

DIREITO:

Diálogos e pesquisas sobre
temas contemporâneos



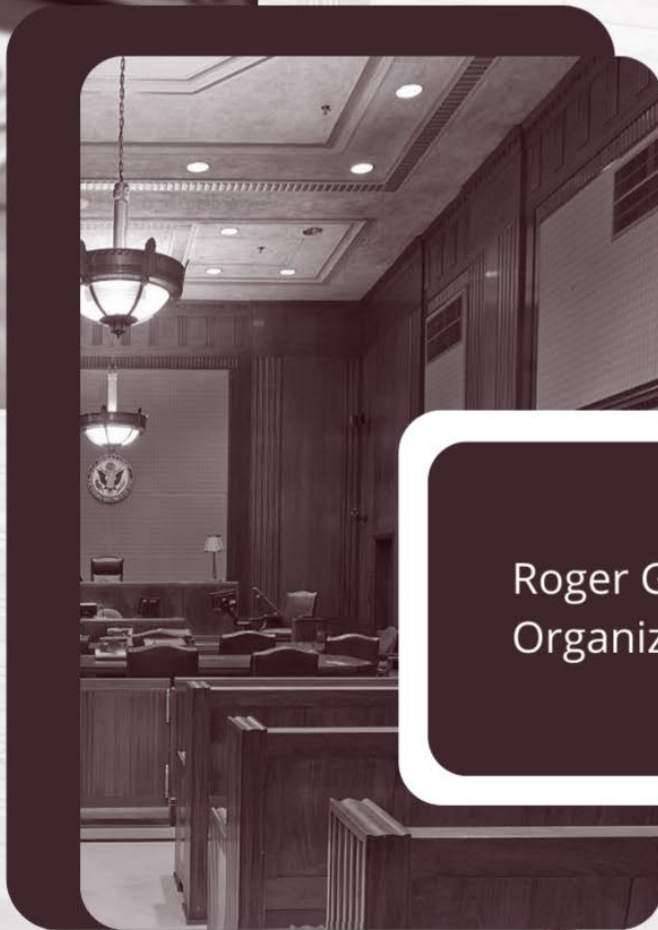
Roger Goulart Mello
Organizador



2022

DIREITO:

Diálogos e pesquisas sobre
temas contemporâneos



Roger Goulart Mello
Organizador



2022

2022 by Editora e-Publicar
Copyright © Editora e-Publicar
Copyright do Texto © 2022 Os autores
Copyright da Edição © 2022 Editora e-Publicar
Direitos para esta edição cedidos à Editora e-Publicar pelos
autores

Editora Chefe

Patrícia Gonçalves de Freitas

Editor

Roger Goulart Mello

Diagramação

Lidiane Bilechez Jordão

Dandara Goulart Mello

Roger Goulart Mello

Projeto gráfico e Edição de Arte

Patrícia Gonçalves de Freitas

Revisão

Os autores

**DIREITO: DIÁLOGOS E PESQUISAS SOBRE TEMAS CONTEMPORÂNEOS,
VOLUME 1.**

Todo o conteúdo dos capítulos, dados, informações e correções são de responsabilidade exclusiva dos autores. O download e compartilhamento da obra são permitidos desde que os créditos sejam devidamente atribuídos aos autores. É vedada a realização de alterações na obra, assim como sua utilização para fins comerciais.

A Editora e-Publicar não se responsabiliza por eventuais mudanças ocorridas nos endereços convencionais ou eletrônicos citados nesta obra.

Conselho Editorial

Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade Federal de Santa Catarina

Alessandra Dale Giacomini Terra – Universidade Federal Fluminense

Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa

Andrelize Schabo Ferreira de Assis – Universidade Federal de Rondônia

Bianca Gabriely Ferreira Silva – Universidade Federal de Pernambuco

Cristiana Barcelos da Silva – Universidade do Estado de Minas Gerais

Cristiane Elisa Ribas Batista – Universidade Federal de Santa Catarina

Daniel Ordane da Costa Vale – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Danyelle Andrade Mota – Universidade Tiradentes

Dayanne Tomaz Casimiro da Silva - Universidade Federal de Pernambuco

Deivid Alex dos Santos - Universidade Estadual de Londrina

Diogo Luiz Lima Augusto – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Edilene Dias Santos - Universidade Federal de Campina Grande

Edwaldo Costa – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Elis Regina Barbosa Angelo – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Ernane Rosa Martins - Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás

Ezequiel Martins Ferreira – Universidade Federal de Goiás

Fábio Pereira Cerdera – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Francisco Oricelio da Silva Brindeiro – Universidade Estadual do Ceará

Glaucio Martins da Silva Bandeira – Universidade Federal Fluminense



Helio Fernando Lobo Nogueira da Gama - Universidade Estadual De Santa Cruz
Inaldo Kley do Nascimento Moraes – Universidade CEUMA
Jesus Rodrigues Lemos - Universidade Federal do Delta do Parnaíba
João Paulo Hergesel - Pontificia Universidade Católica de Campinas
Jose Henrique de Lacerda Furtado – Instituto Federal do Rio de Janeiro
Jordany Gomes da Silva – Universidade Federal de Pernambuco
Jucilene Oliveira de Sousa – Universidade Estadual de Campinas
Luana Lima Guimarães – Universidade Federal do Ceará
Luma Mirely de Souza Brandão – Universidade Tiradentes
Marcos Pereira dos Santos - Faculdade Eugênio Gomes
Mateus Dias Antunes – Universidade de São Paulo
Milson dos Santos Barbosa – Universidade Tiradentes
Naiola Paiva de Miranda - Universidade Federal do Ceará
Rafael Leal da Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Rita Rodrigues de Souza - Universidade Estadual Paulista
Rodrigo Lema Del Rio Martins - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Willian Douglas Guilherme - Universidade Federal do Tocantins

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)**

D598 Direito [livro eletrônico]: diálogos e pesquisas sobre temas contemporâneos: volume 1 / Organizador Roger Goulart Mello. – Rio de Janeiro, RJ: e-Publicar, 2022.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-5364-089-4

1. Direito – Pesquisa – Brasil. Mello, Roger Goulart, 1992-.
CDD 340

Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

Editora e-Publicar

Rio de Janeiro, Brasil

contato@editorapublicar.com.br

www.editorapublicar.com.br



Apresentação

É com grande satisfação que a Editora e-Publicar vem apresentar a obra intitulada "Direito: Diálogos e pesquisas sobre temas contemporâneos, Volume 1". Neste livro engajados pesquisadores contribuíram com suas pesquisas. Esta obra é composta por capítulos que abordam múltiplos temas da área.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

Editora e-Publicar

Sumário

CAPÍTULO 1	11
DIÁLOGOS INTERSECCIONAIS ENTRE O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E A JUDICIALIZAÇÃO DA MEGAPOLÍTICA NA CONTEMPORANEIDADE: UM ESTUDO SOBRE O CASO BRASILEIRO	11
	Anays Martins Finger Otávio Martins Finger
CAPÍTULO 2	23
O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL E AS MULHERES AUTORAS DE CRIMES.....	23
	Angela Maria Moura Costa Prates Ana Cláudia da Silva Abreu
CAPÍTULO 3	43
ALIENAÇÃO PARENTAL INVERSA: UM BREVE ESTUDO SOB A ÓTICA DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA.....	43
	Monyque Ellen Lopes Moraes Cavalcanti Diane Jéssica Morais Amorim
CAPÍTULO 4	54
TESTAMENTO COMO INSTRUMENTO DE VONTADE E SUAS CONTRAPOSIÇÕES LEGAIS.....	54
	Ilvania Pereira Guimarães Siqueira Ricardo Miranda de Aquino Wania Jaguaracy de Sena Medrado
CAPÍTULO 5	69
BRASIL E ESPANHA: REFLEXÕES SOBRE A LICENÇA-MATERNIDADE E LICENÇA-PATERNIDADE.....	69
	Gabriellen de Oliveira Zacharias Magali Flores Rodrigues
CAPÍTULO 6	81
RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO EM FACE DOS DESCUMPRIMENTOS DE ACORDOS INTERNACIONAIS DE COMBATE A CORRUPÇÃO	81
	Amanda Cristiane Gonçalves Fernandes Igo Marinho Serafim Borges Viviane Farias Silva Emanuelly Cristovão Barbosa da Silva Joaquim Rangel Andrade da Silva Amilson Albuquerque Limeira Filho

CAPÍTULO 7	94
A TEORIA DO GARANTISMO PROCESSUAL PENAL E SUA RELAÇÃO COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL	94
DOI 10.47402/ed.ep.c202219517894	Igor Talarico da Silva Micheletti Aline Cristina Perussi Real Anny Rosana Trindade Siqueira Bruno Henrique de Araujo Sousa Eder Silva Cordeiro João Paulo Lopes da Silva Renata Bianca Ferreira André Varella Bianeck
CAPÍTULO 8	106
DIREITO EDUCACIONAL E O ESTADO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES	106
	Edson Ramos De Paulo Júnior Leonice Aparecida De Fatima Alves Pereira Mourad
CAPÍTULO 9	116
A INDÚSTRIA DA MODA E O CONSUMO CONSCIENTE: UMA ANÁLISE SOB A ÓPTICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR	116
	Leticia Oliveira Benvindo dos Santos
CAPÍTULO 10	130
ALTERNATIVAS PARA A TRIBUTAÇÃO DO ICMS SOBRE O COMBUSTÍVEL	130
	Valdeci Antonio de Almeida Marisa Rossignoli
CAPÍTULO 11	149
DURKHEIM E O DIREITO	149
	Elias Antonio Vieira Wlaumir Doniseti De Souza
CAPÍTULO 12	155
AMBIENTE VIRTUAL E DEMOCRACIA: COMO O SABER JURÍDICO É INFLUENCIADO.	155
	Yago Teodoro Aiub Calixto
CAPÍTULO 13	165
EDUCAÇÃO E OS DIREITOS HUMANOS: UM DIÁLOGO FUNDAMENTAL PARA GARANTIA DO PLENO DIREITO.	165
DOI 10.47402/ed.ep.c2022174613894	Abraão Danziger de Matos
CAPÍTULO 14	175
A VULNERABILIDADE DE CERTOS GRUPOS SOCIAIS NA PANDEMIA DA COVID-19 E OS OBSTÁCULOS A SEREM ENFRENTADOS	175
DOI 10.47402/ed.ep.c2022176114894	Daially Hiller Guimarães

CAPÍTULO 15	188
FALHA NA SEGURANÇA PÚBLICA: OS DEFECTS NA SEGURANÇA PÚBLICA E SEUS REFLEXOS.....	188
DOI 10.47402/ed.ep.c2022170015894	Enzo Ferreira do Carmo Lima Leticia Lourenço Sangaletto
CAPÍTULO 16	201
A DICOTOMIA DO CONTRATO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO SANEAMENTO BÁSICO DA REGIÃO METROPOLITANA DO RECIFE.....	201
DOI 10.47402/ed.ep.c2022168316894	Ana Carolina Freitas de Barros Marques Flávia Andreza de Souza
CAPÍTULO 17	220
A SEGURANÇA HÍDRICA E O NOVO MARCO DO SANEAMENTO EM UMA ANÁLISE DE TUTELA EFETIVA DO DIREITO DE ACESSO À ÁGUA POTÁVEL NO BRASIL	220
DOI 10.47402/ed.ep.c2022178917894	Micheli Capuano Irigaray João Hélio Ferreira Pes
CAPÍTULO 18	238
MEDIDA DE SEGURANÇA: UM EMBATE ENTRE PENA, CURA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	238
DOI 10.47402/ed.ep.c2022178418894	Danilo Barbosa Piancó dos Passos e Silva Eduarda Vitória de Macêdo Cavalcante Willyane Maria Nunes do Nascimento Kézia Milka Lyra de Oliveira
CAPÍTULO 19	252
A FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS REGULATÓRIAS NA INDÚSTRIA DE ÓLEO E GÁS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO:O IMPACTO LEGISLATIVO À REINDUSTRIALIZAÇÃO EM PERSPECTIVA COMPARADA AOS MODELOS DE CONCESSÃO E PARTILHA DE PRODUÇÃO LOCALIZADOS NA BACIA DE CAMPOS E AO POLÍGONO DO PRÉ SAL EM PARATI.....	252
DOI 10.47402/ed.ep.c2022175619894	Luiz Ricardo Silva Ferreira
CAPÍTULO 20	266
MUDANÇAS NA GUARDA COMPARTILHADA E NO DIREITO DE CONVIVÊNCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA MOTIVADA PELO COVID-19 E O LIMIAR DA ALIENAÇÃO PARENTAL.....	266
DOI 10.47402/ed.ep.c2022169820894	Luiza Vissotto Silva Luís Carlos Gehrke
CAPÍTULO 21	283
TRATAMENTO DE INFORMAÇÕES PESSOAIS: ANÁLISE DO LIMITE LEGAL PARA O USO DE DADOS PESSOAIS PELAS INSTITUIÇÕES PRIVADAS.....	283
DOI 10.47402/ed.ep.c2022162721894	Rodrigo Lira

CAPÍTULO 22	298
OS IMPACTOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NAS EMPRESAS	298
DOI 10.47402/ed.ep.c2022171422894	Fábio José de Souza Vanessa Aparecida Candido



CAPÍTULO 1

DIÁLOGOS INTERSECCIONAIS ENTRE O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E A JUDICIALIZAÇÃO DA MEGAPOLÍTICA NA CONTEMPORANEIDADE: UM ESTUDO SOBRE O CASO BRASILEIRO

Anays Martins Finger
Otávio Martins Finger

RESUMO

O presente trabalho busca estabelecer uma relação entre o novo constitucionalismo latino-americano e a Judicialização da Megapolítica, adotando-se como perspectiva de análise o caso brasileiro. Com isso, o cenário abordado é trabalhado sob a ótica do fortalecimento do Poder Judiciário, enquanto fenômeno interligado ao novo constitucionalismo, bem como sobre os estudos realizados pelo cientista político Ran Hirschl, que cunhou a expressão “Judicialização da Megapolítica”. Para isso, o artigo foi subdividido em duas seções principais. Inicia-se pelo estudo da expansão do Poder Judiciário no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, que corresponde ao marco do novo constitucionalismo no país. Na sequência, o segundo capítulo aborda o conceito de Judicialização da Megapolítica e suas recentes intercorrências na arena política brasileira, a fim de solucionar a seguinte questão de pesquisa: em que medida o novo constitucionalismo latino-americano contribuiu para a expansão da Judicialização da Megapolítica no Brasil? Para responder a problemática levantada, o estudo utiliza-se da abordagem dedutiva, uma vez que, ao partir de ideais gerais sobre os fenômenos estudados, foi possível a obtenção de deduções acerca da delimitação temática proposta. Ao final, é possível depreender que o novo constitucionalismo latino-americano produziu impactos de grande escala sobre o fenômeno da Judicialização da Megapolítica, contribuindo para a sua expansão no cenário contemporâneo da política brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Arena política contemporânea. Brasil. Judicialização da Megapolítica. Novo Constitucionalismo.

INTRODUÇÃO

Diz-se que o novo constitucionalismo latino-americano é um processo cuja gênese alude à experiência obtida com a elaboração das Constituições da região. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil passou a compor o movimento, que pode ser identificado a partir de três eixos centrais: a ampliação de mecanismos de participação popular, a previsão de novos direitos e o redesenho das atribuições de cada poder. Parece acertado compreender que o terceiro eixo culminou no fortalecimento do Judiciário, redefinindo-se o papel até então exercido por juízes e tribunais. Em um sentido mais profundo, é possível conjecturar que o próprio protagonismo judicial surge a partir deste momento histórico.



Aliado a essas premissas, a expansão do poder judicial também resultou na reconfiguração do Poder Judiciário, para atribuir a ele a condição de importante ator no processo de tomada de decisão na arena política. Com efeito, o redesenho da instância deu origem ao fenômeno conhecido mundialmente como judicialização da política e, mais tarde, com o aprofundamento dos estudos desenvolvidos nesta seara, novos impasses passaram a surgir, neste contexto.

“Judicialização da Megapolítica” é uma expressão cunhada pelo cientista político canadense Ran Hirschl. A locução foi utilizada pelo autor, pela primeira vez, no artigo “O Novo Constitucionalismo e a Judicialização da Política Pura no Mundo”, publicado em 2006. Ulteriormente, em 2008, Hirschl aprofunda os estudos já desenvolvidos, publicando o trabalho intitulado “A Judicialização da Megapolítica e o Surgimento dos Tribunais Políticos”. Sem lançar mão de um conceito fechado, o teórico descreve a Judicialização da Megapolítica como um estágio mais avançado de judicialização, que adentra em camadas mais profundas da política, alcançando a chamada “política pura”. Com o passar dos anos e atravessando um momento de profunda instabilidade democrática, notadamente a partir do impeachment da Presidente da República Dilma Rousseff, o Brasil foi palco de incontáveis episódios de Megapolítica judicializada.

Com base nestas considerações, propõe-se o seguinte problema de pesquisa: em que medida o novo constitucionalismo latino-americano contribuiu para a expansão da Judicialização da Megapolítica no Brasil? A fim de solucionar a problemática levantada, o trabalho será estruturalmente subdividido em duas seções. Inicia-se por um estudo acerca da expansão do Poder Judiciário no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, que corresponde ao marco temporal do novo constitucionalismo no país. Em seguida, com o segundo capítulo, aborda-se o conceito de Judicialização da Megapolítica e suas recentes intercorrências na cena política brasileira, de modo a responder o questionamento que impulsiona a presente pesquisa.

No que tange às propostas metodológicas adotadas para a elaboração do artigo, emprega-se a abordagem dedutiva. A escolha justifica-se em razão de que, ao partir de concepções gerais sobre os fenômenos estudados, foi possível obter deduções que correspondem à solução do problema apresentado anteriormente. À esfera do procedimento, o método utilizado foi o bibliográfico, tendo em vista que o trabalho foi produzido com base em




livros, periódicos e artigos científicos de autores cujas contribuições teóricas serviram de aporte a este estudo.

O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E O FORTALECIMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

O fortalecimento do Poder Judiciário é um dos pilares que sustenta, hoje, grande parcela das democracias modernas, que adotaram o regime por meio de um processo gradual de mudanças políticas e sociais que se estabeleceram em seus territórios. Pode-se afirmar que a expansão do poder judicial se difundiu, propriamente, no século XX. Em uma perspectiva histórica acerca da temática, é possível inferir que grande parte das democracias ocidentais adotou o Tribunal Constitucional como meio de controle do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Esta mudança ocorreu com base no fato de que o governo, para além de ter de negociar seu plano político junto ao Parlamento, também passou a ter a preocupação de não infringir as normas constitucionais no exercício das atribuições do poder (CARVALHO, 2004). Com efeito, o alargamento da jurisdição constitui um importante desdobramento de um modelo que transferiu o poder, até então ocupado somente pelas instâncias políticas tradicionais – Executivo e Legislativo –, para as instituições judiciais (BARROSO, 2018).

Ao lado disso, constata-se que o modelo de constitucionalismo latino-americano seguiu em uma direção distinta àquela concernente ao modelo de constitucionalismo que prevaleceu nos Estados Unidos. É que, neste último caso, prevaleceu o modelo hegemônico, consolidado em um contexto em que mudanças no contexto político produzem poucos impactos na Constituição. Em contrapartida, o modelo de constitucionalismo latino-americano seguiu um vetor diametralmente oposto, já que se observa que as mudanças políticas sucedidas nos países desta região sempre produziram um impacto constitucional determinante e expressivo (GARGARELLA, 2010).

Notoriamente, o novo constitucionalismo-latino americano pode ser ilustrado a partir de três eixos centrais: a ampliação de mecanismos de participação social –como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular –, a previsão de uma gama de novos direitos – sobretudo de caráter social – e a redefinição do equilíbrio entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Foi nesse contexto que o novo constitucionalismo latino-americano também foi responsável pela própria reconfiguração do papel do Poder Judiciário, no sentido de reorganizá-lo no sistema de decisão política (AVRITZER, 2017).



De modo geral, nos países da região-latino americana,

[...] não só as Constituições ampliaram fortemente a estrutura de direitos, mas foi possível também ampliar o papel do Judiciário na implementação destes mesmos direitos. O Poder Judiciário é hoje mais ativo na América Latina em duas funções: na contenção de ilegalidades cometidas pelo Estado, como fica muito claro nas ações de tutela na Colômbia, como na efetivação da ampliação de direitos, como fica claro nos casos do Brasil, da Colômbia e da Bolívia. O Judiciário constitui também um instrumento de ampliação dos direitos plurinacionais, especialmente no caso da Bolívia e, em alguma medida, no caso do Equador. Assim, temos de fato um constitucionalismo que mudou um padrão histórico de exercício do poder. (AVRITZER, 2017)

Por sua vez, o Brasil constitui um bom exemplo de nação democrática da região, em que a expansão do poder judicial se desenvolveu de forma mais expressiva, a partir da Constituição Federal de 1988. A título de exemplo, veja-se o papel de notável protagonismo ocupado pelo órgão de cúpula do Judiciário no país. É o Supremo Tribunal Federal que detém a palavra final na decisão de conflitos que, por competência originária ou não, são levados ao seu conhecimento, visando à obtenção de um posicionamento de seus Ministros. Assim, um julgamento do Tribunal pode culminar tanto na declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma, como também na satisfação de direitos sociais que, embora constitucionalmente previstos, não são implementados pelas esferas competentes, na prática.

É nesta segunda implicação que o fenômeno da judicialização passa a ganhar força. De acordo com os autores Neal Tate e Torbjörn Vallinder, responsáveis pela paradigmática obra *“The Global Expansion of Judicial Power”*, a judicialização contempla dois elementos principais: a transferência de decisões sobre políticas públicas, antes tomadas pelo Poder Legislativo, para o Judiciário, e o processo por meio do qual a tomada de decisões na cena política assume elementos quase judiciais (TATE; VALLINDER, 1995).

No Brasil, a judicialização perpassa dois fatores distintos: o primeiro deles diz respeito ao modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado no país; o segundo, por outro lado, reporta-se ao sistema de controle de constitucionalidade vigente, que combina elementos da matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode declarar a invalidade de uma norma no caso concreto, no chamado controle difuso – e elementos da matriz europeia – que admite ações diretas ajuizáveis perante as cortes constitucionais, no chamado controle concentrado. Neste último caso, a validade constitucional de leis e atos normativos não ocorre de forma incidental, posto que discutida, em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Esse modelo foi ampliado no sistema brasileiro, para que se admitisse uma



variedade de ações diretas, cuja legitimidade para a propositura também tem assento constitucional. (BARROSO, 2018).

Dessa forma, foi nesse contexto e em decorrência do arranjo entre estes dois fatores que, para Barroso, a judicialização constituiu, em verdade, “um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário.” (BARROSO, 2018, p. 446). Segundo o autor, uma vez provocados pela via processual adequada, nem juízes nem tribunais possuem a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a matéria levada ao seu conhecimento. (BARROSO, 2018)

De fato, com a redemocratização e com a promulgação da Constituição Federal de 1988, observou-se uma ampliação significativa dos poderes conferidos ao órgão de cúpula do Poder Judiciário no país, cujo desenho institucional passou a ter novos contornos. Somando-se a isso, o redesenho em torno do papel da instância judicial consubstanciou-se, especialmente, na independência dos juízes. Embora não seja um traço exclusivo do constitucionalismo latino-americano, tendo em vista que a independência também recebeu guarida do neoconstitucionalismo e do garantismo europeus, a temática assume uma dimensão particular nesta região (GRIJALVA, 2017). Nas palavras de Agustín Grijalva,

[...] a busca de mais independência para os juízes na América Latina na presente etapa, se produz em sistemas políticos e jurídicos que contêm desenhos institucionais que pretendem aprofundar a democracia e compaginar a igualdade e a diversidade mediante o efetivo exercício de uma ampla gama de direitos, não somente individuais, como também sociais e coletivos.

Por outra parte, no caso latino-americano, destaca-se o fato de que o tratamento dessa independência se refere a todos os juízes: os ordinários, os constitucionais e os eleitorais. (GRIJALVA, 2017, p.120)

No que concerne à expansão do poder judicial, em decorrência do fortalecimento, da autonomia e da independência conferida ao Poder Judiciário, é possível afirmar também que essa nova estrutura de organização do poder também foi responsável por impulsionar as instituições judiciais para o núcleo central da política. Nas palavras do autor Ernani Rodrigues de Carvalho, “Essa seria, de maneira bastante simplificada, a equação política que acomodou o sistema político (democracia) e seus novos guardiões (a Constituição e os juízes).” (CARVALHO, 2004, p. 115)

Nesse seguimento, o fenômeno da judicialização, por óbvio, não permaneceu restrito ao campo das relações puramente sociais ou das demandas por direitos assegurados pela Constituição. A expansão do poder judicial, para além disso, também promoveu impactos significativos na política e, sobretudo, ilustrou a fluidez da fronteira existente entre o direito e



a política no mundo contemporâneo. (BARROSO, 2018). Com efeito, “A política se judicializa a fim de viabilizar o encontro da comunidade com seus propósitos, declarados formalmente na Constituição.”(VIANNA et al., 1999, p. 40).


Por ora, parece certo compreender que o fenômeno da judicialização guarda intrínseca relação com o novo constitucionalismo latino-americano, tendo em vista que seu desenvolvimento só foi possível com a elevação da instância judicial a um novo patamar, por meio da consolidação de um novo desenho sobre as suas atribuições. Em última análise, foi este processo que impulsionou a expansão do poder judicial nos países da região – inclusive no Brasil, com a Carta Política de 1988 –, o que culminou na reconfiguração do papel de juízes e tribunais, realocando-os, inclusive, no processo de tomada de decisão política. Assim, a próxima seção deste trabalho destina-se a compreender em que medida o novo constitucionalismo latino-americano também contribuiu para a expansão de um outro fenômeno que se observa no Brasil: a Judicialização da Megapolítica.

PARA ALÉM DA POLÍTICA JUDICIALIZADA: O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA MEGAPOLÍTICA E SUA INCIDÊNCIA NO CASO BRASILEIRO

Judicialização da Megapolítica é uma expressão cunhada pelo cientista político e professor canadense Ran Hirschl. O vocábulo foi citado, pela primeira vez, em um artigo escrito pelo teórico, publicado originariamente em 2006, denominado “O Novo Constitucionalismo e a Judicialização da Política Pura no Mundo”. Em momento posterior, com o aprofundamento de seus estudos sobre a temática, Hirschl publica, então, o artigo intitulado “A Judicialização da Megapolítica e o Surgimento dos Tribunais Políticos.”

Mas o que vem a ser a Megapolítica – também denominada pelo autor de política pura – e o que lhe diferencia da política ordinariamente compreendida? Em primeiro lugar, é necessário compreender que existem certas condições políticas que podem ser apontadas como facilitadoras da expansão do fenômeno da judicialização, apontadas por Tate e Vallinder (1995). Uma destas circunstâncias é o próprio assentamento do regime representativo.

É incontroverso, por exemplo, que a conquista de um Poder Judiciário forte, autônomo e independente é resultado do próprio aprimoramento da democracia e alude ao novo constitucionalismo americano. Nas palavras de Tate:



É difícil imaginar um ditador, independentemente de suas vinculações ideológicas, (1) convidando ou mesmo permitindo que juízes nominalmente independentes aumentem a sua participação na elaboração de grandes políticas públicas, ou (2) tolerando processos de tomada de decisão que coloquem a adesão a regras processuais legalistas e a direitos acima da rápida obtenção dos resultados substantivos desejados. (TATE; VALLINDER, 1995, s.p)

Portanto, não haveria como cogitar-se a expansão do fenômeno da judicialização sem a própria consolidação de um regime democrático, pelo que se extrai que a própria democracia constitui condição necessária, porém não suficiente, para que a política, ordinariamente compreendida, se judicialize.

Assim, a política passou a ser levada ao Poder Judiciário no Brasil como consequência lógica do regime democrático, por meio do qual a efetivação de valores como a cidadania, o bem-estar e a justiça social, foram confiadas a juízes e tribunais (VIANNA *et al.*, 1999). Nesse seguimento, os autores enxergam na figura funcional dos juízes a ilustração de um importante papel desempenhado na cena política e atribuem nuances positivas ao fenômeno da expansão do poder judicial, nessa seara. Os teóricos defendem que a judicialização da política nada mais seria do que um forte indicador de que a justiça se tornou o último refúgio de um ideal democrático “desencantado” (VIANNA *et al.*, 1999).

Entretanto,

embora não haja propriamente um consenso acerca do que expressa a *judicialização da política* no Brasil, ou de quais as suas consequências para o sistema político e para o regime democrático, as narrativas acerca do fenômeno são construídas a partir de uma perspectiva teórica comum, forjada sob os auspícios da tradição liberal no campo do constitucionalismo e da teoria democrática. A adoção de uma perspectiva analítica que supere o marco liberal permite que se avancem as reflexões acerca da *judicialização da política*, renovando os termos do debate pela compreensão mais aprofundada do papel do Judiciário na conformação da cidadania no Brasil. (AVRITZER; MARONA, 2014, p. 70, grifo dos autores).

Mas diversamente do que se entende por uma instância ordinária de judicialização da política, desenvolveu-se um conceito que pretende circunscrever as camadas mais profundas que perpassam o fenômeno. Hirschl não define, por meio de um conceito fechado, o que vem a ser a Megapolítica, mas define a sua judicialização como um processo que se desenvolveu, propriamente, a partir da expansão da jurisdição constitucional em vários países do mundo. O teórico ilustra que, até então, grande parte dos estudos que se dedicam à temática possuem um viés ingênuo, incipiente e pouco pragmático sobre o que a judicialização efetivamente representa.

Para carrear um sentido mais realista ao fenômeno, Hirschl explora a expressão “Megapolítica”. O vocábulo pretende conceituar, de forma mais concreta e precisa, a



judicialização da política em níveis mais extremos, face à insuficiência semântica da locução “judicialização da política”. Ao trazer uma concepção mais objetiva e pragmática sobre o fenômeno, Hirschl defende que: “Com poucas e notáveis exceções, muito da literatura sobre o assunto parece não reconhecer que o grande trem da judicialização deixou há muito tempo a fulgurante estação da ‘jurisprudência de direitos’.” (HIRSCHL, 2012, p. 29).

Em última análise, Hirschl critica o fato de que a judicialização da política continua a ser amplamente retratada, inclusive no âmbito das discussões acadêmicas, como sinônimo de jurisprudência de direitos e de ativismo judicial, posição que, desde a década de 1990, não capta mais o real alcance e sentido da denominada Megapolítica ou da política pura judicializada (HIRSCHL, 2009). De outra forma, ao alcançar camadas mais extremas e assumindo outra faceta, a judicialização da Megapolítica, conforme expõe o autor, passa a incidir sobre o núcleo central da política, ponto em que reside a relevância de se proceder à distinção entre o significado das expressões.

De acordo com Hirschl, a judicialização da política estendeu-se, recentemente, para além das questões de direito ou de cooperação transnacional e passou a para albergar o que denomina Megapolítica, repercutindo em assuntos de grande e notória significância, que seguidamente definem e, por vezes, dividem Estados inteiros. O fenômeno compreende desde assuntos que dizem respeito a resultados eleitorais e corroboração de mudanças de regime, até questões de guerra e paz, de identidade coletiva fundamental e de processos de construção de uma nação relativos à sua própria natureza e definição. (HIRSCHL, 2012).

Nesse seguimento, Hirschl (2012) explica que a judicialização desses conflitos – cuja resolução deveria incumbir tão somente à arena política – promove um impasse, em que tribunais de uma nação passam a decidir questões políticas “divisoras de água”, não obstante o patente reconhecimento das relevantes implicações políticas que surtirão no país. Com efeito, “São precisamente essas instâncias de judicialização de questões políticas fundamentais que tornam as credenciais democráticas do *judicial review* mais questionáveis. (HIRSCHL, 2012, p. 36, grifo do autor). O autor conclui o raciocínio expondo que, em que pesem os tribunais constituam um cenário adequado ou, até mesmo, o melhor – em termos de posição institucional na democracia e em expertise dos juízes – não ficou claro, para ele, até a atualidade, sob nenhum aspecto, o que faz deles o foro apropriado para decidir aqueles dilemas de natureza pura e substantivamente política (2012).



No contexto brasileiro, é possível constatar que o Supremo Tribunal Federal tem o poder de exercer larga ingerência sobre os desdobramentos da cena política. Utilizando-se das categorias de análise propostas por Hirschl, para aproximar o conceito de Judicialização da Megapolítica do caso brasileiro, parece certo concluir que modular o *timing* de uma deliberação pode afetar o seu próprio resultado e a forma com que ele repercutirá no enredo político como um todo, de ao menos três maneiras, não excludentes entre si:

1. alterando o contexto político de tomada de decisão e, com isso, a probabilidade de reação ou retaliação de partes derrotadas; 2. interagindo com os mecanismos de indicação para o tribunal, fazendo com que uma composição diferente (possivelmente com preferências diferentes) venha a decidir a questão; 3. por meio do simples silêncio judicial, produzindo fatos consumados e aumentando assim os custos de uma decisão judicial futura que contrarie esses fatos. Para além dos seus efeitos sobre o conteúdo da decisão futura, porém, e independentemente dela, mecanismos de definição de agenda podem afetar o comportamento de atores políticos. (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 18)

Dessa forma, um bom exemplo sobre a interferência do poder de agenda sobre o *status quo* da arena política é encontrado facilmente nas ações propostas pela ex-presidente Dilma Rousseff, durante e após sofrer o processo de impeachment, em 2016, nas quais a então Chefe do Poder Executivo contestou a constitucionalidade de seu julgamento pelo Senado Federal.

O poder de controle da própria agenda exercido pelo Tribunal, demonstra que o fato de estas ações não terem sido levadas a julgamento pela Corte em tempo, permitiu que a política se consolidasse sobre o impeachment. Nesse ínterim, eleições municipais ocorreram, emendas constitucionais de alto impacto foram propostas por Michel Temer e aprovadas pelo Congresso Nacional e, até mesmo, um novo ministro do Supremo – Alexandre de Moraes – foi indicado e nomeado pelo ex-Presidente interino. Ainda que se revele pouco provável que uma maioria no Supremo anulasse o julgamento após a Casa de representação dos estados ter removido Rousseff do cargo, o completo silêncio judicial no *timing* adequado para impedir a consolidação da política sobre o impeachment nestes moldes, transformou o que era improvável, em princípio, em impossível, na prática. (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018)

Não se atribui unicamente ao novo constitucionalismo latino-americano a responsabilidade sobre o desenvolvimento da Judicialização da Megapolítica no Brasil. No entanto, parece inevitável compreender, após a exposição teórica realizada no presente estudo, que, sendo um movimento que impulsionou o Poder Judiciário para dentro do processo de tomada de decisão política, é perceptível que o novo constitucionalismo latino-americano contribuiu, e larga escala, para que a Megapolítica se judicializasse no país. Com efeito, ao prever um Judiciário forte, autônomo e independente, é admissível que a Constituição Federal



de 1988 também tenha criado condições favoráveis para que a política, no seu núcleo central, fosse levada à instância judicial de apreciação.

CONCLUSÃO


Este trabalho buscou ilustrar em que medida o novo constitucionalismo latino-americano contribuiu para a expansão da Judicialização da Megapolítica no Brasil. Inicialmente, elaborou-se um panorama geral acerca do novo constitucionalismo latino-americano, compreendendo-o como um modelo que efetivamente redefiniu o equilíbrio entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Na sequência, verificou-se que a Constituição Federal de 1988 contemplou os três eixos centrais que identificam o movimento do novo constitucionalismo latino-americano: a ampliação de mecanismos de participação popular, a previsão de novos direitos e, especialmente, a reconfiguração das atribuições de cada poder; este último, responsável pelo fortalecimento do Poder Judiciário. Como não poderia ser diferente, o alargamento do poder judicial também culminou na expansão do fenômeno da judicialização, notadamente da própria política.

Em um segundo momento, buscou-se diferenciar o fenômeno da judicialização da política ordinariamente compreendida da Judicialização da Megapolítica ou da política pura. Depreendeu-se que, para além de delegar aos tribunais a prolação de decisões que envolvem matéria política, a Megapolítica judicializada envolve questões sensíveis ao próprio núcleo central da política, como expôs o cientista político Ran Hirschl.

Assim, demonstrou-se a incidência da judicialização da política pura no Brasil, expondo-se brevemente as formas com que o fenômeno pode se desenvolver no país, apresentando-se a ingerência do Poder Judiciário sobre o núcleo central da política, por meio do exercício do controle de agenda. A título de exemplo, foram citadas as ações ajuizadas pela ex-Presidente Dilma Rousseff, antes e durante o processo de impeachment deflagrado e concluído em 2016, que não foram levadas a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal em tempo hábil, no sentido de eventualmente paralisar o andamento do processo de impedimento da ex-Chefe do Poder Executivo.

Por derradeiro, concluiu-se com o desenvolvimento deste trabalho que o novo constitucionalismo latino-americano guarda relação direta com expansão da Judicialização da Megapolítica no Brasil, uma vez que o fenômeno alude ao próprio fortalecimento do Poder



Judiciário. O alargamento da instância judicial, por seu turno, foi idealizado pelo novo constitucionalismo latino-americano, que realocou o Poder Judiciário no processo de tomada de decisão política e redefiniu o seu papel no sistema político, tornando-o forte, independente e, sobretudo, autônomo. Em conclusão, este redesenho institucional também contribuiu para que não só a política se judicializasse, como também permitiu que questões que envolvem o próprio núcleo central da política passassem a ser decididas por juízes.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. **Revista Novos Estudos Cebrap**, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan-abr 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/25207>. Acesso em: 09 set. 2020.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. *Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor*. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 15, p. 69-94, set-dez 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n15/0103-3352-rbcpol-15-00069.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2021.

AVRITZER, Leonardo. *O novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem política*. In: AVRITZER, Leonardo; GOMES, Lilian Cristina Bernardo; MARONA, Marjorie Corrêa *et al* (orgs.). **O Constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2017, p. 19-42.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Educação, 2018.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. **Revista de Sociologia e Política**, n. 23, p. 115-126, nov. 2004. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/3699/2949>. Acesso em: 17 set. 2021.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial da constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GARGARELLA, Roberto. **Constitutionalism in the Americas 1776-1860**. New York: Cambridge University Press, 2010.

GRIJALVA, Agustín. *Novo constitucionalismo, ativismo e independência judicial*. In: AVRITZER, Leonardo; GOMES, Lilian Cristina Bernardo; MARONA, Marjorie Corrêa *et al* (orgs.). **O Constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2017, p. 119-154.

HIRSCHL, Ran. *A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos*. In: MOREIRA, Luiz (org). **Judicialização da política**. São Paulo: 22 editorial, 2012, p. 27-62.



HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista De Direito Administrativo**, v. 251, 139-178, mai. 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>. Acesso em: 08 set. 2021.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University, 1995.

VIANNA. Luiz Werneck *et al.* **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: REVAN, 1999.



CAPÍTULO 2

O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL E AS MULHERES AUTORAS DE CRIMES

Angela Maria Moura Costa Prates
Ana Cláudia da Silva Abreu

RESUMO

O sistema de dominação/opressão/exploração, articulado pelo patriarcado/racismo/capitalismo produz efeitos na vida das mulheres, colocando-as num lugar de inferioridade, sujeitas à dominação masculina, de raça e de classe, vulnerabilizando as mulheres não brancas empobrecidas. Esta realidade se faz presente quando se trata do sistema de justiça brasileiro. Nesse contexto, objetiva-se analisar como as mulheres são tratadas dentro do sistema de justiça criminal quando são autoras de crimes. Trata-se de uma revisão bibliográfica, na perspectiva da criminologia feminista. Este estudo revelou que o sistema de justiça criminal é composto por uma maioria de homens, brancos e socialmente privilegiados e que o perfil dos atores e atrizes do sistema de justiça impacta na forma como as mulheres autoras de delitos são percebidas nas denúncias oferecidas pelo Ministério Público, nas defesas apresentadas e nas decisões judiciais. Esse predomínio masculino e de branquitude impacta na desigualdade de tratamento das mulheres, que são julgadas não apenas pelo crime cometido, mas também por terem, através da conduta delituosa, contestado o papel social destinado ao feminino. Conclui-se que o modo como o sistema de justiça trata as mulheres revela a face da desigualdade de gênero que tem suas raízes no patriarcado, reforçada pelo racismo e ancorada na divisão de classes.

