e das garantias fundamentais do cidadão livre.

Palavras-chave: Decretos municipais. Prefeitura de Rio Verde (GO). Coronavírus. Direitos fundamentais.

THE COLLISION OF FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL RIGHTS IN THE FACE OF THE DECREES OF THE CITY OF RIO VERDE/GO DURING THE PANDEMIC OF COVID-19/ CORONAVIRUS

ABSTRACT: The present work aimed to cite the confluence of municipal decrees issued by the Municipality of Rio Verde (GO) with violation of fundamental rights and guarantees provided for in the Magna Carta during the covid-19 pandemic situation due to the new coronavirus. Far from the alleged objective of exhausting or questioning the pure legality of the signed decrees, the aim here is to discuss the collision of acts that, on the one hand, aimed at guaranteeing the greater common good, or established on the basis of the collec

¹Acadêmica de Direito pela Universidade de Rio Verde (UNIRV). Mestre em Estudos Linguísticos pela Faculdade de Letras da Universidade Federal de Goiás (FL-UFG). Graduada em Pedagogia e especialista em Transtornos de Aprendizagem e em Depoimento Especial a Vítimas de Violência Sexual.

²Orientadora. Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Professora de Direito Constitucional da Universidade de Rio Verde.



tive interest, on the other hand, they directly affected specific individual rights with direct reflections on the mobility and work capacity of individuals subordinated to general and specific municipal decrees and also on the right to assemble the masses. Faced with the latent need to regulate specific points of the social and daily life of the Rio Verdean population, under the pretext of curbing the contagion and dissemination of the coronavirus, not entering the meritorious realm or the real need for such measures, he imposed himself on the restrictive and restrictive measures, which, by far, fully reach a series of constitutional guarantees. In the end, there were obligations to change social conduct, which until then were considered normal, as well as changes in usual commercial conduct. In the core of the work, the development of arguments was focused on the analysis of the decrees issued by the Municipal Public Power, linked to what is steadfastly recommended by the Federal Constitution of 1988, as well as being enlarged in terms of the dominant doctrine. Still, in the evolution of the fabulation of this piece, the meritorious situation sided between the foundations pacified in the exact terms of the fundamental rights and guarantees of the free citizen was unquestionably outlined.

Keywords: Municipaldecrees. City of Rio Verde (GO). Coronavirus. Fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO

Com a declaração da situação de pandemia do coronavírus, pela Organização Mundial de Saúde – OMS, necessitou-se de imediata resposta dos países afim de que se freasse a disseminação da covid-19. No ímpeto de oferecer resposta rápida e convincente por parte do poder público, inúmeros decretos e decisões foram proferidos, em especial, no Brasil, os quais pairam, agora, numa fria análise de, no mínimo, sérias e pesadas dúvidas acerca da validade, ou porque não dizer da 'constitucionalidade', dessas medidas impostas.

É cediço a todos, sobretudo aos operadores do direito, que, apesar de fixa, a lei não é rígida ou ao menos não apresenta rigidez que permeia a imutabilidade. Noutros termos, as leis que regem todos os atos da vida cotidiana e as relações das pessoas a elas submetidas estão atentas às necessidades e variações sociais e contemporâneas. Essa atenção da lei às constantes mutações precisa ser efetiva de maneira a, de um ponto, atender a todas as demandas existentes à época de sua edição e, de outro, àquelas vindouras em situações passíveis de previsibilidade e, também, àquelas que, apenas por não poderem ser previstas, encontram enalço na extensão da interpretação da lei, e é justamente neste ponto que serão inseridos os termos apresentados neste artigo.

O certo é que, no que tange a previsões específicas da legislação vigente, há os chamados direitos fundamentais pétreos. Essas garantias dão ar de imutabilidade e irrenunciabilidade de dados direitos e garantias individuais. Todavia, como suscitado anteriormente, apesar de fixos, não há rigidez que torne tais direitos impossíveis de serem alterados e/ou suprimidos, se for o caso, haja vista estarem previstas situações específicas, nas quais os direitos fundamentais individuais podem ser suplantados com fulcro na garantia dos direitos fundamentais coletivos, esta exceção merece destaque de análise, ainda mais quando se trata de situação excepcionalíssima como a questão pandêmica a qual todos estão submetidos nos últimos tempos.

Com base nesta premissa, o presente trabalho estabelece um paradoxo entre os direitos fundamentais individuais, ladeados pela sua premissa basilar da imutabilidade e irrenunciabilidade, e a necessidade de se estabelecer regras que visassem à proteção de um direito maior ou de um bem-estar maior, vislumbrando a garantia dos direitos fun-

³As cláusulas pétreas são limitações materiais ao poder derivado reformador e têm por finalidade básica preservar a identidade material da Constituição, proteger institutos e valores essenciais e permitir a continuidade do processo democrático (NOVELINO, 2009).



damentais coletivos e, num ponto além, a subordinação e a supressão de alguns direitos fundamentais individuais em detrimento de interesse e bem-estar coletivos maiores.

Tal paradoxo trará como base uma análise do previsto constitucionalmente em contraponto com normas de vigência limitada estabelecidas através dos decretos municipais publicados pela Prefeitura Municipal de Rio Verde (GO), visando questionamentos que, na essência, guiarão este trabalho: qual a legalidade e a legitimidade do cerceamento da liberdade de ir e vir e quais as práticas econômicas dos cidadãos livres no contexto da pandemia? Se verificada a legalidade e a legitimidade destas ações de cerceamento, qual a responsabilidade do Estado na manutenção do direito à vida (sustento, trabalho, etc.) no que tange a estas pessoas que foram impedidas de laborarem para seu sustento? Por fim, ante a uma pretensa deficiência estatal em suprir as necessidades de saúde vislumbradas pela população, há então outra medida constritiva que possa ser legalmente adotada pelo Estado no âmbito do isolamento social?

Tais questionamentos serão, ainda que subjetivamente, abordados e explanados no corpo deste estudo, com fundamentos através de uma análise metodológica das leis, dos decretos e das normas que insurgem no ordenamento jurídico e que pertinem ao tema.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS LEIS N. 13.979 DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020 E N. 14.035 DE 11 DE AGOSTO DE 2020

A Constituição Federal de 1988, em seu Título II, trouxe os chamados Direitos e Garantias Fundamentais, subdivididos em cinco capítulos. No primeiro deles, estão elencados, no artigo 5º da Carta Magna, os denominados direitos individuais e coletivos, delineados como aqueles ligados à pessoa humana e à sua personalidade, como, por exemplo, a vida, a igualdade, a dignidade, a segurança, a honra, a liberdade e a propriedade. Com destaque:

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:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...]

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

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;

[...]

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

[...]

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

[...]

XXII - é garantido o direito de propriedade. (BRASIL, 1988).



No capítulo seguinte, positivado no artigo 6º e nos seguintes, está a previsão de que o Estado deve garantir as liberdades positivas aos indivíduos. Esses direitos são referentes à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social, ao lazer, à segurança, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados.

Em seguida, estão positivados os chamados direitos de nacionalidade. Os direitos políticos, também, estão positivados, extraíndo-se o delineado no artigo 14 da Constituição Federal de 1988. Chegando ao artigo 17, verifica-se a previsão dos direitos ligados à existência, organização e participação em partidos políticos.

Os direitos e as garantias são inerentes ao ser humano e em momento algum podem ser considerados como moeda de troca ou benesse do Estado. Os direitos humanos têm característica descrita como bidimensional, pois por um lado tem um ideal a atingir, que é a conciliação entre os direitos do indivíduo e os da sociedade; e por outro lado, assegurar um campo legítimo para a democracia (REALE, 1986).

Os Direitos Fundamentais, ou Liberdades Públicas ou Direitos Humanos são definidos como um conjunto de direitos e garantias do ser humano institucionalização, cuja finalidade principal é o respeito a sua dignidade, com proteção ao poder estatal e a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, ou seja, visa garantir, ao ser humano, o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e a dignidade, para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Esta proteção deve ser reconhecida pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais de maneira positiva (MORAES, 1999).

Para Mello (1996) as principais características dos direitos fundamentais são a historicidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade, a inviolabilidade, a universalidade, a concorrência, a efetividade, a interdependência e a complementaridade. Em termos gerais, os direitos fundamentais são aqueles elencados na Carta Magna e que não podem, sob aspecto algum, serem destituídos do cidadão que goze de plenos e amplos direitos. Possíveis alterações no status de liberdade no gozo desses direitos devem ser constitucionalmente fundamentadas, sendo vedada pela própria Constituição Federal a infringência desta condição em situação de 'normalidade'.

No contexto, em 6 de fevereiro de 2020, o Presidente da República, após aprovação do Congresso Nacional, sancionou a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, responsável pelo surto de 2019. Tal legislação, de pronto, trouxe, na inteligência de seu artigo 3º, as medidas que as autoridades poderiam adotar, no âmbito de suas competências, para o enfrentamento da pandemia, a qual previa, dentre outras: isolamento, quarentena, realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas ou tratamentos médicos específicos, uso obrigatório de máscaras de proteção individual, estudo ou investigação epidemiológica, exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver, restrição excepcional e temporária de entrada e saída do país e locomoção interestadual e intermunicipal por rodovias, portos e aeroportos.

Além de estabelecer estas normas, e outras, de caráter obrigatório em todo o território nacional, tal legislação ainda abriu a possibilidade de que, em algumas situações, os

⁴ Quer dizer que os direitos são criados em um contexto histórico e que quando positivados na Constituição se tornam direitos fundamentais.

⁵ Não prescrevem, ou seja, não se perdem com o decurso do tempo, sendo, portanto, permanentes.

⁶ Não podem ser renunciados.

⁷ Não podem ser desrespeitados por nenhuma autoridade ou lei infraconstitucional, sob pena de responsabilização civil, penal ou administrativa.

⁸ São dirigidos a todo ser humano em geral sem restrições, independente de sua raça, credo, nacionalidade ou convicção política.

⁹ Podem ser exercidos vários direitos fundamentais ao mesmo tempo.



entes federados tivessem competência suplementar afim de que, dentro de sua realidade específica e de cada caso concreto, estabelecesse normas complementares para o enfrentamento da pandemia.

Após, em 11 de agosto de 2020, foi sancionada a Lei nº 14.035, que alterou a Lei nº 13.979 e dispôs sobre procedimentos para aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

3 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PUBLICAÇÃO DOS DECRETOS PELA PREFEITURA MUNICIPAL DE RIO VERDE

Ante a situação de pandemia da covid-19/coronavírus, inúmeros foram os entendimentos e as normativas alterados com o fito de estabelecer novas normas que atendessem à imprevista nova realidade/demanda social.

Uma enorme e intensa divergência de posicionamento quanto ao enfrentamento do coronavírus entre os entes da Federação tornou-se questão judicial quando estados e municípios passaram a adotar medidas específicas de enfrentamento à doença (fechamento de estabelecimentos comerciais, limitação da liberdade de locomoção de pessoas e transportes intermunicipais e interestaduais), mesmo fugindo do regramento legal neste assunto e ainda, em alguns casos, indo de encontro com normas federais estabelecidas pelo Ministério da Saúde, excetuando-se, todavia, aquelas situações nas quais a legislação federal pátria positiva a possibilidade de os entes federados agirem de acordo com sua realidade social no combate à covid-19, agindo na contramão da Lei Maior.

Nesta senda, o poder judicante manifestou-se reiteradamente alterando previsões e entendimentos e, em uma dessas manifestações, firmou entendimento de que estados e municípios teriam competência concorrente para definirem regras de isolamento e as demais ligadas à situação pandêmica. Assim, passaram-se os estados e municípios a editarem normas, através de decretos de abrangência territorial limitada, que alteraram a conduta social da população e é neste ponto que começaram a surgir questionamentos quanto à validade e à legalidade das normas impostas.

Ainda no que concerne a Legislação Federal, cabe citar a ADI 6431, que teve por objeto aspectos da Lei Federal 13.979/2020, editada logo quando do início do processo de proliferação da pandemia no Brasil, e que instituiu diversas medidas para o enfrentamento da pandemia. Ademais, o presidente da República ajuizou a ADI 6.764. Nesta ADI, afirmou-se que os governos locais não poderiam adotar medidas restritivas à liberdade econômica por ausência de amparo legal e constitucional. Outrossim, firmando a competência dos entes federativos em relação às medidas de enfrentamento coronavírus, Alexandre de Moraes, por meio da ADPF672, assinalou que o Governo Federal não pode "afastar unilateralmente" as decisões de executivos locais sobre as medidas adotadas de enfrentamento a pandemia.

Com atenção especial aos decretos publicados pela Prefeitura Municipal de Rio Verde, necessário se faz mencionar determinadas normas publicadas que alteraram condutas sociais e, num sentido estrito, de uma fria análise, infringem os direitos fundamentais. Senão vejamos, com trechos em destaque:

¹⁰ Determina a atuação do poder público para garantir a efetivação dos direitos e das garantias fundamentais, usando, quando necessário, meios coercitivos.

¹¹ As previsões constitucionais e infraconstitucionais não podem se chocar com os direitos fundamentais.

¹² Devem ser interpretados de forma conjunta, com o objetivo de sua realização absoluta.

¹³ Artigo 3º da Lei nº 13.979/2020.

**DECRETO Nº 1.034, DE 21 DE MAIO DE 2020**

Art. 1º. Altera a redação do § 2º do art. E insere o art. 24-A ao Decreto nº 743, de 16 de março de 2020, que passa a vigor acrescido das seguintes alterações:

Art. 20

§ 2º. Permanecem suspensos por prazo indeterminado a realização de festas, ainda que domiciliares, e eventos não autorizados, situação que poderá ser alterada a qualquer tempo por Nota Técnica da Secretaria Municipal de Saúde. (RIO VERDE, 2020a).

Nos termos publicados, verifica-se a clarividente interferência direta do poder público municipal – não se discutindo, aqui, a legalidade ou validade da norma publicada, na vida do cidadão livre, sob o pretexto de serem estas medidas necessárias para o combate à covid-19.

Ora, destaca-se que, notadamente, há uma contraposição de conteúdo entre os direitos positivados pela Carta Magna e pelo Decreto Municipal: em um está garantido a liberdade de reunião para fins pacíficos, em outro vem expressamente proibido a realização de reunião, ainda que em residência própria.

O poder público municipal claramente extrapolou os limites impostos pela própria Constituição Federal e restringiu, mesmo no âmbito doméstico, as reuniões. Bom, se há limite a ser seguido pelos cidadãos no exercício de seus direitos constitucionais, qual é a margem limítrofe estabelecida para atuação do poder público?

Em conseqüente, merece relevo pontos principais destacados de outro decreto municipal, vejamos:

DECRETO Nº 1.153, DE 06 DE JUNHO DE 2020

Art. 8º. As pessoas sintomáticas deverão permanecer em casa e não frequentar locais públicos pelo prazo mínimo de 14 (quatorze) dias.

[...]

Art. 17. Ficam suspensas as aulas presenciais, em todos os níveis educacionais, públicos e privados, até o dia 31 de julho de 2020, podendo a suspensão ser prorrogável a depender da avaliação das autoridades sanitárias do Estado e do Município.

[...]

Art. 19. Fica vedada a realização de quaisquer eventos em que ocorra a aglomeração de pessoas e a realização de festas, ainda que domiciliares.

Art. 20. No período compreendido entre os dias 22 de junho e 19 de julho de 2020, o funcionamento do comércio em geral e das atividades de prestação de serviços no âmbito do Município de Rio Verde observarão o seguinte regime: (Redação dada pelo Decreto nº. 1.193, de 19 de junho de 2020).

[...]

Art. 21. É obrigatório o uso de máscara para circulação no território do Município de Rio Verde-GO e nas atividades comerciais, industriais e de prestação de serviços públicos e privados.

[...]

Art. 25. Recomenda-se aos moradores do Município de Rio Verde que evitem sair de suas residências durante o período de combate à disseminação do coronavírus, salvo em situações de real necessidade. (RIO VERDE, 2020b).

Em um dos decretos mais abrangentes publicados pela Prefeitura Municipal de Rio Verde, uma vez mais se nota a intensa atuação e regulação pelo poder público do interesse individual em contraposição ao coletivo. Cerceamento do direito e da liberdade de ir e vir, de se reunir, de laborar, da liberdade de reunião para prática de culto ou religião, de como e quando sair da residência, todos esses são pontos, dentre tantos outros, que em grau máximo foram afetados pelas normas definidas pela referida prefeitura.

E ainda, necessário se faz observar as medidas mantidas e as novas impostas em outros decretos a seguir elencados: Decreto nº 748, de 19 de março de 2020; Decreto nº 862, de 20 de abril de 2020; Decreto nº 910, de 17 de março de 2021; Decreto nº 1.169, de 9 de junho de 2020; Decreto nº 1.170, de 9 de junho de 2020.

Alinhado ao exposto mediante reprodução de tópicos de decretos municipais publicados, verifica-se, reiteradamente, a presença de normas que em diversos momentos e



sob diversos aspectos inferem notada ofensa a direitos constitucionais individuais, mormente os que dizem respeito à liberdade de locomoção, à liberdade de reunião, à dignidade da pessoa humana, à liberdade de livre manifestação, dentre outros.

O que se questiona, de pronto, então, é a colisão de normas notadamente infra-constitucionais com princípios basilares pétreos de direitos individuais, e mais, a validade e a eficácia destas normas. Se por um lado há a necessidade de edição de medidas que visem o bem-estar coletivo, por outro, clarividente está a ofensa à livre locomoção e ao direito de reunião dos indivíduos, sob o pretexto de justamente, enfim, ver garantida uma pseudo-segurança e a qualidade de vida da população.

Conforme é de amplo conhecimento, uma norma de abrangência municipal não pode, em tese, em momento algum, ferir direitos constitucionalmente garantidos, em qualquer que seja o momento. Amparado pela legislação, é irrefutável afirmar que o afastamento de um direito constitucionalmente assegurado apenas pode ser válido mediante previa e expressa previsão legal e, em situação de excepcionalidade, por ente dotado de poderes legais para tal ato.

A quesitação fica ladeada pela dúvida da capacidade legal dos entes federados em editar normas e decretos dotados de validade ante sua afronta ao texto constitucional.

4 O ALCANCE DOS DECRETOS MUNICIPAIS FRENTE ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Insurge-se assim, de pronto, ao alcance da eficiência normativa e territorial dos decretos municipais publicados, ainda mais quanto àqueles que versam acerca de restrição/construção de direitos individuais constitucionais, como a livre locomoção e a liberdade de realizar reunião.

Como é positivado e de amplo conhecimento social, uma legislação hierarquicamente inferior não pode dispor ou regular sobre assuntos já versados e pacificados por uma legislação superior. Noutros termos, em tese, numa situação "normal" não poderiam normas regulamentadoras publicadas pelo poder público municipal dispor ou versar sobre assuntos que já foram positivados pela Carta Magna e, sobre esta égide, desprovidos de validade seriam estes atos municipais.

Entretanto, merece guarida outra observação. Estados e municípios, em especial o Município de Rio Verde, não tiveram impulso próprio quanto à publicação destas normativas. Tal abertura apenas se deu após decisão firmando o entendimento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de que estados e municípios tinham competência concorrente na edição de normas que versassem sobre assuntos relacionados ao enfrentamento da pandemia.

Pois bem, a quesitação continua. Se objetivamente um ente de competência inferior não pode editar normas que regulamente assuntos já abordados pela Legislação Máxima, poderia aquele ente, pautado em entendimento da Suprema Corte publicar normas neste contexto, porém agora com validade?

Na ocasião da pandemia, a restrição de direitos individuais dos cidadãos por parte do Estado é, em tese, legitimada pela supremacia do interesse coletivo frente ao individual, entretanto, há que se observar ainda o limite dessa restrição. Se a supremacia do interesse coletivo é destoada sobre o interesse individual, qual é o ponto de regulação da supremacia do coletivo? E mais, uma vez que a própria previsão garantista da Constituição já foi violada em se tratando dos direitos individuais, qual o ponto da limitação da abrangência do coletivo ante o individual e quem estabelece este ponto?

Os decretos municipais publicados pela Prefeitura de Rio Verde, em termos gerais, seguem a onda de decretos publicados pelos demais municípios e estados brasileiros e, em alguns pontos, não aqui permeando em discussão jurídica aplicada, acabam por expor direitos individuais à mercê da já mencionada supremacia do interesse coletivo, como se verifica, em diversos momentos, quando há restrições de circulação, lotação e funciona



mento de estabelecimentos comerciais e até mesmo locais públicos.

Se dotados de validade e legalidade ou não, o que se verificou e se verifica até o momento é que esses decretos mantêm sua validade inquestionável e o seu descumprimento, reiteradamente, geram punições na esfera administrativa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em todos os termos, verifica-se, de pronto, e na prática, ofensa direta das normas editadas pelo poder público municipal a direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Se por um lado, houve entendimento favorável do Supremo Tribunal Federal quanto à existência de competência concorrente entre estados e municípios na regulação de ações de combate e enfrentamento à covid-19, por outro, o que se verificou, na prática, foi a existência de atos restritivos que ultrapassaram o limiar do aceitável quanto à constrição da população de seus direitos basilares (locomoção, manifestação e reunião).

No contexto pandêmico, imperioso se faz que se prevaleça o já positivado e pacificado em normativa federal, assim como, maximamente, ao endossado na Carta Magna, inexistindo, entretanto, prejuízo na atuação dos estados e municípios de acordo com sua competência suplementar, na medida de sua competência de atuação.

Entretanto, em todos e quaisquer casos, a imitação na interferência pública em atividades particulares, obrigatoriamente, deve ocorrer por lei formal, sendo inútil a utilização de decretos na via administrativa para regulamentar conteúdo constitucional.

O certo é que, de fato, há competência concorrente dos entes federativos, cabendo, todavia, à União, estabelecer normas gerais e, aos estados e municípios, a já mencionada competência suplementar, sem, porém, contrariar os limites das normas editadas pela União.

Por fim, o que se pode afirmar, com segurança, é que destarte haver possibilidade e segurança jurídica para que entes federativos (estados e municípios) pudessem editar normas regulamentadoras, via decretos administrativos, de funcionamento de estabelecimentos e da vida cotidiana da população em geral, o que há de seguro também é o fato de que tais normas não podem, em momento algum, usurpar tanto de sua área de abrangência quanto da matéria que trata. Noutros termos, a capacidade de regulação de medidas a serem adotadas no âmbito de suas competências, seja na esfera estadual ou municipal, não permite que governadores e prefeitos atinjam e firam normas, leis e direitos pré-estabelecidos por poder hierarquicamente superior, como o poder federal e a Constituição Federal.



REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição Federal de 1988]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.979*, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Presidência da República, Casa Civil, Brasília, DF, 2020a. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. *Lei nº 14.035*, de 11 de agosto de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Presidência da República, Casa Civil, Brasília, DF, 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14035.htm

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

RIO VERDE (GO). *Decreto nº 1.034*, de 21 de maio de 2020. Altera o Decreto Municipal nº 743, de 16 de março de 2020. Prefeitura de Rio Verde, Rio Verde, 2020a. Disponível em: <https://www.rioverde.go.gov.br/wp-uploads/2020/05/Decreto-1.034.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2021.

RIO VERDE (GO). *Decreto nº 1.153*, de 06 de junho de 2020. Reitera a declaração de situação de Calamidade Pública e de emergência em Saúde Pública no Município de Rio Verde e dispõe sobre medidas de enfrentamento da pandemia provocada pelo novo Coronavírus (covid-19). Prefeitura de Rio Verde, Rio Verde, 2020b. Disponível em: <https://www.rioverde.go.gov.br/novo-decreto-no-1-153-de-06-de-junho-de-2020/>. Acesso em: 10 nov. 2021.



ANEXO A –LEI Nº 14.035/2020



Presidência da República
Secretaria-Geral
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 14.035, DE 11 DE AGOSTO DE 2020

Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

[Ver mais...](#)

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A [Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020](#), passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:

.....
VI – restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de:

- a) entrada e saída do País; e
- b) locomoção interestadual e intermunicipal;

.....
§ 6º Ato conjunto dos Ministros de Estado da Saúde, da Justiça e Segurança Pública e da Infraestrutura disporá sobre as medidas previstas no inciso VI do **caput** deste artigo, observado o disposto no inciso I do § 6º-B deste artigo.

.....
§ 6º-B. As medidas previstas no inciso VI do **caput** deste artigo deverão ser precedidas de recomendação técnica e fundamentada:

I – da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), em relação à entrada e saída do País e à locomoção interestadual; ou

II – do respectivo órgão estadual de vigilância sanitária, em relação à locomoção intermunicipal.

§ 6º-C. (VETADO).

§ 6º-D. (VETADO).

§ 7º

.....
II – pelos gestores locais de saúde, desde que autorizados pelo Ministério da Saúde, nas hipóteses dos incisos I, II, III-A, V e VI do **caput** deste artigo;

.....
§ 8º Na ausência da adoção de medidas de que trata o inciso II do § 7º deste artigo, ou até sua superveniência, prevalecerão as determinações:



será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e de serviços comuns.”

“Art. 4º-D. O gerenciamento de riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato.”

“Art. 4º-E. Nas aquisições ou contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado.

§ 1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado referidos no **caput** deste artigo conterà:

- I – declaração do objeto;
- II – fundamentação simplificada da contratação;
- III – descrição resumida da solução apresentada;
- IV – requisitos da contratação;
- V – critérios de medição e de pagamento;
- VI – estimativa de preços obtida por meio de, no mínimo, 1 (um) dos seguintes parâmetros:
 - a) Portal de Compras do Governo Federal;
 - b) pesquisa publicada em mídia especializada;
 - c) sites especializados ou de domínio amplo;
 - d) contratações similares de outros entes públicos; ou
 - e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores;
- VII – adequação orçamentária.

§ 2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do § 1º deste artigo.

§ 3º Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do § 1º deste artigo não impedem a contratação pelo poder público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, desde que observadas as seguintes condições:

- I – negociação prévia com os demais fornecedores, segundo a ordem de classificação, para obtenção de condições mais vantajosas; e
- II – efetiva fundamentação, nos autos da contratação correspondente, da variação de preços praticados no mercado por motivo superveniente.”

“Art. 4º-F. Na hipótese de haver restrição de fornecedores ou de prestadores de serviço, a autoridade competente, excepcionalmente e mediante justificativa, poderá dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal ou, ainda, o cumprimento de 1 (um) ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade trabalhista e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição Federal.”

“Art. 4º-G. Nos casos de licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, cujo objeto seja a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, os prazos dos procedimentos licitatórios serão reduzidos pela metade.

§ 1º Quando o prazo original de que trata o **caput** deste artigo for número ímpar, este será arredondado para o número inteiro antecedente.

§ 2º Os recursos dos procedimentos licitatórios somente terão efeito devolutivo.

§ 3º Fica dispensada a realização de audiência pública a que se refere o art. 39 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para as licitações de que trata o **caput** deste artigo.”

“Art. 4º-H. Os contratos regidos por esta Lei terão prazo de duração de até 6 (seis) meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto vigorar o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, respeitadas os prazos pactuados.”

“Art. 4º-I. Para os contratos decorrentes dos procedimentos previstos nesta Lei, a administração pública poderá prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas

§ 8º Na ausência da adoção de medidas de que trata o inciso II do § 1º deste artigo, ou até sua superveniência, prevalecerão as determinações:



condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado de até 50% (cinquenta por cento) do valor inicial atualizado do contrato.”

Art. 6º-A. Para a concessão de suprimento de fundos e por item de despesa, e para as aquisições e as contratações a que se refere o **caput** do art. 4º desta Lei, quando a movimentação for realizada por meio de Cartão de Pagamento do Governo, ficam estabelecidos os seguintes limites:

I – na execução de serviços de engenharia, o valor estabelecido na alínea “a” do inciso I do caput do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e

II – nas compras em geral e em outros serviços, o valor estabelecido na alínea “a” do inciso II do caput do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.”

Art. 8º Esta Lei vigorará enquanto estiver vigente o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, observado o disposto no art. 4º-H desta Lei.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 11 de agosto de 2020; 199º da Independência e 132º da República.

JAIR MESSIAS BOLSONARO

Paulo Guedes

Eduardo Pazuello

Wagner de Campos Rosário

Walter Souza Braga Netto

José Levi Mello do Amaral Júnior

Este texto não substitui o publicado no DOU de 12.8.2020.



A FLEXIBILIZAÇÃO DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA FINS DE AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS NO CONTEXTO DA PANDEMIA COVID-19

Raul Varela Franco Mendes ¹
Patricia Spagnolo Parise Costa ²

RESUMO: O presente trabalho tem como problemática demonstrar de que forma se dá a contratação pública de bens e serviços durante a pandemia do covid-19, aplicando-se as leis vigentes com intuito de Flexibilizar os Contratos da Administração Pública, buscando solucionar, desse modo, o problema de escassez de produtos nesse momento de calamidade pública. O trabalho foi realizado através da pesquisa bibliográfica, com o intuito de descrever, identificar e relacionar os aspectos fundamentais, do tema em baila. Este trabalho se justifica pela reflexão e análise das Leis nº 13.979/20, 14.133/21, 14.217/21, Constituição Federal/88 e doutrinadores de renome foram primordiais para a execução deste, de modo a elucidar e ampliar os conhecimentos acerca da importância da Flexibilização dos Contratos da Administração Pública para Fins de Aquisição de Bens e Serviços no Contexto da Pandemia Covid-19, permitindo maiores interpretações e conclusões assertivas e embasadas nas inovações legislativas e sua consequente aplicabilidade no atual contexto de calamidade pública vivenciada pela população.

Palavras chave: Contratos. Administração Pública. Bens. Serviços. Pandemia.

THE FLEXIBILITY OF PUBLIC ADMINISTRATION CONTRACTS FOR THE PURPOSES OF PURCHASE OF GOODS AND SERVICES IN THE CONTEXT OF THE COVID-19 PANDEMIC

ABSTRACT: The present work has the problem of demonstrating how the public procurement of goods and services takes place during the covid-19 pandemic, applying the current laws in order to make Public Administration Contracts more flexible, seeking to solve, in this way, the problem of shortage of products at this time of public calamity. The work was carried out through bibliographical research, in order to describe, identify and relate the fundamental aspects of the topic at hand. This work is justified by the reflection and analysis of Laws No. 13.979/20, 14.133/21, 14.217/21, Federal Constitution/88 and renowned scholars were essential for the execution of this, in order to elucidate and expand knowledge about the importance of Flexibility of Public Administration Contracts for the Purpose of Acquisition of Goods and Services in the Context of the Covid-19 Pandemic, allowing for greater interpretations and assertive conclusions based on legislative innovations and its consequent applicability in the current context of public calamity experienced by the population.

Keywords: Contracts. Public Administration. Assets. Services. Pandemic.

¹ Graduando em Direito pela UniRV – Universidade de Rio Verde.

² Orientadora. Doutora em Direito Público. Professora de Direito Constitucional da UniRV – Universidade de Rio Verde.



1 INTRODUÇÃO

A administração pública é a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para atingir os interesses coletivos seguindo os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No contrato, o governo pode propor uma aquisição simplificada e responsabilidades de serviços gerais e itens básicos de serviços de engenharia simplificados. Para a aquisição de bens, serviços e insumos por meio de leilões eletrônicos ou presenciais, os prazos do processo licitatório serão reduzidos à metade e os recursos terão apenas efeito decrescente, ou seja, o processo não será suspenso. Quando o valor do leilão ultrapassar 150 milhões de reais, o texto também isenta a obrigatoriedade de realização de audiências públicas nos termos da Lei de Licitações (AVILA, 2019).

O prazo máximo do contrato sujeito ao texto é de seis meses, podendo ser prorrogado continuamente, desde que seja necessário para fazer face a uma emergência de saúde pública. Nesses contratos, o departamento da administração pública pode exigir que o contratante aceite um aumento ou diminuição no número de objetos do contrato equivalente a 50% do valor do contrato original após a renovação (CARVALHO, RODRIGUES, 2020).

Esta medida permite à administração pública celebrar contratos de fornecimento de bens, serviços e insumos com empresas que não possam celebrar contratos devido a eventuais penalidades anteriores. Mas isso só funciona se for claramente o único fornecedor. Nesse caso, é necessário garantir 10% do valor do contrato. A matéria também estipula a competência legal do governador e do prefeito para implementar restrições de isolamento, quarentena e movimentação, além de conceder isenção de impostos para alguns produtos utilizados no combate a doenças (CBIB, 2020).

Para solucionar o problema de escassez de produtos que possam surgir no mercado, desde que o fornecedor dê garantias, a Medida Provisória nº 1.047 (convertida para Lei 14.217/21) permite a utilização de equipamentos de segunda mão para a compra de mercadorias e celebração de contratos de prestação de serviços. Em todas as isenções de licitação feitas usando as regras da Lei 14.217/21, presume-se que as condições de emergência sejam atendidas; a assistência imediata é necessária neste caso; e há riscos para a segurança do pessoal público ou privado, trabalho, serviços, equipamentos e outros bens.

O objetivo do trabalho foi mostrar a flexibilização dos contratos da administração pública para fins de aquisição de bens e serviços no contexto da pandemia covid-19.

O presente estudo é uma revisão bibliográfica, pesquisas desse tipo tem o objetivo primordial à exposição dos atributos de determinado fenômeno ou afirmação entre suas variáveis (GIL, 2018).

Assim, recomenda-se que apresente características do tipo: analisar a atmosfera como fonte direta dos dados e o pesquisador como um instrumento interruptor; não agenciar o uso de artifícios e métodos estatísticos, tendo como apreensão maior a interpretação de fenômenos e a imputação de resultados, o método deve ser o foco principal para a abordagem e não o resultado ou o fruto, a apreciação dos dados deve ser atingida de forma intuitiva e indutivamente através do pesquisador (GIL, 2018).

O método de revisão bibliográfico permite incluir pesquisas experimentais e não experimentais, obtendo a combinação de dados empíricos e teóricos que podem direcionar à definição de conceitos, identificação de lacunas nas áreas de estudos, revisão de teorias e análise metodológica dos estudos sobre um determinado tópico. Este método exige recursos, conhecimentos e habilidades para o seu desenvolvimento (GIL, 2018).

Depreende-se, que o tema se mostra de fundamental relevância, pois, pois versa sobre a atualidade, de modo a discutir o futuro que se presume para todos, conforme o senso comum.



2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS FINS

A administração pública está preocupada com a organização, atividades e comportamento de agências e funcionários administrativos na conduta do governo, a administração pública inclui o estudo de como as burocracias interagem com outras instituições políticas, o contexto político e jurídico da administração, e como as estruturas organizacionais e de governança afetam as ações do governo, tanto Políticas Públicas quanto Administração Pública abrangem os campos tradicionais da política americana e da política comparada (CNM, 2020).

Toda organização está sujeita a passar por mudanças, tudo em prol de um objetivo, meta ou melhoria. Em empresas privadas, a implantação de mudanças já tem uma certa resistência por parte das pessoas que estão sujeitas a esse acontecimento. Já em organizações públicas existe um conflito ainda maior em aceitar, talvez por ser vista como uma ameaça a vida que os funcionários estão acostumados a ter como comodismo, estabilidade garantida entre outros (PIEROTH; SCHLINK, 2019).

A política pública é um processo sobre a seleção de estratégias e a escolha, a formulação de políticas públicas inclui algumas etapas - definição da agenda, formulação de políticas, adoção de políticas, implementação de políticas, também deve ser avaliado para ver os resultados pretendidos, revisar programas e projetos públicos existentes e futuros (CNM, 2020).

As políticas públicas podem ser estudadas como produzindo três tipos de políticas (distributivas, reguladoras e redistributivas) relacionadas ao processo de tomada de decisão. Administração pública é o conjunto de processos, estruturas, funções, métodos e procedimentos, administração pública é a formulação e, particularmente, a implementação de políticas públicas e o exame das estratégias e escolhas associadas a esse processo (AVILA, 2019).

A administração pública também pode ser definida como programas e projetos públicos, profissão e campo acadêmico de estudo, não há separação clara entre administração e política no desenvolvimento de políticas governamentais e administração pública, os administradores se envolvem em atos políticos, recomendando legislação tanto quanto ao tomar decisões políticas na execução das leis (CARVALHO, RODRIGUES, 2020).

A compreensão dos administradores sobre questões e políticas gerenciais os coloca em uma posição de especialização substancial, enquanto o conhecimento dos procedimentos administrativos e legais os ajuda sugerindo formas de gerenciar e fazer cumprir as leis, nas formas mais modernas de governança, as inovações administrativas nos permitem assumir que o conteúdo legislativo e de implementação da atividade institucional hoje adquire novos recursos específicos, estruturas burocráticas executivas usando serviços de consulta de especialistas (AVILA, 2019).

As imagens da organização são teorias de sistemas nos anos de 1950 e 60, toma a teoria de sistemas vivos da ciência natural, interagem entre si e com o ambiente externo, submetendo a uma transformação fazendo retornar ao ambiente de produtos e serviços, a organização só sobrevive em um ambiente competitivo, se a mesma der conta das mudanças externamente agindo de acordo, a análise dessas mudanças é um alto nível de abstração, aplicando no mundo real (CNM, 2020).

Toda organização está sujeita a passar por mudanças, tudo em prol de um objetivo, meta ou melhoria. Em empresas privadas, a implantação de mudanças já tem uma certa resistência por parte das pessoas que estão sujeitas a esse acontecimento. Já em organizações públicas existe um conflito ainda maior em aceitar, talvez por ser vista como uma ameaça a vida que os funcionários estão acostumados a ter como comodismo, estabilidade garantida entre outros (CNM, 2020).

É importante solucionar esse problema, melhorando o modelo de gestão de empre



sas através das políticas públicas na administração para sejam como o das privadas desde os antigos funcionários até os novos, de forma que, quem entra hoje na organização, já tenha consciência de como será sua conduta lá dentro (CARVALHO, RODRIGUES, 2020).

Em 1970 a reforma do Estado se tornou ordem em todo mundo, as mudanças no modelo gerencial tomavam força no setor público. Porém quatro fatores detonaram a crise do Estado, esses fatores são a crise econômica mundial em 1973, onde ocorreram a crise do petróleo em 1979, nos anos 80 a economia mundial teve um período de recesso e uma greve fiscal (AVILA, 2019).

Outro fator é o que enfraqueceu os alicerces do antigo modelo do Estado, onde o governo não tinha mais como financiar suas dívidas, a revolta dos que contribuía os tributos, pois ninguém via melhoria alguma nos serviços públicos. O terceiro fator foi o qual constituía na linguagem da época que era "ingovernabilidade", onde estavam inaptos para solucionar problemas algum (CARVALHO, RODRIGUES, 2020).

E por fim o último fator foi a globalização e todas as mudanças de tecnologias que vem mudando até os dias de hoje, afetando o setor produtivo e o Estado, esta crise do Estado afetou diretamente a organização das burocracias públicas. Por um lado, os governos tinham menos recursos e mais déficits, com efeito, o corte de custos virou prioridade, no que tange à Administração Pública isto teve dois efeitos. Primeiro, a redução dos gastos com pessoal era vista como uma saída necessária, os discursos das administrações de Thatcher e Reagan representaram o ponto máximo desta tendência. Segundo, era preciso aumentar a eficiência governamental, o que implicava, para boa parte dos reformadores da década de 80, uma modificação profunda do modelo weberiano, classificado como lento e excessivamente apegado a normas (CNM, 2020).

Os cortes de gastos, aumentam a burocracia isso dizia-se em décadas de 80, não esquecendo dos contextos favoráveis as mudanças na administração pública. Mas a visão negativa a respeito da burocracia não se vinculava apenas a teorias intelectualmente mais elaboradas. De uma forma avassaladora, a perspectiva do senso comum contra a burocracia, normalmente anedótica, se expandia rapidamente no final da década de 70 e no começo da de 80 (AVILA, 2019).

A administração das empresas privadas em 1970, tinham uma ótima reputação, por mais que houvesse o escândalo da época. Foi neste contexto de escassez de recursos públicos, enfraquecimento do poder estatal e de avanço de uma ideologia privatizante que o modelo gerencial se implantou no setor público (AVILA, 2019).

Coube aos conservadores ingleses e aos republicanos americanos a iniciativa nesse sentido, introduzindo, num primeiro momento, um modelo gerencial puro, em que prevalecia o ângulo meramente economicista ("cortar custos" como fim último) e o desconhecimento da especificidade do setor público. Ao longo dos últimos quinze anos, entretanto, o managerialismo sofreu um contínuo processo de transformação, como veremos a seguir. Da inicial perspectiva conservadora, o debate referente ao modelo gerencial tem avançado por terrenos cada vez mais dominados pelas temáticas republicana e democrática (CNM, 2020).

Os managerialismo a partir da eleição dos governos invadiram o setor público tanto dos EUA quanto da Grã-Bretanha, para assim utilizar esses instrumentos do modelo gerencial, direcionando a diminuição de custos e aumentar a produtividade da organização. O fato é que, naquele momento, as modificações no setor público estavam vinculadas a um projeto de reforma do Estado, caracterizado como um movimento de retração da máquina governamental a um menor número de 12 atividades. A palavra de ordem da primeira-ministra inglesa era "rolling back the state", o que na prática significou a privatização de empresas nacionalizadas no pós-guerra, desregulamentação, devolução de atividades governamentais à iniciativa privada ou à comunidade e as constantes tentativas de reduzir os



gastos públicos (AVILA, 2019).

Destarte, a administração pública tem como finalidade beneficiar o interesse público, bem como os direitos e interesses dos cidadãos sob sua gestão.

3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ANTE EVENTUAIS CONTINGÊNCIAS

A característica do contrato administrativo é um acordo de vontade entre o indivíduo (com fins lucrativos) e o departamento administrativo, que está sujeito ao sistema jurídico de direito público. Além disso, aplica-se também os princípios da teoria geral do contrato e Regras de direito privado, pautadas pelo princípio da abertura, incluindo a common law, de cláusulas exorbitantes e depreciativas.

São cláusulas exorbitantes: a alteração unilateral, rescisão unilateral, fiscalização, aplicação de penalidades, anulação, retomada do objeto, restrições ao uso do princípio da exceptio non adimpleti contractus (exceção do contrato não cumprido).

Há ainda a hipótese de que ocorram os convênios administrativos, onde os mesmos não são contratos e sim acordos. São acordos firmados por entes públicos de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes. De acordo com a doutrina de Hely Lopes Meirelles (2002):

Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio tem interesses comuns e coincidentes. (...) Por essa razão, no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para consecução do objetivo comum, desejado por todos.

A Constituição Federal (1988), em seu art. 37, inciso XXI, vincula as contratações realizadas pela Administração ao processo licitatório:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

[...]

A regra é que todas as compras passem, previamente, por um processo de licitação. Contudo, há, para casos específicos, as contratações diretas onde a licitação é dispensada, havendo a inexistência de processo licitatório.

O art. 4º, § 1º, da Lei nº 13.979 (2020), elucida:

Art. 4º. É dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei.

§ 1º. A dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

Desse modo, estabelece o art. 75, incisos I ao XVI da Lei 14.133 (2021). No entanto, daremos ênfase ao inciso VIII do referido artigo, qual seja:

Art. 75. É dispensável a licitação:

[...]

VIII – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou



comprometer a continuidade de serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso;
[...]

Desse modo, os contratos administrativos devem ser claros e precisos, suas condições precisam ser expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, conforme os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

4 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA FINS DE AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS NO CONTEXTO DA PANDEMIA COVID-19

Como explanado, o atual cenário de pandemia do Coronavírus acarretará um aumento da despesa pública com os gastos em saúde necessários para o combate ao vírus, assim como os dispêndios sociais para a diminuição dos impactos negativos nas populações mais vulneráveis. Nesse sentido, o quadro tem tela representa uma grande ameaça as já tão combalidas finanças municipais, exigindo que os gestores locais adotem medidas inadiáveis para a prevenção e minimização da grave crise que já desponta em todo o mundo. Deve-se garantir, portanto, que a máquina administrativa seja mantida, assegurando a destinação de recursos para as áreas essenciais de enfrentamento da atual crise (CNM, 2020).

Nesse ponto, devem os gestores reavaliar primeiramente, através de um trabalho técnico a ser desenvolvido, as projeções de todas as receitas para o exercício financeiro em curso, diante da pandemia de COVID-19. Assim, a Administração Municipal verificará e redimensionará as rendas que poderão adentrar aos cofres públicos, reduzindo a insegurança quanto as indefinições fiscais. Em seguida, a municipalidade deve reavaliar as despesas fixadas no orçamento em vigência para assim identificar quais são essenciais, ou seja, inadiáveis, e quais podem ser adiadas ou reduzidas diante desse panorama de desequilíbrio fiscal, dando-se prioridade aos gastos com as atividades prioritárias como é o caso da saúde, educação e assistência social (AVILA, 2019).

Por sua vez, segundo Carvalho e Rodrigues (2020) o Plano de Contingenciamento de Despesas, que conterà os gastos não-essenciais ou não-estratégicos, deve essencialmente atentar e buscar:

- a. A suspensão ou não contratação de entidades públicas ou privadas que tenham por objeto a realização de ações na seara cultural, mesmo que através de plataformas digitais;
- b. A não realização ou suspensão de despesas com consultoria, propaganda e marketing, exceto as voltadas à publicidade legal e essencial dos órgãos e entidades públicas, bem como àquelas destinadas ao enfrentamento do COVID-19;
- c. A redução em no mínimo 20% da despesa com cargos comissionados e contratados temporariamente, ressalvados aqueles destinados aos serviços essenciais de combate à pandemia;
- d. A não realização de despesas com novas obras, desde que consideradas adiáveis e que os recursos não estejam assegurados para sua completa finalização, exceto obras para a saúde e a infraestrutura local;
- e. A não nomeação de novos servidores comissionados, exceto aqueles que poderão atuar no enfrentamento da COVID-19 em setor essencial;
- f. A não nomeação de novos servidores efetivos ou temporários, ressalvadas a possibilidade para às áreas de saúde, assistência social e segurança pública (se houve no Município), ou aqueles decorrentes de decisão judicial que, nesse último caso, a depender



do setor em que foi aprovado o candidato, poderá ser postergada pela Administração sob a justificativa de que a conjuntura orçamentário-financeira não permite de pronto o atendimento da determinação judicial;

g. A não concessão ou suspensão de incrementos remuneratórios a agentes públicos, a qualquer título (revisão, recomposição, reajuste, etc.);

h. A abstenção da concessão ou suspensão de pagamentos de verbas retroativas a quaisquer agentes públicos;

i. A não concessão ou incremento nos valores de verbas indenizatórias pagas aos agentes públicos ou outras pessoas que atuam em regime de colaboração com a AP, ressalvada aquelas destinadas aos agentes públicos envolvidos no combate ao COVID-19;

j. A não realização de despesas com trabalho extraordinário (hora extra), exceto nas áreas essenciais: saúde, assistência social e segurança pública (se houver), desde que considerados imprescindíveis ao enfrentamento a pandemia e respeitada a jornada máxima permitida por lei;

k. A não realização de despesas relativas à indenização de férias e/ou licenças-prêmio;

l. A suspensão temporária, redução ou até mesmo a rescisão de contratos não essenciais (AVILA, 2019).

Para além disso, recomenda-se, ainda, que, como parte da destinação orçamentária municipal advinda de uma obrigação legal, o gestor municipal dialogue com o Poder Legislativo local para que seja feita uma redução no duodécimo da Câmara de Vereadores, enquadrando os valores repassados à queda da arrecadação municipal (CARVALHO, RODRIGUES, 2020).

Ademais, visualiza-se ser salutar também, para além das medidas citadas, que as municipalidades fomentem o pagamento de impostos de sua competência através de programas de incentivo que tem por base vantagens para adimplementos em cota única, assim como descontos para os pagamentos dos impostos em atraso, desde que autorizados por lei. Tal medida, sem dúvidas, irá ajudar na chegada de recursos tão necessários nesse momento atual. Por fim, nesse debate, há também um desafio para gestor local: a adoção de medidas que reduzam os impactos da pandemia no orçamento das famílias e a prestação de serviços de combate à COVID-19 que dependem do custeio público (AVILA, 2019).

Apesar de parecer contraditório nessa conjuntura e da inegável importância da entrada de recursos para o combate a pandemia, deve a municipalidade pensar naqueles grupos sociais mais vulneráveis, adotando medidas como a suspensão do pagamento dos impostos de sua competência durante o período da pandemia, como vem sendo feito em algumas cidades, desde que não exista vedação na legislação municipal (CNM, 2020).

Devido ao destaque da pandemia dentro das atividades nacionais, pode-se considerar que os órgãos públicos tiveram que ser ajustados ou alterar consideravelmente suas atividades, uma vez que foi determinado o isolamento social. Atitude na qual as pessoas tiveram que ficar em casa durante um período estabelecido, buscando não promover um aumento nos casos da tal doença. O isolamento social pode ajudar a reduzir a contaminação e, com isso, dar prioridade ao atendimento médico das pessoas que precisam trabalhar com vistas à preservação desta base mínima de atividades sociais. Ele é necessário exatamente para que a normalidade possa se reestabelecer o quanto antes (AVILA, 2019).

Os especialistas já demonstraram duas realidades: as taxas de mortalidade são realmente baixas, mas o risco de contaminação é muito alto. Também está demonstrado que a imensa maioria dos infectados experimentará sintomas muito leves, parecidos com os da gripe comum. Este argumento, que é corrente pelos defensores da "normalidade já", não pode obscurecer o fato de que, se as taxas são baixas, os números absolutos tendem a ser muito altos, com efeitos dramáticos sobre o sistema de saúde. Assim, os "normalistas" falam em retomada da ordem, mas semeiam uma profunda desorganização em



potencial da sociedade (CNM, 2020).

No que se refere aos órgãos de gestão pública suas atividades tiveram que ser alinhadas, assim como tiveram que obedecer a um grau de necessidade social. Algo que impactou consideravelmente as ações promovidas por parte dos órgãos ou estabelecimentos públicos, verificando que os mesmos tiveram que ficar durante um determinado período sem promover ou adquirir os recursos necessários para o desenvolvimento de suas atividades (AVILA, 2019).

Um dos principais procedimentos aplicados nesse período consiste na revisão dos contratos fixados entre os órgãos públicos e algumas empresas por meio de cotação ou licitação, sendo considerado de extrema importância manter os contratos que tratarem de requisitos necessários para o combate ou prevenção da COVID-19 dentro do ambiente nacional. Dessa forma, alguns contratos estabelecidos entre órgãos públicos e empresas privadas deverão ser interrompidos durante o período de pandemia. (CBIC, 2020).

Outro procedimento que está sendo aplicado por parte do governo brasileiro consiste na verificação e análise das cotações e licitações que tinham aprovação para ocorrer, analisando se os produtos ou serviços estão dentre os destacados como essenciais nesse momento nacional. Dessa maneira, todos os custos e despesas públicas passam a ter por base a COVID-19, seus possíveis impactos dentro da sociedade e as ferramentas de combater ou a busca por minimizar os impactos gerados pela mesma (CNM, 2020). Algo que promove profundos impactos dentro das contas públicas, assim como tornar os processos licitatórios mais restritivos, uma vez que somente serviços ou produtos de extrema necessidade. Sempre observando as medidas de prevenção ou combate ao COVID-19, tal postura se torna fundamental como uma forma de regular e padronizar quais os pontos que devem ser preservados em momentos de pandemia (AVILA, 2019).

Além dos pontos evidenciados pode-se considerar que a informatização ou utilização dos recursos digitais para realizar as atividades foi uma das principais ações promovidas, dando maior suporte aos estabelecimentos ou órgãos públicos. Procurando também minimizar os possíveis impactos para com os cidadãos, observando que alguns precisam ou necessitam de algumas atividades realizadas pelos órgãos públicos (CNM, 2020).

As empresas que fornecem bens e serviços ao governo, por meio de licitações ou não, devem ter em mente que todos os contratos públicos sempre obedecerão aos princípios constitucionais de gestão, incluindo ética, impessoalidade e transparência. Além disso, o fato de o processo licitatório ter sido dispensado não isenta as autoridades de (i) justificar a emergência; (ii) justificar a escolha do fornecedor; (iii) justificar o preço do contrato; (iv) publicar no boletim oficial gazeta Trecho do contrato (AVILA, 2019).

À medida que o processo de recrutamento se torna mais flexível, torna-se mais importante para as empresas o fortalecimento dos controles internos como medida preventiva, especialmente a política de relacionamento com agentes e instituições públicas. Uma vez que o processo de garantia da integridade do contrato se torne mais flexível, espera-se que após esse período, o órgão de controle dê atenção especial a esses contratos para identificar eventuais desvios (AVILA, 2019).

Devido ao estado de calamidade pública que se passa atualmente, houve a necessidade da criação de leis para sancionar uma flexibilização na aquisição de bens e serviços, trazendo celeridade a obtenção dos mesmos.

Com o advento do coronavírus houve a necessidade quanto a flexibilização das formas de aquisição de bens e serviços na administração pública, conforme preceitua o art. 2º da Lei 14.217 (2021):

Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, enquanto perdurar a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin) declarada em decorrência da infecção humana pelo coronavírus SARS-CoV-2, fica a administração pública direta e indireta de todos os entes da Federação e dos órgãos constitucionais-



mente autônomos autorizada a:

I - dispensar a licitação;

II - realizar licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, com prazos reduzidos; e

III - prever em contrato ou em instrumento congêneres cláusula que estabeleça o pagamento antecipado.

Quanto a dispensa de licitação os artigos 3º e 4º da Lei 14.217 (2021) elenca que mesmo ocorrendo a dispensa devem ser atendidos os elementos técnicos presentes em caso de licitação, sendo necessários demonstrar a necessidade de contratação e justificativa do preço acordado e que o item é indispensável ao atendimento a situação emergencial. Senão, vejamos:

Art. 3º Nos processos de dispensa de licitação decorrentes do disposto no inciso I do caput do art. 2º desta Lei, presumem-se comprovadas a:

I - ocorrência da Espin referida no caput do art. 2º desta Lei;

II - necessidade de pronto atendimento à situação de emergência de que trata o inciso I deste caput; e

III - existência de risco à segurança de pessoas, de obras, de prestação de serviços, de equipamentos e de outros bens, públicos ou particulares.

Parágrafo único. A dispensa da realização de licitação para a celebração de contratos ou de instrumentos congêneres de que trata o caput deste artigo não afasta a necessidade de processo administrativo que contenha:

I - os elementos técnicos referentes à escolha da opção de contratação e a justificativa do preço ajustado; e

II - a demonstração de que o objeto do contrato é necessário e a contratação limita-se à parcela indispensável ao atendimento da situação de emergência.