PALAVRAS-CHAVE: mulheres; justiça; crime; raça; classe social.

INTRODUÇÃO

Na cultura patriarcal e machista ora vigente, as mulheres são tratadas como objetos do controle masculino. Este controle engloba as suas vidas, seus corpos e sua sexualidade, entre outros. Historicamente as mulheres foram assassinadas por almejar serem donas dos seus próprios corpos. Foram criminalizadas quando desejaram controlar a sua reprodução e reprimidas quando fizeram sexo por prazer ou por profissão. As mulheres foram objetos de criminalização e morte no caso de heresias; mas também foram obrigadas a frequentar as religiões, porque isso é coisa de mulher de “boa família”. Desde a ‘caça às bruxas’ da história mundial até os dias atuais, a sexualidade das mulheres é controlada, usada, abusada e deturpada, tanto para a manutenção da dominação masculina, quanto para reprodução e manutenção da força de trabalho (FEDERICI, 2017).

Em algumas culturas, a mulher não pode praticar sexo antes do casamento, porque isso é considerado crime. Mas, nessa mesma cultura, é possível vender uma mulher para casamentos




milionários ou para prostituição com o fim de adquirir dinheiro para a família. Em outros casos, a virgindade é vendida a preço de ouro para exploradores de mulheres. Por outro lado, se ela se casar sem ser virgem é motivo para o divórcio ou justificativa para o feminicídio. Enfim, a história da humanidade tem demonstrado sua crueldade para com as mulheres. E isso é preciso ser cada vez mais batido, denunciado e combatido por mulheres e homens que almejam uma sociedade mais justa e equitativa entre os gêneros.

Considerando que o gênero é uma forma primordial de significação das relações de poder (SCOTT, 1995) e que nas sociedades patriarcais o poder pertence aos homens, as mulheres são controladas por essa estrutura machista e de opressão e sofrem historicamente diversificadas formas de violência. Elas ocorrem tanto no ambiente privado, quanto em ambiente público. No ambiente privado, na relação junto aos seus, as mulheres sofrem a violência doméstica e familiar; no ambiente público, a violência institucional, social, simbólica, obstétrica e tantas outras (CISNE e SANTOS 2018); (SOIHET, 1997); (CHAI, SANTOS e CHAVES, 2018). De qualquer forma, os homens sempre utilizam-se das mesmas prerrogativas impregnadas da cultura patriarcal. As instituições reproduzem os elementos culturais de dominação/opressão/exploração das mulheres. Quando as mulheres não cumprem esses papéis, comumente, são culpabilizadas, julgadas e até criminalizadas.

Diante disso, este artigo tem como objetivo analisar como o sistema de justiça criminal trata as mulheres autoras de crimes tipicamente femininos, ou seja, os delitos que desafiam a papel de mãe ou a maternidade compulsória. Diante disso indagamos: Como são as penas quando a mulher cometeu crimes tidos como femininos e quando cometeu crimes tidos como masculinos? A raça/etnia ou situação econômica e social impacta nos julgamentos?

Com o fim de responder a essas perguntas, utiliza-se da perspectiva da criminologia feminista que “[...] procura possibilitar a compreensão de que a mulher é estereotipada e estigmatizada pelo sistema penal” (PEREIRA e SILVA, 2015, p. 26). Essa análise desloca a universalidade masculina de pensar a criminologia em detrimento do feminino, porque “[...] o sistema penal reproduz, dentre outros, dois tipos de violência estrutural da sociedade: a



desigualdade de classes, advinda das relações capitalistas e a discriminação de gênero, proveniente das relações patriarcais” (PEREIRA e SILVA, 2015, p. 27).

Para dar conta do objeto de estudos organizamos o artigo da seguinte forma: a) num primeiro momento discutimos quando o crime desafia a maternidade compulsória; b) e num segundo momento analisamos quando o crime questiona o papel de mãe.

QUANDO O CRIME DESAFIA A MATERNIDADE COMPULSÓRIA

Essa seção tem a intenção de discutir como a criminalização do aborto reforça a maternidade compulsória, partindo da análise de como o sistema de justiça trata as mulheres que cometem aborto. Por um lado se tem no Brasil um “sonoro silêncio” sobre a prática do aborto e, por outro lado, existem vozes dissonantes que entoam argumentos do ponto de vista conservador, criminalizador e punitivo (MOREIRA e GONZAGA, 2017). Essa análise tratará o aborto do ponto de vista dos direitos humanos e da saúde pública, tendo como base o contexto cultural, social, político e econômico em que vivem as mulheres brasileiras.

A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

Dentre os tantos papéis sociais que a sociedade patriarcal espera das mulheres, a maternidade é dos mais contundentes. Espera-se que toda mulher almeje ser mãe, aliás, a partir desta perspectiva, esse é uma vocação natural do sexo feminino. Maternidade e aborto são duas experiências que podem ser vivenciadas pela mesma mulher, portanto, não são excludentes. Diante disso, é importante dizer que a maternidade

[...] é um construto social organizado em um contexto espaço-temporal em que a existência das mulheres passou a ser justificada pelo exercício do cuidado da prole, tão necessária para o Estado, e no qual a naturalização da reprodução feminina, da gravidez, e dos cuidados maternos, consiste numa organização discursiva que opera como um discurso de verdade para legitimar uma determinada organização social (BADINTER apud MOREIRA e GONZAGA, 2017, p. 238).

A maternidade é uma atribuição feminina e como tal é constantemente monitorada, vigiada, objeto de regras e normas culturais. A forma como o sistema de justiça trata os delitos considerados crimes de mulher (aborto, infanticídio, abandono de crianças, entre outros) e crimes considerados não de mulher (furto, homicídio, entre outros) é diferente (CASSOL, SILVA e DINARTE, 2018). Eles revelam a face da desigualdade de gênero que tem suas raízes no patriarcado, que permeia as relações dentro do sistema de justiça. Diante disso, do ponto de vista patriarcal, a mulher comete dois desvios:



[...] ao envolver-se com a criminalidade, em delitos tidos como não tipicamente femininos, a mulher comete uma dupla transgressão, pois deixa de seguir o papel social que lhe é imposto (misógino e hegemônico), como mãe, dona de casa, custodiada pelo pai ou companheiro – sendo este seu primeiro desvio –, e também age conforme uma conduta tipificada como crime – segundo desvio (CASSOL, SILVA e DINARTE, 2018, p. 812).

Neste contexto, a sociedade transfigurada no sexo masculino, subordina as mulheres a dois tipos de controle, um que é formal e outro informal. O primeiro “[...] é aquele exercido pelas instituições, como o Judiciário, Polícia, Ministério Público, integrando a ele os processos de criminalização primária, secundária e terciária; já o controle social informal dá-se por meios difusos, como a família, a igreja, a escola” (CASSOL, SILVA e DINARTE, 2018, p. 815). Em cada um desses formatos de controle, os homens, através das instituições que representam, impõem e mantêm para as mulheres o lugar que lhe é destinado e a execução de papéis sociais definidos. Assim como garantem que elas cumpram corretamente esses papéis. Caso haja resistência por parte delas, os homens fazem uso da violência. Eles têm como função fazer com que as mulheres cumpram esses papéis socialmente impostos (SANTOS e MENDES, 2018).

Por meio dessas formas de controle, às mulheres são impostos papéis sociais, formas de comportamento que elas têm que desenvolver ao longo da vida (SAFFIOTI, 1987). E isso é atividade pedagógica desde a primeira infância, onde ensina-se as meninas e aos meninos como ser mulher e como ser homem na sociedade patriarcal (BEAUVOIR, 2016). Cerceia-se sua liberdade, sua autonomia e impõem-lhe regras em todos os sentidos. “A dominação patriarcal explica a desigualdade de poder que inferioriza e subordina as mulheres aos homens, estimulando sentimento de posse e controle dos corpos femininos e o uso da violência como punição e mecanismo para mantê-las na situação de subordinação” (MENEGHEL e PORTELLA, 2017, p. 3080). Aquelas que não seguem esse formato são tidas como desviantes e até mesmo criminosas. No contexto privado, elas são tratadas com violência doméstica e familiar e no contexto público com violência institucional, simbólica, social, entre outras.

Seja o controle formal ou informal o protagonismo é dos homens, por meio das instituições patriarcais, fazendo com que as mulheres possam executar os papéis sociais que lhe foram impostos desde a infância.

Isso se reflete claramente nas estruturas do sistema de justiça criminal, nas más condições em que se encarceram mulheres grávidas, na ausência de material de higiene básico e imprescindíveis às detentas, na própria estrutura pessoal da justiça que é machista e, por vezes, ridiculariza mulheres vítimas de violência (CASSOL, SILVA e DINARTE, 2018, p. 816).

As relações desiguais e patriarcais entre os gêneros também ficam evidentes em três situações: quando a mulher é vítima de um crime; quando é autora de um delito; e quando



integra o sistema de justiça criminal na qualidade de mãe, companheira, esposa, irmã, filha de um sujeito preso. Essa desigualdade é acentuada quando a mulher é uma pessoa racializada e da classe trabalhadora.

ABORTO E O GENOCÍDIO DE MULHERES NEGRAS QUE VIVEM EM SITUAÇÃO DE POBREZA

A discussão que segue intenta avaliar como o sistema de justiça trata as mulheres, especialmente as mulheres negras e que vivem em condições de pobreza, em relação à prática de um crime considerado tipicamente de mulher, que é o aborto, no qual revelam-se as intersecções entre gênero, raça e classe social. Por ser uma “[...] prática milenar, atravessada por fundamentalismos religiosos, preconceitos, violências e desigualdades patriarcais, de raça e classe, faz do aborto um dos temas não apenas polêmico, mas, uma das questões mais difíceis que o movimento feminista enfrenta” (CISNE, OLIVEIRA e CASTRO, 2018, p. 453).

Pretende-se aqui analisar criticamente a forma como o aborto é praticado de forma insegura e ilegal, acarretando a morte de inúmeras mulheres, especialmente, as mulheres negras, com baixa escolaridade, que vivem em situação de pobreza nos bicos e periferias do Brasil e de que modo a criminalização dessa prática contribui para a morte dessas mulheres. Importante lembrar que desde a escravização, as mulheres negras ocupam os territórios vulneráveis das cidades e estão à mercê de toda forma de violência, criminalização e discriminação (TEIXEIRA, 2021).

No Brasil apenas três casos de aborto não são passíveis de crime, que são os casos em que a mulher corre risco de morrer por conta da gravidez, quando a gestação foi decorrente de estupro, segundo previsão do Código Penal; e quando o feto é anencefálico, segundo autorização dada pelo Superior Tribunal Federal (STF). Em todos eles, o aborto deve ser feito por um profissional de medicina especializado. Entretanto, “Por ser ilegal, criminalizado e repleto de culpabilização das mulheres, o aborto é uma prática velada, todavia, é fortemente comum e pela complexidade que está imerso, envolto de ideologias dominantes e desigualdades sociais [...]” (CISNE, OLIVEIRA e CASTRO, 2018, p. 453). Em sendo uma prática comum, que traz inúmeras consequências não apenas para o sistema de saúde pública, mas principalmente para as mulheres, é um assunto que carece de debate crítico.

Os dados estatísticos escancaram a realidade do aborto no Brasil e mundo afora. “Segundo um estudo com base em estimativas da Organização Mundial da Saúde (OMS), aproximadamente 55 milhões de abortos ocorreram entre 2010 e 2014 no mundo, sendo 45%



destes considerados abortos inseguros. África, Ásia e América Latina concentram 97% dos abortos inseguros” (CARDOSO, VIEIRA e SARACENI, 2020, p. 01).


Percebe-se que países subdesenvolvidos agrupam os maiores dados de aborto inseguro. Por esse ângulo fica claro que as desigualdades sociais que acarretam o acesso limitado à riqueza produzida são fatores que determinam se as mulheres que abortam fiquem vivas ou não. Mulheres brancas ou negras, ricas ou em situação de pobreza são criminalizadas e olhadas pelo viés da culpa pela sociedade patriarcal e suas instituições. Entretanto, são as mulheres negras e que vivem em situação de pobreza que mais perdem a vida por essa prática, justamente porque não têm acesso à saúde de qualidade e, portanto, obrigam-se a abortar em clínicas clandestinas, que comumente são mais acessíveis em termos financeiros. E são essas clínicas também que não se responsabilizam pelas complicações que a mulher venha sofrer, fazendo com que a mesma procure a saúde pública.

O fato do aborto ser ilegal e acarretar a criminalização dessas mulheres, não as impedem de praticá-lo. Segundo Cardoso, Vieira e Saraceni (2020, p. 2), “A OMS define aborto inseguro como um procedimento para o término da gestação, realizado por pessoas sem a habilidade necessária ou em um ambiente sem padronização para a realização de procedimentos médicos, ou a conjunção dos dois fatores”. O aborto inseguro tem acarretado duas consequências básicas para os países: a oneração dos sistemas de saúde por complicações pós aborto e a morte das mulheres. “Em média, 50% das mulheres que realizaram aborto e recorreram ao sistema de saúde foram internadas devido a complicações” (ANJOS, et al, 2013, p. 511).

No Brasil existe dificuldades quanto à notificação de morte causada pela prática do aborto. Mesmo assim, “A análise do SIM¹ mostrou que, entre 2006 e 2015, foram registrados no Brasil 770 óbitos com causa básica aborto” (CARDOSO, VIEIRA e SARACENI, 2020, p. 04). Entre as mulheres que abortam, a maioria é jovem. “Entre 2006 e 2015, os óbitos por aborto foram mais frequentes na faixa etária de 20-29 anos no Brasil. Apenas no ano de 2007 a faixa de 30-39 anos registrou um número maior de óbitos” (CARDOSO, VIEIRA e SARACENI, 2020, p. 04).

E quando se trata da questão racial, fica em 50% entre as mulheres brancas e pardas. “A distribuição do total de óbitos por aborto entre 2006 e 2015, segundo a cor da pele, manteve distribuição relativamente estável, com aproximadamente metade dos óbitos no grupo de mulheres de cor parda” (CARDOSO, VIEIRA e SARACENI, 2020, p. 04). Mas quando se trata

¹ Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM).



das mulheres pretas e amarelas (mulheres negras e indígenas), os dados sofrem alterações, mostrando que “[...] no Brasil, pelos dados registrados no SIM e no SINASC², o grupo de mulheres de cor preta apresentou os maiores valores de 2006 a 2012. Em 2013 e 2014, as indígenas foram o grupo com a maior RMM³. Em 2015, com apenas 1 óbito por aborto e com 0,36% dos nascimentos do país, as mulheres de cor amarela apresentaram a maior RMM do Brasil” (CARDOSO, VIEIRA e SARACENI, 2020, p. 04).

Mas não são apenas as questões raciais que influenciam na mortalidade materna pós aborto. As desigualdades regionais e a escolarização também particularizam esse fato.

Na região Norte, o risco de mortalidade materna em consequência de gravidez que termina em aborto é 1,6 vezes maior do que na região Sudeste. Esse risco para mulheres negras, analfabetas ou semianalfabetas é 2,5 vezes maior do que para mulheres brancas. Nessas primeiras, também a mortalidade materna em consequência de aborto é 5,5 vezes maior do que na categoria de mulheres com 12 ou mais anos de escolaridade (ANJOS, et al, 2013, p. 511).

O fato de criminalizar não impede que o aborto seja feito. De acordo com Anjos et al (2013) “Estima-se que no Brasil ocorram mais de um milhão de abortamentos ao ano” (p. 511). As desigualdades sociais geradas, mantidas e legitimadas pelo modo de produção capitalista, expressas na pobreza e no limitado acesso à educação e aos direitos sociais, civis e políticos, colocam as mulheres negras em evidência na vivência dessa problemática.

O aborto pode implicar em sequelas à saúde física, mental e reprodutiva da mulher. Dentre as complicações físicas imediatas estão as hemorragias, infecções, perfurações de órgãos e infertilidade, que se somam aos transtornos subjetivos, ao se vivenciar o ônus de uma escolha inegavelmente difícil em um contexto de culpabilização e penalização do aborto (ANJOS, et al, 2013, p. 511).

Portanto, além das expressões sociais pelas quais passam as mulheres que praticam o aborto clandestino, tem também questões relativas ao âmbito psicológico, que são dimensionadas pela moralização com que o assunto é tratado na sociedade. “Quando não são apoiadas, essas mulheres perpetuam essa dor com angústia e culpa, o que pode levar à depressão” (ANJOS, et al, 2013, p. 511-512).

O feminismo defende que as mulheres têm livre escolha mediante os seus corpos e a questão da reprodução. Que elas não são obrigadas a serem mães, caso essa não seja a sua vontade. O feminismo baseia-se no direito individual, na ideia de que ‘nossos corpos nos pertencem’. Os direitos reprodutivos fazem parte da mesma lógica dos direitos humanos, onde as mulheres têm a liberdade de decidir sobre a sua reprodução. Ao mesmo tempo que elas têm

² Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos (SINASC).

³ Razão de Mortalidade Materna (RMM).



o direito de decidir sobre a reprodução, podem decidir usar métodos contraceptivos para evitar a gravidez, exceto nos casos acima mencionados em que o aborto é legalizado. No entanto, isso é um assunto de planejamento familiar que é frágil no país e, mesmo no sistema de saúde pode incorrer que seja tratado pelo viés moralista, discriminador e criminalizante.

Neste contexto, a “[...] principal problemática do aborto induzido está associada à gravidez indesejada, sendo preciso, portanto, ampliar as possibilidades de planejar a gestação, valorizando assim, o Planejamento Familiar” (ANJOS, et al, 2013, p. 505). O aborto clandestino acaba sendo uma alternativa que mulheres que vivem em situação de pobreza encontram, como forma de planejamento familiar. Portanto, “[...] abortar em condições desfavoráveis à saúde é uma violação dos direitos humanos, principalmente para as mulheres com baixo grau de escolaridade, pobres e negras” (ANJOS et al, 2013, p. 505) e que não tem acesso de qualidade à informações e métodos contraceptivos.

Diante do contexto desse debate, tanto uma quanto outra decisão, precisa ser respeitada pela sociedade e suas instituições.

[...] a partir da abordagem bioética, é importante refletir sobre se a maternidade é realmente um ato de escolha da mulher ou uma imposição social, tomada como “natural”. Ao reconhecer o princípio da vida humana por aceitação e compromisso, na visão relacional, esta é considerada uma atitude moralmente louvável e superior às escolhas da mulher e a acolhida passiva da gestação é vista como um fato consumado e irreversível (ANJOS et al, 2013, p. 512).

Do ponto de vista dos direitos humanos, as mulheres têm o direito de decidir sobre seus corpos, de querer manter a gestação ou não. Assim como, elas têm o direito de decidir se querem ou não ser mãe, pois, do ponto de vista patriarcal, essa é uma tarefa tida como louvável e que está acima da vontade da mulher (ANJOS et al, 2013). A sociedade e suas instituições impõe e obrigam a mulher a desempenhar esse papel, sem considerar a sua vontade. É o modo patriarcal de impor papéis sociais para os gêneros. É preciso ampliar o olhar sobre essa problemática para além da aparência; é preciso considerar a totalidade das questões que envolvem uma mulher que decide pelo abortamento. “As desigualdades dos efeitos danosos da clandestinidade e da criminalização do aborto atingem principalmente a parte mais vulnerável da população, de mulheres pobres e negras, com baixa escolaridade; as mais jovens e aquelas com menor acesso à informação” (ANJOS et al, 2013, p. 505).

Além do que, a prática do aborto clandestino favorece a lucratividade sem controle de pessoas que exercem essa função. Mas a sociedade patriarcal foca apenas na culpabilização e criminalização da mulher que decide abortar e fecha os olhos para “profissionais” e instituições



que praticam o aborto. Nesse sentido, “A descriminalização do aborto seria uma medida de elevado impacto para a reversão dos atuais indicadores de morbidade e mortalidade feminina” (ANJOS et al, 2013, p. 513).

Na seção seguinte, discutir-se-á sobre como o crime questiona o papel de mãe, tendo como base a sociedade patriarcal, machista e sexista que usa de instituições para legitimar as desigualdades entre os gêneros.

QUANDO O CRIME QUESTIONA O PAPEL DE MÃE

Nessa seção pretende-se analisar também crimes que desafiam o papel social e o destino biológico das mulheres, qual seja, ser uma mãe. O mito da maternidade foi construído a partir da idealização da maternagem e da ideia que o destino biológico de todas as mulheres é tornar-se mãe. Badinter (1980, p. 266) enfatiza que a história da humanidade tem mostrado que o instinto materno é um mito, pois “Não encontramos nenhuma conduta universal e necessária da mãe. Ao contrário, constatamos a extrema variabilidade de seus sentimentos, segundo sua cultura, ambições ou frustrações”. Esse ideal é tão arraigado na nossa cultura que inclusive nos casos em que a mulher não foi a autora do delito, ela é julgada porque teria o dever – enquanto mãe – de evitar a prática do crime, passando então a ser culpabilizada pela conduta de um terceiro, geralmente um homem.

INFANTICÍDIO E A NEGAÇÃO AO MITO DO AMOR MATERNO

Na história da humanidade observa-se uma aliança entre os discursos religiosos, jurídicos e médicos para garantir o controle do corpo das mulheres e assegurar a reprodução para a garantia da acumulação da mão de obra. Para garantir que as mulheres brancas e economicamente privilegiadas ficassem confinadas no lar, o mito da maternidade foi fundamental, assegurado no discurso biologizante da natureza feminina e do destino feminino: ser mãe. Vários discursos são utilizados para a concretização desse mito. Nesse sentido, existe “[...] a perfeita aliança entre os discursos jurídico, médico e teológico, em favor do encarceramento da mulher no recinto doméstico ou no convento” (MENDES, 2014, p. 28).

A diferença mais importante entre a heresia e a bruxaria é que esta última é um crime exclusivamente feminino. Outra diferença entre as perseguições aos hereges e às bruxas é que as acusações de perversão sexual e infanticídio contra as bruxas tinham um papel central: a demonização das práticas contraceptivas. Surge, dessa forma, a associação entre concepção, aborto e bruxaria e as tentativas de criminalizar o controle da natalidade e de colocar o corpo



feminino – o útero – a serviço do aumento da população e da força de trabalho. As parteiras passam a ser marginalizadas em razão do seu conhecimento sobre o corpo feminino e o controle reprodutivo das mulheres de modo que se observa a sua exclusão da obstetrícia, a institucionalização do controle do Estado sobre o corpo feminino, como forma de garantir a reprodução da força do trabalho (FEDERICI, 2017).

Quando se observa o processo de colonização do Brasil é importante compreender os modos distintos de exploração e dominação das mulheres brancas e das negras, da mulher branca privilegiada e a mulher que vive em situação de pobreza. “A condição da mulher escrava, assim como da mulher livre e pobre, era completamente diferente da condição assumida pela senhora ‘esposa’ do grande senhor escravocrata” (PINHEIRO, 2018, p. 4). Enquanto a burguesia reservava às mulheres brancas e economicamente privilegiadas o espaço doméstico, responsáveis pelos cuidados com os filhos e com os afazeres domésticos, às mulheres negras e vivendo em situação de pobreza e às brancas proletárias foi destinado um outro papel: o trabalho, em condições indignas.

O casamento e a maternidade tornam-se o destino das mulheres brancas para assegurar a sua domesticação. O sistema capitalista em ascensão no Brasil precisava da mão de obra das mulheres não brancas e das mulheres pobres, de tal modo que o casamento e a maternidade, para essas mulheres representa a sua outra função dentro desse sistema: a procriação. Isso significa que essas mulheres, além de serem submetidas a péssimas condições de trabalho, ainda precisavam cumprir uma jornada dupla, no que tange aos cuidados da casa e dos filhos. Desse modo elas são duplamente exploradas: como empregadas e como reprodutoras (CISNE e SANTOS, 2018).

Neste contexto, para a esposa branca e domesticada o confinamento no lar. Para a mulher branca não domesticada, que questionava as instituições patriarcais como o casamento e a maternidade, o enclausuramento no convento. Para a mulher branca operária a disciplina e o isolamento na fábrica. Para a mulher negra e pobre que praticou um aborto ou um infanticídio o encarceramento. O patriarcado coloca cada uma dessas mulheres no seu devido lugar, sendo que “[...] as mulheres não são controladas, mas custodiadas” (MENDES, 2014, p. 170). É a história brasileira que continua dando sequência à criminalização das mulheres que foram e ainda são escravizadas. No lar ou na fábrica a lógica é a mesma (TEIXEIRA, 2021).

Segundo previsão do art. 123 do Código Penal, para a configuração do infanticídio, uma espécie de homicídio privilegiado que tem a pena bem mais branda, a mulher precisa atuar



influenciada pelo estado puerperal, ou seja, com a sua capacidade de discernimento reduzida em decorrência de alterações físicas, psicológicas, hormonais, decorrentes do puerpério. Portanto, leva-se em conta tão somente essa noção de estado puerperal, uma categoria biologista que tem origem na medicina, ignorando-se outros fatores determinantes da morte, tais como a rejeição da gravidez ou dificuldades econômicas da parturiente. Nota-se, portanto, que somente uma categoria biologista – agir influenciada por alterações decorrentes do puerpério – é capaz de afastar outra categoria criada como decorrente da natureza feminina e, portanto, da biologia: o instinto materno.

Desse modo, a mulher domesticada, vista como frágil, dócil, materna, somente poderia praticar um crime se estivesse alterada pelo puerpério, ou seja, nesse crime tipicamente feminino, reproduzem-se todos os estereótipos relacionados ao papel social da mulher. Não são analisadas as condições dessa gravidez, tampouco em que condições familiares, sociais e econômicas essa mulher se encontra.

Analisando um caso de infanticídio julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Vera Lúcia Pinheiro (2018, p. 7) destaca,

O que se destaca nesse documento é o caráter abstrato do “estado puerperal”. É como se qualquer mulher em qualquer situação pudesse, logo após o parto, ser acometida por ele. O discurso do magistrado sobre os sentimentos de angústia, ódio e desespero das mães em estado puerperal reforça a ideia da determinação biológica. Em nenhum momento se faz menção ao fato de que o desespero, a angústia, o medo das mulheres foram forjados antes do parto, provavelmente durante toda a gravidez e até mesmo antes dela. São sentimentos que têm origem em relações familiares conflituosas, violentas e condições de vida miseráveis. Nada disso faz parte dos argumentos tecidos pelo poder judiciário. Justiça e medicina se uniram para oferecer explicações neutras para o infanticídio, sem comprometer a legitimidade das leis e, principalmente, sem formular nenhuma menção ou crítica à sociedade capitalista, cuja violência lhe é intrínseca.

Nota-se, portanto, que são desconsideradas outras condições a que a parturiente está submetida, as quais são determinantes, muitas vezes, na prática do delito. É que do ponto de vista da sociedade patriarcal, machista e sexista, a maternagem é ápice da vida de uma mulher. Diante do feito, o que está em seu entorno perde qualquer relevância.

Em outro caso, onde houve a desclassificação do delito de homicídio qualificado para infanticídio, foi possível observar que a decisão levou em conta que a condição socioeconômica da parturiente possa ter contribuído para desencadear as alterações psíquicas do estado puerperal. Essa observação, incomum nos processos analisados, se deu em razão do valor atribuído à perícia médica que evidenciaram a relação dessas condições com o estado puerperal (PINHEIRO, 2018). Nota-se, portanto, que mais uma vez o discurso médico é a base para a



aplicação do discurso jurídico, pois segundo o laudo da perícia médica as condições econômicas influenciam no estado puerperal, portanto, essas questões somente foram levadas em conta em decorrência do laudo técnico.

Os estudos sobre as mulheres e o sistema de justiça criminal fazem parte de um vasto campo teórico, que abrange as Ciências Sociais, Políticas, Humanas, Saúde, dentre outras. Está mais do que claro que o pensamento jurídico é fundado em pressupostos teóricos racistas, classistas, sexistas e patriarcais, cujos reflexos se fazem presente no entendimento e aplicação da legislação que trata do delito de infanticídio. Essas mulheres que, por diversas razões, matam os seus filhos, desafiam as normas estabelecidas como socialmente adequadas, questionam o papel social de mãe e donas de casa, ou seja, afrontam não apenas a legislação penal, quando praticam o delito estão transgredindo a construção social dos papéis masculino e feminino (PINHEIRO, 2018).

Na sociedade patriarcal, os homens controlam os corpos das mulheres e como forma de regulação temos a legislação penal que criminaliza as mulheres que praticam condutas consideradas inadequadas ao que se espera de um comportamento feminino. Como a maternidade é vista como algo naturalmente feminino, o discurso jurídico e os atores do sistema de justiça criminal, somente concebem a justificação da sua prática quando a mulher, em razão do estado puerperal, estava com a sua capacidade de entendimento diminuída, não levando em conta outros fatores que são determinantes para a causação dessa morte, tais como: o motivo que levou a mulher a praticar o delito (ocultar uma desonra própria, por exemplo), as razões pelas quais essa gravidez foi rejeitada por essa mulher (relações familiares conflituosas e/ou situação econômica fragilizada), entre inúmeras outras.

Desse modo, é possível concluir que o crime de infanticídio é interpretado por um discurso jurídico branco, masculino e classista, que o avalia somente sob o ponto de vista de um critério biológico, desconsiderando os fatores referente à raça e classe social, sobretudo porque parte de uma concepção de mulher universal – branca e economicamente privilegiada – e de um mito do amor materno.

QUANDO O CRIME É PRATICADO PELO HOMEM, MAS A CULPA RECAI SOBRE A MULHER

Na sociedade machista e patriarcal, as mulheres podem ser culpabilizadas pela morte de seus filhos, sejam por situações de doenças e também por assassinatos. Battaglin (2016), analisa o caso de uma mulher negra que teve seu filho assassinado pelo seu companheiro. Na ocasião,



a mesma foi presa e julgada como se tivesse sido cúmplice do crime. A mulher em questão sofreu violência desde a sua infância, cujas modalidades “[...] eram cotidianas as mais variadas formas de violência física infligidas pelo companheiro, tais como socos, tapas, chutes e cortes com faca” (BATTAGLIN, 2016, p. 26).

A violência não ocorria apenas consigo, mas com seu filho, que veio a ser vítima fatal. Separou-se por diversas vezes e retornou ao convívio do esposo. Esse fato foi motivo para vizinhos e família deporem contra ela no tribunal do júri, o que contribuiu para a sua condenação. Eles afirmavam que embora a mesma não estivesse presente no ato do crime (estupro e assassinato), era cúmplice porque voltou a conviver com o mesmo, apesar de tantas tentativas de separação. Essa mulher que Battaglin (2016, p. 27) nomeia de Maria “[...] era severamente criticada pela família e pela equipe multidisciplinar ligada à proteção dela e dos filhos, por conta dessas ‘idas e vindas’”. Tanto a comunidade quanto os familiares não conseguiram olhar para a realidade de Maria, entender seu contexto e sua história; houve apenas o julgamento por não ter sido eficiente no papel que lhes fora atribuído.

Segundo a autora, a forma como foi conduzido o processo de julgamento de Maria tem os “[...] estereótipos de gênero que estão profundamente arraigados na sociedade contemporânea patriarcal – e, em consequência, permeiam todo o sistema de justiça criminal (BATTAGLIN, 2016, p. 29). Ela foi julgada pela sociedade (família, vizinhos, equipe técnica, entre outros) antes mesmo de chegar ao tribunal. A acusaram de “mãe desnaturada”, “monstro”, entre outros adjetivos que a qualificaram como cúmplice do crime e por isso merecia a condenação. O medidor dos vizinhos e parentes para afirmar seu arrependimento (por um crime que não cometeu) era a lágrima que não caía do rosto da personagem. De tão acostumado ao sofrimento e àquela realidade, o seu corpo já não reagira de acordo com os padrões.

Segundo Battaglin (2016, p. 29), “Essa referência às lágrimas se repete em muitos dos depoimentos prestados na Delegacia de Polícia, assim como os julgamentos primários acerca das suas condutas, especialmente o fato de retornar ao relacionamento violento, ‘meros juízos de valor sem conhecimento dos fatos’ [...]”. Para os algozes, uma lágrima que não rolou foi o sinal de que Maria não sentia a morte do filho. Embebidos por uma cultura que inferioriza um ser e o culpabiliza por tudo o que ocorre de negativo ao seu redor, ninguém ousou olhar para a sua história e para a verdade dos fatos. Os olhares do júri social, cultural e propriamente jurídico mudou de foco: do sujeito que cometeu de fato o crime para a mulher negra, trabalhadora e em



situação de pobreza. Foi mais cômodo culpabilizar a mulher, mãe que ‘não cumpriu o seu papel de cuidadora’, ao invés de julgar o sujeito do crime.

O julgamento tanto da família quanto da sociedade estava pautado num modelo ideal de mulher e mãe, ou seja, ela teria que ter assumido determinado papel e como, na análise dos mesmos não assumiu, a tornava culpada pelo assassinato do filho. E o Ministério Público a denunciou no mesmo patamar de seu esposo (verdadeiro assassino), nos seguintes termos:

[...] os denunciados, agindo mediante acerto de vontades e em somatório de esforços, a socos, tapas, pontapés, empurrões, arremesso da vítima ao solo, praticando o empalamento da vítima – situação na qual introduziam o objeto contundente no ânus –, e, ainda, privando-o da alimentação necessária e de mínimos cuidados com a saúde, mataram o menino [...] (BATTAGLIN, 2016, p. 32).

Percebe-se que tanto ela como seu esposo foram denunciados pelo mesmo crime, muito embora Maria não estivesse presente no momento do delito, porque para sustentar sua família, estivesse trabalhando. E como não tinha com quem deixar o filho para trabalhar, deixava com seu pai. Chama a atenção o fato de em nenhum momento nenhuma instituição (social, familiar) cobrou do pai as responsabilidades enquanto tal. Os cuidados, proteção e zelo pelos filhos é também responsabilidade do pai. Mas, como a sociedade atribui essa responsabilidade apenas à mulher mãe, exige dela todas as consequências caso seu papel falhar.

A autora também analisa um outro caso, também com assassinato do filho, cuja mãe que ela denomina de Joana, estava trabalhando (nas mesmas circunstâncias que a Maria). Só que nesse caso foi diferente o julgamento do magistrado.

[...] a prova carreada ao feito, demonstra que [Joana] não estava em sua residência, pois trabalhava no momento do fato, tendo seu filho ficado aos cuidados de seu companheiro [...]. No entanto, não se pode considerar que a ré, em atitude cotidiana e comum a qualquer mãe ou pai que necessite sair para trabalhar e sustentar seu filho – merecendo nota o fato de que despendia metade do salário auferido para pagar a creche na qual a criança ficava –, tenha, de alguma forma, consentido com a morte da vítima ou omitindo-se, como mãe, no dever de cuidado. Trata-se, como já afirmado, de conduta absolutamente comum na vida cotidiana de qualquer ser humano que tenha filhos, não servindo como indício de que tenha concorrido, de qualquer forma, para a prática do crime. Não há nos autos qualquer prova a demonstrar que a acusada tivesse aderido ou concordado com a ação delituosa de seu companheiro, para com o seu filho, ou mesmo tivesse se omitido com seus deveres de mãe. [...] (BATTAGLIN, 2016, p. 36).

Em ambos os casos analisados, segundo a autora, a variável de gênero, raça e classe social foi determinante para as decisões tomadas. Para ela, “[...] Joana possui duas variáveis distintas das de Maria: é branca, pertencente à classe média baixa, tendo completado o ensino médio. Distancia-se assim da mulher negra, pobre e com ensino fundamental incompleto” (BATTAGLIN, 2016, p. 36). Nota-se que quando a mulher é negra, com condições financeiras



precárias e pouca escolarização, a culpabilização recai com ênfase sobre seus ombros. Porque o júri analisa e julga diferente duas situações que envolve a morte de criança pelo pai, cuja mãe está trabalhando? A diferença está em uma ser branca e a outra negra. São resquícios de um país estruturalmente racista, cujas raízes estão fincadas desde a colonização (SILVA, 2014); (TEIXEIRA, 2021).

Nesses casos analisados tanto a sociedade, quanto a família e a justiça criminal culpabilizaram a mulher negra, em situação de pobreza e com pouco escolaridade por um crime cometido pelo seu companheiro. A julgaram de não exercer corretamente o papel de mãe, por não conseguir proteger seu filho da violência. Nenhum sujeito conseguiu olhar para sua realidade. Mulher que sofreu violência desde a infância, que continuava sofrendo por parte do esposo, e que, além do trabalho doméstico e cuidado com o filho, ainda tinha a função de trabalhar fora para sustentar as necessidades da família. O esposo, por ser homem, sofre apenas o julgamento da justiça criminal, não da sociedade e da família.

O peso maior da culpa pelo crime recai sobre a mulher e de maneira contundente se a mesma é negra e vive em situação de pobreza. “A história de Maria é uma dentre tantas que se somam às estatísticas e reproduzem, de forma oficial, todas as mazelas do patriarcado e de uma sociedade que ainda está impregnada por preceitos escravocratas” (BATTAGLIN, 2016, p. 38). São tantas Marias a viver pelos becos e favelas brasileiras carregando os estigmas e os açoites que a cruel história brasileira esconde atrás do mito da democracia racial (Gonzalez, 2019).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme informado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (2017), no Estado do Paraná 61,7% dos membros são homens e 38,3% são mulheres. No tocante à advocacia e defensoria pública observou-se uma maioria de homens, que correspondeu a 59% das defesas efetuadas, sendo 21% de mulheres, 8% com atuação conjunta de homens e mulheres e em 12% não foi possível identificar o gênero do(a) defensor(a). Por fim, relativamente à magistratura, segundo dados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, as mulheres representam 34,1% dos integrantes da magistratura (SÁ, 2021, p. 21-23).

Segundo a pesquisa feita pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2018, as Justiças Estaduais, apresentam um percentual de 37,4% de magistradas, sendo que dessas apenas 21,3% atuam nos Tribunais de Justiça como desembargadoras (CNJ, 2019). Em conformidade com o estudo realizado por Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho e Marcelo Baumann Burgos, por meio de questionários enviados aos magistrados e magistradas, apenas



18,4% dos juízes e juízas de primeiro grau da Justiça Estadual não são brancos, 32,3% concluiu o ensino médio em escola pública e 20% não são casado(a)s ou estão em união estável (AMB/PUC-RIO, 2018).

No que se refere ao Ministério Público, conforme a pesquisa realizada pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania, dentre promotores e procuradores, a partir de questionários enviados às várias unidades da Federação, sendo que desses apenas 23% não são brancos, 30% são mulheres, e cerca de 60% são filhos ou filhas de pai que completou o ensino superior e 47% de mães que concluíram o ensino universitário (LEMGRUBER et al, 2016).

Com base nesses dados, podemos afirmar que o sistema de justiça criminal é composto por uma maioria de homens, brancos e socialmente privilegiados e que o perfil dos atores e atrizes do sistema de justiça impacta na forma como as mulheres autoras de delitos são percebidas nas denúncias oferecidas pelo Ministério Público, nas defesas apresentadas e nas decisões judiciais.

Esse predomínio masculino e de branquitude impacta na desigualdade de tratamento das mulheres, que são julgadas não apenas pelo crime cometido, mas também por terem, através da conduta delituosa, contestado o papel social destinado ao feminino. Da mesma forma, em razão do racismo e do classismo, as mulheres não brancas e pobres, ainda mais vulnerabilizadas às diversas formas de violência, precisam enfrentar não só o sexismo, como também práticas racistas do sistema de justiça, que não realiza o devido acolhimento das vítimas de violência e que, quando essas mulheres são as autoras dos crimes, são também culpabilizadas por desatenderem ao papel ideal de mulher, de passividade e fragilidade, fundado no padrão de feminilidade que é branco, burguês e domesticado.

Dessa forma, o sistema de justiça criminal reforça a estrutura patriarcal e os estereótipos de gênero, de raça e classe, e impõe às mulheres o lugar de passividade e inferioridade. O Estado, além de controlar os corpos das mulheres e os vincular à reprodução, ao criminalizar o aborto e do infanticídio, considerando que, na maioria das vezes esses crimes são praticados por razões econômicas, acaba por condenar as mulheres negras e em situação de pobreza não só a práticas clandestinas de interrupção da gravidez, como também ao encarceramento pelos delitos.

O destino biológico das mulheres – reprodução e maternidade – também é usado como justificativa para a punição dos infanticídios e a única justificativa para a quebra do mito do amor materno é a razão médica e biológica representada pela influência do estado puerperal, de



modo que são desconsiderados outros elementos justificantes, tais como as condições sociais e econômicas da parturiente. Por fim, ainda vinculado à natureza feminina, o dever de cuidado também é usado como uma justificativa para punir mais severamente as mulheres, de tal modo que a mãe é culpabilizada porque não cumpriu o seu papel enquanto mãe e mulher. Quando a mulher é negra e da classe trabalhadora, o sistema de justiça reforça os papéis femininos socialmente impostos. Diferentemente ocorre quando a mulher é branca, mesmo sendo da classe trabalhadora, pois os aplicadores da norma podem ampliar o olhar e avaliar a necessidade da mesma em trabalhar e não ter com quem deixar o filho e assim a isentar de responsabilidade penal.

Diante de tudo isso, faz-se necessário avaliar que a maioria das mulheres quando praticam os crimes considerados tipicamente femininos já se encontram vulnerabilizadas, em razão de outras condições específicas, como a raça e a classe social e que esses fatores devem ser levados em conta quando da análise da legislação e na sua aplicação pelos atores e atrizes do sistema de justiça criminal.

É preciso que a interpretação do aborto e do infanticídio esteja diretamente associada a uma perspectiva de gênero, que considera as diferentes vivências que as mulheres experienciam com a maternidade e que não pressupõe como papel feminino ser mãe. A relação das mulheres com a gravidez e com a maternidade é atravessada também por outros marcadores, tais como a raça e a classe, e se o sistema de justiça continuar ignorando essa realidade, às mulheres não brancas e empobrecidas restará a morte, em abortos clandestinos e precários, ou o encarceramento.

Desse modo, uma aplicação dos tipos penais do aborto e do infanticídio, segundo uma perspectiva de gênero não racializada, permite que, nessas hipóteses, em que pese a criminalização, em razão das especificidades enfrentadas pelas autoras desses crimes, seja concedido o perdão judicial e assim, pelo menos, seria possível evitar os efeitos ainda mais nefastos que o encarceramento irá promover na vida dessas mulheres e das suas famílias.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Karla Ferraz dos et al (2013). **Aborto e saúde pública no Brasil: reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos.** In.: Revista Saúde em Debate (v. 37, n. 98, p. 504-515, jul/set). Rio de Janeiro. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/sdeb/v37n98/a14v37n98.pdf> Acesso dia 20/10/2020.

BADINTER, Elisabeth (1980). **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. Tradução de Waltensir Dutra. — Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

BATTAGLIN, Ivana (2016). **A criminalização da pobreza numa perspectiva de gênero: o quanto o sistema judicial pode reproduzir os estereótipos do patriarcado para encarcerar as mulheres pobres**. In.: Revista do Ministério Público do RS (n. 80 maio 2016 – ago. 2016 p. 17-40). Porto Alegre. Disponível em https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1504551034.pdf Acesso dia 26 de março de 2020.

BEAUVOIR, Simone de (2016). **O segundo sexo: fatos e mitos**. 3ª Ed – Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

BRASIL. AMB/PUC-RIO (2018). **Quem somos: a magistratura que queremos**. Rio de Janeiro. Disponível: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf. Acesso em: 12 dez. 2020.

BRASIL. CNJ (2019). **Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário**. Disponível: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/42b18a2c6bc108168fb1b978e284b280.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2020.


CARDOSO, Bruno Baptista, VIEIRA, Fernanda Morena dos Santos Barbeiro e SARACENI, Valeria (2020). **Aborto no Brasil: o que dizem os dados oficiais?** In.: Caderno de Saúde Pública (nº 36, Sup. 01). Rio de Janeiro. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2020001305001 Acesso dia 20 de outubro de 2020.

CASSOL, Paula Dürks, SILVA, Maria Beatriz Oliveira da e DINARTE, Priscila Valduga (2018). **“A vida mera das obscuras”: sobre a vitimização e a criminalização da mulher**. In.: Revista Direito Práxis, Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 2, p. 810-831. Rio de Janeiro. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25503/24187> Acesso em 26 de janeiro de 2022.

CHAI, Cássius Guimarães, SANTOS, Jéssica Pereira dos & CHAVES, Denisson Gonçalves (2018). **Violência institucional contra a mulher: o poder judiciário, de pretensão protetora a efetivo agressor**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM (v. 13, n. 2 - p.640-665. Rio Grande do Sul. Disponível em <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29538>. Acesso dia 16 de julho de 2020.

CISNE, Mirla, CASTRO, Viviane Vaz e OLIVEIRA, Giulia Maria Jenelle Cavalcante de (2018). **Aborto inseguro: um retrato patriarcal e racializado da pobreza das mulheres**. In.: Revista Katálysis (v. 21, n. 3, p. 452-470, set./dez). Florianópolis. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rk/a/sVLLgJKMPHdvmxgr6JQSVDP/?format=pdf&lang=pt> Acesso em 26 de janeiro de 2022.

CISNE, Mirla e SANTOS, Silvana Mara Morais dos (2018). **1.2 – Patriarcado, divisão sexual e racial do trabalho e as relações sociais de sexo: para além de uma “questão de gênero”**. In.: CISNE, Mirla e SANTOS, Silvana Mara Morais dos. Feminismo, diversidade sexual e serviço social. (Biblioteca Básica do Serviço Social v. 8). São Paulo: Cortez. (p.43-56).



FEDERICI, Silva (2017). **Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. São Paulo: Elefante.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro (2016). **O feminicídio e os embates das trincheiras feministas**. In.: Revista Discursos Seduciosos: crime, direito e sociedade (nº 20 (23/24 – p. 95-106). Rio de Janeiro: Editora Revan.

GONZALEZ, Lélia (2019). **Racismo e sexismo na cultura brasileira**. In.: HOLLANDA, Heloisa Buarque de. *Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo (p. 237-256).

LEMGRUBER, Julita et al (2016). **Ministério Público: guardião da democracia brasileira**. Rio de Janeiro: CESEC.

MENDES, Soraia da Rosa (2014). **Criminologia Feminista: novos paradigmas**. São Paulo: Editora Saraiva.

MENEGHEL, Stela Nazareth e PORTELLA, Ana Paula (2017). **Femicídios: conceitos, tipos e cenários**. In.: *Ciência & Saúde Coletiva* (nº 22 v. 9), p. 3077-3086. Rio de Janeiro: ABRASCO. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/csc/v22n9/1413-8123-csc-22-09-3077.pdf> Acesso dia 27 de outubro de 2020.

MOREIRA, Lisandra Espíndula e GONZAGA, Paula Rita Bacellar (2017). **Maternidade e Aborto: entre vontade e compulsoriedade no campo da reprodução**. In.: RAMOS, Marcelo Maciel Ramos, NICOLI, Pedro Augusto Gravatá e ALKMIN, Gabriela Campos (Orgs). *Gênero, Sexualidade e Direitos Humanos: Perspectivas Multidisciplinares*. Belo Horizonte, MG: Editora Initia Via.

PEREIRA, Luísa Winter e SILVA, Tayla de Souza (2015). **Por uma criminologia feminista: do silêncio ao empoderamento da mulher no pensamento jurídico criminal**. In: SÁ, Priscila Placha (Coord.). *Dossiê: as mulheres e o sistema penal*. Curitiba: OAB/PR. Disponível em <http://www2.oabpr.org.br/downloads/dossiecompleto.pdf> Acesso dia 23 de novembro de 2020.


PINHEIRO, Veralúcia (2018). **O infanticídio como expressão da violência e negação do mito do amor materno**. *Revista de Estudos Feministas, Florianópolis*. (vol.26, n.1). Disponível em <https://www.scielo.br/j/ref/a/7h7dYGR8gRnvx8RZJv4QN7g/abstract/?lang=pt> Acesso em 26 de janeiro de 2022.

SÁ, Priscila Placha (2021). **Dossiê Femicídio: por que aconteceu com ela?** Curitiba: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. (1987). **O poder do macho**. São Paulo: Moderna.

SCOTT, J. (1995). **Gênero: uma categoria útil de análise**. *Revista Educação e Realidade*, Porto Alegre, FAE: UFRGS (v. 20, n. 2 , p. 71-100, jul. dez). Disponível em <https://www.seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71721/40667> acesso dia 16 de julho de 2020.

SANTOS, Valdonilson Barbosa e MENDES, Mary Alves (2018). **Produções de masculinidades no contexto da violência de gênero**. In.: *Seminário Internacional Fazendo Gênero. Anais do XI Seminário Internacional Fazendo Gênero [recurso eletrônico]: –*



Florianópolis: UFSC. Disponível em
http://www.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499477896_ARQUIVO_FAZEN DOGENER02017- PRODUCOESDEMASCULINIDADESNOCONTEXTODAVIOLENCIADEGENER0.pdf
Acesso dia 27 de outubro de 2020.

SILVA, Ivone Maria Ferreira da (2014). **Questão Social e Serviço Social no Brasil:** fundamentos sócio-históricos. 2ª Ed – Campinas, SP: Papel Social; Cuiabá, MT: EdUFMT.

SOIHET, Rachel (1997). **Violência simbólica:** saberes masculinos e representações femininas. In.: Revista Estudos Feministas – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). (v. 05, nº 01). Florianópolis. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/12558/11703> Acesso dia 17 de julho de 2020.

TEIXEIRA, Juliana (2021). **Trabalho doméstico** (Coleção Feminismos Plurais – Coord Djamila Ribeiro). São Paulo: Jandaia.

CAPÍTULO 3

ALIENAÇÃO PARENTAL INVERSA: UM BREVE ESTUDO SOB A ÓTICA DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Monyque Ellen Lopes Moraes Cavalcanti
Diane Jéssica Morais Amorim

RESUMO

O presente estudo traz breves considerações acerca da alienação parental, associando à análise o conceito de alienação parental inversa ou alienação parental do idoso, identificando como esta ocorre, descrevendo a alienação de 1º e 2º graus e destacando sua relevância para o Direito do Idoso, ante a possibilidade de responsabilização. Não obstante a ausência de pretensão em exaurir esses temas, buscou-se abordá-los sob a ótica da jurisprudência pátria, destacando, inclusive, possibilidade de aplicação análoga da Lei n. 12.318/2010 em relação à alienação parental do idoso, de modo que possa haver um vislumbre solidificado, ainda que breve, a respeito desses institutos. Concluiu-se, então, que embora não haja nenhum regramento específico acerca da alienação parental da pessoa idosa, por ser um fenômeno social-familiar corriqueiro, é necessário que haja proteção jurídica dos direitos e garantias do idoso, seja pela aplicação da tese permissiva por analogia ou pela aplicação da tese permissiva por lugares paralelos interpretativos.


PALAVRAS-CHAVE: Alienação Parental Inversa; Idoso; Responsabilização.

INTRODUÇÃO

A alienação parental é uma prática que se configura quando um dos genitores age de maneira a induzir o(s) filho(s) a desenvolver um sentimento de ódio, rancor ou mágoa pelo outro genitor, por meio de manipulação psicológica, colocando a criança/adolescente, vulnerável por definição, numa situação de vítima de relações familiares mal resolvidas.

No entanto, é sabido que tal conduta não se resume àquela cometida pelos genitores, uma vez que, reconhecidamente, há também a alienação parental cometida em face dos idosos, também chamada de alienação parental inversa, objeto do presente estudo.

Tal alienação pode ser cometida por um filho, por um cuidador ou por algum outro familiar, que busca afastar a pessoa idosa do convívio com a família, buscando obter para si algum tipo de vantagem financeira. Diante disso, é importante identificar como a alienação inversa ocorre, bem como os graus de ocorrência, tendo em vista que esse conhecimento é relevante no contexto de proteção à pessoa idosa.



Nesse diapasão, nesse artigo será abordado o tema alienação parental inversa, trazendo, também, seus conceitos e requisitos, as formas de ocorrência, graus, teses de aplicabilidade, além de analisar as formas de responsabilização sob a ótica da jurisprudência brasileira.

Para a realização do presente estudo, foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica, no qual se buscou conhecer o posicionamento de parcela dos doutrinadores brasileiros, mediante revisão bibliográfica, consulta à doutrina, consulta à legislação, especialmente à Constituição Federal de 1988, ao Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) e à Lei de Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010), bem como análise da jurisprudência dos tribunais brasileiros sobre o tema.


ALIENAÇÃO PARENTAL

O termo alienação parental fora inicialmente utilizado por Richard Gardner, professor de Psiquiatria Clínica do Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia, nos Estados Unidos da América, no ano de 1985, referindo-se aos processos nos tribunais norte-americanos acerca de guarda de filhos, em que se constatava que um dos genitores induzia o menor a romper os laços afetivos com o outro genitor (MADALENO *apud* CALMON, 2020, p.89).

Este termo indica o conjunto de atos empreendidos por um dos genitores, avós ou cuidadores com vistas a induzir a criança ou adolescente para que nutra antipatia pelo(a) genitor(a). Ou seja, a alienação parental objetiva que o filho menor odeie o(a) genitor(a), situação comum entre casais separados, sobretudo porque restaram mágoas não resolvidas entre o antigo casal, de modo que um ex-cônjuge procura afastar o outro da convivência com os filhos menores, denegrindo a sua imagem ou cerceando o direito de visitas, numa clara tentativa de obstrução dos laços afetivos dos filhos com o outro ascendente (GONÇALVES, 2018, p.145).

No Brasil, o tema é tratado na Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010, por meio da qual visa-se coibir a denominada alienação parental, bem como minorar a ocorrência da síndrome de alienação parental, que são “sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento” (FONSECA *apud* CALMON, 2020, p.89), ou seja, tal síndrome é consequência da alienação parental.

Conforme o art. 2º da Lei acima mencionada, os atos de alienação estão dispostos nos incisos I a VII:



Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós (BRASIL, 2010, *online*).

No entanto, cabe destacar que o dispositivo acima colacionado, embora transcreva uma série de condutas caracterizadoras da ocorrência de alienação parental, não apresenta um rol taxativo de condutas, de modo que outros atos podem ser assim considerados pelo magistrado ou constatados pela perícia.

Portanto, quaisquer atos de um dos genitores, dos avós ou do guardião da criança, que a leve a odiar um dos genitores, ou que entrave o estabelecimento ou a manutenção do vínculo da criança e/ou adolescente com um dos pais, pode configurar ato de alienação parental, o que será constatado por perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental (art. 5º, § 3º da Lei n. 12.318/10)

ALIENAÇÃO PARENTAL INVERSA

A alienação parental também pode se dar em relação à pessoa idosa e, nesse contexto, no Brasil, é chamada de Alienação Parental Inversa. Está caracterizada quando o idoso é afastado do convívio com outros parentes, comumente sob o intuito de obtenção de vantagem financeira e/ou exploração patrimonial. Ou seja, trata-se de uma alienação familiar induzida, sobretudo porque outros parentes podem ser atingidos quando a pessoa idosa tem violados seus direitos fundamentais à integridade psicológica e à convivência familiar (WAQUIM *apud* MADALENO, 2018, p. 612).

O ordenamento pátrio buscou proteger os direitos dos idosos através da criação do Estatuto do Idoso, Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, “destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos”, que gozam de proteção



integral, com direito a todas as facilidades “para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade” (art. 2º). Tal Estatuto também estabelece punições a quem violar os direitos e/ou garantias da pessoa idosa.

No entanto, nem a Lei n. 12.318/2010 (Lei de Alienação parental) e nem a Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) regulamentaram a alienação parental que pode ser cometida em face de uma pessoa idosa. Ainda assim, é importante destacar que a Constituição da República garantiu às crianças/adolescentes e aos idosos a prioridade integral, considerada um princípio, bem como uma tutela específica e protetiva para ambos (CF, arts. 227 e 229).


Diante disso, a doutrina tem indicado que a Lei de Alienação Parental deve ser aplicada, por analogia, à alienação parental sofrida pela pessoa idosa e tal conduta mostra-se necessária, uma vez que o idoso não está imune a sofrer atos de alienação por aqueles que exercem alguma vigilância, guarda ou autoridade sobre ele (CALMON, 2020).

Muito embora este tipo de alienação seja normalmente cometido pelos filhos ou outra pessoa da família da pessoa idosa, é importante salientar que nem sempre estas figuras serão as responsáveis por promover a alienação inversa, uma vez que o alienador pode ser “um cuidador, empregado, porteiro ou enfermeiro contratado para cuidar do idoso” (CALMON, 2020, p. 91).

Nesse diapasão, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal indica que “os atos de alienação parental, conforme inteligência da Lei n. 12.318/2010, não se restringem somente àqueles que tenham vínculo de parentesco com a vítima” (TJDFT, 2018).

Em tempo, diante da similar vulnerabilidade observada entre as crianças/adolescentes e a pessoa idosa, há que se destacar que tal similitude, nesse caso, repousa somente no que tange à possibilidade de sofrimento de alienação parental por estas pessoas, sobretudo porque, em que pese o idoso compor um grupo vulnerável, a sua vulnerabilidade individual não pode ser presumida e, por isso, ele não pode ser considerado uma pessoa infantilizada (ROSENVALD apud CALMON, 2020, p.93).

Nesse trilhar, não se pode olvidar que a pessoa idosa é um adulto com plena independência para a prática de atos da vida civil, com direito à “inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais” (Estatuto do Idoso, art. 10, § 2º), salvo os casos de curatela ou tomada de decisão apoiada.



Diante disso, as distinções entre as crianças/adolescentes e a pessoa idosa devem ser sopesadas ante a possibilidade de aplicação análoga da Lei de Alienação Parental quando tratar-se de alienação sofrida pelo idoso. Ademais, é necessário observar a ocorrência de distinções na alienação parental da pessoa idosa, como a possibilidade de alienação parental inversa em 1º e 2º graus, como se passa a expor.

ALIENAÇÃO PARENTAL INVERSA DE PRIMEIRO E SEGUNDO GRAUS

É cediço que a alienação parental causa danos psicológicos e emocionais tanto à criança/adolescente quanto ao idoso, tanto por privá-los de uma convivência saudável com os parentes, quanto por alijá-los na sua integridade psíquica por meio de uma manipulação para que qualquer tipo de sentimento positivo pelos outros familiares sejam deturpados e se transformem em repúdio ou ódio. Portanto, ambas as categorias devem ser protegidas em caso de alienação parental.

Em que pese a semelhança na denominação da alienação parental para as crianças/adolescentes ou idosos, há que se considerar as diferenças consistentes na motivação para realização dos atos alienantes, além da existência da alienação parental do idoso em graus distintos.

Enquanto na alienação parental de crianças/adolescentes o alienador age em razão se sentimentos mal resolvidos em relação ao parente que é, juntamente com a criança, vítima da alienação, na alienação parental inversa, segundo explica Calmon (2020), o alienador objetiva o afastamento de um terceiro da convivência daquela pessoa idosa, para que, com isso, seja possível obter algum benefício financeiro do idoso alienado.

Diante disso, considera-se que o idoso pode ser vítima de uma alienação parental em 1º e 2º graus, sendo a de 1º grau aquela formada pelos atos de alienação que gerem o afastamento familiar e a de 2º grau, aquela que só ocorre em consequência da alienação em 1º grau, sendo mais comumente a dilapidação financeira ou obtenção de vantagem econômica do idoso (CALMON, 2020).

Ou seja, os atos de alienação de 1º grau têm por fito o afastamento do idoso de algum familiar que possivelmente reconheceria e impediria os intentos do alienador que pretende a obtenção das vantagens da alienação de 2º grau.

Nessa conjuntura, diante de eventual denúncia de alienação parental inversa, é importante que a autoridade judicial analise minuciosamente os atos de alienação



empreendidos, a fim de definir a qual grau eles se amoldam, sem descuidar de analisar o contexto fático sob a ótica da preservação da autonomia da pessoa idosa, que é, em regra, independente para praticar quaisquer atos na sua vida pessoal.

Ou seja, é necessário que a autoridade judiciária analise com bastante acurácia se o afastamento do idoso de algum familiar se deu em razão de vontade própria desse idoso, que é capaz de decidir com quem quer manter convivência, ou se ocorreu em decorrência de atos de alienação de 1º grau pelo alienador que buscar, posteriormente, obter vantagens desse idoso.

Por conseguinte, estando devidamente caracterizada a ocorrência de alienação parental inversa, consideram-se algumas teorias que viabilizam a responsabilidade daquele que comete os atos alienantes, as quais serão expostas a seguir.

RESPONSABILIZAÇÃO POR ALIENAÇÃO PARENTAL INVERSA: “TESE PERMISSIVA POR ANALOGIA” E “TESE PERMISSIVA POR LUGARES PARALELOS INTERPRETATIVOS”

Embora a alienação parental em face da pessoa idosa seja uma realidade social comum, amplamente conhecida pelo homem médio, que eventualmente não consegue distinguir ou caracterizar sua ocorrência, porém tem ciência da sua existência, ela não conta com uma previsão legal específica de proteção que vise coibir os atos alienadores.

Diante disso, tendo em vista que a alienação inversa indubitavelmente ocorre na conjuntura social, é necessário que se busquem mecanismos legais que responsabilizem civilmente o alienador, seja por normas que estabeleçam regras que visem coibir os atos de alienação parental em face da pessoa idosa, como também que indiquem sanções para os atos cometidos com esse intento.

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta como um dos fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III), de modo que o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), em consonância com a ordem constitucional, prevê que a pessoa idosa tem direito à liberdade, à integridade física, psíquica e moral, à dignidade e à autonomia.

De igual modo, a Lei de Alienação Parental (Lei n. 12.318/2010) visa coibir os atos alienadores que ferem a dignidade das crianças e adolescentes, vez que são atos que cerceiam o direito da criança de conviver com o genitor.

Verifica-se, porém, que a Lei n. 10.741/2003 e a Lei n. 12.318/2010 não dispõem acerca da prática da alienação parental em face da pessoa idosa, de modo que tal lacuna tem dificultado

o reconhecimento, na prática, e repressão jurídica de tal conduta. Todavia, o PL n. 9.446/2017 foi criado com vistas a alterar o artigo 2º da Lei n. 12.318/2010, permitindo a ampliação do rol das possíveis vítimas, englobando também a pessoa idosa.


Autor Carmen Zanotto - PPS/SC Apresentação 20/12/2017 Ementa Altera a lei 10.741, de 1 de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências, para dispor sobre o abandono afetivo do idoso por seus familiares, e a lei 12.318, de 26 de agosto de 2010, que dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da lei 8.069, de 13 de julho de 1990. (BRASIL, 2017, *online*)

O referido projeto de lei ainda aguarda aprovação pelo plenário, tendo como última movimentação legislativa registrada o seu apensamento ao PL 4562/2016 em 22/09/2016.

Nessa conjuntura de ausência de previsão normativa específica no que tange à alienação parental inversa, têm sido consideradas duas teorias que a admitem, denominadas de “tese permissiva por analogia” e “tese permissiva por lugares paralelos interpretativos” (CALMON, 2020, p.96).

A Teoria Permissiva por Analogia indica ser cabível a aplicação da Lei n. 12.318/2010 (Lei de Alienação Parental) em face da ocorrência de alienação parental da pessoa idosa. O tema ainda gera controvérsias nas decisões dos Tribunais Pátrios, no entanto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu a favor aplicação ao idoso da Lei da Alienação Parental por analogia:

[...] AÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL - Pretendida supressão do direito de visitas da filha à genitora, com pedido alternativo de modificação do regime de convivência - Propositura pelo curador da interditada, diagnosticada com quadro demencial - Divergência entre irmãos - Aplicação analógica da Lei 12.318/10 em casos de alienação parental contra idosos - Demonstração dos atos praticados pela ré-reconvinte caracterizadores da alienação parental - Evidente a conduta da apelante em denegrir a figura do autor-reconvindo perante a genitora das partes - Dispensável perícia judicial para constatação da alienação parental diante do vasto conjunto probatório - Ademais, manifestou-se a apelante alegando ser desnecessária a produção da referida prova - À luz do melhor interesse da idosa e no intuito de garantir sua integridade psicológica e bem-estar, mostrou-se prudente a imposição de medida protetiva consistente na restrição das visitas da apelante à genitora, nos exatos termos expostos na r. decisão recorrida, a saber, quinzenalmente, aos domingos, das 17h às 19h, na residência do curador e mediante supervisão pelas cuidadoras da idosa - A ampliação do horário das visitas não é recomendável em razão da gravidade dos atos alienadores praticados pela apelante - Inviável, ainda, alterar o local da visitação, qual seja, a residência do autor-reconvindo, já que restou proibida a presença dele no recinto por ocasião das visitas - Também deverá ser mantida a proibição de contato telefônico entre a ré-reconvinte e a genitora e a presença de terceiros quando da visitação, além das cuidadoras - Medidas impostas pelo juízo monocrático que foram adequadas diante das peculiaridades do caso, não se admitindo a aplicação de sanção menos gravosa como pretende a apelante - Pedidos não acolhidos. [...] - Sentença reformada em parte - Aplicação do disposto no artigo 252 do Regimento Interno desta Corte - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (TJSP, 2021, *online*).



Nesse cenário, resta claro que o relator fundamentou o seu voto sob o argumento de que a aplicação por analogia da Lei n. 12.318/2010 é plenamente possível em decorrência da semelhança de tratamento que a lei confere às crianças, aos adolescentes e aos idosos (no que tange à necessidade de proteção), como também pela ausência de previsão específica de alienação parental inversa em outros diplomas legais, sendo necessário utilizar outras fontes do Direito para assegurar o amparo jurisdicional mais adequado à situação fática (ALVES e MAZZARDO, 2021).

No mesmo sentido:

Agravo de instrumento. pedido de visitas a genitor idoso, que reside com irmã e sobrinha. acesso ao pai que vem sendo proibido pela sobrinha do idoso. recurso a que se dá provimento para autorizar o livre acesso à residência do idoso. Diante da sabida condição de precariedade da moradia do genitor da recorrente, estando os interesses do idoso em jogo, é de ser provido o recurso de plano, a fim de possibilitar à recorrente o livre acesso ao apartamento onde reside seu genitor, para ampará-lo em suas necessidades básicas para viver com dignidade. É de se salientar que a permissão de entrada no apartamento não acarretará prejuízo a quem quer que seja e, por outro lado, irá beneficiar o idoso, ao proporcionar o convívio com sua filha, que poderá lhe prestar toda a assistência que se mostrar necessária a seu bem estar. RECURSO PROVIDO EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (TJRS, 2013, *online*).

Agravo de instrumento. Medida de proteção. Idoso. Visitação dos filhos à mãe idosa com acompanhamento oficial do estado. É obrigação do estado assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à dignidade e à convivência familiar, que permitam ao idoso um envelhecimento saudável (artigo 3º e 9º do estatuto do idoso – lei 10.741/03). Demonstrado que a mãe idosa está sendo privada do direito de conviver com seus filhos, bem como o fundado temor de agressão à integridade física deles, por ocasião da visita, pode se furtar o estado de se fazer presente por ocasião da visitação. Caso em que é de rigor o acompanhamento de oficial de justiça e força policial na visitação. Provido. EM MONOCRÁTICA (TJRS, 2012, *online*)

Em que pese o rol taxativo de vítimas indicadas na Lei de Alienação Parental, faz-se necessária sua aplicação análoga diante da ausência de legislação protetiva em favor da pessoa idosa (SCHIRMER apud CALMON, 2020).

Ainda, segundo Patricia Novais Calmon (2020, p. 97), existe a “Tese Permissiva por Lugares Interpretativos”, uma vez que, por haver a tutela do Estatuto do Idoso, inexistente lacuna normativa sobre a alienação parental inversa. Diante desse cenário, “inexistiria lacuna normativa a demandar sua integração por intermédio da analogia” (CALMON, 2020, p. 98).

Nesse diapasão:

Agravo de instrumento. Idoso. Ação declaratória de ocorrência de alienação parental. Determinação de emenda à inicial para adequar fundamentos e pedidos ao estatuto do idoso. Hipótese não prevista no rol taxativo do art. 1.015 do CPC. Inadmissibilidade. É descabida a interposição de agravo de instrumento em face de decisão que determinou a emenda à inicial para alteração dos fundamentos e pedidos ao preceito da Lei 10.741/03, por não se vislumbrar ser caso de aplicação analógica da lei de alienação parental. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, POR MONOCRÁTICA (TJRS, 2018, *online*).



O magistrado relator entendeu não ser cabível a aplicação da Lei nº 12.318/2010 (Lei de Alienação Parental) à pessoa idosa, restando outras duas opções aos demandantes: ou emendarem a petição inicial fundamentando o pedido em maus tratos, por ser o mais próximo de alienação parental que se encontra na Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) ou peticionar indicando a desistência da ação, não atendendo o comando judicial.


Seguindo o entendimento disposto na Tese Permissiva por Lugares Interpretativos, como o Estatuto do Idoso regulamenta a proteção da pessoa idosa, não haveria existência de lacuna normativa, que é um dos requisitos para incidência da analogia. Contudo, essa impossibilidade de aplicação da analogia não quer dizer que a lei de Alienação Parental não possa ser utilizada na interpretação da Alienação Parental Inversa, visto que “a analogia é um fenômeno geral, que também se manifesta na interpretação, através dos chamados lugares paralelos” (ASCENÇÃO *apud* CALMON, 2020, p. 99).

Ou seja, o que se pretende com a aplicação dessa teoria é que se compreenda que, embora possa ser considerada a Lei de Alienação Parental para resolução/interpretação dos casos de Alienação da Pessoa Idosa, não se trata de aplicação por analogia para preenchimento de lacuna legal, vez que tal lacuna seria inexistente, já que o Estatuto do Idoso versa sobre hipóteses de proteção à pessoa idosa, logo, a aplicação da Lei de Alienação Parental às situações fáticas que envolvem pessoas idosas seria por se tratarem de “lugares paralelos interpretativos” (CALMON, 2020, p. 99).

Ademais, ao apurar-se denúncias de alienação parental inversa, deve-se sempre considerar o nível de autonomia da pessoa idosa para tomada de decisões, sabendo-se que, no caso concreto, pode ser mais amplo ou mais limitado, o que demandaria, neste último caso, um rigor ainda maior na sua apuração.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se no presente estudo apresentar as características da alienação parental inversa, sobretudo pela sua relevância para a proteção da pessoa idosa, ante a possibilidade de responsabilização. Apresentado o conceito de alienação parental que a totalidade da doutrina pesquisada concebeu a seu respeito, passou-se ao estudo alienação parental do idoso, com o fito de explanar os graus de ocorrência, como também as teses utilizadas para aplicação de eventual responsabilização.



Elencadas tais teses, quais sejam, “Tese Permissiva por Analogia” e “Tese Permissiva por Lugares Paralelos Interpretativos”, constatou-se que ainda não há pacificação jurisprudencial acerca de tal divisão, visto que alguns tribunais entendem que deve haver aplicação da Lei de Alienação Parental nos casos de ocorrência de alienação da pessoa idosa, enquanto outros acreditam que o Estatuto do Idoso abarca as sanções necessárias para alienação parental do idoso e que a Lei de Alienação Parental até pode ser considerada, mas não por existência de lacuna normativa.

Dessa forma, à luz de tudo aqui exposto, assenta-se que a alienação parental inversa, cerne do presente estudo, constitui-se como essencial à compreensão do fenômeno social-familiar a que muitos idosos são submetidos. Assim, houve um entendimento da necessidade de proteção à pessoa idosa, associado ao fato de que um idoso não pode ser individualmente presumido como pessoa vulnerável, embora faça parte de um grupo vulnerável. Ou seja, na caracterização da alienação parental inversa, há também de se considerar o grau de autonomia do idoso da situação fática, para que os critérios sejam aplicados e interpretados em consonância com a sua realidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Vitória Barboza. MAZZARDO, Luciane de Freitas. **A alienação parental do idoso e a possibilidade de aplicação da lei nº 12.318_10 por analogia**. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/login>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 de abril de 2022.

BRASIL. **Estatuto do Idoso**, Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741compilado.htm. Acesso em: 24 de abril de 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.318**, de 26 de agosto de 2010. Dispõem sobre alienação parental. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm. Acesso em: 24 de abril de 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 9.446 de 20 de dezembro de 2017**. Altera a Lei nº 10.741, de 1 de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acesso em: 20 novembro 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 1026779-11.2019.8.26.0001 – Voto nº 39.227**, Relator: ELCIO TRUJILLO, 10ª Câmara de Direito Privado, julgado em

22/01/2021. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1156920209/apelacao-civel-ac-10267791120198260001-sp-1026779-1120198260001>. Acesso em: 20 nov.2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (3ª Turma Cível). **Agravo de Instrumento nº 0700732-41.2018.8.07.0000**, 3ª Turma Cível, Tribunal de Justiça do TJDF, Relator: Gilberto Pereira de Oliveira, Julgado em 27/09/2018. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631852906/7007324120188070000-segredo-de-justica-0700732-4120188070000>. Acesso em: 20 nov.2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70053116117**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/02/2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112538747/agravo-de-instrumento-ai-70053116117-rs>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70046956207**. Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 04/01/2012. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21138970/agravo-de-instrumento-ai-70046956207-rs-tjrs/inteiro-teor-21138971>. Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70076907096**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em: 08/03/2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/554840320/agravo-de-instrumento-ai-70076907096-rs>. Acesso em: 10 nov. 2021.

CALMON, Patricia Novais. A Teoria dos Lugares Paralelos Interpretativos na Alienação Parental Inversa de Primeiro e Segundo Grau. **Revista IBDFAM - Famílias e sucessões**. ISSN nº 2358-1670, v.39 (maio/jun.) - Belo Horizonte: IBDFAM, 2020. Bimestral, p. 88-102. Disponível em: https://www.academia.edu/43701120/A_teor%C3%A7%C3%A3o_parental_inversa_de_primeiro_e_segundo_grau. Acesso em: 08 nov. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família / Carlos Roberto Gonçalves. – 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LARocca, Yuri. **Alienação parental e suas consequências: isso deve ser divulgado**. 2020. Disponível em: <https://marcojean.com/alienacao-parental/#:~:text=Aliena%C3%A7%C3%A3o%20Parental%20ocorre%20quando%20um,filho%20contra%20o%20outro%20genitor>. Acesso em: 21 nov. 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de família** / Rolf Madaleno. - 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família** – v. 5 / Flávio Tartuce. – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.



CAPÍTULO 4

TESTAMENTO COMO INSTRUMENTO DE VONTADE E SUAS CONTRAPOSIÇÕES LEGAIS

Ilvania Pereira Guimarães Siqueira
Ricardo Miranda de Aquino
Wania Jaguaracy de Sena Medrado

RESUMO

O Testamento como expressão de vontade e suas contraposições legais é também uma análise sobre o paradoxo entre a vontade expressa e os efeitos da legislação em vigor impondo ao testador formas limitadas para sua disposição. Além da presença do Estado, mesmo na forma mais flexível de testar, ao autor se impõe limites formais e morais. Não se pode negar a importância do instrumento secular, mas não se deve negar suas adequações advindas dos anseios sociais. Os impedimentos impostos pela formalidade são maiores se comparados à liberdade de expressão do testador, mas as contraposições não possuem o condão de restringir. Nesse trabalho analisamos a legislação, o rito formal e suas imposições, as formas e a aplicação do testamento com fulcro na vontade derradeira como ato de dignidade.

PALAVRAS-CHAVE: Testamento; Instrumento de Vontade; Contraposições Legais.

INTRODUÇÃO

O testamento considerado um instrumento de vontade, foi instituído no Brasil desde o século XVI, porém a sociedade brasileira não o incorporou de forma ampla na prática, por conta da cultura ou temor sobre o assunto morte. Na visão geral do brasileiro, o testamento é dispensável, haja vista que o nosso código civil, abrangeu as pessoas mais próximas do falecido, em regra, como herdeiras. Ademais, muitos não fazem testamento por pensarem que a ordem de vocação hereditária prevista em lei é justa e correta (VENOSA 2019).

Porém, essa situação foi alterada com a pandemia da Covid-19 trazendo uma tendência de reversão desse quadro, onde o medo de morrer sem deixar instruções aos familiares, gerou um aumento considerável de testamentos do Brasil nos últimos tempos entre os anos de 2020 e 2021. Fato que pode ser comprovado através dos artigos publicados, notícias e, também, por meio dos eventos jurídicos com a abordagem sobre o tema testamento.

Por ser o testamento um negócio jurídico personalíssimo por disposições de derradeira vontade é praticado pessoalmente pelo testador, não sendo possível representação ou assistência, sendo assim, versa pela impossibilidade de interferência de terceiros na revelação de vontade do autor.



Como ensina Tartuce (2021) o testamento é um ato personalíssimo, no qual somente a própria pessoa pode fazer, e revogável no qual alguém, em conformidade com a lei, não só dispõe, para após sua morte, no todo ou em parte (CC, art. 1.857, *caput*), do seu patrimônio, mas além disso faz outras estipulações.

Na concepção de Gonçalves podemos vislumbrar o ato de vontade auxiliado, mas sem a interferência do terceiro.

Nada impede, todavia, que um terceiro (um tabelião, um advogado ou outra pessoa) redija, a pedido do testador e seguindo sua orientação, uma minuta do testamento, ou acompanhe e assessorie o testador, quando da elaboração, desde que se trate de uma participação desinteressada, honesta e normal, sem nenhuma interferência no conteúdo da vontade do testador (GONÇALVES, 2020, p. 91).

Portanto, o ato de fazer um testamento pode ser realizado por qualquer pessoa capaz, devendo ser feito com formalismo como requerido pela ordem jurídica. O testador, enquanto vivo, pode alterar o testamento como e quantas vezes achar necessário, e por ser um ato personalíssimo, prevalecerá o último que for realizado, sendo observadas as regras específicas para cada tipo.

Dessa forma, o trabalho será abordado o tema testamento como instrumento de vontade e suas contraposições legais, tendo como objetivo geral identificar a relevância do testamento na vida das pessoas, analisando dados, fontes doutrinárias e a aplicação legal.


Para a realização do referido estudo, optamos pela pesquisa de dados, bibliográfica, legislação e também jurisprudência com relação a presente temática. No desenvolvimento do artigo trataremos sobre a definição de testamento, antecedentes históricos, para compreensão da evolução do testamento ao longo dos tempos e as respectivas alterações legislativas.

É, também, objetivo da pesquisa delimitar os conceitos, características e formas de testamento encontrados nas pesquisas bibliográficas, assim como verificar as disposições legais do testamento destacando a interpretação doutrinária estudada, cláusulas testamentárias, regras interpretativas das cláusulas testamentárias de acordo com o código civil do ano de 2002 e análise das regras proibitivas e permissivas do testamento.

TESTAMENTO

De acordo com a clássica definição, testamento é a justa expressão de vontade sobre aquilo que quer que se faça após a morte.

Como ensina o catedrático Sílvio de Salvo Venosa sobre a relevância do testamento e dos seus efeitos sendo sua autonomia alcança a possibilidade de revogação, é inegável que o



testamento é um dos pontos mais relevantes do direito privado, pois é nele que se revela com maior amplitude a autonomia da vontade privada (VENOSA, 2019).

Dessa forma pode ser definido como um negócio jurídico unilateral, pelo qual se dispõe, por volitividade, de patrimônio para o pós morte e se faz outras prestações de vontade.

Com relação as prestações ou declarações de vontade não necessariamente terão conteúdo patrimonial, como por exemplo: com relação ao reconhecimento de filho, nomeação de tutor, deserção, as orientações sobre o funeral, confissão sobre fatos, ou mesmo permitir a doação de órgãos, etc. Caso o testamento contenha outras prestações de vontade, aplica-se a autonomia entre elas, assim, a eventual invalidade ou a ineficácia de uma das prestações ou declarações da vontade não afetando as outras.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Com relação aos antecedentes históricos, Gonçalves (2020, p. 89) traz que o testamento ao menos como ato de derradeira vontade como o compreendiam os romanos, no período clássico de seu direito, era desconhecido no direito primitivo. Sendo que, nem sempre a lei e os costumes o admitiam, havendo legislações pelas quais eram punidos aqueles que pretendiam instituir herdeiros ao arrepio da lei (em oposição).