Art. 4º Na hipótese de dispensa de licitação de que trata o inciso I do caput do art. 2º desta Lei, quando se tratar de aquisição ou de contratação por mais de um órgão ou entidade, poderá ser utilizado o sistema de registro de preços previsto no inciso II do caput do art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º Na hipótese de que trata o caput deste artigo, o ente federativo poderá aplicar o regulamento federal relativo ao sistema de registro de preços, caso não tenha editado regulamento próprio.

§ 2º O órgão ou a entidade gerenciadora da aquisição ou da contratação estabelecerá prazo de 2 (dois) a 8 (oito) dias úteis, contado da data de divulgação da intenção de registro de preço, para que outros órgãos e entidades manifestem interesse em participar do sistema de registro de preços realizado nos termos deste artigo.

§ 3º O disposto no § 2º do art. 8º desta Lei não se aplica ao sistema de registro de preços fundamentado nesta Lei.

§ 4º Para as aquisições e as contratações celebradas, após o prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de assinatura da ata de registro de preços, o órgão ou a entidade deverá realizar estimativa de preços a fim de verificar se os preços registrados permanecem compatíveis com os praticados no mercado ou na comercialização com a administração pública, promovido o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, caso necessário.

§ 5º A aquisição ou a contratação a que se refere o caput deste artigo não se restringe a equipamentos novos, nas hipóteses em que ficar demonstrada a indisponibilidade de equipamentos novos no mercado e desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e de funcionamento do objeto contratado.

Conforme dispõem os artigos 5º e 6º da Lei 14.217 (2021), nos casos em que for imprescindível que ocorra a licitação a mesma deve ser o mais célere possível, devendo ainda, ter prazo de vigência reduzida para 06 (seis) meses, prorrogável até término do estado de calamidade pública acarretado pelo coronavírus. Há casos ainda, em que ocorrem adesão a ata de registro de preço de outros entes da Federação, não excedendo o limite de 50% (cinquenta por cento) do quantitativo nos itens pertencentes a ata a qual se pretende fazer a adesão.

Art. 5º Nos casos de licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, de que trata o inciso II do caput do art. 2º desta Lei, os prazos dos procedimentos licitatórios serão reduzidos pela metade.

§ 1º Quando o prazo original de que trata o caput deste artigo for número ímpar, este será arredondado para o número inteiro antecedente.



§ 2º Os recursos interpostos terão somente efeito devolutivo.

§ 3º Fica dispensada a realização da audiência pública a que se refere o art. 39 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 4º As licitações realizadas para fins de sistema de registro de preços serão consideradas compras nacionais e observarão o disposto em regulamento editado pelo Poder Executivo federal, observado o prazo estabelecido no § 2º do art. 4º desta Lei.

§ 5º As atas de registro de preços terão prazo de vigência de 6 (seis) meses, prorrogável até a declaração, pelo Ministro de Estado da Saúde, do encerramento da Espin declarada em decorrência da infecção humana pelo coronavírus SARS-CoV-2, se comprovada a vantagem de suas condições negociais..

Art. 6º Os órgãos e as entidades da administração pública federal ficam autorizados a aderir à ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade estadual, distrital ou municipal em procedimentos realizados nos termos desta Lei, até o limite, por órgão ou entidade, de 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos dos itens constantes do instrumento convocatório e registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes.

Parágrafo único. As contratações decorrentes das adesões à ata de registro de preços de que trata o caput deste artigo não poderão exceder, na totalidade, o dobro do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes, independentemente do número de órgãos não participantes que aderirem à ata.

Quanto ao pagamento, cabe a administração decidir o que for mais proveitoso no momento da celebração de compra, podendo optar pelo pagamento no antecipado desde que atendendo ao art. 7º da Lei 14.217 (2021):

Art. 7º A administração pública poderá, nos termos do inciso III do caput do art. 2º desta Lei, prever cláusula contratual que estabeleça o pagamento antecipado, desde que:

I - represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço; ou

II - propicie significativa economia de recursos.

§ 1º Na hipótese de que trata o caput deste artigo, a administração pública deverá:

I - prever e regular a antecipação de pagamento em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta, estabelecendo suas condições, valores admitidos e critérios de avaliação das propostas que a prevejam; e

II - exigir a devolução integral do valor antecipado na hipótese de inexecução total ou parcial do objeto, atualizado monetariamente pela variação acumulada do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), ou índice que venha a substituí-lo, desde a data do pagamento da antecipação até a data da devolução.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no § 1º deste artigo, a administração pública deverá prever medidas de cautela aptas a reduzir o risco de inadimplemento contratual, tais como:

I - a comprovação da execução de parte ou de etapa inicial do objeto pelo contratado, para a antecipação do valor remanescente;

II - a prestação de garantia nas modalidades de que trata o art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, de até 30% (trinta por cento) do valor do objeto;

III - a emissão de título de crédito pelo contratado;

IV - o acompanhamento da mercadoria, em qualquer momento do transporte, por representante da administração pública; e

V - a exigência de certificação do produto ou do fornecedor.

§ 3º É vedado o pagamento antecipado pela administração pública na hipótese de prestação de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

O planejamento da contratação é feito de forma mais branda, havendo a possibilidade de simplificação de termo de referência ou projeto básico, dispensação de elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e serviços comuns. Em caso de restrição de fornecedores prestadores de serviço, a autoridade competente pode dispensar a documentação relativa a regularidade fiscal ou requisitos de habilitação, de acordo com o que apontam os artigos 8º e 9º da Lei 14.217 (2021):

Art. 8º No planejamento das aquisições e das contratações de que trata esta



Lei, a administração pública deverá observar as seguintes condições:

I – ficará dispensada a elaboração de estudos preliminares, quando se tratar de bens e serviços comuns;

II - será obrigatória a previsão de matriz de alocação de risco entre o contratante e o contratado na hipótese de aquisições e de contratos acima de R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais);

III – poderá ser exigido o gerenciamento de riscos da contratação, em contrato cujo valor seja inferior ao previsto no inciso II do caput deste artigo, somente durante a gestão do contrato;

IV - será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado.

§ 1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado de que trata o inciso IV do caput deste artigo conterá:

I - a declaração do objeto;

II - a fundamentação simplificada da contratação;

III - a descrição resumida da solução apresentada;

IV - os requisitos da contratação;

V - os critérios de medição e de pagamento;

VI - a estimativa de preços obtida por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros:

a) Portal de Compras do Governo Federal;

b) pesquisa publicada em mídia especializada;

c) sites especializados ou de domínio amplo;

d) contratações similares de outros entes públicos; ou

e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores; e

VII - a adequação orçamentária.

§ 2º Os preços obtidos a partir da estimativa de preços de que trata o inciso VI do § 1º deste artigo não impedem a contratação pelo poder público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, desde que observadas as seguintes condições:

I - negociação prévia com os demais fornecedores, segundo a ordem de classificação, para obtenção de condições mais vantajosas; e

II - fundamentação, nos autos do processo administrativo da contratação correspondente, da variação de preços praticados no mercado por motivo superveniente.

Art. 9º Na hipótese de haver restrição de fornecedores ou de prestadores de serviço, a autoridade competente, excepcionalmente e mediante justificativa, poderá dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade trabalhista e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º e no § 3º do art. 195 da Constituição Federal.

Aqueles que prestam atenção aos procedimentos e registros corretos descobrirão que, se forem instados a fazê-lo, será mais fácil provar a exatidão de seu emprego. Ao contrário do que parece intuitivo, a flexibilidade introduzida pelas Leis nº 13.979/20 e 14.217/21 não é para relaxar, mas para fortalecer as medidas de controle interno. Nesse sentido, os fornecedores devem ser mais cuidadosos.

5 CONCLUSÃO FINAIS

Observando os pontos destacados ao longo do trabalho e todas as informações evidenciadas pode-se considerar que a pandemia concedeu profundos impactos em todas as áreas econômicas, sociais e culturais, destacando como uma determinada situação pode impactar consideravelmente o desenvolvimento da sociedade.

Dentro da gestão pública verifica-se que os contratos, assim como alguns serviços ou atividades precisaram ser alinhados a nova necessidade ou determinação governamental, algo que pode impactar os cidadãos que de alguma forma necessitam ou esperam que os serviços públicos sejam devidamente cumpridos e aplicados.

Como bem descrito no trabalho a rotina laboral de todas as organizações e empresas foi impactado devido a pandemia, precisando ser alinhados as novas necessidades, com isso os procedimentos e processos tecnológicos ganharam cada vez mais importância ou relevância dentro das rotinas de trabalho. Ganhando dessa forma uma maior análise e aplicação por parte dos empresários, gestores e administradores das rotinas por meio da tecnologia e suas inúmeras ferramentas.



REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988.

_____. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

_____. Lei nº 14.217, de 13 outubro de 2021.

_____. MP nº 1.047, de 03 de maio de 2021.

_____. Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Covid-19 e Direito Administrativo: impactos da pandemia na Administração Pública*. Curitiba: editora Juruá, 2020.

CBIC: CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO. *A Pandemia do Coronavírus – Recomendações para o Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção*. São Paulo – SP: CBIC, 2020, 6p. P. 4.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS - CNM. *Pesquisa CNM sobre o novo coronavírus (covid-19)*. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/cerca-de-2-mil-municipios-decretaram-calamidade-ou-emergencia-em-saude-publica-por-causa-da-covid-19-revela-cnm>. Acesso em: 20 de novembro de 2021.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. Rd. São Paulo: Malheiros, 2002.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.



APLICAÇÃO DA SANÇÃO PENAL AO INIMPUTÁVEL COM EVIDÊNCIAS DE CARÁTER PERPÉTUO: SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Sadna Lorraine Gomes Ponte ¹
Linia Dayana Lopes Machado ²

RESUMO: Esta pesquisa tem a finalidade de demonstrar, dentro da ótica do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, as características de perpetuidade na medida de segurança, e exibir a ausência de previsão legal do limite máximo das sanções para os inimputáveis. A medida de segurança no sistema penal brasileiro possui como objetivo o tratamento do doente mental para a sua recuperação e reintegração ao convívio social, sendo que aos inimputáveis são destinados como tratamento os hospitais de custódia psiquiátrico ou ambulatorial. O estudo irá analisar a medida de segurança imposta aos inimputáveis, com base na periculosidade do agente, bem como o método curativo a partir do macro princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Diante destes fatos, surge o questionamento: a medida de segurança prevista na legislação penal brasileira e na Constituição Federal de 1988 possui características de perpetuidade, diante da forma que é aplicada aos inimputáveis, dentro do manicômio judicial, sobretudo, levando em consideração o princípio da Dignidade da Pessoa Humana? Sob a ótica humanista, justifica-se a pesquisa a partir da concepção da nossa regra matriz de 1988, que veda pena de caráter perpétuo (art. 5º, incisos XLVII, alínea "b", CF/88), o que, no entanto, ainda persiste em nosso ordenamento jurídico-penal brasileiro no que tange à medida de segurança, tendo em vista que os inimputáveis ficam vulneráveis à desigualdade formal e material no que corresponde ao prazo da sanção penal. A pesquisa utilizou a metodologia qualitativa, exploratória, bibliográfica e documental, que objetiva analisar a medida de segurança imposta aos inimputáveis. Nesta perspectiva, procedeu-se à análise de normas vigentes, no âmbito jurídico, para averiguar a harmonização dentre elas, bem como análise em obras de renomados juristas constitucionais, penais, além de pesquisas em sites da internet, de artigos científicos e jurídicos. Conclui-se que deve ser analisado o limite de tempo às medidas de segurança, no Brasil, assegurado o direito fundamental à liberdade e dignidade humana.

Palavras-chave: Medida de segurança. Periculosidade. Direitos fundamentais.

APPLICATION OF CRIMINAL SANCTION TO THE UNIMPUTABLE WITH PERPETUAL EVIDENCE: FROM THE PERSPECTIVE OF THE HUMAN DIGNITY PRINCIPLE

ABSTRACT: This research aims to demonstrate, within the perspective of the Principle of the Dignity of the Human Person, the characteristics of perpetuity in the security measure, and to show the absence of a legal provision for the maximum limit of sanctions for nonaccountable persons. The security measure in the Brazilian penal system aims to treat the mentally ill for their recovery and reintegration into social life, with the nonaccountable ones being treated in psychiatric or outpatient hospitals. The study will analyze the security measure imposed on the nonaccountable, based on the perilousness of the agent, as well as the curative method based on the constitutional macroprinciple of Human Dignity.

¹ Discente da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde/UniRV.

² Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO). Professora do curso de Direito, Universidade de Rio Verde.



In view of these facts, the question arises: does the security measure foreseen in the Brazilian criminal legislation and in the Federal Constitution of 1988 have characteristics of perpetuity, because of the form that is applied to the unimputable, within the judicial asylum, above all, taking into account the principle of dignity of the human person? From a humanistic perspective, this research is justified from the conception of our 1988 Constitution, which prohibits perpetual punishment (art. 5, items XLVII, paragraph "b", CF / 88), which, however, still persists in our Brazilian legal-penal system with regard to the security measure, considering that the nonaccountable are vulnerable to formal and material inequality in relation to the time of the penal sanction. The research used the qualitative, exploratory, bibliographic and documentary methodology, which aims to analyze the security measure imposed on the nonaccountable. In this perspective, an analysis of the current rules, in the legal scope, was carried out to ascertain the harmonization among them, as well as analysis in the works of renowned constitutional and criminal jurists, in addition to research on internet sites, scientific and legal articles. It is concluded that the time limit for security measures in Brazil must be analyzed, ensuring the fundamental right to freedom and human dignity.

Keywords: Safety Measure. Perilousness. Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

Este artigo apresenta uma abordagem teórica sobre o lapso temporal imposto pela medida de segurança, em contradição ao princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88).

A inimputabilidade é um dos elementos da culpabilidade, ou seja, é capaz de isentar a culpa e diretamente o crime. Diante disto, o juiz absolve impropriamente e remete à medida de segurança ao proferir a sentença, submetendo-o a cumprir a aplicação da sanção aos inimputáveis.

Em consonância com a legislação infraconstitucional, é necessário o cumprimento da medida de segurança por meio de tratamento ambulatorial ou a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, que somente pode ser indicada se os recursos extra hospitalares se caracterizarem insuficientes, e obrigatoriamente deve ser desempenhada em lugar adequado.

Não obstante, em lei, o louco-infrator, por ser ameaça de perigo para a sociedade, somente deverá ser posto em liberdade quando houver a cessação da periculosidade, por intermédio pericial anual ou a qualquer tempo, sem desclassificar a possibilidade de não ter obtido a sanidade mental.

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece que a medida de segurança tem por objetivo o tratamento do doente mental para a inserção no convívio social, fixada a pena mínima e indeterminado o seu limite máximo, o que compromete a liberdade do indivíduo inimputável, que pode submeter-se ao tratamento por décadas, sem obter a previsão legal de liberdade e assim o retorno social.

Cabe discorrer que o Código Processual Penal Brasileiro afirma que a medida de segurança terá tempo indeterminado (Art. 97, §1º, CPP), o que torna o direito de liberdade submetido à internação ou tratamento ambulatorial por anos. Em contrapartida, a Constituição deixa clara a vedação da pena de caráter perpétuo (Art. 5º, incisos XLVII, alínea "b"), logo a lei permite a concordância de sanção perpétua dentro da medida de segurança, ao deixar específico o tempo mínimo e obscuro o limite máximo.

Dentro da mesma ótica humanística, os pacientes que são levados aos internatos deixam de ter a igualdade à que remete a Constituição Federal, uma vez que ficam vulneráveis e desprezados de sua liberdade, sendo-lhe imposto viver anos sem qualquer



previsão legal.

É indiscutível que ao longo da história das internações brasileiras existem inúmeros casos em que se destacam a crueldade e maus-tratos de pessoas que sofrem com doenças psíquicas. De acordo com o princípio da dignidade humana a que se refere a Constituição Federal, ninguém será submetido a tortura ou tratamento desumano ou degradante. Além da doença mental assustadora, também foi acrescentado o conjunto de abandono, desprezo e desconhecimento dos princípios do tratamento hospitalar.

Nessa mesma linha de proteção à Dignidade da Pessoa Humana, o ordenamento jurídico brasileiro recepcionou o Pacto São José da Costa Rica, que resguarda o direito à integridade pessoal, somada com a física, psíquica e moral, sendo direitos inerentes ao ser humano. Elencado no artigo 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, o "Direito à integridade pessoal" se refere ao fato de que "Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral", como também, "Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano".

Sob esta perspectiva, o presente estudo problematiza a característica da medida de segurança por ainda fundamentar-se em sua predominância de caráter punitivo perpétuo. Nesse sentido, indaga-se: Como conservar o direito à Dignidade da Pessoa Humana na falta de previsão de liberdade no ordenamento jurídico-penal na forma em que a medida de segurança é aplicada aos inimputáveis?

No Brasil, a discussão sobre o tempo de sanção penal destinado aos inimputáveis já existe, conforme a súmula nº 527 do STJ, que afirma que a duração da sanção penal não pode exceder o limite máximo da pena abstratamente imposta.

Por conseguinte, a Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, veio modificar o limite das penas, que anteriormente era 30 (trinta) anos, e passou a ser 40 (anos), destaque no artigo 75, parágrafo 1º do Código Penal.

Diante da lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), deixou um questionamento sobre as medidas de segurança, e ainda não houve posicionamento dos tribunais em relação ao prazo máximo de duração para os inimputáveis.

Como característica da Medida de Segurança é inibir a periculosidade no âmbito social, como objetivo de tratamento curativo, e mediante desses atributos, a Lei nº. 10.216, de 6 de abril de 2001, Lei da Reforma Psiquiátrica, oferece proteção e direitos para pessoas com transtornos mentais e redireciona o modelo de atenção psiquiátrica. No seu contexto, significa reconhecer as pessoas com transtorno mental como pessoas jurídicas que têm garantia de tratamento humanitário e respeitoso, e que existem recursos suficientes para o tratamento e preza-se sempre pela família e integração do paciente.

Considerando ainda a Lei Antimanicomial, a medida de segurança não deveria ter o mesmo prazo da pena, uma vez que a primeira tem a finalidade curativa, logo a pessoa com transtorno mental deveria cumprir o tempo necessário do tratamento e ter permitida sua volta ao convívio social.

Embora em alguns casos o paciente não alcance a cura, a medida de segurança fere a dignidade do inimputável, não só por estar submetido à privação de liberdade, mas também por desconhecer o destino que trilha para sua liberdade.

Para concretizar o estudo, foi utilizada a metodologia explicativa e dedutiva. Quanto ao procedimento de coleta de dados, em um primeiro momento foi bibliográfica com fontes secundárias retiradas de livros como referencial teórico, mídias eletrônicas, artigos científicos e pesquisas; no segundo momento, a pesquisa foi documental baseada na Constituição Federal e em leis esparsas. Quanto à fonte de informações, o estudo foi bibliográfico e documental. Quanto à natureza dos dados, a pesquisa foi qualitativa sem dados quantificáveis.

Por fim, restará demonstrado que a medida de segurança entrelaçada com a ca



racterística perpétua viola o princípio da dignidade humana e tem gerado conflitos, sejam constitucionais ou humanísticos. Posto isso, conclui-se que a Lei da Reforma Psiquiátrica, equiparada ao Código Penal, e mesmo à Constituição, cruza caminhos diversos para os doentes mentais.

1 O SURGIMENTO DA MEDIDA DE SEGURANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL BRASILEIRO

Ao longo da história da humanidade, sempre existiram seres humanos com doenças mentais, e por seguimento a hostilidade humana. Os indivíduos considerados loucos passaram por diversos julgamentos, sendo que os povos primitivos tinham os loucos como pessoas sagradas, já na Idade Média a insanidade mental era algo corriqueiro (FÜHRER, 2000).

No século 5 a.C., acreditava-se que a pessoa com doença mental era possuída por demônios, e com essa crença faziam buraco no crânio do indivíduo para que assim os espíritos malignos pudessem se retirar da mente do doente. Porém, com o decorrer dos anos, sobrevieram as mudanças e pontos de vista diferentes para os doentes mentais.

No século XVII, iniciou-se um ciclo de exclusão, o que amparou a violência, maus tratos e torturas, e dentro desse momento caótico, surgem também as técnicas de possíveis tratamentos, mas crueldade e sofrimento faziam parte da intervenção. Ainda no século XVII, umas das maneiras utilizadas era queimar as genitálias e o crânio com soda cáustica com intuito de bloquear pensamentos de ira.

Como se não bastassem as queimaduras, introduziram o método da hidroterapia, em que colocavam o paciente enrolado em uma rede dentro de um tanque de água e deixavam-no por dias, alternando a temperatura da água, ora fervente, ora extremamente gelada. (MATTOS, 2006).

Houve diversos estudos a respeito dos inimputáveis, inclusive na escola positiva na qual Cesare Lombroso, no final do século XX, gerou uma grande repercussão por estudar com afinco a morfologia dos criminosos, e as associava às características dos pacientes com doenças mentais.

Contudo, Philippe Pinel foi um dos grandes responsáveis pela luta contra as torturas e hostilidades contra os doentes que eram taxados como animais. Ele defendia que os internos necessitavam de tratamento e não confinamento. (GLEITMAN; REISBERG; GROSS, 2009).

Como qualquer lei implantada, a medida de segurança surgiu para o Estado ajustar o papel de coerção. Sob essa perspectiva, a origem oficial remete ao anteprojeto do Código Penal suíço de Karl Stoos, em 1893. Foi a partir do seu contexto que outros países deferiram o instituto.

No Brasil, em Barbacena, no Estado de Minas Gerais, criaram em 1903 um manicômio onde hospitalizavam não somente doentes mentais, mas pessoas que portavam os documentos pessoais em uma abordagem policial, deficientes físicos, como surdos-mudos, além de homossexuais, militantes políticos, garotas que perderam a virgindade antes do casamento e afins. Pelo visto, loucura não era a regra para o passaporte do manicômio (ARBEX, 2013).

Nas internações brasileiras, existem inúmeros casos em que se destacam a desumanidade e maus-tratos de pessoas que sofrem com doenças psíquicas, e por muitas vezes não têm diagnóstico de sofrimento psíquico. No relato de Daniela Arbex, no livro *Holocausto Brasileiro*, há histórias de pessoas desumanizadas em internações.

[...] descobriu que não havia roupas de camas suficientes, muito menos roupas.

Também constatou que as crianças do Colônia recebiam tratamento idêntico ao oferecido aos adultos, permanecendo, inclusive, no meio deles. Aqueles



meninos sentiram na pele os maus-tratos das correntes, dos eletrochoques, da camisa de força, do aprisionamento e do abandono. (ARBEX, 2013, p. 79).

O Brasil adotou por anos o sistema duplo binário e passou a incorporá-lo no Código Penal de 1940. Após a reforma em 1984, o sistema passou a ser vicariante como fundamento, de modo que se aplica a medida de segurança ou a privativa de liberdade reduzida, fragmentando em duas espécies, a detentiva e a restritiva.

Nesse primeiro momento, a medida de segurança foi adotada para os inimputáveis em razão de doença mental, mas também àqueles que, embora imputáveis, fossem considerados perigosos, conforme o disposto no art. 77. O sistema do duplo binário, que permitia a aplicação de pena seguida da execução de uma medida de segurança, vigeu no Brasil até meados da década de 1980, quando foi alterada a Parte Geral do Código Penal. (PRADO; SCHINDLER, 2017, p. 4).

O ordenamento jurídico brasileiro não expressa o conceito concreto de medida de segurança, porém a medida de segurança é uma instituição ou procedimento legal aplicável a pessoas que cometem crimes e não podem responder criminalmente por serem inimputáveis ou semi-imputáveis. Trata-se de uma espécie de sanção penal, com natureza preventiva que tem como principal objetivo o tratamento, aplicada aos que praticam conduta típica e antijurídica como forma de substituição da pena, na ausência de culpabilidade, e diante da periculosidade existente para a sociedade.

Sob a égide da Constituição Federativa, a sanção penal é considerada um gênero, cujas espécies são: pena e medida de segurança. A pena é aplicada aos imputáveis e a medida de segurança é aplicada aos inimputáveis. Neste sentido, a medida de segurança é um instituto jurídico-penal que se encontra em vigência no ordenamento brasileiro.

O Código Penal brasileiro prevê a isenção de pena para o agente por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, inicialmente, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Expressa Dower (2000, p. 122) que a pena imposta pela presença de culpabilidade do agente, imputável, já a medida de segurança não é uma espécie de pena, justamente, por ser baseada na periculosidade do portador de doença mental.

Ao contrário, da afirmativa acima, Pierangeli e Zaffaroni³(1997, apud NUCCI, 2009, p. 560):

[...] sustentam ser a medida de segurança uma forma de pena, pois sempre que se retira a liberdade do homem, por uma conduta por ele praticada, na verdade o que existe é uma pena. Toda privação de liberdade, por mais terapêutica que

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIARANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte geral. São Paulo. RT 1997. seja, para quem a sofre não deixa de ter um conteúdo penoso. Assim, pouco importa o nome dado e sim o efeito gerado.

Observa-se que a medida de segurança é uma sanção penal, a fim de conter e baseada na periculosidade, fundamentada no Jus Puniendi, destinada a remover pessoas perigosas do meio social, e com desígnio de tratamento terapêutico, aplicada aos indivíduos que praticaram conduta tipificada como crime.

As penas são aplicadas por tempo determinado e proporcional à gravidade do delito e ao bem jurídico violado. Em contrapartida, as medidas de segurança são destinadas aos indivíduos inimputáveis e, por vezes, semi-imputáveis, tendo como objetivo a prevenção especial, por intermédio do tratamento curativo do agente. (BRASIL, 2013, p. 132).



Não obstante a ilicitude do fato, é necessário que o doente mental expresse a periculosidade, e seja justificado como excludente da culpabilidade, uma vez que excluindo-se o crime aplica-se a medida de segurança com foco na periculosidade do inimputável.

Quanto à natureza da sentença, em razão da medida de segurança, é intitulada como absolvição imprópria, e aplicada devido a inexistir o delito, assim, não há como haver condenação penal, o juiz absolverá o réu, conforme art. 386 do Código de Processo Penal, o que não isenta de outra modalidade de sanção a ser cumprida. Acontece que, mesmo com a absolvição, o inimputável é sujeitado à medida de segurança, o que caracteriza a absolvição *sui generis*.

Embora seja absolvido, não há como liberar o agente, devido ao grande risco de rescindir nas práticas criminais, e é com fundamento na periculosidade e não na culpabilidade que a medida de segurança é imposta ao inimputável.

Em outras palavras, a absolvição obviamente não levará à liberdade do réu, entretanto é desonerado da pena e remetido à verificação da intensidade da periculosidade associada a prática ilícita através de laudos válidos e, tão somente, cumprir a medida de segurança por apresentar potência significativa de perigo.

De acordo com Carvalho (2013, p. 502):

O instrumento de averiguação da periculosidade do autor do fato previsto em lei como crime é o incidente de insanidade mental, procedimento regulado pelo Código de Processo Penal. O incidente pode ser requerido em qualquer fase da persecução penal (fase de inquérito ou instrução processual) e a sua instauração suspende o processo (art. 149, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal). Segundo o art. 149, caput, do estatuto processual, quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará de ofício ou a requerimento das partes o exame médico-legal (perícia psiquiátrica). Cabe, pois, ao médico legista (psiquiatra forense) a tarefa de atestar o grau de periculosidade do autor do fato. Periculosidade entendida, na sistemática dos Códigos Penal e de Processo Penal, como um estado de antissociabilidade que permite realizar um juízo de probabilidade de delinquência futura baseado nos déficits psíquicos do periciando.

Nesse diapasão, o juiz poderá, a qualquer momento, requerer o incidente de sanidade mental, para sanar dúvidas ou decretar veracidade sobre a (in) capacidade mental do doente. A incumbência de atestar o grau de periculosidade é de um médico perito psiquiátrico. O juiz pronunciará na sentença o prazo.

Destaca-se em lei apenas o prazo mínimo legal a ser cumprido da medida de segurança, de 1 (um) a 3 (três) anos, porém o tempo está ligado ao fator periculosidade do indivíduo, ou seja, enquanto não estiver são para o convívio social, irá permanecer sob a custódia da sentença.

Por conseguinte, o alienado mental é submetido coercitivamente à medida de segurança, com as condições e recursos suficientes para o tratamento, e permanecerá na instituição enquanto houver a existência da periculosidade, e há possibilidade de não ter obtido a saúde mental, o que pode durar além do previsto em lei. Outrossim, existem inúmeros casos em que não se obtém a cura da doença, desta forma, os inimputáveis continuam a cumprir a medida imposta, assim, desprovidos de liberdade. Faz previsão a Lei de Execução Penal - LEP, in verbis:

Art. 176. Em qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o Juiz da execução, diante de requerimento 35 fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor, ordenar o exame para que se verifique a cessação da periculosidade, procedendo-se nos termos do artigo anterior. (BRASIL, 1984).

Nessa lógica, é mediante a intervenção do Ministério Público ou do interessado que cabe requerer, através de perícia médica, a verificação de cessação de periculosidade, antes de esgotar o prazo mínimo da sentença. Caso não seja requerida a perícia após cumprido o tempo mínimo, será transferida de ano em ano ou de ofício.



2 FORMAS DE CUMPRIMENTO DA MEDIDA DE SEGURANÇA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Na legislação penal brasileira, no artigo 26 do Código Penal, considera-se a inimputabilidade, por circunstância de doença mental, por desenvolvimento retardado ou inacabado, em que, no tempo do crime, o agente era inapto a se comportar e pensar de acordo com o caráter ilícito do fato.

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). (BRASIL, 1940).

A medida de segurança consiste em espécies, a detentiva e a restritiva. A detentiva baseia-se na internação do agente em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico ou em algum estabelecimento adequado conforme a lei, e a restritiva é caracterizada pelo tratamento ambulatorial. Nesta espécie, o inimputável é levado para cuidados médicos e tem a necessidade de comprovar estes dias de tratamento determinado pelo médico.

Sobre a classificação das espécies de medida de segurança, em detentiva, aplicada em hospital de custódia e psiquiátrico, ou ainda, restritiva, através de tratamento ambulatorial, discrimina Greco (2015, p. 755):

O tratamento a que será submetido o inimputável sujeito a medida de segurança poderá ocorrer dentro de um estabelecimento hospitalar ou fora dele. Assim, a medida de segurança poderá iniciar-se em regime de internação, ou por meio de tratamento ambulatorial. Dessa forma, podemos considerar que as medidas de segurança podem ser detentivas (internação) ou restritivas (ambulatorial).

Além disto, os inimputáveis são destinados aos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, ou tratamento ambulatorial, a fim de que sejam tratados de sua doença mental, para que assim sejam inseridos em sociedade. Na falta do hospital de custódia, deverá ser um lugar adequado, que tenha recursos suficientes para o tratamento, porém a realidade é insultante.

O hospital de tratamento psiquiátrico terá de possuir uma estrutura diferente do sistema privativo de liberdade (cárcere), mas, o que é observado, é a semelhança entre os dois sistemas, como: falta de investimento, falta de condições básicas, má infraestrutura e descaso do poder público.

Exposto por Ferrari (2001, p. 13), in verbis:

O princípio da dignidade da pessoa humana exige que as autoridades administrativas confirmem ao delinquente-doente condições mínimas a tratamento, destacando-se, essencialmente, salubridade no ambiente institucional, presença de profissionais habilitados laborando na instituição, progressividade terapêutica, individualização na execução da medida de segurança criminal e, especialmente, transmissão de valores essenciais à convivência em uma livre sociedade político-pluralista.

Todavia, com a intervenção do juiz, o tratamento ambulatorial pode ser substituído pela internação. Isso dependerá do grau pericial de periculosidade do inimputável, mas em regra nunca será o contrário.

Segundo a doutrina e a jurisprudência brasileira, é possível a realização da conversão da internação em tratamento ambulatorial, conhecida como desinternação progressiva. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem entendido, in verbis:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA COM APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA CONSISTENTE EM INTERNAÇÃO. ALTERAÇÃO PARA TRATAMENTO AMBULATORIAL. POSSIBILIDADE. DELITO



APENADO COM RECLUSÃO E GRAVIDADE CONCRETA NÃO DEMONSTRADA. CIRCUNSTÂNCIAS OBJETIVAS QUE POR SI SÓ NÃO IMPEDEM A IMPOSIÇÃO DO TRATAMENTO AMBULATORIAL. NOVA MEDIDA IMPOSTA QUE PODERÁ SER REVISTA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 176 DA LEP. RECURSO PROVIDO. - A aplicação de medida de segurança nada mais é do que a resposta penal ao injusto cometido pelo agente considerado inimputável e possui caráter preventivo e curativo. Em casos excepcionais, é admitida a substituição da medida de internação por tratamento ambulatorial, mesmo quando a pena cominada ao delito for de reclusão, ainda mais quando inexistir no laudo técnico recomendação da internação. - Conquanto o art. 97, caput, do CP estabeleça que a medida de segurança para réu inimputável, em caso de crime punido com reclusão, seja a internação, não há óbice para a submissão do agente a tratamento ambulatorial quando as circunstâncias do caso concreto e a ausência de informação quanto à periculosidade indicarem ao juiz ser esta medida suficiente. - O tratamento manicomial, de acordo com a nova Reforma Psiquiátrica, está em desuso, por ser medida inadequada e de pouca eficiência para a recuperação do portador de sofrimento mental. - A teor do artigo 176 da LEP, antes do final do tempo fixado na decisão pode ser realizado exame pericial para a verificação da necessidade ou não da manutenção da internação. (TJMG - Apelação Criminal 1.0686.15.021007-4/001, Relator(a): Des.(a) Néelson Missias de Moraes, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 05/04/2018, publicação da súmula em 16/04/2018). (MINAS GERAIS, 2018).

Nessa linha de pensamento, a Lei de Execução, no artigo 186, demonstra a capacidade da aplicação da medida de segurança ao agente que esteja cumprindo pena privativa de liberdade, quando decorrente de perturbação mental, o que leva a ser requerida substituição pelo Ministério Público, autoridade administrativa e inclusive de ofício. Podemos notar que ao Juiz fica autorizada a escolha da medida, justificada pelo grau de periculosidade do agente.

3 PRAZO INDETERMINADO DA MEDIDA DE SEGURANÇA SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE HUMANA

A Constituição Federal do Brasil inibe qualquer forma de perpetuidade no tocante às sanções penais. Contudo, a medida de segurança não se encontra aplicada conforme os preceitos da Carta Magna de 1988, e assim, o equívoco sobre a liberdade do louco-infrator fica disposto ao fundamento da periculosidade, no que tange ao jus puniendi, destinado a afastar os doentes mentais do convívio social, expondo-os ao sofrimento perpétuo.

Segundo Coelho (2015, p. 9):

O processo democrático proclamado pela Constituição da República é contrariado pelo histórico de desrespeito aos direitos humanos nos manicômios judiciais brasileiros. Essas instituições de tratamento, cujo propósito é zelar pela saúde dos doentes mentais que cometeram crimes, acabam se desvirtuando de sua função e submetendo-os a uma espécie de prisão perpétua: após a entrada, poucos conseguem sair, mesmo quando cessa sua periculosidade. Os principais fatores que contribuem para o quadro desolador dos manicômios judiciais são a falta de avaliação psicológica regular, a ausência de política estatal de reinserção dos doentes e a grave omissão do Judiciário em autorizar a saída dessas pessoas. As inspeções, portanto, surgem como ferramenta fundamental para a verificação de irregularidades nos estabelecimentos, a fim de que seja resguardada a dignidade dos seres humanos que sofrem por transtornos mentais e são submetidos a tratamento em razão da prática de infração penal.

Diante da indignação com a falta de respeito com as pessoas em tratamento, adveio consigo a falta expressa de liberdade, evidente que muitas pessoas não obtêm a cura ou melhora. Isso decorre da falta de análise regular e eficácia dos meios utilizados para a melhora do paciente, também da quantidade de profissionais atuando na área em relação à proporção de internos, o que agrava o retorno ao convívio social.

Segundo Haroldo (2018, p. 191):

As justificativas voltadas a dar sustentação ao manicômio judiciário são frá-



geis do ponto de vista jurídico. Isto porque as medidas de segurança constituem-se em institutos jurídicos ultrapassados, fundamentados na teoria da periculosidade, ideia que não encontra qualquer sintonia com a Constituição de 1988. Aliás, é no mínimo contraditório considerar a medida de segurança uma forma de tratamento como pretende a legislação penal, uma vez que se apresenta como tratamento que se volta não para a cura de alguma enfermidade, mas sim para fazer cessar a periculosidade, algo que não se constata a partir do diagnóstico clínico e que deriva exclusivamente de uma ficção legal criada a partir da infeliz parceria entre psiquiatria e direito.

A Lei nº. 10.216/2001 (Lei da Reforma Psiquiátrica) dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Em seu contexto, traz o reconhecimento das pessoas que são acometidas de doença mental como pessoa de direito, que têm a garantia de serem tratadas com humanidade e respeito, e que haja recursos suficientes para o tratamento, visando sempre a inserção familiar e social do paciente. (BRASIL, 2001).

Apesar de que os hospitais têm a finalidade de recuperação psíquica, por intermédio de especialistas qualificados na área, os métodos implantados para a cura do paciente interno devem ser compatíveis com sua reabilitação na sociedade. É necessário haver condições mínimas e meramente humanas e serem respeitados os internos no ambiente instituído para a efetiva reinserção do doente mental na sociedade.

Segundo Carvalho (2013, p. 509):

A Lei n. 10.216/2001 inegavelmente muda o estatuto jurídico e a lógica do tratamento dos portadores de sofrimento psíquico no Brasil. A Lei da Reforma Psiquiátrica não apenas determina como diretriz central que sejam realizadas políticas públicas de desinstitucionalização, como fixa como premissa o respeito à autonomia dos usuários do sistema de saúde mental. Assim, devem atuar como protagonistas na definição de sua terapêutica. Além disso, a Reforma Psiquiátrica procura alterar a linguagem que configurou historicamente a instituição manicomial, estabelecendo uma nova gramática nas práticas de internação.

Não somente a Lei nº 10.216/2001 impõe dignidade ao tratamento dos inimputáveis, mas também o Pacto São José da Costa Rica, que resguarda o direito à integridade pessoal, somada com a física, psíquica e moral, sendo direitos inerentes ao ser humano.

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal 1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969).

O Pacto São José da Costa Rica protege a integridade da pessoa humana de direito, e abomina as crueldades e desrespeito àquelas que estão em privativa de liberdade, pois é algo diretamente ligado a qualquer ser humano. Vale mencionar a Constituição Federal que proíbe qualquer semelhança de perpetuidade das penas, e de maneira geral abomina a prática de acordo com o art. 5º, XLVII, alínea b):

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: XLVII - não haverá penas: b) de caráter perpétuo; [...]. (BRASIL, 1988).

Como se pode analisar, a Constituição é claramente expressiva quanto à proibição de até mesmo a característica de perpetuidade no Brasil. A medida de segurança, que tem por fim o tratamento e a reinserção à sociedade, acaba sendo uma forma de punir o agente pelo crime e prolongar o sofrimento por meio da justificativa da cessação da peri



culosidade.

O Código Penal deixa discriminado o prazo mínimo a ser cumprido, muito embora seja algo irrelevante, pois pode durar muito mais tempo que uma sentença com pena, por ser vinculado a laudos que comprovem a cessação da periculosidade. Ainda nos traz que será realizada a avaliação de ano em ano, porém na prática o que se nota é a demora e omissão das perícias.

Art.97 – Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art.26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Prazo

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 01 (um) a 03 (três) anos.

Perícia médica

§ 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução. (BRASIL, 1940).

Então, assim como o Código Penal e a Lei de Execução Penal, não há legitimada a determinação de prazo máximo da medida de segurança, e o que predomina para desinternação é a periculosidade.

O posicionamento dos tribunais está sendo de acordo com as penas, e permitindo o máximo de 40 (quarenta) anos, o que leva ao entendimento que a medida de segurança é formalizada como pena, algo punitivo, e não como tratamento de característica preventiva.

Na reforma no Código Penal, a lei Pacote Anticrime, houve significativa alteração na duração das penas.

Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.

§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma

seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. (BRASIL, 2019).

Segundo a interpretação sistemática, a medida de segurança também foi alterada, visto que ela tem o prazo da pena abstratamente imposta, como se refere a súmula 527 do STJ, sendo

assim o limite máximo de cumprimento para os inimputáveis aumentou, o que não exclui a possibilidade de perpetuidade devido à periculosidade do indivíduo, que é o fator predominante para sua liberdade.

Como fator decisivo para a liberdade do inimputável está a periculosidade, que se refere ao grau de perigo para o meio social, existindo a necessidade de haver as perícias psiquiátricas determinadas obrigatoriamente pelo Código Penal, para a fiscalização do desenvolvimento do paciente louco - infrator.

Observe-se a seguinte ementa do STJ:

PENAL. medida de segurança. LIMITE DE DURAÇÃO. PENA MÁXIMA COMINADA IN ABSTRATO AO DELITO COMETIDO. ORDEM CONCEDIDA.1. Fere o princípio da isonomia o fato de a lei fixar o período máximo de cumprimento de pena para o imputável, pela prática de um crime, e determinar que o inimputável cumprirá medida de segurança por prazo indeterminado, condicionando o seu término à cessação da periculosidade. 2. Em razão da incerteza da duração máxima da medida de segurança, está-se claramente tratando de forma mais severa o infrator inimputável quando comparado ao imputável, para o qual a lei limita o poder de atuação do Estado. 3. O limite



máximo de duração de uma medida de segurança, então, deve ser o máximo da pena abstratamente cominada ao delito no qual foi a pessoa condenada. 4. Na espécie, o paciente foi condenado por tentativa de estupro, cuja pena máxima cominada é de reclusão de 6 anos e 8 meses. Não obstante, encontra-se internado há mais de 15 anos. 5. Ordem concedida para declarar extinta a medida de segurança aplicada em desfavor do paciente, em razão de seu integral cumprimento. (HC 91602/SP HABEAS CORPUS 2007/0232120-2, Sexta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE). Relatora p/ Acórdão: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em: 20/09/2012. Publicado em: 26/10/2012). (BRASIL, 2012).

No caso específico, o paciente não estava sendo submetido a perícia anual, poderia ter sido um viés para sua liberdade, mas restou-se o esquecimento de um doente mental internado por anos. O que deveria ser uma possível liberação condicional tornou-se angústia sobre a desconhecida liberdade prevista.

Portanto, a fim de conceder um tratamento eficaz e avaliar a periculosidade, há a necessidade de ambientes adequados, investimento público, profissionais especializados, fiscalização pericial e, assim, a reintegração do indivíduo na sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto é possível concluir que a medida de segurança é uma ferramenta utilizada pelo Estado como forma de punição e omissão aos direitos constitucionais inerentes à pessoa humana, e isso inclui os portadores de sofrimento psíquico.

O princípio da dignidade da pessoa humana, apesar de sua importância, não é decisivo, sendo assim, os doentes mentais têm seu direito de liberdade, porém limitado, tendo em vista a natureza desumanizadora que gera danos, e isso é para a minoria, sobretudo, os esquecidos, reconhecidos como os inimputáveis.

A partir da análise conceitual da medida de segurança, o presente estudo constatou que é uma forma de sanção com caráter curativo, porém sem a exclusão da punição, considerando a falta de previsão legal para liberdade, sendo fundamentada na periculosidade do doente mental, e revisada com perícia anual a fim de verificar se a reinserção do indivíduo na sociedade é possível.

Considerando que a Constituição Federal proíbe qualquer forma de pena perpétua, na Medida de Segurança há o entendimento da violação Constituição sobretudo, ao princípio da dignidade da pessoa humana que somada com a característica de sanção perpétua, o descaso em relação ao tratamento destinado à medida de segurança.

O Código Penal nos trouxe o Pacote Anticrime, com o questionamento sobre o limite de tempo para os inimputáveis, muito embora com interpretação analógica, prevalecerá o máximo cominado das penas, o que idealiza o tratamento de caráter punitivo ao invés de curativo.

Importante ressaltar que a Lei da Reforma Psiquiátrica traz consigo uma progressão para o inimputável como forma de ressocialização tanto com a sociedade como com a família, abrindo vertentes no intuito de minimizar o sofrimento que é imposto dentro das internações, e humanização como recurso de direito, visto que a lei visa à desinstitucionalização e questiona a eficácia dos tratamentos terapêuticos dentro dos manicômios, ressaltando que o louco é sujeito de direitos.

Por fim, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a medida de segurança não deve ultrapassar o máximo de quarenta anos (HC n. 84.219-SP), o que leva à semelhança ou abordagem das penas, sendo a prática mais rigorosa em relação aos imputáveis, em que pese a necessidade de laudo pericial para comprovar a cessação da periculosidade, caso contrário permanecerá cumprindo a sanção, de forma vulnerável e igualitária.

Desta forma, a medida de segurança leva à longa duração das internações, tomando em consideração que o indivíduo não tinha capacidade mental de entender a ilicitude do ato. Existe a necessidade de reestruturação da medida de segurança para que aos doentes mentais sejam assegurados seus direitos e garantias, tão fundamentais como para os imputáveis.



REFERÊNCIAS

ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

BERNARDO, André. Saúde mental: a evolução dos tratamentos psiquiátricos no Brasil. *Revista Saúde*. Edição 448, São Paulo, 20 nov. 2018. Disponível em: <<https://saude.abril.com.br/mente-saudavel/saude-mental-a-evolucao-dos-tratamentos-psiquiatricos-no-brasil/>>. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. *Medida de segurança – uma questão de saúde e ética*. Quirino Cordeiro e Mauro Gomes Aranha de Lima (Orgs.). São Paulo, 2013, 256 p.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

_____. Presidência da República. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 8 de dez. 1940. Não paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DecretoLei/Del2848.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. Presidência da República. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, 13 jul. 1984. Não paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. Presidência da República. Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 6 de abr. 2006. Não paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Presidência da República. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 dez. 2019. Não paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: n. 91.602 – SP. Paciente: Luis Carlos de Jesus. Impetrante: Gustavo Octaviano. Relator: Ministra Alderita Ramos de Oliveira. Brasília, 20 de setembro de 2012. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 20 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. *Súmula 527*. Define tempo máximo de duração de medida de segurança. DJe, 18 maio 2015, Rio Grande do Sul, Supremo Tribunal de Justiça, v. 243, p. 1067. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 out. 2020.



_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.219-SP. Relator: Ministro Marco Aurélio, 1ª Turma. Brasília: DF, 16 de agosto de 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2020.

CARVALHO, Salo. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro (fundamentos e aplicação judicial)*. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Marcus Vinícius Furtado. Palavras do Conselho Federal da OAB. In: Conselho Federal de Psicologia. *Inspeções aos manicômios: Relatório Brasil 2015*. Brasília: CFP, 2015. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wpcontent/uploads/2015/12/CFP_Livro_Ins-pManicomios_web1.pdf. Acesso em: 21 abr. 2018. p. 9-10.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969). Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 30 ago. 2019.

DOWER, Néelson Godoy Bassil, *Direito Penal Simplificado: Parte Geral*. São Paulo: Nelpa, 2000.

FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Tratado da inimputabilidade no Direito Penal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

GLEITMAN, Henry; REISBERG, Daniel; GROSS, James. *Psicologia*. 7 ed. Porto Alegre: Artmed, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 11.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

_____. *Curso de Direito Penal*. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria: uma saída; preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Revan, 2006

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (2ª Região). Apelação Criminal n. 1.0686.15.021007-4/001. Relator: Des. Nelson Missias de Moraes, Brasília, DF, 16 de abril de 2018. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/567047818/apelacao-criminal-apr-10686150210074001-mg>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: RT, 2009.

PRADO, Alessandra Mascarenhas; SCHINDLER, Danilo. A medida de segurança na contaminação da Lei de Reforma Psiquiátrica: sobre a dificuldade de garantia do direito à liberdade a pacientes judiciários. *Rev. Direito GV*. São Paulo, v.13, n.2, p.628-652, agosto de 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000200628&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 nov. 2020. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201725>



A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE E A RESISTÊNCIA DO RÉU

Giovani Maurício Santos
Ricardo Luiz Nicoli

RESUMO: Este artigo trata sobre a tutela antecipada antecedente, espécie de tutela provisória, e a resistência do réu, que se desdobra na possibilidade do enfrentamento da estabilização por demais meios de impugnação. Tal pesquisa visa demonstrar a sociedade em geral e em especial ao profissional do direito sobre a necessidade de aceitação de demais meios de impugnação que visam impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente, além do agravo de instrumento, único meio escolhido pelo Código de Processo Civil de 2015. Existem outros meios considerados aptos a obstaculizar a estabilização da tutela antecipada antecedente além da previsão do agravo de instrumento feito pelo legislador? Para os profissionais do direito, tal pesquisa tem sua importância fundamentada na possibilidade de enfrentamento da estabilização desta tutela, de forma mais rápida e eficaz. Para a sociedade em geral, a busca de um provimento judicial justo e célere e que garante de fato o acesso à justiça, é de caráter essencial para o bom andamento não só do processo, mas da própria justiça em si. Realizou-se uma pesquisa descritiva, com abordagem qualitativa e método hipotético-dedutivo. Foi feito também um levantamento bibliográfico e pesquisa jurisprudencial. Concluiu-se que, a interpretação do dispositivo que menciona a necessidade do agravo de instrumento para barrar tal estabilização, foi feita pelo legislador de forma restritiva, e entende-se que é necessário a aceitação de demais meios de impugnação além do agravo de instrumento, como medida de fomentação do princípio do acesso à justiça consagrado pela Constituição Federal de 1988.

Palavras-chaves: Tutela provisória. Tutela de urgência. Estabilização da tutela antecipada. Resistência do Réu.

¹ Graduando em Direito pela Unirv-Universidade de Rio Verde-Campus, Rio Verde-Go, Especialista em Polícia e Segurança Pública pela Escola de Pós Graduação da Polícia Militar do Estado de Goiás (PM-GO), Tecnólogo em Recursos Humanos pela Faculdade de Tecnologia São Francisco (FATESF/ES). Gestor em Segurança Pública pela Faculdade Regional Serrana (FUNPAC/ES). Policial Militar na PMGO.

² Orientador, Doutorando em Direito Público pela Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e pela Università degli Studi di Firenze, Itália. (UNIFI) (cotutela). Mestre e Especialista em Poder Judiciário pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO RIO - FGV/RJ). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Anhanguera de Ciências Humanas/GO (Uni-Anhanguera). Pesquisador do Grupo de Estudo, Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Professor Adjunto II da disciplina de Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde/GO (UniRV). Juiz de Direito no TJGO.



THE STABILIZATION OF THE PRELIMINARY INJUNCTION AND THE DEFENDANT'S RESISTANCE

ABSTRACT: This article deals with the preliminary interlocutory relief, a kind of provisional relief, and the defendant's resistance, which unfolds in the possibility of confronting the stabilization by other means of challenge. Such research demonstrates society in general and particular in the legal professional on the need to accept other means of challenge that aim to prevent the stabilization of the preliminary interlocutory relief, in addition to the interlocutory appeal, the only means chosen by the 2015 Code of Civil Procedure. Are there other means considered capable of hindering the stabilization of the prior interlocutory relief, in addition to the provision of the interlocutory appeal made by the legislator? For legal professionals, this research has its importance based on the possibility of facing the Stabilization of this protection, in a faster and more effective way. For a society in general, the search for a fair and swift judicial provision, which effectively guarantees access to justice, is essential for the smooth running not only of the process, but of justice itself. A descriptive research was carried out, with a qualitative approach and a hypothetical-deductive method. A bibliographical survey and jurisprudential research were also carried out. It was concluded that the interpretation of the provision that mentions the need for the interlocutory appeal to bar such a challenge, was made by the legislator in a restrictive manner, and it is understood that it is necessary to request other means of a challenge in addition to the interlocutory appeal, as a measure to promote the principle of access to justice enshrined in the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Provisional guardianship. Urgent relief. Stabilization of the injunction. Defendant's Resistance.

1 INTRODUÇÃO

A concessão de uma tutela provisória que visa proteger um direito do cidadão, é fundamental para o bom andamento da justiça e da sociedade, pois antecipa ou conserva um direito que só seria concedido ao fim de um processo, garantindo assim o acesso à justiça de forma eficaz e célere, como preconiza a Constituição Federal de 1988.

Contudo, quando essa tutela se estabiliza no tempo, e traz para a outra parte um prejuízo, que foi provocado por uma singela formalidade processual, deve-se ter cautela tanto na sua concessão, quanto nos meios de impedir essa estabilização, pois isto trará reflexos processuais que talvez não se possa conceituar como justo.

Deste modo, o problema deste trabalho se situa nas formas de evitar a estabilização da tutela antecipada antecedente, espécie de tutela provisória, visando evitar justamente esse possível prejuízo às partes, pois o profissional do direito ao se fazer uma leitura contextualizada de artigos do Código de Processo Civil de 2015, lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, percebe que o recurso cabível que visa impedir essa estabilização é o agravo de instrumento, contudo, há de se verificar se outros meios de impugnação são capazes de atingir neste caso, a finalidade principal deste recurso, que é evitar a estabilização desta tutela de forma mais célere e eficaz.

Sendo assim, parte-se da hipótese de que a primeira inferência do operador do direito em relação a estabilização da tutela antecipada antecedente é de que somente o agravo de instrumento impetrado no tribunal competente é apto a impedir tal estabilização, isso quando a decisão for tomada por juiz de primeira instância, o que será esclarecido no decorrer do trabalho.

Tal conclusão se extrai do próprio Código de Processo Civil, no artigo 304, que versa: " A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303 , torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso". (BRASIL, 2015).



O artigo 1.015 define que: "Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - Tutelas provisórias." (BRASIL, 2015).

Como a decisão que concede a referida tutela tem natureza jurídica de decisão interlocutória, pode-se depreender analisando o artigo 304 em conjunto com o artigo 1.015, ambos do CPC, que só o agravo de instrumento pode impedir a estabilização.

Tal pesquisa se demonstra de suma importância não só para o meio acadêmico, mas também para a sociedade em geral, uma vez que esclarecerá os profissionais do direito a respeito do caminho mais justo a se percorrer na defesa do seu cliente, buscando junto à justiça a melhor solução para o caso quando se tratar dessa estabilização e os meios aptos a impedi-la.

Para a sociedade em geral é importante, pois a depender do que se concluir como mais justo, ou seja, se outros meios de impugnação tem o condão ou não de impedir a estabilização desta tutela, o princípio do acesso à justiça será atendido de maneira mais eficaz, evidenciando o interesse do réu em resistir a pretensão do autor, que se dará ou por meio do que previamente foi definido em lei, ou pelo entendimento de que outros meios devem ser aceitos como aptos a não deixar que tais efeitos processuais se demonstrem nessa casuística, trazendo desta forma mais segurança jurídica aos litigantes.