As origens do testamento no direito romano como ensina Wald (2012, p. 137), não têm sido objeto de lição uníssona por parte dos romanistas. Enquanto uma corrente doutrinária, encontrando na Lei das XII Tábuas uma forma de testamento, considera ter sido conhecida desde os inícios da história romana a declaração de derradeira vontade.

Ainda, segundo Wald (2012), firmada na lição de Lambert, prefere fixar o momento em que surge o testamento no direito em roma numa fase bem posterior, lembrando o caráter excepcional desse instrumento e as formalidades especiais a que estava sujeito, necessitando de uma lei das cúrias para a sua aprovação. Importante afirmar que no Direito Romano se entendia ser a vontade do testador um dever que deveria prevalecer, não cabendo interpretação adversa, o chamado favor testamenti, na busca do cumprimento ao ato de sua última vontade.

Como destacado por Gonçalves (2020, p. 90), no direito clássico, o pretor (magistrado) passa a admitir como testamento válido o escrito apresentado a sete testemunhas, ao qual estivessem apostos seus respectivos selos. Somente, porém, no Baixo Império ou período pós-clássico vão surgir, de modo embrionário, as formas de testamento que chegaram até nós.



O direito pátrio consagrou, antes do Código Civil de 1916, as antigas modalidades testamentárias: aberto ou público, cerrado ou místico, particular ou ológrafo, nuncupativo ou por palavras.

Quando o aludido Código foi elaborado, imprimiu-se à sucessão testamentária orientação segura e simples: as duas modalidades de sucessão convivem, sendo lícito dispor de parte dos bens ou da sua totalidade; é livre a instituição de herdeiro ou a distribuição de bens em legados; é reconhecida a liberdade de testar, na falta de herdeiros necessários; é facultado gravar os bens de cláusulas restritivas, mesmo quanto às legítimas; é franqueada a substituição do favorecido.

Na sequência, o Código Civil de 2002 manteve, em linhas gerais, os mesmos princípios, tendo, porém, incluído o cônjuge supérstite (sobrevivente) entre os herdeiros necessários (art. 1.845) e condicionado a oneração das legítimas à menção, pelo testador, de uma justa causa.


CONCEITOS

No entendimento de Amorim (2020, p. 188), testamento, do ponto de vista objetivo ou externo, “é o ato solene no qual o testador formaliza por documento escrito e solene sua vontade de transmitir os seus bens para após a sua morte, com a indicação dos herdeiros e legatários”.

Como observa-se, o Código Civil de 2002 não define o que é testamento. Já o diploma revogado de 1916 conceituava que testamento é um ato revogável no qual alguém, que esteja em conformidade com a lei, dispõe, no todo ou parcialmente, do seu patrimônio, para após a sua morte, art. 1.626 do Código Civil/1916.

Esse conceito levantava críticas da doutrina pelo fato de não mencionar outras características do ato jurídico de testar, limitando-se a dizer que se trata de “ato revogável”, e também por estreitar o conteúdo do testamento como se fosse unicamente destinado às disposições patrimoniais.

A doutrina considerava incompleta a definição contida no artigo 1.626 do Código Civil de 1916, pois não afirmava que o negócio jurídico era solene e pessoal, assim como, omitia as questões não patrimoniais, tais como o reconhecimento de um filho ou mesmo o perdão do indigno. A ausência da definição de testamento no Código Civil de 2002 também segue a premissa hodierna a qual há uma forte corrente que afirma não ser de competência do legislador conceituar os institutos na tentativa de evitar lacunas ou interpretações dúbias ou duvidosas.



De acordo com o Código Civil de 2002, nos artigos 1.857 e 1.858, em vez de definir o que seja testamento, limita-se a dispor sobre o seu conteúdo e salientar que se trata de ato personalíssimo, que pode ser alterado (mudado) a qualquer tempo (art. 1.858). Com relação ao artigo 1.857, §§ 1º e 2º, diz que, a liberdade testamentária sofre restrição quanto à legítima dos herdeiros necessários, conforme anota o § 1º do artigo citado. De outro lado, o § 2º do artigo 1.857 alarga o conteúdo do testamento para abranger disposições de cunho não patrimonial, mesmo tendo o testador a elas se limitado.

Como resultado, o testamento não se limita a disposições patrimoniais, de destinação dos bens a herdeiros instituídos ou legatários. Pode conter múltiplas disposições, seja para deserdar herdeiros necessários, impor restrições à utilização dos bens (vínculos), instituir fundação, ou para contemplar direitos de natureza não patrimonial, como nomeação de tutor, reconhecimento dos filhos, perdão do indigno, recomendações de ordem moral e outros. Por se tratar de ato personalíssimo, portanto sujeito a mudanças por vontade exclusiva do testador. Significa tratar-se de ato “revogável”, conforme é de sua natureza.

CARACTERÍSTICAS

Na análise das características do testamento feita por Tartuce (2021) o mesmo é um negócio jurídico por excelência, representando uma importante forma de manifestação da liberdade individual.

Dentre as características do testamento temos: a) unilateral, porque depende unicamente da vontade do testador; b) personalíssimo, por não admitir atuação ou intervenção de terceiro nos atos de disposição; c) revogável, uma vez que o testador pode tornar sem efeito o ato, no todo ou em parte, a qualquer tempo; d) formal ou solene, porque exige modelo próprio, dentre as espécies previstas na lei, com verdadeiro ritual na sua elaboração (instrumento escrito, testemunhas etc.); e) de eficácia contida, pois somente se aplica após o falecimento do testador.

Em suma, tendo em vista o modo de elaboração, seu respectivo conteúdo e características, o testamento pode ser conceituado além de ato jurídico personalíssimo, também como unilateral, gratuito, revogável, solene e de eficácia contida, no qual o testador dispõe dos seus respectivos bens ou faz outras disposições para valerem após o seu falecimento.

FORMAS DE TESTAMENTO

Consoante o Código Civil vigente existem 03 (três) tipos de testamento: público, cerrado e o privado. O testamento público que recebe tal denominação por ser lavrado por tabelião ou



por seu substituto legal em livro de notas, sendo assim, a declaração de vontade na sua integralidade é garantida – sendo fundamento que afasta a nulidade - mas a elaboração de testamento público é de competência do Tabelionato de Notas.

Sendo elaborado pela forma pública, o testamento será deixado à disposição de todos que desejarem ter acesso, pois, como se sabe, é público e só inicia a produção de efeitos após o falecimento do testador. A exposição pode ser vista como uma desvantagem ao violar o suposto “sigilo” do documento, mas é importante ressaltar que a escolha do procedimento e das suas restrições ou difusão será de conhecimento do testador que o fará de bom alvitre, pois, salvo algumas restrições impostas individualmente por algumas corregedorias estaduais, o testamento será de acesso público.

Os efeitos de tal acesso público são questionáveis e podem suscitar discussões no âmbito penal como a coação de terceiro contra o testador à modificar sua manifestação de sua última vontade, porém, esse debate também se amplia para análise da produção dos efeitos após a morte e a garantia da manutenção do patrimônio e herdeiros. Torna-se evidente que os beneficiados pelo testador serão colocados na mesma condição de insegurança, por vezes, e em alguns casos, o perigo será maior para quem herdará.

A inteligência do art. 1.864 do Código Civil de 2002, traça o caminho às formalidades que regem a feitorado do testamento público. Toda expressão de vontade declarada pelo testador será regida, escrita em língua nacional, e registrada em Livro de Notas por um Tabelião, na presença de 2 (duas) testemunhas que devem assinar, assim como todos os presentes, o documento.

As limitações impostas pelo analfabetismo ou perda de mobilidade temporária ou permanente não são empecilhos à assinatura do documento, sendo assim, o testador deve demonstrar tal incapacidade relativa e o Tabelião declarará a impossibilidade, registrando o fato na cédula e assinará o documento, e, da mesma forma as testemunhas e os demais presentes.

Na mesma toada assemelha-se a condição da pessoa surda que não souber ler, porém com algumas distinções, se no caso em espécie ocorrer ela (testador) deverá indicar alguém que não o Tabelião ou as testemunhas para realização da leitura, isso torna o processo isento de distorções interpretativas ou omissão de termos durante a leitura. Se souber ler, assim o fará e assinará o documento.



Quanto aos cegos, a lei determina de forma expressa que só poderão testar por meio de instrumento público quando esse for lido duas vezes em voz alta, uma vez pelo tabelião e outra por uma pessoa designada. A cópia precisa ser idêntica para cada leitor e o testador deverá concordar com ambos. Se não houver a estrita aplicação desses procedimentos o testamento torna-se nulo por inobservância da formalidade legal.

Devido aos efeitos da pandemia da COVID-19, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através do Provimento nº 100 de 2020, flexibilizou de forma inédita os atos notariais, permitindo que pudessem ser realizados de forma on-line, através de plataforma própria. Nada mudou nos procedimentos, não houve alteração nas formalidades, e a aplicação estrita da lei em vigor deve ser observada, dessa forma, muda-se, apenas, a noção de uma presença física *in loco*, passando a ser física, e em tempo real, por meio de videoconferência (MIRANDA, 2021).

Todo procedimento é gravado, registrado no livro, e as assinaturas digitais são confirmadas no sistema próprio. Há desvantagens no testamento público quanto ao sigilo, mas a segurança jurídica dessa modalidade de testamento é a maior dentre as possibilidades ordinárias a disposição do testador, sendo também, no momento, a mais usada no país.

O testamento cerrado tem como característica o sigilo, mas não se afasta das formalidades exigidas para sua confecção. A confidencialidade afasta algumas das exigências contidas no procedimento ordinário público. Como exemplo, a obrigatoriedade das assinaturas do Tabelião ou testemunhas, pois seria impróprio da sua natureza sigilosa o descortino do seu teor. O cerrado possui tal designação pelo involucro lacrado, fechado e restrito.

Tal instrumento poderá ser escrito pelo testador ou por alguém a seu pedido, devendo ser em linguagem nacional ou estrangeira – se estrangeira deverá ser compreensível pelo testador- assinado e aprovado pelo Tabelião.

Pelo fato do conteúdo ser confidencial, as testemunhas não assinam o testamento em si, apenas o auto de aprovação conforme o artigo 1.868 do Código Civil vigente. Depois de cumpridas as formalidades, o tabelião insere o testamento num envelope e costura-o; é comum também o acréscimo de cera quente sobre o envelope (DIAS, 2021, p. 494).

Após sua aprovação e devidamente lacrado, o Tabelião lança no livro a nota do lugar, dia e ano da aprovação e o documento deverá ser entregue ao testador, e, sendo assim, inexistente cópia do testamento, seu conteúdo será sigiloso de conhecimento apenas do testador, não será conhecido por terceiros, e nem necessariamente pelo tabelião, que apenas fará apenas a sua aprovação.



Do falecimento, e conhecimento do registro do testamento, caberá ao Juiz sua verificação e a busca por qualquer vício externo que propicie sua declaração de nulidade ou suspeição de falsidade. Não há impedimento na lei não impeça que qualquer pessoa seja o redator do testamento, contudo, o negócio jurídico se torna nulo se quem a redigir for beneficiário dos bens, se o beneficiário for cônjuge, ou companheiro, ascendente ou irmão.

Tal impedimento alcança o Tabelião que escreveu o testamento impedindo que seja herdeiro e/ou legatário. Por ser essencial que o testamento cerrado seja sigiloso e a certificação do teor uma exigência cabal, os analfabetos ou os cegos não podem optar por essa forma, e sua disposição tornará nulo o instrumento. A pessoa surda-muda, ou apenas muda, poderá optar pela modalidade de testamento cerrado, com a exigência de que não sejam analfabetos. O teor do documento seja produzido de próprio punho e assinado, fazendo constar de forma escrita na face externa do envelope o seu pedido de aprovação ao Tabelião - procedimento necessário em razão da deficiência pois substitui o pedido que deveria declarar verbalmente. O testador surdo-mudo ou mudo não podendo também se valer dos meios mecânicos (computador, máquinas de datilografia, e outros).

O sigilo pode ser um trunfo para esse tipo de testamento, porém, o extravio do documento será um problema enfrentado pelo testador que deverá guarda-lo até a produção dos seus efeitos, logo, após a sua morte. O testador também pode optar em escolher um terceiro como portador do documento, mas isso não é garantia de sua segurança.

O registro junto ao livro é a única certeza da existência do referido documento, mas, se a cédula se perder, o seu teor jamais será conhecido exaurindo também a vontade do morto. O testamento cerrado só poderá ser aberto pelo juiz, após a morte do testador, que analisará se houve violação proposital ou fraude. Importante ressaltar que se houver violação proposital pelo testador presume-se que houve sua revogação, porém, a abertura acidental de terceiro portador ou do testador, ou dolosa por terceiro, deve ser analisada pelo Juiz.

O testamento particular poderá ser confeccionado por meio mecânico ou escrito de próprio punho pelo testador, sendo assim, pode-se afirmar que por sua natureza específica o testamento particular será inteiramente escrito pela mão do testador, sem a interferência do Estado, em sua existência ou homologação.

O instrumento particular, como já afirmado, deverá ser escrito de próprio punho ou, lido na presença de pelo menos três testemunhas, devendo ser assinado pelo testador e pelas



testemunhas, as quais, após a morte do testador, deverão confirmar sua autenticidade conforme o art. 1.876 do Código Civil de 2002.


O testamento particular *in ex trem is vitae*, também possui uma especificidade, ao conhece-lo como um testamento de urgência ou simplificado, dito em “condições excepcionais”, e, sendo assim, é permitido que o testamento particular de próprio punho, assinado pelo testador, e sem a presença de testemunhas. A sua execução será a critério do juiz como expresso no art. 1.979 do Código Civil.

Das formas ordinárias expressas na lei o testamento particular é visto como o mais frágil devido a exigência da presença de pelo menos uma das três testemunhas para seu conhecimento e produção de sua real eficácia, após morte, com abertura da sucessão. Notamos que não apenas pela fragilidade da presença do cortejo, mas à restrição aos efeitos que deveriam ser produzidos automaticamente em atendimento à vontade do testador, sendo adstrito ao Juiz sua execução, retirando parte da autonomia da vontade, dando ao Estado a superveniência da decisão.

Dizer que não há interferência do Estado no tal instrumento é negar a presença do próprio diploma normativo na formalidade para sua devida execução, porém, há uma exceção que decorre do *favor testamenti*. Pois, se faltarem testemunhas, tanto por morte ou apenas pela ausência, na presença de apenas uma delas, o testamento poderá ser reconhecido e confirmado. No entanto, tudo isso será a critério do juiz que observará a justificativa, se julgar que existe prova suficiente de sua veracidade do documento, confirmará, se não, deverá cobrar providências para produção delas.

Os testamentos especiais são de 03 (três) formas: o marítimo, aeronáutico e o militar. O testamento marítimo de acordo com o art. 1.888 do Código Civil, afirma que quem estiver em viagem, a bordo de navio nacional, de guerra ou mercante, pode testar perante o comandante, em presença de duas testemunhas, por forma que corresponda ao testamento público ou ao cerrado, e explicita no seu parágrafo único que o registro do testamento será feito no diário de bordo.

Nota-se pela leitura do artigo que o testador se encontra em situação que se configura com *in ex trem is vitae*, dito em “condições excepcionais”, não sendo necessário que exista uma situação que configure emergência, bastando o trânsito em viagem. A redação do artigo 1.892 do Código é clara também quando ampliar o seu entendimento para a situação da embarcação, informando também que se o navio estiver atracado. A viabilidade do interessado desembarcar



e testar mediante uma das formas ordinárias, público, particular ou cerrado, não poderá fazê-lo através do testamento marítimo. Afastando a emergência para sua devida aplicabilidade.

O testamento aeronáutico, por sua vez, em conformidade com o art. 1.889 do Código Civil declara que o poderá ser realizado por aquele que “[...] estiver em viagem, a bordo de aeronave militar ou comercial, pode testar perante pessoa designada pelo comandante, observado o disposto no artigo antecedente”.

Exigindo a presença de duas testemunhas, em correspondência ao testamento público ou ao cerrado. O testamento aeronáutico, assim como o marítimo, deve ser registrado no diário de bordo. Os testamentos marítimo e aeronáutico ficarão sob a guarda do comandante e perderão a validade, se o testador não falecer na viagem nem realizar outro testamento, na forma ordinária, nos próximos noventa dias ao seu desembarque.

É o que dispõe o art. 1.891 do Código Civil: “caducará o testamento marítimo, ou aeronáutico, se o testador não morrer na viagem, nem nos noventa dias subsequentes ao seu desembarque em terra, onde possa fazer, na forma ordinária, outro testamento”.

O testamento militar é a última forma de testamento especial apresentado no Código Civil e o único que autoriza a forma nuncupativa, ou seja, que seja feito oralmente. O tipo está expresso no art. 1.893 do Código Civil, e determina que o testamento dos militares e demais pessoas a serviço das Forças Armadas em campanha. No país ou fora dele, assim como em praça sitiada, ou que estejam de comunicações interrompidas. Poderá fazer-se, não havendo tabelião ou seu substituto legal, ante duas, ou três testemunhas, se o testador não puder, ou não souber assinar, caso em que assinará por ele uma delas.

Essa forma pode trazer uma enorme insegurança jurídica devido a possibilidade de fraude. Basta pensar em alguém que faleceu durante combate em uma guerra, e outros se apresentarem como testemunhas, apenas para tentar obter vantagem. Torna-se inválido o testamento se o testador não falecer ou, se estiver em um local onde testou de forma ordinária. O rito solene expresso no parágrafo único do artigo 1.894, é impedimento para caducidade do instrumento.

DISPOSIÇÕES LEGAIS DO TESTAMENTO: INTERPRETAÇÃO DOUTRINÁRIA SOBRE AS DISPOSIÇÕES LEGAIS DOS TESTAMENTOS

A interpretação é o estudo comentado e decifrado das disposições legais testamentárias. É obra de percepção e conhecimento, cautela e boa-fé. O intérprete se esforça, em face de todas



as circunstâncias, para fixar a vontade real e verdadeira, que contém em cada uma das disposições.

A interpretação das cláusulas testamentárias, com o intuito de salvar, o mais possível, a vontade do então testador, é como afirma Pontes de Miranda, “*o nobile officium* (nobre trabalho) do Juiz dos testamentos” (GONÇALVES, 2020, p. 126).

Na interpretação, podemos aludir que o escopo precípua do testamento é, sem dúvida, dispor do patrimônio para depois da morte, servindo como forma de atribuição de bens a terceiros, mas não é esta, todavia, a sua única finalidade, como exaustivamente assinalado.


Além da herança ou legado, é possível que o testamento contenha outras disposições de vontade, patrimoniais ou existenciais, como o reconhecimento de filhos, a destinação do cadáver, a nomeação de tutor para um filho órfão, a deserção de herdeiro necessário, o perdão ao sucessor indigno etc.

Como bem colocado por Gonçalves (2020) toda vontade manifestada necessita de interpretação para que se saiba o seu significado e alcance. O contrato e o testamento originam-se de ato volitivo e por isso requerem sempre uma interpretação. Não só a lei, com efeito, precisa de interpretação, mas também os negócios de natureza jurídica em geral. Conforme destaca o autor, a diferença é mínima entre a interpretação dos testamentos e dos contratos.

Portanto, pode-se assegurar que as regras utilizadas na interpretação dos primeiros podem ser aplicadas aos segundos, ressalvadas algumas particularidades provenientes de serem os testamentos, unilaterais e os contratos negócios jurídicos bilaterais. Assim, aqueles decorrem da vontade unilateralmente manifestada, sendo personalíssima, não receptícia, enquanto nestes decorrem de mútuo consentimento. Contudo, não havendo conflitos de interesses, nem partes, somente produzindo os efeitos para a declaração depois da morte do testador.

CLÁUSULAS TESTAMENTÁRIAS

As cláusulas testamentárias são as disposições de conteúdo patrimonial contidas em um testamento. Além das cláusulas testamentárias, o testamento pode ter outras cláusulas como: o reconhecimento de filho e nomeação de tutor. Entre as disposições testamentárias e as demais disposições de vontade, haverá autonomia, independência, de modo que a invalidade ou ineficácia de uma cláusula testamentária não atinge as demais declarações de vontade do testador. Segundo o art. 184 do código civil:



Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal (BRASIL, 2002, Art. 184).

Sobre a invalidade, o art. 1.909 do código civil estabelece o prazo de 04 (quatro) anos para arguir-se a invalidade das cláusulas testamentárias, contados da data do conhecimento do vício.

REGRAS INTERPRETATIVAS DAS CLÁUSULAS TESTAMENTÁRIAS DE ACORDO COM O CÓDIGO CIVIL DO ANO DE 2002

Conforme ensina Gomes (2007) não se consente que o intérprete leve a pesquisa do intento do testador de modo a construí-la, ainda que vários elementos presuntivos possam conduzir a descobrir uma vontade que não foi, todavia, declarada. Ou seja, todas as disposições devem emergir diretamente do próprio ato causa mortis. Só então se admite a interpretação subjetiva. Não por circunstâncias estranhas, ou pela só presunção do que estaria em mente do testador.

Em linha direta de harmonia com o art. 112 do código civil, reafirma que a interpretação das cláusulas testamentárias deve prestigiar, ao máximo, o elemento volitivo, sendo a vontade o imperativo à afirmação do instrumento em questão. Além do respeito a decisão, a confiança despertada em terceiros com a expressão da vontade do testador deve ser levada em consideração, salvo condutas eivadas de vício ou malogradas pela intenção dúbia. Casos que deverão ser afastados pelo Tabelião ou interpretados pelo Juiz na decretação de nulidade do ato. Além da boa-fé, há uma total irrelevância de análise da aplicação da equidade ou isonomia na decisão retificadora que expõe a vontade do testador. Por se tratar de disposição testamentária, por lógica, é irrelevante a eventual injustiça ou impertinência da herança ou do legado.

O que se impõe é o cumprimento da vontade expressa pelo testador, pouco interessando se a divisão de patrimônio foi razoável ou justa. Por essa análise, o intérprete do testamento não pode substituir a vontade do testador, por sua visão particular, analisando as disposições de acordo com os seus paradigmas ou atribuir referências morais e éticas. Deve buscar analisar a vontade do testador, levando-se em considerando o nível cultural, social e econômico do autor, sua motivação, objetivando uma interpretação mais próxima da realidade.

Existem diferentes regras interpretativas do testamento, tais como: 1) interpretação conforme a vontade do testador, significa que mais se leva em conta a vontade do que o sentido



literal da linguagem (art. 1.899 do CC). 2) havendo indicação imprecisa dos beneficiários interpreta-se em favor dos pobres e entidades de caridade (Exemplo: obras de caridade de irmã Dulce da Bahia) do lugar do domicílio do testador; neste ponto, as entidades particulares têm preferência sobre as públicas (art. 1902 do CC). 3) não havendo disposição integral da parte disponível, presume-se pertença aos herdeiros legítimos. Se ela não dispôs do que podia, ela quer que o restante fique com os próprios herdeiros legítimos (art. 1906 do CC). 4) interpreta-se que o testamento é dividido em igualdade de quinhões quando não há disposição contrária (art. 1904 do CC). 5) interpretação da divisão em cotas pertencentes a grupos ou pessoas (art. 1905 do CC).

REGRAS PROIBITIVAS E PERMISSIVAS DO TESTAMENTO

As regras proibitivas referem-se ao que não pode conter no testamento, a saber: 1) é proibida a cláusula derogatória ou derogativa, ou seja, a retira do testador o direito de revogá-lo. 2) é proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo, tanto faz, é cláusula nula. 3) nomear pessoas proibidas por lei, conforme os artigos 1801 e 1802 do CC. Como por exemplo: a pessoa que escreveu a rogo, as testemunhas, a concubina, tabelião e os parentes destas (exceção o filho comum da concubina e o morto). 4) cláusula captatória, que é aquela para captar algum benefício, alguma vantagem, conforme o art. 1900 do CC. 5) cláusula indicando pessoa incerta e indeterminável. 6) cláusula conferindo a terceiro a indicação de objeto ou do beneficiário. Ora, o testamento é personalíssimo. É evidente, uma afronta explícita ao caráter personalíssimo do testamento. 7) cláusula submetendo o benefício a termo (evento futuro e inevitável), salvo para legado. Só se admite a propriedade resolúvel nos casos previstos em lei, conforme 1359, 1360 do CC. Se fosse possível um testamento a termo, ao invés de o herdeiro estar recebendo propriedade perpétua estaria recebendo propriedade resolúvel que se extinguiria no termo.

Dentre as regras permissivas, temos: 1) é permitida cláusula sob condição ou encargo (cláusula condicional ou modal), art. 1987 do CC. Vale destacar, a questão possibilidade ou não de recebimento da herança no descumprimento da condição. Como: - Condição suspensiva: não sendo implementada, não há aquisição nem exercício do direito. - Termo inicial (só no legado 1899 CC): não advindo o termo, há aquisição, mas não há o exercício. - Encargo (modo): não havendo o encargo, ainda assim, há aquisição e há o exercício. 2) cláusula beneficiando pessoa indeterminada, porém determinável. 3) cláusula com indicação de motivo determinado. É



importante quanto à caracterização de erro. 4) cláusulas restritivas – inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade.

O Código Civil estabelece duas regras para que o juiz reduza as cláusulas testamentárias: Primeira regra, havendo somente herança ou somente legado - redução proporcional. E na segunda regra, havendo herança e legado a redução se dará primeiro na herança e só depois no legado. A finalidade é preservar o legado, pois ao se preservar o legado, preserva-se a autonomia da vontade, a vontade do testador que quis que aquela pessoa recebesse aquele bem.


CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vontade de expressão, sem auxílio, com efeitos pós morte, e por meio de instrumento de vontade, faz do testamento um instrumento singular, na sua essência e expressão. Mesmo com as contraposições legais e todo formalismo necessário a feitura, o instrumento não perde a qualidade fundamental a qual foi concebido para o exercício da autonomia privada que vai além das disposições patrimoniais, delegando aos herdeiros e legatários, ou ao próprio Estado, a execução daquilo que foi o resultado das experiências em vida do testador, expressão de suas vivências no meio social, ou sentimentos expressos por afinidades.

Além da flexibilidade, admitindo-se a revogabilidade do ato, o testamento é multifacetado quando admite suas variações de formas na tentativa de absolver as mais variadas intenções, sendo-as de boa-fé, contemplando as diversidades e adversidades impostas por imitações pessoais ou sociais. O testamento conta uma história e se adapta, se adequa e se transmuta, mas não se extingue em regra pelo tempo, e se rompe apenas pela falta de formalidade ou pelas imposições legais, porém, atingido o rito, mesmo após a morte gera efeitos e perdura quando expressa a vontade no reparo, na aceitação, na repulsa ou transmissão de bens, eis a fonte de seu objetivo, atendendo ao efeito social do ato.

Cabe ressaltar que o instrumento não persegue a justiça e não se tem tal finalidade, pois expressão da vontade é singular, mas não permite que faça de forma injusta quando reserva apenas parte do todo para sua disposição. O legislador acerta quando impõe as contraposições ao ato de testar, e se assim não o fizesse, deixaria uma “ferida” aberta no processo sucessório.

Pois, isso a figura Juiz como membro do Estado contrabalança o ato da vontade com sua aplicabilidade, sem disso fazer uso da força estatal para exaurir a vontade do de cujus. A legalidade não impede o ato volitivo, mas impõe regras, as regras e procedimentos ritualísticos não deixam que extrapolem o convencional ou se criem os mais variados meios para exposição



dos “desejos”, os envolvidos no processo não apenas têm o dever do cumprimento, mas o compromisso de manter vivo o instituto do testamento.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. **Inventário e partilha: teoria e prática** / Sebastião Amorim; Euclides de Oliveira. – 26. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 de out. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 20 de out. de 2021.

DIAS, Wagner Inácio. **Direito Civil - Famílias e Sucessões**. V.6 - Editora: Juspodivm, 2020.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. atualizada. **Rio de Janeiro: Forense**, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro V 7-Direito Das Sucessões**. Saraiva Educação SA, 2020.

MIRANDA, Aline. A livre escolha do notário e sua limitação no provimento nº 100/2020 do CNJ. **Revista de Direito Notarial**, v. 3, n. 1, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único** / Flávio Tartuce. – 11. ed. – Rio de Janeiro, Forense; Método, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2019.

WALD, Arnoldo. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.



CAPÍTULO 5

BRASIL E ESPANHA: REFLEXÕES SOBRE A LICENÇA-MATERNIDADE E LICENÇA-PATERNIDADE

**Gabriellen de Oliveira Zacharias
Magali Flores Rodrigues**

RESUMO

O objetivo do trabalho é apresentar a licença-maternidade e paternidade no Brasil, bem como sucederam as legislações ao longo dos anos nessa temática, a nossa legislação é direcionada o sexo feminino, tornando a licença-maternidade um benefício atribuído à mulher, necessitando de igualdade de gênero. Nesse ponto o presente trabalho abordará as legislações europeias que estão avançadas no requisito direito a paternidade. O artigo analisa a licença-maternidade e paternidade no Brasil e na Espanha trazendo um breve comparativo das leis e suas atribuições em cada país, por fim depois de analisadas as diversidade das legislações trás no nosso ordenamento jurídico brasileiro a licença parental, bem como uma possível igualdade efetiva entre homens e mulheres.

PALAVRAS- CHAVE: gênero; igualdade; licença-maternidade; licença-paternidade.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a licença-maternidade e paternidade no Brasil, bem como a legislação sobre a mesma temática na Espanha. As mulheres conseguiram ao longo dos anos avanços no mundo todo quanto ao direito à maternidade, bem como ainda em diversos países não possuem uma licença-maternidade ideal que possa garantir um período de seis meses com a criança.

A licença paternidade é uma falta justificável e diferentemente da licença-maternidade aparece de forma sucinta ao longo dos séculos na nossa legislação. A partir do primeiro dia de 2021 a Espanha equiparou as licenças, sendo um grande avanço na igualdade de gênero.

Nesse sentido o artigo analisa brevemente as mudanças e avanços da licença-maternidade e paternidade no Brasil e Espanha e os possíveis caminhos que o nosso país ainda precisa percorrer para em um futuro próximo possuir uma legislação mais justa em relação ao direito à maternidade e a paternidade.

O objetivo do trabalho é a evolução das nossas leis quanto ao direito de licenças, bem como mostrar que a nossa sociedade ainda possui traços conservadores e machistas que dificultam uma mudança sistemática nas nossas leis.



O artigo foi dividido em três partes sendo no primeiro momento analisado a licença-maternidade e paternidade no Brasil bem como as modificações legislativas. No segundo momento aborda brevemente a licença-maternidade e paternidade na Espanha e por último explora a licença parental no Brasil.

Cumpra mencionar que o trabalho aborda de forma resumida as legislações e momentos históricos das licenças no Brasil e Espanha, mas constata a necessidade de mudanças na nossa atual legislação. No entanto, a norma apenas efetivará um direito, sendo necessário também uma mudança cultural em nossa sociedade na adoção dos papéis sociais desenvolvidos.

LICENÇA-MATERNIDADE E PATERNIDADE NO BRASIL


As licenças maternidade e paternidade são benefícios direcionados aos trabalhadores públicos, privados e contribuintes do INSS, propiciando que os trabalhadores que vierem a exercer a maternidade e paternidade, através da gestação ou adoção, possam direcionar o cuidado com o filho recém-nascido de forma exclusiva.

Em 1932 o Decreto nº 21.417-A trouxe a primeira menção sobre mulheres grávidas, referindo que nos estabelecimentos industriais, comerciais públicos e privados era proibido o trabalho à mulher no período de 4 semanas antes e após o parto. As mulheres tinham direito a um auxílio financeiro de uma média salarial da metade do salário que obtiveram nos últimos meses.

Na Constituição de 1934 em seu art. 121 trouxe a proibição das diferenças salariais quando desenvolvidas em uma mesma função por pessoas de sexo e idades diferentes. Com o Decreto-Lei nº 5.452 de 1943 a Consolidação das Leis do Trabalho garantiu a licença à gestante no período de 12 semanas, divididas em 6 semanas antes e após o a parto. O Decreto-Lei nº 229 de 1967 modificou a divisão das semanas da licença, tornando 4 semanas antes do parto e 8 semanas após.

Nesse sentido é importante ressaltar que o pagamento em decorrência da licença-maternidade ou gestante era paga pelo empregador, o que causava restrições na inserção da mulher no ramo trabalhista. Em 1974 com a Lei nº 6.136 a Previdência Social foi incluída como garantidora do benefício.

Com a Constituição Federal de 1988 foram garantidos direitos no âmbito da igualdade entre homens e mulheres no ramo trabalhista bem como proporcionou estabilidade de todas as



empregadas gestantes. O art. 392 da CF/88 aumenta o período da licença para 120 dias sem prejuízo do emprego e do salário.

A licença-maternidade não era estendida para mãe adotante, apenas em 2002 com a Lei nº 10.421 a licença-maternidade deu direito para todas mães de usufruir desse período com seus filhos, no entanto, ainda existia regras para as mães adotantes que dependeriam da idade da criança adotada para ter o referido direito. Em 2017 com a Lei nº 13.509 foi concedida a igualdade nos benefícios.

Em 2008 a Lei 11.770/2008 promoveu o Programa Empresa Cidadã. O programa aumenta o benefício da licença em 60 dias, dessa forma passando de 120 dias para 180 dias. As empresas privadas que participam do programa obtêm incentivo fiscal. Também em 2008 com o Decreto 6.690/2008 foi assegurado aos servidores públicos o aumento no período da licença-maternidade, de 120 dias para 180 dias.

À vista disso, a licença-maternidade atualmente no Brasil é de 120 dias para trabalhadoras de empresas privadas e 180 dias para servidoras públicas, federais e estaduais, bem como para trabalhadoras de empresas que participam do Programa Empresa Cidadã.

No que tange a licença-paternidade no Brasil a primeira previsão legal foi na CLT no qual previa que “em caso de nascimento de filho, o empregado poderá faltar um dia de trabalho e no correr da primeira semana para o fim de efetuar o registro civil, sem prejuízo do salário” (BRASIL, 1943). Nesse sentido o pai poderia faltar apenas um dia o trabalho, inclusive sendo como uma falta justificável.

Com a Constituição Federal de 1988 foi garantida a licença-paternidade, no entanto, diferentemente do que dispõe sobre a licença-maternidade a CF/88 não regulamentou o prazo desse benefício apenas deu previsão por meio de Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que o prazo seria de 5 dias.

O Programa de empresa Cidadã foi alterado em 2016 e trouxe uma extensão da licença-paternidade, nos mesmos moldes que beneficia a trabalhadora mãe, porém com distinções quanto ao período, o prazo é de 15 dias. No mesmo ano também foi alterado o Decreto nº 8.737 aumentando a licença-paternidade para 15 dias para os servidores públicos.

Dessa forma os pais possuem direito a licença-paternidade no Brasil no período de 5 dias do nascimento do filho para trabalhadores em geral e para servidores públicos e



trabalhadores de empresas aderentes ao Programa Empresa Cidadã são 5 dias somados aos 15 dias, totalizando 20 dias de licença-paternidade.

Ainda cabe mencionar que o pai poderá ter uma licença maior nos casos de morte da genitora, ou seja, em caso de morte da mãe, o pai poderá gozar do período da licença-maternidade ou no tempo restante. A CLT permite as exceções para o cônjuge ou companheiro da genitora, bem como ao empregado que for adotante.

Nesse sentido o pai só terá um período igual ao da mãe apenas por motivos de morte da genitora. A diferença do período da licença maternidade e paternidade são incomparáveis, pois enquanto a mãe terá 4 meses de cuidados e criação de vínculo com o bebê, o pai terá menos que uma semana.

Ao tentar entender essa discrepância no direito das licenças, compreendemos que a licença foi criada para as mulheres refutando que as mulheres desempenham trabalho reprodutivo e produtivo, cabe ressaltar que as primeiras legislações sobre o assunto se deram pela necessidade da mão de obra feminina, em um sentido capitalista de acordo com Walby (2004).

A construção social dos papéis desempenhados na sociedade por um longo período foram estritas ao homem como papel de provedor e a mulher como dona de casa e mãe, nesse sentido, quando estabelecido leis que promoviam licenças foram direcionadas as mulheres não apenas por uma questão fisiológica, mas também por serem vistas como responsáveis pela criação dos filhos.

Scott (2012) reafirma esse entendimento no sentido das desigualdades de gênero na construção social das ideias sobre papéis próprios aos homens e mulheres na sociedade. Com o decorrer dos séculos e por muitas reivindicações e lutas sociais feministas, a licença-maternidade foi estruturada para beneficiar a relação da criança com a mãe, bem como possibilitar uma dedicação maior nesses primeiros meses de vida.

Dito isso, o pai continuou com o papel de provedor, pois para ele não foram modificados os benefícios para cuidar dos filhos recém-nascidos, apenas estabelecido uma falta justificável por um dia e dispensados para resolver a certidão de nascimento no cartório, com a modificação pela CF/88 os 5 dias foram estabelecidos, mas ressaltando que diferente da licença-maternidade, o pai terá direito a licença-paternidade como uma falta justificável.



Nesse sentido, as mulheres são responsáveis pela criação dos filhos, afazeres domésticos, conciliando com o trabalho, ou seja, desempenham várias jornadas na sua rotina diária. Aos homens são atrelados ao trabalho e a responsabilidade financeira muitas vezes, não sendo validados para os cuidados com os filhos.

Os afazeres domésticos e cuidados com os filhos estão enraizados na nossa sociedade como funções femininas, o que responde em certa forma a discrepância do período das licenças. No entanto, é importante dizer que o recém-nascido precisa de cuidados redobrados, assim como a mulher puérpera.

Nessa perspectiva os pais com a licença-paternidade de 5 dias ou no máximo 20 dias para os que possuem esse direito, acabam sendo coadjuvantes no cuidado com os filhos recém-nascidos, nessa direção, no Brasil ainda é presente a distinção aos papéis sociais desenvolvidos entre homens e mulheres e de seus direitos.


Por conseguinte, prejudicando as mulheres no sentido de que desvincula uma função que deveria ser de ambos os pais, apenas para a mãe nesse primeiro momento de vida do bebê, da mesma forma que reafirma que é função somente da mulher os cuidados com os filhos.

Para o pai prejudica a experiência da paternidade, não levando em conta que os homens e mulheres, ambos, possuem a mesma capacidade de cuidados com os filhos. Dessa forma é conflituoso dizer que existe igualdade de gênero no Brasil, como exemplo, as diferenças na aplicação das licenças maternidade e paternidade ferem o direito fundamental à igualdade.

LICENÇA-MATERNIDADE E PATERNIDADE NA ESPANHA

Os países da Europa foram um dos primeiros na efetivação de Leis com intuito de beneficiar as mulheres trabalhadoras. A Lei de 19 de maio de 1874 proibiu o trabalho da mulher em minas, bem como o trabalho noturno na França. Na Lei Francesa de 28 de dezembro de 1909 surge o direito de repouso para as mulheres grávidas no período de 8 semanas, porém não era remunerado essa dispensa.

No sentido de universalização do direito ao trabalho decente existe as convenções, resoluções da Organização Internacional do Trabalho (OIT). De acordo com Barros (1995) uma das primeiras convenções criadas pela OIT teve como base à proteção da gravidez e a maternidade. Em 1919 a Convenção nº 03 abordou a licença remunerada de seis semanas após o nascimento da criança, sendo abrangidas apenas as mulheres trabalhadoras de estabelecimento comercial e industrial.



De acordo com Horvath (2004) a primeira aparição de proteção à maternidade elencada ao direito do trabalho foi em 1910 através da Lei nº 520 de 17 de julho na Itália, cabendo ressaltar que a mulher receberia o seguro-maternidade em casos de aborto ou ainda parto prematuro. Os pagamentos eram financiados pelos empregadores. A Espanha aderiu ao benefício em 1929.

No quesito direito das mulheres no ramo trabalhista, foram regulados pela Lei nº 08 de 10 de março de 1980 com o Estatuto dos Trabalhadores Espanhol, logo após alterados em 1994 pela Lei nº 11. Nesse período do primeiro Estatuto em 1989 com a Lei nº 3 a licença-maternidade ficou regulada no período de 16 semanas.

Ainda conforme Landwerlin (2013) com algumas mudanças legislativas em alguns países europeus, a partir de 1999 a redução da jornada de trabalho torna um direito individual, ou seja, podendo ser utilizada por ambos os sexos, no entanto os pais poderiam desfrutar apenas de uma parte da licença-maternidade.

Em 2007 através da Lei nº 3/2007 a Espanha promulgou a primeira Lei com significativa efetivação ao direito de Igualdade entre homens e mulheres. Com a nova legislação é criada a licença-paternidade, a referida licença compactua com os mesmos direitos da licença à mãe, nos primeiros anos o período era de 13 dias, e após 6 anos, ampliada para 4 semanas. Apesar do período ser inferior à licença-maternidade, foi o primeiro direito efetivo dos pais com relação a paternidade.

Quando a referida Lei foi criada o benefício seria aumentado após 6 anos, no entanto, através da Lei nº de 2009 a ampliação somente veio acontecer em 2017. Há um ponto a ser observado na legislação espanhola que os pais até então não poderiam acumular licenças.

Até 2017 a licença paternidade era concedida no período de 4 semanas, licença maior que a vigente no Brasil. De acordo com Thomé (2009) houve relatos de preconceitos com pais que utilização da licença na Espanha. Já para Landwerlin (2013) com o passar dos anos houve adesão positiva e a maioria dos pais utilizam a licença.

No sentido de igualdade entre gêneros a Espanha equipara a licença paternidade e maternidade a partir do dia 1º de janeiro de 2021 (EL PAÍS, 2021). A equiparação é um avanço na igualdade de gêneros, pai e mãe terão um período de licença de 16 semanas, sendo as licenças remuneradas em sua totalidade. É importante ressaltar que as licenças são intransferíveis, o pai não poderá tirar esse período em outro momento.



Logo, o direito tem como intuito beneficiar os pais da mesma forma que as mães para exercer a paternidade e criar um vínculo com o recém-nascido ou adotado. Essa nova legislação já em vigor na Espanha, incentiva na obrigação com os cuidados com filhos, bem como, flexibiliza a obrigação da mãe com o recém-nascido, visto que as legislações até então oneravam apenas a mãe com praticamente todas as obrigações, pois o período de licença-paternidade era inferior.

Dito isso a igualdade nas licenças já é um direito na Espanha, diferentemente das legislações do Brasil, ainda cabe ressaltar que o período de 16 semanas é inferior ao período que a Organização Mundial da Saúde (OMS) indica. A OMS indica seis meses no mínimo de amamentação, as 16 semanas da licença na Espanha é aproximadamente o período de 120 dias de licença-maternidade do Brasil.

O período da licença na Espanha ainda é debatido por não garantir à mãe os 6 meses de amamentação indicadas pela OMS, no entanto, quando comparados, o Brasil está muito distante de efetivar leis que beneficiem o pai da mesma forma que a mãe, equiparando as leis e a igualdade de gênero.

A LICENÇA PARENTAL NO BRASIL

Primeiramente cabe esclarecer que o termo licença parental é o direito que o trabalhador possui de se ausentar do trabalho para cuidar do filho, sem prejuízos em seu salário bem como não configurando faltas. Nesse sentido a licença parental engloba a licença-maternidade e a licença-paternidade.

Atualmente as licenças maternidade e paternidade no Brasil possuem períodos diferentes. Em relação aos direitos de licenças, nosso país tem como base leis conservadoras propondo um período curto para o pai. A licença-paternidade compactua com a desigualdade de gênero, bem como as construções de papéis desempenhados na sociedade, tornando a mulher responsável pelos cuidados e criação dos filhos.

Nesse sentido, o pai possui o papel de provedor, e a legislação afirma esse conceito concedendo falta justificável de 5 dias como licença-paternidade. Do outro lado a mulher terá uma licença-maternidade com período maior, cabe ressaltar que o embasamento de que por questões fisiológicas é necessário o período maior para as mães não é mais válido.

Pois, o contato com o pai é de extrema importância para criar o vínculo com o recém-nascido, além de todo cuidado necessário que um bebê precisa. A licença-maternidade onera a



mãe com todas as responsabilidades, além do pós-parto ser um momento muito delicado somado a questões hormonais podendo ocorrer a depressão pós-parto.

De acordo com a OMS, 73 milhões de mulheres estão suscetíveis algum evento depressivo a cada ano, sendo que 13% desencadeiam depressão pós-parto (OMS, 2018). A depressão pós-parto acontece com mulheres puérperas, dessa forma, necessitam de cuidado redobrado, a presença do pai é necessária não apenas com a criança, mas também para ajudar a mãe em todo período.

Por esse motivo, é essencial que o pai possa exercer de fato a paternidade desde o primeiro contato com o recém nascido ou adotado, as obrigações e responsabilidades com o filho deve ser compartilhada com ambos, não sendo apenas da mãe, dessa forma, a ampliação da licença-paternidade no Brasil se torna necessária para uma mudança do papel do pai na nossa sociedade.

No sentido de progredir com os direitos de igualdade de gêneros em 2017 a Senadora Rose de Freitas (MDB) propôs a Lei 151/2017 aumentando a licença-maternidade para 180 dias e para o pai em 60 dias, cabe ressaltar que esse aumento é o ideal recomendado pela OMS pois possibilita o tempo mínimo de amamentação de 6 meses.

Ainda sobre a proposta, a Senadora aborda a possibilidade de divisão dos dias entre os pais e ainda o aumento para 360 dias caso a criança possua necessidades especiais. A proposta tramita há quase quatro anos no senado. A proposta ainda está longe do ideal de igualdade entre as licenças, mas é um grande avanço na extensão dos períodos.

A referida proposta é de suma importância, pois beneficiaria os pais com mais tempo com os filhos, no entanto, ao longo desses quatro anos podemos entender que ela não tramita como prioridade e podemos elencar alguns fatores que viabilizam essa demora.

Nesse ponto, voltamos a discutir sobre a sociedade conservadora que vivemos em alguns aspectos, sendo o papel desempenhado pela mulher um deles. A relação de cuidados com os filhos acaba respingando no sexo feminino, apesar de muitas trabalharem fora de casa, acabando por possuir uma dupla jornada entre trabalho e cuidados com os filhos.

Também podemos considerar a relação de trabalho um dos principais fatores. Apesar da licença-maternidade ser paga pelo INSS, o período que a mulher se afasta, o empregador terá que contratar outra pessoa em seu lugar. O empregador enxerga a mulher como um gasto maior,



um dos grandes problemas que poderiam ser resolvidos se as licenças fossem de igual período para ambos.

Em uma situação hipotética de licenças iguais, o empregador não teria mais preferência entre homens e mulheres, pois ambos teriam direito à licença no período regulado em lei. Proporcionando mais mulheres inseridas no ramo trabalhista, e de forma gradual, evoluindo o papel do pai nas responsabilidades com os filhos.

A proposta de Lei 151/2017 referente ao aumento das licenças está ainda distante da equidade de gêneros que seria o ideal, no entanto, se aprovada ocasionaria um grande avanço nos papéis sociais vistos até hoje, pois na condição dos pais, passaria de 5 dias para 60 dias.

A paternidade deve ser exercida da mesma forma que a maternidade, ou seja, em sua integralidade, e apesar do papel de homem e mulher ainda partirem de um posicionamento machista na nossa sociedade, existe pais que almejam desempenhar e viver esse momento com os filhos e apesar de ainda ser uma pequena parcela, a divisão dos cuidados com os filhos vai sendo vista de outra forma.


CONCLUSÃO

As mulheres conquistaram direitos trabalhistas que possibilitaram a licença-maternidade que ao longo dos anos foram sendo melhoradas numa escala mundial. Atualmente possuímos uma legislação longe do ideal, mas que garante à mãe um período aceitável com seu filho, possibilitando que seja criado um vínculo afetivo, bem como um momento exclusivo com o filho.

No entanto o pai não possui tal direito, visto que a nossa legislação proporciona um período inferior. A Espanha é um modelo a ser seguido equiparando as licenças, possibilitando um período igual para ambos desfrutarem da maternidade e paternidade.

Cabe ressaltar que a equiparação das licenças proposta pela Espanha garante não apenas o direito do pai em exercer efetivamente a paternidade, bem como possibilita uma igualdade nos papéis sociais entre homens e mulheres que vai resultar em melhorias na colocação das mulheres no ramo de trabalho, pois com uma legislação igualitária, homens e mulheres se ausentaram do trabalho para cuidar dos filhos.

O Brasil possui uma proposta de Lei que possibilitaria alguns avanços no período das licenças, apesar de não compactuarem com os mesmos objetivos da nova lei da Espanha, mas poderão introduzir uma mudança de padrão aceito na sociedade, incluindo o pai como



responsável também na criação dos filhos, pois os pais poderiam usufruir de dois meses com os filhos.

Porém, a proposta de lei ainda está tramitando e com pouca movimentação, o que gera mais dúvidas se o nosso país terá mudanças significativas em um curto período de tempo, uma vez que, a proposta tramita desde 2017 sem grandes progressos

Ao comparar as leis brasileiras com a Europa é percebido uma discrepância entre o conservadorismo em nossa sociedade, porém vale dizer que mesmo com uma nova legislação que melhore ou até equipare a licença-maternidade com a licença-paternidade ainda precisará de mudanças culturais, pois o machismo está enraizado em nossa sociedade, atribuindo as tarefas do lar e o cuidado com os filhos como atribuições das mulheres.

Dessa forma, ainda que exista leis favorecendo o direito aos pais, precisaremos passar por uma transição dos papéis sociais desempenhados na sociedade, para garantir as gerações futuras uma igualdade de gênero.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **A Mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 16 de julho de 1934. Rio de Janeiro: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 12 jun. 2021.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 18 de setembro de 1946. Rio de Janeiro: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 12 jun. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932**. Regula as condições do trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais. Rio de Janeiro: Presidência da República. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/193-1939/decreto-21417-a-17-maio-1932-526754-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 13 jun. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 229, de 28 de fevereiro de 1967. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0229.htm. Acesso em: 13 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002. Estende à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110421.htm. Acesso em: 13 jun. 2021.

BRASIL. Decreto nº 6.690, de 11 de dezembro de 2008. Institui o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, estabelece os critérios de adesão ao Programa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6690.htm. Acesso em: 13 jun. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 8.737, de 3 de maio de 2016. Institui o Programa de Prorrogação da Licença-Paternidade para os servidores regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8737.htm. Acesso em: 13 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113509.htm. Acesso em: 13 jun. 2021.

ESPAÑA. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOEA-2007-6115>>. Acesso em: 13 jun. 2021.

ESPAÑA. Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida. Disponível em:< http://www.seg-social.es/Internet_1/Normativa/123430#documentoPDF>. Acesso em: 13 jun. 2021.

ESPAÑA. Ley de igualdad y estatuto de los trabajadores. Disponível em: http://www3.feccoo.net/bdigital/priv/20090519_priv/pdf/jur_resigualdet.pdf. > Acesso em 13. Jun. 2021.

ESPAÑA. Leyes de maternidad. Disponível em: <<http://www.derecho.com/legislacion/boe/categorias/516/maternidad.html>> Acesso em 13. Jun. 2021.

ESPAÑA. Seguridad Social. Prestación de Maternidad. Disponível em: http://www.seg-social.es/internet_1/tramitesygestaciones/prestaciondematerni43344/index.htm. Acesso em 13. Jun. 2021.

FRANÇA. **Licença-maternidade**. Disponível em: <<http://journalbbe.blogspot.com>> . Acesso em 13. Jun. 2021.

HORVATH, Miguel Junior. **Salário-maternidade**. Imprensa: São Paulo. 2004.

LANDWERLIN, Gerardo Meil; BALSAS, Pedro Romero; SAURA, Dafne Muntanyola. **El uso de los permisos parentales en España**. In: V Congreso Reps Las Políticas Sociales entre Crisis y Post-Crisis, 2013, Alcalá de Henares (Espanha). Anais... Alcalá de Henares, 2013. Disponível em: <https://www.uam.es/personal_pdi/economicas/gmeil/espaniol/estadisticas_cambio_familiar/datospermisos.pdf>. Acesso em: 12. Jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Convention 003: Maternity Protection Convention**. 1919. Disponível em: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C003> Acesso em: 05. Jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Mulheres e saúde: evidências de hoje, agenda de amanhã**. 2018. Disponível em: https://www.who.int/eportuguese/publications/Mulheres_Saude.pdf?ua=1. Acesso em 14. Jun. 2021.

SALDAÑA, Cristina. Espanha equipara licença paternidade e maternidade, e avança na igualdade de gênero. El País, 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2021-01-01/espanha-equipara-licenca-paternidade-e-maternidade-e-avanca-na-igualdade-de-genero.html> Acesso em: 03. Jul. 2021.

SCOTT, Joan. Gênero: **Uma categoria útil de análise histórica**. 2012.

THOMÉ, Candy Florêncio. **A licença-paternidade como desdobramento da igualdade de gênero**. Um Estudo Comparativo entre Brasil e Espanha. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v.50, n.80, p. 41-53, jul./dez/2009a. Disponível em: <http://www.tr3.jus.br/escola/download/revista/rev_80/candy_flarencio_thome.pdf> Acesso em: 13. jun. 2021.

WALBY, Sylvia. **Cidadania e transformações de gênero**. In: TATAU, godinho; SILveira, Maria Lucia (org). Políticas públicas e igualdade de gênero. São Paulo: 2004.



CAPÍTULO 6

RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO EM FACE DOS DESCUMPRIMENTOS DE ACORDOS INTERNACIONAIS DE COMBATE A CORRUPÇÃO

Amanda Cristiane Gonçalves Fernandes
Igo Marinho Serafim Borges
Viviane Farias Silva
Emanuelly Cristovão Barbosa da Silva
Joaquim Rangel Andrade da Silva
Amilson Albuquerque Limeira Filho

RESUMO

A Corrupção tem sido um dos temas mais atuais em todos os setores da sociedade brasileira, tendo em vista os grandes escândalos corruptivos envolvendo agentes públicos nos últimos anos. O objetivo geral deste estudo é analisar o posicionamento do Brasil com relação ao cumprimento dos tratados internacionais de combate à corrupção e a proteção dos direitos humanos. Para a concretização deste utilizou-se a metodologia de pesquisa de cunho dedutivo, bibliográfico, exploratório e descritivo. Analisando os Tratados internacionais de combate à Corrupção dos quais o Brasil é signatário, percebe-se que a atuação brasileira deve ser mais intensificada, a exemplo da delação premiada, que se configura como um progresso em termos de medida no combate à corrupção no Brasil, tendo em vista que o seu alto índice acaba por trazer sérios danos à sociedade brasileira. As medidas de combate internacional à corrupção têm como pressuposto a responsabilização dos Estados Nação quando causam danos a outros Estados, tendo como escopo a busca pela moralidade das ações internas de cada Estado, em todos os seus contextos sociais, políticos e econômicos, evidenciando a transparência como forma de garantia da moralidade e do respeito ao bem comum.

PALAVRAS-CHAVE: Agentes públicos. Delação premiada. Tratados Internacionais.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade internacional do Estado se caracteriza por ser o instituto jurídico no qual o Estado-nação causador de algum ato ilícito contra outro Estado-nação é punido de acordo com as leis internacionais, cabendo ao agente reparar os danos causados ao Estado agredido. Assim, entende-se que a responsabilidade internacional consiste no ato de reparação de um dano causado, levando em consideração as normas internacionais vigentes.

Com relação aos direitos humanos, a responsabilidade internacional assume papel de grande importância para a efetivação destes direitos, vez que quando os Estados descumprem as normas internacionais, as sanções impostas obrigaram a reparação de todos os danos causados a vítima deste desrespeito.



No contexto de desenvolvimento humano e social brasileiro, verifica-se que os Direitos Humanos no Brasil só foram efetivados a partir da redemocratização do país, evidenciando assim que tais direitos são a mola mestra do ordenamento jurídico nacional e internacional no que tange ao respeito da dignidade humana do indivíduo nas suas mais diversas nuances.

Em se tratando de Direitos Humanos, o Brasil é signatário de vários diplomas legais que efetivam a garantia destes. Dentre eles, o Brasil é signatário do acordo internacional para abolir a corrupção, tendo em vista que na Declaração Universal dos Direitos Humanos, é garantido não só a proteção à liberdade, representada pela proteção aos direitos civis e políticos, mas também valores como trabalho, instrução, saúde, lazer, representados pela inserção dos direitos sociais, econômicos e culturais.

No que tange à corrupção, entende-se que esta é responsável por inúmeros problemas sociais, dentre eles a pobreza e a marginalização de determinados grupos sociais. Neste sentido, a prevenção da corrupção torna-se, efetivamente, uma busca pela garantia dos Direitos Humanos.

Levando em consideração os aspectos relacionados ao tema em estudo, surge a pergunta que servirá de base para o desenvolvimento deste artigo científico: é possível verificar a eficácia dos instrumentos legais sobre o combate à corrupção para redução dos impactos negativos socioeconômicos e culturais sobre a população brasileira?

Para a concretização deste estudo, utilizou-se a metodologia de pesquisa dedutiva e investigativa, de cunho bibliográfico, exploratório e descritivo.

O objetivo geral deste estudo é analisar o posicionamento do Brasil com relação ao cumprimento dos tratados internacionais de combate à corrupção e a proteção dos direitos humanos em face da dignidade da pessoa humana. Como objetivos específicos, tem-se: Analisar os impactos da corrupção para o desenvolvimento do país; verificar os procedimentos adotados pelo Brasil no combate à corrupção; analisar a legislação vigente; averiguar o respeito aos direitos humanos quando do combate à corrupção através da implementação das sanções penais internacionais.

REFERENCIAL TEÓRICO

Combate internacional a corrupção

Conceituando gramaticalmente o termo Corrupção, tem-se que esta palavra possui origem latina (*corruptus*), que significa quebrar em várias partes ou pedaços. Como palavra



derivada, tem-se de corromper, cujo significado é entendido como “tornar pútrido”. Assim, entende-se o termo Corrupção como sendo o uso do poder na busca da obtenção de vantagens perante outrem, valorando apenas o interesse próprio, deixando de lado o interesse comum. (DICIONARIO ON LINE, 2016).

Segundo Robert Klitgaard (1994) explica que o conceito de corrupção é indefinido, tendo por sua vez muitas variações em relação ao tempo, diferentes tipos de sociedades e culturas. É preciso destacar que o senso de moralidade no que tange a corrupção é relativizado e consequentemente a sua punição.

Ao longo do tempo as sociedades têm sido capazes de fazer distinções mais sutis entre “suborno” e “reciprocidade” ou “transação” permitidas – e têm sido mais capazes de tornar tais distinções eficazes na prática. E em qualquer época é provável encontrarmos em uma sociedade pelo menos quatro diferentes definições de propina: “a dos mais ferrenhos moralistas, a da lei escrita, a da lei aplicada em qualquer grau e a da prática corrente” (KLITGAARD, 1994, p.40).

O conceito de Corrupção diferencia-se em todos os segmentos das ciências, no entanto, as vantagens de um grupo específico ou de um único cidadão no que tange aos bens e serviços públicos consegue fazer dessa prática um entendimento geral e aceitável sobre corrupção. (PIMENTEL, 2014).

“A depender do domínio de estudo, seja filosófico, político, jurídico, sociológico, econômico, o termo corrupção varia sua definição, mas há o consenso geral de que a corrupção é um ato realizado por um ou mais agentes que visa auferir vantagens, seja econômica ou de status, em detrimento do interesse público.” (PIMENTEL, 2014, p.19).

Analisando os conceitos acerca da Corrupção e seu significado perante a sociedade e os valores inseridos a esta, tem-se que esta figura-se como crime, revelado através de práticas delituosas, tais como o favorecimento pessoal em detrimento do interesse de outro, desvio de verbas públicas, desvio de recursos de um condomínio, aceitar/solicitar vantagens e dinheiro para realizar um serviço público, além de práticas como não respeitar fila, subornar policiais, dentre outros. No contexto mundial, a corrupção tem-se que esta se evidencia mais em países subdesenvolvidos ou que ainda não utilizam da democracia como forma de governo, causando sérios danos a todas as esferas governamentais e em todos os Poderes Públicos, tendo em vista que a Corrupção não está atrelada a um só Poder, seja ele Legislativo, Executivo ou Judiciário, bem como é importante mencionar que existe a corrupção também na iniciativa privada.(PIMENTEL, 2014).

Responsabilidade internacional – Perspectivas teóricas

Conceituando responsabilidade internacional, tem-se que esta é “o vínculo jurídico que se forma entre o Estado que transgrediu uma norma de Direito Internacional e o Estado lesado, visando ao ressarcimento desse dano”. (Dell’ Olmo, 2008, p. 130).

A responsabilidade internacional do Estado se constitui de três elementos básicos, quais sejam: a existência de um ato ilícito internacional, a presença de imputabilidade e a existência de um prejuízo ou um dano a outro Estado, visando sempre à reparação de um prejuízo causado a determinado Estado em virtude de ato ilícito praticado por outro. (DELL’OMMO, 2008, p. 131).

Nesse contexto, verifica-se que a ação ou omissão de um Estado em relação a outro gera fato danoso, ocasionando para o Estado autor a responsabilidade pelos danos causados ao Estado vítima. Sabe-se que o ato ilícito se caracteriza por ser uma conduta comissiva ou omissiva que viola norma de Direito, neste caso o Direito Internacional. Em se tratando de imputabilidade, entende-se que esta está ligada à responsabilização do agente causador do dano, levando em consideração que todo ato ilícito possui autor a ser responsabilizado judicialmente. (FERREIRA, 2010).

No que tange ao dano, este se evidencia por ser o fato gerador da reparação do autor para com a vítima. Em se tratando de direito Internacional e Estado-Nação, é primordial enfatizar que os danos causados a outro Estado-Nação podem ser tanto materiais como morais, cabendo à Justiça Internacional determinar o modo da reparação, seja ela de forma econômica, financeira ou outro tipo de reparação possível no ordenamento jurídico internacional. (FERREIRA, 2010).

Analisando a assertiva acima, considera-se que um Estado ou organização internacional torna-se responsável de acordo com a legislação internacional a partir do momento em que este fere as normas legais internacionais, ou seja, transgrida os direitos do outro Membro, tendo em vista que a responsabilidade internacional se caracteriza por ser um instituto jurídico cujo fim precípua é responsabilizar determinado Estado pela prática de um ato atentatório ao Direito Internacional (ilícito) perpetrado contra outro Estado, prevendo certa reparação a este último pelos prejuízos e gravames que injustamente sofreu. (MAZZUOLI, 2008, p. 184).

Acesso à informação pública como medida de combate à corrupção

À medida que os grupos sociais vão conseguindo legitimar os seus direitos, antes de tudo, tomar conhecimento dos mesmos, o direito ao acesso à informação encontra-se implícita como direito fundamental muito antes da Constituição Federal de 1988 para garantir a



dignidade da pessoa humana. É através da informação que a população observa e monitora as atividades públicas. (DALLARI, 2002, p.8).

Considerada uma das bases do sistema interamericano dos Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida por Pacto de São José da Costa Rica, foi subscrita no ano de 1969 e entrou em vigência a 18 de julho de 1978. (MEDEIROS, MAGALHÃES & PEREIRA, 2014).

Em seu artigo é possível observar a prescrição de que “Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza [...]” (CONVENÇÃO, 1992).


O Brasil reage em passos lentos no que tange a uma legislação voltada totalmente a transparência, mas nos últimos anos tivemos a aprovação de algumas leis, tal como a Lei 12.527/11 que foi promulgada em 18 de novembro de 2011 e entrou em vigor em maio de 2012. Com a sanção da Lei de Acesso à Informação Pública, o Brasil passa a ser o 89º país a ter uma legislação específica para regulamentar o assunto. Na América Latina, o país será o 19º a adotar esse tipo de lei (MEDEIROS, MAGALHÃES & PEREIRA, 2014).

Transparência como um dos mecanismos de controle público

A declaração dos Direitos e do Cidadão de 1789 surgiu na França frente à Revolução Francesa que tinha como escopo de sua luta: Igualdade, Liberdade e Fraternidade. A transparência esteve inserida no texto dessa declaração, no entanto, defendia que os cidadãos precisavam participar da fiscalização das atividades e contas da administração pública. (FIGUEIREDO & SANTOS, 2013).

A preocupação com a transparência no Brasil tem sido estimulada com exemplos de outros países. A Transparência Internacional consiste numa organização não governamental denominada Transparency International¹, criada em 1993 com o intuito de unir esforços contra a corrupção e está atualmente presente em mais de 100 países. Anualmente, essa organização divulga no seu site os resultados de pesquisas dos níveis de corrupção de diversos países, como por exemplo, Ucrânia e China. Seu objetivo é combater a corrupção e promover a transparência, responsabilidade, integridade e democracia em todos os níveis e setores da sociedade (FIGUEIREDO & SANTOS, 2013).

No Brasil, a transparência está inserida diretamente nos princípios básicos da Administração Pública, Legalidade, Impessoalidade, Publicidade e Eficiência. Não obstante, a Lei Complementar 131/2009 - Lei da Transparência - altera a redação da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) no que se refere à transparência da gestão fiscal. A lei informa



que as informações dos municípios, Estados e Distrito Federal e União sejam expressas em caráter de domínio público com clareza e acessibilidade. (LEI COMPLEMENTAR 131/2009).


A transparência é o passo seguinte da informação, tendo em vista que com os dados fornecidos pela administração pública a mesma disponibilizará os dados para os cidadãos de forma mais acessível, de fácil entendimento para que de fato o acesso à Informação Pública consiga atingir o seu fim que por sua vez, é o controle e combate a corrupção nos cofres públicos. (FLORINI, 1999).

Arquitetura internacional de combate à corrupção

No início da década de 1960 as práticas de combate à corrupção já eram consideradas temas relevantes por parte do governo norte-americano. Como exemplo, “o julgamento de James Hoffa, líder sindical norte-americano, que, no início da década de 1960, enfrentou Robert Kennedy, procurador-geral do governo norte-americano, na administração de seu irmão, John Fitzgerald Kennedy”. Na luta pelo combate à corrupção, o Congresso americano promulgou em 1977 a Lei de Prática de Corrupção no Exterior que visava extinguir as práticas de corrupção por parte de funcionários públicos estrangeiros bem como proteger o sistema empresarial americano. A partir disso, ensejaram-se as discussões no tocante ao tema de combate internacional da corrupção, além de elaboração de leis e convenções. (GODOY, 2007).

Constam no Código Penal Italiano em seus artigos 314 a 360 os tipos de crime que caracteriza corrupção. No Código Penal Francês prevê as sanções pela prática de corrupção nos artigos 433 e respectivos incisos. No Brasil, é possível ver tipificação do crime de corrupção nos artigos 328 a 337-D do Código Penal Brasileiro, seguindo a orientação dos códigos francês e italiano, dividindo os delitos pelos crimes praticados por funcionário público e os praticados pelo particular contra a administração pública. Os últimos artigos (337-B a 337-D) foram incluídos pela lei 10.467/2002, com o fim de penalizar o particular que atenta contra a administração pública estrangeira. Tal modificação foi inserida tendo em vista a ratificação do Brasil a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. (OLIVEIRA & MEYER P- FLUG, 2009).

É preciso destacar que apesar de alguns países tipificarem as práticas de corrupção e legitimar as sanções impostas, o movimento de internacionalização no combate à corrupção tornou-se muito mais eficaz através de elaborações de instrumentos legais tais como Tratados e Convenções, isto porque os atos de corrupção transcendem a nacionalidade. Em se tratando



de translacionalidade, é importante enfatizar que esta não pressupõe necessariamente o envolvimento de dois Estados-Nação diversos, mas sim quando um crime é cometido e se ultrapassa os limites da soberania nacional. (JESUS, 2010).

Crime transnacional é aquele cometido em mais de um país, ou que é cometido em um só país, mas parte substancial da sua preparação, planejamento, direção e controle tenha lugar em outro país, ou que é cometido em um só país, mas envolva a participação de grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um país, ou, ainda, aquele praticado em um só país, mas que produza efeitos substanciais em outro país (definição constante da Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, art. 3º, n. 2) (JESUS, 2010, p.78).

Um dos primeiros instrumentos criados com aplicabilidade de caráter internacional foi a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional em Palermo, na Itália, em dezembro de 2000. (OLIVEIRA & MEYER P-FLUG, 2009).

Vale ainda mencionar que, no Brasil, as Convenções Internacionais que não tratem de direitos humanos são inseridas no arcabouço jurídico interno com status de lei ordinária, tornando-se, pois, uma norma de aplicação obrigatória no país. Compete à Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas, acompanhar a implementação e efetivação das Convenções e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, que tenham como objeto a prevenção e o combate à corrupção. Como se percebe, tais Convenções internacionais foram ratificadas pelo país muito recentemente, mais precisamente a partir dos anos 2000, aderindo, com isso, à tendência global de combate à corrupção enquanto fenômeno societário. (PIMENTEL, 2014)

Vale citar o estudo de Larissa Ramina (2002, p. 9), sobre as organizações internacionais que combatem a corrupção, no qual ela aponta:

Organizações Governamentais:

1. Assembleia Geral das Nações Unidas (AG) e Conselho Econômico e Social (ECOSOC);
2. Centro das Nações Unidas para a Prevenção da Criminalidade Organizada;
3. Programas das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD);
4. Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL);
5. Banco Mundial (BIRD);
6. Fundo Monetário Internacional (FMI);
7. Organização Mundial do Comércio (OMC).

Organizações Não-Governamentais:

1. Câmara Internacional do Comércio (CCI);

2. Transparência Internacional (TI).

Instrumentos de combate à corrupção (Tratados internacionais e convenções)

O Brasil é signatário de acordos de Cooperação jurídica em matéria penal com Estados Unidos, França, Itália, Peru, Alemanha, Paraguai, Coreia e Portugal; acordos bilaterais de extradição com Argentina, Austrália, Bélgica, Bolívia, Chile, Colômbia, Coreia do Sul, Equador, Espanha, Estados Unidos, França, Itália, Lituânia, México, Paraguai, Peru, Portugal, Suíça, Venezuela, MERCOSUL; (OLIVEIRA & MEYER P-FLUG, 2009).


Em se tratando de Corrupção, o Brasil aliou-se a um grande número de países em busca do combate internacional deste mal, e assim é signatário de três convenções que visam o Combate Internacional à Corrupção (BRASIL, 2016).

- A Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE), ratificada em 24 de agosto de 2000.
- A Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA), firmada em Caracas, Venezuela, no dia 29 de março de 1996, e aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002.
- A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC), ratificada pelo Brasil em 15 de junho de 2005, através do Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Além das legislações internacionais, em especial no Brasil verifica-se a intensificação de medidas cujo objetivo principal é o combate à corrupção. Neste sentido, evidencia-se a delação premiada, conceituada por BOLDT (2005).

A possibilidade que tem o participante ou associado de ato criminoso de ter sua pena reduzida ou até mesmo extinta, mediante a denúncia de seus comparsas às autoridades, permitindo o desmantelamento do bando ou quadrilha, ou ainda facilitando a libertação do sequestrado, possível no caso do crime de extorsão mediante sequestro cometido em concurso de agentes. (BOLDT 2005, p. 4).

A delação premiada assume papel de destaque no atual cenário político brasileiro, tendo em vista os escândalos de Corrupção que explodiram nos últimos anos na sociedade brasileira e evidenciando a ação do Poder Judiciário no combate à Corrupção, através do uso de institutos jurídicos capazes de coibir a prática deste crime. Nesse mesmo contexto encontram-se legislações infraconstitucionais, a exemplo do Portal de combate à Corrupção/10 medidas, Lei



Anticorrupção, Lei da Ficha Limpa, Lei de Acesso à Informação, julgamento do Mensalão, Autonomia por parte da Controladoria Geral da União no que tange as investigações, dentre outras. (ZAMORA & HABIGZANG, 2021).

Análise dos tratados e seus desdobramentos na prática das sanções quando do descumprimento da norma e ferimento aos direitos humanos

Nestes tratados, o ponto chave é a busca pela diminuição em grande escala das práticas de corrupção que assolam as economias mundiais, especialmente dos países em desenvolvimento, a exemplo do nosso país. De acordo com o Decreto 3678/2000, encontram-se determinadas as formas de monitoramento e acompanhamento para a detecção de crimes de corrupção por funcionários públicos, bem como as sanções penais cabíveis, além de todos os aspectos inerentes ao processo relacionado à corrupção. Neste estudo, vamos nos ater ao monitoramento e acompanhamento, bem como às sanções. (BRASIL, 2016).

Em se tratando de monitoramento e acompanhamento, tem-se que o Art. 12 do supracitado Decreto que determina:

As Partes deverão cooperar na execução de um programa de acompanhamento sistemático para monitorar e promover a integral implementação da presente Convenção. A menos que decidido em contrário por consenso das Partes, essa iniciativa dar-se-á no âmbito do Grupo de Trabalho sobre Corrupção em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, de acordo com seu termo de referência, ou no âmbito e de acordo com os termos de referência de qualquer substituto para essa função. As Partes arcarão com os custos do programa, segundo as regras aplicáveis àquele Grupo. (OLIVEIRA, 2017).

Os envolvidos nas ações de combate à corrupção que sejam signatários dos Tratados devem cooperar mutuamente, tendo em vista a busca pelo resultado final que é a extinção da corrupção em larga escala. Cada parte envolvida arcará com custos, bem como exercerá funções específicas, para que sua atuação seja realizada de maneira sistemática, garantindo assim a implementação das ações que garantam a efetivação do combate à corrupção internacional. (ZAMORA & HABIGZANG, 2021).

MATERIAIS E MÉTODOS

Para a concretização deste estudo, utilizou-se a metodologia de pesquisa dedutiva e investigativa, de cunho bibliográfico, exploratório e descritivo. Em se tratando de pesquisa dedutiva, entende-se que neste tipo de estudo, as conclusões encontram-se implícitas nas suas premissas. (GIL, 1999).



A pesquisa bibliográfica é desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. Em se tratando de pesquisa descritiva, tem-se que está se caracteriza por descrever fatos que ocorrem no cotidiano do pesquisador, porém não possuem aprofundamento científico necessário para que todas as suas hipóteses sejam solucionadas. No que tange a metodologia investigativa, tem-se que esta pode ser utilizada como um processo orientado que conduz o pesquisador a situações capazes de despertar a necessidade e o prazer pela descoberta do conhecimento. (GIL, 1999).

A pesquisa exploratória possui a função de maior conhecimento por parte do pesquisador para com o objeto de estudo, fazendo com que este e as demais pessoas que venham a ter conhecimento da pesquisa possam compreender da melhor forma sobre as conclusões advindas do estudo realizado. (GIL, 1999).

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Analisando a Corrupção como crime que atinge uma sociedade por completo, entende-se que esta fere a dignidade da pessoa humana, vez que a igualdade entre os indivíduos (que é plenamente ferida na ação corruptiva) encontra-se determinada constitucionalmente, demonstrando assim o caráter normativo deste direito. (BOLDT, 2005).

De acordo com a CF/88, é dever de o Estado desenvolver métodos de melhoria da qualidade de vida, da manutenção da dignidade humana e de garantia de direitos inerentes ao indivíduo. Contudo, é imperioso mencionar que tais obrigações também são referentes ao cidadão, tendo em vista que este contribui determinadamente para o desenvolvimento do país, desde a manutenção da saúde, como desenvolvimento social, econômico, dentre outros fatores. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Neste contexto, a atuação dos indivíduos, sejam eles atuando profissionalmente tanto na iniciativa privada como no setor público, deve ser caracterizada pela idoneidade, responsabilidade e honestidade em seus atos. Sendo assim, a corrupção surge como um câncer social que atinge toda a nação, vez que independente de ser local, estadual, ou nacional, ela gera danos para toda a população, gerando problemas diversos e disseminando a desigualdade social. (ALLEXY, 2011).

Em se tratando de desigualdade social, advinda da ação corruptiva, verifica-se que esta fere profundamente a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que os direitos fundamentais



constitucionalmente garantidos, quando não respeitados, acabam inviabilizando a convivência harmônica, pacífica e produtiva dos indivíduos no meio social. (MAZZUOLI, 2008).

Sendo assim, verifica-se que a eficácia dos instrumentos legais no combate à corrupção se evidencia principalmente na atuação do Estado como força maior de atuação para o combate a todos os malefícios oriundos das práticas de corrupção existentes em todas as esferas administrativas, tendo em vista que os resultados destas práticas delituosas se alastram por longos períodos e deterioram a economia e a sociedade de um País, causando impactos bastante negativos em toda a população, principalmente naqueles indivíduos de classes sociais menos favorecidas economicamente. (PIMENTEL, 2014).


CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em se tratando de Corrupção, o que se vê com muita frequência nos dias atuais é uma explosão de casos onde agentes públicos, envolvidos com particulares, desenvolvem ações criminosas cujo fim principal é lesar a máquina pública e garantir lucros exorbitantes, roubando dinheiro público e impedindo o crescimento econômico e social de uma nação.

Verificou-se que a participação do Brasil nas comissões internacionais de combate à corrupção, bem como a aceitação dos Tratados para serem legislação em todo o país serve de escopo para a busca pela diminuição das ações corruptivas, contudo muito se precisa fazer para que a Corrupção alcance pelo menos os limites toleráveis de aceitação, tendo em vista que nos dias atuais a Corrupção no Brasil extrapola limites consideráveis no que concerne aos limites de aceitação.

A Corrupção que se verifica ao longo do tempo no Brasil pode ser considerada histórica, tendo em vista que desde o período colonial a nação sofre com este mal e os danos que este causa. Outro fator determinante para o caos causado pela corrupção no Brasil é a maneira pela qual a sociedade sempre aceitou estas práticas, tendo em vista que por muitos séculos a população não reagiu contra este tipo de crime e contra os seus criminosos.

Analisando os Tratados internacionais de combate à Corrupção dos quais o Brasil é signatário, percebe-se que a atuação brasileira deve ser mais intensificada, tendo em vista que o alto índice de Corrupção no Brasil acaba por trazer sérios danos à sociedade brasileira, tanto de maneira interna, culminando com a falta de desenvolvimento do país em todos os aspectos, econômicos, sociais, culturais, financeiros, etc, como também perante a sociedade internacional, já que a credibilidade internacional do Brasil cai devido aos crimes de corrupção




aqui cometidos e que na grande maioria dos casos ainda não tiveram seus responsáveis punidos de acordo com a legislação internacional.

Conclui-se, portanto, que apesar de a sociedade brasileira em seus diversos setores estarem atuando de maneira feroz no combate à Corrupção, colocando em prática as legislações internacionais das quais o Brasil é signatário, além das legislações nacionais, é fundamental que ocorra uma conscientização em massa e intensa para que a população brasileira não mais aceite práticas delitivas como atos normais, nem aceite o desrespeito aos direitos humanos como algo tolerável.

Importante mencionar que este estudo é de suma importância para o meio acadêmico, tendo em vista a possibilidade de desenvolvimento de outros estudos acerca de um tema tão atual como a corrupção, como também servirá de material didático para a sociedade em geral, vez que possibilitará o acesso ao leitor de material científico e que garanta possivelmente um melhor entendimento sobre o tema.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BERNADES, C. F. S. **O direito fundamental de acesso à informação: uma análise sob a ótica do princípio da transparência**. Dissertação. Universidade Federal de Uberlândia. 2015.
- BOLDT, R. Delação premiada: o dilema ético. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 783, 25 ago. 2005.
- BRASIL. **Convenção da OCDE. Presidência, Controladoria-Geral da União. Brasília: CGU, 2007**. CGU, 2007. internacionais/publicacoes/cartilha_ocde.pdf Acesso em: 30, abril, 2016.
- CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos (1969): **Pacto de San José da Costa Rica**. 1992
- DELL' OLMO, F. S. Curso de direito internacional público: parte geral. 3 ed. São Paulo: **Florense Jurídica**, 2008.
- DICIONÁRIO ON LINE. Disponível em: <http://www.dicio.com.br/corruptao/> Acesso em: 30, abril, 2016.
- FERREIRA, F.F. **Atos ilícitos internacionais**. 2010.
- FIGUEIREDO, V. S.; SANTOS, W. J. L. **Transparência e Controle Social na Administração Pública**. Ano: 2013.