Nesta sistemática, percebe-se que o processo em si não pode ficar vinculado tão somente a meras formalidades, mas que além disso, deve ser um instrumento de proteção do cidadão, se revelando como uma ferramenta que a cada dia deve trazer mais justiça social nas lides propostas, sendo necessário assim, verificar se há possibilidade de outros meios de impugnação impedir a estabilização da tutela antecipada em seu caráter antecedente.

Portanto, indaga-se: Existem outros meios considerados aptos a obstaculizar a estabilização da tutela antecipada antecedente além da previsão do agravo de instrumento feito pelo legislador?

O objetivo geral desta pesquisa é demonstrar aos profissionais do direito e a sociedade, a necessidade de aceitação de outros meios de impugnação, como meio idôneo para impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente.

Para tanto, foram delineados os seguintes objetivos específicos: analisar os conceitos e classificações de modo geral das tutelas provisórias elencadas no Código de Processo Civil de 2015; esclarecer os pontos mais relevantes sobre a estabilização da tutela antecipada antecedente e seus efeitos no processo, verificar as principais formas de resistência do réu, destacando aquela(s) que pode(m) impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente.

Assim, para viabilizar o teste da hipótese, realiza-se a aplicação uma pesquisa estratégica, com objetivo descritivo, utilizando-se o método hipotético-dedutivo, através da escolha de um problema e as hipóteses de solução desse problema, alfim, confirmando ou refutando as hipóteses encontradas.

O procedimento escolhido se ancora no levantamento bibliográfico e pesquisa jurisprudencial, retirando as devidas citações, analisando-as e comentando-as no trabalho.

Na primeira seção será analisado os conceitos e classificações de modo geral das tutelas provisórias elencadas no novo Código de Processo Civil de 2015.

Na segunda seção será esclarecido os pontos mais relevantes sobre a estabilização da tutela antecipada antecedente e seus efeitos no processo.

Na terceira seção serão verificadas as principais formas de resistência do réu, destacando aquela(s) que pode(m) impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente.



2 TUTELAS PROVISÓRIAS E SUAS ESPÉCIES

2.1 DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA

O Código de Processo Civil de 2015 no artigo 296, diz que: "A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada." (BRASIL, 2015).

Marioni, Arenhart e Mitidiero (2021, s/p) argumentam que:

Decisão – ou tutela – provisória é aquela que não dura para sempre e será necessariamente substituída por outra com objeto tendencialmente coincidente no todo ou em parte. Como o Código prevê a possibilidade de estabilização da tutela satisfativa de urgência (arts. 303 e 304, CPC), o conceito de provisoriedade adequado ao direito brasileiro deve sofrer um acréscimo: provisória é aquela decisão que tendencialmente não dura para sempre e potencialmente será substituída por outra com objeto tendencialmente coincidente no todo ou em parte.

Desta forma, tem-se que a tutela provisória é justamente aquela que geralmente não é definitiva, e que provavelmente será modificada ou revogada a qualquer momento por outra tutela provisória ou por uma tutela definitiva.

O Código de Processo Civil de 2015 no artigo 294 e parágrafo único, estabelece que:

A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. (BRASIL, 2015).

Constata-se desta forma que a Tutela Provisória é um gênero que se subdivide em duas espécies, quais sejam: a tutela de urgência e a de evidência. A primeira ainda se subdivide de acordo com sua finalidade, em tutela cautelar e antecipada. A segunda é aquela em que basicamente a sua concessão está firmada em uma prova documental bastante provável, tornando assim o direito da parte evidente.

O artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015 que trata sobre a tutela de evidência, elenca que:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. (BRASIL, 2015).

Câmara (2017) descreve a tutela de evidência como sendo uma tutela provisória, que desde já, se concedida, satisfaz o direito da parte, sendo que para a sua concessão não é necessário que haja urgência no pedido, e que prescinde do requisito do perigo na demora, *periculum in mora*, ou seja, para a sua concessão, não é necessário que a parte demonstre que o seu direito corre risco de dano por causa da demora. A tutela de evidência é baseada em uma técnica de antecipação do que se pretende ao final do processo, e que fora criada para os casos em que o direito da parte é bastante evidente.

Por conseguinte, percebe-se que tal instituto, difere-se da tutela de urgência no que tange a um dos seus requisitos. Na tutela de evidência não é necessário que a parte traga na ação elementos que denotem a urgência do pedido, não necessitando desta forma do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, bastando para a sua concessão a probabilidade do direito, dentre as hipóteses, é claro, dos incisos do artigo 311 do Código de Processo Civil.



2.1.1 Da tutela provisória de urgência: cautelar e antecipada

Donizetti (2017), descreve a tutela cautelar como sendo aquela que visa assegurar o direito pleiteado pela parte, conservando-o assim, para que no futuro possa garantir uma possível satisfação, e será tutela antecipada, quando satisfizer de maneira imediata, total ou parcial o direito da parte, que só seria satisfeito no futuro.

Assis (2019, p.9), acerca da tutela cautelar, disserta que: "A tutela cautelar é uma tutela conservativa, portanto, visa assegurar o resultado final do processo, preparando e permitindo a futura satisfação do direito."

Shimura e Gabriel Júnior (2019), tratando sobre a tutela antecipada, explicam que essa tutela é satisfativa, e sendo assim, o bem da vida é concedido ao autor antes mesmo de uma decisão principal, não necessitando por parte do juiz de uma cognição exauriente, mas sim, meramente sumária, sendo os seus requisitos a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, confundido assim com os requisitos da tutela de urgência cautelar.

Traçadas tais premissas, entende-se que a tutela cautelar é meramente conservativa, impedindo desta forma que o réu disponha dos bens que possam satisfazer o direito do autor ao fim do processo, por exemplo, ou seja, não é disponibilizado ao autor o bem da vida, a satisfatividade imediata do direito, que é uma característica intrínseca da tutela antecipada, mas sim, conserva-se esse direito, retirando-o, pelo menos temporariamente do alcance do réu, para que assim não possa dilapidar o patrimônio antes de satisfeito o direito do autor.

Percebe-se deste modo que a diferença da tutela cautelar para a antecipada é a finalidade para que ela é utilizada, tendo a primeira natureza conservativa, ou seja, assegura o direito da parte, e a segunda, fim de satisfatividade do direito, disponibilizando assim o bem da vida pleiteado.

Já Bueno (2019), alerta aqueles que aceitam essa simples distinção, de que a tutela cautelar assegura e que a tutela antecipada satisfaz, pois na maioria dos casos não é possível dizer com exatidão até onde vai o conceito de assegurar e o de satisfazer, argumentando que ao assegurar um direito, pode significar satisfazê-lo e vice versa.

Tal entendimento recai sobre a sistemática de que a tutela cautelar garante para satisfazer, e a tutela antecipada satisfaz para garantir, estando presentes em ambas, a satisfação e a garantia do direito, mesmo que na cautelar essa satisfação seja futura.

Neves (2018), exemplifica de maneira clara tais características com a hipótese do sequestro de bens do artigo 301, caput, do Código de Processo Civil de 2015, onde ao se realizar em sede de tutela cautelar, o depósito judicial de bens na responsabilidade de um depositário, garante que esses bens não sejam dilapidados em um primeiro momento, mas que tão somente esta medida não é um fim em si mesmo, necessitando ao final do processo, satisfazer o direito das partes. Na tutela antecipada onde se pede a concessão imediata de um remédio, a entrega desse medicamento serve não só para antecipar o bem da vida pretendido, satisfazendo o direito da parte de modo imediato, mas funciona também para assegurar o resultado útil do processo, ao passo que se a sua entrega fosse feita somente com a tutela definitiva, a saúde do autor estaria prejudicada pelo lapso temporal, ou seja, pela demora.

E se tal problemática causar dúvida no profissional do direito, a ponto de não se ter a certeza acerca de qual tutela pode proteger o direito da parte, o próprio Código de Processo Civil de 2015 traz a solução, dispendo no artigo 305, parágrafo único que:

A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303. (BRASIL, 2015).



Essa disposição é chamada pela doutrina de fungibilidade, e a respeito dela discorre Marioni, Arenhart e Mitidiero (2021), que mesmo o legislador tendo previsto a fungibilidade apenas para as tutelas provisórias requeridas em caráter antecedente, por soberania do princípio da duração razoável do processo e da necessidade de promoção da economia processual, é necessário a aceitação da fungibilidade entre todas as tutelas provisórias.

2.1.2 Requisitos

Em se tratando de requisitos, o artigo 300 do Código de Processo Civil de 2015 diz que: "A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo." (BRASIL, 2015).

Gonçalves (2020), acerca da probabilidade diz que no Código de Processo Civil de 1973 o requisito da tutela de urgência se ancorava na "prova inequívoca", que se traduzia naquela em que convencia o magistrado da verossimilhança do que era alegado, contudo, esse termo passava a impressão de uma prova incontroversa e realizada de forma não superficial, ao passo que a verossimilhança trazia a ideia de uma prova rasa, e como tal dispositivo era alvo de uma celeuma jurídica acirrada, fez com que o legislador preferisse no código atual, o termo probabilidade do direito.

Conforme ensina Mitidiero (2019), a verdade não é um requisito indispensável quando se trata de antecipação de tutela, isso por dois motivos: o primeiro é que neste momento inicial, o contraditório, muita das vezes não está presente, e o segundo versa sobre a ausência de uma carga probatória contundente que possa aclarar o caso concreto. Não obstante isso, leciona ainda que o magistrado deve antecipar ou não a tutela com base apenas na probabilidade do direito trazido no processo e que a ausência da prova da verdade não o exime de exarar uma decisão.

Gonçalves (2020), ainda pontua que o Código de processo Civil de 2015, exige alguns elementos caracterizadores da probabilidade, e que esses requisitos não exigem prova da existência ou da realidade do direito, mas sim, que seja provável. Diz ainda que há uma certa diferença entre os termos probabilidade e plausibilidade, mas que para o processo e no caso concreto, não é possível estabelecer limites a esta distinção e que ambos os institutos necessitam apenas de uma cognição superficial para a sua confirmação.

Desta forma ao juiz foi concedida a possibilidade de concessão das referidas tutelas, baseado em cognição sumária, podendo o magistrado inclusive postergar o contraditório para um momento mais oportuno e fundamentar a sua decisão em uma carga probatória superficial.

Outro ponto relevante acerca dessa temática, é aquele trazido por Carpes (2019), ao diferir a verossimilhança da probabilidade, isso porque muitas vezes o primeiro termo é trazido como sinônimo do segundo em peças processuais, argumentando o autor que ambas as expressões seriam representações de proximidade em maior ou em menor grau da verdade, e que a probabilidade seria aquela que se aproxima mais da verdade em relação a verossimilhança.

Gonçalves (2017, s/p) indica ainda que:

A probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica – que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder tutela provisória.

Destes ensinamentos, depreende-se que o juiz deve valorar as alegações e as provas contidas nos autos para se chegar em uma possível decisão, concedendo ou não, a tutela requerida, sendo que, quanto mais próximo da confirmação e mais longe da refutação destas alegações é que se pode chegar no que se chama de probabilidade do direito.



Percebe-se deste modo que para a concessão da tutela de urgência, cautelar ou antecipada, deve existir no caso concreto indícios de que esse direito possa existir, sendo esta construção chamada pela doutrina de “fumaça do bom direito”, *fumus boni iuris*.

Não basta só a probabilidade do direito para a concessão desta tutela, há de se ter ainda, o perigo de dano, que se traduz na necessidade de um possível prejuízo à parte pela morosidade do processo, ou ao menos que haja risco ao resultado útil do processo, que seria a hipótese de se chegar ao fim do processo e o bem da vida não mais interessar à parte, pois a demora da sua concessão, acarretou o perecimento ou a inutilidade do exercício daquele direito.

Marioni, Arenhart e Mitidiero (2021) apontam que o legislador não foi assertivo ao descrever no Código de Processo Civil como requisitos para a concessão da tutela de urgência, o perigo de dano provavelmente para a tutela antecipada e o risco ao resultado útil do processo para a tutela cautelar. No primeiro porque não é só quando há dano que se merece proteção judicial, como é o caso das tutelas que combatem o ilícito, como por exemplo a tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito (art. 497, parágrafo único, CPC), onde o dano é irrelevante. Em se tratando do risco ao resultado útil do processo, afirma que a proteção no caso da tutela cautelar é em relação ao direito material da parte contra um dano irreparável ou de difícil reparação e não do processo em si, e que melhor seria se tivesse elencado como perigo na demora (*periculum in mora*), discorrendo neste sentido que:

A tutela provisória é necessária simplesmente porque não é possível esperar, sob pena de o ilícito ocorrer, continuar ocorrendo, ocorrer novamente, não ser removido ou de dano não ser reparado ou reparável no futuro. Assim, é preciso ler as expressões perigo de dano e risco ao resultado útil do processo como alusões ao perigo na demora. Vale dizer: há urgência quando a demora pode comprometer a realização imediata ou futura do direito. (MARIONI, ARENHART E MITIDIERO (2021, s/p).

2.1.3 Demais generalidades da tutela de urgência

O parágrafo 1º do artigo 300 do Código de Processo Civil de 2015 versa que:

Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la. (BRASIL, 2015).

Tal instituto traz a necessidade, conforme o caso, de prestação de garantia para a concessão da tutela, ou seja, se mesmo admitindo no caso concreto a presença dos requisitos que justifiquem a concessão da tutela de urgência, o juiz ao vislumbrar a possibilidade de dano para a outra parte por causa da concessão da tutela, irá determinar a caução. A caução real é aquela que a parte garante a reparação do dano através do oferecimento de depósito de valor, ou da disponibilidade de bem móvel ou imóvel. Já a caução fidejussória se traduz na garantia dada por terceiro, através do aval ou da fiança.

Entretanto, a caução poderá ser dispensada se a parte não possuir recursos aptos a dar em garantia.

No parágrafo 2º, tem-se que: “A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.” (BRASIL, 2015).

Liminar é todo provimento judicial concedido no início de uma fase processual, e de uma leitura literal desta previsão, pode-se concluir que esse dispositivo do parágrafo 2º se trata da liminar inaudita altera parte, que significa basicamente, sem ouvir a outra parte, ou seja, o emprego do contraditório postergado ou diferido, onde na verdade ouve-se a outra parte, só que em um momento mais oportuno, o que difere da justificação prévia, ouvindo a outra parte desde já. Tal dispositivo foi inserido no código justamente pelo perigo na demora que há nas tutelas de urgência.

No parágrafo 3º deste mesmo artigo tem-se que: “A tutela de urgência de natureza



antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.” (BRASIL, 2015).

Neste caso, se por exemplo, a parte pleiteando um transplante de órgão, não demonstrar no caso concreto que ele está inscrito no sistema de controle de transplante e que ele foi preterido, aventando deste modo controvérsia, o juiz poderá negar-lhe a tutela antecipada, pelo perigo de irreversibilidade dos efeitos, ou seja, não seria possível no caso em tela a retirada do órgão, caso ao final do processo, uma tutela definitiva esclarecesse que essa pessoa não possuía tal direito.

O artigo 301 versa sobre os meios aptos a assegurar o direito no caso de concessão da tutela de urgência cautelar, discorrendo que:

A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito. (BRASIL, 2015).

Já o artigo 302, trata do dano processual ou à parte que a tutela de urgência pode vir a causar a parte contrária, dispondo que:

Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:
I - a sentença lhe for desfavorável;
II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;
III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;
IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.
Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível. (BRASIL, 2015).

Da concessão da tutela que causar dano ao processo ou à parte contrária, deve ser compensado por quem lhe deu causa, sendo tal dispositivo decorrente da responsabilidade civil.

2.1.4 Do caráter antecedente e incidental da tutela de urgência

O parágrafo único do artigo 294 do Código de Processo Civil de 2015, versa que: “A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. (BRASIL, 2015).

Desta forma, é necessário explicar o caráter antecedente e incidental da tutela de urgência, que são critérios que versam sobre quando e como ela é solicitada, sendo que a primeira pressupõe a postulação de uma petição realizada de forma não exauriente, ou seja, não robusta, antes da petição principal. Já a tutela de urgência de caráter incidental é aquela que é requerida ou na petição principal ou no curso do processo. Tal diferenciação é necessária ao passo que a possibilidade de estabilização recai sobre a tutela antecipada antecedente, isso, ao se realizar uma interpretação literal do artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015, contudo, há posicionamento doutrinário defendendo a estabilização de demais tutelas.

O Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), mostra no seu artigo 303 caput e § 5º que:

Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. § 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.

Tal dispositivo refere-se à obrigatoriedade de menção do autor sobre a sua vontade de se beneficiar de uma petição não robusta no caso de tutela antecedente, ou seja, aquela postulada antes da petição principal, sendo que uma vez não manifestado esse quesito



volitivo, o juiz poderá mandar emendar a inicial ou até mesmo indeferi-la por falta de requisitos dos artigos 319 e 320 do CPC/2015, o que inviabilizará ou pelo menos retardará a concessão da tutela. Tal obrigação também é para que o juiz saiba, no caso da tutela antecipada, que o autor aceita desde já que se não agravada a decisão pelo réu, a tutela se estabilize mesmo que tomada em sede de cognição sumária.

Alvim e Carvalho (2020), ensina que os requisitos de uma petição inicial dos artigos 319 e 320 do Código de Processo Civil de 2015, serão abrandados quando se tratar de pedido de tutela provisória em seu caráter antecedente, isso porque o artigo 303 do mesmo código traz características e requisitos diferenciados para esta situação, discorrendo que:

Em tal situação, a petição inicial será simplificada, não precisando atender a todos os requisitos dos arts. 319 e 320 do CPC/2015 (LGL\2015\1656). A petição inicial precisará apenas demonstrar o preenchimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada, conter a indicação do pedido de tutela final, atribuir valor à causa, levando em consideração o pedido de tutela final (art. 303, § 4º, do CPC/2015 (LGL\2015\1656)), e abranger o pedido expresso de que o autor pretende se valer do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente (art. 303, § 5º, do CPC/2015 (LGL\2015\1656)). (ALVIM E CARVALHO, 2020, p.6-7).

Alvim e Carvalho (2020), defendem que a estabilização recai tão somente sobre a tutela antecipada e não sobre a tutela cautelar antecedente ou incidental, pois não seria lógico estabilizar uma decisão meramente conservativa e que não satisfaz a pretensão do autor.

Nesta mesma linha de entendimento, Vasconcelos e Vasconcelos (2017, p. 6) discorrem que:

No que diz respeito às tutelas cautelares, essa extensão parece não fazer qualquer sentido. Em nosso entendimento, outro pressuposto para a estabilização seria a natureza satisfativa da medida. As medidas cautelares, por serem somente conservativas, não chegam a antecipar (ao menos não totalmente) o que a parte busca, podendo não haver nem mesmo interesse em que a medida se estabilize. Veja-se, por exemplo, a medida cautelar de arresto, em que os bens do devedor são constritos para garantir a futura execução por quantia certa. O que o credor quer, com a prestação jurisdicional, é a quantia devida, que será fruto da expropriação dos bens. O interesse em manter os bens arrestados vai somente até o ponto em que possa ser requerida a execução, para o arresto ser convertido em penhora, seguindo-se a expropriação.

Se de um lado é entendido de forma pacífica que a tutela cautelar não se estabiliza, justamente pela sua natureza meramente conservativa, ou seja, que não satisfaz imediatamente o autor, pode-se em uma análise não acurada entender que seria anormal estabilizar a tutela antecipada incidental, ou seja, aquela satisfativa requerida ou na petição principal ou no curso do processo, não pelos mesmos motivos da de natureza conservativa, mas porque estabilizar de forma sumária uma tutela que aguarda por uma decisão de mérito em caráter exauriente, acaba com toda sistemática lógica processual, acarretando assim no esvaziamento da própria utilidade do processo, que é um provimento judicial definitivo.

Como na legislação não há de forma expressa a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida de forma incidental, ao postular essa petição principal, o autor evidencia o seu desejo não só da antecipação da tutela, que o entregará de forma provisória o bem da vida, mas que seja feita uma análise em caráter exauriente do caso, para ver solucionado de uma vez por todas a demanda, restando a ele avisado a respeito da impossibilidade dessa estabilização, pois se ele assim não quisesse, requereria a tutela antecipada de forma antecedente, pois para ela, há previsão expressa de estabilização se não agravada pelo réu, sendo assim, para que haja a estabilização da tutela antecipada incidental é necessário que o autor traga na sua petição de forma expressa a menção da sua vontade de que ela se estabilize, ou seja, a aceitação de uma decisão obtida em ca-



ráter não exauriente, servindo não só para avisar ao juiz sobre a sua satisfação com uma decisão sumária, assim como ocorre na tutela antecipada antecedente, mas também ao réu, para que assim exerça ou não o seu direito de impugnar, e havendo essa impugnação, não há possibilidade de estabilização, justamente pelo procedimento equiparado ao da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

3 A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE E SEUS EFEITOS NO PROCESSO

Segundo Gouveia e Pereira (2018), depois de concedida e implantada a tutela antecipada antecedente, conserva-se os seus efeitos se não impugnada pelo réu, devendo o processo vir a ser extinto sem resolução do mérito.

Tal entendimento é o que se pode extrair do próprio Código de Processo Civil de 2015, que diz:

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. § 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto. (BRASIL, 2015).

Alvim e Carvalho (2020, p. 6) pontua que:

Essencialmente, ao prever a estabilização da tutela antecipada, o CPC/2015 (LGL\2015\1656) reconheceu a viabilidade de que, em determinadas situações, a tutela antecipada é capaz de solucionar a crise de direito material no plano empírico, satisfazendo os interesses práticos das partes envolvidas no litígio e eliminando a necessidade de discussão do mérito.

Neste ponto percebe-se o instituto da estabilização, pois uma vez mantido os efeitos da concessão da tutela satisfativa antecedente, logo após o decurso e perda do prazo legal para impugnação, infere-se a inércia do réu no que tange a sua vontade de evitar a conservação dos efeitos satisfativos da referida tutela, estabilizando-a.

Para tanto, e por óbvio, apenas a tutela que for concedida, ou seja, aquela em que o provimento judicial seja positivo é que irá se estabilizar. A tutela que foi negada não se estabiliza jamais, podendo o autor prosseguir no seu intento, que é o curso normal do processo para um possível provimento judicial em caráter exauriente.

Traçadas tais premissas é fundamental destacar o ensinamento que o próprio artigo 304 em seu parágrafo 2º e 3º traz, que diz:

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput. § 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º. (BRASIL, 2015).

Percebe-se assim que mesmo estabilizada a decisão que concede a tutela antecipada antecedente, pode ser revista a posteriori em uma ação autônoma, que poderá ser proposta por qualquer das partes, contudo, o efeito estabilizatório só poderá ser revisto após a propositura desta ação, não podendo de outra maneira revertê-lo.

Leciona ainda o parágrafo 5º que: "O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º." (BRASIL, 2015).

Destarte, o referido código traz um prazo bienal, dois anos, para a propositura da ação, sob pena de decadência.

O parágrafo 6º mostra que:

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo. (BRASIL, 2015, on line).



Infere-se desta sistemática, que como não houve uma cognição exauriente na resolução da lide, e a estabilização não fará coisa julgada, por determinação da própria norma, contudo, percebe-se que há certa garantia de efetividade da estabilização ao passo que a própria norma diz que só por decisão que a revir, reformar ou invalidar os efeitos da estabilização é que afastará tal instituto.

Neste sentido, Vasconcelos e Vasconcelos (2017, p.8), entendem que:

A estabilização da tutela antecipada antecedente que preenche os pressupostos já citados não pode adquirir a autoridade da coisa julgada, já que esta se opera somente nos procedimentos de cognição exauriente.

Disserta nesta mesma linha, Assis (2019, p.13) que:

Nos termos do art. 304, § 6º, do CPC, a decisão que concede a tutela antecipada não fará coisa julgada, mesmo que seus efeitos sejam estabilizados em razão da postura omissiva do réu. Após o decurso do prazo de dois anos para o ingresso da ação prevista no § 2º do art. 304 do CPC, a concessão de tutela antecipada se torna imutável e indiscutível. Pode se dizer que não se trata de coisa julgada material, mas de um fenômeno processual assemelhado, já que a estabilidade e a satisfação jurídica da pretensão do autor estarão presentes em ambas.

Cabe lembrar que a coisa julgada se opera justamente porque no caso concreto já houve o julgamento do mérito, declarando ou reconhecendo um direito, ou seja, tal instituto protege o conteúdo de uma decisão, já na estabilização não há proteção do conteúdo do caso julgado, do direito reconhecido, até porque não houve o reconhecimento de um direito, tanto é que se a tutela estabilizar, o processo será extinto sem a resolução do mérito, sendo assim, pode-se dizer que o que estabiliza é o efeito prático decorrente dessa decisão, como por exemplo, num pedido de tutela antecipada antecedente, onde se pede a retirada do nome do autor dos órgãos de proteção ao crédito, apenas essa retirada é protegida pela estabilização e não a questão da existência ou não da dívida, que seria então o conteúdo do processo.

Posto isto, não se pode dizer que a estabilização da tutela antecipada antecedente faz coisa julgada, mas que é um instituto "irmão" que muito se parece, pois seu efeito, após o decurso do prazo bienal para a propositura da ação de revisão, reforma ou invalidação é quase o mesmo, com exceção da não possibilidade de ação revisional, aquela que é possível nos julgamentos que se impera a coisa julgada, como ensina o enunciado nº 27 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM): "Não é cabível ação rescisória contra decisão estabilizada na forma do art. 304 do CPC/2015."(ENFAM, 2015).

4 RESISTÊNCIA DO RÉU: formas de impugnação

A primeira opção do profissional do direito em relação a estabilização da tutela antecipada antecedente é de que somente o agravo de instrumento impetrado no tribunal competente é apto a impedir tal estabilização, nos casos em que ação for originada em primeira instância, isso porque se a ação for originada em algum tribunal, a decisão sobre a concessão ou não dessa tutela provavelmente será tomada de forma monocrática, cabendo então contra ela o recurso de agravo interno, de acordo com o artigo 1.021 do Código de Processo Civil de 2015. Se a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente se tratar de acórdão, abre-se a possibilidade então de ser rebatida através do recurso especial ou recurso extraordinário, conforme o caso, de acordo com o artigo 1.029 do mesmo código.

A discussão sobre essa temática merece atenção quando a ação for proposta na primeira instância, pois é nela que se vislumbra a possibilidade de demais formas de impugnação. A conclusão em relação a necessidade de impugnação via agravo de instrumento se extrai do próprio Código de Processo Civil no seu artigo 304 que versa: " A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder



não for interposto o respectivo recurso.”(BRASIL, 2015).

Como a decisão que concede a referida tutela tem natureza jurídica de decisão interlocutória, pode-se depreender, analisando o artigo 304 em conjunto com o artigo 1.015, ambos do CPC, que só o agravo de instrumento pode impedir a estabilização, nos casos em que é competente o juízo a quo. O artigo 1.015 estabelece que: “Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - Tutelas provisórias.” (BRASIL, 2015).

Deste modo, a primeira alternativa a tal problemática seria a aplicação literal do texto de lei ao caso concreto, aceitando como solução para este caso, somente a impetração do agravo de instrumento, nos casos em que a petição inicial tramitar no juízo de 1º instância, pois só tal recurso teria a força normativa de impedir a estabilização, como já mencionado e evidenciado nos artigos 304 e 1.015 do CPC.

Outra solução seria a aplicação de demais meios de impugnação constantes no referido código, ou seja, a resistência do réu em relação a sua vontade de não deixar sobrevir a estabilização, visando assim impedir esse efeito da tutela antecipada em caráter antecedente quando não agravada, como é o caso por exemplo, da contestação.

A ementa de um julgado da primeira turma do STJ (BRASIL, 2019), quando da análise do Recurso Especial nº 1797365 RS 2019/0040848-7, diz:

PROCESSUAL CIVIL. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. NÃO INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECLUSÃO. APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. I - Nos termos do disposto no art. 304 do Código de Processo Civil de 2015, a tutela antecipada, deferida em caráter antecedente (art. 303), estabilizar-se-á, quando não interposto o respectivo recurso. II - Os meios de defesa possuem finalidades específicas: a contestação demonstra resistência em relação à tutela exauriente, enquanto o agravo de instrumento possibilita a revisão da decisão proferida em cognição sumária. Institutos inconfundíveis. III - A ausência de impugnação da decisão mediante a qual deferida a antecipação da tutela em caráter antecedente, tornará, indubitavelmente, preclusa a possibilidade de sua revisão. IV - A apresentação de contestação não tem o condão de afastar a preclusão decorrente da não utilização do instrumento processual adequado - o agravo de instrumento. V - Recurso especial provido.

Acordam os excelentíssimos ministros que ocorrera a preclusão do direito do réu em impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente, por não ter apresentado no prazo legal o agravo de instrumento e que a apresentação de contestação é irrelevante para obstaculizar os efeitos estabilizatórios da tutela, pois tais meios de impugnação possuem finalidades diferentes, não se confundido na espécie ora tratada. Reafirmando sobremaneira o que já é determinado pelo Código de Processo Civil, que só o respectivo recurso, leia-se, o agravo de instrumento, é apto a impedir a estabilização.

Pois bem, de acordo com a ementa de outro julgado da terceira turma do STJ (BRASIL, 2018), acordam em Recurso Especial nº 1760966 SP 2018/0145271-6, que:

RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE REVOGOU A DECISÃO CONCESSIVA DA TUTELA, APÓS A APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO PELO RÉU, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. EFETIVA IMPUGNAÇÃO DO RÉU. NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (...) 4. Na hipótese dos autos, conquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC/2015, a ré se antecipou e apresentou contestação, na qual pleiteou, inclusive, a revogação da tutela provisória concedida, sob o argumento de ser impossível o seu cumprimento, razão pela qual não há que se falar em estabilização da tutela antecipada, devendo, por isso, o feito prosseguir normalmente até a prolação da sentença. 5. Recurso especial desprovido.



Percebe-se neste julgado que a ré não apresentou agravo de instrumento contra o pedido da tutela antecipada antecedente, mas sim a contestação, rebatendo inclusive a concessão desta tutela, o que em tese, de acordo com uma interpretação literal da norma, deveria ocasionar a estabilização da tutela, pois não fora impetrado o recurso respectivo.

Entretanto, a colenda turma aceitou a contestação, e reiterou que ela, é meio adequado para impedir a estabilização da tutela antecipada de caráter antecedente, a contrário senso do que diz a expressão literal da norma.

Certo que o respectivo julgado é mais antigo que o entendimento da primeira turma, mas a diferença temporal de um para o outro conta com menos de um ano.

Neste contexto, verifica-se que o entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da não aceitação da contestação como meio apto a barrar tal estabilização. Consequentemente, percebe-se que o entendimento do tema não é pacificado na justiça, o que demandará estudo, dedicação e esforço dos profissionais do direito para a busca da solução que seja mais justa para aqueles que necessitam de um provimento judicial.

Pizzol e Miranda (2020), lembram que apesar da evidente descrição da lei, há uma celeuma jurídica em relação ao mecanismo apto a impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente, onde há quem defenda a exigência do recurso, e aqueles que aceitam a mera impugnação, e dão ênfase que tal problemática nasceu no momento de tramitação do anteprojeto do Código de Processo Civil, onde o Senado Federal no § 2º do artigo 289 trazia a exigência da mera impugnação, o que foi modificado pela Câmara dos Deputados ao mudar o termo para recurso.

Nesse diapasão, sabe-se que o termo recurso é tratado pelo Código de Processo Civil de forma taxativa, só sendo admitido como recurso, numa leitura literal, aqueles que estão previstos de fato como tal, como é o caso do artigo 994 deste código.

Desta forma, não se poderia admitir outros meios de impugnação para barrar tal estabilização, pois o legislador preferiu veementemente o termo recurso ao invés de impugnação, que por sua essência é mais abrangente.

Como o agravo de instrumento tem natureza jurídica de recurso, e se assim for entendido como único meio de atacar a estabilização da tutela antecipada antecedente, pode-se aventar aqui algo positivo, que seria a obediência a literalidade que traz o código, o que demonstra segurança jurídica, pois atender o que foi descrito de forma literal pelo legislador, mostra de forma clara que o pacto social anteriormente fixado está sendo cumprido, trazendo deste modo segurança as partes, que saberão de forma prévia como funcionará o processo.

Importante também destacar que ao se recorrer ao tribunal, a análise inicial do agravo de instrumento será feita por um desembargador, que teoricamente e relativamente é mais experiente que um juiz de primeira instância, justamente pela carga pragmática que está atrelada a sua carreira.

Permite ainda, eventualmente, a análise do caso através do agravo interno (art.1.021) feito pelo colegiado do tribunal quando a decisão for tomada de forma monocrática pelo relator e as partes se acharem prejudicadas por essa decisão, possibilitando assim a análise a mais de um desembargador, o que é algo conveniente, pois uma decisão tomada por mais pessoas tende a ser mais acertada que aquela tomada por apenas uma.

Outro ponto positivo que merece destaque é que se há a concessão dessa tutela pelo juiz de primeira instância, e o réu recorre através do agravo de instrumento e seu pedido é tido como procedente, muito provavelmente, essa decisão só será desfeita ou não através de uma decisão em cognição exauriente através da sentença exarada pelo juiz de origem, permitindo assim ao réu e também ao autor, que a tutela jurisdicional seja garantida através de uma análise mais acurada do tema.

Em se tratando de defesa e contestação, importante e razoável é o entendimento



trazido por Bueno (2019), que diz que a defesa, vista sob um panorama constitucional do direito processual civil, é a resistência do réu em relação as pretensões de cunho de tutela jurisdicional formuladas e pleiteadas pela parte, visando a não concessão desse pedido requerido pelo autor.

Sobre a contestação, Bueno (2019) afirma que ela é a forma mais completa de defesa do réu, e que é neste instrumento que ele deve trazer de forma consubstanciada todos argumentos e esclarecimentos do ponto de vista processual e material, com o fito de levar o magistrado a não conceder a tutela jurisdicional requerida pelo autor.

Araújo Júnior (2020, s/p) sobre a contestação, defende que:

A contestação é para o réu o que a petição inicial é para o autor; ou seja, é o ato processual, escrito ou oral, por meio do qual o réu demanda a tutela jurisdicional do Estado-juiz; a diferença está no fato de que o autor manifesta na exordial uma pretensão, enquanto o réu utiliza a contestação para opor-se à pretensão do autor.

Desta forma, nota-se que a natureza jurídica da contestação é por excelência meio de defesa do réu, e a sua finalidade é rebater as alegações feitas pelo autor, com o propósito de que não seja concedida a ele a tutela jurisdicional solicitada. E se a contestação é para o réu, assim como a petição inicial é para o autor, pode-se falar então que estão em igualdade de armas, pois ao ser alegadas as pretensões do autor na petição inicial, elas serão rebatidas pela contestação que é um instrumento processual bastante similar ao primeiro, com ressalva da possibilidade trazida acima por Araújo Júnior.

Segundo o artigo 336 do Código de Civil: "Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir." (BRASIL, 2015).

Tal dispositivo, obriga o réu a rebater na contestação toda matéria de defesa que achar que não merece prosperar, tornando aquelas não alegadas, em fatos incontroversos, presumindo serem deste modo alegações verdadeiras. Desta feita, o legislador reconhece que o réu deve trazer na contestação os motivos determinantes que o levam a crer que não deva acontecer a estabilização da referida tutela, ao mesmo tempo que o obriga a impetrar um agravo de instrumento no respectivo tribunal, não aceitando desta forma que o juízo de origem possa retificar aquela decisão tomada em caráter sumário, tornando tais dispositivos em sua essência, ao menos contraditórios.

Outro ponto relevante sobre a aceitação da contestação para evitar a estabilização da tutela antecipada antecedente é que daria a oportunidade para o juiz que concedeu essa tutela em uma decisão tomada as vezes sem a oitiva da parte contrária, justamente pelo perigo na demora, de corrigir essa decisão, retificando assim o seu ponto de vista, após a análise das alegações e provas trazidas pelo réu.

Impugnar essa decisão através da contestação garante também economia processual, uma vez que esse meio de defesa se demonstra menos oneroso para as partes ao ponto que é rápido e eficaz, necessitando menos esforço processual, uma vez que a análise da contestação será feita por um juiz que já analisou a petição inicial, e que conhece o conteúdo da decisão concessiva da tutela, pois foi ele quem a exarou, o que não ocorre com o agravo de instrumento, pois hão de ser analisadas ainda a própria petição inicial, a decisão concessiva da tutela e o agravo de instrumento, o que faz com que haja maior demora na análise dos pedidos.

Conforme ensina Bueno (2019, s/p), não há um entendimento único, e ao seu entender, outros meios de impugnação devem ser aceitos como aptos a barrar a estabilização da tutela antecipada antecedente, não levando em consideração a literalidade do artigo 304 do CPC. Reconhece ainda que qualquer oposição do réu é suficiente a demonstrar a sua vontade em não deixar que a tutela se estabilize.

Neste mesmo sentido está o enunciado nº 43 do II Fórum Nacional do Poder Público,



(FNPP, 2016) que trata sobre os meios aptos a evitar a estabilização da tutela antecipada antecedente quando se tratar da Fazenda Pública, versando:

(art. 304, do CPC/15) Qualquer medida impugnativa apresentada pela Fazenda Pública que controverta o direito sobre o qual se funda a antecipação de tutela concedida em caráter antecedente constitui meio idôneo para impedir a estabilização da demanda, prevista no art. 304 do CPC. (Grupo: Tutelas provisórias e o Poder Público).

Outro ponto que merece destaque é ensinado por Dias (2018), que lembra que, quando foi estruturado o sistema processual Civil, anterior a este, as tutelas de urgência já se via garantida pelo princípio do acesso à justiça e que já existia um sistema diferenciado de artifícios que protegia e tinha a finalidade de efetivar a proteção de direitos. Relata ainda, que tal leitura se faz do artigo 3º do Código de Processo Civil que tem relação umbilical com a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º inciso XXXV.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa teve como objetivo geral, demonstrar aos profissionais do direito e a sociedade, a necessidade de aceitação da resistência do réu como meio idôneo para impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente, sendo que este foi atendido, pois conseguiu apontar a necessidade de aceitação da contestação como meio de impugnação apto a barrar essa estabilização, além do agravo de instrumento.

Fora analisado os conceitos e classificações de modo geral das tutelas provisórias elencadas no Código de Processo Civil de 2015, delimitando e esclarecendo-os, atendendo assim o primeiro objetivo específico.

Houve esclarecimento dos pontos mais relevantes sobre a estabilização da tutela antecipada antecedente e seus efeitos no processo, atendendo as exigências do segundo objetivo específico.

E por fim, fora verificada as principais formas de resistência do réu, destacando aquela(s) que pode(m) impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente, tornando por completo o terceiro objetivo específico.

A pesquisa partiu da hipótese de que só o agravo de instrumento seria apto a impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente, e no decorrer da pesquisa, verificou-se que é necessário a aceitação de demais meios de impugnação constantes no referido código, ou seja, a resistência do réu em relação a sua vontade de não deixar sobrevir a estabilização, visando assim impedir esse efeito estabilizatório quando não agravada a concessão da tutela, como é o caso por exemplo, da contestação.

A primeira hipótese fora refutada, uma vez que a interpretação do dispositivo que menciona a necessidade do agravo de instrumento para barrar tal estabilização, foi feita pelo legislador de forma restritiva, o que gera um sério dano para a parte contrária no sentido de que se analisado desta forma, mitiga sobremaneira o princípio do acesso à justiça consagrado pela Constituição Federal, não garantindo inclusive a paridade de armas, não dá ao juízo de origem a possibilidade de retificação daquela decisão tomada em cognição sumária.

Destarte, percebe-se a necessidade de aceitação de outros meios de impugnação, como por exemplo, a contestação, como meio hábil a impedir que a tutela antecipada antecedente se estabilize, pois, proporciona ao réu a garantia constitucional de acesso à justiça; é uma ferramenta que garante a paridade de armas entre as partes; é um instrumento rápido e eficaz, dá a possibilidade para o juízo de origem que exarou a concessão da tutela provisória de retificar aquela decisão tomada por ele na maioria das vezes sem a oitiva da parte contrária, ao passo que o entendimento a se fazer do artigo 304 do CPC/2015, deve levar em consideração uma interpretação mais abrangente, pois o legislador acabou por restringir um conceito que não deveria, e que se não ponderado, trará prejuízos inenunciáveis a parte demandada.



Nesse sentido, reforça-se então que é necessário ampliar as ferramentas processuais que visam evitar a estabilização da tutela antecipada antecedente, pois forçar a parte contrária a recorrer ao tribunal, quando na verdade, existi outra ferramenta mais rápida e eficaz, no caso da contestação por exemplo, é no mínimo dificultar de forma contundente e demasiadamente incisivo, o direito de acesso à justiça garantido pela própria Carta Maior.

Constatou-se que tal pesquisa se demonstra de suma importância não só para o meio acadêmico, mas também para a sociedade em geral, uma vez que contribui para o fomento e aceitação de um caminho mais justo a se percorrer na busca de justiça, quando se tratar de estabilização da tutela antecipada antecedente e o impedimento dessa estabilização.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Thereza; CARVALHO, Vinicius Bellato Ribeiro de. *Requisitos para estabilização da tutela antecipada*. Revista de Processo, ano 2020, v. 303/2020, p. 183 – 206, 2020. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/>. Acesso em: 27 de abril de 2021.

ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. *Prática de contestação no processo civil*. 6ª ed. – São Paulo: Atlas, 2020. Não paginado.

ASSIS, Fábio José Silva de. *Os efeitos da estabilização da tutela antecipada antecedente: problematizações na sua aplicação*. Revista de Artigos Científicos - V. 11, n. 2, Tomo I (A/I), jul./dez. 2019, p. 543-557. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2019/tomos/tomoI/revista_v11_n22019tomoI_A-I.pdf. Acesso em: 16 de junho de 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. Volume único. Saraiva Educação. 5ª Ed. São Paulo, 2019. Não paginado.

BRASIL. Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente*. Tít.02. Cap. 02. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 maio 2021.

CARPES, Artur Thompsen. *Verdade, verossimilhança e probabilidade: a construção do juízo sobre os fatos no processo civil*. Revista de Processo, vol. 290/2019, p. 73 - 94 | Abr / 2019. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/>. Acesso em: 20 de outubro de 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, não paginado.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 20ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 529.

DIAS, Jean Carlos. *Tutelas Provisórias no Novo CPC, Tutelas de Urgência, Tutela de Evidência*. Coleção Eduardo Espínola, ano 2018, 2ª edição Revista e atualizada. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/31ff465f4a2c4585a9c-190c4ae35862e.pdf>. Acesso em: 11 de agosto de 2021.

ENFAM, *Seminário - o poder judiciário e o novo código de processo civil*. Enunciados aprovados. disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/enunciados-vers%c3%83o-definitiva-.pdf>. Acesso em: 22 de julho de 2021.



FNPP. *Enunciados aprovados*. Disponível em <https://forumfnpp.wixsite.com/fnpp/enunciados-aprovados-ifnpp>. Acesso em: 22 de julho de 2021.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. Saraiva Educação. 11ª ed. – São Paulo: 2020. Não paginado.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de; PEREIRA, Mauro Gabriel. *Breves considerações acerca da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente*. Revista de Processo, São Paulo, ano 2018, v. 280, p. 185 - 209, 2018. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado [livro eletrônico]*. Thomson Reuters Brasil .7ª ed. São Paulo, 2021. Paginação irregular.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. JusPodivm, Ed. Salvador, ano 2017, volume único, p. 500.

PIZZOL, Patrícia Miranda; MIRANDA, Gilson Delgado. *A tutela de urgência como instrumento de acesso à justiça*. Revista de Processo, ano 2020, v.302/2020, p. 175 – 216, 2020. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/>. Acesso em: 22 de julho de 2021.

SHIMURA, Sérgio; JÚNIOR, Mauro Gabriel. *A estabilidade da tutela antecipada antecedente*. Revista de Processo, São Paulo, nov. 2019, v. 297, p. 135-156, 2019. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>. Acesso em: 26 de abril de 2021.

STJ - *REsp: 1797365 RS 2019/0040848-7*, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Data de Julgamento: 03/10/2019, T1 - primeira turma, Data de Publicação: DJe 22/10/2019 RB vol. 662 p. 229. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859793923/recurso-especial-resp-1797365-rs-2019-0040848-7/inteiro-teor-859793953?ref=serp>. Acesso em: 28 de maio de 2021.

STJ - *REsp: 1760966 SP 2018/0145271-6*, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data De Julgamento: 04/12/2018, T3 - Terceira Turma, Data De Publicação: Dje 07/12/2018). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661787132/recurso-especial-resp-1760966-sp-2018-0145271-6/inteiro-teor-661787142>. Acesso em: 28 de maio de 2021.

VASCONCELOS, Ana Paula; VASCONCELOS, Maria Tereza. *Reflexões sobre a estabilização da tutela provisória no cpc/2015*. Revista de Processo, ano 2017, v. 263/2017, p. 123 - 139, 2018. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/>. Acesso em: 27 de abril de 2021.



A PANDEMIA DA COVID-19 E SEUS REFLEXOS NO ENSINO

Helena Maria Campos
Tiago Ferreira Campos Neto²

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo evidenciar que a súbita pandemia da Covid-19, declarada pela ONU em 11 de março de 2020, que transformou costumes, encarcerou pessoas, provocou mudanças de comportamentos dos indivíduos entre si e com os outros afetou, sobremaneira, o modelo de ensino em todo mundo. Novas relações sociais estão surgindo e as pessoas se valendo de novas tecnologias para se adaptarem a uma outra forma de ver e viver a vida. No âmbito escolar mudanças estão sendo feitas pelas instituições com vistas a diminuir a evasão escolar e adaptação do novo padrão híbrido de ensino, contudo, há que se ponderar que a principal mudança deve se dar por parte dos principais atores no cenário da educação (gestores, professores, estudantes, profissionais da educação), haja vista que o novo modelo híbrido de ensino certamente fará parte não só do presente, mas, sobretudo, do futuro da educação.

Palavras-chave: Covid-19. Novo modelo de ensino. Ensino híbrido. Educação à distância.

THE COVID-19 PANDEMY AND ITS IMPACT ON EDUCATION

ABSTRACT: The present paper aims to show that the sudden pandemic of Covid-19 declared by the UN on March 11, 2020, which has transformed customs, imprisoned people, and caused changes in the behavior of individuals among themselves and with the others, has greatly affected the teaching model all over the world. New social relationships are emerging and people are using new technologies to adapt to a different way of seeing and living life. In the school environment changes are being made by institutions in order to reduce dropouts and adapt to the new hybrid model of teaching; however, it should be noted that the main change should be made by the main players in the education scenario (managers, teachers, students, etc.), since the new hybrid model of teaching will certainly be part not only of the present, but above all of the future of education.

Keywords: Covid-19. New learning model. Hybrid learning. Distance learning.

¹ Mestre em Direito, Pós-Graduada em Direito Civil, Graduada em Direito, Professora e Advogada.

² Doutorando em Engenharia Civil, Mestre em Estruturas e Materiais de Construção Civil, Graduado em Engenharia Civil, Professor da Universidade de Rio Verde e Engenheiro Civil.



1 INTRODUÇÃO

Em 2020, marco inicial da pandemia da Covid-19, a evasão escolar aumentou expressivamente, em todos os níveis de escolaridade essencialmente, em razão da desigualdade que se acentuou, mormente pelo novo padrão de ensino à distância – EAD.

Em consequência do aumento da evasão escolar, as instituições se viram compelidas a buscarem métodos alternativos para o ensino, para tanto, mudanças estão sendo feitas com o objetivo de atenuar o abandono escolar, bem como para se adaptarem ao hibridismo, novo padrão de ensino proposto.

Consoante isso, urge por parte das instituições, acompanhar de perto as dificuldades e impotências dos educandos, com vistas a atender às necessidades de todos os envolvidos nesse novo método, afinal não basta implantar o ensino híbrido, é de mister também, que sejam ofertadas condições aos estudantes e professores para acompanharem o novo paradigma de ensino, afinal trata-se de uma nova metodologia ativa de aprendizagem que modifica tanto o papel do professor quanto do estudante.

De toda sorte há que se considerar que as transformações não dependem apenas das atualizações dos currículos pedagógicos ou da adoção de novas tecnologias e formas de aprendizagem, mas, sobretudo, gestores, professores, estudantes e até mesmo os pais, que são os atores principais envolvidos nesse cenário da educação, deverão se adaptar e trabalhar juntos e de maneira participativa em todo o processo de aprendizagem.

Nesse contexto, objetiva-se ponderar que o ensino híbrido chegou com a Covid-19 e com certeza fará parte integrante tanto no presente, quanto no futuro da educação, desde o ensino fundamental à graduação. O presente trabalho subsidia-se nas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, mormente de artigos.

2 A PANDEMIA DO NOVO CORONAVIRUS

Tudo parecia normal...

A escola, um lugar para se fazer amigos, conviver e aprender com os mestres. Um lugar acolhedor onde se alcança a esperança e realiza sonhos. Em 2020, a escola, oficina de sonhos desabou...

Nas últimas décadas, foram muitas as descobertas e inovações tecnológicas que, via de consequência, modificaram o formato de interação das pessoas, bem como as relações sociais.

Tal qual uma profecia, a modernização dos computadores, telefones celulares, Internet, a democratização dos diálogos, as redes sociais, o compartilhamento de dados, o armazenamento de arquivos em nuvens e a prática de compras pela internet, dentre outros meios de comunicação, surgiram como uma avalanche no cotidiano transformando as pessoas e mudando os hábitos que se imaginava ser o normal.

Mas, as descobertas e inovações tecnológicas das últimas décadas, possivelmente não ocorreram por acaso, por conseguinte, não se pode olvidar que o imprevisível chega sem pedir licença e aqueles que não estiverem preparados para enfrenta-lo, perecerão em meio às transformações e desinformações.

O imprevisível sempre acontece e nem sempre as pessoas estão preparadas para superarem as informações e as mudanças, de toda sorte, embora não estejam preparadas para acontecimentos imprevisíveis, lições de vida são extraídas e, na maioria das vezes em meio as dores e sofrimentos.

A exemplo disso, basta uma simples vista d'olhos no passado para perceber que novos paradigmas foram legados a partir da mortalidade da peste bubônica, no século XIV; no século XX, a gripe espanhola em 1918, assolou o mundo matando milhões de pessoas; a gripe suína que também fez milhares de vítimas; H1N1, primeira pandemia do século XXI, em 2009 causou inúmeras mortes.



Hodiernamente o mundo vive a dor, o sofrimento e milhões de mortes causadas pela Covid-19, pandemia do novo Coronavírus, declarada em 11 de março de 2020, pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

A Covid-19, segunda pandemia do século XXI que acontece em um período de pouco mais de dez anos, pode ser comparada à gripe espanhola e as grandes guerras mundiais, haja vista que até o presente momento já ceifou a vida de milhões de pessoas por todos os cantos do planeta e colocou todos os povos em situação isolamento.

A imprevisível pandemia da Covid-19 transformou costumes, encarcerou as pessoas, provocou mudanças de comportamentos dos indivíduos entre si e com os outros e com isso, novas relações sociais estão surgindo e as pessoas se valendo das novas tecnologias para se adaptarem a uma outra forma de ver e viver a vida.

Todas as esferas e seguimentos da sociedade global estão se amoldando a esse novo modelo de vida; mudanças nas estruturas de governos, bem como uma atenção redobrada à saúde está acontecendo, tanto que líderes de todo mundo estiveram e ainda estão conectados na investigação e preparação de vacinas para conter a pandemia da Covid-19 e suas inúmeras variantes. Tudo em prol do bem-estar mundial.

Diante desse cenário mundial de variações, não se pode olvidar que a educação também está passando por momentos difíceis. O desobscurecimento da desigualdade social, está demasiadamente agravado e evidenciado com a Covid-19 provocando a evasão escolar desde o ensino fundamental à graduação, urgindo a adaptação de um novo paradigma para a educação, que alcance todas as classes estudantis.

3 A EVASÃO ESCOLAR E O NOVO MODELO DE ENSINO

A evasão escolar antes da pandemia da Covid-19 acontecia mais assiduamente com os estudantes do ensino fundamental; no ensino médio era menos frequente e, quando ocorria, os alunos abandonavam os estudos na maioria das vezes, para socorrerem seus pais no complemento da renda familiar; na graduação quase não se presenciava evasão.

Em 2020, marco inicial da pandemia da Covid-19, a evasão escolar aumentou expressivamente em todos os níveis de escolaridade gerada, essencialmente, pela desigualdade que acentuou, mormente pelo novo padrão de ensino à distância – EAD.

Esse novo modelo de ensino, discretamente, era utilizado por algumas instituições de ensino superior (IES) desde o início dos anos 2000, basicamente em 2001, quando o Ministério da Educação (MEC) editou a Portaria 2.253 que autorizou a oferta, no todo ou em parte, de disciplinas no método não presencial.

O artigo 1º da Portaria 2.253/2001, prescreve:

Art. 1º As instituições de ensino superior do sistema federal de ensino poderão introduzir, na organização pedagógica e curricular de seus cursos superiores reconhecidos, a oferta de disciplinas que, em seu todo ou em parte, utilizem método não presencial, com base no art. 81 da Lei nº 9.394, de 1.996, e no disposto nesta Portaria.
{...}

Sequencialmente, em 2004 por meio da Portaria 4.059 o MEC regulamenta a oferta de disciplinas na modalidade semipresencial, em cursos de graduação presenciais. Com a aprovação, as IES puderam organizar seus currículos, ofertando até 20% (vinte por cento) da carga horária total do curso, na modalidade semipresencial, em seus cursos regulares.

Art. 1. As instituições de ensino superior poderão introduzir, na organização pedagógica e curricular de seus cursos superiores reconhecidos, a oferta de disciplinas integrantes do currículo que utilizem modalidade semi-presencial, com base no art. 81 da Lei n. 9.394, de 1.996, e no disposto nesta Portaria.
§ 1. Para fins desta Portaria, caracteriza-se a modalidade semi-presencial como quaisquer atividades didáticas, módulos ou unidades de ensino-aprendizagem centrados na autoaprendizagem e com a mediação de recursos didá



ticos organizados em diferentes suportes de informação que utilizem tecnologias de comunicação remota.

§ 2. Poderão ser ofertadas as disciplinas referidas no caput, integral ou parcialmente, desde que esta oferta não ultrapasse 20% (vinte por cento) da carga horária total do curso.