FLORINI, A. M. Does the Invisible Hand Need a Transparent Glove? The Politics of Transparency. In Boris Plekovic and Joseph Stiglitz (eds) Annual World Bank Conference on Development Economics Washington D.C.: **World Bank**, 1999. p. 162-84.

GIL, A. C. Métodos e técnicas de pesquisa social. 5.ed. São Paulo: **Atlas**, 1999.

GODOY, A. S. M. Direito penal nos Estados Unidos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1481, 22 jul. 2007.

HENRIQUES, H. L.; ALCÂNTARA, D. G. G. **A Transparência como Instrumento de Combate aos Desvios de Recursos Públicos: um estudo de caso no município de Campina Grande – PB**. Trabalho de Conclusão de Curso -Especialização pela Universidade Federal da Paraíba Virtual.

JESUS, D. Lei antidrogas anotada. Comentários à Lei n. 11.343/2006. 10ª edição. **São Paulo: Saraiva**, 2010.

KLITGAARD, R. E. A corrupção sob controle, tradução de Otávio Alves Velho. **Rio de Janeiro, Editora Jorge Zahar**, p. 9-10, 1994.

MAZZUOLI, V. O. Direito internacional público: parte geral. 4 ed. rev., atual. e ampl. **São Paulo: Editora Revista dos Tribunais**, 2008.

MEDEIROS, A. S.; MAGALHÃES, R.; PEREIRA, J. R. Lei de Acesso à Informação: Em busca da Transparência e do Combate à Corrupção. **Revista Informação/ Londrina**, v. 19, n. 1, p. 55 – 75, jan./abr. 2014.

OLIVEIRA, V. E. T.; MEYER-PFLUG, S. R. O Brasil e o Combate Internacional à Corrupção. **Revista de Informação Legislativa**. Ano: 2009.

OLIVEIRA, A. S. **A corrupção no estado brasileiro e seus impactos no desenvolvimento nacional: um estudo no período compreendido entre 2.006–2.013**. 2017. Tese de Doutorado. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração Pública em Rede Nacional)– Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande/MS.

PIMENTEL, I. A. **A Corrupção no Brasil e a Atuação do Ministério Público**. Dissertação/UFPB. Ano: 2014.

REZENDE, A. H. de; PELUZIO, M. do C. G.; SABARENSE, C. M. Experimentação animal: ética e legislação brasileira. **Revista de Nutrição**, v. 21, n. 2, p. 237-242, 2008.

RAMINA, L. L. O. **Ação internacional contra a corrupção**. Dissertação. Curitiba: Juruá, 2002.

ZAMORA, J. C.; HABIGZANG, L. F. **Contribuições da Psicologia para Enfrentamento à Violência contra Mulheres: aportes teóricos e práticos**. Editora Dialética, 2021.

CAPÍTULO 7

A TEORIA DO GARANTISMO PROCESSUAL PENAL E SUA RELAÇÃO COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Igor Talarico da Silva Micheletti
Aline Cristina Perussi Real
Anny Rosana Trindade Siqueira
Bruno Henrique de Araujo Sousa
Eder Silva Cordeiro
João Paulo Lopes da Silva
Renata Bianca Ferreira
André Varella Bianeck

RESUMO

O Devido Processo Legal é um dos processos de maior importância no ordenamento jurídico brasileiro, auxiliando como principiador para outros subprincípios. Sua construção não ocorreu de uma forma única, no entanto ela se desenrolou ao longo dos anos. Teve sua origem no ordenamento jurídico Inglês e foi lentamente se incorporando aos ordenamentos de outros países, até chegar discretamente ao Brasil que o acolheu de formas reduzidas em suas Constituições e em suas doutrinas. Foi somente introduzida formalmente na Constituição Brasileira de 1988, onde teve seu conceito expresso para auxiliar na eficiente aplicação do princípio pelo Poder Judiciário. Esse processo tem forte aplicação no processo penal brasileiro, buscando resguardar os direitos e garantias individuais.

PALAVRAS-CHAVE: Devido processo legal; Processo penal; Direitos e garantias individuais.

INTRODUÇÃO

Ao passarmos da fase da vingança privada e cedermos ao Estado o direito de punir, colocamos em suas mãos o direito de restringir a liberdade e punir os cidadãos. No decorrer da história esse poder outorgado nem sempre foi usado com sabedoria e justiça. Tendo muitos doutrinadores de várias épocas sistematicamente buscando soluções a essa falta de senso de justiça nas decisões judiciais.

E aos poucos o sistema judiciário como temos hoje foi se moldando, ganhando forma, sejam nos quesitos materiais ou formais. Essa evolução fez com que os legisladores incluíssem em nosso ordenamento vários princípios que viriam a servir de base para a manutenção da justiça. Esses princípios ajudaram a ordenar nosso sistema de justiça e auxiliaram a uniformizar decisões judiciais, proporcionando assim um tratamento mais justo a todos os cidadãos.



Todavia, ainda vivemos a história, pois o direito é uma constante mudança que caminha junto com a sociedade. Ele é o reflexo dos anseios sociais, que buscam no direito a ordem social. Para tanto o direito sempre estará em mutação. Dentro dessas mudanças seja no passado ou no presente é que se criou o conceito de devido processo legal, um dos princípios basilares do direito, de tamanha importância que absorve nele próprio vários outros subprincípios, almejando alcançar a justiça dentro do sistema judiciário.


O devido processo legal apesar de ser um princípio, ele não é fruto de um único pensamento, mas de uma construção social. Alguns doutrinadores colocam que o ponto inicial desse princípio se deu na Inglaterra, e após isso ele foi rodando o globo. Mas em cada visita feita ele levou consigo os aprendizados sociais. No Brasil fez parte de vários momentos da história jurídica e aos poucos foi ganhando destaque sejam nas constituições anteriores que começavam a incluir partes de um todo que é o devido processo legal, ou seja, por meio de doutrinadores que estudavam a influência desse processo nos meios jurídicos exteriores e através de direito comparado buscavam adaptar da melhor forma isso em nosso ordenamento jurídico.

Nos dias atuais, está consolidado como um dos principais princípios do direito brasileiro, é utilizado em todas as áreas do direito, em especial no processo penal onde essa aplicação será o estudo desse artigo. Seguindo esse norte, tentaremos compreender a influência desse princípio no processo penal e sua aplicação visando proporcionar a realização e o acesso a um processo justo.

BREVE HISTÓRICO SOBRE O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O devido processo legal em sua essência emergiu da tradição inglesa, onde tinha como conceito básico o direito de os indivíduos serem notificados das acusações contra eles, bem como o seu direito a uma audiência justa. Durante o desenvolvimento desse princípio, ao longo dos anos coloniais e o período que antecedeu a adoção da Constituição, o significado do devido processo foi emitido em termos de notificação, já a parte de audiência justa e as cláusulas do devido processo foram incluídas na chamada "lei da terra", nas leis orgânicas do estado britânico foram entendidas relacionadas ao processo e não vinculadas aos direitos do réu.

O devido processo legal é apreciado pelos conservadores como um dos princípios jurídicos mais significativos que emergem da tradição inglesa de direito comum. As origens do devido processo geralmente são entendidas como contidas no capítulo 39 da Carta Magna, que declara que: "Nenhum homem livre deve ser preso ou detido na prisão, ou privado de sua totalidade, ou proibido ou banido, ou de qualquer forma molestado; E não nos apresentaremos contra ele, nem enviaremos contra ele, a não ser pelo juízo legal de seus pares e [ou] pela lei desta terra". Em grande parte, através dos esforços do famoso jurista inglês Edward Coke, a frase "lei da terra" foi



substituído em linguagem legal ao longo do tempo com a expressão "processo devido da lei. (CAREY, 1995, p. 39, tradução nossa).

No contexto histórico que se encontrava a Inglaterra o clamor da população auxiliou no desenvolvimento e aplicação desse novo princípio norteador. Dentro do sistema do Direito Comum – *Common Law* – a lei da terra possuía legitimidade, pois era emanada do povo através de seus costumes e declarada unanimemente pelos magistrados. Fazendo com que a relação entre o devido processo legal e a democracia viessem a caminhar juntas.

Historicamente essa junção se fez de tal modo que o legislador acabou por juntar as expressões “*law of the land*” e “*due process of law*” fazendo com que fossem compreendidas como iguais. Porém, como bem salienta Couture, a introdução da nova terminologia introjeta o desenvolvimento de uma maior proteção jurídica, pois não mais refere a *juízo de pares* ou *lei da terra*, mas a um processo legal de modo a garantir a proteção do direito material.


Neste sentido CASTRO (1989, p. 10), com base em Rodney L. Mott demonstra em seus estudos que:

Muito embora a Magna Carta não tivesse utilizado a locução *due process of law*, sabe-se que esta logo sucedeu, como sinônima, a expressão *law of the land*. É certo nesse sentido, que já no século seguinte, durante o reinado de Eduardo III, no ano de 1354, foi editada uma lei do Parlamento inglês (*statute of Westminster of the Liberties of London*) em que o termo *per legem terrae* é substituído pelo *due process of law*, o que é curiosamente atribuído a um legislador desconhecido (*some unknown draftsman*), segundo a meticolosa explicação histórica de Rodney Mott em seu festejado livro sobre o assunto. Na realidade, nesse período da primeira infância do nosso instituto, as expressões *law of the land*, *due course of law* e a *due process of law*, que acabou se consagrando, eram tratadas indistintamente pela mentalidade jurídica então vigorante. (CASTRO, 1989, p. 10).

Ao longo dos séculos a compreensão original do devido processo teve grandes modificações e veio se atualizando, sendo bem expressado essas mudanças nos estudos de HOLT (1976, p. 24, tradução nossa):

Desde a última parte do século XIX, no entanto, a compreensão original da cláusula do devido processo, incluindo o significado da "liberdade", mudou enormemente, de modo que hoje mesmo os conservadores estão divididos em seu uso adequado. No final do século XIX e no século XX, os tribunais usaram a cláusula do devido processo para revisar a regulamentação estadual de empresas, indústrias e serviços públicos na área de economia para ver se tais regulamentos eram "justos" e "razoáveis" ou se Eles violaram os direitos de "propriedade" ou "liberdade" dos proprietários. HOLT (1976, p. 24, tradução nossa).

Os Estados Unidos da América por ter sido uma colônia Inglesa na América mesmo após sua independência foi muito influenciado pelo direito inglês. Mantendo o chamado sistema do Direito Comum – *Common Law*, e trazendo em sua Constituição (1789) e em sua Carta de Direitos (1791) - *Bill of Rights* – esses anseios. As cortes, tentaram trazer equidade na aplicação e interpretação da cláusula do devido processo legal conforme cada caso.



Ainda sobre a incorporação do devido processo legal no direito dos Estados Unidos explica RAMOS (2006, p. 265):

Nesta Carta de Direitos estavam contidas regras para limitação do poder do governo federal e por outro lado proteção para os direitos individuais dos cidadãos estadunidenses, podendo encontrar a idéia do devido processo legal em seu artigo 5º: “Ninguém poderá ser detido para responder por crime capital, ou por outra razão infame, salvo por denúncia ou acusação perante um grande júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá ser sujeito, por duas vezes, pelo mesmo crime, e ter sua vida ou integridade corporal postas em perigo; nem poderá ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo, nem poderá ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem devido processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização. RAMOS (2006, p. 265).

Contudo a definição mais específica de aplicabilidade do devido processo legal no sistema estadunidense veio apenas no ano de 1868, conforme nos ensina RAMOS (2006, p. 269):

Em 1868 entrou em vigor a Décima Quarta Emenda, que passou a ser chamada de cláusula do devido processo legal, nos seguintes termos: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado-membro onde residam. Nenhum Estado-membro poderá fazer ou aplicar nenhuma lei tendente a abolir os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privá-los da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal; nem poderá denegar a nenhuma pessoa sob sua jurisdição igual proteção das leis. RAMOS (2006, p. 269).

Adiante, dentro do ordenamento brasileiro o princípio do devido processo legal começou a ser utilizado antes mesmo de ser legislado na Constituição de 1988, pois a doutrina nacional passou a versar sobre o assunto antes mesmo do advento da Constituição atual, sendo que os doutrinadores não escondiam suas inspirações na doutrina norte – americana sobre a *due process of law clause*, e recomendavam a sua inserção no direito brasileiro.

Nesse âmbito devemos ressaltar que o devido processo legal não é puramente obra de um único doutrinador ou legislador brasileiro, mas que em nosso país ele se desenvolveu histórico e culturalmente e vem se demonstrando ao longo das varias Constituições que o Brasil teve, desse modo o devido processo legal se sedimentou como um dos princípios fundamentais do nosso ordenamento, que auxilia a aproximação do direito com a justiça.

Dentro da primeira constituição brasileira, outorgada por Dom Pedro II, já haviam garantias individuais constitucionais e processuais, como no art. 179, VIII da Constituição de 1824. (BRASIL, 1824):



A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

VIII – Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e neste dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar aos Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as. (BRASIL, 1824).

O devido processo legal seguiu seu caminho histórico no Brasil, deixando suas marcas em varias constituições que foram seguindo e nas doutrinas jurídicas até culminar em sua legislação formal na Constituição Federal de 1988, onde o legislador se preocupou em detalhar o devido principio.

Nesse sentido, salienta AVENA (2017, p. 46):

O devido processo legal, originado da cláusula do *due process of law* do direito anglo-americano, está consagrado na Constituição Federal no art. 5.º, LIV e LV, estabelecendo que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem que haja um processo prévio, no qual assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Tratando-se de regra genérica e, portanto, de abrangência ampla, o *devido processo legal* tem sido utilizado com frequência pelos tribunais visando à nulificação de atos processuais em inúmeras situações. AVENA (2017, p. 46).

O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Existem diversos princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro, contudo o principio do devido processo legal pode ser considerado um dos princípios fundamentais a manutenção da justiça em nosso ordenamento. Mas para compreender a importância desse principio se faz necessário entender o verdadeiro significado de principio para o mundo jurídico.

A palavra principio é equivocada. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de começo, de inicio. Norma de principio (ou disposição de principio), por exemplo, significa norma que contem o inicio ou esquema de um órgão, entidade ou de programa, como são as normas de principio institutivo e as de principio programático. Não é nesse sentido que se acha a palavra principio da expressão principios fundamentais do Título I da Constituição. Principio aí exprime a noção de mandamento nuclear de um sistema. (...) Os principios são ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, “os principios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformado – se em normas – principios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional. (SILVA, 2011, p. 91).



A partir dessa definição se pode vislumbrar melhor a importância dos princípios para o ordenamento jurídico. Em especial o devido processo legal que tem buscado dar maior qualidade de justiça ao direito.

Dentro dessa premissa é necessário situar a norma dentro de nossa Constituição, tendo assim um sentido mais amplo em nosso ordenamento, que se arrastou devagar por muito anos mas nas últimas décadas tem tido um crescimento exponencial, tanto na aceitação doutrinária, quanto em sua aplicabilidade, pois o princípio em si engloba vários outros princípios fundamentais que juntos levam a melhor compreensão e aplicação do devido processo legal. Para tanto, se torna relevante alguns dispositivos constitucionais:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

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;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). (BRASIL, 1988).

Por ser um princípio muito abrangente e conexo a outros princípios é considerado um dos mais importantes no meio jurídico.

Para BARROSO (2008, p. 36):

É o princípio que assegura a todos o direito a um processo com todas as etapas previstas em lei e todas as garantias constitucionais. Se no processo não forem observadas as regras básicas, ele se tornará nulo. É considerado o mais importante dos princípios constitucionais, pois dele derivam todos os demais. Ele reflete em uma dupla proteção ao sujeito, no âmbito material e formal, de forma que o indivíduo receba instrumentos para atuar com paridade de condições com o Estado-persecutor. BARROSO (2008, p. 36).

Tendo como base estas considerações, se faz necessário acrescentar que a doutrina habitualmente divide o devido processo legal em sentido material (substantivo) ou processual (formal).



Neste norte, dispõe TÁVORA (2017, p. 87):

O devido processo legal deve ser analisado em duas perspectivas: a primeira, processual, que assegura a tutela de bens jurídicos por meios do devido procedimento (*procedural due process*); a segunda, material, reclama, no campo da aplicação e elaboração normativa, uma atuação substancialmente adequada, correta, razoável (*substantive due process of law*). Portanto, não basta só a boa preleção das normas. É também imprescindível um adequado instrumento para sua aplicação, isto é, o processo jurisdicional (*judicial process*). Como indica Tucci, o *substantive due process of law* reclama "um instrumento hábil à determinação exegética das preceituções disciplinadoras dos relacionamentos jurídicos entre os membros da comunidade" O processo deve ser instrumento de garantia contra os excessos do Estado, visto como ferramenta de implementação da Constituição Federal, como garantia suprema do *jus libertatis*. TÁVORA (2017, p. 87).

Essa divisão em sentido material e processual é bem compreendida nas palavras de NERI JUNIOR (2009, p. 81 – 82):

O sentido material do referido princípio, também denominado de *substantive due process*, refere-se à atuação do princípio na esfera do direito material. Esta incidência, acrescenta o ilustre autor, se manifesta em todos os campos do Direito. A fim de exemplificar o supra dito, afirma que o princípio da legalidade, no direito administrativo, nada mais é do que manifestação do aspecto material do nobre princípio em exposição³². Em outras palavras, o fato de a administração ter o dever de agir em consonância com a lei é uma forma de proteger os cidadãos de eventuais arbitrariedades da Administração Pública. Esta proteção, com efeito, garante a liberdade dos indivíduos e a supremacia dos interesses da sociedade e, portanto, é decorrência do princípio em análise [...]


O devido processo legal em seu sentido processual (*procedural due process*), por sua vez, refere-se à tutela de todo o direito material por meio do processo judicial ou administrativo. Em outras palavras, o *procedural due process* é o princípio que permite acesso à justiça e que regula esse trâmite judicial (ou administrativo) de modo a permitir o contraditório e uma ampla defesa tendo como fim uma decisão Justa. NERI JUNIOR (2009, p. 81 – 82).

O princípio do devido processo legal é norma que norteia todo o sistema jurídico e se faz necessário para a manutenção do Direito e da Justiça, conforme afirma MORAIS (2001, p. 216): “O devido processo legal tem o condão de chamar à sua concretização inúmeros subprincípios e, da mesma sorte, fazer surgir valores extra-legais necessariamente mutáveis, como o é a própria sociedade onde o Direito nasce e, conseqüentemente é aplicado.”

O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A princípio é difícil se admitir que efetivamente exista revelia no processo penal (isto porque, sempre haverá a necessidade de defesa técnica, mesmo que o acusado esteja ausente e possa ser tecnicamente considerado revel), mas na prática não é raro nos depararmos com situações de verdadeira revelia e até descaso para com o acusado, não obstante possua defensor dativo ou até constituído. (BONATO, 2009, p. 31).

Tendo em mente que a finalidade do processo esta na vicissitude dada ao Estado para satisfazer o *jus puniendi*, temos em contrapartida o condicionamento de que o Estado deverá



observar as garantias que permitam ao cidadão acusado ter ressalvado o direito de defesa se opondo a pretensão punitiva. Conforme explica FERNANDES (1999, p. 11):

Na evolução do relacionamento indivíduo-Estado, houve necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista. Para isso, os países inseriram em suas Constituições regras de cunho garantista, que impõem ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos adquiridos. FERNANDES (1999, p. 11).

Seguindo este norte, que instrui a modelagem processual o devido processo legal serve como balizador do processo penal brasileiro, estruturando todo o ordenamento jurídico como observa NERY JUNIOR (2009, p. 77):

Como afirmado anteriormente, no entanto, o princípio do devido processo legal configura toda a estrutura do sistema processual brasileiro, haja vista que os demais princípios dele decorrem. Tal consequência, cabe destacar, ocorre justamente na seara do *procedural due process*. Feita esta consideração, elencam - se, a seguir, os principais princípios decorrentes do sentido processual do princípio em debate: (a) princípio da isonomia; (b) princípio do juiz natural; (c) princípio do acesso à justiça; (d) princípio do contraditório; (e) princípio da ampla defesa; (f) princípio da motivação; (g) princípio da proibição da prova ilícita; (h) princípio da razoável duração do processo. NERY JUNIOR (2009, p. 77).

No artigo 5º da Constituição Federal há vários dispositivos que legislaram trazendo a vida formal alguns princípios do direito e estes estão intimamente ligados ao direito processual penal. São muitos, separamos alguns deles: inciso XI, trata da inviolabilidade do domicílio; inciso XII, sobre a inviolabilidade de correspondência e de comunicações telefônicas; inciso XIV, dispõe sobre o acesso à informação; inciso XXXVII, que repudia juízo ou tribunal de exceção; inciso XXXVIII, que dispõe sobre a organização do júri; inciso XXXIX, sobre a anterioridade da lei penal; inciso XLV, sobre a intranscendência da pena; inciso XLVI, sobre a individualização da pena; inciso LIII, que garante o processo e julgamento feito por autoridade competente; inciso LIV, sobre o devido processo legal para ser privado da liberdade e de bens; inciso LV, sobre o contraditório e a ampla defesa; inciso LVI, sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas; inciso LVII, sobre a presunção de inocência; inciso LVIII, sobre a identificação criminal; inciso LX, sobre a publicidade dos atos em caso de defesa da intimidade; inciso LXI, sobre a prisão legal e fundamentada; inciso LXII, sobre a comunicação da prisão aos familiares do preso e ao juiz; inciso LXIII, sobre a informação ao preso de seus direitos; inciso LXIV, sobre a identificação do responsável pela prisão; inciso LXV, sobre o relaxamento da prisão ilegal; inciso LXVI, sobre a liberdade provisória; LXVIII, sobre o habeas corpus; inciso LXIX, sobre o mandado de segurança e o habeas data na esfera criminal; e muitos outros.

O devido processo legal tem caráter principiador em nosso sistema, tendo o legislador constituinte, desdobrado o devido processo legal em outros princípios de modo a aprimorar sua



aplicação pelos poderes públicos, preenchendo as lacunas deixadas pela legalidade. Em outras palavras, mesmo que os outros princípios supracitados venham a estar normatizados na Constituição, em conjunto eles interagem, formando um sistema congruente, ao qual representa o *precedural due process*.

Consoante BERTOLINO (1986, p.48, tradução nossa) expressa que: “a função residual da garantia do devido processo legal, de suprir lacunas não alcançadas por outras garantias expressas no ordenamento jurídico, assegurando, dessa forma, a ampla proteção dos direitos fundamentais.”


Essa preocupação garantista, legislada em constituições pelo mundo a fora, em nosso ordenamento fez com que desse equilíbrio na balança da justiça, onde Direito Penal e Processo Penal caminham juntos, mas em contrapartida buscam se harmonizar de forma a garantir que os direitos fundamentais inerentes aos cidadãos sejam resguardados.

JARDIM (1999, p. 317) ressalta que: “o processo penal é o fruto do avanço civilizatório da humanidade, resultante da jurisdicização do poder punitivo do Estado. Enquanto o Direito Penal apresenta caráter marcadamente repressivo, o Direito Processual Penal é comprometido com a questão da liberdade.”

Na Constituição, há diversos princípios processuais conexos ao Devido processo Legal e que buscam direitos e garantias individuais. Como: a imprescindibilidade do *juiz natural* (XXXVII e LIII); do *contraditório e da ampla defesa* (LV); da *proibição da prova ilícita* (LVI); da *publicidade* (LX e art. 93, IX); do *acesso à justiça* (XXXV e LXXIV); da *fundamentação* (art. 93, IX); da *celeridade* (LXXVIII) e da *igualdade* (I). Avancemos de modo a analisar alguns desses princípios que estão conectados ao devido processo legal, para entender melhor o contexto granjeado.

Princípio do acesso a Justiça: dispõe o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Todas as pessoas se sentindo lesadas em seus direitos, podem buscar perante o Poder Judiciário a solução da ilegalidade.

Princípio do Contraditório e ampla defesa: Os princípios do contraditório e da ampla defesa estão previstos no art. 5º, LV da CF/88, que dispõe: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes."



Defesa e contraditório estão indissoluvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório. (GRINOVER, FERNANDES & GOMES FILHO, 1995, p. 68).

Princípio da Inocência ou da Não Culpabilidade: Essa presunção de inocência ou da não culpabilidade, já é aceito em diversos tratados internacionais sobre direitos humanos, em nossa Constituição está previsto no art. 5º, inc. LVII, da CF/88 que diz que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".

O princípio em estudo não se limita a uma garantia política do estado de inocência dos cidadãos, devendo, também, ser analisado sob o enfoque técnico jurídico, como regra de julgamento a ser adotada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo, quando a presunção de inocência confunde-se com o princípio in dubio pro reo. Ademais, a mencionada norma deve orientar o tratamento do acusado ao longo de todo o processo, impedindo que ele seja equiparado ao culpado. (GRINOVER, FERNANDES & GOMES FILHO, 1995, p. 68).

A Constituição Federal de 1988 teve grande inovação ao expressar formalmente a proibição de utilizar provas produzidas de formas ilícitas no processo, consoante o disposto no inc. LVI de seu art. 5º. Para Oliveira (2013, p. 343), a vedação da prova ilícita é um controle de regularidade estatal, evitando a adoção de práticas probatórias ilegais.

Princípio do Juiz natural sendo um elemento muito importante para garantir que a essência da própria justiça se mantenha. Não podendo se admitir que juiz sejam escolhidos de forma arbitrária para um caso se que hajam prerrogativas que garantam a isonomia desse processo.

O princípio do Juiz natural é garantia e elemento essencial da própria jurisdição. Não é possível se compreender que as causas criminais possam ser julgadas por juizes nomeados arbitranamente, *post betum*, sem que haja uma prévia determinação do juízo competente para conhecer determinado caso. É direito sagrado do cidadão não só saber previamente quais são as condutas criminosas, mas muito mais saber por quem será processado e julgado se vier a lhe ser imputada a prática de algum delito. (BONATO, 2009, p. 36).

Essa gama de subprincípios é extensa e fazem com que o devido processo legal em sentido amplo se torne um mecanismo eficiente a Justiça como um instrumento garantidor.

Por ser um principio de abrangência ampla, o devido processo legal é utilizado reiteradamente pelos nossos tribunais, onde visam anular determinados atos processuais nas mais diversas situações. A figura abaixo nos indica algumas dessas situações, pois seria impossível demonstrar todas as possibilidades.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, entende – se que o devido processo legal não só é um princípio de grande abrangência, como é base fundamental para a manutenção da justiça, visto que o direito busca a pacificação social. E essa pacificação só é possível quando os cidadãos têm segurança de que seus direitos e garantias individuais serão respeitados.

O devido processo legal que está encartado no rol das cláusulas pétreas do art. 5º da atual Constituição Brasileira, resguarda exatamente que seja respeita esses direitos e garantias inerentes a todos os cidadãos. Mas também sérvio de base para a criação de outros princípios que estão conexos ao devido processo legal, formando assim uma estrutura onde se torna mais forte a aplicação do devido processo legal pela máquina pública.

O processo penal não só utiliza o devido processo legal em seus procedimentos, como tem como premissa que sem a aplicação correta do devido processo legal os processos seriam nulos ou anuláveis. Esse mecanismo garantista dado ao processo penal tem auxiliado constantemente o poder judiciário nas decisões proferidas, sendo o princípio do devido processo legal o mecanismo assecuratório de maior força contra o arbítrio estatal e privado.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9 ed. São Paulo. Forense, 2017.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Sinopses Jurídicas. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BORTOLINO, Pedro João, **El debido proceso penal**. La Plata: Platense, 1986.

CAREY, George W. *In Defense of the Constitution*. Indianapolis, Ind.: Liberty Fund, 1995.

_____. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

COUTURE, Eduardo. *Las garantías constitucionales del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1977.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**, São Paulo, RT, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance; e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 2 Ed. Juruá. 1995.

HOLT, JC. *Magna Carta*. Cambridge: Cambridge University Press, 1976.



JARDIM, Afrânio Silva. **Bases Constitucionais para um Processo Penal Democrático in Direito Processual Penal.** 7 ed, Rio de Janeiro, Forense, 1999.

MORAIS, Manoel do Reis. **Estado de Direito e Justiça: o Princípio do Devido Processo Legal como Instrumento de sua realização.** 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal:** processo civil, penal e administrativo. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo penal.** 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de direito penal norte-americano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SIQUEIRA, Carlos Roberto. **A constituição aberta e os direitos fundamentais:** ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal - 12. ed., rev. E atu. - Salvador:** Ed. JusPodivm. 2017.



CAPÍTULO 8

DIREITO EDUCACIONAL E O ESTADO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Edson Ramos De Paulo Júnior
Leonice Aparecida De Fatima Alves Pereira Mourad

RESUMO

O presente artigo de revisão bibliográfica sugere a reflexão sobre as responsabilidades do Estado em suas esferas no que concerne o propósito de educação no Brasil. Na certeza de que a Educação possui o poder de contribuir na formação e no caráter da elaboração de uma consciência cidadã, permitindo ao indivíduo o exercício pleno de seus direitos, aos gestores se exigem ações que coadunem com respeito a ética, fundamentados na Constituição Federal. Assim, o Direito a Educação, tomado como princípio constitucional imprescindível a manutenção do Princípio da Dignidade Humana, tem sua eficácia de fato aplicada quando é visto como um dos pontos centrais de cada um dos direitos fundamentais que devem ser elencados e administrados pelo Estado. Adota-se, portanto neste trabalho uma abordagem baseada em literatura específica, bem como comparativos que passam pelo crivo da legislação brasileira. Nesse contexto o objetivo é apresentar a relação existente entre o Estado e as normativas de direito educacional.

PALAVRAS-CHAVE: Estado; Direito; Legislação Educacional.

INTRODUÇÃO

O presente artigo de revisão objetiva disponibilizar ao leitor elementos introdutórios acerca da relação entre o Estado e as normativas educacionais, concebendo a educação como um direito fundamental inerente a todo o ser humano.

Para dar conta dessa proposta apresentaremos os pressupostos dos chamados direitos fundamentais, Na sequência explicitaremos a temática do Estado e a educação, sobre a responsabilidade legislativa na educação, bem como a proposta do direito educacional.

ALGUNS PRINCÍPIOS DO DIREITO

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana pode ser resumido como a garantia das necessidades fundamentais inerentes ao indivíduo. É premissa essencial, presente na Constituição Federal Brasileira, sendo um dos princípios basilares constituintes do Estado Democrático de Direito. O seu objetivo é asseverar o mínimo de respeito por parte dos entes públicos, bem como de suas instituições, a sociedade de um modo geral. Desta forma, como no Brasil tal premissa é considerada base da República, bem como dotado de valor nuclear do



Direito, impossível o mesmo ser diminuído, sob o risco de promover um sentimento de insegurança jurídica ao Estado.

Ao longo do tempo, a legislação educacional no Brasil sofreu constantes alterações. Entretanto, o direito fundamental que concerne a Educação tem se mantido como importante instrumento na elaboração de políticas que, uma vez institucionalizadas, obrigam o ente público a ofertar os recursos e o suporte exigido para as redes, de acordo com suas esferas (federal, estadual ou municipal). Destarte, a Educação constitui-se no seu cerne como um organismo de amplo direito social que exige atenção especial do Estado.

O grande desafio, sem dúvida, face as constantes reformas já mencionadas, entre as quais a promoção e envolvimento de parcerias público-privadas, é manter a estrutura com alcance social capaz de atender a demandas históricas presentes na sociedade em termos escolares. Há uma tendência, na medida em que outros setores de ordem econômica são inseridos no universo escolar, de haver uma marginalização da autonomia pedagógica e administrativa da escola, que tem como consequência, em curto prazo, o desprezo pela Lei de Gestão Democrática, conforme versa os artigos 205 a 214 da Constituição Federal, regulados pela Lei de Diretrizes e Bases para Educação, Lei 9394/96. Resguardar a Educação como premissa de característica pública se dá na manutenção em lhe auferir caráter de impessoalidade na elaboração de seus fundamentos, bem como devida aplicabilidade de forma imparcial.

O ESTADO E A EDUCAÇÃO

Política e cidade ao se confundirem permitem-se dizer que, uma vez existentes elementos de direitos plenos aos indivíduos de um determinado território, seus habitantes de fato podem ser classificados como cidadãos. O legislador ainda ampliou esta perspectiva na medida, em que este efeito pode irradiar a eventuais imigrantes, independentemente de sua origem e de outras nacionalidades. Este princípio, inerente a ordem democrática e a vários preceitos ligados aos direitos humanos, se relaciona de forma intrínseca com o poder. Para Dias,

O conceito de política como práxis humana está intimamente relacionado com a noção de poder. Isto é, quem faz política busca ou exerce o poder – o homem exercendo poder sobre outro homem, ou sobre determinado grupo social – com o objetivo de obter alguma vantagem pessoal ou coletiva. (DIAS, 2008, p.2)



Desta forma, todo o indivíduo, como membro efetivo do Estado de fato, goza de direitos civis e políticos, sendo estes assegurados em lei, bem como ainda no exercício do mesmo deve satisfazer obrigações, que em tais condições lhe são conferidas.

Há de se destacar ainda que, a relação do Estado sobre o cidadão se dá na capacidade de imposição do poder estatal sobre este último dada forma como acontece sua interação com a sociedade.

Ao indivíduo, comprovadamente no exercício de cidadania plena, pode este lançar-se ao direito de se apresentar como alternativa política aos seus concidadãos. A leitura das intenções deste desejo e oferta proposta vai além da superficialidade: na verdade, o que este indivíduo almeja ao projetar um eventual sucesso na política é o exercício do poder. Quem pratica o poder político sempre busca um aspecto imparcial de entrega desprovida de interesses pessoais, quando na verdade suprime os reais objetivos, às vezes nem sempre autênticos.

Com o advento do *Welfare State*¹, o Estado se permite a intervir de forma mais incisiva, sem maiores restrições na economia e a favor da sociedade de um modo geral na intenção de coibir conflitos de ordem social, resultado da abusividade no exercício do poder em seus mais diversos aspectos sejam eles políticos, sociais, econômicos ou pessoais, em grave lesão ao princípio da isonomia.

Entre as diversas ações a implementadas por força do *Welfare State*⁴, a educação passa a ter significativa importância. A necessidade de elaboração de políticas educacionais que visassem a melhoria do acesso pleno a educação básica e superior deveriam ser debatidas, porém tal progresso não poderia ser alcançado em uma situação que não viesse a comprometer ou descaracterizar a qualidade do ensino aplicado. Necessário um estudo de caso apropriado às realidades regionais de cada ente federado.

De fato, contribuir de maneira profícua em estímulos que renderiam positivamente ao desenvolvimento permanente do país deve ser uma preocupação constante. Portanto, o objetivo de uma política pública de educação vai muito além de um simples benefício individual, já que

⁴ O *Welfare State*, expressão utilizada pelos ingleses para designar o Estado de Bem-estar é bem mais recente que a expressão Estado-Providência. Esta última, segundo referências históricas encontradas em Rosanvallon, foi usada em 1860, por Émile Ollivier, deputado republicano francês, ao criticar o aumento das atribuições do Estado, na esteira de uma concepção em voga na época, subordinada a uma filosofia social que só reconhecia o interesse particular de cada indivíduo e o interesse geral. Posteriormente é retomada pelo economista, Émile Laurent, que defendia um Estado “erigido numa espécie de providência”. Preconizada como alternativa o desenvolvimento de associações de previdência, que faria a mediação entre o interesse geral e o particular de cada indivíduo (ROSANVALLON, 1981, p. 111)



os beneficiados pelo investimento aplicado pelo Estado, uma vez formados poderão ser úteis a eventuais demandas da sociedade, contribuindo de acordo com a formação e necessidade apresentada.

Destarte, incentivar a educação como uma política de Estado não se presta a ser simplesmente uma questão teórica ou um mero projeto, mas sim propiciar a cada cidadão o conhecimento essencial para que possa identificar seus direitos e também exerça um ofício, quer seja através do ensino superior, técnico ou mesmo através de suas próprias experiências vivenciais.

Ao Estado, se faz importantíssimo recorrentemente lembrar que sua obrigação é constitucional e as instituições devem referendar e colocar essa pauta como primordial, uma vez que o desenvolvimento de uma nação está intrinsecamente relacionado a forma como a mesma lida com a educação.

Garantir uma educação de qualidade sem uma política pública de Estado que seja adotada de maneira adequada, adaptada aos direitos sociais garantidos na Constituição não é uma tarefa fácil. Para tanto, é importante a verificação do que o artigo 6º da CF prefigura:


[...] são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL nº 90, de 2015)

Os direitos sociais estão interligados em uma proposta de dependência de elementos inerentes a sua composição e organicidade. Para (2018:158)

Todos os direitos sociais encontram-se emaranhados numa relação de interdependência: sem o trabalho não se consegue remuneração adequada para proporcionar moradia, alimentação e lazer, que, por sua vez, afetam a saúde, interferindo no aprendizado (educação) que sem o transporte para as escolas e as universidades sequer é efetivado. Essa é apenas uma das inúmeras conjunções de direitos sociais que podem ser identificadas. (BARBUGIANI E COELHO, 2018,p.158)

A vasta multiplicidade de percepções sobre o status educacional no país não pode deixar de considerar a inexistência de igualdade e linearidade na prestação dos serviços educacionais, sob o prisma público e privado, para todos os que integram a sociedade em qualquer nível.

A educação deve importar, como principal argumento reflexivo, o fato da mesma possibilitar uma ampla gama diversificada de conhecimento, promovendo a todos o aprimoramento de aptidões necessárias a sociedade podendo promover satisfação e realização pessoal plena como cidadão pertencente a um conjunto de atribuições presentes no organismo social. Assim entende Piaget:



Afirmar o direito da pessoa humana à educação é pois assumir uma responsabilidade muito mais pesada que a de assegurar a cada um a possibilidade da leitura, da escrita e do cálculo: significa, a rigor, garantir para toda criança o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição dos conhecimentos, bem como dos valores morais que correspondam ao exercício dessas funções, até a adaptação à vida social atual. É antes de tudo, por conseguinte, assumir a obrigação - levando em conta a constituição e as aptidões que distinguem cada indivíduo - de nada destruir ou malbaratar das possibilidades que ele encerra e que cabe à sociedade ser a primeira a beneficiar, ao invés de deixar que se desperdicem importantes frações e se sufoquem outras. (PIAGET, 200, p. 04)

O sistema educacional brasileiro já sofreu diversas reformas, percebidas em momentos de evidente necessidade. A questão que deve ser pensada é se o projeto a ser aplicado, de fato é resultado de análise produzida a partir de sondagem diagnóstica factível e fiável.

Há de se convir que um produto com tal margem de confiabilidade é fruto de um trabalho extremamente exaustivo e complexo, uma vez que a compilação dos dados obtidos pode ser morosa. Toda e qualquer política pública passa pelo crivo, por óbvio, de políticos e estes trabalham sempre na perspectiva de obter resultados imediatos para ter condições de prestar contas aos seus eleitores de ações por eles realizadas. Portanto, a tendência do político não se empenhar neste tipo de pauta é enorme devido a demanda exigida bem como o tempo a ser aplicado exigir um comprometimento que o mesmo não estaria disposto a exercer.

EXPOSIÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE LEGISLATIVA NA EDUCAÇÃO

A Constituição Federal, em seu artigo 205 versa que “*a educação é direito de todos e dever do Estado e da família*”. De fato, é a principal via de acesso dada aos cidadãos, fator indispensável na formação profissional bem como ao desenvolvimento econômico, político e social de um País. É a via mais digna contra as dificuldades inerentes as desigualdades sociais. Como direito fundamental deve ter a leitura mais ampla possível, a permitir total aplicação.

O direito a educação no Brasil obriga o legislador a elaborar um tratado capaz de dar proteção constitucional a tal direito, cabendo a União zelar por sua normatização legal e sua efetiva aplicabilidade. A educação, vista sob o prisma de um instrumento de potencialização do caráter e do desenvolvimento do indivíduo, ainda coopera de forma significativa para preservação e refinamento do Estado Democrático de Direito⁵.