§ 3. As avaliações das disciplinas ofertadas na modalidade referida no caput serão presenciais.

§ 4. A introdução opcional de disciplinas previstas no caput não desobriga a instituição de ensino superior do cumprimento do disposto no art. 47 da Lei nº 9.394, de 1996, em cada curso superior reconhecido.

{...}

Mesmo com tantas flexibilizações, as IES pouco se utilizavam da oferta de disciplinas na modalidade semipresencial, tanto que em 2016 o MEC estabelece nova redação sobre o tema, consoante a Portaria 1.134/2016:

Art. 1º As instituições de ensino superior que possuam pelo menos um curso de graduação reconhecido poderá introduzir, na organização pedagógica e curricular de seus cursos de graduação presenciais regularmente autorizados, a oferta de disciplinas na modalidade a distância.

§ 1º As disciplinas referidas no caput poderão ser ofertadas, integral ou parcialmente, desde que esta oferta não ultrapasse 20% (vinte por cento) da carga horária total do curso.

§ 2º As avaliações das disciplinas ofertadas na modalidade referida no caput serão presenciais.

§ 3º A introdução opcional de disciplinas previstas no caput não desobriga a instituição de ensino superior do cumprimento do disposto no art. 47 da Lei nº 9.394, de 1996, em cada curso de graduação reconhecido.

{...}

Tal qual uma premonição do que estaria por vir em 2020, o Ministério da Educação em dezembro de 2019, estabelece por meio da Portaria 2.117, que todos os cursos presenciais de graduação poderão ter até 40% (quarenta por cento) da carga horária em EAD.

Para manutenção dos 40% da carga horária total do curso em EAD, resta instituído, que quando do reconhecimento e renovação de reconhecimento dos cursos presenciais, há que ser ponderado o atendimento aos critérios estabelecidos pela Portaria Normativa MEC nº 20 de 2017 e ainda, que o curso alcance conceito igual ou superior a três nos seguintes indicadores: metodologia, atividades de tutoria, ambiente virtual de aprendizagem - AVA e tecnologias de informação e comunicação - TIC. O não atendimento aos mencionados quesitos poderá ocasionar o indeferimento de autorização do curso, consoante se vê da Portaria a seguir:

PORTARIA Nº 2.117, DE 6 DE DEZEMBRO DE 2019 Dispõe sobre a oferta de carga horária na modalidade de Ensino a Distância - EaD em cursos de graduação presenciais ofertados por Instituições de Educação Superior - IES pertencentes ao Sistema Federal de Ensino. O MINISTRO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO, no uso da atribuição que lhe confere o art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição, e considerando o disposto no art. 80 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, no Decreto nº 9.057, de 25 de maio de 2017, e no Decreto nº 9.235, de 15 de dezembro de 2017, resolve:

Art. 1º Esta Portaria dispõe sobre a oferta de carga horária na modalidade de Ensino a Distância - EaD em cursos de graduação presenciais ofertados por Instituições de Educação Superior --IES pertencentes ao Sistema Federal de Ensino, com observância da legislação educacional em vigor.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos cursos de Medicina.

Art. 2º As IES poderão introduzir a oferta de carga horária na modalidade de EaD na organização pedagógica e curricular de seus cursos de graduação presenciais, até o limite de 40% da carga horária total do curso.

§ 1º O Projeto Pedagógico do Curso - PPC deve apresentar claramente, na matriz curricular, o percentual de carga horária a distância e indicar as metodologias a serem utilizadas, no momento do protocolo dos pedidos de autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de curso.

§ 2º A introdução de carga horária a distância em cursos presenciais fica condicionada à observância das Diretrizes Curriculares Nacionais - DCN dos Cursos de Graduação Superior, definidas pelo Conselho Nacional de Educação - CNE, quando houver.

§ 3º As atividades extracurriculares que utilizarem metodologias EaD serão consideradas para fins de cômputo do limite de 40% de que trata o caput.



§ 4º Os processos de pedidos de autorização de cursos ofertados por IES não credenciada para EaD, em que houver previsão de introdução de carga horária a distância, não serão dispensados de avaliação externa in loco.

§ 5º As universidades e os centros universitários, nos limites de sua autonomia, observado o disposto no art. 41 do Decreto nº 9.235, de 15 de dezembro de 2017, devem registrar o percentual de oferta de carga horária a distância no momento da informação de criação de seus cursos à Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação - SERES-MEC.

§ 6º A introdução opcional de carga horária na modalidade de EaD prevista no caput não desobriga a IES do cumprimento do disposto no art. 47 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, em cada curso de graduação.

Art. 3º Todas as atividades presenciais pedagógicas do curso que ofertar carga horária na modalidade de EaD devem ser realizadas exclusivamente no endereço de oferta desse curso, conforme ato autorizativo.

Art. 4º A oferta de carga horária a distância em cursos presenciais deverá incluir métodos e práticas de ensino-aprendizagem que incorporem o uso integrado de Tecnologias de Informação e Comunicação - TIC para a realização dos objetivos pedagógicos, material didático específico bem como para a mediação de docentes, tutores e profissionais da educação com formação e qualificação em nível compatível com o previsto no PPC e no plano de ensino da disciplina.

Parágrafo único. O PPC deverá detalhar a forma de integralização da carga horária das disciplinas ofertadas parcial ou integralmente a distância, e o plano de ensino da disciplina deverá descrever as atividades realizadas.

Art. 5º A oferta de carga horária na modalidade de EaD em cursos presenciais deve ser amplamente informada aos estudantes matriculados no curso no período letivo anterior à sua oferta e divulgada nos processos seletivos, sendo identificados, de maneira objetiva, os conteúdos, as disciplinas, as metodologias e as formas de avaliação.

Parágrafo único. Para os cursos em funcionamento, a introdução de carga horária a distância deve ocorrer em período letivo posterior à alteração do PPC.

Art. 6º As IES devem informar no cadastro e-MEC a oferta de carga horária a distância para os cursos presenciais que venham a ser autorizados e aqueles já em funcionamento, cujo o projeto pedagógico contemple os termos dispostos nesta Portaria.

Art. 7º Na fase de Parecer Final dos processos de autorização de cursos presenciais, a possibilidade da oferta de carga horária a distância, até o limite de 40% da carga horária total do curso, além dos critérios estabelecidos pela Portaria Normativa MEC nº 20, de 21 de dezembro de 2017, está sujeita à obtenção, pelo curso, de conceito igual ou superior a três em todos os indicadores a seguir:

I - Metodologia;

II - Atividades de tutoria;

III - Ambiente Virtual de Aprendizagem - AVA; e

IV - Tecnologias de Informação e Comunicação - TIC.

§ 1º O não atendimento ao critério definido neste artigo ensejará o indeferimento do pedido de autorização do curso.

§ 2º Não serão permitidas alterações no PPC do curso, no âmbito do processo regulatório, após a realização da avaliação in loco.

Art. 8º Na fase de Parecer Final dos processos de reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos presenciais, será analisada a possibilidade de manutenção da oferta de carga horária a distância, até o limite de 40% da carga horária total do curso, se, além de atendidos os critérios estabelecidos pela Portaria Normativa MEC nº 20, de 2017, o curso obtiver conceito igual ou superior a três em todos os indicadores a seguir:

I - Metodologia;

II - Atividades de tutoria;

III - Ambiente Virtual de Aprendizagem - AVA; e

IV - Tecnologias de Informação e Comunicação - TIC.

Parágrafo único. Nos casos em que não forem atendidos os critérios definidos neste artigo, caberá a aplicação dos procedimentos previstos pelos arts. 52 e seguintes do Decreto nº 9.235, de 2017.

Art. 9º A Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior disponibilizará em até sessenta dias as funcionalidades do Sistema e-MEC necessárias para a implementação das disposições previstas nesta Portaria.

Parágrafo único. Após a criação das funcionalidades no Sistema e-MEC, os processos de cursos presenciais em que houver previsão de introdução de carga horária a distância, protocolados anteriormente à publicação desta Portaria, terão tramitação prioritária.

Art. 10. Fica revogada a Portaria MEC nº 1.428, de 28 de dezembro de 2018.

Art. 11. Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.



Na tentativa de conter a proliferação do coronavírus, a maioria das autoridades mundiais decretou o isolamento social, via de consequência, as escolas se fecharam deixando milhões de estudantes longe dos bancos escolares.

Consoante já referido em linhas volvidas, 2020 foi o marco inicial da Covid-19 e também da adoção do novo padrão de ensino que compeliu o Ministério da Educação a definir novas diretrizes em função da pandemia.

O estudo à distância – EAD, em 2020, saiu da obscuridade e chegou de modo absoluto, do infantil à graduação, tornando-se uma rotina na vida de todos os estudantes, sejam crianças, adolescentes ou adultos, bem como educadores, gestores e até mesmo os pais que se viram forçados a se adaptarem ao novo modelo de ensino.

Diante da atual situação, a evasão escolar surgiu com força total, afinal para se adaptar ao novo modelo de ensino à distância, mister se faz a utilização das novas ferramentas tecnológicas e, os estudantes em razão da situação de vulnerabilidade social e econômica, demasiadamente afetada pela pandemia, independentemente do nível de escolaridade, não tiveram acesso às atividades remotas, o que inviabilizou a sua permanência na escola.

Nesse momento de aprendizado regado pela ansiedade, no qual a pandemia acentou diferenças em todos os naipes, não só alunos, professores, gestores e pais, mas, a sociedade de modo geral, precisou se reinventar e se adaptar às novas metodologias e transformações, instituindo metas de aprendizagem distintas de acordo com as necessidades e habilidades de cada um.

De toda sorte, aquela escola onde se fazia amigos, convivia e aprendia com os mestres, aquele lugar acolhedor onde se alcançava a esperança e realizavam-se sonhos ruiu em 2020, certamente não deixará de existir e será recuperada com bases mais consistentes, afinal, em meio a tanta dor e sofrimento ocasionados pela Covid-19, lições de vida estão sendo extraídas e as pessoas estão se tornando mais humanas e mais solidárias.

Consoante isso, o ensino totalmente presencial poderá demandar algum tempo para retornar, posto que o coronavírus possivelmente continuará existindo mesmo com a descoberta da vacina, por isso as escolas estão se adaptando ao um novo real utilizando, simultaneamente, o ensino híbrido como uma abordagem que combina aprendizado remoto e presencial, para que alunos e educadores possam estar juntos em momentos alternados.

José Moran , preceitua que:

Híbrido significa misturado, mesclado, blended. A educação sempre foi misturada, híbrida, sempre combinou vários espaços, tempos, atividades, metodologias, públicos. Esse processo agora, com a mobilidade e conectividade, é muito mais perceptível, amplo e profundo: é um ecossistema mais aberto e criativo. Podemos ensinar e aprender de inúmeras formas, em todos os momentos, em múltiplos espaços. Híbrido é um conceito rico, apropriado e complicado. Tudo pode ser misturado, combinado e podemos, com os mesmos ingredientes, preparar diversos “pratos” com sabores muito diferentes. (MORAN, 2015 apud BACICH; TANZI NETO; TREVISANI, 2015, p. 26)

Na educação superior, o ensino remoto já existia mesmo antes da pandemia do coronavírus e, apesar de algumas resistências por parte de alunos e professores, muitas Instituições já se encontravam organizadas para a prática desse novo padrão de ensino remoto, por isso estão conseguindo enfrentar o período pandêmico com mais calma.

Com a pandemia da Covid-19, a adaptação e aceitação da prática remota foi um mal necessário, para todos os todos os seguimentos da sociedade, mormente do ensino. Ante isso, não se pode olvidar que, apesar de todos os males causados pela Covid-19, novas e importantes metodologias de aprendizagem estão sendo ponderadas não só para o ensino superior, mas, para a educação de modo geral, com a iniciação do ensino híbrido.



Sobre o ensino híbrido, Simon Schwartzman , afirma que,

O ensino presencial é muito importante para os jovens que acabaram de sair do ensino médio. A convivência com os colegas, com professores, com o ambiente, as atividades culturais e o dia a dia na universidade são muito importantes para a formação do jovem, então não tem como substituir. Para esse tipo de público, eu acho que é uma perda”, analisa o membro titular da Academia Brasileira de Ciências. Agora uma boa parte dos nossos alunos do ensino superior são mais velhos, já fazem cursos online, cursos à distância no setor privado, optam por cursos noturnos no ensino público. São pessoas mais velhas, que trabalham o dia todo, e, para essas pessoas, o ideal é um sistema híbrido, uma combinação de material EAD e encontros presenciais. (FUNDACRED, 2021).

Ainda para Schwartzman,

{...} para a modalidade remota, é importante que as instituições pensem nas condições de estudos dos alunos. “Todo mundo tem telefone celular, mas você não pode oferecer um curso por telefone celular. E, em muitas casas, os computadores são para cinco pessoas, há muito barulho, não é um ambiente propício. Os estudantes conseguem acompanhar as atividades desde de que você dê equipamentos e cota de internet para quem precisa”. (FUNDACRED, 2021).

Razão assiste a Schwartzman, quando afirma a importância da convivência entre alunos e professores, daí o ensino híbrido há que ser ponderado como um recurso duradouro, afinal ele proporciona o contato entre estudantes e professores combinado com o ensino remoto.

Consoante isso, as instituições hão de acompanhar de perto as dificuldades e buscar atender às necessidades de todos os envolvidos nesse novo processo, afinal não basta implantar o ensino híbrido, é de mister também, que sejam ofertadas condições aos estudantes e professores para acompanharem o novo paradigma de ensino, afinal trata-se de uma nova metodologia ativa de aprendizagem que modifica tanto o papel do professor quanto do estudante. Destarte, cabe às instituições de ensino ofertarem aos estudantes, as condições necessárias para prosseguirem nos estudos, evitando assim, a evasão escolar.

Sobre o assunto, Luiz Roberto Liza Curi , explana que,

Esforços foram feitos pelas instituições no sentido de reordenar as estratégias metodológicas, incrementar as tecnologias de informação e comunicação e amplificar essa mediação tecnológica no processo de aprendizado para manter o estudante”, afirma. “Ao Conselho de Educação e ao MEC (Ministério da Educação) coube desenvolver as balizas regulatórias de forma a propiciar aproveitamento pleno das atividades não-presenciais, mesmo para aquelas instituições que não haviam adotado o ensino remoto”. (FUNDACRED, 2021).

Ainda para Curi,

O ensino a distância amplifica o autoaprendizado e amplia a relação dos estudantes com seus colegas, porque o formato EAD permite chat e outras formas de comunicação. Amplia também o tempo dedicado ao aprendizado, porque a flexibilidade da não-presencialidade permite isso. Você acaba tendo mais tempo para ler, para escrever e para produzir conhecimento”, explica o ex-presidente da CNE. “O resultado foi uma maior amplitude do aprendizado. O autoaprendizado foi muito importante, porque fez com os estudantes também passassem a ser mais ativos de processo e não só o aluno em sala de aula ouvindo o professor, mas interagindo mais amplamente”. (...) o ensino remoto trouxe alternativas para trabalhar as competências de cada aluno. “Abriu a possibilidade de um aprendizado dinâmico, não só com o ensino oral. O aprendizado de fato depende de atividades de leitura, de debates entre os estudantes, atividade mais amplas de redação e depende de um professor que de fato possa expandir sua experiência. “ O conselheiro do CNE acredita que o processo ajudou a superar a segmentação que existia entre a modalidade EAD e a modalidade presencial. “Muitas instituições ofertavam essas duas modalidades de forma segmentada, sem muita integração, sem muita comunicação de uma com a outra, o que não é uma estratégia adequada”. (FUNDACRED, 2021).

Ao que parece, o hibridismo estará no presente e futuro da educação, do ensino fundamental ao superior, pois se trabalha a combinação do presencial e o remoto, oportunizando um ensino diferenciado e quiçá, até mais atraente aos estudantes. Esse mix onde o estudante em um momento está na presença do professor e em outro utiliza-se das inovações tecnológicas que estão transformando o mundo, poderá despertar o seu interesse para novas descobertas, novos desafios e novos projetos.

Entretanto, não é só o estudante que deverá se adequar a tantas transformações, há que se observar que essa expectativa de metodologia ativa de aprendizagem, modifica, também o papel do professor que deverá estar em constante mutação, se reinventando a cada aula e aprendendo novos algoritmos que despertem o interesse do seu aluno para esse novel método de ensino.

Igualmente há que se encontrar por parte das instituições de ensino, o apoio e as ferramentas indispensáveis tais como, as plataformas de ensino, os aplicativos e meios de comunicação social que tornem possível a absorção das informações necessárias a toda academia, tal qual acontecia em ambiente presencial.

Observa-se que as mudanças devem acontecer em todos os naipes e em conjunto, afinal se não houver a união de esforços, certamente a educação em todas as suas nuances entrará em colapso total, posto que nesse período de pandemia (2020 e 2021), houve um retrocesso significativo a nível de aprendizado de todos os estudantes.

É de bom tom ressaltar que no ensino híbrido, os atores principais no processo de aprendizagem são os estudantes e na condição de protagonistas hão de se envolver com as novas tecnologias para a prática e integração do ambiente remoto com o presencial.

Por meio do aprendizado híbrido, o estudante deixa de ser expectador ou mero ouvinte, pois passa a desenvolver de forma simultânea, novas formas de pensar e de construir seu próprio conhecimento. Nessa linha de raciocínio é salutar e apropriado destacar a pirâmide de aprendizagem do psiquiatra americano William Glasser (1925-2013), que após sua teoria da escolha para a educação. Segundo ele, o aluno aprende mais fazendo do que apenas memorizando, vez que os conceitos são rapidamente esquecidos.

Eis a pirâmide de aprendizagem de Glasser:



Fonte: <<https://www.google.com/search?q=A+Pir%C3%A2mide+de+Aprendizagem+de+William+Glasser.&tbm>>. Acesso em: 27 abr. 2021.



Razão assiste a Glasser, afinal ao se materializar as ideias, o estudante absorve o conteúdo, descobre suas limitações e vencendo desafios obtendo resultado que sem a prática não seria possível de ser experimentado.

Tudo isso leva a crer que o ensino híbrido, trabalhado na forma adequada, poderá tornar o processo de aprendizagem mais atraente aos atores envolvidos, pois confirma que a melhor forma de se aprender é praticando.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi ponderado, pode-se perceber que a pandemia da Covid-19 acen- tuou ainda mais as diferenças sociais em todos os seguimentos da sociedade, mormente da educação, que em todo o mundo fechou escolas na esperança de inibir a propagação do novo coronavírus.'

Com a pandemia, a evasão escolar aumentou significativamente e as instituições se viram compelidas a buscarem métodos alternativos para um novo modelo de ensino. De toda sorte há que se ressaltar que as mudanças não dependem apenas das atualizações dos currículos, da adoção de novas tecnologias e formas de aprendizagem, mas sobretudo, do envolvimento de todas as pessoas presentes no cenário da educação, gestores, professores, estudantes e até mesmo os pais, deverão trabalhar juntos e de maneira participativa em todo o processo de aprendizagem, haja vista que o ensino híbrido proposto, certamente estará no presente e futuro da educação.

As mudanças são urgentes e devem começar por nós mesmos, afinal a "Educação não transforma o mundo. Educação muda as pessoas. Pessoas transformam o mundo".



REFERÊNCIAS

- BACICH, L.; TANZI NETO, A.; TREVISANI, F. M. (Org.). *Ensino Híbrido: Personalização e tecnologia na educação [recurso eletrônico]*. Porto Alegre: Penso, 2015.
- BRASIL. Ministério da Educação. *Portaria nº 2.253*, de 18 de outubro de 2001. Brasília: Ministério da Educação, 2001. Disponível em: <https://proplan.ufersa.edu.br/wp-content/uploads/sites/7/2014/09/Portaria-n%C2%B0-2.253-de-18-de-outubro-de-2001.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2021.
- BRASIL. Ministério da Educação. *Portaria nº 4.059*, de 10 de dezembro de 2004. Brasília: Ministério da Educação, 2004. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/port4059-2004.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- BRASIL. Ministério da Educação. *Portaria nº 1.134*, de 10 de outubro de 2016. Revoga a Portaria MEC nº 4.059, de 10 de dezembro de 2004, e estabelece nova redação para o tema. Brasília: Ministério da Educação, 2004. Disponível em: <https://abmes.org.br/arquivos/legislacoes/Port-MEC-1134-2016-10-10.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- BRASIL. Ministério da Educação. *Portaria Normativa nº 20*, de 21 de dezembro de 2017. Brasília: Ministério da Educação, 2017. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=-download&alias=80171-anexo-1-portaria-normativa-n-20-pdf&category_slug=janeiro-2018-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 26 mai. 2021.
- BRASIL. Ministério da Educação. *Portaria nº 2.117*, de 6 de dezembro de 2019. Dispõe sobre a oferta de carga horária na modalidade de Ensino a Distância – EaD em cursos de graduação presenciais ofertados por Instituições de Educação Superior – IES pertencentes ao Sistema Federal de Ensino. Brasília: Ministério da Educação, 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.117-de-6-de-dezembro-de-2019-232670913>. Acesso em: 20 mai. 2021.
- CONGRESSO INTERNACIONAL DE JORNALISMO DE EDUCAÇÃO, 4., 2020. *Ensino híbrido: Oportunidades e desafios da abordagem pedagógica*. Webinário, Associação de Jornalistas de Educação (JEDUCA), 2020.
- ESCOLAS EXPONENCIAIS. *Ensino à distância em tempos de coronavírus: Recomendações da Unesco e diretrizes do MEC*. Desafios contemporâneos, Escolas Exponenciais, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://escolasexponenciais.com.br/desafios-contemporaneos/ensino-a-distancia-em-tempos-de-coronavirus-recomendacoes-da-unesco-e-diretrizes-do-mec/>. Acesso em: 11 fev. 2021.
- FUNDACRED. *Ensino híbrido na educação superior deve se alastrar para mais cursos no pós-pandemia*. Porto Alegre, 2021. Disponível em: <https://www.fundacred.org.br/site/2021/01/11/ensino-hibrido-na-educacao-superior-deve-se-alastrar-para-mais-cursos-no-pos-pandemia/>. Acesso em: 26 abr. 2021.
- MORAN, J. *Educação híbrida: Um conceito chave para a educação*, hoje. In: BACICH, L.; TANZI NETO, A.; TREVISANI, F. M. (Org.). *Ensino Híbrido: Personalização e tecnologia na educação [recurso eletrônico]*. Porto Alegre: Penso, 2015. Disponível em: http://www2.eca.usp.br/moran/wp-content/uploads/2021/01/educa%C3%A7%C3%A3o_h%C3%A-Dbrida.pdf. Acesso em: 27 abr. 2021.



SCHWARTZMAN, S.; OLIVEIRA, J. B. A. *Precisamos de um sistema nacional de educação? Valor Econômico*, 2021. Disponível em: <https://www.schwartzman.org.br/sitesimon/>. Acesso: 26 abr. 2021.

VICK, M. *Pandemia: Origens e impactos, da peste bubônica à covid-19*. Nexo Jornal, São Paulo. 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/explicado/2020/06/20/Pandemia-origens-e-impactos-da-pestebubonica-covid-19>. Acesso em: 08 fev. 2021.



SANDBOX REGULATÓRIO NO BRASIL: mecanismo de estímulo à inovação e ao desenvolvimento econômico

Leonardo Antônio de Almeida ¹
Eumar Evangelista de Menezes Júnior ²

RESUMO: O estudo apresenta a conjuntura normativa do sandbox regulatório implementado - regulado em junho de 2021 no Brasil. Em suas entrelinhas o estudo analisa em que medida o instituto fomenta a inovação e cria um ambiente adequado para o surgimento de novas empresas inovadoras (startups). Em sendo o sandbox instrumento de inovação, o trabalho se justifica, seu caráter de novidade no ordenamento jurídico pátrio, desconhecido por boa parte dos empresários brasileiros, é recheado de impactos jurídicos, empresariais e econômicos. Para desenvolver o trabalho foi aplicada a pesquisa descritiva e explicativa, somando abordagem dedutiva e procedimento bibliográfico. O trabalho traz um retrato jurídico-normativo, com alcance empresarial e econômico do sandbox regulatório recebido no Brasil, e a perspectiva de melhoramento do ambiente de negócios empreendidos por empresas de tecnologias.

Palavras-chave: Brasil. Sandbox regulatório. Startup. Inovação. Desenvolvimento.

REGULATORY SANDBOX IN BRAZIL: mechanism to stimulate innovation and economic development

ABSTRACT: The study presents the normative situation of the implemented regulatory sandbox - regulated in August 2021 in Brazil. Between the lines, the study analyzes the extent to which the institute encourages innovation and creates an adequate environment for the emergence of new innovative companies (startups). As the sandbox is an instrument of innovation, the work is justified, its novel character in the Brazilian legal system, unknown to most Brazilian businessmen, is full of legal, business and economic impacts. To develop the work, descriptive and explanatory research was applied, adding a deductive approach and bibliographic procedure. The work brings a legal-normative portrait, with business and economic reach of the regulatory sandbox received in Brazil, and the perspective of improving the business environment undertaken by technology companies.

Keywords: Brazil. Regulatory Sandbox. Startup Innovation. Development.

¹ Mestrando em Direito Constitucional Econômico (UNIALFA). Professor na Faculdade Evangélica de Senador Canedo (FESCAN). Advogado. E-mail: almeidaadv.leonardo@gmail.com

² Doutor (interdisciplinar - PUCGO). Professor na Universidade Evangélica de Goiás - UniEVANGÉLICA. Pesquisador. Advogado. E-mail: eumar.junior@unievangelica.edu.br



1 INTRODUÇÃO

Nos últimos dez anos tem-se presenciado uma inovação tecnológica nunca vista na história do mundo. E, o que deixa mais perplexo é a grande velocidade que estas tecnologias surgem e se tornam obsoletas.

Desta forma, o Direito, com o objetivo de regular as diversas situações trazidas com a utilização destas novas tecnologias, vem percorrendo a árdua jornada de tentar disciplinar e trazer segurança jurídica para estas relações, mas sempre está muitas das vezes passos atrás das novidades.

A tarefa e a dificuldade do direito de acompanhar a evolução tecnológica não é novidade. A novidade é a velocidade com que as tecnologias são trazidas e suas demandas regulatórias. Sendo que, quando ocorre a regulação, através do seu processo moroso e burocrático, muitas vezes a tecnologia já está obsoleta e a norma não tem mais utilidade.

Neste cenário de insegurança, o sandbox regulatório vem na contramão deste raciocínio de que o Direito está sempre um passo atrás da tecnologia quando necessita regulá-la, pois ele procura desenvolver estas tecnologias, sejam produtos ou serviços, junto com os idealizadores. E, assim terá a oportunidade de trazer uma regulação eficaz quando o produto estiver pronto para ser lançado ao grande público.

O sandbox regulatório é um regime regulatório diferenciado que busca proporcionar aos empreendedores um ambiente regulatório mais ameno, com condições mais propícias para o empreendedor conseguir desenvolver e testar os seus produtos e serviços inovadores, de forma mais adequada. E, em contrapartida, o Estado terá a possibilidade de entender a tecnologia e regulá-la de forma contemporânea ao seu lançamento e de maneira assertiva.

Além deste papel, há ainda, com a criação/regulação do sandbox regulatório, um incentivo do Estado brasileiro para a criação de novas empresas mercantis e de novos produtos e serviços, sendo uma importante medida em prol do desenvolvimento empresarial e econômico do país.

Nesse ambiente novo de negócios imersos à novidade e a tecnologia o estudo se lança e apresenta a conjuntura normativa do sandbox regulatório implementado - regulado em junho de 2021 no Brasil, quando da publicação da Lei Complementar nº 182. O trabalho apresenta o retrato do sandbox regulatório desenhando-o como o mesmo foi proposto - medida de estímulo a inovação e ao desenvolvimento econômico brasileiro. Para lograr êxito aos resultados, e atender a academia que anseia por trabalhos sobre, e os atores ligados ao sandbox, de modo multidisciplinar, no trabalho foi aplicada abordagem dedutiva e procedimento bibliográfico, afim de que fosse alcançado uma pesquisa descritiva e explicativa.

2. MAPA INTRODUTÓRIO DO SANDBOX REGULATÓRIO

O termo sandbox tem origem na língua inglesa e significa 'caixa de areia'. O nome é uma referência "às caixas de areias presentes em parques e praças onde crianças brincam e podem experimentar uma certa liberdade de criação em um ambiente controlado, isto é, sob a vigilância próxima dos pais" (FEIGELSON e LEITE 2020, p. 5.1).

E, esta ideia de um local controlado para efetuar testes com maior liberdade é utilizado por outras áreas como a computacional e a farmacêutica, já no Século XXI (FEIGELSON e LEITE, 2020).

A ideia de trazer um ambiente de testes para desenvolver novos produtos e serviços não é uma atividade tão nova assim no campo social internacional. A novidade acampa na sua utilização no ambiente regulatório.



O primeiro país a utilizar o sandbox regulatório foi o Reino Unido que, no ano de 2015, quando o instituiu com o intuito de diminuir o tempo que o produto leva para chegar ao mercado *time to market*, de testar e introduzir mais produtos e serviços inovadores e ter o ente regulador trabalhando junto dos empreendedores (FEIGELSON e LEITE, 2020).

No Reino Unido, o instituto do sandbox foi trazido pelo FCA (Financial Conduct Authority), que é o ente regulador do sistema financeiro. A atuação do FCA é muito maior do que a de regulador do sistema financeiro britânico, o que já seria uma atividade enorme. Ele ainda tem o poder de supervisionar e autuar a indústria financeira no Reino Unido (FEIGELSON, 2020; BARRETO, 2020).

O conceito de sandbox regulatório não possui muitas abordagens, sendo pacífico o entendimento trazido pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (2018, p. 5):

Eles seriam uma espécie de espaços experimentais, que permitem a empresas inovadoras operar temporariamente, dentro de certas regras que limitam aspectos como o número de usuários ou o período no qual o produto pode ser oferecido. Dessa forma, as empresas podem testar produtos, serviços e soluções originais sob o olhar atento do supervisor.

Diniz (2020) traz conceito semelhante:

O sandbox é um ambiente que permite que fintechs, ou até mesmo outras instituições financeiras possam oferecer seus produtos e serviços ao público, por um período limitado, sem as restrições impostas pela regulamentação vigente. A ideia é estimular a experimentação dos produtos e serviços, para que o regulador acompanhe de perto as inovações e avalie o impacto que terão na experiência do usuário, o quanto facilitam a vida das pessoas e também quais seriam os riscos reais decorrentes de sua implementação.

Verifica-se claramente que o sandbox regulatório é uma ferramenta que busca estimular a criação de um ambiente onde os envolvidos procurem a inovação.

Neste ambiente de negócios - produtos, sua atividade se dedica em especial a trazer um sistema regulatório seguro e eficiente, mas também oferecer um serviço de qualidade para os consumidores dos serviços financeiros, por isso o estímulo ao desenvolvimento de novos produtos e serviços através do sandbox regulatório.

No Brasil, o instituto foi abordado, primeiramente, por três instituições antes de ser realidade pela Lei Complementar nº 182: Comissão de Valores Mobiliários (CVM); Banco Central do Brasil (BCB); Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). Para conhecimento, cada uma destas instituições (públicas e outra *sui generis*) elaboraram programas de sandboxes regulatórios 'de sua' e 'para sua' atividade específica, trazendo resoluções internas com a finalidade de regulamentar o instituto, diante da falta de regulamentação jurídica.

Já em junho do ano de 2021 foi aprovada a Lei Complementar nº 182. Esta, considerada o marco regulatório da startups, passou também, apesar da pouca divulgação sobre, ser o marco de regulamentação do sandbox.

3. ABORDAGEM LEGAL DO SANDBOX REGULATÓRIO NO CAMPO JURÍDICO BRASILEIRO

A seguir, é apresentado um mapa jurídico que antecede a regulamentação do sandbox gravado pela Lei Complementar nº 182/2021. O mapa é preenchido de Resoluções de autarquias especiais de regime especiais.

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), incubada no Ministério da Economia, que foi a pioneira no Brasil a abordar o conceito de fintech em suas resoluções, trouxe o sandbox regulatório através da Resolução (CVM) nº 29, de 11 de maio de 2021, que revogou



a Resolução (CVM) nº 626 de 15 de maio de 2020. No artigo 1º, a Resolução (CVM) nº 29 já descrever o sandbox e sua finalidade:

[...] ambiente regulatório experimental [...] sandbox regulatório [...] em que as pessoas jurídicas participantes podem receber autorizações temporárias para testar modelos de negócio inovadores em atividades no mercado de valores mobiliários regulamentadas pela Comissão de Valores Mobiliários [...]. A implementação do sandbox regulatório tem por finalidade servir como instrumento para proporcionar [...] fomento à inovação no mercado de capitais; orientação aos participantes sobre questões regulatórias durante o desenvolvimento das atividades para aumentar a segurança jurídica; diminuição de custos e do tempo de maturação para desenvolver produtos, serviços e modelos de negócio inovadores; aumento da visibilidade e tração de modelos de negócio inovadores, com possíveis impactos positivos em sua atratividade para o capital de risco; aumento da competição entre prestadores de serviços e fornecedores de produtos financeiros no mercado de valores mobiliários; inclusão financeira decorrente do lançamento de produtos e serviços financeiros menos custosos e mais acessíveis; aprimoramento do arcabouço regulatório aplicável às atividades regulamentadas (2021, online).

Um ano antes, a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), assim como a CVM, preocupada com o desenvolvimento das tecnologias no sistema financeiro, em especial pelas tecnologias trazidas pelas fintechs, e com a sua regulação, também escreveu uma página jurídica ao sandbox. Com essa preocupação e com o intuito de estimular a criação de novos produtos aos consumidores, a SUSEP incubada no Ministério da Economia (Conselho Nacional de Seguros Privados) editou a Resolução (SUSPEP) nº 381, de 04 de março de 2020 e a Circular nº 598, de 19 de março de 2020, prevendo o instituto do sandbox regulatório. No artigo 2º da referida Resolução há uma definição de sandbox regulatório [...] "ambiente regulatório experimental [...] constitui-se em condições especiais, limitadas e exclusivas, a serem cumpridas por sociedades seguradoras, na forma determinada por esta Resolução, por prazo limitado" (CVM, 2020, online)

Ainda no ano de 2020, o Banco Central do Brasil (BCB), incubado no Ministério da Economia, trouxe a previsão do sandbox regulatório na Resolução (Conselho Monetário Nacional [CMN]) nº 4.868 e na Resolução (BCB) nº 29, ambas aprovadas no dia 26 de outubro do referido ano. A partir das Resoluções o instituto é

[...] ambiente [...] condições para o fornecimento de produtos e serviços no contexto desse ambiente no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.
[...] ambiente único para a execução de projetos sob a competência do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil, compreendendo as regras dispostas nesta Resolução e em Resolução BCB, conforme competência de cada autoridade reguladora (CMN, 2020, online; BCB, 2020, online).

Mapeando, tornou-se possível alcançar um retrato de definição que se faz conceitual, isso a partir de cada uma das instituições que buscaram trazer o ambiente regulatório diferenciado, somando entendimentos semelhantes do que vem a ser o sandbox. A partir do mapa, entende que o sandbox é um ambiente que servirá, principalmente, a dois propósitos: estimular um ambiente inovador e permitir que haja a regulação contemporânea dos produtos e serviços criados.

Outro ponto mapeado que nos chama a atenção é que as instituições preferiram a regulação descentralizada, visto que cada uma das instituições preferiu seu próprio entendimento sobre o que é o sandbox, como utilizá-lo e quais regras serão aplicadas aos participantes.

Apesar de ser possível verificar a semelhança no tratamento dado pelas autarquias especiais - agências reguladoras, percebe-se que cada uma delas está preocupada com seu campo específico de atuação, o que é natural, diante de suas atribuições institucionais.

Cada uma das instituições que trouxeram o sandbox regulatório para o Brasil, elaborou um edital para selecionar candidatos que se interessem em participar do programa de



forma a trazer diretrizes inovadoras nos projetos apresentados. E, estes projetos devem se encaixar na linha de atuação da agência regulatória responsável pelo edital e trazer algum tipo de inovação. Deve ficar claro que os empreendedores aprovados no programa deverão compartilhar muitas informações sobre os produtos e serviços oferecidos no ambiente regulatório e que os consumidores participantes devem estar cientes da participação no programa e dos riscos enfrentados.

Aclarado estão então que o sandbox regulatório é um ambiente regulatório diferenciado em que os participantes interessados deverão se inscrever no programa e se enquadrar nos requisitos exigidos. E, ao serem aprovados, terão algumas benesses para desenvolver os seus produtos e serviços de acordo com a linha exigida pela instituição que elaborou a seleção. Estes programas terão o prazo definido e regras específicas sobre os consumidores que terão acesso aos produtos e serviços em elaboração.

As Resoluções trazidas pela SUSEP, CVM, CMN e BCB foram de suma importância para a criação do ambiente regulatório diferenciado no Brasil. E, com isto houve um aumento da discussão sobre o instituto que culminou com a edição da Lei Complementar nº 182/2021.

A Lei Complementar 182 instituiu o marco legal da startups, do empreendedorismo inovador e também do sandbox. O intuito do legislador ao promulgar esta lei foi o de trazer um ambiente favorável ao desenvolvimento das startups, visto que sua forma disruptiva de atuar pode auxiliar bastante o desenvolvimento econômico brasileiro. E, é nesse cenário que se vê e fazemos destaque a uma das principais novidades trazidas pela legislação complementar – regulamentação do ambiente regulatório diferenciado, o sandbox regulatório, que vinha sendo tratado pelas agências reguladoras através de Resoluções, como mencionado anteriormente. Vejamos trecho da Lei Complementar

[...] conjunto de condições especiais simplificadas para que as pessoas jurídicas participantes possam receber autorização temporária dos órgãos ou das entidades com competência de regulamentação setorial para desenvolver modelos de negócios inovadores e testar técnicas e tecnologias experimentais, mediante o cumprimento de critérios e de limites previamente estabelecidos pelo órgão ou entidade reguladora e por meio de procedimento facilitado (BRASIL, 2021, online).

O trecho normativo trazido pelo legislador não foi diferente do que era trabalhado pela CVM, CMN, BCB e SUSEP e serviu como uma espécie de confirmação ao trabalho executado. Desta forma, a partir da regulamentação, surgiu de maneira formal o sandbox regulatório em campo social e jurídico brasileiro. E, como se abstrai das definições, as empresas tanto públicas como mercantis terão autorização temporária para testar os seus produtos/serviços inovadores, mas com limites estipulados pelo órgão regulador.

Extratando do desenho normativo da Lei Complementar nº 182/2021, já no artigo 11, retirando parte, para melhor compreensão do programa regulatório experimental, tem-se que

[...] os órgãos e as entidades da administração pública com competência de regulamentação setorial poderão, individualmente ou em colaboração, no âmbito de programas de ambiente regulatório experimental (sandbox regulatório), afastar a incidência de normas sob sua competência em relação à entidade regulada ou aos grupos de entidades reguladas [...] colaboração a que se refere o caput deste artigo poderá ser firmada entre os órgãos e as entidades, observadas suas competências [...] funcionamento do programa [...] estabelecerá [...] os critérios para seleção ou para qualificação do regulado; a duração e o alcance da suspensão da incidência das normas; as normas abrangidas (BRASIL, 2021, online).



Do recorte normativo citado, percebe-se que o legislador permitiu que o sandbox regulatório possa ser oferecido pelo órgão regulador competente de forma individual ou em colaboração, dando abertura para que os programas de sandbox envolvam mais de uma área de atividade. Esta possibilidade de colaboração trazida pela legislação é muito bem vista no campo financeiro, econômico e empresarial, pois estimula o intercâmbio entre atividades/setores, o que poderia criar serviços mais inovadores. Além disto, o órgão regulador ao selecionar empresas para o sandbox regulatório deverá estipular de forma pormenorizada os critérios de seleção, a duração, o alcance e a suspensão de incidência das normas.

A Lei veio trazer segurança jurídica para as práticas de sandboxes que eram realizadas no Brasil e dar maior tranquilidade para os empreendedores e investidores que desejam utilizar desta ferramenta para desenvolver os seus produtos e serviços, evitando que haja surpresas judiciais desagradáveis.

4. A EXPERIÊNCIA PRÁTICA BRASILEIRA

Abrindo as comportas ao uso do sandbox, destacamos três experiências, práticas no campo social e jurídico brasileiro, agendadas e por ora algumas já implementadas, com resultados. São protagonistas destas experiências: Superintendência de Seguros Privados; Banco Central do Brasil; Comissão de Valores Mobiliários.

Das agências reguladoras que fizeram previsão de sandbox regulatório antes da edição da Lei Complementar nº 182/2021 a única que conseguiu lançar edital e dar andamento ao programa de forma completa foi a SUSEP.

A SUSEP no período de 20/07/2020 a 19/08/2020 lançou edital para selecionar 10 (dez) interessados em fornecer projetos inovadores para o mercado de seguros. E o critério para a seleção era que o candidato apresentasse de alguma forma inovação e o aplicasse ao mercado de seguros, outra exigência importante era a utilização do meio digital para o fornecimento do serviço/produto (SUSEP, 2020).

O candidato, para ser aprovado, deveria enviar documentos definindo as características do produto inovador e do seu negócio, assim como projeto de desenvolvimento do produto e planos de saída do sandbox regulatório (SUSEP, 2020).

Após o envio da documentação e aprovação, o candidato passaria por uma comissão para avaliar se o seu projeto se enquadraria ou não no programa. E, sendo aprovado nesta etapa, ele poderia participar do ambiente regulatório diferenciado (SUSEP, 2020).

No primeiro edital foram aprovados 10 (dez) candidatos que ofertaram os mais variados tipos de seguros (SUSEP, 2020). No segundo edital, com inscrições de 30 de agosto até 9 de setembro de 2021, foram selecionados 21 (vinte e um) candidatos com projetos inovadores para ofertar seguros privados (SUSEP, 2021).

Neste segundo edital (SUSEP, 2021) foi possível perceber uma forma legal mais enorpada, preenchida com mais informações, contemplado com mais exigente que o primeiro, sinal de sucesso do processo seletivo. Sobre, deve-se ressaltar que existem alguns limites para a oferta da inovação, mesmo dentro do sandbox regulatório. O selecionado para participar do programa tem limitação de usuários, limitação de valores, limitação de propaganda, etc.. Todas as limitações impostas são meios de minimizar os danos, caso o produto ou serviço não atinja os objetivos almejados.

Ademais, os consumidores que adentram no ambiente regulatório de teste são informados do risco e assinam um termo de consentimento e desejo de participar do programa.

O Banco Central do Brasil está com um processo seletivo para escolher candidatos para participarem do sandbox regulatório no seu âmbito de atuação. O processo seletivo recebeu inscrições de 22 de fevereiro de 2021 até 19 de março de 2021, todavia até o momento não foi finalizado devido algumas desclassificações de candidatos e aos recursos interpostos. O processo seletivo foi regulado pela Resolução (BCB) nº 50 de 16/12/2020



(BCB, 2021).

Na Resolução o BCB traz os critérios de seleção e as áreas inovadoras que pretende ver priorizadas neste edital. E, assim, como no processo seletivo da SUSEP, o Banco Central, tem uma equipe para avaliar os projetos e verificarem a sua aprovação.

No caso da CVM, o processo seletivo para o primeiro programa de sandbox regulatório está em andamento. Apesar de seu andamento está mais adiantado que o do BCB, visto que houve três candidatos selecionados, não foi finalizado ainda. E, assim, como nos demais programas, o objetivo é selecionar candidatos que ofereçam inovações no âmbito de atuação da agência reguladora, que para a CVM é o mercado de capitais (CVM, 2020-2021).

Sobre, enxergamos que os programas estão em fase de maturação, sendo que o único que obteve resultado foi o comandado pela SUSEP, que está em sua segunda edição. Muito embora não seja possível declarar o sucesso dos programas, pode-se perceber o grande interesse que atraíram, o que é um combustível para a sua continuidade. E, ainda, é possível ressaltar que o interesse dos candidatos significa que eles estão produzindo inovação ou pelo menos estão interessados em produzi-la, o que é um dos objetivos do sandbox regulatório e da legislação que o regulamentou no ordenamento jurídico pátrio.

5. INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

No mundo tecnológico e capitalista que se apresenta atualmente (2021), a busca incessante por inovação é algo corriqueiro para as empresas e para o Estado. E, esta busca se justifica diante da necessidade de crescimento econômico, na perspectiva empresarial, e desenvolvimento econômico na perspectiva estatal.

Desta forma, é importante diferenciar o crescimento econômico do desenvolvimento econômico. O crescimento econômico seria medido pelo aumento da produção, da renda per capita, do Produto Interno Bruto (PIB), enquanto o desenvolvimento econômico seria a utilização deste crescimento econômico na melhoria das condições de vida da população, e por isso, leva em consideração além dos itens anteriores a melhoria dos Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) (DIAS e DIAS, 2007).

A inovação, nessa esteira, possui um papel extremamente relevante no desenvolvimento econômico dos países, principalmente nos países de periferia ou subdesenvolvidos e até mesmo em início de desenvolvimento (emergente), visto que estimulam a criação de novos produtos ou serviços e, conseqüentemente, forçam a abertura de novas oportunidades comerciais, como é o caso do Brasil (DIAS e DIAS, 2007).

Para Schumpeter (1982, 1984) o desenvolvimento econômico é alcançado através das inovações, as quais podem ser tecnológicas (em produtos ou em processos) ou no desenvolvimento de novas fontes de matérias prima, abertura de novos mercados ou uma nova organização do setor.

Assim, o Estado no papel de coordenador das agendas sociais e econômicas deve exercer a função de estímulo à inovação, para atingir o objetivo de desenvolver o país. E, a Lei Complementar nº 182/2021, ao fomentar um ambiente propenso ao surgimento de novas startups, principalmente ao criar o sandbox regulatório é a concretização deste dever estatal de fomentar a inovação com o propósito de desenvolvimento econômico.

Apontamos que a ideia por trás deste estímulo é transformar o Brasil em um local em que haja um ambiente propício para o desenvolvimento de novas tecnologia, em que o empreendedor não encontre as amarras da burocracia para abrir a sua empresa e desenvolver os seus produtos, e que o ambiente regulatório não seja um dificultador, mas um mecanismo de segurança.

O sandbox regulatório é uma ferramenta que estimula o protagonismo do empre-



endedor no processo de auxílio do desenvolvimento econômico de um país. Gravada a Lei Complementar nº 182, percebemos isto, apoiando-se na visão desenvolvimentista de Schumpeter (1982, 1984, p. 47), o desenvolvimento é “uma mudança espontânea e descontinua nos canais do fluxo, perturbação do equilíbrio, que altera e desloca para sempre o estado de equilíbrio previamente existente”. Assim, o empreendedorismo é esta força de perturbação do equilíbrio que transforma o Estado atual em um Estado modificado através da inovação, trazendo melhorias e prosperidades.

A inovação está no centro do desenvolvimento dos países capitalistas por séculos. Chang (2004) argumenta que os países desenvolvidos, quando estavam em desenvolvimento, utilizaram de políticas de incentivos a indústria, comércio e tecnologia (ICT) aliadas a programas intervencionistas para alcançarem o desenvolvimento econômico.

Os países que hoje são desenvolvidos utilizaram de estratégias de estímulo a inovação, ao comércio e a indústria, e após terem possibilidade de atuação nestas áreas organizaram, de forma intervencionista, barreiras contra a concorrência de outros países, como forma de incentivar as suas economias. E, isto foi uma praxe seguida por todos os países desenvolvidos (CHANG, 2004).

A utilização do sandbox regulatório para nós juristas e pesquisadores tem que ser enxergada como uma tentativa de estimular a inovação e instrumento de desenvolvimento de uma nova área comercial ou industrial, assim como fizeram os países desenvolvidos outrora. O sandbox, este instrumento de inovação, é uma tentativa dos países periféricos de desenvolver suas economias e trazerem melhorias para suas populações, como é caso do Brasil.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sandbox regulatório é um regime regulatório diferenciado que trouxe o empreendedor para o centro da discussão sobre o desenvolvimento econômico do Brasil. É ambiente de teste criado onde o empreendedor pode utilizar de sua criatividade para desenvolver produtos e serviços inovadores, sem todas as amarras burocráticas e regulatórias que impossibilitam o surgimento de novos negócios, é um nascedouro de empresas disruptivas.

Esta facilidade oferecida ao empreendedor é compensada pela possibilidade do Estado regulador acompanhar o desenvolvimento e o teste dos produtos e serviços inovadores no ambiente regulatório e, conseqüentemente, poder entender e regular de forma adequada.

No Brasil, o sandbox em andamento é estímulo à inovação, ao empreendedorismo e ao desenvolvimento econômico.

Praticar o sandbox em campo brasileiro é dar continuidade ao estímulo às empresas inovadoras, é possibilitar aos empreendedores um crescimento disruptivo, fator de crescimento econômico, o que abre portas ao desenvolvimento econômico como também desenvolvimento humano, propiciando assim melhor índice de desenvolvimento humano da população.

O caminho para o uso e manuseio do sandbox é o caminho que o Brasil deve traçar para estimular a inovação, um caminho que já foi percorrido por outros países, que hoje são desenvolvidos. O sandbox regulatório pode demonstrar um amadurecimento do Brasil na forma de se planejar economicamente para o futuro, algo que deve ser observado num futuro próximo.



REFERÊNCIAS

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. *Sandbox regulatório na América Latina e Caribe para o ecossistema FinTech e o sistema financeiro*. (março/2018). Disponível em: <http://governance40.com/wp-content/uploads/2018/12/Sandbox-regulatorio-na-America-Latina-e-Caribe-para-o-ecossistema-FinTech-e-o-sistema-financeiro.pdf>. Acesso em: 24 out. 2021.

BARRETO, Alex. O sandbox regulatório como instrumento de inovação para o sistema financeiro. In: DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coord.). *Direito, Inovação e Tecnologia: desafios da economia 4.0. Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP*, v. 35, p. 34-46, 2020.

BCB. Banco Central do Brasil. (Ministério da Economia – Brasil). *Resolução CMN nº 4.868, de 27 de novembro de 2020*. Remaneja recursos das linhas de financiamento ao amparo do Fundo de Defesa da Economia Cafeeira (Funcafé). Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cmn-n-4.868-de-27-de-novembro-de-2020-290870550>. Acesso em: 15 ago. 2021.

BCB. Banco Central do Brasil. (Ministério da Economia - Brasil). *Resolução BCB nº 29, de 26 de outubro de 2020*. Estabelece as diretrizes para funcionamento do Ambiente Controlado de Testes para Inovações Financeiras e de Pagamento (Sandbox Regulatório) e as condições para o fornecimento de produtos e serviços no contexto desse ambiente no âmbito do Sistema Financeiro Nacional e do Sistema de Pagamentos Brasileiro. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-bcb-n-29-de-26-de-outubro-de-2020-285009510>. Acesso em: 15 ago. 2021.

BCB. Banco Central do Brasil. (Ministério da Economia - Brasil). *Sandbox BC divulga projetos selecionados. Aprovados no Ciclo 1 da iniciativa foram anunciados nessa quinta-feira (25). Sete projetos contarão com a ajuda do BC para sair do papel. 25/11/2021*. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/592/noticia>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. *Lei Complementar nº 182 de 1º de junho de 2021*. Institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador; e altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp182.htm. Acesso em: 15 ago. 2021.

CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. Tradução Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

CVM. Comissão de Valores Mobiliário (Ministério da Economia - Brasil). *Resolução nº 381, de 4 de março de 2020*. Dispõe sobre as regras para constituição e funcionamento de ambiente regulatório experimental (sandbox regulatório) e revoga a Instrução CVM nº 626, de 15 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cvm-n-29-de-11-de-maio-de-2021-319511818>. Acesso em: 15 ago. 2021.

CVM. Comissão de Valores Mobiliário (Ministério da Economia - Brasil). *Sandbox Regulatório. 2020-2021. A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) lançou, em 15/5/20, a Instrução CVM 626, que regulamenta a constituição e o funcionamento do sandbox regula-*



tório. Disponível em: http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/sandbox_regulatorio.html. Acesso em: 15 nov. 2021.

DIAS, Joilson; DIAS, Maria Helena Ambrósio. Crescimento econômico e as políticas de distribuição de renda e investimento em educação nos estados brasileiros: teoria e análise econométrica. *Estud. Econ.* 37 (4) / Dez 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0101-41612007000400001>. Acesso em: 06 ago. 2021.

DINIZ, Bruno. *O Fenômeno Fintech*. Rio de Janeiro: Editora Alta Books, 2020.

FEIGELSON, Bruno; LEITE, Luiza. *Sandbox: experimentalismo no direito exponencial*. 1ª ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2020.

SCHUMPETER, Joseph A.. *Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

SCHUMPETER, Joseph A.. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SUSEP. SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. (Ministério da Economia - Brasil). *Resolução CVM nº 29, de 11 de maio de 2021*. Estabelece as condições para autorização e funcionamento, por tempo determinado, de sociedades seguradoras participantes exclusivamente de ambiente regulatório experimental (Sandbox Regulatório) que desenvolvam projeto inovador mediante o cumprimento de critérios e limites previamente estabelecidos e dá outras providência. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-381-de-4-de-marco-de-2020-246507718>. Acesso em: 15 ago. 2021.

SUSEP. SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. (Ministério da Economia - Brasil). *Circular nº 598, de 19 de março de 2020*. Dispõe sobre autorização, funcionamento por tempo determinado, regras e critérios para operação de produtos, transferência de carteira e envio de informações das sociedades seguradoras participantes exclusivamente de ambiente regulatório experimental (Sandbox Regulatório) que desenvolvam projeto inovador mediante o cumprimento de critérios e limites previamente estabelecido. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/circular-n-598-de-19-de-marco-de-2020-249021945>. Acesso em: 15 ago. 2021.

SUSEP. SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. (Ministério da Economia - Brasil). *SANDBOX REGULATÓRIO - 1ª EDIÇÃO*. 2020. Disponível em: http://www.susep.gov.br/setores-susep/ditec/copy_of_sandbox-regulatorio. Acesso em: 15 out. 2021.

SUSEP. SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. (Ministério da Economia - Brasil). *SANDBOX REGULATÓRIO - 2ª EDIÇÃO*. 2021. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/setores-susep/ditec/sandbox-regulatorio-2a-edicao>. Acesso em: 15 out. 2021.



DISPUTE RESOLUTION BOARD: UMA ALTERNATIVA PARA EVITAR OS LITÍGIOS NOS CONTRATOS PÚBLICOS DE INFRAESTRUTURA

Danielle Barbosa de Oliveira ¹
Paulo Antônio R. Martins ²

RESUMO: Os contratos públicos de obras de infraestrutura são contratos de serviços de Engenharia de valores vultosos, habilitado e homologado após um certame licitatório formal, amplo, justo e isonômico. O Dispute Resolution Board (Comitê de Resolução de Disputas) é um instrumento que pode contribuir para prevenção dos litígios, aumentando a eficiência econômica e jurídica dos contratos das obras públicas de infraestrutura. A Lei 14.133/2021 – a Nova Lei de Licitações possui um capítulo sobre os meios alternativos de resolução de controvérsias. Este trabalho tem por objetivo propor uma resolução específica para os litígios das obras públicas de infraestrutura e identificar em quais contratos de serviços de Engenharia no âmbito da Administração Pública, a adoção dos dispute boards trará prevenção e eficiência na solução de conflitos.

Palavras-chave: Prevenção, Eficiência, Litígio, Contrato Público, Dispute Board.

ABSTRACT: Infrastructure work public contracts are engineering services contracts of large values, authorized and approved after a formal, broad, fair and isonomic bidding process. The Dispute Resolution Committee is a tool that can contribute to preventing litigation, economic and legal efficiency increasing of infrastructure public works contracts. The Law #14,133/2021 - the New Bidding Law includes a chapter about resolving disputes alternative means. This paper aims to propose a specific resolution for infrastructure public works disputes and identify in which engineering service contracts, the adoption of dispute committees can bring prevention and efficiency in the resolution of conflicts, within the Public Administration.

Keywords: Prevention, Efficiency, Litigation, Public Contract, Dispute Board.

¹ Acadêmica do curso de Direito na Universidade de Rio Verde – UniRV.

² Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GO). Professor de Mediação e Arbitragem e Direito Empresarial na Universidade de Rio Verde (UniRV). Advogado e Arbitralista na cidade de Rio Verde/GO.



1 – Introdução

Com a evolução do cronograma físico-financeiro de um contrato, algumas divergências previsíveis e/ou de força maior surgem, podendo impactar o cumprimento deste contrato.

Normalmente, a postergação da solução dessas divergências leva ao pior cenário: uma obra inacabada e um processo no Poder Judiciário que é considerado ineficaz para o julgamento de controvérsias que envolvem disputas em razão da tecnicidade, especificidade e celeridade no julgamento de eventuais conflitos.

Com uma maior liberdade em resolver os litígios, o Poder Judiciário não é uma opção de solução satisfatória para ambas as partes, devido à sobrecarga de processos em que o relatório do Conselho Nacional de Justiça – CNJ de 2021 demonstrou que há mais de 75 milhões de processos em andamento.

Devido ao porte dos empreendimentos e à complexidade das atividades de construção, diversas dessas demandas levadas ao Poder Judiciário têm duração de até 20 anos para serem resolvidas, necessitando de perícias técnicas detalhadas, e que, não alcançam o seu objetivo final, deixando obras inacabadas e empresas em situação financeira delicada.

Temos o Dispute Resolution Board (Comitê de Resolução de Disputas – CRD) como um dos métodos alternativos de solução de conflitos. Mais, estritamente, Dispute Resolution Board nos contratos públicos de infraestrutura.

O Dispute Resolution Board – DRB poderá ser um instrumento de prevenção dos litígios das obras públicas de infraestrutura, contribuindo e aumentando a eficiência econômica e jurídica dos contratos das obras públicas de infraestrutura?

A seleção por um método extrajudicial de resolução de conflitos antecedente a uma eventual instauração de processo judicial ou arbitral é sim uma alternativa eficiente de prevenção de litígios.

O tema será tratado nos seguintes tópicos: Justiça Multiportas e Contratos Públicos de Obras de Infraestrutura, Contratos Públicos de Obras de Infraestrutura e o Instituto do Dispute Board e Dispute Resolution Board como Instrumento de Prevenção e Solução de Conflitos nas Obras de Infraestrutura no Brasil.

O propósito do presente artigo é explorar, detalhadamente, o tema através de referências bibliográficas, documentos científicos, legislação pertinente, jurisprudência, estudos de casos como exemplos e comparando este estudo científico com a realidade da gestão contratual, realizada pelos órgãos públicos.

2 – Justiça Multiportas e Contratos Públicos no Brasil

A desjudicialização de resolução de conflitos, garantindo a celeridade processual, eficácia e segurança jurídica vem ocorrendo desde o ano de 1996 com a aprovação da Lei 9.307/96 – Lei da Arbitragem. Contudo, a edição do supracitado diploma legal não motivou o uso do instituto da arbitragem, pois em nada menciona o uso do juízo arbitral na alçada dos contratos públicos, regulando no artigo 1º:

As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (BRASIL, 1996).

Em 2010 com a publicação da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010 do CNJ, alterada pela Emenda 1, de 31 de janeiro de 2013, conciliação e mediação ganharam força:

Considerando a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especifi-



idades de cada segmento da Justiça. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125/2010).

Posteriormente, com o advento da Lei 13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil, a previsão legal está expressa nos artigos 165 a 175. De acordo com o artigo 165, NCPC, in verbis:

Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”. (BRASIL, 2015).

O vácuo normativo foi complementado com a entrada em vigor da reforma da Lei de Arbitragem (Lei 13.129/2015), pressupondo o uso da via arbitral nos litígios entre Administração Pública (Direta e Indireta) das três esferas e com a aprovação da Lei 13.140/2015 – Lei da Mediação que designou todo o Capítulo II, artigos 32 a 40 para acordar sobre autocomposição onde uma das partes é pessoa jurídica de direito público e dispõe em seu artigo 1º:

Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. (BRASIL, 2015).

Por via de regra, a liberdade de adoção de diferentes mecanismos de tratamento de conflitos, sem buscar o Poder Judiciário, advém da autonomia privada, ou seja, depende apenas de acordo prévio das partes, admitindo nos contratos a cláusula compromissória na forma estabelecida em lei especial e não há necessidade que o método extrajudicial a ser empregado esteja previsto em lei.

Como exceção, a adesão ao “Sistema Multiportas” pela Administração Pública tem que ser autorizada e regulamentada por lei, obedecendo os princípios básicos do Direito Público (princípio da legalidade administrativa, princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação), conforme artigo 37, caput, da CF/88 que apropria a atividade administrativa dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Como o contrato é entre a Administração Pública e particular, a previsão legal, antes da sanção da Lei 14.133/2021, está disposta no art. 190, do NCPC:

Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. (BRASIL, 2015).

Portanto, para o Poder Público utilizar qualquer uma das soluções extrajudiciais de controvérsias para resolução de conflitos deverá ter previsão legal expressa. Demonstrando a relevância desse tema, temos a Lei nº 14.133, sancionada em de 1º de abril de 2021 – a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que possui um capítulo sobre os meios alternativos de resolução de controvérsias (Capítulo XII, artigos 151 a 154). Na qual corrobora com a efetividade da admissão ampla e quase absoluta da conciliação, da mediação e da arbitragem nos litígios e incorpora a utilização do dispute board (comitê de resolução de disputas) nos contratos públicos.

A mediação, a conciliação e a negociação são as formas autocompositivas de resolução de controvérsias, possuem menor custo de solução, ou seja, são menos onerosas às partes. Dessa forma, buscam, consensualmente, a solução de seus conflitos a partir da construção de um caminho para o acordo, sem influência direta nas referidas escolhas. Os benefícios na adoção dos métodos consensuais são:

- (i) celeridade;



- (ii) redução de custos com o litígio;
- (iii) diminuição das incertezas quanto ao resultado;
- (iv) confidencialidade;
- (v) preservação da relação entre as partes envolvidas.

A Lei 14.133/2021 no artigo 6º, XII e XXI define obra pública como:

Toda atividade estabelecida, por força de lei, como privativa das profissões de arquiteto e engenheiro que implica intervenção no meio ambiente por meio de um conjunto harmônico de ações que, agregadas, formam um todo que inova o espaço físico da natureza ou acarreta alteração substancial das características originais de bem imóvel. (BRASIL, 2021)

e serviço de Engenharia como:

Toda atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse para a Administração e que, não enquadradas no conceito de obra a que se refere o inciso XII do caput deste artigo, são estabelecidas, por força de lei, como privativas das profissões de arquiteto e engenheiro ou de técnicos especializados. (BRASIL, 2021).

Na legislação brasileira, a Lei 8.666/93 e a Lei 14.133/2021 disciplinam, por 2 anos, concomitantemente, as licitações e os contratos da Administração Pública Direta e Indireta e a Lei 13.303/2016 disciplina a empresa pública, a sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A licitação destina-se a garantir a observância dos princípios constitucionais: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, interesse público, proibição administrativa, igualdade, planejamento, transparência, eficácia, segregação de funções, motivação, vinculação ao edital, julgamento objetivo, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade, economicidade e desenvolvimento nacional sustentável.

Em regra, "estão obrigados a licitação todos os órgãos da Administração Pública direta, os fundos sociais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/93)". (DI PIETRO, 2021).

As modalidades de licitação estão previstas na Lei 8.666/93, Lei 8.987/95, Lei 10.520/2002, Lei 12.462/2011 e Lei 14.133/2021.

A Lei 14.133/2021 no artigo 6º, XXXVIII define Concorrência como:

Modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser: a) menor preço; b) melhor técnica ou conteúdo artístico; c) técnica e preço; d) maior retorno econômico; e) maior desconto. (BRASIL, 2021).

Como características básicas, temos ampla publicidade e universalidade. A publicidade é garantida pela publicação do edital de licitação em diário oficial e em sítio eletrônico oficial do órgão responsável pelo procedimento licitatório. "Universalidade significa a possibilidade de participação de quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto". (DI PIETRO, 2021).

A Lei 12.462/2011 institui o Regime Diferenciado de Contratação - RDC como modalidade de licitação exclusivamente para as licitações e contratos aplicados a situações específicas e ter duração limitada à conclusão dos eventos referenciados no artigo 1º. Por exemplo, as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC); as obras



e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS; as obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística.

Como características básicas, temos promoção da troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público, incentivo da inovação tecnológica e seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública (art. 1º, § 1º).

A Lei 8.987/95 no artigo 2º, inciso III define Concessão de Serviço Público precedida da execução de obra pública como:

A construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegados pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado. (BRASIL, 1995).

Como características básicas, temos acordo de vontades (contrato) e prazo determinado.

3 – Contratos Públicos de Obras de Infraestrutura e o Instituto do Dispute Board

Os contratos públicos de obras de infraestrutura são contratos de serviços de Engenharia de valores vultosos com controles de Auditoria Interna e Auditoria Externa (Tribunal de Contas da União – TCU e Controladoria-Geral da União – CGU), habilitado e homologado após um certame licitatório formal, amplo, justo e isonômico, regido por lei.

As principais controvérsias, abarcando os contratos públicos são definidos e constantes o que proporciona uma análise mais detalhada do melhor meio alternativo de resolução, recepcionando, quando se extrapola o escopo do contrato, às exigências da Administração Pública e dos particulares.

A pesquisa de Maurício Brun Bucker, em sua dissertação sobre “Gerenciamento de conflitos, prevenção e solução de disputas em empreendimentos de construção civil”, apresentada à Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, deduz que “a maior parte dos litígios ocorrem em procedimentos de gerenciamento do empreendimento, seguida da questão da comunicação”.

De acordo com o art. 18, da Nova Lei de Licitações, temos que:

A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos: I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido; II - a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso; III - a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento; IV - o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação. (BRASIL, 2021).

As falhas, que ocorrem em qualquer uma dessas etapas, ocasionam o aparecimento de controvérsias nos contratos de infraestrutura.

Essas controvérsias podem ser pontuadas como: paralisação das obras, atraso no cronograma, aditamento do contrato para reequilíbrio econômico-financeiro e, consequentemente, repactuação dos preços, prazos e premissas.



Com evolução do cronograma físico-financeiro, outras divergências previsíveis e/ou de força maior, também, surgem, podendo impactar o cumprimento desse contrato. Como, por exemplo, um evento, na etapa de Terraplenagem, a ser executado e não previsto que poderia ter sido discutido na elaboração do Projeto Básico, sido materializado no Projeto Básico Detalhado e, finalmente, aprovado no Projeto Executivo.

Nos termos do art. 74, § 1º, do Decreto 7.581/2011, o Anteprojeto é um esboço do projeto, desenvolvido a partir de estudos técnicos preliminares e das demandas do cliente (interno ou externo), com o objetivo de determinar a melhor solução técnica e definir diretrizes e características a serem adotadas na elaboração do Projeto Básico.

Avalia-se a viabilidade técnica e financeira do projeto, sua justificativa (fato motivador) e o retorno esperado. Vale ressaltar a importância da análise de impacto socioambiental do projeto.

São apresentadas plantas baixas, desenhos, memórias de cálculo de demanda e estimativa preliminar de investimento. Sem grande detalhamento.

Tomando como referência a Resolução 361/91 do CONFEA, Projeto Básico é definido como o conjunto de elementos que define a obra, o serviço ou o complexo de obras e serviços que compõem o empreendimento, de tal modo que suas características básicas e desempenho almejado estejam perfeitamente definidos, possibilitando a estimativa de seu custo e prazo de execução.

É uma fase em que se delibera um conjunto mais abrangente de estudos e projetos, precedido por estudos preliminares, anteprojeto, estudo de viabilidade técnica, econômica e avaliação de impacto ambiental, e sucedido pela fase de projeto executivo.

Define-se o escopo, o resultado esperado da obra, os materiais, equipamentos, mão-de-obra, as quantidades e custos de serviços fornecidos com precisão compatível a serem incorporados.

O nível de detalhamento do Projeto Básico deve ser tal que informe e descreva com clareza, precisão e concisão o conjunto da obra e cada uma das suas partes. Dentre os elementos que compõem um Projeto Básico, podemos destacar: desenhos, memórias descritivas, normas de medição e pagamento, cronograma físico-financeiro, planilhas de quantidades e orçamento, plano gerencial, especificação técnica de serviços e equipamentos.

Tendo como referência a Decisão Normativa nº 106/2015 do CONFEA, podemos definir Projeto Executivo como o conjunto de elementos necessários e suficientes à execução completa da obra ou serviço, de acordo com as normas pertinentes da ABNT.

Recomenda-se sua elaboração antes do início da execução do projeto, mas apenas após a aprovação do Projeto Básico. É de extrema importância que seja avaliada a proposta com as interferências reais existentes no local. Dessa forma é possível evitar inúmeros retrabalhos e custos não previstos.

Importante destacar que o Projeto Executivo não é um novo projeto, mas sim um melhoramento do Projeto Básico.

Para Rosi Mouro (2018):

A ausência de acompanhamento adequado na execução do projeto executivo, através da atividade de fiscalização pelos gestores públicos, ocasiona dificuldades como, por exemplo, a percepção, quando o empreendimento já está construído, de que não foram atendidas as especificações técnicas previstas no contrato.

Os principais objetivos da fiscalização da obra são a conferência da qualidade na execução do projeto e se as cláusulas contratuais estão sendo efetivadas. Após levantamento das ações e dos responsáveis, as não-conformidades devem ser anotadas no relatório diário de obras – RDO.

As novas tecnologias assessoram na composição de preço unitário, no avanço financeiro conforme o andamento das etapas, arquivamento da documentação, permissão de



pagamentos, implementação do data book, voos panorâmicos com drone, dentre outros, como preconiza o art. 29, §3º, da Nova Lei de Licitações, nos traz, in verbis:

Nas licitações de obras e serviços de engenharia e arquitetura, sempre que adequada ao objeto da licitação, será preferencialmente adotada a Modelagem da Informação da Construção (Building Information Modelling - BIM) ou tecnologias e processos integrados similares ou mais avançados que venham a substituí-la. (BRASIL, 2021).

Outro ponto de muita relevância, é a importância de integrar a comunidade, que será afetada, com o projeto para buscar o consenso em relação aos conflitos ligados às questões patrimoniais, fundiárias, técnicas, estabelecendo a metodologia para o cálculo dos valores nas desapropriações, de acordo com o impacto advindo da execução do projeto, e valer-se das audiências públicas como meio de estabelecer um canal de comunicação entre a sociedade, o governo e as empresas afetadas a fim de estruturar soluções concretas e exequíveis, vivenciando comportamento-chaves como diálogo aberto e transparente e escuta ativa e engajamento com a sociedade.

Ao processo licitatório, concomitantemente, para que a desapropriação aconteça, o Poder Público, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, tem o direito real da propriedade, por meio de justa indenização (DI PIETRO, 2021). No inciso XXIV do artigo 5º da Constituição Federal há previsão a respeito da desapropriação:

A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição. (BRASIL, 1988).

O Comitê de Resolução de Disputas – CRD é uma alternativa para prevenção de conflitos tanto na interpretação ou execução do contrato quanto na natureza técnica.

Ao instituir o CRD, as partes escolherão um comitê de especialistas que envidarão seus melhores esforços para supervisionar e analisar, emitindo recomendações e/ou decisões de forma amigável.

Caso se atinja um acordo nas divergências através do CRD, evita-se as ações judiciais onde o “juiz, por vezes, em casos de alta complexidade técnica, acaba por ficar “refém” dos pareceres periciais. De modo que surge o questionamento sobre quem realmente está a exercer o encargo de decidir a questão – se o juiz ou o perito” (BACELLAR FILHO, 2012).

4 – Dispute Resolution Board como instrumento de prevenção e solução de conflitos nas obras de infraestrutura

Em virtude das incertezas que rondam a economia e a política do nosso país, observa-se a tendência de que problemas e demandas de empresas privadas e da Administração Pública resultam em litígios.

Os disputes boards foram utilizados de forma pioneira nos Estados Unidos nos anos 60 durante a construção da Barragem de Boundary no formato de Conselho de Consultoria Conjunta. Posteriormente, outras grandes obras nos Estados Unidos adotaram este método como resolução dos litígios e, conseqüentemente, foram difundidos pelo mundo.

Antes mesmo do provisionamento no ordenamento jurídico brasileiro, sua adoção passou a ser necessária nos últimos anos, como exigência dos investidores em nível internacional e, sobretudo, pela necessidade de financiamento de instituições, por exemplo do Banco Mundial e outras organizações financeiras internacionais, que exigem, para requerimento de financiamento superior a 20 milhões de dólares, a constituição de um Dispute



Board.

Em parecer favorável à constituição do Dispute Board, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

RECURSO ESPECIAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA VEICULADA EM DOCUMENTO APARTADO DO INSTRUMENTO CONTRATUAL SUBJACENTE (MEIO EPISTOLAR). APOSIÇÃO DE ASSINATURA NO DOCUMENTO. DESNECESSIDADE. ANUÊNCIA INEQUÍVOCA SOBRE A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. RECONHECIMENTO. DISPOSIÇÃO CONTRATUAL QUE DELEGA A TERCEIRO A SOLUÇÃO DE ESPECÍFICA CONTROVÉRSIA (VALOR DA PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA A SER ADQUIRIDA), CUJA DECISÃO SERIA FINAL, DEFINITIVA E ACATADA PELAS PARTES. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA, AINDA QUE VAZIA, APTA A SUBTRAIR DO PODER JUDICIÁRIO O JULGAMENTO DA QUESTÃO. EFEITO NEGATIVO. OBSERVÂNCIA. PRETENSÃO ACERCA DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ASSUMIDA. RESISTÊNCIA DA PARTE DEMANDADA. INEXISTÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO. (STJ – 3ª Turma - Resp nº 1.569.422/RJ – Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze – Publicação: 20/05/2016).

Aprofundando nos métodos de solução de conflitos, temos: ação judicial, arbitragem, mediação e dispute board com previsão legal na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, conforme art. 151, caput, da Lei 14.133/2021, vejamos:

Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. (BRASIL, 2021).

Enfatizamos que esse rol é, meramente, exemplificativo onde outros métodos extrajudiciais de solução de conflitos podem ser adotados sem algum impedimento.

Dentre os métodos extrajudiciais, que se singularizam pela celeridade, e que certificam às partes maior liberdade de adequação e flexibilização, os dispute boards surgem como medida, extremamente, útil para prevenir e/ou resolver as controvérsias e redução de custos de transação nos contratos de construção, especialmente, nos empreendimentos de médio e de grande porte de grande vulto econômico e de maior complexidade técnica; por exemplo, barragem, hidrelétrica, terraplenagem, rodovia, ferrovia, obras de artes especiais.

Para Oliveira e Marçal (2021), podemos conceituar, de forma simples e objetiva:

Os disputes boards, também conhecidos como Comitês de Resolução de Disputas, são órgãos colegiados, geralmente, formados por três experts, indicados pelas partes no momento da celebração do contrato.

A seleção assertiva do painel de especialistas do dispute board é fundamental para o sucesso do mecanismo, é em número ímpar, é recomendável ser multidisciplinar onde a atuação dos profissionais de variadas áreas de atuação com notório conhecimento e com reconhecida vivência nas obras do tipo específico do projeto deve ser imparcial e conhecedores dos infortúnios habitualmente vivenciadas na obra em questão. Com disponibilidade para visitas frequentes ao local da obra, poderão atuar em uma abordagem abrangente e especializada a cada um dos pontos de controvérsia, surgidos ao longo do desenvolvimento e da execução desde o início do projeto, podendo ser de caráter opinativo ou decisório.

Esses comitês são previstos no contrato, quando as partes devem definir a força vinculante (obrigatoriedade) do CRD, podendo conferir-lhe a prerrogativa de:

- (i) apresentar recomendações;
- (ii) tomar decisões vinculantes ou
- (iii) de realizar ambas as funções conforme a demanda das partes.

Em resumo, enquanto o Comitê Revisor se propõe a emitir recomendações que podem ou não ser seguidas pelas partes, o Comitê de Adjudicação emitirá decisões vinculativas, que deverão ser cumpridas até uma suposta reversão num processo judicial e/



ou arbitral. Finalmente, se o comitê proposto for o Comitê Misto, os membros irão emitir pareceres de caráter meramente opinativo, mas podem emitir uma efetiva decisão se uma parte assim requerer e a outra não se opuser.

Além disso, tendo em vista a estigma da corrupção, envolvendo o setor de infraestrutura, é importante considerar este fator com o objetivo de reafirmar o compromisso ético dos membros do Comitê – os quais são escolhidos pelas partes contratantes – a fim de que não ocorram benefícios indevidos.

A remuneração dos membros do Dispute Board deve ser fixada, considerando o porte da obra, seu valor econômico e a complexidade técnica, jurídica e financeira envolvida, parcela mensal fixa, acrescidas das despesas de inspeção nas obras, quando necessário, cabendo a cada uma das partes arcar com a metade deste valor.

Segundo Trindade (2016), na elaboração do contrato, as partes optando pela prerrogativa do Comitê Revisor, temos a seguinte atuação:

Este não tem poder de decisão; auxilia as partes chegarem a um acordo através de uma metodologia simples; sua atribuição é para atender às solicitações das partes, mediante elaboração de pareceres não vinculantes, já conhecidos na prática; sua função é supervisora e proativa, conferindo a sua atuação um caráter preventivo; a partir da análise da documentação da obra e das visitas técnicas, pode identificar eventos que podem dar origem a conflitos e alertar os contratantes a respeito, cabendo às partes, de acordo com as regras estabelecidas, definir o encaminhamento da questão, seja mediante formulação de consulta, seja por intermédio de ajustes sem a participação do Comitê.

Portanto, sua capacidade é de prevenir e melhorar a dinâmica entre contratante e contratado, evitando-se uma ação judicial.

Por outro lado, as partes optando pela prerrogativa do Comitê de Adjudicação, temos a seguinte atuação: as recomendações possuem efeito vinculante a partir das análises das informações, criando obrigações aos destinatários, dependendo da consulta formulada e do entendimento do Comitê a respeito da questão controvertida; as controvérsias apontadas pelos contratantes devem ser levadas ao Comitê o quanto antes; a decisão proferida, as partes deverão cumprir esta decisão assim que forem notificadas onde caso uma ou ambas as partes não fiquem satisfeitas com a decisão poderão, no prazo estabelecido no contrato, submeter a disputa para uma decisão final através da arbitragem ou da via judicial; se nenhuma das partes se manifestar, no prazo estipulado no contrato, a decisão passará a ser mandatória e final. Portanto, sua capacidade é de maior eficiência na resolução das disputas pois sua decisão tem um caráter vinculante e que deve ser cumprida de imediato, sendo o comitê de maior utilização no mercado. (TRINDADE, 2016).

Enfim, as partes optando pela prerrogativa do Comitê Misto, temos a seguinte atuação: permite às partes uma maior flexibilidade para utilização do CRD; o comitê emite recomendações a respeito dos temas levados à apreciação da junta nos moldes do Comitê Revisor, podendo ser dada uma decisão nos moldes do Comitê de Adjudicação quando uma ou ambas as partes requisitarem; caso a solicitação para uma decisão seja de comum acordo entre as partes e sem contestação pela outra parte, o Comitê deverá proferir uma decisão e caso uma das partes não concorde com a decisão no lugar da recomendação, a junta é quem irá decidir qual das formas irá utilizar, considerando a urgência da situação, interrupção do contrato e/ou preservação de provas. (TRINDADE, 2016).

Para Bucker (2010), os benefícios da utilização dos Disputes Boards são: a familiaridade dos profissionais com o tipo de empreendimento executado, de modo a facilitar decisões que seja viáveis e práticas com celeridade; a facilitação da comunicação entre as partes contratantes e o Comitê, em razão do constante acompanhamento da obra desde o início do projeto; evitar atrasos no cronograma de obras, de modo que as tarefas continuem a ser cumpridas após a aplicação da solução; o acompanhamento contínuo da obra



possibilita que o Comitê testemunhe os fatos e a origem do dissenso; estabelecer relação de confiança entre a Administração Pública, os particulares e o Comitê em razão do constante contato pessoal.

Na prática, em função das experiências internacionais na utilização principalmente do comitê de resolução de disputas, cujos dados levantados pela DRBF - Dispute Resolution Board Foundation apontam que 97% das divergências decididas são cumpridas, espontaneamente, enquanto as outras 3% não são revertidas. No Metrô de São Paulo, por exemplo, as decisões do comitê submetidas a uma segunda análise tiveram um índice de 90% de confirmação.

5 – Considerações Finais

O DRB surge como uma excelente alternativa para se evitar gastos excessivos com demandas arbitrais/judiciais, dar celeridade às disputas durante a execução do contrato, mantendo o fluxo de caixa constante e reduzindo as chances de ocorrer alteração no planejamento original da obra.

Apesar dos avanços, o Brasil ainda nutre o receio em admitir no âmbito da Administração Pública os métodos privados de solução de conflitos, temendo decisões que sejam alheias ao Judiciário. No entanto, este paradigma vem sofrendo importantes alterações, haja vista as decisões dos Tribunais e a publicação da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Mostra-se importante a inclusão de cláusulas, prevendo os Dispute Boards nos contratos de infraestrutura condicionando-as à liberação de financiamento bancário para projetos de alto valor objetivando a maior utilização do método no âmbito da Administração Pública, já que é amplamente utilizado em contratações privadas.

Não só a resolução de controvérsias quando a disputa já está instalada, sobretudo a prevenção é o que mais gera a presunção de que a finalidade pública será atingida. Em contratos complexos de infraestrutura, é importante o acompanhamento desde a concepção do projeto por profissionais técnicos especializados, experientes em processos de licenciamento ambiental, atentos ao que ocorre nos canteiros de obras e à documentação técnica necessária, que podem evitar entraves desnecessários que comprometam o avanço da execução do projeto.

Entende-se, portanto, que se utilizado corretamente e segundo a legislação aplicável, o Dispute Board é o método mais adequado para prevenir e dirimir os conflitos técnicos decorrentes dos contratos de infraestrutura, trazendo enormes benefícios para as partes contratantes, tanto em relação ao longo prazo da execução da obra, aos altos custos e até mesmo na relação entre as partes.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **O direito administrativo, a arbitragem e a mediação.** In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Orgs.). Licitação e contratos administrativos. Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo. V. 04. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 de outubro de 2021.

_____. Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7581.htm>. Acesso em: 16 de outubro de 2021.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Dispõe sobre normas para licitações e contratos da Administração Pública. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 30 de março de 2021.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 16 de outubro de 2021.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 30 de março de 2021.

_____. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Dispõe sobre a modalidade de licitação denominada pregão. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 30 de março de 2021.

_____. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Dispõe sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm>. Acesso em: 30 de março de 2021.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 de março de 2021.

_____. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Dispõe sobre a reforma da Lei de Arbitragem. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm>. Acesso em: 05 de abril de 2021.

_____. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 05 de abril de 2021.

_____. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Dispõe sobre a Lei de Licitações e Con-



tratos Administrativos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 05 de abril de 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.569.422/RJ. Relator: Marco Aurélio Bellizze – 3ª Turma. Diário de Justiça Eletrônica, Brasília, 20 mai 2016. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=64046199&tipo=51&nreg=201501776949&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20160830&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 16 de outubro de 2021.

BUCKER, Maurício Brun. **Gerenciamento de conflitos, prevenção e solução de disputas em empreendimentos de construção civil**. Dissertação (mestrado em Engenharia Civil). Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: mediação: conciliação: resolução** CNJ 125/2010. 5. ed. revista e atualizada de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM ESPECIALIZADA. **Por que Dispute Board?** Disponível em: <<https://www.camesbrasil.com.br/resolucao-de-disputas/dispute-board/>>. Acesso em: 30 de março de 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 6814/2017**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122766>>. Acesso em: 05 de abril de 2021.

CENTRO BRASILEIRO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. Regulamento de Dispute Board. Disponível em: <http://cbma.com.br/regulamento_dispute_board>. Acesso em: 30 de março de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/resolucao_125_29112010_23042014190818.pdf>. Acesso em: 30 de março de 2021.

CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA. Decisão Normativa nº 105, de 16 de março de 2015. Altera a Decisão Normativa nº 087, de 30 de março de 2011. Disponível em: < <https://normativos.confea.org.br/downloads/0105-15.pdf>>. Acesso em: 16 de outubro de 2021.

_____. Resolução nº 361, de 10 de dezembro de 1991. Dispõe sobre a conceituação de Projeto Básico em Consultoria de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. Disponível em: < <https://normativos.confea.org.br/downloads/0361-91.pdf>>. Acesso em: 16 de outubro de 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

FERRAZ, Luciano. **Os Dispute Boards no Projeto da Nova Lei de Licitações**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-ago-22/dispute-boards-projeto-lei-licitaco>>



es>. Acesso em: 30 de março de 2021.

LÉDA, Gilberto. **Os dispute boards na nova lei de licitações e contratos administrativos**. Disponível em: <<https://gilbertoleda.com.br/2021/04/18/os-dispute-boards-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-dministrativos/#.YHzaU2I2sd0.whatsapp>>. Acesso em: 19 de abril de 2021.

MACHADO, Matheus Oliveira. **A Aplicabilidade dos Dispute Boards no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)**. Disponível em: <<https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/viewFile/294/76>>. Acesso em: 30 de março de 2021.

MORO, Rosi Fabiane Hoffmann. **Principais problemas na gestão de contratos de obras públicas**. Disponível em: <<https://bit.ly/2NFwDzR>>. Acesso em: 16 de outubro de 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende (coord.) e MARÇAL, Thais Boiá (coord) et al. **Estudos sobre a Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

TRINDADE, Bernardo R. (coord.) et al. **CRD Comitê de Resolução de Disputas nos Contratos de Construção e Infraestrutura: DRB - Dispute Resolution Board**. São Paulo: PINI, 2016.

WALD, A. **A arbitragem contratual e os dispute boards**. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 2, n. 6, p. 18-19, 2005. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/87722>>. Acesso em: 05 de abril de 2021.



MIGRAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA: OS DESAFIOS DE MIGRANTES E REFUGIADOS NO BRASIL

José Carlos Rosa dos Santos ¹
Carolina Mérida ²

RESUMO: O respectivo estudo, intitulado "Migração em tempos de pandemia: os desafios de migrantes e refugiados no Brasil, visa oferecer importantes informações acerca dos direitos e deveres dos migrantes e refugiados em tempos de Pandemia, com amparo legal da Lei n.13.445/2017, que regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas ao migrante, bem como da Lei n. 9.474/1997, que define os mecanismos do Estatuto dos Refugiados de 1951 e determina outras providências. Acredita-se ser essencial contribuir com informações sobre como ocorre a migração em tempos de pandemia, apontando também quais são os maiores desafios de migrantes e refugiados no país. Em tempos pandêmicos, diversos são os desafios enfrentados pelos migrantes e refugiados, sob o viés da mobilidade humana internacional, principalmente no que se refere a restrições de viagens e ao impedimento do ingresso territorial em diversos países, entre eles o Brasil. A metodologia desse trabalho consistiu na realização de pesquisa bibliográfica e qualitativa, por meio de consulta a artigos científicos e jornalísticos que tratam do tema da migração. Conclui-se com esse estudo, o quão faz-se necessário que sejam garantidos os direitos civis, econômicos e sociais de migrantes e refugiados no Brasil, identificando, assim, quais são os trâmites legais que esses indivíduos precisam para regularizar-se formalmente, bem como ofertar-se a garantia do direito ao trabalho e ao acesso aos serviços públicos de saúde, educação, moradia, dentre outros, independentemente de sua nacionalidade, promovendo desse modo o combate à xenofobia e à discriminação como princípios da política migratória brasileira, principalmente em tempos pandêmicos.

Palavras-chave: Migrantes. Refugiados. Pandemia. Desafios. Direitos.

ABSTRACT: The respective study , entitled "Migration in times of pandemic: the challenges of migrants and refugees in Brazil, aims to provide important information about the rights and duties of migrants and refugees in times of pandemic, with legal support from Law n.13.445/2017, which regulates their entry and stay in the country and establishes principles and guidelines for public policies for migrants, as well as Law n. 9474/1997, which defines the mechanisms of the 1951 Refugee Statute and determines other measures. It is believed to be essential to contribute information on how migration occurs in times of pandemic, also pointing out what are the greatest challenges for migrants and refugees in the country. In times of pandemic, there are several challenges faced by migrants and refugees, under the bias of international human mobility, especially with regard to travel restrictions and the impediment of territorial entry into several countries, including Brazil. The methodology of this work consisted of conducting bibliographical and qualitative research, through consultation of scientific and journalistic articles dealing with the topic of migration. This study concludes how necessary it is to guarantee the civil, economic and social rights of migrants and refugees in Brazil, thus identifying the legal procedures that these

¹ Acadêmico do Curso de Direito, do 8º período do Curso de Direito, da UniRV (Universidade de Rio Verde).

² Professora do Curso de Direito da UniRV (Universidade de Rio Verde) e orientadora do respectivo estudo.



individuals need to formally regularize themselves, as well as offering the guarantee of the right to work and access to public health, education, housing services, among others, regardless of nationality, thus promoting the fight against xenophobia and discrimination as principles of Brazilian migration policy, especially in the pandemic scenario.

Keywords: Migrants. Refugees. Pandemic. Challenges. Rights.

1. Introdução

O presente estudo se concentra na análise da Lei n. 13.445/2017, que institui a Lei da Migração no Brasil, estabelecendo os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regulando a sua entrada e estada no País e definindo princípios e diretrizes para as políticas públicas, bem como no exame da Lei n. 9.474/1997, que define os mecanismos do Estatuto dos Refugiados de 1951 e determina outras providências, com a temática fundamental e principal intitulada de "Migração em tempos de pandemia: os desafios de migrantes e refugiados no Brasil".

A escolha da temática em questão se justifica não apenas pela importância social do debate sobre os direitos e deveres dos migrantes e dos refugiados, especialmente em tempos de pandemia, como também em razão da necessidade de serem apontados quais são os maiores desafios enfrentados por migrantes e refugiados no Brasil.

Com efeito, em tempos de Pandemia da COVID-19, ampliam-se os desafios enfrentados pelos migrantes e refugiados, tanto sob o prisma da dificuldade de mobilidade humana internacional em geral (tendo em vista que as políticas migratórias têm mostrado cada vez mais restritivas), como, notadamente, no que se refere às restrições de viagens e ao impedimento do ingresso territorial em diversos países, entre eles o Brasil, como medida de contenção da disseminação do Coronavírus.

Assim, esse trabalho buscou responder ao seguinte questionamento: "Quais são os maiores desafios dos migrantes e refugiados no Brasil, em tempos de pandemia?"

Para responder à referida questão, a pesquisa buscou apresentar os direitos civis, econômicos e sociais dos migrantes e refugiados no Brasil, identificando, ainda, quais são os trâmites legais que esses indivíduos precisam superar para regularizar-se formalmente e, assim, garantir o direito ao trabalho e ao acesso aos serviços públicos de saúde, educação, moradia, dentre outros, independentemente de sua nacionalidade, promovendo assim o combate à xenofobia e à discriminação como princípios da política migratória brasileira, principalmente em tempos pandêmicos.

O objetivo geral desse estudo concentra-se em discutir quais são os maiores desafios dos migrantes e refugiados no Brasil em tempos de pandemia.

Já os objetivos específicos são: i) analisar as leis brasileiras de migração e refúgio, no que tange aos direitos desses grupos; ii) apontar quais são as restrições à migração em ocasiões de emergências de saúde de importância internacional, especificamente em relação à pandemia de COVID-19; iii) identificar quais são as medidas de restrição à entrada no território brasileiro adotadas no âmbito da pandemia da COVID-19, bem como os maiores impactos para regularização migratória e pedido de refúgio durante o referido período.

O trabalho perpassa pela indicação de quais as medidas impostas durante a pandemia e sua conformidade com o ordenamento jurídico, principalmente no que se refere ao impedimento de entrada no Brasil, bem como à prestação de serviços sociais e de saúde aos migrantes e refugiados que encontram em território nacional.

Para o desenvolvimento deste trabalho optou-se por uma pesquisa bibliográfica e qualitativa, com o intuito de buscar informações fundamentadas em livros, artigos e trabalhos acadêmicos, a fim de desenvolver uma revisão da literatura sobre o tema em questão, no sentido de fazer uma avaliação crítica dos estudos e fundamentação científica do traba-



Iho, por meio de consulta às bases de dados Scielo, Lilacs, Google Acadêmico e Periódicos Capes, utilizando as palavras chaves: Desafios; Migrantes; Refugiados; Brasil; Pandemia da COVID-19.

2 Os impactos da pandemia da COVID-19 sobre os migrantes e os refugiados

Antes de adentrar propriamente no debate acerca de quais são os impactos provocados pela pandemia da COVID-19 com relação aos migrantes e refugiados no país, faz-se importante conceituar a palavra migrante. A ONU (Organização das Nações Unidas) define como migrantes as pessoas que deixam seus países de origem com o objetivo de se estabelecer em outro país de forma temporária ou permanente. Os migrantes podem ter, entre outras, motivações sociais e econômicas, pois tentam escapar da pobreza ou do desemprego, buscando melhores condições de vida, maior acesso a trabalho, saúde e educação (ONU, 2014).⁷

Já refugiados são reconhecidos como os indivíduos que, "devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas" encontrem-se fora de seu país de nacionalidade e não possam ou não queiram socorrer à proteção de tal país (BRASIL, 1997).

Ademais, é importante ressaltar que, no Brasil, aplica-se o conceito alargado de refugiado previsto pela Convenção de Cartagena de 1984, uma vez que recebe também o status de refugiado no Brasil aquele indivíduo que, em virtude de "grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país." (BRASIL, 1997).

Frente a essas considerações, tem-se que, em meados do mês de Março de 2020, tanto o Brasil, quanto o mundo todo, foram surpreendidos pela crise sanitária causada pela COVID-19, doença causada pelo Coronavírus. Destarte, diversas são as formas de contaminação e transmissão desse vírus, que carrega alta taxa de transmissão e contágio, bem como, grande percentual de mortalidade (DANIYAL, 2020).

Assim, não apenas no Brasil, mas em todo o mundo, a pandemia da COVID-19 está acarretando severas mudanças em vários setores e, no que se refere à migração, não é diferente. Com o distanciamento social e as restrições de locomoção impostas pelas autoridades estatais, que são estratégias adotadas para conter a disseminação do vírus (que, como visto, é altamente transmissível), considerado como uma das maiores emergências de Saúde Pública Internacional do Século XXI, as migrações e os pedidos de refúgio estão sendo fortemente impactados por vários fatores, entre eles pela vulnerabilidade desses grupos, que necessitam de atenção especial no que tange à proteção de seus direitos como cidadãos (DANIYAL, 2020).

Segundo Faerstein e Trajman (2018) a migração possui vários vieses, sendo um deles o impacto negativo às condições de saúde destes indivíduos, mais expostos a doenças e agravos como tuberculose, sífilis, hipertensão, diabetes mellitus, obesidade, depressão, ansiedade, transtorno do estresse pós-traumático, torturas, mutilações, incluindo mutilações genitais femininas e violência sexual. Em suma, os autores assinalam que os migrantes e refugiados manifestam ocorrência de doenças infecciosas antes, durante e após o deslocamento forçado.

Para muitos migrantes ou refugiados, algumas medidas adotadas durante os meses de tipo da pandemia resultaram em aumento das dificuldades desses grupos para acesso à proteção internacional e preservação desse direito à saúde. Nesse sentido, de acordo a ONU (2020, citada por Rodrigues et al., 2020, p. 13):



A Organização Internacional de Migrações (OIM) e o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) suspenderam temporariamente as viagens de reassentamento devido a regulamentações de países para retardar a disseminação da Covid-19; ao mesmo tempo, apelaram aos Estados que as viagens sejam garantidas em casos críticos.

Assim, de acordo com Rodrigues et al., (2020) por estarem sujeitos a condições financeiras e de moradia precárias, por possuírem documentação irregular ou serem indocumentados, e pela dificuldade de acesso ao serviço de saúde e direitos sociais, os migrantes e refugiados fazem parte de uma das populações mais vulneráveis à contaminação pelo vírus da COVID-19.

Diante desse quadro, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA) e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, preocupada com os efeitos da pandemia sobre os direitos humanos, notadamente no que se refere aos direitos das pessoas e grupos em situação de especial vulnerabilidade, entre os quais incluem-se as pessoas em situação de mobilidade humana, editou a Resolução 01/2020, intitulada "Pandemia e Direitos Humanos nas Américas" (OEA, 2020).

Entre as recomendações contidas no citado documento, a CIDH determinou aos Estados membros da OEA, incluindo o Brasil, que adotassem, de forma imediata e urgente, com base nas melhores evidências científicas e no dever de respeitar os direitos humanos: "todas as medidas que sejam adequadas para proteger os direitos à vida, à saúde e à integridade pessoal das pessoas que se encontrem em suas jurisdições frente ao risco que representa a presente pandemia." (OEA, 2020, p. 7).

No tocante aos migrantes, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, vítimas do tráfico de pessoas e pessoas deslocadas internamente, a Resolução 01/2020 orientou para que fossem evitados "o emprego de estratégias de detenção migratória e outras medidas que aumentem os riscos de contaminação e propagação da COVID-19 e a vulnerabilidade das pessoas em situação de mobilidade humana" (OEA, 2020, p. 15), tais como deportações ou expulsões coletivas, ou qualquer outra forma de devolução executada sem a devida coordenação e verificação das condições sanitárias, de modo a salvaguardar o direito à saúde dessas pessoas sem nenhuma discriminação.

Além disso, foram determinadas pela CIDH, entre outras medidas, a promoção do combate à xenofobia e à estigmatização das pessoas em situação de mobilidade humana no contexto da pandemia, bem como sua inclusão expressa em políticas e ações de recuperação econômica necessárias em decorrência da situação de crise sanitária (OEA, 2020).

2.1 A legislação brasileira em relação aos migrantes e refugiados

A legislação brasileira sobre refúgio, qual seja, a Lei 9.474, de 22 de julho de 1997, reconhece como refugiadas as pessoas que foram obrigadas a sair de seus países devido a conflitos armados, violência e violação generalizada de direitos humanos. Lado outro, a respectiva lei estipula que não podem se beneficiar da condição de refugiado as pessoas que cometeram crimes de guerra, contra a humanidade, contra a paz, crimes hediondos ou que tenham participado de atos terroristas ou do tráfico de drogas.

Tanto de acordo com as normas de Direito Internacional, em especial o artigo 22.8 da Convenção Americana de Direitos Humanos, como segundo a lei brasileira de refúgio, os solicitantes de refúgio e refugiados não podem ser devolvidos a territórios onde suas vidas ou liberdade estejam em risco – por força do denominado princípio da não-devolução (BRASIL, 1997) ou non-refoulement.

"22.8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas." (BRASIL, 1992)



O pedido de refúgio pode ser realizado a qualquer momento, ainda que o estrangeiro já esteja no Brasil há algum tempo. Seu pedido será encaminhado pela Polícia Federal ao Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), que é um órgão vinculado ao Ministério da Justiça do Brasil, ao qual incumbe analisar e decidir pelo reconhecimento, ou não, do refúgio (BRASIL, 1997; ONU, 2014).

O processo de Refúgio, segundo a Lei 9.474, de 22 de julho de 1997, observará a seguinte tramitação:

Art. 17. O estrangeiro deverá apresentar-se à autoridade competente e externar vontade de solicitar o reconhecimento da condição de refugiado.

Art. 18. A autoridade competente notificará o solicitante para prestar declarações, ato que marcará a data de abertura dos procedimentos.

Parágrafo único. A autoridade competente informará o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR sobre a existência do processo de solicitação de refúgio e facultará a esse organismo a possibilidade de oferecer sugestões que facilitem seu andamento.

Art. 19. Além das declarações, prestadas se necessário com ajuda de intérprete, deverá o estrangeiro preencher a solicitação de reconhecimento como refugiado, a qual deverá conter identificação completa, qualificação profissional, grau de escolaridade do solicitante e membros do seu grupo familiar, bem como relato das circunstâncias e fatos que fundamentem o pedido de refúgio, indicando os elementos de prova pertinentes.

Art. 20. O registro de declaração e a supervisão do preenchimento da solicitação do refúgio devem ser efetuados por funcionários qualificados e em condições que garantam o sigilo das informações (BRASIL, 1997).

Sob outro enfoque, importa frisar que é de competência do Alto Comissariado das Nações Unidas promoverem instrumentos internacionais para a proteção dos refugiados e supervisionar sua aplicação, sendo certo que ao ratificar a Convenção de Genebra e/ou o Protocolo, os Estados signatários aceitam cooperar com o ACNUR no desenvolvimento de suas funções e, em particular, a facilitar a função específica de supervisionar a aplicação das provisões desses instrumentos (VENTURA, 2014).

A Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 são os meios internacionais através dos quais é assegurado que qualquer cidadão, em caso de necessidade, possa exercer o direito de procurar e de gozar de refúgio em outro país (VENTURA, 2014).

Ademais, no que toca aos migrantes, cumpre salientar que no dia 24 de maio de 2017, o presidente da República sancionou a nova lei de migração, a Lei n. 13.445/2017 (BRASIL, 2017), o que significou notável avanço em relação à abordagem disposta no Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980), cujo regime vigorava desde o período militar.

A partir da entrada em vigor da Lei 13.445/2017, os estrangeiros deixaram de ser considerados ameaças à segurança nacional e passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos em território nacional. Entre os princípios e diretrizes que passaram a balizar a política migratória brasileira, destacam-se, para os propósitos deste trabalho: o repúdio e a prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional; a promoção de entrada regular e de regularização documental; a acolhida humanitária; a igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares; a inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas; o acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social (BRASIL, 2017).

Em tempos pandêmicos, frisa-se a propositura do Projeto de Lei 2699/20, pela Câmara dos Deputados, o qual pretendia autorizar a residência de imigrantes no Brasil com fundamento na acolhida humanitária, em razão da pandemia de COVID-19 e seus impactos socioeconômicos. A principal condição imposta era que a entrada no Brasil se desse até a data de início de vigência da proposta, caso ela fosse aprovada e se transformasse em lei



(CAMPANATO, 2020), o que, até a presente data, não ocorreu.

Segundo Campanato (2020, s/p):

Em razão da pandemia de Covid-19, o respectivo projeto dispensa o imigrante de comprovar meios de vida para solicitar a residência ou de reapresentar documentação já fornecida. Pelo texto, o requerimento de residência será realizado em uma única ocasião, na qual serão apresentados o requerimento e a documentação complementar e realizada a identificação biométrica, tomados os cuidados relativos à prevenção do novo Coronavírus. O projeto recomenda priorizar o procedimento digital sempre que possível. (CAMPANATO, 2020, s/p).

Assim, faz-se importante pontuar que a autoridade migratória poderia solicitar do imigrante apenas o requerimento preenchido, o passaporte ou o documento de identificação expedido pelo país de origem, uma foto 3x4, meios de contato e o comprovante de entrada no Brasil. Em caso de informações falsas, a autorização de residência poderia ser cancelada, garantida a ampla defesa e o contraditório.

2.2 Migrantes e Refugiados: o fechamento de fronteiras, direitos e saúde

As políticas de fechamento das fronteiras propiciaram diminuição ao acesso a medidas de regularização dos migrantes e refugiados internacionais, principalmente em tempos de pandemia (TELES, 2020).

De acordo com o Relatório de Tendências Globais, aproximadamente 70,8 milhões de pessoas estão em situação de deslocamento forçado no mundo:

Dos 70,8 milhões de deslocados forçados, existem três grupos distintos. O primeiro é de refugiados, que são pessoas forçadas a sair de seus países por causa de conflitos, guerras ou perseguições. Em 2018, o número de refugiados chegou a 25,9 milhões de pessoas em todo o mundo, 500 mil a mais do que em 2017 (UNRWA, 2020).

Teles (2020) pontua que com a pandemia mundial da COVID-19, a situação de refugiados e migrantes tornou-se ainda mais delicada, e, assim, as restrições de circulação ficaram mais rígidas e inflexíveis.

As políticas de controle de mobilidade das pessoas, intituladas de fechamento de fronteiras, utilizadas como medida para abrandar a disseminação de COVID-19 ofereceu margem a uma série de ações discriminatórias em diversas localidades, inclusive no Brasil (CARAMURU, 2020).

A portaria normativa 340, publicada em 30 de Junho de 2020, que dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros, de qualquer nacionalidade, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA homologou diversas medidas discriminatórias e punitivas, no que se refere aos refugiados, solicitantes de refúgio e de visto por razões humanitárias, sendo elas:

Art. 2º Fica restringida, pelo prazo de trinta dias, a entrada no País de estrangeiros de qualquer nacionalidade, por rodovias, por outros meios terrestres, por via aérea ou por transporte aquaviário.

Art. 3º As restrições de que trata esta Portaria não se aplicam ao:

I - brasileiro, nato ou naturalizado;

II - imigrante com residência de caráter definitivo, por prazo determinado ou indeterminado, no território brasileiro;

III - profissional estrangeiro em missão a serviço de organismo internacional,

O rol completo dos princípios e diretrizes da política migratória brasileira pode ser encontrado no art. 3º da Lei 13.445/2017.



desde que devidamente identificado;

IV - passageiro em trânsito internacional, desde que não saia da área internacional do aeroporto e que o país de destino admita o seu ingresso;

V - funcionário estrangeiro acreditado junto ao Governo brasileiro;

VI - estrangeiro:

a) cônjuge, companheiro, filho, pai ou curador de brasileiro;

b) cujo ingresso seja autorizado especificamente pelo Governo brasileiro em vista do interesse público ou por questões humanitárias; e

c) portador de Registro Nacional Migratório; e

VII - transporte de cargas.

§ 1º As restrições previstas nesta Portaria não impedem o ingresso e a permanência da tripulação e dos funcionários das empresas aéreas no País para fins operacionais, ainda que estrangeiras.

§ 2º As restrições previstas nesta Portaria não impedem o ingresso, por via aérea ou aquaviária, de tripulação marítima para exercício de funções específicas a bordo de embarcação ou plataforma em operação em águas jurisdicionais, desde que obedecidos os requisitos migratórios adequados à sua condição, inclusive o de portar visto de entrada, quando este for exigido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

§ 3º As restrições previstas nesta Portaria não impedem o desembarque, autorizado pela Polícia Federal, de tripulação marítima para assistência médica ou para conexão de retorno aéreo ao país de origem relacionada a questões operacionais ou a término de contrato de trabalho (BRASIL, 2020).

Em adição, o Art. 9º pontua que o descumprimento do disposto nesta Portaria implicará, para o agente infrator:

I - responsabilização civil, administrativa e penal;

II - repatriação ou deportação imediata; e

III - inabilitação de pedido de refúgio (BRASIL, 2020).

Diante dessa Portaria, pode-se também observar o quão refugiados e imigrantes têm enfrentado diversos desafios, frente a uma situação incerta e insegura, encontrando espaço de agenciamento e de resistência, tais como reivindicação às organizações políticas e institucionais pela regularização dos imigrantes, obtenção de direitos civis e de acesso ao sistema de saúde, onde far-se-á de suma importância que as autoridades competentes busquem ações coletivas de prevenção e contenção da COVID-19 que repensem nesses grupos, assegurando-lhes direitos e condições adequadas de proteção à vida e a sua dignidade humana (CARAMURU, 2020).

3. Considerações Finais

O respectivo estudo pretendeu, sem esgotar o tema, contribuir com significativas informações e sobre quais são os desafios de migrantes e refugiados em tempos pandêmicos.

Dessa forma, esse trabalho observou que em tempos incertos advindos com a pandemia da COVID-19, a situação de vulnerabilidade de diversos migrantes e refugiados foi agravada por restrições de viagens e pelo impedimento do ingresso territorial em diversos países, dentre eles o Brasil.

Assim, pode-se afirmar que ainda que Brasil conte com a Lei n. 13.445/2017, que instituiu a Lei da Migração, dispondo sobre os direitos e os deveres do migrante e do refugiado, bem como com a Lei n. 9.474/1997, que define os mecanismos do Estatuto dos Refugiados de 1951, normas balizadas pelos documentos internacionais de referência na matéria, foram (e ainda são) inúmeros os desafios enfrentados por migrantes e refugiados no País, principalmente no que se refere ao impedimento de entrada no Brasil, bem como à limitação de acesso desses indivíduos aos serviços públicos de saúde e às políticas e ações de auxílio econômico.



Ocorre que, assim como os cidadãos nascidos no Brasil, os migrantes e refugiados possuem direitos civis, sociais e econômicos em território nacional, tais como direito ao trabalho, acesso aos serviços públicos de saúde, educação, moradia, dentre outros, os quais necessitam ser/estar garantidos, independentemente de sua nacionalidade, promovendo-se, dessa forma, o combate à xenofobia e à discriminação como princípios da política migratória brasileira, principalmente em tempos de pandemia da COVID-19.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto 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.** Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 30 de Nov. 2021.