⁵ A expressão Estado de Direito é considerada uma fórmula alemã (Rechtsstaat) [...] O Estado domesticado pelo direito é um Estado juridicamente vinculado em nome da autonomia individual ou, se se preferir, em nome da autodeterminação da pessoa [...] Contra a ideia de um Estado de polícia que tudo regula [...] o Estado de Direito perfila-se como um Estado de limites, restringindo a sua ação à defesa da ordem e segurança públicas. Por sua vez, os direitos fundamentais liberais – a liberdade e a propriedade – decorriam do respeito de uma esfera de liberdade individual e não de uma declaração de limites fixada pela vontade política da nação. (CANOTILHO, 1999:27)



Deste espírito é que nasce a Lei de Diretrizes e Bases para a Educação (LDB). Nela, encontram-se alocadas as normas gerais e as metas educacionais para os próximos anos, através dos Planos Nacionais de Educação (PNEs). Contudo, a despeito dos dispositivos constitucionais delegarem amplas obrigações a União, aos Estados também foram reservadas responsabilidades no que tange a normatização de leis. Aos Estados, por exemplo, ficou reservado o que não se encontrar como competência da União e dos Municípios (art. 30), bem como o que não incidir sobre matérias do campo de vedações constitucionais (ALMEIDA, 2010:103).

A importância da Lei de Diretrizes e Bases da Educação se dá dentro de aspectos bem definidos como a forma de zelar pelo direito de que todo o brasileiro tenha acesso à educação pública gratuita e de qualidade, bem como para que os profissionais da educação possam ser valorizados, evitando uma marginalização histórica e que sempre desmereceu a importância do professor a sociedade. Ainda assevera sobre a formação do professor, o qual deverá atender requisitos mínimos exigidos para exercer atividade como docente.

O contexto de aplicação pedagógica para educação no Brasil, conforme previsto em norma específica determina que os componentes curriculares e inerentes a realidade de cada estado, uma vez aprimorados, trabalhados de acordo com cada particularidade regional e não apresentando núcleo comum serão considerados, portanto específicos.

Outro importante fator destacado na LDB foi o destaque a Gestão Democrática, que avulta a importância da participação da comunidade escolar para que o projeto político pedagógico seja formatado de acordo com a realidade da comunidade escolar e não seja um simples apontamento burocrático.

Da União, ressalta-se a responsabilidade de editar normas, diretrizes e bases. Aos Estados e Municípios cabem normatizações adicionais nos casos em que, comprova há omissão da União, de acordo com o artigo 24, §§ 1º, 2º, 3º e 4º da Constituição Federal⁶.

Importante também salientar que a normatização suplementar pode ocorrer nos casos em que Estados e Municípios assumem para si responsabilidades que na origem deveriam ter

⁶ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.



sido aplicadas pela União, mas que por esta não foram realizadas na plenitude ou mesmo não tenham atingido as necessidades no ponto específico que de fato viessem a contemplar as expectativas de determinada realidade local. Neste caso, podem ser editadas por estes entes, e têm sua eficácia suspensa quando norma da União sobrevier. O critério utilizado pela Constituição foi o da conveniência política e administrativa da edição de normas educacionais (RANIERI, 2009:126).

Entretanto, mesmo com atribuições muito bem repartidas na Constituição, o que se nota é um Congresso Nacional ainda com pouco interesse ao tema, já que a União se emprega da maior parte das capacidades constitucionais que tratam de educação, sejam as mesmas de ordem legislativa ou mesmo de ordem material.

Por conta de tal “vício”, apesar da Educação possuir um dos maiores orçamentos do país, sofre com um processo extremamente burocrático e moroso na aplicabilidade de políticas públicas de Estado.

A exclusividade legislativa da União no estabelecimento das normas que regem a educação no país pode muitas vezes ofender características da realidade local, o que sugere invasão de competências de Estados ou Municípios. O risco de irradiação de atos da União no que concerne a educação sob seara que seria própria de outros entes é grande, devido ao fato de haver esta já citada concentração legislativa, com ânimo de posse na União. Conforme Garcia:

[...] temos aí a prevalência fundamental da União em questão de educação e ensino, em áreas de interesse preponderantemente regional ou estadual e de interesse local ou municipal. Agrega-se a esta possibilidade a questão que é a União ter, ainda, essa amplitude de normas gerais. (GARCIA, 2008, p.41)

Desta forma nota-se que existem incongruências que, a despeito das reformas educacionais realizadas ao longo de toda história da educação no Brasil, a estrutura legislativa no país no que tange a proposta escolar possui entraves organizacionais gigantescos, os quais não possuem um ponto de equilíbrio adequado no universo e nas realidades dos entes federados brasileiros, dadas as dimensões continentais do país. Urge a necessidade premente da instituição de novas políticas públicas de educação, as quais possam promover uma proposta equânime e isonômica, com vistas ao cuidado das realidades locais, bem como de aspecto descentralizado, permitindo inteiração entre os poderes na análise e aplicabilidade das competências de gestão da educação no Brasil.

O ESTADO E A PROPOSTA DO DIREITO EDUCACIONAL

Estruturar a Educação como disciplina jurídica, nasceu de uma relação empírica das necessidades educacionais brasileiras na década de 1990, um período importante na história do processo educacional no país. Vale destacar que apesar dos elementos legais que conduzem a educação no país atualmente, existe muita dificuldade de reconhecimento das atribuições nas relações que tratam da questão pedagógica e administrativa por parte dos envolvidos. Políticos, juristas, gestores, mantenedoras, docentes, entre outros organismos que fazem parte deste processo que constrói e mantém a educação, não raras vezes se veem diante de situações complexas e de difícil tomada de decisão devido a falta de sistematização de informações que englobem o tema de maneira ordenada. Nesse sentido:

Em um país de direito positivo e escrito, como é o Brasil, a principal fonte do direito é a lei. Seguindo este pressuposto, o direito educacional há de ser ministrado dedutivamente, partindo-se dos princípios e dos enunciados teóricos, para enquadrar o fato na norma. Na hipótese de uma nação adotar o *common law*, a situação é bem outra. O caminho é o raciocínio indutivo, empírico e experimental, acompanhando o precedente e retirando de casos julgados as suas aplicações, como magistralmente preleciona Benjamin Cardozo.² O ensino do direito educacional norte-americano, por exemplo, baseia-se no estudo do *case law*. [...] Enfim, pelas conexões entre direito e educação, questões e conflitos estão exigindo a participação mais viva e mais atuante do Poder Judiciário na arena educacional. Para tanto, é preciso armar as partes constitutivas do processo ensino-aprendizagem – professor, aluno, servidor, família e poder público – com instrumentos jurídicos mais eficientes, proporcionados que sejam pelo direito material quanto pelo processual. A conscientização dos direitos do aluno, do professor e da escola deve ser, aliás, um dos objetivos explícitos do ensino do direito educacional. (BOAVENTURA, 1996, p.32)

Há de se destacar o fato de que boa parte das aflições de Boaventura no que tange a elaboração de uma proposta em introduzir uma legislação que poderia ser traduzida como própria de um tão reclamado Direito Educacional foi contemplada na Lei 9394/96, de 20 de dezembro de 1996. Porém, o pouco interesse na sistematização de um conteúdo propriamente acadêmico, permanece em aberto, mesmo com a demanda e o que importa em termos normativos.

Mesmo a educação, dotada de tanta importância na constituição e construção do perfil bem como do caráter do indivíduo, apesar de necessária aos nossos estudantes, este elemento apontado por Boaventura continua marginalizado em nossos cursos de formação em Direito no Brasil, mesmo com tamanho dispositivo constitucional e infraconstitucional. Continua Boaventura:

No relacionamento da educação com o direito, uma visão jurídica pode comportar, pelo menos, três direções: faculdade atribuída ao educando, norma que regula comportamentos e ramo da ciência do direito. Em primeiro lugar, a educação, como prerrogativa concedida ao aluno, tem sido frequentemente proclamada como direito



de todos. É nesse sentido que a conflitante Constituição Federal de 1988 afirmou: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade (...)”. Reconheceu-se ao aluno as reais possibilidades de desenvolver suas potencialidades. Da educação como direito público subjetivo passa-se à educação como direito-norma. A segunda direção do olhar jurídico alcança a educação como norma que rege e disciplina comportamentos. A educação tem sido enormemente encarada pela legislação. Assim se compreende a “plethora legislativa”, de onde se destaca o seu emprego na administração. Da ampla extensão da matéria legislativa sobre o ensino, daí, se chamar *Legislação do Ensino*, uma parte estrutura o funcionamento dos serviços educacionais e outra define os direitos e deveres do aluno e do professor, especialmente nos regimentos escolares e nos estatutos do magistério. O estudo tanto dessas normas como dos direitos atribuídos ao aluno e ao professor constitui uma terceira acepção do direito. É o direito educacional, qualificado como direito especializado e com considerável amplitude de leis, decretos, portarias e institutos próprios, como a matrícula. Dessa maneira concebido, o direito educacional implica seu reconhecimento como ramo diversificado. Com o fenômeno educativo, configura-se uma das tendências do direito moderno para se espalhar em subdivisões: direito agrário, direito previdenciário, direito naval, direito aeroespacial, direito ambiental, direito econômico, direito empresarial. É justamente nesta terceira concepção que o direito educacional é objeto deste trabalho. (BOAVENTURA, 1996, p. 35)

Reconhecer o Direito Educacional sugere que o mesmo seja visto como aspecto inerente à Ciência Jurídica. Logo, provados os elementos que lhe dão esta qualidade, podemos facilmente entender e classificar a educação como parte do universo do Direito e não apenas um arrazoado legislativo aplicável apenas em teoria, sem uma dedicação de estudo e compreensão de suas particularidades.


CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensar a educação no Brasil como um elemento limitado tão somente a uma legislação, o que não significa marginalizar a importância das inovações desenvolvidas ao longo dos últimos anos promovidas por força de lei, é reduzir e incapacitar o poder contido na própria lei e também esconder as obrigações do Estado para com políticas públicas que realmente atinjam os objetivos propostos e que fazem parte da estrutura administrativa da União.

Reconhecer o Direito Educacional como um ramo importante do ordenamento jurídico brasileiro é, sem dúvida, fortalecer todo o quadro de intenções positivas que se demonstram nas evidências internas da legislação em cada um de seus artigos, parágrafos e incisos. Nas palavras de Boaventura

Entenda-se, assim, o direito educacional como um instrumento capaz de levar a educação a todos. Isto é, sair do enunciado e da declaração, que “todos têm o direito à educação”, para a efetivação individual e social administrativa e judiciária da educação (BOAVENTURA, 1996, p.36)

A investigação de ordem acadêmica nos cursos de graduação em Direito permitiria ao futuro profissional a possibilidade de ser um importante aliado na luta contra o desprezo e a marginalização do que já está cristalizado doutrinariamente acerca do tema, bem como de ser



um importantíssimo condutor na mediação do conhecimento e tradução destes direitos a sociedade leiga e, por que não dizer, os próprios profissionais que trabalham na área.

Grande parte destes profissionais desconhecem os instrumentos legais disponíveis. Desprovidos da instrumentalização necessária para contrapor determinados atos eventualmente abusivos por parte do Estado, acabam de forma involuntária prejudicando a efetiva aplicação das normas e trazendo prejuízo àquela comunidade escolar que deixou de ser abraçada em suas necessidades, de acordo com suas realidades locais simplesmente por que seu quadro gestor não observou de forma acurada as normas legais vigentes.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, F. D. M. *Competências na Constituição de 1988*. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- BARBUGIANI, L.H. S.; COELHO, F. de S.. O relativismo do direito à educação no Brasil: um ensaio Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar / organizado por Nina Beatriz Stocco Ranieri e Angela Limongi Alvarenga Alves. – São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2018.
- BOAVENTURA, E. M. Um ensaio de sistematização do direito educacional. *Revista de informação legislativa*. Brasília a. 33 n. 131 jul./set. 1996
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2022]. Disponível em:<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176476>. Acesso em 22 abr. 2022.
- CANOTILHO, J. J. G.. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Lisboa: Almedina, 1998. *Estado de Direito*. Porto: Gradiva, 1999.
- DIAS, R.. *Ciência Política*. São Paulo: Atlas, 2008
- GARCIA, M. Educação superior na Constituição: competência legislativa – I Simpósio Nacional de Direito Educacional. In: PEREIRA, A. J. S. *et al. Direito Educacional: aspectos práticos e jurídicos*. São Paulo: QuartierLatin, 2008.
- PIAGET, J.. *Para onde vai a educação?* Ivette Breaga (trad.). Rio de Janeiro: José Olympio, 2007.
- RANIERI, N. B. S. *Aspectos constitucionais do direito à educação*, São Paulo: Edusp, 2009.
- ROSANVALLON, P. *A crise do Estado de Providência*. Lisboa: Editorial Inquerito. 1984.



CAPÍTULO 9

A INDÚSTRIA DA MODA E O CONSUMO CONSCIENTE: UMA ANÁLISE SOB A ÓPTICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Letícia Oliveira Benvindo dos Santos

RESUMO

O consumo de roupas aumentou de forma vertiginosa nos últimos anos e as pessoas não se questionam sobre as consequências desse hábito. A cadeia de fabricação da indústria têxtil é grande, rentável, difícil de rastrear e seu poder de destruição é enorme. Envolve mão de obra análoga à escravidão, mão de obra infantil, problemas de segurança, de saúde pública e ambientais. A maioria dos consumidores desconhece a problemática por trás do assunto, devido à falta de uma maior veiculação de informações acerca do tema e, mesmo que questionasse, provavelmente não teria a devida transparência na resposta. O maior desafio para a indústria da moda atualmente é produzir de forma sustentável e o Direito do Consumidor pode ser um aliado na busca pelo equilíbrio, principalmente por meio da defesa de princípios básicos que são negados diante da labiríntica cadeia de produção têxtil. O presente trabalho tenta buscar soluções alternativas para a delicada questão, ao mesmo tempo em que relaciona a Defesa do Consumidor aos Direitos Humanos e ao Direito Constitucional, a fim de discutir os flagrantes descumprimentos de importantes diretrizes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Consumidor; moda; meio ambiente; sustentável; indústria têxtil.

INTRODUÇÃO

A naturalidade com que encaramos comprar roupas a cada nova ocasião que surge ou utilizar das diferentes formas de consumir como mecanismo de lidar com frustrações diárias podem parecer terapêuticas e inocentes para o consumidor, mas a realidade está distante disso. A verdade é que poucas pessoas refletem sobre o processo humano por trás da confecção. Muito menos de onde veio o material utilizado para aquela fabricação e o processo implicado. Menos ainda onde aquele pedaço de tecido, que um dia foi uma peça de roupa, vai parar depois de descartada, seja por estar desgastada, por não atender mais às expectativas do comprador ou mesmo não estar mais de acordo com as últimas tendências.

Segundo a Associação Brasileira da Indústria Têxtil e de Confecção, o Brasil é a maior cadeia têxtil completa do Ocidente (o que quer dizer que vamos da produção do algodão, passamos pela confecção e comercialização e seguimos até os glamorosos desfiles de moda) com um faturamento até agosto de 2021 de R\$185,7 bilhões de reais. Foram, até o mesmo período, produzidas cerca de 9,04 bilhões de peças, dentre elas peças de vestuário, acessórios,



cama, mesa e banho. É um segmento de proporções gigantescas no país, tendo chegado a ocupar o segundo lugar como maior gerador de empregos. No entanto, o “preço social” cobrado é igualmente alto.

Problemas de saúde causados pelos agrotóxicos utilizados, mão de obra infantil, trabalho análogo à escravidão, segurança de funcionários negligenciada, casos de coerção física e psicológica são alguns dos impasses e práticas para manter os funcionários “reféns”, principalmente se forem imigrantes em situação ilegal no país. O rastreio dos processos se torna dificultoso, tendo em vista a grandiosidade da cadeia produtiva da moda. As demandas de produtividade são grandes e só tendem a aumentar, os processos são diversos, o que torna o controle difícil ou “inoportuno”, diante de tamanho investimento e lucro.

Como mencionado no início do trabalho, o consumidor participa ativamente desse ciclo problemático, já que o mercado funciona de acordo com demandas. O fato de haver muito consumo de peças de vestuário logicamente estimula o aumento da produção das fábricas têxteis, tornando quem adquire os produtos um dos responsáveis pelo cenário apresentado.

Une-se a todas essas problemáticas a posição delicada em que o consumidor é colocado. A combinação dos fatores desconhecimento acerca do assunto, empresas que pouco se importam com o histórico da fabricação e as implicações surgidas diante da negação sucessiva de informações traz a tona uma situação flagrante de vulnerabilidade.

Ao não lhe ser revelado o que ocorre na cadeia de produção, sua liberdade de escolha é colocada em jogo, tendo em vista que a fim de ser feita a escolha ideal não devem ser deixadas de fora informações importantes a ponto de inebriar a decisão de compra. A transparência da transação é comprometida e princípios são feridos.

O debate inserido neste artigo se mostra relevante, posto que a problemática apresentada compreende impactos diretos nas vidas das pessoas envolvidas na cadeia de produção de artigos de vestuário, dos trabalhadores do campo aos das confecções.

Impactos que precisam começar a ser discutidos de forma ampla na sociedade com intuito de reflexão, reeducação e conscientização social acerca dos impactos do consumo em escala mundial. A relevância do Direito do Consumidor está conectada a matéria justamente pela existência de leis que tratam como consumidor toda a coletividade que será prejudicada diante de tais omissões.



Como lembra Mazzuoli em sua obra Curso de Direito Internacional Público, “é suficiente a condição de ser pessoa humana para que todos possam vindicar seus direitos violados, tanto no plano interno como no contexto internacional” (MAZZUOLI, 2020, p.1174).

São muitas as transgressões envolvidas e a fiscalização é complicada. Sendo assim, uma análise profunda à luz das violações de direitos humanos, juntamente com o papel importante que o Direito do Consumidor pode assumir neste debate, seria um registro social importante para contribuir com a reconstrução de uma indústria que, muitas vezes, desde os seus processos iniciais, já está corrompida.

Dessa forma a problemática será abordada por mais uma perspectiva, podendo vir a ser um auxílio a políticas públicas aplicadas com intuito de reverter, mesmo que gradualmente, um quadro tão desumano, mas nem sempre foco de reflexão por parte da sociedade.

A INDÚSTRIA DA MODA E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS HUMANOS

Dentre os muitos pontos a serem colocados como os principais colaboradores para essa conjuntura, a terceirização da mão de obra pode ser citada como um dos principais. É um fenômeno recorrente entre as empresas, que tem como intuito minimizar os custos, algo que contribui para o já significativo risco que itens de vestuário têm de serem produzidos por meio da escravidão moderna.

Grandes marcas dão início ao processo de terceirização, que é continuado pelas oficinas contratadas e isso vai ocorrendo de forma sucessiva até chegar a situações extremamente artesanais e precárias, muitas vezes dentro de suas casas, com longas horas empregadas no ofício, além de acabar envolvendo a mão de obra de crianças.

A continuidade de ações como essa coloca em risco o bem mais precioso e inegociável de uma pessoa, a sua dignidade, garantida pela Constituição Federal. O valor da dignidade humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil, é tido como valor central e de equilíbrio para todos os restantes. Ramos (2016, p. 79).

De acordo com dados da Global Slavery, foi constatado que, nos últimos anos, o aceleração da urbanização trouxe consigo como consequência o aumento dos casos de escravidão moderna, especialmente, no caso da cidade de São Paulo, onde imigrantes são explorados no ramo da indústria têxtil.

Em 2013, a maioria dos trabalhadores resgatados em situação análoga à escravidão estava prestando serviços dentro da indústria têxtil e na da construção. Os fornecedores utilizam



tais serviços para produzirem peças de vestuário que muitas vezes acabam em cadeias de abastecimento de grandes empresas multinacionais.

Ainda conforme informações da Global Slavery, o Brasil atrai imigrantes de regiões como a Bolívia, Equador, República Dominicana, Paraguai e Peru. Além de outras localidades mais distantes, como Bangladesh, Nigéria, Paquistão, Senegal e Sri Lanka.

A entrada ocorre com documentação falsa e o transporte até o país gera dívidas que eles não são capazes de pagar, sendo assim, forçados a quita-las com longas horas de trabalho degradante, em ambientes insalubres, sob ameaças de agressão física e assédio. São pessoas que não conhecem o local em que se encontram, além de não conhecerem as leis trabalhistas, algo que os torna muito mais vulneráveis.

A Fiquem Sabendo, uma agência de dados especializada no acesso a informações públicas, por meio de um pedido de Lei de Acesso à Informação (LAI) feito ao Ministério da Economia, aponta que entre 2006 e 2020 ao menos 860 estrangeiros foram resgatados de situação análoga à escravidão no Brasil. 46% estava prestando seus serviços a confecções de roupas.

Outro triste dado é a situação de vulnerabilidade, principalmente de mulheres que atuam na indústria do vestuário. Em 2016, o Global Slavery Index avaliou que cerca de 40,3 milhões de pessoas encontrava-se em situação de escravidão moderna, e 71% desse número era constituído por mulheres. São casos de abuso sexual, discriminação e violência de gênero.

No Brasil não é diferente. A maioria também é de mulheres, especialmente de nacionalidades boliviana e peruana. Só em São Paulo 70% dos empregados na área de confecção são mulheres imigrantes.

Há outra questão, além das represálias já discutidas, o que dificulta a descoberta das empresas responsáveis é cultural. Segundo a assessora do CEMIR (Centro da Mulher Imigrante e Refugiada), Soledad Raquena, essas mulheres sentem um grande receio frente ao termo “escravidão” ou “escravo” e não se reconhecem como vítimas. Ainda existe uma cultura que se assemelha muito à cultura boliviana que quanto mais horas se trabalha, mais dignidade se tem.

A questão é que no Brasil existem legislações para evitar cenários de abusos como esses, algo incomum nos seus países de origem. O Congresso Nacional aprovou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos por meio do Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de



1991. Em sua parte II o mesmo pacto cria o dever do Estado de garantir respeito e todos os demais direitos previstos a todas as pessoas que se encontram em território brasileiro.

Ou seja, mesmo imigrante, legal ou ilegal, tem a mesma possibilidade que qualquer brasileiro tem de invocar os direitos do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contra o Brasil. Ramos (2016, p. 155).

Além disso, a própria Constituição Federal é clara quanto aos direitos e deveres individuais e coletivos garantidos igualmente a todos. O artigo 5º traz em seu texto a afirmação de que todos são iguais perante a lei, sem fazer qualquer distinção, e garante aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade de direitos fundamentais e integrantes da base formadora da dignidade de qualquer ser humano: os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

E mais, o inciso III do mesmo artigo reforça a aversão a qualquer tipo de trabalho forçado, afirmando que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

A conjuntura pandêmica fez com que as fiscalizações diminuíssem ainda mais, algo preocupante, pois com a crise econômica tudo leva a crer que os números só aumentaram, pontua Carla Aguilar, assistente social do Centro de Apoio e Pastoral do Migrante (CAMI).

Em seu livro *Curso de Direitos Humanos*, Roberto Andrade de Carvalho faz uma referência bastante oportuna a Kant:

Para Kant, tudo tem um preço ou uma dignidade: aquilo que tem um preço é substituível e tem equivalente; já aquilo que não admite equivalente, possui uma dignidade. Assim, as coisas possuem preço; os indivíduos possuem dignidade. Nessa linha, a dignidade da pessoa humana consiste que cada indivíduo é um fim em si mesmo, com autonomia para se comportar de acordo com seu arbítrio, nunca um meio ou instrumento para a consecução de resultados, não possuindo preço. Consequentemente, o ser humano tem o direito de ser respeitado pelos demais e também deve reciprocamente respeitá-los. (KANT apud CARVALHO, 2017, p. 75)

Está cada vez mais exposta a tática de tirar vantagem de pessoas marginalizadas pela sociedade. Uma marginalização que está ainda mais evidente desde o início da pandemia. É o ciclo resultado de um sistema econômico que gira em torno do lucro e da acumulação de riquezas.

O Centro de Informações sobre Empresas e Direitos Humanos chama atenção para a responsabilidade que as empresas têm de empregar a Devida Diligência em Direitos Humanos.



O Brasil, como país integrante da ONU deve garantir que suas empresas sejam capazes de demonstrar aptidão para identificar e mitigar problemáticas de Direitos Humanos em suas cadeias produtivas.

A pressão atual direcionada ao ramo empresarial teve como ponto de partida o colapso do prédio Rana Plaza, em Bangladesh, no ano de 2013, retratado no documentário *The True Cost*.

A estrutura precária, que abrigava cinco fábricas de confecção de roupas, com suas muitas falhas na estrutura, já havia sido alvo de diversos alertas por parte dos funcionários, que afirmam ter feito contato reiteradamente com seus superiores, porém nada foi feito.

O edifício desabou e teve como consequência a morte de mais de 1.100 trabalhadores, e outros 2.500 feridos, em sua maioria mulheres jovens e crianças. Após o desabamento, foram feitas buscas pelas etiquetas das roupas, o que demonstrou as marcas corresponsáveis pela tragédia.

Não é à toa a exigência por um maior envolvimento e cautela por parte das grandes marcas com suas cadeias produtivas e de suprimentos, bem como a implantação de uma política de transparência e de prestações de contas.

O direito à informação tem como objeto a integridade moral do ser humano e é uma liberdade democrática primordial, tendo como propósito a permissão adequada, autônoma e igualitária participação dos indivíduos na esfera pública. Lafer (1991, p. 241).

Os estragos não permanecem apenas na esfera das confecções, eles vêm desde as plantações de algodão, por exemplo, um dos insumos mais utilizados, que consome uma grande quantidade de agrotóxicos.

Segundo dados da ICAC International Cotton Advisory Committee, são 28L por hectare, sendo a quarta cultura que mais recorre a pesticidas. O Brasil responde por apenas 5% da área mundial de cultivo de algodão e, ao mesmo tempo, por 25% do total de pesticidas utilizados no plantio do algodão em nível global.

Com o avanço da discussão, a tendência é que a pressão social aumente e a legislação avance, afirma Ron Popper, CEO da Global Business Initiative on Human Rights. Os empresários que não demonstrarem compromisso com os direitos humanos e o meio ambiente ficarão sem fornecedores, investidores e contratos.



Conforme Popper há uma crescente expectativa por parte dos governos, que estão criando leis, dos investidores e das comunidades, de que as empresas vão respeitar os direitos humanos. A tendência é que as empresas passem a ser cada vez mais cobradas, tanto legalmente quanto socialmente, a demonstrarem como contribuem para a evolução e o respeito aos direitos humanos.

Após o desabamento do Rana Plaza, movimentos surgiram com intuito de evitar que outras tragédias como essa ocorram. O movimento Fashion Revolution vem se empenhando e realizando trabalhos de prevenção, demandando um reposicionamento das marcas acerca de assuntos como transparência, sustentabilidade e ética, revendo suas políticas de comunicação com o público a respeito de suas práticas sociais e ambientais com fornecedores e trabalhadores.

Diversas marcas já se mostram abertas as ideias e se comprometeram com o que foi apresentado na Global Fashion Agenda, tentando tornar o mais sustentável possível sua produção, publicizar todo o ciclo de rastreabilidade das roupas e as questões relacionadas à precarização da mão de obra.

As iniciativas isoladas e não governamentais não dispensam o papel do Estado, que deve implementar fiscalizações mais rígidas sobre a cadeia de produção das empresas, junto a criação de leis e punições que reverberem e imponham de uma vez por todas o quão inaceitável é colocar vidas em risco em nome do lucro.

Esse é um compromisso geral, que foge do espectro nacional, justamente por ser um problema que atinge o mundo como um todo, portanto os olhares voltados aos descabros devem transcender as barreiras culturais e nacionais.

Em um trecho sobre a teoria das gerações e a inexaurabilidade dos Direitos Humanos, Flávia Piovesan discorre sobre a relação de compromisso internacional com os direitos humanos:

[...] os tratados internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, ao mesmo tempo que afirmam a personalidade internacional do indivíduo e endossam a concepção universal dos direitos humanos, acarretam aos Estados que os ratificam obrigações no plano internacional. Com efeito, se, no exercício de sua soberania, os Estados aceitam as obrigações jurídicas decorrentes dos tratados de direitos humanos, passam então a se submeter à autoridade das instituições internacionais, no que se refere à tutela e fiscalização desses direitos em seu território. Sob esse prisma, a violação de direitos humanos constantes dos tratados, por significar desrespeito a obrigações internacionais, é matéria de legítimo e autêntico interesse internacional, o que vem a flexibilizar a noção tradicional de soberania nacional (PIOVESAN, 2013, p. 67).



Tanto a população quanto o Estado devem cobrar das empresas a transparência em seus processos e condutas construtivas que demonstrem verdadeiro interesse com a contribuição para os Direitos Humanos, como a realização de auditorias permanentes com intuito de avaliar os impactos das atividades realizadas em determinada região e como serão resolvidos os problemas relacionados aos Direitos Humanos, inclusive no que diz respeito a seguir a legislação vigente nos locais em que estão instaladas.

O PAPEL DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Diante da velocidade com que a tecnologia e as relações de consumo cresceram tornou-se necessária a criação de uma legislação que abordasse de forma específica as novas problemáticas que surgiram junto a atual conjuntura, e a proteção oferecida aos Direitos dos Consumidores pela Constituição Federal proporcionou um amparo substancial, trazido pelo artigo 170, inciso V, incluindo a defesa do consumidor como um dos princípios gerais da atividade econômica.

Com a chamada constitucionalização do direito civil, foi inevitável a aplicação dos princípios constitucionais aos contratos. Houve profundas modificações principalmente no que diz respeito à autonomia de vontade e a liberdade contratual.

Segundo Marta Suzana Lopes Vasconcelos:

Como corolário da liberdade individual, no campo negocial, erige-se a liberdade contratual ao patamar de princípio. Assim, entendo que nesta ideia, envolvem-se três modalidades distintas de liberdade contratual. A primeira é a própria liberdade visto que ninguém pode ser forçado a contratar, pois isto importaria em um vício de consentimento comprometedor da validade do negócio jurídico. A segunda é a liberdade de escolha da parte contratada, ou seja, a liberdade de escolher a pessoa física ou coletiva com quem a parte vai contratar. A terceira modalidade de liberdade do conteúdo do contrato, ou seja, a liberdade para escolher o que se vai contratar (VASCONCELOS, 2011, p. 5).

Dentre as interpretações que podem ser feitas ao mencionarmos a “liberdade contratual”, a tratada neste trabalho está ligada a escolha da parte contratada, ou seja, a liberdade de escolher a pessoa física ou coletiva com quem a parte vai contratar.

Importantes noções ligadas aos princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, bem como o da solidariedade social, passaram a ter grande influência nas relações contratuais e conseqüentemente consumeristas. Os ideais de justiça social foram, assim, transmitidos às pautas da atividade econômica, norteados as relações contratuais de consumo.



Os consumidores são, em sua grande maioria, atraídos pelos produtos com preços acessíveis, no entanto, é cabível uma reflexão acerca da transparência da relação entre fornecedor e consumidor. O hábito do cliente de não buscar saber sobre a história da peça de vestuário adquirida acaba mascarando a responsabilidade que o fornecedor tem de ser cuidadoso com relação à origem do produto que comercializa, o que não contribui em nada para a interrupção do ciclo de abusos na indústria têxtil. O pacto deve ser coletivo e abranger, inclusive, o poder público.

Pensam Scarpetta e Effing:

O poder Judiciário torna-se pedra de toque, exercendo trabalho fundamental na tarefa de assegurar aos indivíduos e à sociedade a aplicação e controle das garantias fundamentais inseridas na Constituição, bem como das normas produzidas em seu reflexo, visando ao cumprimento de tais preceitos. Sua atuação permitindo o diálogo das fontes em prol da efetivação dos direitos humanos é condição fundamental. O papel de sujeito passivo do Estado pode ser dividido também com entes privados, em especial os fornecedores com relação aos seus deveres e responsabilidades tuteladas no Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo (SCARPETTA; EFFING, 2015, p. 17).

A atuação do poder judiciário como garantidor de direitos contribui para segurança coletiva, posto que atua como a parte viabilizadora da interação entre o Direito do Consumidor e os Direitos Humanos.

Toda a cadeia de fornecimento deve ser fiscalizada e assim a opção de compra por parte do cliente poderá ser tomada de forma clara. Mas a importância da comercialização com base nessa transparência é indispensável como parte da tentativa de conscientização.

O consumidor tem direito de saber se o que ele está vestindo é fruto de um trabalho justamente remunerado ou de mais uma oficina exploradora do trabalho análogo à escravidão. A autonomia de vontade deve estar pautada em cima do conhecimento acerca do ciclo.

O CONSUMO SUSTENTÁVEL E AS IMPLICAÇÕES CONSUMERISTAS

No capítulo II do Código do Consumidor, em seu artigo 4º, o inciso IV introduz como princípio a educação e a informação de fornecedores e consumidores, quanto aos direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo. Já no inciso IX é destacada a necessidade do incentivo de ações educacionais voltadas para área financeira e ambiental dos consumidores. Tais princípios são negados a partir do momento em que falta transparência no ciclo da indústria da moda, tendo em vista que informações básicas sobre como aquela produção aconteceu se perdem pelo meio do caminho.



Por isso tamanha é a importância com relação à educação ambiental. Desde a Resolução 53/1995 a Organização das Nações Unidas trata o consumo sustentável como um dos direitos-deveres dos consumidores.

De acordo com José Geraldo Brito Filomeno:

Com efeito, a constatação evidente que se faz é que, enquanto as necessidades do homem são, em princípio, ilimitadas, sobretudo se se tiver em conta a ciência de marketing e a publicidade, além do processo tecnológico, são limitados os recursos naturais disponíveis.

Daí a necessidade de inculcar no homem, desde a infância, a preocupação em proceder ao consumo responsável e, sobretudo sustentável, de produtos e serviços (FILOMENO, 2018, p. 132).

Cada vez mais nítida é a degradação causada pelo consumo desenfreado, não só no meio ambiente, mas consequentemente na humanidade. Não é ideal que o lucro de grandes empresas sacrifique vidas ou destrua biomas inteiros. E, para que isso seja interrompido, as próximas gerações devem ser educadas desde o início da sua compreensão para que internalizem que os recursos naturais não estarão eternamente disponíveis, o que nos leva a abordar o inciso VIII, do mesmo artigo 4º.

O inciso traz a importância de uma constante análise do mercado de consumo, a fim de que inovações sejam implementadas de acordo com o surgimento de certos impasses.

É o que discute Filomeno:

Finalmente, o inciso VIII do art. 4º fala em estudo constante das modificações do mercado de consumo. Referida preocupação é objeto não apenas da ciência de marketing, como também dos institutos públicos de estatísticas, que levem em conta todos os fatores da economia, dentre os quais os salários (poder aquisitivo da população), tributos incidentes sobre os diversos produtos e serviços, níveis de emprego e consequentes providências no sentido de melhoria do primeiro e grande fator, que é o poder aquisitivo da população, redução de carga tributária, bem como outras metas da política econômica do país (FILOMENO 2018, p. 64)

Não há desenvolvimento econômico sem que haja recursos a serem explorados. Um fator está diretamente ligado ao outro. Dentre essas outras metas, as empresas, juntamente aos governantes de onde estão instaladas suas sedes, devem sempre buscar alternativas que incentivem o desenvolvimento sustentável e fomentem o bem estar de todos os envolvidos, dos empregados até a população, que é direta e indiretamente atingida pelas atividades desenvolvidas no território.

Novamente, trata-se de um fardo a ser dividido entre todos. Não cabe apenas ao Estado ou aos ecologistas o desenvolvimento de estratégias que amenizem ou revertam os danos causados em conjunto. O esforço deve integrar a classe consumidora, que precisa incorporar aos seus valores as noções de responsabilidade ambiental.



É importante também lembrar que consumo sustentável e responsabilidade ambiental não se resumem aos “três erres” (redução, reutilização e reciclagem), mas engloba ideias de respeito aos direitos sociais e humanos. Sendo assim, a transparência com relação aos meios de fabricação, custos e demais atividades devem ser o mais rastreáveis e transparentes o possível, tendo o Estado como principal regulador, tutelando os direitos sociais com objetivo de equilibrar a justiça social entre todas as partes envolvidas.

MARCAS ECO FICTÍCIAS E A PUBLICIDADE ENGANOSA

A partir dos anos 2000, os ideais de consumo consciente e consciência ecológica começaram a se expandir. O mercado, motivado pela movimentação da sociedade, passou a adotar como estratégia de marketing a veiculação de produtos voltados para o público recém-surgido. A ideia é sensibilizar o consumidor com o discurso ambiental e motivá-lo a consumir de forma mais “limpa”, diminuindo sua sensação de culpa.

A questão é que nem sempre esses produtos de fato são o que prometem, seguindo com métodos nada amigáveis na relação com o planeta e com os envolvidos no processo de fabricação.

A situação exposta configura publicidade enganosa, além de ser uma atividade flagrantemente antiética perante o consumidor, que preocupado com o futuro, porém leigo a respeito de fundamentos básicos e de conceitos de moda ecológica, acaba sendo ludibriado pelas campanhas. Salvi, Schulte (2014, p. 1).

O artigo 37 do Código do Consumidor proíbe toda publicidade enganosa ou abusiva. O parágrafo 1º evidencia o discutido acima, trazendo como enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa que, mesmo por omissão, seja capaz de induzir o consumidor em erro acerca da origem, dentre outros dados, de um produto ou serviço.

Esse tipo de abordagem utilizada por determinadas marcas é tida como parte de um conjunto de métodos comerciais coercitivos e desleais e uma direta afronta a um direito básico do consumidor, haja vista a proteção do artigo 6º, inciso IV.

Os consumidores tornaram-se atentos a diversas questões que estão incorporadas ao meio ambiente, cuja importância abrange as dimensões econômica, social e cultural. Sendo assim, a utilização de má fé por parte dos fornecedores ou fabricantes, a fim de persuadir



pessoas desavisadas, acaba por atravessar o espectro da questão ambiental, vai além e quebra a confiança relacionada a muitos valores éticos.

Lembrando que “consumidor” possui um conceito amplo e não existe a obrigatoriedade da exposição à publicidade enganosa para ser considerado como tal, tendo em vista que o conceito transpõe tamanha simplicidade, algo que o artigo 29 do Código do Consumidor esclarece a partir do momento que define como consumidoras as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas previstas no capítulo que o segue.

De acordo com Rizzatto Nunes:

A leitura adequada do art. 29 permite, inclusive, uma afirmação muito simples e clara: não se trata de equiparação eventual a consumidor das pessoas que foram expostas às práticas. É mais do que isso. O que a lei diz é que, uma vez existindo qualquer prática comercial, toda a coletividade de pessoas já está exposta a ela, ainda que em nenhum momento se possa identificar um único consumidor real que pretenda insurgir-se contra tal prática (Nunes, 2018, p. 93).

Portanto, a partir da crítica do autor é possível reforçar a ideia de que é grave a difusão de publicidades que chamem a atenção para um tópico tão sensível como a preservação ambiental, de maneira a induzir a erro uma coletividade.

Sendo assim, os órgãos responsáveis, elencados no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, poderão agir da forma adequada, com intuito de cessar o comportamento do fornecedor, mesmo que não haja uma reclamação concreta por parte de nenhum consumidor.


CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos fatos demonstrados no decorrer deste trabalho resta evidente a crise ambiental e socioeconômica enfrentada pelo mundo. As desigualdades cada vez mais acentuadas e a falta de uma educação ambiental tendem a potencializar números já alarmantes.

Números que podem ser amenizados se Estado, sociedade e empresariado trabalharem juntos para a construção de programas em benefício da coletividade, junto à definição de metas realistas a serem alcançadas.

Os consumidores possuem a capacidade de manipulação do comportamento do mercado e é necessário que se deem conta disso. Mudar a forma de consumir é uma responsabilidade que cabe a cada um e parte da mudança de pequenos hábitos.

A indústria têxtil precisa ser observada de muito perto. A fiscalização adequada, junto à conscientização da população, que pode auxiliar nesse processo de vigilância, devem ser



explorados sem moderação por parte do Estado. É inadmissível que tantas violações a princípios constitucionais básicos ocorram.

E o papel do Direito do Consumidor no combate aos abusos é tão importante quanto os acima citados, pois se trata de outra esfera do Direito capaz de transformar um cenário de injustiças. A defesa do consumidor é mais um desdobramento da defesa dos Direitos Humanos, tendo em vista que a hipossuficiência e a vulnerabilidade são preceitos basilares da matéria.