BRASIL. Lei 9.474, de 22 de Julho de 1997. **Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências.** Brasília. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm. Acesso em: 22 de Out. 2021.

BRASIL. Senado Federal. Lei 13.445, de 24 de maio de 2017. **Institui a Lei de Migrante.** Brasília, 2017. Institui a Lei de Migração. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-publicacaooriginal-152812-pl.html>. Acesso em: 11 de Set. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Portaria 340, de 30 de junho de 2020. Dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros, de qualquer nacionalidade.** Brasília. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-340-de-30-de-junho-de-2020-264247695>. Acesso em: 17 de Mai. 2021.

CAMPANATO, Valter. **Projeto regulariza emergencialmente imigrantes no contexto da pandemia de COVID-19.** Câmara dos Deputados. Brasil. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/662231-projeto-regulariza-emergencialmente-imigrantes-no-contexto-da-pandemia-de-covid-19/>. Acesso em: 19 de Set. 2021.

FAERSTEIN, E; TRAJMAN, A. **Por que o Brasil deve retornar ao Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular.** Observatório do Amanhã, 2019. Disponível em: <https://museudoamanha.org.br/pt-br/artigo-por-que-o-brasil-deve-retornar-ao-pacto-global-para-migracao-segura-ordenada-e-regular>. Acesso em: 17 de Mai. 2021.

OEA. Organização dos Estados Americanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Resolução 01, de 10 de Abril de 2020.** Pandemia e Direitos Humanos nas Américas. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em: 10 de Nov. 2021.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Direitos e Deveres dos solicitantes de refúgio e refugiados no Brasil.** 2014. Disponível em: https://www.migrante.org.br/wp-content/uploads/2014/02/direitos_deveres_solicitantes_refugio_brasi2012.pdf. Acesso em: 13 de Set. 2021.



TELES, Bárbara Caramuru. (2020). **COVID-19 e a limpeza étnica da Palestina**. Disponível em: <https://www.brasil247.com/blog/covid-19-e-a-limpeza-etnica-na-palestina>. Acesso em: 19 de Mai. 2021.

_____. **Palestinos migrantes e refugiados e as políticas de "fechamento de fronteiras" na pandemia da COVID-19**. Revista USP. Cadernos de Campos. 2020. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/170458/163385>. Acesso em: 19 de Mai. 2021.

UNRWA. United Nations Relief And Works Agency For Palestine Refugees In The Near e Ast-UNRWA.(2020). **COVID-19 has left people in Gaza vulnerable**. Disponível em: <https://www.unrwa.org/>. Acesso em: 16 de Mai. 2021.

VENTURA, D. **Política migratória brasileira é obsoleta e dificulta vida de estrangeiros**. UOL Notícias, 03 de maio de 2014.



VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR: DESAFIOS E PERSPECTIVAS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

Káríta Oliveira de Sousa ¹
Linia Dayana Lopes Machado ²

RESUMO: A presente pesquisa apresenta uma abordagem sobre a (in) efetividade das políticas públicas no âmbito da violência doméstica e familiar no ordenamento jurídico-penal brasileiro. Nessa perspectiva, analisar a existência ou inexistência, a executabilidade ou a inexecutabilidade das políticas públicas de proteção de gênero no âmbito da violência doméstica e familiar e como isso tem ligação direta com a concretização de direitos. O estudo tem por objetivo demonstrar que as políticas públicas são necessárias para a concretização dos direitos e examinar o impacto que a falta delas causam no âmbito da violência doméstica e familiar. Questiona-se se a falta da executabilidade de políticas públicas de proteção de gênero é causa de aumento e persistência da violência doméstica e familiar. A técnica de pesquisa escolhida é a de documentação indireta, mais especificamente, a bibliográfica, com a utilização do método hipotético-dedutivo que se compõe buscando soluções para o problema. Será utilizado o método histórico buscando uma análise crítica que fará entender que a sociedade contemporânea é fruto de um processo histórico que demonstra que a violência doméstica e familiar é um problema que persistente desde os primórdios e, essa estrutura precisa ser desconstruída por meio de ações preventivas e corretivas pelo Estado frente aos casos vivenciados por inúmeras mulheres. Conclui-se que as ações do Estado por meio das políticas públicas são necessárias para que os direitos já existentes se concretizem, não basta haver a norma, o poder executivo precisa ser mais ativo para que a norma já existente tenha plena eficácia.

Palavras-chave: Violência de Gênero. Mulher. Direitos Fundamentais. Estado.

DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE: CHALLENGES AND PERSPECTIVES OF PUBLIC POLICIES AS AN INSTRUMENT FOR THE REALIZATION OF RIGHTS

ABSTRACT: This research presents an approach on the (in) effectiveness of public policies in the scope of domestic and family violence in the Brazilian legal-penal system. In this perspective, the (in) existence, the enforceability or the non-enforceability of public policies for gender protection in the context of domestic and family violence. The study aims to demonstrate that public policies are necessary for the realization of rights and to examine the impact that the lack of public policies causes in the scope of domestic and family violence. It is questioned that the lack of enforceability of public policies for gender protection is the cause of the increase and persistence of domestic and family violence. The research technique chosen is that of indirect documentation, more specifically, the bibliographic one, using the hypothetical-deductive method that is composed seeking solutions to the problem, the historical method will be used seeking a critical analysis that will make it understand that contemporary society it is the result of a historical process that demonstrates

¹ Discente da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde/UniRV.

² Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO). Professora do curso de Direito, Universidade de Rio Verde.



that domestic and family violence is a problem that has persisted since the beginning, and this structure needs to be relaxed through preventive and corrective actions by the State in the face of cases experienced by countless women. It is concluded that the actions of the State through public policies are necessary for the existing rights to be realized, it is not enough to have the norm, the executive power needs to be more active so that the already existing norm is fully effective.

Keywords: Gender Violence. Woman. Fundamental rights. State.

1 INTRODUÇÃO

A violência doméstica e familiar é um problema urgente que assola várias mulheres no Brasil e no mundo. Nasceu séculos atrás e perdura até hoje, fazendo com que mulheres tenham seus direitos devassados pelos seus agressores, vivendo sem ter o seu direito constitucional de igualdade, isonomia e, sobretudo, o bem jurídico de maior relevância, a vida digna respeitados.

A ausência de executabilidade das políticas públicas de proteção de gênero é uma das causas do aumento e persistência da violência doméstica e familiar, sem que haja ações por parte do Estado, é quase impossível que os direitos existentes na norma sejam efetivados. Existe a norma legal e deve ser respeitada, mas para que tenha real eficácia, é necessário que medidas sejam tomadas e que o Estado aja por meio de atividades governamentais, atividades essas que servirão para que as mulheres obtenham os seus direitos de forma eficaz.

As políticas públicas de fato existem, estão também no nosso ordenamento, mas na prática não são executadas como deveriam. O fato de a norma existir no papel e não ser realmente executada abre espaço para que o agressor se sinta impune, essa sensação de impunidade é um fator que faz com que haja o aumento e a persistência da existência da violência doméstica e familiar.

Neste sentido, o problema de pesquisa se expressa na seguinte indagação: a falta da executabilidade das políticas públicas de proteção de gênero é causa de aumento e persistência da violência doméstica e familiar?

Essa pesquisa objetiva analisar se a inexecutabilidade das políticas públicas de proteção de gênero no âmbito da violência doméstica e familiar afeta a eficácia da norma legal de proteção de gênero. Bem como demonstrar que, de fato, essas medidas são necessárias para que os direitos sejam concretizados e avaliar o impacto negativo que a falta da implementação de políticas públicas causa na executabilidade da norma legal.

Visando atingir do objetivo principal, podem ser identificados os seguintes objetivos específicos da pesquisa: demonstrar que políticas públicas são um desafio necessário para a concretização dos direitos; compreender quais são as políticas públicas necessárias e em quais perspectivas têm que atuar para que a norma existente seja executada; demonstrar que sem a implementação de políticas públicas de proteção de gênero no âmbito da violência doméstica as normas legais não são eficazes; avaliar o impacto negativo que a falta da implementação de políticas públicas causa no âmbito da violência doméstica e familiar.

Nessa perspectiva, considera-se como hipótese de pesquisa que a fiscalização do cumprimento da norma é essencial, a falta de fiscalização do cumprimento das medidas protetivas e a falta de acompanhamento das vítimas de violência doméstica, por exemplo, contribuem significativamente para que as normas de proteção de gênero sejam desrespeitadas.

Mulheres vítimas desse tipo de violência necessitam de assistência e apoio, aqui também entram as ações do Estado, as políticas públicas são necessárias nesse sentido também. A violência doméstica e familiar é questão de saúde pública, há uma escassez do cumprimento da norma existente, falta implementação de um sistema que ensine para



essas mulheres os seus direitos, falta a garantia de uma equipe que acompanhe essas mulheres vítimas. É necessário que haja um tratamento multidisciplinar, é imprescindível um atendimento especial para as vítimas de violência doméstica.

As mulheres, não conhecendo seus direitos, não conseguem reconhecer que há saída melhor do que voltar a conviver com o agressor, muitas vezes por serem dependentes economicamente. Há escassez de políticas públicas sociais que ajudem economicamente de forma adequada e indubitável essas mulheres a se reerguerem e entenderem que podem ter uma vida digna, a falta dessa garantia do Estado de que as mulheres teriam ajuda e condição de ter uma vida digna contribuí para que o agressor pense que a mulher depende dele.

Essa pesquisa tem por justificativa demonstrar a necessidade de implementação de políticas públicas, mecanismos que materializem a proteção social necessária para as vítimas, essa falta de proteção, de fiscalização e de garantias faz com que a lei seja desrespeitada, o agressor se sente, mais uma vez, no controle.

Com base nos objetivos gerais e específicos que foram estabelecidos, esse estudo estrutura-se em revisão bibliográfica que consiste na verificação de vários conteúdos de diversos autores, pesquisadores e doutrinadores acerca do tema. Com a utilização do método hipotético-dedutivo que se dá pela lógica e observação, do método histórico que busca a base de tudo, busca compreender e analisar os fatos ocorridos no passado, e o comparativo que investiga e compara situações, processos, acontecimentos ou fatos.

Por fim, existem políticas públicas de proteção de gênero que não são implementadas do modo como deveriam, existem poucos estados da federação brasileira que possuem algumas dessas políticas funcionando. Dessa forma, faz-se necessária a implementação de novas políticas públicas para garantir que as mulheres tenham seus direitos assegurados, respeitados por toda sociedade.

Existem muitos pontos que precisam ser trabalhados, lacunas que necessitam ser preenchidas. Nesse viés, o papel do Estado deve ser colocar em prática essas ações, atividades e esses programas que ajudarão a concretizar os direitos de proteção de gênero, de forma que toda sociedade tenha participação efetiva na concretização dos direitos fundamentais das mulheres. Política pública é ação, é agir, com a implementação e execução dessas medidas os casos de violência doméstica e familiar diminuirão. Há a necessidade do executivo entrar em ação, fazendo com que assim, o legislativo tenha eficácia.

2 BREVE HISTÓRICO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR NO CONTEXTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A análise histórica da violência doméstica contra a mulher faz-se necessária para que seja compreendido como, no contexto social contemporâneo, acabou sendo trivial. O gênero masculino/feminino é algo que socialmente já impõe perspectivas diferentes nas crianças antes mesmo de nascerem e estas condutas acabam sendo colocadas em prática (ALMEIDA et al., 2020).

Sempre foi natural atribuir diferenças por causa do gênero, essa ideia precisa ser desconstruída, o papel da mulher na sociedade vem sendo moldado e mudado, mas as raízes, a cultura social e todo o contexto em que desde sempre fomos inseridos são valores e costumes que se tornaram naturais. À mulher sempre foi atribuído o "sexo frágil", o papel de apenas mãe e esposa, submissa ao marido, submissa aos homens (ALMEIDA et al., 2020).

Compreende-se o mundo pelas transformações ocorridas na sociedade, aprende-se os valores e costumes que são passados de geração pelo contexto no qual vivemos. A violência contra mulher nasceu de uma relação complexa entre cultura, sociedade e indivíduo. Sendo esse um tema tão complexo, é necessário entender que é um assunto que deve ser compreendido e trabalhado por todos e não só a quem passa pela situação de violência



doméstica.

Hodiernamente, difere-se o gênero masculino e feminino e dentro dessa distinção, são levados papéis distintos dentro da sociedade e dentro de um relacionamento. Historicamente, homens exercem poder sobre as mulheres e hoje, em muitas culturas, não é diferente (ALMEIDA et al., 2020).

[...] o homem era polígamo e o soberano inquestionável na sociedade patriarcal, a qual pode ser descrita como o 'clube masculino mais exclusivista de todos os tempos'. Não apenas gozava de todos os direitos civis e políticos, como também tinha poder absoluto sobre a mulher. (VRISSIMTZIS, 2002, p. 38).

Por muito tempo as mulheres foram dependentes dos homens, muitas vezes por não existirem profissões que pudessem seguir (pelo simples fato de serem mulheres), e outras vezes pelo próprio marido não dar permissão para que exercessem. A desigualdade de gênero sempre foi implantada, o papel da mulher na sociedade foi tido como inferior, sendo continuamente desprezado (ALMEIDA et al., 2020).

Assim, muitos mitos, leis e crenças ajudaram na construção de uma visão inferiorizada e preconceituosa a respeito da mulher. Além disso, algumas concepções consideravam o homem "o representante mais completo da espécie humana", a quem tudo era devido e permitido [...]. (GAZALÉ, 2017, p. 50).

Nesse contexto social de dominação as leis foram criadas, as mulheres foram tratadas por muito tempo como inferior, não tinham voz, não eram tratadas como indivíduos e essa igualdade que as mulheres buscam hoje já esteve muito mais distante. Primitivamente o homem foi moldado como protetor e provedor, sendo assim, superior a toda sua família e esse foi o início da sociedade patriarcal (ALMEIDA et al., 2020).

A agressão doméstica e familiar existe desde o início da civilização, até a idade média não havia questionamentos sobre o direito que os homens tinham de agredir suas mulheres. O homem era proprietário de sua mulher, mulheres eram tratadas como objetos, essa violência era legitimada pela cultura (MUNIZ; FORTUNATO, 2018).

A violência é uma herança histórica de todos, dentre as violências, existe a violência contra a mulher, no contexto familiar em relação ao gênero, o que é atribuído ao gênero masculino é valorizado em detrimento ao que é atribuído ao gênero feminino, o papel que é atribuído ao gênero feminino inferioriza a mulher e acaba por destituir sua autonomia (GOMES et al., 2007).

Neste contexto, as leis são feitas com base nos costumes de uma sociedade, logo, a legislação de uma sociedade machista também é machista. A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1824 considerava somente o homem como cidadão, a mulher não podia nem votar e nem ser votada e tinha restrições quanto aos trabalhos podia exercer.

Com o avanço da sociedade e a mudança cultural que veio com esse avanço, a mulher foi deixando de ser vista como propriedade e, as leis e os tribunais passaram a castigar os homens que agrediam suas mulheres. O Código Penal de 1940, até pouco tempo, trazia ainda o modo como a mulher era vista pela sociedade, e tratava não especificamente da violência de gênero e nem da violência doméstica e familiar.

A tentativa de dominação do homem sobre a mulher é persistente, porém, hoje temos a aplicação do princípio da igualdade. O movimento feminista buscou, no primeiro momento, igualdade de direitos, porém respeitando a valorização das diferenças, no sentido de que igualdade é diferente de igualitarismo, respeitar as diferenças faz parte da luta pela igualdade e essa igualdade deve estar na lei (MUNIZ; FORTUNATO, 2018).



O Estado brasileiro [...] assumiu obrigações no plano internacional, comprometendo-se a adotar medidas para garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares, resguardando-as de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Para tanto, deve traçar políticas de prevenção [...] (CUNHA; PINTO, 2011, p. 40).

A violência doméstica passou a ser vista como crime no Brasil somente em 2006, com a Lei nº 11.340/2006 conhecida como Maria da Penha. Maria da Penha foi uma mulher nascida em fevereiro de 1945 e foi casada com Marco Antônio Heredia, passado o tempo, Marco se tornou violento com a mulher e as filhas (CORREIA, 2019).

Em 1983, tentou matar sua esposa, disparou nas costas de Maria da Penha enquanto ela dormia e, por isso, ela ficou paraplégica, alegou para a polícia que foi uma tentativa de assalto. Maria voltou para casa, ele a mantinha em cárcere privado e chegou a tentar eletrocutá-la durante o banho.

No ano de 1991, Marco foi julgado e condenado a 15 anos de prisão, porém recorreu em liberdade, em 96, foi novamente condenado a 10 anos e 6 meses de prisão e novamente conseguiu recorrer em liberdade (CORREIA, 2019).

Em 1998, o caso de Maria da Penha recebeu uma importância internacional. Vários órgãos de Direitos Humanos e Maria fizeram uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos e assim o Estado assinou vários tratados e pactos em relação a direitos humanos e violência doméstica.

Contudo, o caso de Maria da Penha continuou omissivo e impune, o que ocasionou no ano de 2001 a condenação do Brasil por negligência e omissão e fizeram algumas recomendações, dentre elas, que o Estado completasse de forma rápida e efetiva o processamento penal do agressor; e adotasse medidas que fossem necessárias para que o Brasil assegure à vítima uma reparação simbólica e material pelas violações, entre outras.

Dessa última recomendação citada, adveio a reparação simbólica, nominando a Lei nº 11.340/06, como Lei Maria da Penha. Em 2008, o Estado fez uma reparação material e pagou uma indenização no valor de sessenta mil reais (CORREIA, 2019).

As normas jurídicas também já serviram para inferiorizar as mulheres por muitos anos. Por séculos mulheres foram discriminadas, obrigadas a ficarem em silêncio, as leis conferiam aos maridos o direito de disciplinarem suas mulheres (PESSOA, 2015).

A legislação brasileira, no que tange à questão de gênero, apresenta longo histórico de discriminação negativa, com exemplos de textos legais, alguns relativamente recentes, que previam expressamente tratamento discriminatório em relação à mulher, a confirmar que contexto social e cultural contribuiu para produzir e reforçar a crença na diferença bem como a intolerância, fazendo-se refletir na norma positivada [...] (BIANCHINI, 2018, p. 23).

Dentro de todo um contexto social enraizado, não será a mera e simples existência da norma que acarretará as mudanças desses padrões vividos por séculos e é nesse sentido que nasce a necessidade de políticas públicas. Ações educativas em todos os níveis de ensino por meio de todos os canais de informação, somente as leis não são suficientes para acarretar mudanças na realidade que se enquadra a violência doméstica e familiar.

Nessa linha de ideias, existe ainda uma visão de que os agressores são aqueles sem escolaridade, de baixa renda e/ou com problemas de alcoolismo e/ou drogas. Mas a verdade é que existem agressores em todas as classes, de todos os tipos, com todos os níveis de escolaridade. O agressor de Maria da Penha, por exemplo, era professor universitário (PESSOA, 2015).

Existem pontos em comum referentes a esses agressores, eles têm concepções sexistas, veem as mulheres como seres inferiores, têm obsessão pelo controle da mulher, tendem a negar, reduzir ao mínimo e/ou justificar seu comportamento violento de forma a parecer que têm razão em ter feito.



A violência doméstica e familiar é um problema que se faz, se cumpre e persiste há séculos no Brasil, a quantidade de casos que chega à justiça é muito inferior ao que realmente acontece. Com a previsão das medidas protetivas na Lei Maria da Penha, as mulheres têm adquirido forças para buscar a solução para a violência sofrida, contudo ainda são poucas as que procuram a justiça.

A nossa Constituição Federal de 1988 influencia grandemente nos direitos das mulheres estabelecendo e frisando por várias vezes o princípio de igualdade e não discriminação por conta de sexo. O artigo 3º deixa explícito que a proteção social é materializada nas políticas sociais efetivadas (PESSOA, 2015). Dispõe o art. 3º:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (Brasil, 1988).

A Lei nº 11.340/2006 regulamentou três pilares necessários para o enfrentamento da violência contra a mulher: medidas de assistência e proteção; prevenção e educação e combate e responsabilização. O problema da violência doméstica contra as mulheres não é somente um problema criminal, é estrutural e precisa ser tratado em várias perspectivas. Para que seja solucionado, a adoção de políticas públicas que abranjam todas essas áreas faz-se necessário (PESSOA, 2015).

3 VIOLÊNCIA DE GÊNERO: DESAFIOS E PERSPECTIVAS DA LEI MARIA DA PENHA NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO

A violência contra a mulher é um desrespeito aos Direitos Humanos, e em 1979 foi aprovada pela ONU a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, essa convenção tem dois objetivos, a coibição da discriminação e a efetivação dos direitos da mulher na busca pela igualdade de gênero (MATOSINHOS, 2018).

O Decreto nº 1.973/1996 incorporou essa convenção no ordenamento jurídico brasileiro em seu art. 1º traz o que será entendido como violência doméstica, no art. 3 e 4 os direitos que são de todas as mulheres, in verbis:

Artigo 1 Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher [...].
Artigo 3 Toda mulher tem direito a uma vida livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada.
Artigo 4 Toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos [...]. (BRASIL, 1996, p. 01).

Esse tratado é o espelho do reconhecimento da desigualdade de gênero que prejudica tanto a mulher. Assim como a Lei Maria da Penha, tanto os tratados como a lei são um avanço no enfrentamento da violência de gênero (MATOSINHOS, 2018).

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) é um marco importantíssimo na luta das mulheres por seus direitos, trazendo direitos e garantias que devem ser respeitadas, nessa perspectiva, somos todos iguais perante a Lei.



Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...], nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

A luta das mulheres vem de muito tempo e essa mudança que houve na CF/88 foi de suma importância, visto que nem sempre as mulheres eram vistas como iguais perante a Lei, inclusive: "Foi somente a partir da Constituição de 1934 que a mulher teve reconhecidos seus direitos políticos, quando lhe foi conferido o direito ao voto" (MATOSINHOS, 2018, p. 65).

A violência contra a mulher é algo tão presente e tão urgente que a CF/88 teve a necessidade de estabelecer mecanismos para refrear a violência doméstica contra a mulher (MATOSINHOS, 2018). A atual Carta Magna, em seu art. 226, § 8º aduz que "o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" (BRASIL, 1988, p. 01). Nesse contexto, ocorreram várias mudanças na legislação para auxiliar na erradicação da discriminação de gênero (MATOSINHOS, 2018).

A partir da Constituição Federal de 1988, inúmeras leis infraconstitucionais foram criadas com objetivo de proteger de forma eficaz a mulher. Nesta perspectiva, a Lei n.º 10.886/04, torna a lesão corporal um tipo especial de violência doméstica (COELHO, et al., 2015). Ato sequencial, a Lei n.º 13.104/15 inseriu o inciso VI no art. 121 do Código Penal, recepcionando como uma qualificadora a morte da mulher em razão da condição de sexo feminino (CUNHA, 2021).

A desigualdade de gênero é um acontecimento social, a diferença biológica entre homens e mulheres é culturalmente significativa. Essa desigualdade é moral e social, é construída socialmente, a diferença biológica é somente uma desculpa para essa desigualdade que é tão antiga quanto a convivência entre os seres humanos (CUNHA, 2021).

A desigualdade que gera a violência de gênero, sobretudo, a violência não deve ser vista como um ato isolado, a violência baseada no gênero acontece pelo simples fato da vítima ser mulher. Além disso, o desrespeito a diversidade de gênero também é fator gerador dessa violência quando é direcionada a mulher trans.

O transexual possui um sexo físico distinto da sua formação sexual psicológica e a cirurgia de mudança de sexo pode se apresentar como algo necessário para a confirmação do seu estado físico e psicológico. A tendência é a favor de admitir a mulher trans como vítima do feminicídio, ou seja, da violência de gênero (CUNHA, 2021).

Inclusive, de acordo com o autor, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina confirmou uma sentença de pronúncia que tinha admitido a qualificadora de homicídio de uma mulher trans:

[...] tem-se que a expressão 'razões da condição do sexo feminino' [...] deve ser interpretada extensivamente aos casos de pessoas transgêneras, sobretudo pela dignidade da pessoa humana, nos casos em que houver menosprezo ou discriminação à condição de mulher. [...] Nesse sentido, a condição de sexo feminino abarca todas as pessoas cujo modo de ser e socialmente visto como sendo feminino. [...]. (RESE 0008712-37.2018.8.24.0023, Rel. Des. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, j. 30/01/2020). (SANTA CATARINA, 2020).

Nessa perspectiva, os tribunais já aplicavam a Lei Maria da Penha e reconheciam a mulher trans como vítima de violência doméstica e familiar, bastando apenas que se autodeclarassem do gênero feminino, assim como traz o enunciado 46 do FONAVID, dizendo que: "A Lei Maria da Penha se aplica às mulheres trans, independentemente de alteração registral do nome e de cirurgia de redesignação sexual, sempre que configuradas as hipóteses do art. 5º, da Lei nº 11.340/06" (CUNHA, 2021, p. 72).



Há ainda várias decisões que concretizam que a noção de gênero se sobressai ao sexo biológico, entendendo que as leis de proteção à mulher abrangem também a mulher trans. (CUNHA, 2021).

O sistema de proteção vem sendo moldado e estruturado de forma a dispensar a intervenção cirúrgica de mudança de sexo e até a alteração no registro civil para que a transexual seja considerada mulher, mudando assim também a interpretação da Lei Penal. Todas essas interpretações e decisões levam a entender que a mulher trans é protegida também pelas leis penais, ou seja, que também é vítima da violência de gênero (CUNHA, 2021).

Bitencourt (2018) aponta sobre o que move o crime de violência doméstica contra a mulher, *ipsis litteris*:

O próprio móvel do crime é o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher, mas é, igualmente, a vulnerabilidade da mulher tida, física 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 (BITENCOURT, 2018, p. 97).

Nessa interpretação entende-se que o fato de que todo o contexto histórico o qual fez com que a mulher fosse vista como frágil e inferior ocasionou a forma como os homens tratavam-nas, se viam em um lugar vantajoso e utilizavam dessa posição de forma covarde e agressiva (BITENCOURT, 2018).

O movimento de mulheres, que se iniciou por volta do ano de 1970, fez com que elas questionassem os papéis que lhes foram atribuídos pelo simples fato de serem mulheres, atribuições essas que eram desqualificadoras e opressoras. Esse questionamento trouxe uma visão empoderadora para as mulheres de forma que exigissem igualdade de direitos (GOMES et al., 2007).

4 A (IN) EFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

As políticas públicas são necessárias para a concretização de Direitos e garantias fundamentais e sem elas não é possível que os direitos sejam concretizados, eles não têm eficiência, não têm eficácia plena (BRUNO, 2010).

É certo que existem políticas públicas, existem, por exemplo, as penas restritivas de Direitos, como a limitação de fim de semana e a autorização que veio da Lei Maria da Penha onde o Juiz pode determinar ao réu o seu comparecimento em programas de reeducação e recuperação. Existem também outras medidas que podem ser aplicadas, porém há uma falha na implementação dessas políticas, o Estado não é eficaz ao implementá-las, não funcionam, não acontecem de fato (BRUNO, 2010).

Uma política pública de suma importância foi a Secretária Especial de Políticas para as mulheres, sendo reconhecida com status ministerial e essa secretaria teve uma grande influência na aprovação da Lei Maria da Penha.

Por conta desse processo, o Ministério da Saúde criou a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher e esse plano tinha metas como integração de serviços, instituição de redes de atendimento, aumento dos serviços que atendem as mulheres em situação de violência, além de contribuir para o aumento do número de Delegacias Especializadas em Atendimento à Mulher (COELHO, et al., 2015).

O combate à violência doméstica e familiar depende de medidas sociais amplas e profundas para que assim ocorram mudanças na sociedade. Mudanças essas que farão com que a legislação penal seja eficaz, essas medidas sociais são as políticas públicas que precisam ser eficazes (BRUNO, 2010).



Portanto, o enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher, através de políticas públicas, mesmo muito recente no país, vem sinalizando que punir o homem autor da violência no rigor da lei penal e proteger a vítima são caminhos necessários. Contudo, trabalhar o homem numa perspectiva ressocializadora mostra-se essencial para se evitar a reincidência e promover mudanças de posturas nas mais variadas instâncias da sociedade, atingindo todas as estratificações sociais (VERAS; SILVA, 2018, p. 49).

As medidas que existem não são aplicadas como determina a legislação e é nesse cenário que muitas mulheres são novamente agredidas ou até mortas, à legislação abrangendo as situações de violência, a falha está na aplicação (BRUNO, 2010).

Em relação às políticas públicas e à Lei Maria da Penha, nota-se que: "Apesar de todo o instrumental jurídico, a tônica da Lei são as diretrizes, princípios, normas e políticas públicas de proteção [...]" (BIANCHINI, 2018, p. 27).

O poder executivo necessita entrar em ação. Não adianta o legislativo trabalhar separado do executivo, precisam os dois trabalhar juntos para que haja eficiência. O Estado é negligente nesse aspecto, é dever da administração pública proteger as vítimas de violência doméstica (BRUNO, 2010).

A Constituição Federal de 1988 traz a ideia de que as políticas públicas é um direito que pode ser reclamado, isto é, um direito e não é uma ajuda, tampouco, um favor. Necessita-se de uma prestação por parte do Estado, são programas de ação governamental. É a conduta da administração pública como um instrumento de concretização do que está na legislação.

Faz-se necessária a atuação do Ministério Público, da sociedade e dos poderes, principalmente o executivo. Sem que o Estado haja de forma concreta em relação às políticas públicas existentes, não há que se falar em concretização de Direitos, os agressores se sentem impunes, livres de qualquer represália, as vítimas se sentem desprotegidas e, muitas vezes, estão (BRUNO, 2010).

Em relação à atuação do Ministério Público, temos o art. 127 da CF/88 que traz que o Ministério Público é órgão destinado à defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Além da defesa da ordem jurídica, nessa perspectiva, o Ministério Público é fundamental para resguardar os direitos fundamentais (MATOSINHOS, 2018).

O Ministério Público tem a competência para exigir a implementação de políticas públicas que supram todas as necessidades das vítimas de violência doméstica, fazendo dessa forma, com que as normas existentes sejam concretizadas (MATOSINHOS, 2018, p. 80).

As reivindicações feministas da década de 1980 pleiteavam pela criação de políticas públicas que pudessem auxiliar no enfrentamento à violência e à discriminação por conta de gênero. Para acabar com a impunidade existente nos casos de violência contra as mulheres, pleitearam pela criação das delegacias de defesa da mulher, para que assim o problema tivesse maior visibilidade (PESSOA, 2015).

Essas políticas públicas são medidas jurídicas, administrativas, orçamentárias e financeiras que devem ser empregadas no plano governamental para que assim os direitos sejam concretizados. Essas medidas exigem uma prestação por parte do Estado, a administração pública precisa atuar nesse sentido, as políticas públicas não são o fim, são o meio para a concretização de Direitos (PESSOA, 2015).

Todos os poderes precisam atuar, mas não só os poderes, a sociedade e o Ministério Público também. O poder Legislativo se manifesta e delibera, atua no controle e fiscalização, o Judiciário atua no controle de constitucionalidade e legalidade, e o poder Executivo é necessário para iniciativa de implementação, formulação e execução dessas políticas públicas.



O Ministério Público atua na sociedade com movimentos que pressionam o Poder Público na implementação dessas políticas. A sociedade é a engrenagem e sem que ela esteja inserida na execução, essas políticas públicas não surtem efeito (PESSOA, 2015).

A aprovação da Convenção sobre a eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi sem dúvidas um marco histórico. As conferências internacionais que fortalecem a luta pelos direitos das mulheres de uma vida sem violência, de fato foram a base para a criação de políticas públicas de proteção e enfrentamento à violência de gênero (COELHO, et al., 2015).

O fenômeno social que é a violência nas relações domésticas e familiares contra a mulher exige ações por parte do Estado. O fato é que a materialização do direito das mulheres de viver uma vida digna e sem violência requer ações que envolvam o próprio núcleo familiar e a sociedade em geral (PESSOA, 2015).

A educação é fundamental nessa mudança, sem educação é impossível que aconteça. Desde a pré-escola até a pós-graduação, é necessário que seja inserido a desconstrução da ideia de inferioridade da mulher. A norma vigente é um só pilar para o fim da violência, mas precisa andar juntamente com as ações por parte do Estado, para que os padrões sejam mudados, é necessária muita luta.

A educação é a base de toda uma transformação, sem ela não há respeito à Dignidade da Pessoa Humana, a educação deve direcionar o indivíduo a entender o que é a igualdade, é por meio dela que se dará início ao rompimento de todo um padrão cultural que foi construído através dos séculos (PESSOA, 2015).

Faz-se necessário a inclusão de temas relativos a gêneros. É imprescindível que as pessoas saiam de suas bolhas e entendam que o mundo é cheio de diversidades que precisam ser respeitadas, é preciso que a educação ajude os cidadãos a caminharem rumo a igualdade e a não discriminação (PESSOA, 2015).

O Governo aprovou o Pacto Nacional de Enfrentamento da Violência Contra a Mulher que tem o desafio de desenvolver atuações e políticas públicas direcionadas às mulheres indígenas, negras e rurais (COELHO, et al., 2015).

Nasce a necessidade de que em todos os municípios e estados sejam inseridas políticas públicas de prevenção e enfrentamento à violência doméstica e familiar e para que isso funcione como o esperado, faz-se necessária a fiscalização e controle dessas. É imprescindível que haja acompanhamento psicossocial as vítimas de violência e aos agressores (PESSOA, 2015).

As intervenções psicoterapêuticas e socioterapêuticas são exemplos que auxiliam o agressor a ter a percepção dos seus atos e que seus padrões comportamentais sejam reformulados, isso já está previsto na Lei Maria da Penha e é uma das políticas públicas necessárias, uma vez que em muitos casos o agressor é preso, punido e, quando solto, volta a cometer novas agressões (PESSOA, 2015).

A Lei Maria da Penha encarna uma proposta de Política Pública em Direitos Humanos [...]. Por isso, a sua aplicabilidade e a sua eficácia dependem também do Judiciário e de seus atores. (BRASIL, 2015, p. 90).

Existem na Lei Maria da Penha várias outras ações necessárias para materialização do direito das mulheres. Origina-se aí a indispensabilidade de que sejam consubstanciadas as políticas públicas de enfrentamento e prevenção da violência de gênero (PESSOA, 2015).

No contexto cultural, esse tipo de violência foi legitimado por muito tempo, sendo naturalizado e banalizado historicamente e não será repentina a mudança, será um processo lento que pede medidas adotadas pelo Estado-nação com objetivo de concretizar direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, e todos precisam contribuir com essas medidas para que sejam efetivadas verdadeiramente (PESSOA, 2015).



Na pandemia, a necessidade de ação do Estado em relação à violência doméstica tem aumentado. Nesse aspecto os formuladores de políticas públicas têm em mãos um novo desafio: fazer com que suas ideias garantam que as mulheres estejam livres de situações de Violência (BIANQUINI, 2020).

O cenário que a pandemia traz de desemprego, convivência ininterrupta, diminuição de renda entre outros que tencionam os casais em seus lares, faz com que a violência doméstica aumente consideravelmente (BIANQUINI, 2020).

No Brasil as estatísticas são preocupantes. As delegacias de estados como Distrito Federal, Rio de Janeiro e São Paulo ficam abertas 24h e tanto em São Paulo como no Rio, algumas denúncias podem ser feitas mesmo virtualmente (BIANQUINI, 2020).

Assim, foram criados novos canais de atendimento para as denúncias de violência contra a mulher, como um aplicativo denominado "Direitos Humanos BR". Também foram criadas campanhas pelo governo federal de conscientização e enfrentamento à violência doméstica com objetivo de incentivar as denúncias (ALENCAR, et al., 2020).

O desafio de enfrentamento da violência doméstica e familiar vem sendo realizado em alguns estados, "[...] em São Paulo foram criadas, no dia 31, as Patrulhas Maria da Penha, que monitorarão mulheres vítimas de violência doméstica" (BIANQUINI, 2020, p. 01).

O Tribunal de Justiça de São Paulo criou medidas para o aumento da agilidade do atendimento desses casos e permitiu a concessão de medidas protetivas em caráter de urgência mesmo sem a vítima apresentar o boletim de ocorrência, podendo ser intimidada pelo WhatsApp se as medidas forem deferidas. Tal posicionamento mostra uma ação necessária para o combate a Violência doméstica (BIANQUINI, 2020).

Nesse sentido, um dos principais instrumentos de coordenação que o governo federal possui é o repasse de recurso ou o aumento de orçamento para as políticas específicas de enfrentamento à violência contra as mulheres, como as Casas Abrigo, as unidades da Casa da Mulher Brasileira, o Disque 180, entre outras instituições. (ALENCAR, et al., 2020, p. 14).

Os Centros Especializados de Atendimento às mulheres vítimas de violência serão acolhidas também pelo telefone no Distrito Federal, porém em outros Estados essas medidas não estão sendo tomadas. Foi criado também um projeto de lei que procura alterar a Lei Maria da Penha para amplificar a divulgação do Disque 180 enquanto perdurar a pandemia (BIANQUINI, 2020).

O projeto de n.º 1.267/2020 propõe que toda informação que tratar de violência doméstica, seja na internet, televisão, rádio ou outro meio de comunicação, deve mencionar expressamente o Disque 180. Com isso, "O Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) deverá fiscalizar o cumprimento da lei e criar sanções de descumprimento" (BIANQUINI, 2020, p. 01).

Temos também o PL n. 123/2019 que pretende modificar as Leis n. 1.0201/2001 e 11.340/2006, para que seja autorizado os recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública em ações envolvendo prevenção e o combate à Violência doméstica e familiar, além de requerer a inclusão de programas de combate e prevenção da violência contra a mulher (BIANQUINI, 2020).

Aos Ministérios da economia, da cidadania e do turismo foram anunciadas duas ações para eventual acolhimento das mulheres nas redes de hotéis caso acabem as vagas no abrigo e também o envio de itens de segurança para as Casas da Mulher Brasileira (ALENCAR, et al., 2020).

Há no próprio corpo do texto da Lei Maria da Penha disposição que assegura às mulheres que o poder público deve desenvolver políticas públicas que visem garantir que os Direitos Humanos sejam respeitados, de forma que não haja a elas negligência, exploração, violência, crueldade, opressão, discriminação e exploração (BRASIL, 2006).



Além disso, que as mulheres tenham seus direitos resguardados e que a sociedade, a família e o poder público devem trabalhar nesse sentido. Existem ainda, integradas ao corpo da Lei nº 11.340/2006 as diretrizes acerca das políticas públicas de prevenção que trazem que o Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública devem agir nas áreas de segurança pública, habitação, educação, trabalho, saúde e assistência social. Que se faz necessária a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, bem como a promoção e a realização de campanhas educativas para a prevenção da violência doméstica e familiar, entre outros.

Ademais, as medidas de assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar também trazem o desafio de haver políticas públicas para proteção e emergencialmente (BRASIL, 2006).

Existem políticas públicas sendo implementadas, o desafio é a diminuição da violência doméstica e familiar, ainda há muito que ser realizado. Toda sociedade precisa estar envolvida, todos os estados e municípios precisam estar trabalhando nessa mesma perspectiva de forma ininterrupta pois o problema é urgente e essas ações podem salvar vidas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Violência doméstica e familiar contra a mulher nasce no contexto em que o homem era considerado soberano, numa sociedade patriarcal, além de ter todos os direitos civis e políticos, tinha todos os direitos sobre as mulheres.

Nesse contexto, as mulheres eram econômica e afetivamente dependentes dos homens. A mulher sempre foi tida como inferior, tratada como objeto, como propriedade, os homens tinham o direito de punir suas mulheres, essa violência que já acontecia era legitimada pela própria cultura.

Ressalta-se que sempre houve a diferenciação do gênero feminino e masculino, sobretudo, foram atribuídos a esses diferentes papéis. À mulher sempre foi atribuído o papel de mãe e esposa, dona de casa, do lar, submissa ao marido. Ao homem desde o princípio é atribuído o papel de força, vigor, o homem sempre foi o dominador, provedor do lar. Essa diferença imposta aos gêneros é a causa da violência doméstica e familiar, é um desafio promover essa mudança que já esteve muito mais distante do que está hoje.

A partir da análise exploratória da presente pesquisa averiguou-se toda situação de violência doméstica e familiar contra a mulher desde o início da humanização. Foram sendo implementadas políticas públicas para proteção dessas mulheres em situação de vulnerabilidade. Neste ínterim, as mudanças que precisam ocorrer é um desafio a ser enfrentado por toda a sociedade, que, se dará por concluso por meio das políticas públicas, ações governamentais que trarão resultados eficazes. Entretanto, será uma caminhada longa, tendo em vista que toda a situação de violência construída no decorrer dos séculos não será desfeita de forma rápida, o que faz surgir a necessidade de estabelecer mecanismos que ajudarão a diminuir, conscientizar e prevenir as situações de violência.

Nessa linha de ideias, faz-se necessário que haja ações de enfrentamento propostas pelo Estado à violência doméstica e familiar, de forma que seja garantida a aplicabilidade da Lei Maria da Penha, inclusive nas situações de prevenção, de forma a coibir a violência contra a mulher. A omissão do Estado frente as situações de violência não pode existir mais, com o real implemento das políticas públicas trará a conscientização, educação para todos, a segurança da mulher em noticiar o crime, possíveis agressores conseguirem reconhecer que mulheres não são objetos, não são propriedade deles, tudo isso fará com que as situações de violência doméstica diminuam.

Conclui-se que a pesquisa confirmou as hipóteses, porquanto essa luta pela igualdade vem sendo enfrentada há séculos com os movimentos feministas. Atualmente a legislação constitucional e infraconstitucional existente no ordenamento jurídico brasileiro protege as mulheres e respalda os seus direitos. Contudo, sem que haja a implementação



de políticas públicas eficazes, não será possível que sejam concretizados os direitos fundamentais das mulheres, previstos na Constituição Federal de 1988 e na Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Joana. et al. *Políticas públicas e violência baseada no gênero durante a pandemia da Covid-19: ações presentes, ausentes e recomendadas*. Brasília: IPEA, 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/200624_nt_disoc_78.pdf. Acesso em: 27 abr. 2021.

ALMEIDA, Dulcielly Nobrega. et al. *Violência contra a mulher*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2020. (Série lei fácil; n. 1). Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40030/viol%C3%A0ncia_contra_mulher_Almeida.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha. Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos, criminais da violência de gênero*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203900/>. Acesso em: 4 fev. 2021.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. *Lei Maria da Penha*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book. (Coleção Saberes Monográficos, v. I). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600236/>. Acesso em: 30 de março de 2021

BIANQUINI, Heloisa. *Combate à violência doméstica em tempos de pandemia: o papel do Direito*. *Consultor Jurídico*, 24 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-24/direito-pos-graduacao-combate-violencia-domestica-tempos-pandemia>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BLAY, Eva Alterman. *Violência contra a mulher e políticas públicas*. *Estudos Avançados*, v.17, n.49, p. 87-98. São Paulo, 2003. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-40142003000300006>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. *Conselho Nacional do Ministério Público. Violência contra a mulher: um olhar do Ministério Público brasileiro*. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2018. 244p. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/FEMINICIDIO_WEB_1_1.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Não paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 set. 2020.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Violência contra a mulher e as práticas institucionais*. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. 109 p. (Série Pensando o Direito, 52). Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/04/Cristiane_completo_impress%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

_____. Presidência da República. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga



a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º ago. 1996. Não paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 5 jan. 2021.

_____. Presidência da República. *Decreto-lei n. 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 3 de out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 4 mar. 2021.

_____. Presidência da República. *Lei n. 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 de ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 4 mar. 2021

BRUNO, Tamires Negrelli. *Lei Maria da Penha x Ineficácia das Medidas Protetivas*. 2010. Brasil Escola. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/lei-maria-penha-x-ineficacia-das-medidas-protetivas.htm>>. Acesso em: 8 mar. 2021.

COELHO Elza Berger Salema. et al. Políticas públicas no enfrentamento da violência. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2015. Disponível em: https://violenciaesaude.ufsc.br/files/2015/12/Livro_Curso_Violencia.pdf. Brasil. Acesso em 16 abril 2021.

CONCEIÇÃO, Marinalva Vieira da; ASSUNÇÃO, Elienay Kadesh Rosa; GONÇALVES, Jonas Rodrigo. *Violência contra a mulher e a ineficácia de medidas protetivas*. Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros, [S.l.], v. 11, n. 40, p. 158-167, jun. 2020. Disponível em: <<http://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/211>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

CORREIA, Gabriela Soares. *Ineficácia das medidas protetivas da lei Maria da Penha*. 2019. 55p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade de Taubaté, Taubaté-SP, 2019. Disponível em: <<http://repositorio.unitau.br:8080/jspui/handle/20.500.11874/3578>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361). 13. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JUSPODIVM, 2021. 1.168 p. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GAZALÉ, Olivia. *Le mythe de la virilité: un piège pour les deux sexes*. Paris: Robert Laffont, 2017.

GOMES, Nadielene Pereira. et al. *Compreendendo a violência doméstica a partir das categorias gênero e geração*. Acta Paulista de Enfermagem. v. 20, n. 4, pp. 504-508, 2007. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-21002007000400020>>. Acesso em 15 de abril de 2021.



JESUS, Damasio de. *Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei n. 11.340/2006*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616028/>>. Acesso em: 1 abr. 2021.

MATOSINHOS, Izabella Drumond. *O Ministério Público como agente transformador da realidade social no combate da violência doméstica e promoção da igualdade de gênero*. In: CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Violência contra a mulher: um olhar do Ministério Público brasileiro*. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2018. p.63-68. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/FEMINICIDIO_WEB_1_1.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2021.

MUNIZ, Alexandre Carrinho; FORTUNATO, Tammy. *Violência Doméstica: Da Cultura ao Direito*. In: CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Violência contra a mulher: um olhar do Ministério Público brasileiro*. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2018. p.7-19. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/FEMINICIDIO_WEB_1_1.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2021.

PESSOA, Adelia Moreira. *Aspectos preventivos e políticas públicas no enfrentamento à violência contra as mulheres*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: *Famílias nossas de cada dia*, v. 10, 2016, Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 211-229. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/232.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

SANTA CATARINA. Trinunal de Justiça. *Recurso em Recurso Estrito n. 0008712-37.2018.8.24.0023*. Relatora: Hildemar Meneguzzi de Carvalho. Florianópolis, 30 jan. 2020. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/815419715/recurso-em-sentido-estrito-rse-87123720188240023-capital-0008712-3720188240023/inteiro-teor-815419762?ref=serp>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

SILVA, Mauricio Lúcio Caetano da. *Alcance possível da Lei da Maria da Penha nas relações Homoafetivas*. 2020. 69 p. Relatório (Pós Graduação) - Escola de Administração Judiciária, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documentos/5736540/6655478/MAUR%C3%8DCIO_CAETANO.pdf> Acesso em: 2 jun. 2021.

SOUSA, Francisco Germeson. *A ineficácia das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha: uma análise acerca da aplicabilidade prática*. Sousa. 2019. 66p. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Campina Grande, 2019. Disponível em: <<dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/handle/riufcg/11296>>. Acesso em: 24 maio 2021.
VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira; SILVA, Vankleia Maria da Conceição. Ministério Público do RN no Combate e Prevenção à Violência Contra a Mulher – A Experiência do Grupo Reflexivo de Homens. In: CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Violência contra a mulher: um olhar do Ministério Público brasileiro*. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2018. p.37-62. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/FEMINICIDIO_WEB_1_1.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2021.

VRISSIMTZIS, Nikos A. *Amor, Sexo e Casamento na Grécia Antiga*. Trad. Luiz Alberto Machado Cabral. 1. ed. São Paulo: Odysseus, 2002.



MORTALIDADE POR CAUSAS EXTERNAS EVITÁVEIS: A CRISE DO SUICÍDIO E DO HOMICÍDIO NO SÉCULO XXI NAS DIFERENTES REGIÕES E CULTURAS BRASILEIRAS

Brenda Ferreira Bessa ¹
Linia Dayana Lopes Machado ²

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo elaborar um estudo informativo e quantitativo acerca do suicídio (também conhecido como autocídio) e suas taxas no Brasil em pleno século XXI. O comportamento suicida se dá por uma série de fatores sociodemográficos, biológicos, psicossociais, transtornos mentais, entre vários outros motivos, que culminam em um ataque exacerbado contra si. Os coeficientes de mortalidade por suicídio no Brasil são inferiores aos de homicídio, porém os índices de suicídio seguem de forma constante sem apresentação de redução das taxas com o avanço dos anos. A metodologia utilizada foi a de pesquisa bibliográfica, através de leitura de obras e artigos, como também a análise de dados estatísticos retirados de sites relativos ao tema. Os objetivos foram os seguintes: discorrer sobre a crise suicida; analisar o suicídio no país; diferenciar os índices de suicídio e homicídio nas diferentes regiões nacionais; apontar os problemas enfrentados no Brasil com relação ao tema e relatar a situação na qual o país se encontra quanto às mortes por causa externa. Ao final do trabalho, concluiu-se que para a diminuição dos índices de suicídio deve haver melhorias no acesso aos serviços de saúde, nas políticas voltadas para informações constantes e aplicações de leis mais rigorosas que possibilitem ao estado proteger pessoas em risco suicida. Em relação ao homicídio, considera-se a necessidade de implementação de medidas de segurança mais eficientes.

Palavras-chave: Suicídio. Homicídio. Prevenção. Sexo. Segurança.

MORTALITY IN EXTERNAL CAUSES AVOIDABLE: THE CRISIS OF SUICIDE AND HOMICIDE IN THE 21ST CENTURY IN THE DIFFERENT REGIONS AND BRAZILIAN CULTURES

ABSTRACT: This research has the objective to elaborate an informative and qualitative study about suicide (also known as self-murder) and its rates in Brazil in the 21st century. Suicide behavior occurs because of a series of sociodemographic, biological, and psychosocial factors, mental disorders, and many other reasons that culminate in an exacerbated attack against yourself. The mortality rates for suicide in Brazil are lower, compared to murder, but they follow steadily without reduction throughout the years. The methodology utilized was bibliographic research, through the reading of books and articles, with analysis of statistical data about suicide, taken from sites related to the topic. The objectives were the following: discuss the suicide crisis; analyze suicide in the country; distinguish between the suicide and homicide rates in different regions of the country; indicate the problems faced in the country related to the topic and report about the present situation in relation to deaths by external causes. We concluded that the decrease in suicide rates should be achieved through improvements in the access to health services; oriented policies for constant information and better law applications to enable the state to protect the people

¹ Acadêmica do curso de Direito, Universidade de Rio Verde - UniRV. E-mail: b.bren.b@hotmail.com

² Orientadora, Prof.^a Mestra da Faculdade de Direito, Universidade de Rio Verde - UniRV. E-mail: liniadayana@yahoo.com.br



in suicide risk. Regarding homicide, it is important to consider the necessity to implement measures to more efficient public security.

KEYWORDS: Suicide. Homicide. Prevention. Sex. Security.

1 INTRODUÇÃO

O suicídio, também conhecido como autocídio, é definido como morte por lesão autoprovocada, pela qual o indivíduo em um ato voluntário atenta contra sua própria vida, ocasionando a morte. Evento universal e de extrema complexidade, o suicídio atinge culturas diversas, várias classes sociais e idades, possuindo origens multivariadas, dado por uma série de fatores biológicos, psicológicos, culturais, genéticos, entre outros, que revelam atitudes autodestrutivas contra o próprio indivíduo (BOTEGA, 2015).

O suicídio vem crescendo no Brasil e no mundo. Os índices são extremamente preocupantes. Mesmo que o homicídio prevaleça em taxas triplicadas com relação ao suicídio, no decorrer do século XXI, no Brasil, não houve sequer diminuição de taxas de suicídio, mas sim aumento significativo. Considerando que afeta a incolumidade pública do país, o suicídio é de responsabilidade governamental. O suicídio ainda é pouco estudado no Brasil por ser estigmatizado pela sociedade, entretanto deve ser discutido abertamente para ser prevenido.

Os objetivos deste trabalho foram os seguintes: discorrer sobre a crise do suicídio; analisar o suicídio no país; diferenciar os índices de suicídio e homicídio nas diferentes regiões nacionais; apontar os problemas enfrentados no Brasil com relação ao tema e relatar a situação na qual o país se encontra quanto às mortes por causa externa.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SUICÍDIO

No decorrer da história, a morte foi uma das temáticas que mais atraíram historiadores. Muitos estudos foram desenvolvidos para a compreensão das atitudes, fatos e causas que levavam as pessoas a tirar a própria vida ou a vida alheia. Os fatos históricos registrados pela humanidade acerca do suicídio foram de extrema importância para o início de discussões sobre o tema. Desde os primórdios, o suicídio é muito discutido, sendo tanto enaltecido quanto abominado.

Para os povos primitivos, o medo do retorno dos mortos era grandioso, principalmente nos casos de suicídio, pois se acreditava que esses mortos retornariam para ocasionar o mal aos vivos. Com o intuito de se proteger, tabus e rituais foram criados. (BOTEGA, 2015)

Botega (2015, p. 14), diz que "Há registros de várias motivações para o suicídio, como evitação da desonra, a fuga da escravidão, reação a perdas afetivas, a idade avançada, ou mesmo a vingança". Sobre o último aspecto citado pelo autor, acreditava-se que através do suicídio, o suicida retornaria para destruir seu inimigo. Era existente também a possibilidade em costumes tribais de forçar o inimigo a matar-se.

Em algumas sociedades nômades primitivas, os idosos se suicidavam como forma ritualística. Os idosos se matavam em atos de altruísmo e suprema honra, com finalidade de não se tornarem ônus para seu povo (BOTEGA, 2015).

Com o encontro das culturas primitivas e da civilização, as taxas de suicídio aumentaram. Em condições extremas, como na época da escravidão, o escravos (indígenas) se suicidavam em massa para se livrarem dos atos desumanos dos espanhóis. Entretanto, para pôr um fim ao genocídio suicida nativo, os espanhóis convenceram os índios a não cometerem mais atos suicidas, alegando que, caso ocorressem, os espanhóis também se matariam para persegui-los no "outro mundo" e praticar crueldades ainda piores (ALVA-REZ, 1999).



Segundo McDonald (1999), citado por Kurcgant e Wang (2004, p. 39-40), com o início da Idade Média, o suicídio começou a atingir tanto o sexo masculino, quanto o feminino. Esse tipo de morte era considerado extremamente condenável, sendo permitido confiscar tudo o que o suicida possuía. De acordo com Minois (1998) e Ujvari (2003), ambos citados por Kurcgant e Wang (2004), a doutrina cristã surge nessa época, cujos princípios centrais são o amor a Deus e ao próximo, regidos por autoridades religiosas e civis. A partir desses preceitos, as sociedades religiosas e civis se colocam contra o suicídio.

Na Idade Média, era costume evitar que o corpo do suicida fosse removido pela porta da casa, mas sim pela janela ou por um buraco devidamente aberto na parede. O corpo era colocado em um barril e atirado em um rio. Em alguns locais, o corpo era puxado por um cavalo, levado em seguida para uma forca e pendurado de cabeça para baixo. As mãos eram desmembradas e enterradas em locais separados do cadáver, pois o suicida cometera um pecado capital. Essas práticas ritualísticas estavam agregadas às ideias de exorcismo, castigo e dissuasão (BOTEGA, 2015).

A Europa, por ser predominantemente cristã, obviamente seguia os dogmas cristãos. O suicídio somente era penalizado em circunstâncias de uma crise demográfica e econômica do Estado Romano, na qual os chefes da Igreja, preocupados, começaram a se indagar sobre o sofrimento suicida ao longo de três séculos (BOTEGA, 2015).

No período medieval, Santo Agostino foi um importante teólogo. Na Bíblia, o suicídio era considerado como um ato diabólico, e pessoas que o cometiam não ganhavam a salvação, indo para o inferno. Na verdade, o suicida não iria para o inferno por cometer suicídio, e sim por ter rejeitado a salvação através de Cristo. Santo Agostino inaugura os estudos formais sobre a condenação da morte voluntária em sua obra "A Cidade de Deus", marcando a seguinte posição na doutrina rigorista:

Nós dizemos, declaramos e confirmamos de qualquer forma que ninguém tem o direito de espontaneamente se entregar à morte sob pretexto de escapar aos tormentos passageiros, sob pena de mergulhar nos tormentos eternos; ninguém tem o direito de se matar pelo pecado de outrem; isso seria cometer um pecado mais grave, porque a falta de um outro não seria aliviada; ninguém tem o direito de se matar por faltas passadas, porque são sobretudo os que pecaram que mais necessidade têm da vida para nela fazerem a sua penitência e curar-se; ninguém tem o direito de se matar na esperança de uma vida melhor imaginada depois da morte, porque os que se mostram culpados da sua própria morte não terão acesso a essa vida melhor (AGOSTINHO, A Cidade de Deus, I, 47 apud. MINOIS, 1998, p. 39).

A Revolução Industrial no século XIX acarretou imensas mudanças no meio social, estimulando os estudos sobre as transformações sociais. No ano de 1897, uma obra de extrema relevância surgiu, chamada de "O Suicídio", de Emile Durkheim. Nela, o autor analisa o número de suicídios em variados países, tratando o suicídio como um fator social, relacionado ao grau de coesão social em diferentes culturas e grupos populacionais (DURKHEIM, 2000).

Durkheim definiu suicídio da seguinte forma:

Chama-se suicídio todo caso de morte que resulta direta ou indiretamente de um ato, positivo ou negativo, realizado pela própria vítima e que ela saiba que produziria esse resultado. A tentativa é o ato assim definido, mas interrompido antes que dele resulte a morte (DURKHEIM, 2000, p.14).



Para Santana (2016), o termo suicídio foi utilizado pela primeira vez em 1737 por Desfontaines, cujo significado tem origem no latim. Na devida formação das palavras, *suī* significa "si mesmo" e *caederes* significa "ação de matar", ou seja, é o ato intencional de colocar fim à própria vida. Existem variadas definições para a palavra suicídio, entre elas, pode-se citar a definição de Ferreira (2001) que diz que a pessoa que comete o suicídio é aquela que atenta contra a própria vida com a plena certeza de perdê-la. Para Meleiro e Bahls (2004, p. 14), "suicidar-se" equivale à "autocídio". De acordo com Outeiral (2006), o suicídio é explicado como resultado de confusão mental e ausência de decisão consciente.

Em 1972, no decurso de um comitê de nomenclatura, coordenado por Beck e organizado pelo Instituto Nacional de Doença Mental, foi realizada uma reunião para a exposição minuciosa do comportamento suicida, na qual foram estabelecidos três possíveis comportamentos suicidas: as tentativas de suicídio, o suicídio consumado e a ideação suicida (MELEIRO; BAHLS, 2004).

A diferença entre esses comportamentos é que nas tentativas de suicídio, o indivíduo atenta contra sua própria vida. No suicídio consumado, o sujeito determinado a pôr fim à própria vida consuma tal ato. Na ideação suicida, o indivíduo apenas possui pensamentos de tirar sua vida, o que pode evoluir para tentativas ou até mesmo a consumação do suicídio, caso não haja intervenções de um profissional capacitado (MELEIRO; BAHLS, 2004).

De acordo com Durkheim (2000), há três tipos de suicidas: o anômico, o altruísta e o egoísta. O suicida anômico é o indivíduo que passa por crises sociais e/ou econômicas e, por sentir-se incapaz de vivenciá-las, busca o suicídio como solução de seus problemas.

O suicídio egoísta acontece quando o indivíduo tem seus laços religiosos, políticos e familiares enfraquecidos. Quando a pessoa está inserida em uma sociedade, ela tem sentimentos de pertencimento e acolhimento, pois troca ideais e objetivos. Quanto mais o indivíduo se desvincula da sociedade, mais ele se distancia da vida, do mundo, do seu existir. Dessa forma, se fecha e depende cada vez mais de si mesmo, revestindo-se de individualismo extremado, desvinculando-se da família, de amigos e comunidades.

No suicídio altruísta, o indivíduo não se sente valorizado em sua existência individual, colocando os valores da sociedade acima de qualquer coisa. Ele é tomado por uma extrema obediência e força repressiva, ou seja, esse indivíduo se mata por obrigação, pois a sociedade ou determinado grupo ao qual pertence impõe isso a ele.

2.1 O SUICÍDIO NAS DIVERSAS CULTURAS E RELIGIÕES

Para Botega (2015), a fé é uma das formas de proteção contra o suicídio, pois possibilita a estruturação de crenças, podendo haver benefícios em termos mentais e físicos para a humanidade. Entretanto, muitos comportamentos e crenças de diferentes religiões aumentam ainda mais a incidência do suicídio, desestimulando a procura por assistência médica.

No cristianismo, Rabelo (2010) cita que:

A Bíblia menciona seis pessoas específicas que cometeram suicídio: Abimeleque (Juízes 9:54), Saul (1 Samuel 31:4), o escudeiro de Saul (1 Samuel 31:4-6), Aitofel (2 Samuel 17:23), Zinri (1 Reis 16:18) e Judas (Mateus 27:5). Cinco deles eram homens pecadores e perversos (não se sabe o suficiente sobre o escudeiro de Saul para fazer um julgamento a respeito de seu caráter). Alguns consideram Sansão um exemplo de suicídio (Juízes 16:26-31), mas o seu objetivo era matar os filisteus e não a si mesmo. A Bíblia enxerga o suicídio da mesma forma que assassinato, pois isso é exatamente o que é - auto-assassinato. Cabe a Deus decidir quando e como uma pessoa deva morrer.



Para o cristianismo, o suicídio é um ato satanista. Cristo surgiu para trazer vida em abundância, como atesta as Escrituras Sagradas. Partindo deste princípio, toda e qualquer atitude que infrinja a lei divina quanto a valorização da vida é condenável. A bíblia condena o suicídio da mesma forma que o homicídio. Somente caberá à Deus estimar o tempo na qual uma pessoa viverá na terra.

No judaísmo, o suicídio é considerado um crime diretamente contra Deus. Segundo a Congregação Israelita Paulista (2016), o judaísmo considera o suicídio um crime tão gravoso quanto o homicídio. A doutrina judaica afirma que o ser humano não é dono do próprio corpo, pois não foi criado sozinho. Somente o Criador tem o direito de tirar a vida, pois é ele que concede o direito da vida ao ser humano. Em razão da doutrina, em alguns casos, a cerimônia de sepultamento é negada ao suicida. O suicida é enterrado em uma parte afastada do cemitério, longe de outros túmulos. Entretanto, há divergências quanto a essa discriminação, pois o suicida não estava em posse de sua faculdade mental no momento fatídico.

De acordo com Botega (2015, p. 32), "a palavra islam significa submissão à palavra de Deus". No islamismo, de acordo com Siddiqi (2016), o Alcorão condena explicitamente tanto o suicídio quanto o homicídio. Por essa razão, a taxa de suicídios é extremamente pequena nos estados islâmicos. Acerca do homicídio, de acordo com os ensinamentos do Alcorão, matar uma pessoa sem justa causa é um grandioso pecado, seria como matar toda a humanidade, assim como salvar a vida de uma pessoa é uma boa ação que corresponde a salvar toda a humanidade.

Eis a seguir, alguns versículos do Alcorão, explicitando a condenação do suicídio, do homicídio e da eutanásia:

4:29 - (...) e não cometais suicídio, porque Deus é Misericordioso para convosco; 30- Àquele que tal fizer, perversa e iniquamente, introduzi-lo-emos no fogo infernal, porque isso é fácil a Deus;
6:151 - Dize (ainda mais): (...) e não mateis, senão legitimamente, o que Deus proibiu matar. Eis o que Ele vos prescreve, para que raciocineis;
25:68- (Igualmente o são) aqueles que não invocam, com Deus, outra divindade, nem matam nenhum ser que Deus proibiu matar, senão legitimamente, nem fornicam; (...) (HAYEK; 2006).

No hinduísmo, caso o ser humano interrompa seu ciclo vital prematuramente por cometimento de suicídio, ele empreende um ato errôneo. Sua força cármica, ou seja, seu espírito, continuará a sofrer após sua morte, continuando uma árdua perseguição pessoal no outro mundo. Pelo fato desta morte não ser natural, ou seja, causada por si mesmo, a força cármica causa sofrimentos e dores muito piores do que o indivíduo teria experimentado se estivesse vivo no corpo. Por isto o hinduísmo condena vigorosamente o suicídio (BHASKARANANDA, 2016).

Na antiga China, baseado nos preceitos budistas, o suicídio era um ato de honra, pois colocava ênfase no vingar-se ou assustar o inimigo. Antes de se iniciar os combates, os homens consideravelmente corajosos eram enviados para as linhas de frente e gritavam em tom de voz acentuado enquanto cortavam as próprias gargantas violentamente para morrerem. Para eles, as almas desses suicidas coletivos "influidiam de modo nefasto no inimigo" (BOTEGA, 2015, p. 32).

A religião japonesa, que tem base no budismo e no xintoísmo. Dhammananda (2007) se refere ao suicídio como:



Algumas pessoas sacrificam suas próprias vidas pelo que consideram uma causa boa e nobre. Tiram suas próprias vidas por métodos como a autoimolação, tiro ou greve de fome. Tais ações podem ser classificadas como hercas e corajosas. Entretanto, de um ponto de vista budista, tais atos não podem ser aprovados. O Buddha indicou claramente que estados suicidas da mente levam a mais sofrimentos.

Para Yun (2011), com relação ao homicídio, o budismo dita que matar alguém intencionalmente é um ato gravíssimo, que desrespeita os preceitos buddhas e resulta em um carma extremamente negativo e grave. Se possível, devemos proteger e evitar matar até mesmo pernilongos, formigas, camundongos e outros animais, sejam eles pequenos ou grandes. Ao demonstrar respeito à mais indefesa e menor das criaturas, obtemos uma atitude de admiração e respeito por todos os seres vivos. Esse respeito é a base de todos os méritos.

Para Oi (2015), no Japão, a volta às aulas no segundo semestre é destacada por grandes tragédias, pois, de acordo com o governo japonês, o dia 1º de setembro é considerado historicamente o dia do ano em que o maior número de jovens menores de 18 anos cometem suicídio. Segundo a pesquisa da autora, é exposto que:

De 1972 a 2013, mais de 18 mil crianças se suicidaram. Em média anual, foram 92 no dia 31 de agosto, 131, no dia 1º de setembro e outros 94, no dia 2. No ano de 2014, o Japão registrou pela primeira vez o suicídio como primeira causa de morte para pessoas entre 10 e 19 anos (OI, 2015).

Sobre o espiritismo, Botega (2015, p. 33) afirma que: "Para o espiritismo kardecista, o suicida é a maior vítima de seu próprio engano. O suicídio é visto como a maior das infelicidades que se abatem sobre um espírito". O suicídio é extremamente grave de acordo com a doutrina espírita.

Em relação ao homicídio, para Leal (2014), aquele que tira a vida de seu semelhante interrompe a existência de missão ou expiação na terra, sendo considerado um crime grandioso. O homicida elimina a forma física de sua vítima, mas não seu espírito. Na doutrina espírita, o homicídio é extremamente condenável, sendo muito pior para o homicida do que para sua vítima.

Com relação às igrejas evangélicas pentecostais brasileiras, como a Igreja Universal do Reino de Deus, Igreja Internacional da Graça de Deus e a Igreja da Assembleia de Deus, existe uma série de rituais de libertação de demônios, enfatizando dons de cura e libertação para pessoas que necessitam de cura emocional, espiritual e física. Condenam o suicídio, mas não abordam essa questão com frequência (MARIANO, 2011).

O homicídio é visto como extremamente condenável pelas igrejas pentecostais, pois quem tira a vida de seu semelhante é punido por Deus, uma vez que a bíblia ensina que se deve respeito e amor ao próximo. Sem esse requisito, o contato com Deus é extremamente impedido (ALMAS, 2013).

2.2 FATORES DE RISCO PARA A CRISE SUICIDA

O comportamento suicida se dá por uma série de fatores sociodemográficos, biológicos, psicossociais, mentais, entre outros motivos, que culminam em flagelação exacerbada contra si. O suicídio é multideterminado por um agregado de fatores de naturezas distintas, internas ou externas ao ser humano, que pactuam de modo complexo e variável. Os transtornos mentais são os principais fatores de risco de suicídio. Botega (2014, p. 108) aponta que: "A depressão, o transtorno bipolar e a dependência de álcool ou de outras drogas psicoativas, bem como a esquizofrenia e certos transtornos da personalidade são condições que predispõem ao suicídio". A depressão é uma epidemia silenciosa do século XXI, sendo uma patologia mais frequente em clínicas psiquiátricas, sendo o suicídio a consequência fatal da doença.



Na crise suicida, há a agravamento de uma doença mental preexistente, ou uma turbulência emocional que ocorre posteriormente a um acontecimento doloroso, um colapso existencial. As situações supracitadas acarretam dor psíquica insuportável e, conseqüentemente, podem manifestar no indivíduo o desejo de interrompê-la por meio de cessação do viver, ou seja, a busca da morte (BOTEGA, 2015).

A capacidade do paciente de obter o controle sobre sua vida torna-se inexistente ou bastante reduzida. É a partir desse contexto que a pessoa em risco suicida é levada ao médico psiquiatra. É atribuído a esse profissional o dever de assumir, provisoriamente, o controle da crise, apoiando-se em diversos recursos: o acolher e a segurança do paciente, convocação e orientação da família quanto ao tema, indicação de internação domiciliar ou hospitalar, prescrição de remédios farmacológicos, encaminhamento ou inicialização de uma psicoterapia de crise, entre outras fontes de apoio.

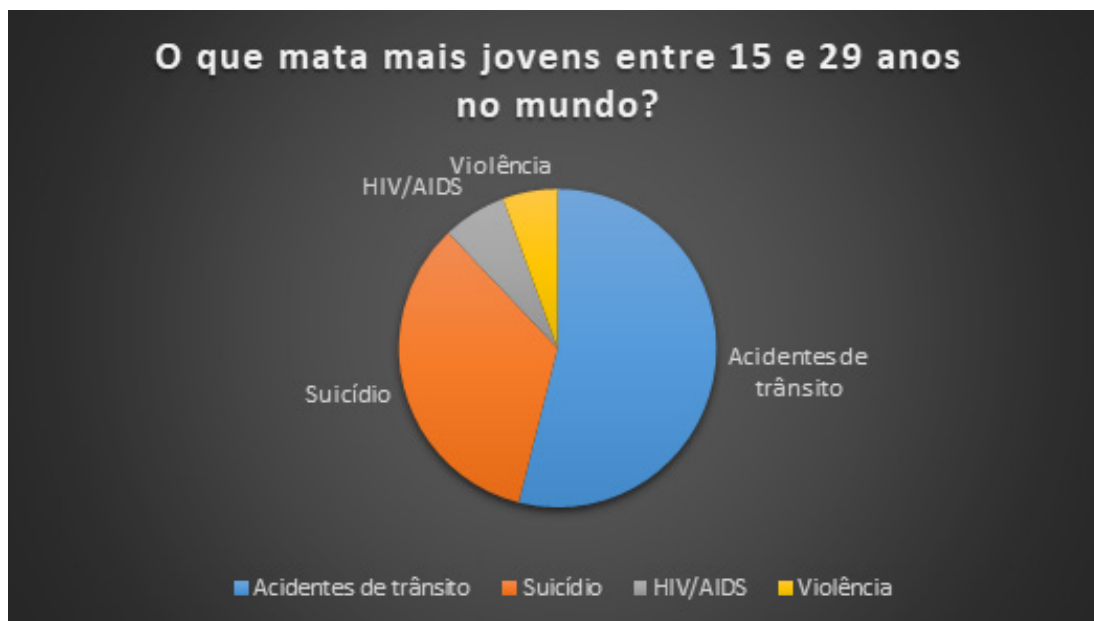
São variados os fatores para que uma crise suicida seja desencadeada. Entre eles, estão abuso físico ou sexual, orientação homossexual ou bissexual, desemprego, aposentadoria, baixa autoestima, isolamento social, ansiedade intensa, depressão, transtorno bipolar, esquizofrenia, abuso/dependência de álcool ou outras drogas psicoativas, instabilidade familiar, histórico familiar de suicídio, entre outros. A falta de tratamento psíquico por carência de recursos financeiros é uma das causas mais recorrentes do suicídio, visto que esse tipo de tratamento não é de fácil acesso ao público, pois, em se tratando das medicações de alto custo, o acesso é limitado (BOTEGA, 2015).

2.2.1 MAGNITUDE DO SUICÍDIO E DO HOMICÍDIO NO MUNDO

De acordo com estimativas da Organização Mundial da Saúde (OMS), realizadas para o ano de 2012, mais de 800 mil pessoas cometem suicídio por ano, representando cerca de um suicídio a cada 45 segundos em algum lugar do planeta. É a segunda causa de morte mais frequente entre jovens de 19 e 25 anos de idade. Com relação ao homicídio, em 2012, houve 437 mil vítimas no mundo (WORD HEALTH ORGANIZATION, 2014).

Ainda segundo a OMS, o suicídio representa 1,4% do total de mortes em termos globais. No final de cada ano, o suicídio constitui 50% das mortes violentas entre homens e mulheres. Acerca desses índices, a OMS diz que o suicídio elimina mais pessoas no mundo do que homicídios, desastres naturais, conflitos civis ou mortes por decorrência de guerras. A somatória geral representa 669 mil vidas por ano. Tentativas de suicídio são 10 a 20 vezes mais constantes do que o suicídio consumado.

De acordo com os dados da OMS, 1,3 milhão de jovens entre 15 e 29 anos morrem no mundo anualmente, vítimas de causas evitáveis ou tratáveis (WORD HEALTH ORGANIZATION, 2014). O gráfico a seguir mostra as principais causas:

Gráfico 1 – Mortalidade de jovens entre 15 e 29 anos no mundo

Fonte: Adaptado de WORD HEALTH ORGANIZATION (2014).

Para a OMS, a primeira causa de morte entre os jovens é o acidente de trânsito. O suicídio fica em segundo lugar. Em seguida temos a HIV/AIDS, ficando na terceira colocação, e por último, em quarto lugar, a violência, ou seja, homicídios. O Brasil é o 6º país do mundo com mais homicídios em vítimas jovens (WORD HEALTH ORGANIZATION, 2014).

2.3 SUICÍDIO E HOMICÍDIO NAS REGIÕES CULTURAIS BRASILEIRAS

O Brasil é o 8º país com mais suicídios de acordo com a Organização Mundial de Saúde:

O Brasil é o oitavo país em número de suicídios. Em 2012, foram registradas 11.821 mortes, sendo 9.198 homens e 2.623 mulheres (taxa de 6,0 para cada grupo de 100 mil habitantes). Entre 2000 e 2012, houve um aumento de 10,4% na quantidade de mortes – alta de 17,8% entre mulheres e 8,2% entre os homens. O país com mais mortes é a Índia (258 mil óbitos), seguido de China (120,7 mil), Estados Unidos (43 mil), Rússia (31 mil), Japão (29 mil), Coreia do Sul (17 mil) e Paquistão (13 mil) (BRASIL, 2014).

Os coeficientes de mortalidade por suicídio no Brasil podem ser consideravelmente inferiores aos de outros países, como os Estados Unidos e Japão, por exemplo. As 11.821 mortes registradas no Brasil por suicídio no ano de 2012 correspondem, em média, a 32 mortes por dia (WORD HEALTH ORGANIZATION, 2014).

Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA), em uma comparação feita em 154 países, o Brasil fica entre os 12 países com maiores índices de homicídio por 100 mil habitantes. El Salvador fica em primeiro lugar no quesito de taxas elevadas de homicídios entre os jovens (CERQUEIRA, 2016).

De acordo com as estatísticas da OMS, podemos perceber que o suicídio comparado ao homicídio no Brasil é bastante inferior, porém cresce a cada ano, apresentando índices preocupantes. De acordo com o relato da OMS, o Brasil é o 4º país em crescimento de suicídios na América Latina. Entre 2000 e 2012, apenas cinco países da América Latina tiveram esse aumento. A Guatemala fica em primeiro lugar com aumento de 20,6%, o



México em segundo lugar com percentual aumentado em 16,6%, Chile em terceiro lugar com 14,3%, Brasil em quarto lugar com 10,4% e Equador em quinto lugar com aumento de 3,4% (BBC BRASIL, 2014).

De acordo com a tabela 1, entre as cinco regiões brasileiras, os maiores índices de suicídio encontram-se no Sul. No que se refere a homicídio, o Brasil fica entre os 12 países com maiores índices, com taxa de 29,1 por 100.000 habitantes. Estas mortes correspondem a uma taxa superior a 10 % dos homicídios registrados no planeta, colocando o Brasil como número absoluto de homicídios. Entre as cinco regiões brasileiras, o Nordeste fica na primeira colocação.

Tabela 1: Mortalidade por suicídio e homicídio em taxas por 100.000 habitantes no Brasil

Suicídio por região	Taxa de suicídio por 100 mil hab.	Homicídio por região	Taxa de homicídio por 100 mil hab.
Sul	8,5	Nordeste	38,9
Centro – Oeste	6,5	Centro - Oeste	38,2
Sudeste	4,9	Norte	37,3
Nordeste	4,3	Sul	24,0
Norte	4,2	Sudeste	21,0

Fonte: Adaptado de WAISELFISZ (2014).

2.3.1 SUICÍDIO E AS ETNIAS BRASILEIRAS

Com relação ao índice por culturas brasileiras, de acordo com a tabela 2, os indígenas são líderes em taxas de mortalidade por suicídio com um número 132% maior do que a mortalidade por suicídio geral (6,0/100.000), apresentando um crescimento de 68,7% entre os anos de 2000 e 2012. Em segundo lugar, os brancos, com crescimento de 1,2 por 100.000 habitantes. Em terceiro lugar, os pardos com crescimento de 2,6 por 100.000 habitantes. Em quarto lugar, a raça preta com um pequeno aumento de 0,3 por 100.000 habitantes e em quinto lugar a raça amarela, porém, diferentemente das outras raças, houve redução visível nos índices de suicídio, sendo 6,4/100.000 em 2000 e 2,2/100.000 em 2012. Não há uma explicação específica para a redução de suicídios na raça amarela (DEEPASK, 2012).

Tabela 2: Mortalidade por suicídio de acordo com a raça/cor e ano

Raça/cor	2000	2012
Indígena	8,6	14,4
Branca	5,4	6,6
Parda	3,3	5,9
Preta	4,0	4,3
Amarela	6,4	2,2

Fonte: Adaptado de Deepask (2012).



Não há esclarecimento específico para os índices de suicídio serem tão elevados na cultura indígena nos últimos dez anos, porém, pesquisadores apontam como possíveis causas religião, economia, políticas de saúde e educação ineficientes, entre outras motivações (BOTEGA, 2015).

2.3.2 VARIAÇÕES DE SUICÍDIO DE ACORDO COM O SEXO E A IDADE NO BRASIL

Para Varnik (2012), na grande maioria dos países, as mortes por suicídio apresentam taxas que são de 3 a 4 vezes maiores entre o sexo masculino. Porém, desde a década de 90, observa-se que em diversos países houve uma singela diminuição na diferença entre as taxas de homens e mulheres. Na China, por exemplo, até o final da década de 90, jovens mulheres que residiam na zona rural se sobrepunham à taxa de suicídios masculinos. Dados mais atualizados apontam que essa predominância deixou de permanecer, e que tanto nas zonas rurais quanto nas urbanas, as taxas de suicídio do sexo masculino sobressaem levemente em relação ao sexo feminino.

No Brasil, com o aumento da idade, as taxas de suicídio são marcantes principalmente para o sexo masculino. No período de 1980 a 2006, as taxas de suicídio seguiram de forma mais acentuada (Botega 2015). Assim, Lovesi et al. (2009, p. 88) chegaram à conclusão de que "As taxas de suicídio cresceram mais entre os indivíduos com idades entre 20 e 59 anos (30%) do que entre aqueles com idade maior que 60 anos (19%)."

2.3.3 MEIOS UTILIZADOS NO SUICÍDIO E NO HOMICÍDIO

Para Shacker (2007, p. 16), "pessoas do sexo masculino utilizam os meios mais violentos para o suicídio, e conseqüentemente mais fatais do que as do sexo feminino". De acordo com a World Health Organization (2014), em tradução literal Organização Mundial da Saúde, os meios mais utilizados para o suicídio variam de acordo com o acesso e a cultura que a sociedade tem. Ainda podem variar no decorrer do tempo e ter grande influência em decorrência de gêneros, faixa etária, entre outros fatores. Na Austrália e na Inglaterra, a intoxicação por gases e o enforcamento predominam; na China e no Sri Lanka, o envenenamento por pesticidas; nos Estados Unidos, a arma de fogo é predominantemente usada.

Apesar de nos homicídios os meios empregados serem diversos, as armas de fogo prevalecem. A United Nations Office on Drugs and Crime (2014), em português Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, explicita que:

Armas de fogo são as armas do crime mais comumente utilizadas, causando quatro a cada 10 homicídios no mundo, ao passo que cerca de um quarto das vítimas são mortas com lâminas e objetos afiados e pouco mais de um terço morre por outros meios (tais como estrangulamento, envenenamento etc.) O uso de armas de fogo é particularmente prevalente na América, onde dois terços dos homicídios são cometidos com armas de fogo, enquanto objetos pontiagudos são usados com mais frequência na Oceania e Europa.

2.4 CRÍTICA SOBRE AS ESTATÍSTICAS DE MORTES NO BRASIL

Para Mello Jorge et al. (2002), o suicídio e o homicídio enquadram-se nas mortalidades que ocorrem pelas intituladas causas externas, ou seja, causas não naturais. Entre as mortes por causas externas, estão inclusos os acidentes de trânsito, os suicídios, os homicídios, entre outros. Embora as estatísticas de suicídio sejam omitidas, negligenciadas e duvidosas, é perceptível que esse tipo mortalidade na sociedade cresce a cada dia no Brasil. No homicídio, os índices no Brasil também crescem, entretanto, os números são bem mais elevados do que nas mortes por suicídio.

Pela legislação vigente no Brasil (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, com as alterações introduzidas pela Lei nº 6.216, de 30 de junho de 1975), nenhum sepultamento



poderá ser efetuado sem a certidão de registro de óbito condizente. Esse registro deverá ser efetuado na Declaração de Óbito (DO) ou, na falta de médico na localidade, por duas pessoas qualificadas que tenham corroborado ou testemunhado a morte (BRASIL, 1973).

Para Waiselfisz (2014), quando um óbito devido a causas externas é registrado, descreve-se tanto a natureza da lesão quanto as circunstâncias que a originaram. Assim, para a codificação dos óbitos, foi utilizada a causa básica, entendida como o tipo de fato, violência ou acidente causante da lesão que levou o indivíduo à morte. Dentre as causas de óbito estabelecidas pelo CID-10, foram utilizadas as seguintes:

- Acidentes de Transporte, que correspondem às categorias V01 a V99 do CID-10 e incorpora, além dos comumente denominados "acidentes de trânsito", outros acidentes derivados das atividades de transporte, como aéreo, por água etc.;
- Homicídios Dolosos, ou simplesmente Homicídios, que correspondem à somatória das categorias X85 a Y09, recebendo o título genérico de Agressões;
- Suicídios, que correspondem às categorias X60 a X84, todas sob o título Lesões Autoprovocadas Intencionalmente.

Os índices explicitados neste trabalho são enviados oficialmente por países-membros da OMS ou por instituições responsáveis acerca do suicídio e do homicídio. O problema é que se não forem feitas de forma adequada e regular, as análises dos índices podem sofrer prejuízos na tendência e comparação entre países. O coeficiente de mortalidade por suicídio é representado pelo número de suicídios para cada 100.000 habitantes no decorrer de um ano. No homicídio, equivale ao mesmo coeficiente. Também se usa taxa de suicídio ou taxa de homicídio com o mesmo coeficiente de mortalidade.

De acordo com Botega (2015), em uma grande proporção de mortes por causas externas, ou seja, causas não-naturais, registra-se apenas o modo de morte, não a intenção. Um exemplo: quedas e afogamentos são representados por um índice de 10,9% de modo geral às mortes por causas externas.

Botega ainda ressalta a necessidade de cautela na interpretação de coeficientes de mortes em localidades ou países com números menores de habitantes:

É preciso cautela na interpretação de coeficientes de mortalidade em países ou localidades com pequeno número de habitantes. Algumas mortes a mais ou a menos implicam uma variação muito grande nos coeficientes, que, por meio de um artifício aritmético, são extrapolados para um denominador de 100 mil pessoas. Aliás, outras fontes de erros na determinação de um coeficiente são a estimativa do tamanho populacional e a falha na padronização do coeficiente (correções que consideram a composição, por faixa etária, da população) (BOTEGA, 2015, p. 58).

No Brasil, os dados de mortalidade por suicídio provêm de informações em atestados de óbitos, reunidos pelo Sistema de Informação de Mortalidade (SIM) do Ministério da Saúde. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2010) avalia que 9,5% dos óbitos não foram descritos nos registros em cartórios. No Brasil, estados como Norte e Nordeste, no quesito falta de registro de óbitos, apresentam índices superiores aos de outros estados brasileiros.

Para Paes e Gouveia (2010), no Brasil, os atestados de óbitos são falhos, sendo ineficazes na produção de informação sobre as mortes, deixando omitidas muitas vezes a real causa, levando ao alto índice de óbitos mal definidos. Chegam a ser omitidas as causas das mortes em 46% para os homens e 51% para as mulheres, no estado da Paraíba, por exemplo.

Segundo Drumond et al. (1999), embora sejam falhas as informações declaradas de mortalidade no Brasil, o município de São Paulo apresenta uma qualidade superior de dados apresentados. Entretanto, no estudo realizado pelos pesquisadores, 66% dos óbitos seguiram sem causa determinada.



3 CONCLUSÃO

O suicídio é de fato uma crise do século XXI, pois a morte é vista por um contingente cada vez maior de pessoas como solução única para as turbulências emocionais sofridas. A depressão é uma epidemia silenciosa do século atual, tornando-se frequente em clínicas psiquiátricas, já que o suicídio é a consequência fatal da doença. A crise leva ao colapso existencial, gerando vivências de desamparo, angústias, sentimentos de incapacidade e esgotamento, ou seja, ocasionando a falta de perspectiva para o indivíduo em risco de suicídio.

O crescimento do suicídio no país não será de fácil reversão sem a busca de melhorias nos campos das condições da existência humana. Essas melhorias exigem apoio da medicina, da população e principalmente do governo. Melhorias no acesso aos serviços de saúde, políticas voltadas para informações constantes acerca do suicídio, aplicações de leis mais rigorosas que possibilitem ao estado proteger pessoas em risco de suicídio. Campanhas mais rigorosas com relação ao desarmamento também são primordiais para a efetivação da diminuição desses índices, pois a sociedade tem o direito à saúde e à proteção, direitos esses fundamentais, estabelecidos pela Constituição de 1988.

Para a redução do impacto dessas mortes de causas externas consideradas evitáveis ou tratáveis, países como o Brasil devem atentar e inovar nos programas de prevenção e estes devem ser fundamentados no discernimento sobre fatores de riscos locais. Sendo um país desigual, o Brasil revela importantes diferenças regionais como explicitado no presente artigo. Portanto, não seria possível tratar as mortalidades por suicídio e por homicídio como um fenômeno unificado.

Os indígenas apresentam taxas elevadas quanto ao suicídio, necessitando de atenção especial do governo. Em relação ao homicídio, considera-se a necessidade de implementação de medidas de segurança mais eficientes, destacando que a atual estrutura de serviços da segurança pública é insuficiente para a demanda populacional que o país possui. Além disso, deve-se levar em consideração mais rigor na aplicabilidade das leis aos agentes que cometem homicídios.



REFERÊNCIAS

- ALMAS, Redenção. **Homicídio: O aborrecer mortal**. Igreja Pentecostal da Anunciação, 2013. Disponível em: <<http://igrejapentecostaldaanunciacao.blogspot.com.br/2013/10/homicidio-o-aborrecer-mortal.html>>. Acesso em: 12 set. 2016.
- ALVAREZ, A. **O deus selvagem: um estudo do suicídio**. Tradução Sônia Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- BBC BRASIL. **OMS: Brasil é o 4º em crescimento de suicídios na América Latina**. BBC NEWS, 2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/09/140904_suicidios_brasilrg>. Acesso em 27 ago. 2016.
- BHASKARANANDA, Swami. **As doutrinas do karma, predestinação e reencarnação**, 2016. Disponível em: <<http://www.estudantedavedanta.net/A%20DOUTRINA%20DO%20KARMA.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2016.
- BOTEGA, Neury José. **Crise suicida: avaliação e manejo**. Porto Alegre: Artmed, 2015.
- BRASIL é o 8º país com mais suicídios no mundo, aponta relatório da OMS, 2014. **G1**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2014/09/brasil-e-o-8-pais-com-mais-suicidios-no-mundo-aponta-relatorio-da-oms.html>>. Acesso em: 21 ago. 2016.
- BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015_compilada.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- CERQUEIRA, Daniel. et al. (Orgs.). **Atlas de violência**. Brasília, IPEA, 2016.
- CONGREGAÇÃO ISRAELITA PAULISTA. **Por que razão se discrimina quanto à localização das sepulturas dos suicidas nos cemitérios judaicos**, 2016. Disponível em: <<http://www.cip.org.br/chevra-kadisha/duvidas-frequentes/por-que-razao-se-discrimina-quanto-a-localizacao-das-sepulturas-dos-suicidas-nos-cemiterios-judaicos/>>. Acesso em: 17 ago. 2016.
- DEEPASK. O Mundo e as Cidades através de gráficos e mapas. **Veja ranking de estados pelo número de suicídios no Brasil**, 2012. Disponível em: <<http://www.deepask.com.br/goes?page=Veja-ranking-de-estados-pelo-numero-de-suicidios-no-Brasil>>. Acesso em: 15 set. 2016.
- DHAMMANANDA, Ven. Dr. K. Sri. **No que os Buddhistas acreditam**, 2007. Disponível em: <<https://noqueosbuddhistasacreditam.wordpress.com/2007/09/17/comentendo-suicidio/>>. Acesso em 20 ago. 2016.
- DRUMOND, M.; et al.. Evaluation of the quality of mortality information by unspecified accidents and events of undetermined intent. **Revista Saúde Pública**, 1999.
- DURKHEIM, Émile. O suicídio: estudo de sociologia. São Paulo: Martins Fontes, 2000.



FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, 1910-1989. **Mini Aurélio do Século XXI Escolar**: O minidicionário da língua portuguesa. Coordenação de edição, Maria dos Anjos, Marina Baird Ferreira; lexicografia: Margarida dos Anjos [et al.]. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2001.

HAYEK, Samir El. **O alcorão sagrado**, 2006. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/alcorao.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estatística dos Registros Cíveis**, 2009. Rio de Janeiro, 2010.

KURCGANT, D; WANG, Y. P. Religião e comportamento suicida: a cultura da morte, 2004. In. MELEIRO, A; TENG, CT; WANG, YP. (Coords). **Suicídio**: estudos fundamentais – Aspectos históricos do suicídio no ocidente. São Paulo: Segmento Farma. p. 38-51.

LEAL, José Carlos. **O homicídio à luz do espiritismo**. Correio Espirita, 2014. Disponível em: <<http://www.correioespirita.org.br/categoria-de-materias/artigos-diversos/1425-o-homicidio-a-luz-do-espiritismo>>. Acesso em: 12 set. 2016.

LOVESI, G. M. et al.. Análise epidemiológica do suicídio no Brasil entre 1980 e 2006, 2009. **Revista Brasileira Psiquiátrica**. Vol. 31, suppl. 2, p. S88 – S89. Disponível em: <http://www.saudeemmovimento.com.br/reportagem/noticia_frame.asp:cod_noticia=3526>. Acesso em: 18 set. 2016.

MARIANO, Ricardo. **Sociologia do crescimento pentecostal no Brasil**: um balanço. 2011. Disponível em: <<http://sociologia.fflch.usp.br/sites/sociologia.fflch.usp.br/files/Sociologia%20do%20crescimento%20pentecostal%20no%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

MELEIRO, A. M. A. S; BAHLS, S. C. O comportamento suicida, 2004. In MELEIRO, A. M. A. S; TENG, C. T; WANG, Y. P. (Coords). **Suicídio**: estudos fundamentais. São Paulo: Segmento Farma. p. 14-22.

MELLO JORGE, et al. O sistema de informações sobre mortalidade: problemas e propostas para o seu enfrentamento II – mortes por causas externas. **Revista Brasileira de Epidemiologia**, v. 5, n. 2, p. 212-223, 2002.

MINOIS, Georges. **História do suicídio**. Tradução: Serafim Ferreira. Lisboa, 1998. Ed. Teorema, p. 39

OI, Mariko. Dia de volta às aulas é o que mais tem suicídio de jovens no Japão. **BBC News**, 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150901_japao_aulas_abc>. Acesso em: 20 ago. 2015.

OUTEIRIAL, F. H. **O suicídio entre os jovens índios Guarani – Kaiowá**: A violência da destruição cultural. 2006. Trabalho de Conclusão de Especialização (Especialista em Ciências Penais) Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<http://www.rebraps.com.br/2015/10/o-suicidio-entre-os-jovens-indios.html>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

PAES, N. A; GOUVEIA, J. F. Recovery of the main causes of death in the Northeast of Brazil: impact in life expectancy. **Revista Saúde Pública**, 2010.



RABELO, José. **O cristão e o suicídio**. 2010. Disponível em: <https://www.portalpa-dom_com.br/o-cristao-e-o-suicidio/>. Acesso em: 20 ago. 2017.

SANTANA, Ana Lúcia. Significado de suicídio. **Info Escola**, 2016. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/sociologia/suicidio/>>. Acesso em: 28 de agosto de 2016.

SHACKER, C. E. **Suicídio**: perfil epidemiológico do suicídio no extremo oeste do Estado de Santa Catarina, Brasil. 2007 Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rprs/v30n2/v30_n2a07>. Acesso em: 10 set. 2016

SIDDIQI, Mufti Muzammil. O alcorão ensina a violência? **Islam em linha**, 2016. Disponível em: <<http://www.islamemlinha.com/index.php/artigos/o-nobre-alcorao/item/o-alcorao-ensina-a-vilolencia>>. Acesso em: 11 set. 2016.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). **Cerca de 437 mil pessoas foram assassinadas no mundo em 2012, de acordo com novo estudo do UNODC**. UNODC, 2014. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2014/04/10-some-437000-people-murdered-worldwide-in-2012-according-to-new-unodc-study.html>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

VARNIK, P. Suicide in the world. **Int J Environ Res Public Health**, 2012.

WAISELFISZ, Júlio Jacobo. **Mapa da violência**: os jovens do Brasil, 2014. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil_Preliminar.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016.

WORD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **World Health Statistics 2014**. Disponível em: <http://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/2014/en/>. Acesso em 30 de agosto de 2016.

YUN, Hsing. **Budismo**: Significados profundos. 2. ed. São Paulo: Escrituras, 2011.



AUTONOMIA DA VONTADE X SACRALIDADE DA VIDA HUMANA – EUTANÁSIA

Bárbara Kelly Batista do Nascimento ¹
Caroline Leite Camargo ²

RESUMO: Em se tratando da eutanásia que é um assunto muito controverso e de grande importância para o campo jurídico. Tem como objetivo encurtar a agonia do indivíduo que não consegue mais viver com dignidade devido à presença de uma doença crônica ou deficiência física permanente ou que estão em um estado vegetativo. A garantia fundamental da dignidade humana, da autonomia da vontade, e as considerações bioéticas acerca do tema, é base também para a aplicação da defendida eutanásia em nosso ordenamento jurídico, que diante de outros países se demonstra retrógrado. Os principais aspectos a ser levado em consideração acerca da eutanásia é o sofrimento infindável da pessoa e a compaixão como elemento mais importante no debate sobre a eutanásia. O aumento do envelhecimento populacional, pode ser uma das hipóteses do surgimento do possível direito de morrer, pois tem se tornado mais recorrentes moléstias crônicas e degenerativas, entre a população. O principal objetivo da pesquisa é analisar acerca do direito de morrer com dignidade, posto que a morte faz parte da vida, pois tudo que vive tem um fim e esse fim deve ser pautado na autonomia da vontade e na dignidade. Para a realização da pesquisa de revisão bibliográfica foi usado o método indutivo.

Palavras-chave: Eutanásia. Morte Digna. Princípio da autonomia e dignidade da pessoa humana.

AUTONOMY OF WILL X SACRALITY OF HUMAN LIFE – EUTHANASIA

ABSTRACT: When it comes to euthanasia, it is a very controversial subject and of great importance to the legal field. It aims to shorten the agony of the individual who is no longer able to live with dignity due to the presence of a chronic disease or permanent physical disability or who are in a vegetative state. The fundamental guarantee of human dignity, autonomy of will, and bioethical considerations on the subject, is also the basis for the application of the defended euthanasia in our legal system, which in the face of other countries is shown to be retrograde. The main aspects to be taken into account about euthanasia are the person's endless suffering and compassion as the most important element in the debate about euthanasia. The increase in population aging may be one of the hypotheses for the emergence of the possible right to die, as chronic and degenerative diseases have become more recurrent among the population. The main objective of the research is to analyze the right to die with dignity, since death is part of life, as everything that lives has an end and this end must be based on the autonomy of the will and dignity. To carry out the literature review research, the inductive method was used.

KEY-WORDS: Euthanasia. Dignified Death. Principle of Autonomy and Dignity of the human person.

¹ Acadêmica da Faculdade de Direito da UniRV.

² Professora na Faculdade de Direito da UniRV. Orientadora.



1 INTRODUÇÃO

O estudo a ser desenvolvido baseia-se na busca de pesquisas de cunho bibliográfico, por intermédio de doutrinas, livros, trabalhos e artigos acadêmicos, teses, dissertação e monografias, com uma abordagem qualitativa e métodos explorativos, observando a eutanásia dentro da lei e da carta magna, com foco nos princípios constitucionais.

Sabe-se que a eutanásia é um assunto de grande polemica, quase que inaceitável para algumas pessoas, pelo fato de envolver diversas problemáticas, como religião ética, leis e aspectos sociais, sendo uma prática permitida em alguns lugares e extremamente repudiada em outros. A eutanásia é um tópico envolto de polemicas, que gera diversas controvérsias em nosso país, tendo quem apoie e defenda, tanto quanto quem condene por instinto ou por crenças pessoais.

Eutanásia é basicamente proporcionar uma morte piedosa e indolor a pacientes acometidos de enfermidades, em fase terminal, ou em um estado irreversível, sem perspectivas de recuperação cuja vida em um leito hospitalar é extremamente dolorosa, uma tortura física e mental. Os pacientes em sua maioria, nesse tipo de situação chega a suplicar a tal morte digna, quando já não possuem mais forças ou não encontram mais sentido na vida ou em viver naquela determinada situação, sem esperança, sofrendo cada dia mais, tornando a espera pela morte "natural" infundável e dolorosa.

É de conhecimento coletivo que a legislação brasileira vigente não permite a prática da eutanásia, enquadrando quem pratica nos termos dos artigos 121 § 1º, homicídio privilegiado ou também pelo artigo 122, por auxílio ao suicídio, ambos do código penal. Nosso país em comparação com outros de primeiro mundo, como a Holanda, Austrália, suíça e Bélgica, países esses que já praticam a eutanásia voluntária e o suicídio assistido, está extremamente atrasado, e a um passo atrás em se tratando de melhoria em questão de saúde pública, e nos debates jurídicos envolvendo a eutanásia e o desejo do indivíduo.

Podemos dividir a eutanásia em ativa ou passiva, voluntária ou involuntária. Quando envolve a ação de um médico, e se utiliza de meios que findem a vida do enfermo, quando se tem uma ação, é considerada na modalidade ativa, a passiva se refere a omissão de recursos, como medicamentos, tratamentos artificiais, comida, hidratação. Já a eutanásia voluntária, envolve o desejo do paciente, e a involuntária refere-se a sua incapacidade de manifestar seus desejos e consentimentos.

Analisar-se-ão, no decurso do presente trabalho todas as indagações, envolvidas no tema. Expor que o direito de morrer dignamente deve ser um bem tutelado é o alicerce do artigo, pois todo indivíduo possui direito de escolha sobre o que fazer com sua vida, não podendo ser limitada a escolha de cada um por motivos de crenças e tabus, ainda mais ao considerar que se trata de um desejo tão subjetivo, envolvendo a vida e a dignidade da pessoa humana.

2 BIOÉTICA E BIODIREITO

A bioética como um campo de informações interdisciplinares, preocupa-se com questões envolvendo vida e a saúde dos indivíduos, e traz consigo princípios que abrangem a beneficência, não maleficência, autonomia e Justiça. Maria Helena Diniz (2011, p. 33) define a bioética, como:

A bioética seria, em sentido amplo, a resposta da ética às novas situações oriundas das ciências no âmbito da saúde, ocupando-se não só dos problemas éticos, provocados pelas tecnociências biomédicas e alusivos ao início e fim da vida humana, às pesquisas com seres humanos, às formas de eutanásia, à distanásia, às técnicas de engenharia genética, às terapias gênicas, aos métodos de reprodução humana assistida, à eugenia, à eleição do sexo do futuro descendente a ser concebido, à clonagem de seres humanos.



Apesar de ela possuir o estudo da vida como objeto principal, ela também trata da morte. Seu campo de estudo não se limita apenas a área da medicina, ela abraça vários outros ramos, como a sociologia, a filosofia, a psicologia, dentre inúmeros outros.

A partir da bioética surge o biodireito, que veio através de alterações de paradigmas biotecnocientíficas, para prevenir-se de possíveis embates, envolvendo a ciência a ética e a moral, o biodireito normatizou atitudes lícitas, se apoiando nas garantias fundamentais, e estabeleceu regras e fronteiras, ou seja, normatizou permissões referente ao comportamento de médicos e cientistas. E em relação ao conceito de biodireito, Reinaldo Pereira Silva (2002. p. 12) alega:

O biodireito nada mais é do que a produção doutrinária, legislativa e judicial acerca das questões que envolvem a bioética. Vai desde o direito a um meio-ambiente sadio, passando pelas tecnologias reprodutivas, envolvendo a autorização ou negação de clonagens e transplantes, até questões mais corriqueiras e ainda mais inquietantes como a dicotomia entre a garantia constitucional do direito à saúde, a falta de leitos hospitalares e a equânime distribuição de saúde à população.

O biodireito e a bioética estão lado a lado, podemos apontar como a principal diferença entre os dois ramos, a forma de abordagem e a força coercitiva que elas possuem, pois, a questão ética pode ser interna ou social, já o direito ele possui de meios coativos e força institucional para exigir o cumprimento de suas deliberações.

Os mandamentos do biodireito estão todos gravados na carta magna de 1988, visto que por exemplo, os princípios da solidariedade, da liberdade, do resguardo da integridade da pessoa humana, princípio da igualdade, princípio da proteção à saúde e dentre outros, eles correspondem a pontos preservados pelo biodireito.

No meio jurídico brasileiro são escassos artigos de leis que tratem do biodireito, o que se tem em maior quantidade são as resoluções do CFM. É importante ressaltar as resoluções 1.995/2012 que trata das vontades antecipadas de pacientes, o "testamento vital", e a resolução 1.805/2006 que permite a limitação ou suspensão de procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida de pacientes estágio terminal, ou com enfermidades graves e incuráveis, respeitando o desejo do paciente ou de seu representante legal, essa resolução fala sobre a prática da ortotanásia.

É necessário um tratamento vindo do nosso legislativo a respeito desse ramo do direito que apesar de novo, tem se tornado visivelmente presente na vida de muitos indivíduos, abordando assuntos que na maioria das vezes coloca em confronto direitos fundamentais, como o direito à vida e a autonomia da vontade.

É de se questionar até que ponto o direito pode tutelar a vida de alguém. A medicina tem evoluído em grande escala e a legislação não pode ficar para trás, garantir a inviolabilidade da vida a qualquer custo nem sempre é a melhor opção, a depender do caso concreto, muitas vezes gera mais sofrimento a pacientes extremamente debilitados.

O início e o fim da vida é um evento certo e inevitável, que todos estão fadados a passar. Trata-se de um acontecimento repetitivo, que pode ser observado por diversas vezes em nosso cotidiano, na história, em noticiários e até mesmo retratado em livros e filmes. A morte como parte desse ciclo é um assunto de grande reprovação ou de pouco debate entre todos, podemos dar causa a esse fato o interdito social em relação a esse tema, evitado por total em sua essência. É inegável todo o avanço da ciência e da tecnologia até hoje, e mesmo diante dessa constante evolução, ainda não se atingiu avanços suficientes que conseguisse propiciar a vida longa, ansiada por muitos, e tão pouco trouxe respostas suficientes sobre os mistérios envolvendo o fim da existência.



3 A AUTONOMIA DA VONTADE, HÁ O DIREITO DE MORRER?

A vida como um bem tutelado constitucionalmente é um pressuposto básico da existência, um direito fundamental, e a morte assim como a vida, também faz parte dessa existência, o que faz com que os principais debates em torno da eutanásia se centralizam entre o princípio da autonomia da vontade e o da sacralidade da vida.

Diante desses aspectos surgem indagações a respeito do limite da autonomia privada e a possibilidade de deliberação sobre o fim de nossa própria existência, optar por procedimentos que assegurem a todo custo essa tutela da vida, ou optar pela ausência deles.

Todo organismo vivo que habita o planeta terra, está em constante evolução, o homem principalmente, cada dia mais exibindo o brilhantismo de sua mente, desde a viagem à lua ao descobrimento de remédios que curam e previnem doenças que já foram motivo de declínios de civilizações. O homem tarda a morte com seu conhecimento científico, com seus "remédios", mas não aceita o fato de que toda vida tem seu fim. Nas palavras de Maria Elisa Vilas Boas (2008, p. 64):

É antiga a interferência humana no momento da morte, mas ganhou especial relevância em face da intensa evolução tecnológica ocorrida na segunda metade do século XX. Nos dias atuais, é possível prolongar artificialmente a existência de um doente, ainda que a medicina não lhe possa oferecer nenhuma expectativa de cura ou mais conforto nesse fim de vida prolongado.

A verdade é que nem tudo está sob nossa jurisdição, podemos ter meios de prorrogar a vida, mas não de vencer a morte, fato certo e incontestável.

Embora toda a cautela quando se trata do fim da vida, a morte ainda é fonte de fascínio e medo, por mais que seja um evento tão natural quanto crescer, se desenvolver e se reproduzir. A ideia de a vida ser finita causa agonia em muitos, trata-se de discussões que atravessaram gerações, que faz os maiores estudiosos que estão na busca incessante por respostas arrancarem seus cabelos, e terminarem a vida sem ao menos entender os mistérios do fim.

Apesar de saber que a morte é uma condição da existência, e que ela nos acompanha desde a nossa concepção, e que cada dia que passa estamos mais próximo a ela, essa discussão ainda é tabu para muitos, o que transforma a eutanásia, distanásia e ortotanásia em práticas incompreendidas e inaceitáveis por muitas pessoas. Discutir a opção da morte voluntária se torna complexo e controverso, apesar de ser um tema de grande valor e relevância disciplinar, por englobar tantos ramos, como o religioso, o filosófico, o ético e o jurídico por exemplo.

O princípio da autonomia da vontade e da autodeterminação é argumento favorável à prática da morte voluntária, apesar de opiniões controversas se basearem no princípio da inviolabilidade da vida que é um bem tutelado constitucionalmente. Porém também podemos encontrar argumentos intermediários a essa prática, que tentam harmonizar os diversos posicionamentos com o princípio da autonomia.

A palavra autonomia, derivada do grego *autos* (próprios) e *nomos*, (autoridade regra ou lei), originalmente utilizada para expressar a independência e o autogoverno das cidades-estados. Termo que na década de 1970, devido todos os avanços médicos e experimentos, foi agregada a biomedicina, que se tornou significado de atribuição de poder para se tomar decisões de cunho médico. Em paralelo podemos dizer que uma pessoa com autonomia plena tem os mesmos poderes e garantias que um estado possui: independência.

Nosso código civil apesar de sua idade, e sua linguagem pedante, já contempla essa autonomia da vontade do paciente em seu artigo 13 que diz; "salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da



integridade física, ou contrariar os bons costumes”, da mesma forma abordada no artigo 15 do mesmo código, onde diz: “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”, concluindo-se que pacientes podem deliberar sobre procedimentos médicos que não causem risco a sua vida, o que se torna uma contravenção do senso ético e jurídico.

A autonomia não pode ser associada apenas à capacidade para expressá-la, há situações em que o enfermo se torna incapaz de decisões, como nos estados vegetativos ou de inconsciência em geral. Ana Paula de Barcellos (2002, p. 223) explica que a autonomia da vontade “é justamente o poder de realizar escolhas livremente, partindo de valorações morais próprias, isentas de interferências externas”.

A partir disso surge a questão: podemos ter o direito de decidir sobre nós mesmos, como o ápice do exercício do direito de escolha e de liberdade? O doutrinador José Afonso da Silva (2005, p. 233), em seu trabalho “Curso de Direito Constitucional Positivo”, nos mostra uma definição de liberdade ou o que pode ser entendido como isso:

A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem: Assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outros limites senão os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites somente a lei poderá determinar.

A vida em volta de toda essa sacralidade nos leva por si só à rejeição da eutanásia, mas também a uma grande inclinação a aceitar a distanásia, que segundo palavras de Pessini (1996), “a ortotanásia tem o sentido de morte no seu tempo, sem abreviação nem prolongamentos desproporcionais do processo de morrer”.

A existência não deveria ser um fardo ou um dever, em determinadas situações, não podendo ser imposta a pacientes debilitados, sem ao menos lhe dar o direito à recusa, ser fadado a evitar a morte, prolongando a vida por meio de tratamentos ineficazes, degradantes e dolorosos.

É evidente que o sistema jurídico brasileiro protege tanto a vida dentro do útero quanto fora, não se tendo a possibilidade de escolha e deliberação para pessoas em estágio final, optar pela abreviação de seu sofrimento. Nossa legislação é omissa em se tratando de adequações terapêuticas para pacientes em estados terminais, porém o Conselho Federal de medicina se adiantou e chegou a publicar a resolução já falada, 1.805/2006 que dispõe:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao

sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

Essa resolução chegou a ser questionada junto ao poder judiciário, por intermédio de uma ação civil pública, o Ministério Público chegou a alegar a incompetência do CFM (conselho federal de medicina), para determinar lícita uma prática considerada crime. Em claro equívoco, pois a ortotanásia é uma prática permitida que não se confunde com a eutanásia, já que segundo (VILLAS-BÔAS, 2008, p. 67) “na ortotanásia há omissão ou suspensão de medidas que perderam sua indicação, por resultarem inúteis para aquele indivíduo, no grau de doença em que se encontra”.

Em contraparte é possível a interrupção de fetos com anencefalia ou frutos de estupro, levando em consideração aspectos de grandes sofrimentos psicológicos, que não é muito distante de situações de pessoas em leitos hospitalares fadas a definharem sem uma possibilidade de cura, ou melhora, são casos análogos tratados de forma ambígua, pelo nosso judiciário, que respeita e entende o sofrimento de uma mãe que não quer carregar



um feto fruto de sofrimento ou um feto condenado, oferecendo a ela dispor de vida alheia.

Nesse contexto, ter um direito de morrer não é contrário ao direito à vida, é apenas um meio de resguardar que o indivíduo tenha a sua dignidade protegida, independente da situação em que se encontra. Viver na própria pele a agonia e a penúria causadas por doenças incuráveis, e não poder escolher acabar com essa tortura deveria ser reconsiderada, evitar o falecimento a qualquer preço, não é uma forma de proteger a vida, mas sim um meio de prolongar o processo de morrer.

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA COMO BASE PARA VIABILIZAR O DIREITO À MORTE DIGNA

Nosso código penal criado no ano de 1940, em meio a fase da ditadura militar, não foi muito condescendente em relação aos direitos fundamentais. A eutanásia desde desse período é prática criminosa, apesar de não ser especificamente tipificada como crime, quem comete se enquadra no homicídio privilegiado, este termo se dá em razão dessa modalidade ser motivo de diminuição de pena.

O fato é que as leis de um país devem ser interpretadas a partir de sua norma maior, a constituição, o que não acontece no caso do direito à morte, com base no princípio da dignidade, resguardada pela nossa constituição, princípio esse que é um dos pilares basilares da República federativa do Brasil e também do estado democrático de direito, retratado em nada menos que no 1º artigo, inciso III, da Constituição Federal, são incontáveis os artigos constitucionais que partem do princípio da dignidade humana.

É precisamente no princípio da dignidade humana que o direito de morrer dignamente encontra respaldo, pois de fato não é possível viver dignamente se não houver mais vida, pois no sofrimento demasiado, sem perspectivas, e sem possibilidade de cura, não existe dignidade. Sobre o assunto (SARLET, 2010, p. 77) discorre:

A Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema e direitos fundamentais que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção de que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, razão pela qual se chegou a afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana atua como alfa e ômega do sistema das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais.

Trata-se de um princípio extremamente importante que nas palavras de Alexandre de Moraes (2010 p. 21) "a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida [...]". É absolutamente necessária a compreensão do ramo jurídico a respeito da aplicação desse princípio, quando invocado no caso concreto.

A dignidade da pessoa humana viabiliza o reconhecimento de outros direitos que não são abordados pela nossa constituição, já que o rol não possui cunho taxativo, esse princípio funciona como uma disposição aberta servindo de respaldo para o surgimento de novos direitos como por exemplo o direito de morrer defendido por este trabalho, em vista de que não existe uma vedação legal a respeito disso.

É necessário a defesa da supremacia dos princípios constitucionais, nos casos de pessoas em fase terminal, com doenças incuráveis acometidas de sofrimentos terríveis, considerando que nesses casos a pessoa não dispõe de dignidade, liberdade e independência, além de nenhuma qualidade de vida.

Compreender que a vida é um direito inerente à pessoa, traz a necessidade de uma revisão legislativa, para que possa ser aplicada no caso concreto. Refletir sobre a privação do estado em possibilitar o direito de escolha de cada indivíduo de que este decida da melhor forma qual fim dar a sua vida, e ainda assim resguardar seus direitos fundamentais,



considerando que não se possui uma hierarquia entre as garantias individuais.

É evidente que os princípios da Autonomia da Vontade e o da Dignidade da Pessoa Humana é o direito de decidir sobre os percursos da própria vida. É necessário posturas mais adequadas da legislação ao regular os conteúdos e os limites de um eventual "direito de morrer", tendo em vista a imprescindibilidade do diálogo entre os princípios de proteção à vida, autonomia da vontade e a dignidade do indivíduo no processo de morrer.

4 ANTECIPAÇÃO DA MORTE ATRAVÉS DA EUTANÁSIA

Sabe-se que a vida é um direito fundamental, protegido de diversas formas pela legislação brasileira atual, todas as normas e condutas visam sua proteção. Toda essa sacralidade em torno da vida humana, seja qual for seu motivo, religioso ou moral, faz com que muitas pessoas não aprovelem a ideia da eutanásia, transformando qualquer ato contra a vida abominável.

Diante dessa reprovação faz-se necessária uma conceituação concreta acerca do que é a vida, o que é viver e estar vivo, por conta disso, é uma tarefa extremamente difícil. A vida de cada um pode ser classificada em etapas, nascimento, crescimento, até chegar ao ponto onde ela perde sua total qualidade, e acaba deixando de ser vida, para se transformar em sofrimento, e por fim em morte. Conceito de vida segundo José Afonso Silva (SILVA, 2001, p. 197):

Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

A partir da compreensão adquirida pelo indivíduo, ao atribuir a vida um significado pessoal, torna legítima a preocupação acerca do modo de como se dará sua própria morte, pensamentos esses que se tornam mais recorrentes em pessoas em posição de vulnerabilidades, onde a vida e a morte se encontram posicionadas como um interesse de maior relevância.

É extremamente necessário mencionar os entendimentos de Ronald Dworkin, quando ele manifesta seus posicionamentos e opiniões a respeito dos direitos referentes à vida, dos quais a legislação não traz com especificidade regulamentação, para resoluções no caso concreto, quando se trata de eutanásia, em sua modalidade ativa. Para ele não existe caso que não haja uma solução possível, devendo buscar resguardo nos princípios disponíveis na legislação. Segundo DWORKIN (2009, p. 300):

Muitas pessoas têm uma razão paralela para preferir a morte se tudo que lhes restar for uma vida inconsciente e vegetativa. Para alguns, trata-se de uma preocupação compreensível sobre o modo como serão lembradas. Para a maioria, porém, o que está em jogo é uma preocupação mais abstrata e autodirigida com o fato de que sua morte, para além do que possa parecer, expresse sua convicção de que a vida foi valiosa devido ao que permitiu que eles fizessem e sentissem.

Considerando a premissa de que a vida é sagrada, e deve ser protegida a qualquer custo, qualquer procedimento que vise abreviá-la encontra severa resistência em várias correntes doutrinárias, por considerar a sacralidade da vida, mesmo que sem qualidade, acima de qualquer outro fato, transformando essa resistência na principal barreira contra a regulamentação de um possível direito de morrer, por levar em consideração apenas a proteção da vida sem considerar o desejo do principal interessado que é o paciente.



É de se indagar, vale a pena viver uma vida, quando esta já não se pode mais ser vivida, quando todas as esperanças de uma boa vida já se esvaíram. Boa vida aqui citada é viver com dignidade, é poder fazer escolhas, é não sofrer excessivamente.

Os argumentos em torno da eutanásia parte do direito de morrer quando o viver deixa de ser considerado digno e passa a ser degradante. Até os dias atuais a nuvem negra deixada pelas práticas asquerosas do nazismo, ceifou muitas possibilidades do surgimento de um direito de morrer com dignidade. O período de terror e as experiências eugênicas conduzidas por Hitler confundiu e confunde até hoje o senso comum, fazendo com que ainda se utilize, preconceituosamente, o termo eutanásia, como sinônimo de homicídio.

Com o passar das eras, principalmente após o fim da segunda grande guerra, foram elaborados muitos conceitos bioéticos, sobre a abreviação da vida, os termos mais ouvidos atualmente, quando se trata da intervenção na morte é a: Eutanásia, Distanásia, Ortotanásia e o suicídio assistido. Sem dúvida o termo mais famoso é a eutanásia, apesar de todas as divergências de opinião sobre o assunto, que partem de pontos de vistas éticos, religiosos e morais.

O termo eutanásia nos remete a um período longínquo, ele foi concebido no século XVII, pelo francês e filósofo Francis Bacon, onde o prefixo "eu" derivado do grego significa "bom" e que em conjunto com "thanatos" significa a "boa morte". Nesse sentido Vieira (2003, p. 86) sugere que:

A eutanásia, ou a morte doce, ou a morte tranquila, ou a morte misericordiosa, como preferem outros, implica também os meios de a provocar, dando imediata a todos os que padecem de uma doença incurável e preferem esse tipo de morte a prolongar seu tormento por longos períodos de sofrimento, antes que uma morte dolorosa se aproxime.

Para melhor entender o tema, a conceituação, mencionada por George Marmelstein (2008, p. 444), é necessariamente importante: "A eutanásia, cuja etimologia vem do grego e significa "boa morte", é a prática através da qual se abrevia, com o mínimo de sofrimento possível a vida de um enfermo incurável".

Importante ressaltar que a eutanásia se difere do suicídio assistido, onde ao praticar a eutanásia se tem o consentimento dado pelo paciente, ou por terceiros caso haja incapacidade, e a ação de abreviar a vida é feita por um médico. Já no suicídio assistido, se fornece meios para que o enfermo em fase terminal de fim a sua própria vida. Nem a eutanásia nem o suicídio assistido são aceitos no Brasil.

Em contrapartida a eutanásia temos a distanásia, palavra derivada do grego "distanthatos", que significa o "afastamento da morte". Ela basicamente consiste em prolongar ao máximo a vida de um enfermo, tomando de todos os métodos possíveis, mantendo um paciente terminal "vivo" a todo e qualquer custo, esperando talvez um milagre impossível, sem ao menos considerar a qualidade de vida ou a dignidade do indivíduo.

Tem-se também outro método de intervenção à morte natural, que é a ortotanásia, que nas palavras de Borges (2001) apud Bomtempo (2015), "morte correta", "orto" que significa "certo", thanatos: "morte". Se trata do não prolongamento, por meios artificiais do feito de morrer. Essa ao contrário da eutanásia é uma prática permitida no Brasil desde 2006, que veio com o intuito de escapar da distanásia, e apesar de ser permitida é necessário a aceitação do paciente ou de sua família se houver incapacidade de expressar suas vontades, nesse método só se utilizará de cuidados paliativos, com intuito de evitar sintomas, como dores.

Com frequência ouvimos histórias de pessoas que estão aguardando a morte, com sofrimento, por saber desde o início que não é possível ter a cura de sua doença, seja ela degenerativa, doenças genéticas, ou até mesmo adquirida por acidente, trazendo não apenas dores físicas, mas também psicológicas, condenados a aguardar o fim de sua agonia,



isso pelo cristalino fato de que foi dado ao Estado e não ao indivíduo o poder de decidir sobre quanto mais sofrimento pode-se aguentar.

A maior dificuldade está em reconhecer que há situações médicas em que a morte é a opção mais confortável que o prosseguimento de tratamentos, ou o isolamento do paciente a uma unidade de tratamento intensivo. Não faltará ocasiões em que pacientes e médicos verão os tipos de tratamentos de maneira diferente, reconhecendo que são diversos os tipos de situações em que as recomendações médicas sobre essas opções não corresponderão às expectativas de todos.

É extremamente importante salientar que a defesa do direito de ter uma morte digna trazida por este trabalho, é no que diz respeito a eutanásia, nisso temos duas possibilidades que seria a legalização ou a despenalização da prática. Países mais evoluídos como Holanda, Bélgica, Colômbia, Uruguai e Suíça, criaram leis específicas sobre o tema, os três primeiros, legalizaram o direito de tirar a própria vida, já a Suíça e o Uruguai despenalizaram essa prática.

Leocir Pessini (2007, p. 382) em sua obra "até quando prolongar a vida" traz argumentos favoráveis à prática da eutanásia:

A pessoa é o único juiz da qualidade e de sua dignidade. Ninguém pode julgar por ela. É o olhar que tem de si mesmo que vale e não o olhar dos outros. A dignidade é uma compreensão pessoal que ninguém pode interpretar. É um componente da liberdade de cada pessoa. [...] – Embora ninguém tenha o direito de interromper a vida de quem não pediu tal coisa, ninguém, tampouco, pode obrigar alguém a viver. Daí a reivindicação de um direito à eutanásia, o que, segundo os adeptos desta perspectiva, não se opõe ao desenvolvimento dos cuidados paliativos. – Esse direito não impõe obrigação a quem quer que seja. Ninguém é obrigado a atender a um pedido e a objeção de consciência é um imperativo absoluto. – O direito de morrer com dignidade não é direito comum. Não se trata do direito de matar dado a um terceiro. Apresenta-se como a faculdade de uma pessoa consciente e livre ser ouvida e assistida num pedido excepcional que é o de pôr fim à própria vida. – O imperativo ético no debate sobre a eutanásia consiste em nunca esquecer que um pedido de assistência a uma morte consentida, ou um pedido de eutanásia ativa, é o último espaço de liberdade a que o homem tem direito. Ninguém pode confiscar este direito, sempre revogável, que somente seria justificável se persistisse obstinação terapêutica desproporcionada [...]. Em termos gerais, a despenalização da assistência ao morrer deve proteger suficientemente a liberdade de cada um e evitar a atual clandestinidade e seu séquito de desvios.

Como abordado pelo autor, a pessoa é o único encarregado pelas decisões que tomará no decorrer de sua existência, no que diz respeito à vida e à dignidade humana, sem a necessidade de interferências externas, e não competindo a outras pessoas julgarem suas escolhas, isso é a máxima manifestação de sua liberdade pessoal.

Ele também argumenta que ninguém detém o direito de ceifar a vida de outrem, mas que em contrapartida não se pode obrigar alguém a viver, e que se demonstrado um desejo inequívoco pelo fim da vida, é daí que surge então a importante necessidade da reivindicação de um direito à eutanásia. Em outro momento o autor aponta que a eutanásia é uma escolha individual, consentida, é a última manifestação da liberdade a que o indivíduo tem direito, onde ninguém pode interferir. ele também coloca que a eutanásia não deve ser aplicada em qualquer situação, somente em função de situações de grandes sofrimentos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho expõe uma análise sobre a possibilidade de poder optar por uma morte digna, nos casos em que a vida não oferece o mínimo de dignidade a pessoa, e passou a ser uma agonia diária, ou seja, deixou de ser vida e perdeu toda a sua qualidade, passando a depender de meios desgastantes para se manter "vivo".



Demonstrou-se fundamentos que asseguram à pessoa o direito de escolher sobre quanto mais sofrimento se pode aguentar, e assim podendo garantir a ela o direito de deliberar sobre o fim de sua existência, quando essa já deixou de ser vida. Os argumentos base deste artigo são; o princípio da dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade, visto que são direitos fundamentais garantidos pela constituição, a pessoa ao exercer esse direito demonstra a sua liberdade individual, não cabendo ao estado interferir, não podendo ele obrigar o indivíduo a viver quando isso não mais lhe convém.

É assegurado pela constituição o direito à vida, ressalta-se que não é uma garantia sobre qualquer tipo de vida, mas sim a digna, então quando se tem alguém em uma situação de consciência, com um psicológico equilibrado e ciente sobre todo o seu quadro clínico, pode ela, segura de sua escolha, decidir sobre o viver ou o morrer, no sentido de ter uma autonomia para escolher sobre quais mais tratamentos aceitar e quais não.

A essência principal deste trabalho foi apresentar meios justificáveis em que o paciente terminal, ou inseridos em outras situações extremas, possam reger a própria existência, pois cada um em sua singularidade é conhecedor de seus limites físicos e psicológicos, não é direito do estado tornar a vida uma obrigação, resguardar o direito à vida a qualquer custo causa desconforto ao invés da qualidade e da dignidade que é assegurado pela constituição.

Os argumentos sobre o resguardo da vida a qualquer custo ainda é muito presente. Tal aspecto interfere que a eutanásia passe a ser vista com bons olhos, tendo seu significado deturpado e sua finalidade distorcida após a era tenebrosa do nazismo. Impedindo que a eutanásia seja entendida em sua essência, que é um ato de compaixão e de misericórdia, dado ao paciente que vivencia na própria pele a agonia de uma vida sem qualidade e sem possibilidade de cura.

Considerando que os maiores conflitos ocorrem nos leitos hospitalares, quando pacientes acometidos de dores, e de doenças com diagnósticos irreversíveis, muitas vezes mantidas vivas com ajuda de aparelhos, sem saída, por vontade própria ou por intermédio de sua família, busca abreviar o seu sofrimento. As penosas decisões que acompanham esse momento colidem diretamente com os princípios constitucionais onde o direito à vida e liberdade de escolha se opõe.

Ante o exposto, questiona-se. A necessidade da flexibilização dos princípios e normas constitucionais, levando em consideração a vontade do paciente, e a diminuição da responsabilização na escolha de uma morte sem dor ou sofrimento.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, *Código Civil*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 01 de outubro de 2021.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. *A ortotanásia e o direito de morrer com dignidade: uma análise constitucional*. Disponível em: < <http://www.tex.pro.br/artigos/305-artigos-mai-2015/7121-a-ortotanasia-e-o-direito-de-morrer-com-dignidade-uma-analise-constitucional> >. Acesso em: 2 outubro. 2021

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7571>>. Acesso em: 11 outubro.2021

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.805/2006*. Disponível em:<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 11 outubro. 2021>.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. Martins Fontes, São Paulo, 2003.

DINIZ, Débora. COSTA, Sérgio. "Morrer Com Dignidade: Um Direito Fundamental." Repositório.unb.br, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/15258>>. Acesso em: 13 outubro. 2021

GEORGE, M. *Curso de Direitos Fundamentais*, 8ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2019. 9788597021097. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021097/>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 20. ed. rev. e atual. até a EC n. 64/10 e Súmula Vinculante 31. São Paulo: Atlas, 2010.

PESSINI, Leocir. *Distanásia: até quando prolongar a vida?* 2 ed. São Paulo: Loyola, 2007. "Revista Direitos Humanos E Democracia." Unijui.edu.br, 2020. Disponível em: <www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia>. Acesso em: 29 setembro. 2021.

SILVA, Reinaldo Pereira. *Introdução ao Biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002. p. 12



SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo-SP: MALHEIROS EDITORES, 2005.

SANTOS, Daniel Abreu, et al. "Reflexões Bioéticas Sobre a Eutanásia a Partir de Caso Paradigmático." *Revista Bioética*, vol. 22, no. 2, Aug. 2014, pp. 367-372. Disponível em: <www.scielo.br/j/bioet/a/8P3RgNfQpDGLRJV44sFJMC/?format=pdf&lang=pt,10.1590/1983-80422014222018>. Acesso em: 29 setembro. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro*. *Revista Bioética*, Brasília, v. 16, p. 61-83, 2008. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/56>. Acesso em: 05 de outubro de 2021.



CRIMES CIBERNÉTICOS E O DISCURSO DE ÓDIO CONTRA AS MINORIAS SEXUAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Laelson Soares Silva ¹

Linia Dayana Lopes Machado ²

RESUMO: A presente pesquisa tem como objetivo investigar as decisões do Supremo Tribunal Federal relacionadas às políticas públicas de comunicação, em especial, aquelas que tratam da liberdade de expressão do pensamento, praticada virtualmente, quando o seu exercício se torna abusivo, incitando a intolerância social através do discurso de ódio. A liberdade de expressão é um direito fundamental do homem, garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Contudo, atualmente a internet está sendo utilizada como meio para espalhar pensamentos de intolerância, seja pela raça, religião ou orientação sexual. Deste modo, surgiu a necessidade de criação de medidas que vedassem a disseminação do discurso de ódio na internet. Nesse passo, o Supremo Tribunal Federal julgou duas ações que versavam sobre atos de preconceito contra homossexuais, transexuais e travestis - Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e o Mandado de Injunção nº 4733. O estudo questiona como o ordenamento jurídico-penal e as demais legislações brasileiras protegem juridicamente a vítima após sofrer ato de discriminação no ciberespaço e, ainda, quais os meios eficazes de combate às atitudes homofóbicas nas mídias digitais e o poder contramajoritário do STF em relação ao delito. A pesquisa utilizará o método qualitativo, eis que se valerá de diferentes abordagens com a finalidade de produzir informações para melhor compreensão do tema. Também se valerá a pesquisa da metodologia exploratória, bibliográfica e documental, que objetiva analisar decisões do STF relacionadas ao discurso de ódio nas redes sociais, bem como análise em obras de renomados juristas constitucionais, penais, além de pesquisas em sites da internet, de artigos científicos e jurídicos. Conclui-se que devem ser observados os limites à liberdade de expressão, no Brasil, tendo em vista que o discurso de ódio contra as minorias sexuais atenta contra o direito fundamental à igualdade no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Crimes virtuais. Discriminação. Liberdade de expressão. Direitos Fundamentais.

CYBER CRIMES AND HATE SPEECH AGAINST SEXUAL MINORITIES IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

ABSTRACT: This research aims to investigate the decisions of the Supreme Federal Court related to public communication policies, especially those dealing with freedom of expression, practiced virtually when its exercise becomes abusive, inciting social intolerance through hate speech. Freedom of expression is a fundamental human right guaranteed by the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. However, the internet is currently being used as a means to spread thoughts of intolerance, whether by race, religion or sexual orientation. Thus, it is necessary to adopt measures to prevent the spread of hate speech on the internet. In order to do so, the Federal Supreme Court ruled on two actions about acts of prejudice against homosexuals, transsexuals and transvestites - Direct Action

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Rio Verde/UniRV.

² Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO). Professora do curso de Direito, Universidade de Rio Verde.



of Unconstitutionality for Omission No. 26 and Writ of Injunction No. 4733 -. The study questions how the criminal and other Brazilian laws legally protect the victim after suffering discrimination in cyberspace, and what is the effective means of fighting homophobic attitudes in digital media and the counter-legal power of the STF in relation to the offense. The research will use the qualitative method, as it will use different approaches in order to produce information for a better understanding of the subject. It will also use exploratory, bibliographical and documentary methodology, which aims to analyze decisions of the Supreme Court related to hate speech in social networks, as well as analysis in works of renowned constitutional and criminal jurists, and searches on internet sites, scientific and legal articles. We concluded that the limits to freedom of expression should be observed in Brazil, once hate speech against sexual minorities undermines the fundamental right to equality in the Brazilian legal system.

KEY-WORDS: Virtual crimes. Discrimination. Freedom of Expression. Fundamental Rights

INTRODUÇÃO

O presente estudo encontra-se baseado em análise bibliográfica e documental acerca da temática do exercício da limitabilidade da liberdade de expressão do pensamento nas redes sociais, praticada virtualmente, quando o seu exercício torna-se abusivo, incitando a intolerância social através do discurso de ódio, bem como quais as medidas judiciais exercidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A partir do contexto da modernidade, sabe-se que a internet é uma das maiores ferramentas de atualização e propagação de notícias e informações, sendo um ambiente favorável para livre expressão e difusão de ideias. Contudo, a democratização da internet, apesar de trazer inúmeros benefícios, paradoxalmente, trouxe a propagação da violência através das redes sociais.

O crime de ódio deve ser compreendido como uma conduta discriminatória que ataca e incita ódio contra determinados grupos sociais baseada em raça, etnia, gênero, orientação sexual, religiosa ou origem nacional. Nesse sentido, o discurso de ódio contra as minorias sexuais de maneira geral são ofensas motivadas pela homofobia ou transfobia ou não aceitação da orientação sexual.

É indiscutível que as redes sociais atualmente se tornaram um recurso indispensável para a comunicação, que possuem um alcance mundial. Entretanto, podem ser utilizadas de forma ilícita e imoral, isto é, para os discursos de intolerância e ódio. Assim, a violência é perceptível, pois os crimes acontecem todos os dias, amplamente sendo noticiados pelas mídias de massa, divulgados nos telejornais e nas redes sociais.

Cabe trazer à tona que a Declaração Universal dos Direitos do Homem dispõe, em seu artigo 19, que "todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideais por qualquer meio de expressão".

Nessa mesma linha de proteção, o ordenamento jurídico brasileiro recepcionou no artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal: "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato", como também em seu inciso IX: "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença".

Sob esta perspectiva, o presente estudo problematiza o uso da mídia digital para a disseminação dos discursos de ódio contra as minorias sexuais no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, indaga-se: como o ordenamento jurídico-penal e as demais le-



gislações brasileiras protegem juridicamente a vítima, após sofrer ato de discriminação no ciberespaço e, ainda, como combater as atitudes homofóbicas nas mídias digitais?

A partir desta problemática, surgiram outros questionamentos: a partir do sopesamento entre o direito à liberdade de expressão e o discurso de ódio contra minoria sexuais, como identificar as situações que devem ensejar a intervenção do Estado para proteção da diversidade, sem, contudo, colocar em risco o Estado Democrático de Direito? Como o ordenamento jurídico-penal e os poderes públicos protegem os indivíduos de uma conduta homofóbica?

No Brasil, a discussão sobre o discurso de ódio, sob a ótica de crime de racismo, já existe, conforme decisão do STF. O Plenário do Supremo Tribunal Federal deu continuidade, no dia 23 de maio de 2019, ao julgamento dos processos em que se discute se há omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia.

O tema foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e no Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin. Cabe mencionar que o julgamento foi retomado na sessão do dia 5 de junho de 2019.

Destarte que, por hipótese, a pesquisa principal considerou que, ao decidir casos referentes à temática, o Supremo Tribunal Federal encerrou o julgamento das duas ações que versavam sobre atos de preconceito contra homossexuais, transexuais e travestis: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e o Mandado de Injunção nº 4733, decidindo, em síntese, pela criminalização específica de atos de ameaça, violência e incitação à discriminação por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, conheceu do mandado de injunção. Por maioria, julgou procedente o mandado de injunção para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

Para concretizar o estudo, será utilizado método dedutivo e de abordagem qualitativa. Os tipos de pesquisa adotados são o bibliográfico e o descritivo. A técnica de coleta de dados foi a documental, por meio do julgado do Supremo Tribunal Federal, categorizados à luz da análise de conteúdo. Constatou-se que os votos dos ministros foram embasados em teses distintas para delimitar os limites entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio.

Por fim, restará demonstrado que o discurso de ódio viola os direitos humanos, tendo em vista que a liberdade de expressão não pode colidir com a proteção fundamental à não discriminação. Posto isso, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26 e o Mandado de Injunção nº. 4733, pronunciou-se no sentido de reconhecer a omissão legislativa e de dar interpretação conforme a Constituição Federal de 1988 para enquadrar atos de homofobia e de transfobia nos tipos penais previstos na legislação que define os crimes de racismo.

1 DISCURSO DE ÓDIO NAS REDES SOCIAIS VIRTUAIS E O EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O surgimento de Tecnologias da Informação e Comunicação contribuiu para amplificar os canais de manifestação do pensamento e das comunicações, sendo que o acesso à internet nunca foi tão dinâmico, utilizando-se o ciberespaço como mecanismo de busca, ou de mera distração ou apenas exercendo atos ilegais em sites e redes sociais.



Rosa (2002), ao tratar da expansão da utilização dos sistemas computadorizados e a difusão da internet, menciona que se tornam cada vez mais rotineiros os casos em que indivíduos utilizam-se dessas ferramentas para praticar atos que causam danos a bens jurídicos de terceiros.

Sob essa perspectiva, o autor aduz ainda que o desvalor cometido por intermédio desses meios não tem fronteiras, pois de um computador situado num país pode-se acessar um sistema e manipular seus dados, sendo que os resultados dessa ação podem ser produzidos em outro computador muito distante daquele em que ela foi originada, podendo, inclusive, estar localizado em um país diverso.

Rosa (2002, p. 53) arremata que crime de informática é, então, qualquer "conduta ilegal não ética ou não autorizada que envolva processamento automático e/ou transmissão de dados". Conforme Costa (1997), o crime de informática é, como toda ação típica, antijurídica, culpável pela utilização de processamento automático de dados ou sua transmissão. Desta forma, considera-se crime no ciberespaço toda conduta delituosa perfazendo-se de computadores ou internet, por meio de redes privadas, domésticas ou públicas. Essas infrações caracterizam-se de diversas formas, dependendo do interesse do autor.

Por conseguinte, a definição de crime cibernético é ampla, podendo atingir uma única pessoa ou um grupo distinto por meio da internet. O causador do delito, ou seja, o criminoso, pode cometer vários crimes ao mesmo tempo e em diversos lugares.

Para definir crime virtual, trazemos à baila entendimento de Ramalho, in verbis:

Os crimes perpetrados neste ambiente se caracterizam pela ausência física do agente ativo; por isso, ficaram usualmente definidos como sendo crimes virtuais. Ou seja, os delitos praticados por meio da Internet são denominados de crimes virtuais, devido à ausência física de seus autores e seus asseclas. (RAMALHO, 2002, p. 01).

Nesse sentido, Rossini (2004, p. 110) define o delito informático:

O conceito de "delito informático" poderia ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade e a confidencialidade.

Com o avanço tecnológico ocorrido nos últimos anos, adveio a interligação de pessoas de variados lugares do mundo. O acesso à internet nunca foi tão dinâmico e com isso as redes sociais se tornaram o ápice do mundo virtual que, através de sua forma facilitada, amplificou a interação social entre os indivíduos. No entanto, em se tratando de um espaço amplamente diversificado e plúrimo, exsurge clara e axiomática a vasta dessemelhança entre as pessoas que ali se encontram e, que por óbvio, não compartilham exatamente dos mesmos ideais, gerando os conflitos sociais nas redes.

Nessa vereda, entende-se que tais conflitos denominados de discursos de ódio ultrapassam os limites do discernimento, pois têm como finalidade a promoção da violência, a discriminação ou o preconceito em detrimento de um grupo ou classe de pessoas em razão das características inerentes do ser humano.

Brugger salienta que:

De acordo com a maioria das definições, o discurso do ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas. (BRUGGER, 2007, p. 118).



Observa-se que as redes sociais tornaram-se um ambiente precedido pela ignorância e propício ao discurso de ódio, além disso, nada inclusivo em relação às minorias sociais, sendo assim, um verdadeiro caos contemporâneo, o que vem a acarretar o desrespeito aos direitos fundamentais previstos nas legislações alienígenas, bem como na nossa Carta Magna de 1988 e leis infraconstitucionais.

Os direitos fundamentais correspondem a situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive. Assim, os direitos fundamentais do homem, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

A liberdade de expressão é o atributo da natureza racional do indivíduo, sendo o direito de qualquer humano poder manifestar-se, livremente, com opiniões, ideias e pensamentos pessoais sem medo de retaliação ou censura. Nesse passo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no artigo XIX, traz em seu bojo que: "Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras".

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura no artigo 5º, incisos IV e IX, a liberdade de expressão, contudo, ela não é um direito absoluto, sendo que nas hipóteses em que o exercício da liberdade de pensamento e expressão fere direito constitucionalmente consagrado de outrem, há de existir a devida limitação e punição.

O discurso de ódio ocorre quando alguém se utiliza de seu direito à liberdade de expressão para inferiorizar e discriminar outrem baseado em suas características, como sexo, etnia, orientação sexual, religião, entre outras. O pluralismo e a diversidade são particularidades que se sujeitam à liberdade de expressão, principalmente em sociedades multiculturais como a República Federativa do Brasil. Sob a perspectiva de manifestar o pensamento, opiniões e sentimentos, o acesso à internet e, principalmente, às redes sociais intensificou a desarmonia ao assegurar que grupos historicamente afastados da esfera de debate público pudessem divulgar os seus conteúdos, com extrema rapidez e abrangência.

Nesse sentido, Rosane Leal da Silva et al (2011) expõem que o discurso de ódio se revela pelo conteúdo discriminatório dirigido às pessoas que compartilham de alguma característica que as torna componentes de um grupo, ou seja, o discurso de ódio estabelece a superioridade do emissor e a inferioridade do atingido, tido como inferior.

Destaca, ainda, que tais manifestações insultam, diretamente, a vida, afetando a dignidade do ofendido. No mesmo sentido, Thiago Dias Oliva (2017) afirma que o discurso de ódio é um ato discursivo com caráter eminentemente comunicativo, intimidando os grupos e instigando as demais pessoas a rejeitarem esses mesmos grupos. Desta forma, revela-se como uma forma de discriminação consciente de grupos sociais vulneráveis, buscando negar a esses o acesso a direitos.

Portanto, o discurso de ódio caracteriza-se pela propagação de atos que ofendem e incitam o ódio. Stroppa (2017, p. 4) define discurso de ódio como:

Mensagens que estimulam o ódio racial, a xenofobia, a homofobia e outras formas de ataques baseados na intolerância e que confrontam os limites éticos de convivência com o objetivo de justificar a privação de direitos, a exclusão social e até a eliminação física daqueles que são discriminados.

O discurso de ódio afronta o direito à igualdade e, conseqüentemente, fragiliza a efetividade dos princípios da não discriminação e da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, entende-se como legítima a intervenção do Estado voltada a banir os discursos discriminatórios.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento marco na história dos Direitos Humanos, tendo sido elaborada em 1948, após a Segunda Guerra



Mundial, por diversos países e adotada pela ONU (Organização das Nações Unidas). A Declaração é considerada uma lei universal, que abrange direitos básicos e fundamentais, sendo um marco na história do mundo, tendo em vista que não faz distinção de raça, credo, povos, países e trata de direitos indisponíveis.

Com efeito, a Declaração de Direitos Humanos é considerada o principal documento que serve de referência para o amplo exercício de cidadania e dos direitos de liberdade básicos de todos os seres humanos e marca oficialmente o início da preocupação mundial com as questões relativas a esses direitos. A conotação "direitos humanos" passou a se expressar mundialmente a partir do instante em que documentos internacionais começaram a ser ratificados por vários países, primando o ordenamento interno para compromisso das nações com a eficácia desses direitos fundamentais.

Os denominados "novos direitos" abrangiam o direito à liberdade, sem castigos tortuosos, à educação básica, moradia e principalmente trabalho digno, dando à comunidade internacional os direitos humanos de modo global com parâmetros de igualdade, apesar das individualidades de cada nação (CUNHA, 2019).

Dentro dos seus 30 artigos, a Declaração dos Direitos Humanos assegura diversos direitos fundamentais e essenciais no combate e prevenção contra atos discriminatórios e desrespeitosos a todos. Também prima que todos são iguais perante a lei e que todos têm direitos à proteção contra incitação à discriminação. É o que se preza em um dos artigos da Declaração, como se pode observar:

Artigo 7º. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação. (ONU, 1948).

Nessa perspectiva, a Declaração de Direitos Humanos visa impedir qualquer espécie de distinção, sobretudo, possui como principal fundamento a garantia da dignidade da pessoa humana. Desta forma, todos os seres humanos devem ter reconhecido seu direito a ter direitos. Isso significa que todas as pessoas devem ter a garantia de viver dignamente, portanto, violências no campo físico, moral, psíquico, social, cultural são inaceitáveis.

Carvalho (2014) salienta que os Direitos Humanos são fundamentais para a vida em sociedade não se tornar um caos, e conceitua-os como conjunto de regras, vantagens e prerrogativas que devem ser reconhecidos como essência pura pelo ser humano para que este possa ter uma vida digna. Isto é, apesar das diferenças de raça, sexo, etnia ou religião, entre outras, não se é inferior ou superior aos outros seres humanos, assim, a principal função dos Direitos humanos é a de proteger os indivíduos das injustiças, arbitrariedades, do autoritarismo e dos abusos de poder. Os Direitos Humanos são sinônimo de liberdade e se fazem necessários para que seja cumprido este direito.

Os Direitos Humanos são primordiais para a vida em sociedade não se tornar um caos, enfim, para a manutenção da paz. De acordo com a Organização das Nações Unidas:

Art. II, 1 – Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. (ONU, 1948).

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 apresenta uma série de direitos e garantias, dentre eles, o direito fundamental à vida humana digna. Também é previsto o direito à liberdade. Neste sentido, para evitar a intolerância à diversidade de gênero e o discurso de ódio, interessante que reste claro que nenhum homossexual possui o objetivo de mudar a forma de pensar das pessoas, mas tão unicamente visa ser respeitado, e, ainda,



que haja reciprocidade, para que assim possam viver em harmonia dentro da sociedade democrática de direito.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, incisos I, VI, X e XV, assegura ao indivíduo o direito de ir e vir, além da liberdade de crença e da liberdade de expressão, como Direito Fundamental. Nesse ínterim, a Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a proteção ao direito à igualdade, retratando em seu bojo vedação à discriminação. A igualdade pode ser considerada formal ou material, sendo que a primeira garante o acesso indistinto dos indivíduos aos direitos e obrigações, estabelecidos no inciso I do artigo 5º, CF/88: "I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição". (BRASIL, 1988).

Nessa esteira, a igualdade material refere-se à necessidade de tratamento diferenciado na medida das desigualdades. Entre os direitos e garantias fundamentais, o direito à segurança diz respeito ao poder de punição do Estado, visando a proteção dos indivíduos. Mas também diz respeito à proteção dos indivíduos em face do poder de punição do Estado. Sob essa perspectiva, prevê o inciso XXXIX do artigo 5º, CF: "XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". (BRASIL, 1988).

Em consonância com a inteligência do Art. 5º, IX da Constituição Federal de 1988, a liberdade de expressão é um direito fundamental do indivíduo, vejamos: "IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença".

Ao falarmos em liberdade de expressão na rede, esbarramos em outros direitos que devem ser levados em consideração: direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros. Assim, toda manifestação de pensamento que agrida a outro cidadão deve ser contida e reprimida, pois não podemos considerá-lo como parte integrante da liberdade de expressão, mas como uma ameaça a um direito constitucional. O texto constitucional veda o anonimato justamente para propiciar a responsabilização dos atos praticados (FURST, 2012).

Robert Alexy, grande teórico idealizador da Teoria dos Direitos Fundamentais, expõe que as pessoas devem ter direito à proteção que englobam estes direitos fundamentais, como explica:

Por "direitos a proteção" devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Direitos a proteção podem ter os mais diferentes objetos. Desde a proteção contra homicídios na forma mais tradicional, até a proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais: por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade. (ALEXY, 2006, p. 450).

Existem diversas maneiras de se programar esse direito de proteção cautelado pela constituição e remido pelos direitos fundamentais. Como cita Alexy (2006, p. 450), "elas abarcam, por exemplo, a proteção por meio de normas de direito penal, por meio de normas de responsabilidade civil, por meio de normas de direito processual, por meio de atos administrativos e por meio de ações fáticas".

O combate ao crime cibernético e ao discurso de ódio contra as minorias sexuais necessita copiosamente dos direitos fundamentais em exercício, sendo eles o pilar da mudança de paradigma da sociedade, evitando que pessoas sejam discriminadas pelo simples fato de existirem.

O Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos pugna pela preservação de direitos que visam à dignidade humana e versam atos de crueldade ou exploração. A legislação internacional foi publicada dezesseis anos após a Declaração de Direitos Humanos, à qual se



assemelha, devendo esses serem incorporados como tratados e cumpridos como legislação internacional pelos países adeptos (BRASIL, 1992).

Em seu artigo 19, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos reprime de modo veemente a repressão à liberdade de expressão, sendo vedada qualquer tipo de moléstia, sendo proibido que tais práticas ocorram. Como se vê:

Artigo 19.1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. (BRASIL, 1992).

O tratado traz também a obrigação de a lei proibir a propaganda em favor da guerra e a apologia do ódio nacional, radical, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência (discurso de ódio). Em outras palavras, fica garantido a todos os seres humanos o direito de professar sua opinião, mas algumas dessas opiniões podem e devem responsabilizadas os indivíduos, caso incorram em preconceito contra pessoas e principalmente contra grupos sociais, étnicos, religiosos etc.

Diante de horrenda situação, o pacto foi criado para obrigar juridicamente a aplicação dos direitos regidos pela Declaração dos Direitos Humanos, cuja intenção é proteger direitos de primeira geração, que emergiram com a Constituição.

O pacto teve o grande desafio de impor a fiscalização à aplicação de tais direitos aos Estados, tendo essa responsabilidade o Comitê de Direitos Humanos, cujas funções são conciliatórias e passivas de reclamação de diversos países que se denunciam pela falta de cumprimento dos devidos direitos (FALANGOLA, 2013).

Cabe trazer à baila que o Estado Democrático de Direito veda qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero. Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 recepcionou os mandados constitucionais de criminalização previstos no art. 5º, incisos XLI e XLII, que criminalizam as condutas homofóbicas e transfóbicas, que envolvem a versão odiosa à orientação sexual ou identidade de gênero de alguém, por traduzir expressão de racismo, compreendido este em sua dimensão social, mediante adequação típica aos preceitos primários de incriminação definidos na lei de racismo (Lei nº. 7.716/89).

Nesse passo, a omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende os preceitos constitucionais, sobretudo, sinaliza sofrimento das vítimas, em relação à violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersexo. Deste modo, a inexistência de norma que criminalize atos de discriminação por orientação sexual quando se praticam crimes por razão de homofobia ou transfobia coloca em estado de omissão os poderes públicos, tendo em vista que possuem a missão de efetivar a Constituição Federal.

Posto isto, diante do estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT, o Supremo Tribunal Federal decidiu enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional.

2 RESULTADOS E DISCUSSÕES SOBRE O ENTENDIMENTO DO STF- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O CRIME DE HOMOFOBIA NO BRASIL

A sexualidade humana é uma das faces mais fortes da nossa espécie e está diretamente ligada ao afeto, amor e outros sentimentos que atestam nossa diferença de outros



animais. Por uma série de fatores que serão discutidos no estudo, uma parte considerável da sociedade não tem o devido respeito, e o que é mais grave, age sem tolerância ou alteridade com a orientação sexual do próximo.

O mundo está em constante evolução, e as leis precisam atender aos novos anseios e realidades da sociedade. É certo que a questão da sexualidade não é uma questão pacífica e simples, e que sempre haverá resistência a certos pontos, mas mesmo que não se perceba em um primeiro momento, esses direitos são de suma importância para a manutenção do bem-estar entre os cidadãos.

O crime de ódio deve ser compreendido como uma conduta discriminatória que ataca e incita ódio contra determinados grupos sociais baseado em raça, etnia, gênero, orientação sexual, religiosa ou origem nacional. Nesse sentido, o discurso de ódio contra as minorias sexuais, de maneira geral, são ofensas motivadas pela homofobia ou transfobia ou não aceitação da orientação sexual.

No ordenamento jurídico brasileiro, não existe uma lei específica que verse ou proteja a comunidade LGBT- Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros, contra preconceitos e atos atentatórios à vida, e essa ausência de lei é um dos principais obstáculos para o combate à homofobia e à transfobia. Ressalta-se que, até o presente momento, nenhum projeto de lei que criminalize preconceito e discriminação por causa de orientação sexual ou identidade de gênero conseguiu ser aprovado nas duas casas do Congresso Nacional.

Nesse diapasão, milhares de pessoas continuam sendo alvo de violência física e discriminatória por algo que nem puderam escolher (sua orientação sexual). Posto isto, o Supremo Tribunal Federal precisou intervir e "legislar" sobre o assunto através do Ativismo Judicial que é a atuação expansiva e pró-ativa do Poder Judiciário ao interferirem em decisões de outros poderes.

Diante da inércia do Legislativo, tramitaram, inclusive, duas ações no Supremo Tribunal Federal requerendo que esse Tribunal de alguma forma preencha o vazio legislativo quanto à proteção específica aos LGBT face à violência. A discussão sobre o discurso de ódio, sob a ótica de crime de racismo, já existe, conforme decisão do STF. O Plenário do Supremo Tribunal Federal deu continuidade, no dia 23 de maio de 2019, ao julgamento dos processos em que se discute se há omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia.

Destarte, o tema estava em discussão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO nº. 26), de relatoria do ministro Celso de Mello, e no Mandado de Injunção (MI nº. 4733), relatado pelo ministro Edson Fachin. O julgamento começou em fevereiro de 2019, quando os ministros Celso de Mello, Luiz Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, votaram a favor de tipificar a homofobia como crime de racismo.

Em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº. 26, o ministro Celso de Mello foi firme na defesa dos direitos das minorias sexuais e declarou a mora inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar a homotransfobia.

[...] mostra-se indispensável que o Estado ofereça proteção adequada aos grupos hostilizados [...] Atos de homofobia e transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendidas em sua dimensão social, o racismo social [...]. Os direitos das minorias devem compor a agenda desta Corte suprema, incumbida de zelar pela supremacia da Constituição e incumbida de zelar pelos direitos dos grupos minoritários.

Nos autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº. 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal decidiu, já por maioria de votos, que as chamadas condutas de homofobia ou transfobia são consideradas como crimes de racismo. A conduta preconceituosa ou discriminatória contra qualquer pessoa,



por que motivo for, é sempre e invariavelmente abominável e passível de sanções morais e legais.

Ato contínuo, em maio de 2019, o Plenário do Supremo Tribunal Federal retomou julgamento sobre omissão legislativa em criminalizar atos de homofobia, e mais dois ministros também votaram favoravelmente à criminalização da homofobia. A ministra Rosa Weber considerou que o conceito jurídico-constitucional de racismo abarca a discriminação de gênero e de orientação sexual e observou que o direito à própria individualidade e a identidades sexual e de gênero constituem direitos fundamentais dos seres humanos.

Nessa perspectiva, ao não editar lei visando ao cumprimento da determinação constitucional expressa de punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais de grupos ou indivíduos (artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal), neste caso em relação à comunidade LGBT, o Legislativo incorreu em omissão inconstitucional:

O pedido tem lastro no artigo 5º da Constituição, segundo o qual a lei punirá qualquer discriminação atentatória a direitos fundamentais. Entendo que o direito à própria individualidade, identidades sexual e de gênero, é um dos elementos constitutivos da pessoa humana. (BRASIL, 2019).

Para o ministro Luiz Fux, a inércia legislativa é inequívoca, pois, apesar de haver diversos projetos no Congresso propondo a tipificação da homofobia como crime, a tramitação não tem continuidade. Essa demora, a seu ver, exige o pronunciamento do Judiciário até que o Legislativo cumpra a determinação constitucional de defesa das minorias contra as violências da maioria.

Nesse diapasão, o ministro ressaltou que o Judiciário não está criando uma norma penal, mas apenas interpretando a legislação infraconstitucional para tratar a homofobia de forma similar ao racismo, tendo votado a favor da equiparação da homofobia à prática de crime de racismo. Fux destacou que racismo é crime contra seres humanos, qualquer que seja a sua fé ou orientação sexual e, portanto, é imprescritível.

O julgamento foi retomado na sessão do dia 13 de junho 2019, destinada à análise do tema, tendo o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendido que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional, por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia.

Ato contínuo, no dia 13 de junho de 2019, concluiu-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin. A sessão em plenário foi iniciada com o voto da ex-presidente da Suprema Corte, a ministra Carmem Lúcia, tendo esta afirmado que, após tantas mortes, ódio e incitação contra homossexuais, não há como desconhecer a inércia do legislador brasileiro e afirmou que tal omissão é inconstitucional.

Por maioria, a Suprema Corte reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros). Assim, os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989) até que o Congresso Nacional edite uma lei infraconstitucional sobre a respectiva matéria.

Nesse ponto, ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, por entenderem que a conduta só pode ser punida mediante lei aprovada pelo Legislativo. O ministro Marco Aurélio não reconhecia a mora.

Neste sentido, até que o Congresso Nacional aprove uma lei infraconstitucional que criminalize condutas homofóbicas e transfóbicas, relacionadas à orientação sexual, faz-se necessário enquadrar as referidas condutas na lei de racismo. Esse foi o entendimento da



maioria do Supremo Tribunal Federal. A votação foi encerrada no dia 13 de junho de 2019, com 8 (oito) votos a 3 (três).

Oportuno trazer à tona fragmentos da decisão, *ipsis litteris*:

O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, caput, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; [...] (BRASIL, 2019) (Destaque nosso).

Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese, *in verbis*:

[...] Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, "in fine"); [...] (BRASIL, 2019).

A Corte defendeu o enquadramento da homofobia no crime de racismo ao afirmar que o conceito de racismo é compreendido em uma dimensão social, ou seja, para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, bem como compreende outros grupos vulneráveis, como as pessoas LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros).

Em nosso Estado Democrático e Direito, em regra, a criação primária de leis é de competência do Congresso Nacional, mas, em casos de omissão legislativa, especialmente no que diz respeito a direitos fundamentais, cabe ao Supremo Tribunal Federal, legitimamente, agir para fazer valer o que preceitua a Constituição Federal. Portanto, de acordo com posicionamento dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal percebe-se que é necessário reconhecer que toda e qualquer forma de ideologia que pregue a repressão de grupos, a exemplo do que acontece com a comunidade LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros), deve ser entendida como racismo, incidindo na norma já existente.

Como se depreende do estudo realizado, a proteção dos direitos fundamentais pode implicar também a criação de tipos penais próprios, para resguardar preceitos fundamentais previstos na Carta Maior, como forma de reconhecer como atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na



orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero. Assim, a igualdade, como princípio fundamental da Constituição Federal de 1988, requer que se reconheça ofensividade do tratamento discriminatório, como, in casu, o ódio e a discriminação derivada da livre expressão da sexualidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto é possível concluir que a internet é uma das maiores ferramentas de atualização e propagação de notícias e informações, sendo um ambiente favorável para livre expressão e difusão de ideias, ou seja, um espaço amplamente democrático, fazendo com que as pessoas falem abertamente sobre suas convicções e opiniões.

O princípio de liberdade de expressão, apesar de sua importância, não é absoluto nem ilimitado, sendo assim, todos têm direito de se expressar livremente, mas essa exteriorização de pensamento utilizado para disseminar ódio nas redes sociais configura crime, tendo em vista a natureza segregacionista e desumanizadora, que gera danos não apenas à minoria, mas, sobretudo, para toda a sociedade.

A partir de análise conceitual do discurso de ódio praticado nas redes sociais, o presente estudo constatou que é uma forma de discriminação contra um grupo de indivíduos, sendo que a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, na medida em que racismo é toda ideologia que pregue a superioridade ou inferioridade de um determinado grupo.

Neste íterim, a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, em consonância com o disposto no art. 5º, inciso XLI, da Constituição Federal de 1988. Com efeito, pela ausência de proibição normativa, o Supremo Tribunal Federal precisou efetivar a criminalização específica da homofobia e da transfobia.

No Estado Democrático de Direito, em regra, a criação primária de leis é competência do Congresso Nacional, mas, em casos de omissão legislativa, especialmente no que diz respeito a direitos fundamentais, cabe ao Supremo Tribunal Federal, legitimamente, agir para fazer valer o que preceitua a Constituição Federal de 1988.

Por fim, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu que toda e qualquer forma de ideologia que pregue a intolerância à diversidade de gênero ou grupo de vulneráveis deve ser entendida como crime de racismo, como forma de proteger os preceitos constitucionais, os quais visa manter uma sociedade justa, pluralista e igualitária. Desta forma, a Suprema Corte defendeu o enquadramento da homofobia no crime de racismo, enquanto não for editada lei visando ao cumprimento da determinação constitucional expressa de punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais de grupos ou indivíduos, conforme art. 5º, inciso XLI, da Constituição da República.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2006.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 SET. 2019.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. STF retomará em junho julgamento de ações sobre criminalização da homofobia*. Brasília, DF, 23 de maio de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411995>. Acesso em: 25 maio 2019.
- BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm >. Acesso em: 09 mar. 2019.
- BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito Público*, [S.l.], v. 4, n. 15, fev. 2007. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1418/884>>. Acesso em: 11 nov. 2019.
- CARVALHO, Flávio Rodrigo Masson. *Os direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e o pensamento filosófico de Norberto Bobbio sobre os direitos do homem* 2014. Acesso em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-57/os-direitos-humanos--a-declaracao-universal-dos-direitos-hhumanos-de-1948-e-o-pensamento-filosofico-de-norberto-bobbio-sobre-os-direitos-do-homem/>.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)*. 11.ed., rev. ampl. e atual, Salvador: Jus POVIM, 2019.
- FALANGOLA, Renata de Farias. Tráfico internacional de pessoas sob a ótica do direito internacional. In: *Brasil Escola*. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/trafico-internacional-pessoas-sob-Otica-direito-internacional.htm>>. Acesso em: 12 agosto 2019.
- FURST, Mariana S. Bicalho Costa. *Liberdade de expressão na internet*. 2012. Disponível em: <http://www.periodicos.letras.ufmg.br/index.php/ueadsl/article/viewFile/3897/3849>. Acesso em 23 maio. 2019.
- RAMALHO, Cecílio da Fonseca Vieira Terceiro. O problema na tipificação penal dos crimes virtuais. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3186>>. Acesso em: 25 maio. 2019.
- ROSA, Fabrício. *Crimes de informática*. Campinas: Bookseller, 2002.
- ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Informática, telemática e direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.



SILVA, Rosane Leal da et al. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 2, p.445-468, dez. 2011.

ONU. *DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS*. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em 20 set de 2019.

OLIVA, Thiago Dias. *O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão no Brasil*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Acesso em: 20 out. 2019.

STROPPIA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFSM)*, v. 10, n. 2, 2015. Acesso em: 20 agosto. 2019.