A mobilização internacional é imprescindível e urgente, por meio de colaboração entre países e instituições, para que haja uma conscientização geral de todas as partes envolvidas, inclusive dos consumidores, que não compreendem o tamanho de sua importância e são os verdadeiros detentores do poder, pois sem seu consumo não há indústria da moda.

REFERÊNCIAS

Análise da devida diligência empresarial em direitos humanos aplicada na proteção do meio ambiente. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=03cdc6b841ba0131#:~:text=Preliminarmente%2C%20verificou%2Dse%20que%20Devida,servindo%20como%20indicador%20para%20futuras>> Acesso em: 04/10/2021.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor.** Brasília, DF Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em 22 dez. 2021.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22 dez. 2021.

Country Studies Brazil Disponível em: <<https://www.globallslaveryindex.org/2018/findings/country-studies/brazil/>> Acesso em: 03/10/2021.

Devida diligencia obrigatória. Disponível em: <<https://www.business-humanrights.org/pt/temas-relevantes/devida-diligencia-obrigatoria/>> Acesso em: 03/10/2021.

Empresas e Direitos Humanos. Disponível em: <<https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/6452/3/M%C3%B3dulo%203%20%E2%80%93%20O%20dever%20das%20empresas%20de%20proteger%20os%20direitos%20humanos.pdf>> Acesso em: 04/10/2021.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Direitos do consumidor*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

Global Business Initiative. Disponível em: <<https://www.business-humanrights.org/pt/latest-news/brasil-ceo-da-global-business-initiative-on-human-rights-avalia-que-empresas-deverao-provar-que-respeitam-criterios-sociais-e-ambientais-com-avancos-na-legislacao-da-sociedade/>>

If Brazil is Better, what's worse? Disponível em: <<https://www.veronicabat eskassatly.com/read/if-brazil-is-better-whats-worse>> Acesso em: 05/10/2021.

LAFER, Celso. **A Reconstrução Dos Direitos Humanos: Um Diálogo Com O Pensamento De Hannah Arendt**. 1ª Edição. São Paulo: Schwarcz Ltda, 1991.

Nos últimos 14 anos, 860 estrangeiros foram resgatados de trabalho escravo. Disponível em: <<https://fiquemsabendo.com.br/transparencia/nos-ultimos-14-anos-860-estrangeiros-foram-resgatados-de-trabalho-escravo/>> Acesso em: 02/10/2021.

NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

O AGRO NÃO É POP: 9 MOTIVOS PELOS QUAIS O ALGODÃO BCI NÃO É SUSTENTÁVEL. Disponível em: <modifica.com.br/o-agro-nao-e-pop-9-motivos-pelos-qua-is-o-algodao-bci-nao-e-sustentavel/#.YXCXbRrMJPZ> Acesso em: 04/10/2021.

O TRABALHO INFANTIL E O LADO OBSCURO DA INDÚSTRIA DA MODA. Disponível em: <<https://livredetrabalho infantil.org.br/noticias/reportagens/o-trabalho-infantil-e-o-lado-obscuro-da-industria-da-moda/>> Acesso em: 03/10/2021.

PERFIL DO SETOR. Disponível em: <<https://www.abit.org.br/cont/perfil-do-setor>> Acesso em: 03/10/2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos E O Direito Constitucional Internacional**. 14ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORQUE A MODA PRECISA DE MAIS TRANSPARÊNCIA? Disponível em: <<http://www.sjpmg.org.br/2018/05/por-que-a-moda-precisa-de-uma-revolucao-e-de-mais-transparencia-em-sua-comunicacao/>> Acesso em: 02/10/2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso De Direitos Humanos**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

SALVI, Naiane Cristina; SCHULTE, Neide Köhler. Equívocos da Sustentabilidade e o Caso de Marcas “Eco Fictícias”. **Modapalavra e-periódico**, v. 7, n. 14, p. 126-135, 2014.

Subnotificações e Toxicidade Camuflada: os Agrotóxicos nas Culturas de Algodão e Eucalipto. Disponível em: <modifica.com.br/agrotoxicos-algodao-eucalipto/#.YXCW6xrMJPa> Acesso em: 04/10/2021.

VASCONCELOS, Marta Suzana Lopes. DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR. **REVISTA DA ESMESE**, p. 157.



CAPÍTULO 10

ALTERNATIVAS PARA A TRIBUTAÇÃO DO ICMS SOBRE O COMBUSTÍVEL

Valdeci Antonio de Almeida
Marisa Rossignoli

RESUMO

No presente estudo buscou-se aprofundar na análise do ICMS como fator preponderante de empobrecimento e desigualdade social em nosso país. No texto, foram abordadas questões relacionadas ao tributo, tais como, sua base de cálculo, hipóteses de incidência, sujeitos ativo e passivo, substituição tributária, regra matriz de incidência e o seu percentual no custo final do combustível. Houve ainda, discussão acerca de alternativas para mitigação dos seus efeitos na vida do contribuinte, que ao nosso ver, passaria pela aprovação de Proposta de Emenda à Constituição para tornar suas alíquotas previsíveis e gerar uma estabilidade em todo o país. Foi utilizada a Análise Econômica do Direito, para verificação da hipótese colocada em exame, que se pautou no método dedutivo, com base em pesquisa bibliográfica, pesquisa de legislação nacional e precedentes jurisprudenciais. O tema foi abordado sob o enfoque do Direito Constitucional, Direito Tributário, Direito Concorrencial, Direito do Consumidor, Direitos Humanos, Princípios Gerais do Direito, confrontados com questões relacionadas ao mínimo existencial, para se obter uma solução mais adequada, que passaria pela aprovação de Emenda Constitucional com o fito de melhor discipliná-lo e torná-lo mais estável. O estudo foi feito por meio de revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Alíquota. Desigualdade social. ICMS. Tributação sobre combustível.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa, objetiva discutir a desigualdade social, ocasionada pela variação decorrente da cobrança do ICMS sobre produtos utilizados diariamente pela população brasileira, em especial, o combustível. Como se sabe, o ICMS possui alíquotas variáveis, de acordo com cada ente federativo, tratando-se assim, de um “tributo estadual”, consoante o disposto no artigo 155, inciso II, da Constituição Federal/1988.

Buscam-se alternativas, para diminuição do preço das mercadorias onde o referido tributo incide, contudo, ao mesmo passo, observa-se que os Estados, têm se manifestado de forma veemente contrária à alteração do texto constitucional, que permita que as alíquotas do ICMS se tornem menores e previsíveis, pois defendem que haverá uma diminuição drástica na arrecadação, o que poderá influenciar na manutenção das atividades estatais.

Contudo, pergunta-se: O que é mais importante, a manutenção de algumas atividades estatais ou a garantia de que o cidadão possa dar uma vida digna à sua família, levar o sustento



para dentro de sua casa, sem que a carga tributária reduza os seus ganhos a valores irrisórios que sequer são suficientes para o custeio de itens básicos para colocar à sua mesa? Manter as contas públicas em dia é muito importante, mas dar condições dignas de subsistência à nossa população, ao nosso ver, é algo de importância ainda maior.

O IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS

O Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, tributo de competência estadual, instituído pelo artigo 155, inciso II, da Constituição Federal/1988 e regulamentado pelo artigo 1º da Lei Complementar n.º 87/1996, é um tributo não cumulativo, indireto e dotado de substituição tributária, que visa antecipar receitas para o Estado, mas que é objeto de controvérsia, em razão da forma com que é utilizado e a desigualdade social que decorre de sua cobrança. O artigo 2º da Lei Complementar n.º 87/1996, disciplina as hipóteses de incidência do ICMS, destacando-se que que “*A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitui*”. Assim, o referido tributo é conhecido em razão da chamada circulação de mercadoria e serviço que ocorra no âmbito estadual.

Segundo Caparroz (2020) é um imposto complexo e que possui diversos dispositivos normativos, no qual cada Estado pode instituir, cobrar e legislar sobre o ICMS, com a utilização de instrumentos normativos adequados, os quais são descritos como regulamentos. Contudo, tal liberdade não é absoluta, pois a legislação constitucional projeta parâmetros a serem seguidos pela própria lei, em especial, quando se trata sobre tributos. Tais contornos constitucionais, fazem com que a competência prevista na Constituição Federal/1988, encontre limites sobre a legislação tributária, que verse sobre o tributo.

Consoante afirmado por Barcarollo (2013), a tributação é um instrumento de arrecadação dos entes federados e que se faz necessária para o desempenho regular das atividades estatais, sob pena de não haver recursos financeiros suficientes para dar uma vida digna às pessoas. O fato gerador do tributo é praticado pelo contribuinte, no momento em que ocorre a hipótese de incidência descrita na norma tributária, ou seja, diante dos parâmetros hipotéticos traçados pela lei que instituiu o ICMS, onde se configura o chamado fato gerador. Piva (2012), apresenta a hipótese de incidência da norma tributária e o fato gerador:

Podemos afirmar que a norma jurídica mostrar-se-á construída, como juízo aplicacional com sentido completo, quando apresentar o seguinte enunciado: “Se A, então deve ser B”, ou “se ocorrer o fato (A) então a consequência deve ser (B)”, ou ainda, “Se ocorrer o fato previsto no antecedente, então deve ser a relação jurídica previsto no consequente (PIVA, 2012, p. 93).



Considera-se configurado o fato gerador do ICMS, quando há a subsunção do fato à norma descrita no artigo 12 da Lei Kandir, tratando-se assim, de 16 hipóteses contidas nos incisos do referido dispositivo legal: A saída da mercadoria de estabelecimento; momento do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias; transmissão a terceiro da mercadoria depositada em armazém geral ou depósito fechado; transmissão da propriedade de mercadoria ou de título que a represente, na hipótese em que a mercadoria não tiver transitada pelo estabelecimento transmitente; início da prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal; ato final do transporte iniciado no exterior; prestações onerosas de serviços de comunicação, independente do meio; fornecimento da mercadoria com prestação de serviços que não sejam de competência municipal, ou que sejam de competência municipal com indicação expressa de incidência de tributo estadual; desembaraço aduaneiro de mercadorias ou bens importados; recebimento de serviço prestado no exterior; aquisição de mercadorias ou bens por licitação pública, ou de bens importados apreendidos ou abandonados; entrada de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados do petróleo e energia elétrica em território estadual; utilização de serviço cuja prestação se inicie em outro Estado e não se vincule a operação ou prestação posteriores.

Trata-se de um tributo indireto, onde o contribuinte de fato arca com o seu ônus, em especial, porque o artigo 166 do Código Tributário Nacional prevê expressamente que os contribuintes de direito devem comprovar que arcaram com o encargo tributário, para que seja possibilitada a restituição do ICMS, ou, devem possuir autorização do contribuinte de fato para busca da restituição do tributo. No entanto, o que se observa na prática é que existe uma “guerra fiscal” entre os Estados, que utilizam de forma indevida a legislação para aumento de sua arrecadação, prejudicando o consumidor/contribuinte, que adquire produtos carregados de ICMS, instituído, calculado e cobrado de forma inadequada.

Apenas as operações mercantis ensejam a incidência do ICMS, pois, apenas a circulação física de um lugar para o outro, não se amolda no fato gerador, já que o legislador que instituiu o ICMS previu expressamente a necessidade de circulação econômica para que sua cobrança pudesse ser efetuada.

Com base em tal parâmetro legal, discorre-se que a incidência do ICMS possui seu núcleo relacionado a operações mercantis, pois, considerou-se o negócio jurídico e não a coisa comercializada ou a sua circulação física, para descrever o fato gerador, conforme leciona Costa (2008). Por isso, se determinada mercadoria é negociada e não há a sua circulação física, haverá



a incidência do ICMS, uma vez que a transferência da propriedade de fato é suficiente para que o gravame ocorra, ainda que o contribuinte faça circular determinada mercadoria de um local para o outro, sem que ocorra a transferência de propriedade, em razão da incompatibilidade do que prevê o ordenamento jurídico brasileiro.


Esclarece Bergamini (2015, p. 289), por meio da conjugação de um verbo e o seu respectivo complemento, que o ICMS deriva das expressões “*circular mercadorias*”, “*prestar serviços de transporte intermunicipal*”, “*prestar serviços de transporte interestadual*” ou “*prestar serviços de comunicação*”, ou seja, são operações descritas nas hipóteses de incidência descritas nos incisos do artigo 12 da Lei Complementar n.º 87/1996.

Sua base de cálculo decorre da grandeza econômica sobre a qual incidirá a alíquota. Daí provém o chamado “*quantum debeatur*”, que nas sociedades sem fins lucrativos, tem como base de cálculo o valor da folha de pagamento, enquanto nos casos relacionados à pessoas jurídicas em geral e grandeza econômica tributável, será feito com base na receita ou faturamento obtido. Segundo Carvalho (2000), possui função mensuradora: mede proporções econômicas do fato gerador, função objetiva: compõe a específica determinação da dívida, e função comparativa: afirma, confirma ou infirma o critério material da hipótese tributária. Tais elementos, aspecto material e quantitativo, podem ser obtidos através de análise da regra matriz de incidência tributária do ICMS, conforme menciona Bergamini (2015):

base de cálculo (que ao lado da alíquota compõe o critério quantitativo) deve corresponder a base econômica (ou quantificação econômica) do fato jurídico que desencadeou a relação jurídico-tributária: o preço da circulação da mercadoria, ou a contraprestação pelo serviço de transporte intermunicipal e interestadual, ou de comunicação (BERGAMINI, 2015, p. 289).

A base de cálculo do ICMS, salvo as exceções legais, é o preço de venda de determinada mercadoria, ou o valor da contraprestação nas hipóteses de serviço de transporte (interestadual ou intermunicipal) e de comunicação. Para que sirva como parâmetro para o cálculo do tributo exigível, deverá a base cálculo medir, no mínimo, as proporções reais do fato e confirmar, infirmar ou afirmar o verdadeiro critério material da regra matriz de incidência tributária, conforme bem destacou, em inúmeras ocasiões, o Supremo Tribunal Federal.

No que concerne à sua alíquota, Carvalho (2011, p. 396), destaca que a “*grandeza instituída na consequência da regra-matriz tributária, e que se destina primordialmente, a dimensionar a intensidade do comportamento inserto no núcleo do fato jurídico*”, ou seja, trata-se do elemento aritmético pautado na base de cálculo, para estabelecer a quantidade em que ocorrerá a regra matriz de incidência tributária. O Princípio da Seletividade, normatiza que tais



alíquotas podem ser aumentadas de acordo com a essencialidade da mercadoria, porquanto o artigo 155, § 6º, inciso I, da Constituição Federal/1988, disciplina que as alíquotas mínimas do ICMS são fixadas pelo Senado Federal.

Vita (2011, p. 274), descreve a regra matriz de incidência como *“uma forma de identificação dos caracteres específicos envolvidos na tributação, no lançamento tributário, uma norma geral e abstrata que é a expressão mais sintética deste fenômeno”*. Destaca também, ao esboçar o esquema lógico da regra matriz de incidência tributária, que *“Esta norma jurídica parte da estrutura dual de implicação entre antecedente e consequente e, a partir de mais subdivisões, estabelece os elementos de modificação do fato e de sua consequência jurídica, relação jurídica”* (VITA, 2011, p. 274).

Sobre a não cumulatividade, importa destacar que se trata de uma técnica, que permite ao adquirente das mercadorias se creditarem do imposto pago na operação anterior, ou seja, o vendedor de determinada mercadoria destaca o ICMS na nota fiscal, enquanto o adquirente recupera o valor destacado na forma de crédito, outorgando ao contribuinte o direito de compensar o que for cobrado em cada operação, com o montante já destacado anteriormente, conforme ressalta Bastos (2002, p. 262): *“a apuração do saldo devedor ou credor através da diferença entre o imposto relativo às saídas e o correspondente às entradas de mercadorias, surge tão-somente como técnica especial de tributação”*.

Diz-se, que o ICMS é um tributo plurifásico (incidente em todas as fases da cadeia circulatória), onde o Estado acaba arrecadando em todas as operações realizadas para fins de circulação de determinada mercadoria, cujo cálculo final será realizado com base no valor de venda final destinado ao consumidor, neutralizando-se o ICMS já pago em operação anterior.

A realização efetiva de cobrança por parte daquele que realiza uma operação mercantil, ou presta os serviços descritos como fatos geradores do ICMS, não condiciona o direito ao crédito decorrente da incidência do tributo. Por isso, segundo Melo (2000), torna-se irrelevante tomar em conta os demais aspectos pertinentes às relações de direito privado, inclusive a liquidação do preço, bastando-se apenas a incidência do tributo, para caracterizar o direito a crédito do gravame, ainda que não tenha ocorrido o pagamento referente à operação realizada entre comprador e vendedor.

A substituição tributária é uma técnica que substitui o contribuinte que realiza o fato gerador, mediante a atribuição de obrigação de recolhimento do ICMS pelo “Substituto



Tributário”, definindo-se a imputação do recolhimento do tributo devido a terceiro que está diretamente vinculado ao fato gerador, conforme discorre Bergamini (2015).

A substituição tributária utiliza o pressuposto de que a cadeia econômica é formada por indústria, atacadista, varejista e consumidor final e o fisco tem mais condições de fiscalizar as indústrias, do que os próprios varejista, é um meio mais garantido de arrecadar o tributo. Facilita e simplifica a atuação do fisco, consolidando-se em um único participante da cadeia comercial, a fiscalização e arrecadação que deveriam ocorrer em toda a referida cadeia.


Contudo, o substituto tributário se torna responsável por tributos que ainda não foram gerados, pois os fatos geradores sequer já tenham ocorrido, conforme leciona Benício (2010). A substituição tributária é possível, porque o artigo 128 do Código Tributário Nacional possibilita a sua ocorrência.

O Código Tributário Nacional possui *status* de Lei Complementar, portanto, para ir além dos parâmetros traçados pela Constituição Federal, fez-se constar no artigo 150, § 7º, da Carta Magna, a possibilidade de se realizar a transferência de responsabilidade pelo recolhimento do ICMS. Os Estados, por força do citado dispositivo constitucional, possuem autorização expressa para tributar o fato gerador presumido e adotar mecanismos para compelir o substituto tributário a adimplir o imposto decorrente de situação imponível, conforme destaca Benício (2010). Diz-se, que em tal prática, presume-se o valor da mercadoria para o consumidor final, para não diminuir o valor da arrecadação do Estado.

Tal regime, ainda que dite as regras atinentes à comercialização de produtos, onde muitas vezes, o consumidor final paga preços absurdos por produtos básicos utilizados no seu dia-a-dia, foi criado para possibilitar a fiscalização do cumprimento das obrigações tributárias na cadeia de circulação de mercadorias, conforme ressalta Bergamini (2015):

Pode ser interna (dentro do mesmo estado) ou interestadual: se interna, basta lei do Estado competente para instituí-la (art. 6º da lei complementar 87/1996); se interestadual; é necessário que seja firmado um acordo entre os estados interessados – Protocolo/Convênio (art. 9º da Lei Complementar 87/1996) (BERGAMINI, 2015, p. 607).

Na base de cálculo do ICMS Substituição Tributária, é aplicada uma margem de valor agregado sobre o momento da operação, sendo que em algumas situações, os Estados utilizam também de um preço de venda sugerido pelo fabricante, ou, ainda, possuem uma pauta fiscal que discrimina o *quantum* deve ser tributado, mediante autorização inserida no artigo 8º da Lei Complementar n.º 87/1996. O Ministro Carlos Velloso, por ocasião do julgamento do RE n.º 213.396-5/SP, fez menções a Moraes (1980, p. 350), destacando a substituição tributária, cujos



apontamentos merecem destaque: “*A sujeição indireta, segundo a doutrina de Rubens Gomes de Souza, apresenta duas modalidades: a substituição e a transferência. Esta, por sua vez, desdobra-se nas hipóteses de solidariedade, sucessão e responsabilidade*”.

Poderá ocorrer de forma progressiva (para frente), de forma concomitante e de forma regressiva (para trás), antecedente ou diferimento. A forma concomitante, em serviços de transporte realizado por autônomo ou empresas de inscrição estadual, responsabilizando-se a fonte pagadora pelo ICMS que seria devido pelo transportador. Esta modalidade (concomitante) encontra respaldo no artigo 6º da Lei Complementar n.º 87/1996. Já na substituição tributária regressiva, o ICMS é diferido, obrigando-se o responsável por recolher o tributo relativo ao fato gerador, ainda que tenha ocorrido no passado, ou seja, trata-se da regra mais utilizado, pois, adia ou retarda o cumprimento da obrigação principal de determinada operação, segundo apresenta Bergamini (2015), onde o pagamento do ICMS é efetuado por contribuinte que não realizou o fato gerador, mas por força determinação legal que o torna substituto na etapa posterior da chamada cadeia comercial.

O Ministro Cezar Peluso, do Supremo Tribunal Federal, ao se manifestar na condição de relator, por ocasião do julgamento do ADI 2.777/SP, fez importantes considerações sobre alguns institutos jurídicos de direito tributário, dos quais seguem abaixo transcritos:

Ademais, o dito preço de pauta, adotado como base preestimada de cálculo do ICMS, na substituição tributária, não obriga o substituído, como parece óbvio, a vender a mercadoria por esse exato valor, até porque nem poderia fazê-lo, em virtude do princípio constitucional da livre iniciativa e da livre concorrência (art. 170, caput, IV, da Constituição Federal), e tal circunstância acarreta frequentes divergências entre o preço estimado para o cálculo do ICMS, na substituição, e o efetivamente praticado pelo substituído, conforme, aliás, demonstrado quantum satis pelas planilhas oferecidas dos amici curiae (cf. fls. 111/160) e é da experiência mesma, como mostra o caso das “tabelas” de venda de veículos (art. 335 do Código de Processo Civil). (ATF, ADI 2.777/SP)

Entretanto, são apontamentos teóricos muito bonitos, que soam de forma agradável aos ouvidos dos contribuintes. Na prática, a realidade é outra. O preço de pauta acaba por obrigar o substituto tributário a vender a mercadoria, no mínimo, pelo valor utilizado como referência para o cálculo, fator este que acaba acarretando um custo mais alto ao consumidor final.

A INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE O COMBUSTÍVEL COMO FATOR DE DESIGUALDADE SOCIAL

Atualmente, cada Estado determina a alíquota de ICMS para combustível. Busca-se alternativa para aprovar um valor fixo do ICMS sobre os combustíveis, obrigando os Estados a especificarem a alíquota para cada produto por unidade de medida adotada, ou seja, litro, quilo



ou volume, deixando de ser realizado o cálculo sobre o valor da mercadoria, tornando-o invariável frente às variações do preço do combustível ou mudança no câmbio.

É sabido que se faz necessária uma correspondência entre os direitos consagrados pelo legislador constituinte com os atos praticados pelo ente federado, uma vez que há a concretização da função social, no momento em que as políticas públicas tenham por finalidade alcançar um bem comum, reduzir a desigualdade social e legislar na direção apontada pela Carta Magna, em sintonia com os demais poderes da República Federativa do Brasil, conforme lecionam Rodrigues e Kuntz (2018).

Segundo a Agência de Notícias da Câmara Federal, decorre de “*substituição tributária para frente, sendo a sua base de cálculo estimada a partir dos preços médios ponderados ao consumidor final, apurados quinzenalmente pelos governos estaduais*”. Tal assertiva, do mesmo modo que foi mencionada nas digressões realizadas sobre o ICMS, demonstra que é cobrado, no tocante ao combustível, mediante substituição tributária para frente, cujo valor é apurado com base em médias dos preços e repassado ao consumidor final, de forma quinzenal, com alíquotas que podem variar entre 25% e 30% para cada Estado.

Observa-se na prática uma grande discrepância entre o valor do combustível em cada ente federado, pois esta variação, acaba por acarretar um grande fator de desigualdade social, abalando as finanças da população que utiliza diariamente os veículos movidos a combustível, para trabalhar e para desenvolver as suas atividades cotidianas. Com isso, constatou-se que a arrecadação dos Estados no período da pandemia do COVID-19, relacionadas ao ICMS decorrente da tributação do combustível teve um aumento considerável – proporcionalmente ao já cobrado em outros períodos, ao mesmo ponto em que gerou um impacto financeiro negativo no bolso do contribuinte.

Medina (2020, p. 798), ao discorrer sobre o inciso II, do artigo 155 da Carta Magna, que institui o ICMS como tributo decorrente de circulação de mercadorias e serviços, ressalta que “*Deve haver tratamento igual aos que se encontram em situação equivalente (art. 150, II); de outra face, deve-se assegurar tratamento diferente àquele que se encontra em situação diversa*”. Atualmente, a incidência do ICMS tem contribuído para aumentar a pobreza e no caso do combustível, interfere em todas as etapas do nosso cotidiano.

A carga tributária federal e estadual é responsável por 40,7% do preço da gasolina, por exemplo, tratando-se de questão decisiva para acarretar o elevado custo dos combustíveis no Brasil, que acaba impactando nas pessoas, apesar de afetar em todos os aspectos da economia



nacional, em especial, no preço do frete dos produtos. A revisão da forma com que o tributo incide sobre a circulação das mercadorias e dos serviços, é necessária para rever as medidas econômicas e a política de preços por parte da Petrobras.

Há discordância entre o governo federal e os governos dos Estados sobre a cobrança do ICMS, uma vez que um atribuiu ao outro o preço alto do combustível, com relação à sua tributação. Apesar de cada ente estatal querer a sua fatia do ICMS, não se demonstra adequado que isso ocorra às expensas do contribuinte. Para isso, há barreiras a serem superadas, dentre elas o próprio artigo 14 Lei de Responsabilidade Fiscal, que proíbe a diminuição de incidência tributária, sem que ocorra a compensação por outra fonte de custeio. Assim, a medida a ser adotada para regulamentar o ICMS, deve passar pela aprovação de Emenda Constitucional que permita fazê-lo, sem que ocorra a violação da referida norma complementar e para que não exista o risco de que o Supremo Tribunal Federal invalide uma política de governo voltada para beneficiar a população.

A incidência do ICMS sobre o combustível, deve também atentar para os princípios básicos de Direito Tributário, de forma a não se tornar um meio de confisco defeso pelo artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal/1988. Carrazza (2019) mostra a extensão do princípio constitucional do não confisco, assim destacando:


A tributação não pode agredir a propriedade privada, a ponto de fazê-la desaparecer. Em termos mais técnicos, não pode assumir feições confiscatórias. Aliás, o confisco, na atual sistemática constitucional, só é admitido em algumas poucas hipóteses, disciplinadas por lei (art. 5º, XLVI, “b” da CF), e sempre com conotações sancionatórias, como, por exemplo, na expropriação, sem qualquer indenização, das glebas onde se localizarem culturas ilegais de plantas psicotrópicas (art. 243 da CF e Lei 8.257/91).

[...]

‘Colocando entre as limitações ao poder de tributar a utilização do tributo com efeito de confisco, a Constituição em vigor evitou controvérsias a respeito da questão de saber se a garantia do direito de propriedade estaria, ou não, preservada, pelo fato de serem os tributos instituídos por lei. E da questão de saber se a adoção do regime da livre empresa implica realmente, como sustentamos uma implícita proibição ao tributo confiscatório.

‘Assim, o tributo com efeito de confisco, no regime da vigente Constituição, está proibido sob todos os aspectos, seja qual for a interpretação adotada para os dispositivos pertinentes ao direito de propriedade (art. 5º, item XXII), e ao regime econômico prevalente (art. 170, itens II e IV). O disposto em seu art. 150, item IV, não permite dúvidas a este respeito’ (CARRAZZA, 2019, p. 350-351).

Com base em tais considerações, pode-se destacar que a tributação deve ser fundamentada na lei, pois se trata de uma forma de intervenção do Estado na esfera dos direitos do cidadão, de uma forma mais onerosa que a desapropriação e, estando em desconformidade com o fato gerador, pode constituir, ainda que indiretamente, uma hipótese de confisco. Por isso, demonstra-se fundamentalmente relevante, apurar-se nos moldes legais, qual o fato



gerador jurídico-tributário, os elementos e valores que não podem ser aferidos na composição de sua base, sob pena de tornar a sua inclusão e consequente tributação ilícitos.

A Emenda Constitucional n.º 33/2001, previu que seria objeto de Lei Complementar, a responsabilidade de encontrar uma medida satisfatória para transformar o ICMS incidente sobre o combustível em uma exação monofásica, consoante o disposto no artigo 150, inciso XII, da Constituição Federal/1988. Por isso, mesmo decorridos cerca de 20 anos desde a promulgação desta Emenda Constitucional, enquanto a referida Lei Complementar não for editada, os Estados e o Distrito Federal possuem liberdade para regulamentar provisoriamente a matéria, motivo preponderante para o abismo existente entre o preço do combustível nas refinarias e o preço repassado ao consumidor final.

A Advocacia Geral da União, em 03/09/2021, buscou obter a regulamentação da Emenda Constitucional n.º 33/2001, através do ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 68, que ainda se encontra em trâmite.

Os tributos devem refletir a realidade econômica sobre a qual incidem, pois se torna necessária a observância dos princípios da razoabilidade e da capacidade contributiva, conforme destaca Santiago (2021), contudo, na realidade social que o país enfrenta, em especial, durante o período de calamidade pública decorrente da pandemia do COVID-19, essa instabilidade no preço dos combustíveis não pode se mantida. Ou o Congresso Nacional edita norma para disciplinar o tema, ou o Poder Judiciário deve fazer valer o disposto no artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “h”, da Constituição Federal/1988, decorrente da omissão legislativa, conforme precedentes da ADO 25, da ADO 30 e da ADI 875.

Em consulta às informações da Petrobras, a título de exemplificação, existe um gráfico que detalha os 05 componentes do preço da gasolina cobrado na bomba dos postos de combustível, de forma que o preço de R\$ 1,77, cobrado a título de ICMS, equivale a 78,32%, da realização de preços pela estatal. Em um cálculo aritmético, conclui-se que o valor de ICMS equivale a 26,70% do custo final repassado na bomba de combustível:

Destacamos ainda, os componentes do preço da gasolina cobrados na bomba em todos os Estados nos quais a Petrobras vende gasolina a distribuidores, que fazem com que o preço final varie bastante de um Estado para o outro.

Em 2017/2018, a parcela de gastos das famílias brasileiras com transporte já representava cerca de 18,10% das despesas do orçamento doméstico, estudo feito pelo IBGE.



Diante de tal relevância, a empresa de Pesquisa Energética, publicou um novo estudo que traduz a importância de uma atuação conjunta e coordenada entre a União e os demais entes federativos na definição da incidência tributária dos combustíveis:


O planejamento energético nacional necessita ser realizado de maneira integrada entre as distintas esferas governamentais, evitando-se competição entre entes subnacionais em função de estratégias não cooperativas, mas levando-se em consideração as necessidades tributárias para o equilíbrio fiscal. Nesse sentido, a análise da carga tributária incidente sobre os combustíveis e o seu respectivo papel na formação de preços dos combustíveis é imprescindível para que uma política tributária, resultante de uma ação harmônica e coordenada da União e demais entes federados, potencialize os resultados das políticas públicas (energética, ambiental e socioeconômica) (EPE, 2022).

Desta forma, seria importante adequar a incidência do ICMS, pois, Fachini (2018, p. 10) ressalta que versando sobre o princípio da seletividade, a doutrina brasileira o tem definido com uma das balizas do princípio da capacidade produtiva:

A seletividade foi escolhida como meio de tornar simples e viável a aplicação da lei. [...] caso houve leis detalhadas e diferenciadoras, visando adequar o princípio da capacidade contributiva aos tributos indiretos conforme as particularidades de cada contribuinte, seria impossível aplicá-las de forma isonômica, em tempo razoável e com pessoal disponível, porque os contribuintes são em número de milhões. Neste caso, embora o princípio da capacidade contributiva postule o tratamento particularizado, permite-se estabelecer certa generalização, visto que a consideração das características de cada contribuinte tornaria a fiscalização extremamente onerosa, além de não promover a individualização, pela falta de controle e coordenação (ÁVILA, 2015, p. 89). Entretanto, a tipificação de situações gerais desconsiderando as particularidades do contribuinte deve observar uma normalidade média, ou seja, deve impor um ônus tributário que seja adequado à média dos contribuintes, protegendo o mínimo vital. As normas de simplificação não podem, em nome da praticabilidade, acarretar perda expressiva na concretização da justiça fiscal [...]. (FACHINI, 2018, p. 10)

A adoção de alíquotas distantes incidentes sobre o ICMS, viola a capacidade contributiva, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE n.º 634.457, *in verbis*: “a capacidade tributária do contribuinte impõe a observância do princípio da seletividade como medida obrigatória, evitando-se, mediante a aferição feita pelo método da comparação, a incidência de alíquotas exorbitantes em serviços essenciais”.

Conforme explicitou Jesus (2019) de uns anos para cá, deixou de ser exceção e está praticamente se tornando regra, uma tendência generalizada dos Estados em inserir mais mercadorias no rol daquelas que podem ser objeto de substituição tributária, fator este que acaba elevando ainda mais os preços pagos pelo consumidor final. Melo (2008, p. 258), já previa que se o ICMS fosse cobrado em cada fase da cadeia, acabaria se tornando um tributo inchado, que inviabilizaria a realização de atividades econômicas relacionadas à circulação de mercadorias e serviços:



Caso fosse suprimida, a cumulatividade tributária geraria um custo artificial indesejável aos preços dos produtos e serviços comercializados. Esses preços estariam totalmente desvinculados da realidade, da produção e da comercialização. Isto oneraria o custo de vida da população, e encarceraria o processo produtivo e comercial, reduzindo os investimentos empresariais, em face do aumento de custos ocasionado por esse artificialismo tributário oriundo da cumulatividade (MELO, 2008, p. 258).

Tal menção se faz adequada, pois se depara com a atual discussão sobre a legitimidade da oneração excessiva decorrente do ICMS, frente ao Princípio da Não Cumulatividade, que tem por objetivo evitar que a apuração do tributo, apesar das sucessivas operações que envolvem a circulação do combustível, ocorresse em cascata – cumulativa.

Apesar das ressalvas contidas na Constituição Federal/1988, na Lei Complementar 87/1996 e nos demais dispositivos aplicáveis ao ICMS, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento de que eventuais benefícios concedidos por qualquer ato normativo e que não se amparam no convênio firmado pela Lei Complementar n.º 24/1975 é inconstitucional. Para exemplificar tal entendimento, faz-se menção ao julgamento ocorrido na MC da ADIn 2.377/MG: *“A orientação do Tribunal é particularmente severa na repressão à guerra fiscal entre as unidades federadas, mediante a prodigalização de isenções e benefícios fiscais atinentes ao ICMS”*.

Inobstante a necessidade de que os entes federados tributem para manutenção de algumas garantias essenciais ao cidadão, faz-se necessária uma estruturação que realmente demonstre o respeito aos valores positivados em nosso ordenamento jurídico, protegendo-se o contribuinte, para que não seja vítima da ingerência estatal, balizados na Constituição Federal/1988, de forma a se proteger o mínimo existencial e não tributar os itens de primeira necessidade, conforme pontuam Valle e Aveiro (2017).

ALTERNATIVAS PARA A DIMINUIÇÃO DOS EFEITOS DO ICMS NO COMBUSTÍVEL

Busca-se, tanto no âmbito legislativo, quando no âmbito judicial, a adoção de medidas adequadas para a diminuição do ICMS incidente na circulação das mercadorias e serviços, de modo a não atingir o bolso da população brasileira. A Advocacia Geral da União, como já dito alhures, ajuizou Ação Direta da Inconstitucionalidade por Omissão perante o Supremo Tribunal Federal, com vistas a obter determinação da Corte, para que o Congresso Nacional regulamente o artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “h”, da Constituição Federal/1988.

Noutra frente, busca-se a aprovação do Projeto de Lei Complementar n.º 11/2020, de autoria do Deputado Federal Emanuel Pinheiro Neto, que visa alterar os artigos 8º e 10º, da Lei



Complementar n.º 87/1996. Em ambas as frentes há uma resistência muito grande dos Estados, fator que tem inviabilizado a sua apreciação pelo Congresso Nacional. No âmbito jurídico, sustenta-se a impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal interferir em outro poder, para determinar a regulamentação da Emenda Constitucional n.º 33/2001.

Questiona-se também se forma com que o ICMS incide sobre o combustível, acabe por acarretar uma deslealdade concorrencial, expondo o consumidor a preços abusivos, dos quais se vê obrigado a pagar, sob pena de que não ter acesso a mercadorias básicas utilizadas no seu dia-a-dia, dentre elas, produtos para a sua própria alimentação. Aí, surge mais um questionamento válido: É possível que o Estado interfira no domínio econômico para regular tal prática? A resposta, fundamentada nas afirmações que serão feitas a seguir, é afirmativa.


Klein e Domingues (2020, p. 84), ao discutirem os novos desafios decorrentes da Análise Econômica do Direito e a Defesa da Concorrência, assim mencionam:

No entanto, todo momento de crise pode se tornar, também, um momento de oportunidade. Assim, os questionamentos ao paradigma de bem-estar social do consumidor podem abrir espaço para uma nova contribuição significativa do movimento de Law and Economics no Direito da Concorrência.

A característica de maior diversidade de aportes teóricos – que pode ser vista, por exemplo, como avanço da proposta do Law and Economics comportamental – permite que se pense em formas da AED contribuir para o Direito de Concorrência, tanto no contexto do paradigma do bem-estar do consumidor, quanto nas abordagens concorrentes (KLEIN e DOMINGUES, 2020, p. 84).

Tais colocações possuem grande relação com a discussão trazida à tona na presente pesquisa. O *Law and Economics*, muito utilizado no direito concorrencial, pode ser uma ferramenta muito útil para se discutir formas de minimizar o efeito da cobrança do ICMS no bolso do consumidor final. Como afirmar que o direito de concorrência é respeitado no cenário nacional, se os preços finais dos combustíveis são praticamente tabelados e são formulados com base em um preço subjetivo a ser aplicado nas bombas de combustível. Esse tabelamento, encarece o combustível, uma vez que por conta que por força do Convênio decorrente de Emenda Constitucional, tornou-o mais caro nas bombas, de modo que toda a cadeia produtiva, torna-se mais encarecida, pois se trata de produto utilizado praticamente em todas as fases da comercialização.

A medida legislativa mais adequada para enfrentar essa discussão, passaria pela aprovação de Emenda à Constituição, de modo a fixar uma alíquota mais justa para o ICMS, com vistas a desonerar o preço do combustível e fomentar melhores condições de consumo para a nossa população. Tudo gira em torno das relações de consumo, de modo que com fundamento na Análise Econômica do Direito, a aprovação de tal medida, também deve ocorrer de forma a



não prejudicar a economia nacional, sob pena de se inviabilizar a adoção de políticas públicas básicas, voltadas à garantir ao cidadão, o pleno exercício de direitos fundamentais mínimos previstas na Carta Magna. Carvalho (2018), discorre sobre o enfoque semântico da hierarquia das normas de direito tributário, ressaltando que:


Pode dar-se no aspecto formal e no aspecto material. A primeira, quando a norma superior dita apenas os pressupostos de forma que a norma subordinada há de respeitar; a segunda, sempre que a regra subordinada preceituar os conteúdos de significação da norma inferior. O modo como as leis são produzidas, seus requisitos procedimentais, desde a propositura até a sanção (quando houver); os esquemas de alteração ou modificação de umas pelas outras; como também os meios de revogação parcial ou total (ab-rogação), tudo isso, concerne ao segmento de indagações da hierarquia formal entre regras jurídicas. No domínio material, porém, a hierarquia se manifesta diversamente, indo a norma subordinada colher na compostura semiológica da norma subordinante o núcleo do assunto sobre o qual pretende dispor (CARVALHO, 2018, p. 402).

A hierarquia das normas brasileiras acaba por engessar uma atuação mais célere que busque minimizar os efeitos das constantes alterações no preço do combustível praticado em nosso país, pois a Petrobras é uma sociedade de economia mista, controlada pela União. Na mesma toda, o artigo 170 da Constituição Federal/1988, determina que o Estado deve assegurar uma existência digna a todos, promovendo a livre concorrência, a defesa do consumidor e redução das desigualdades regionais e sociais. Ribeiro (2014) faz uma importante menção sobre as prerrogativas do Estado para fins de interferência na ordem econômica, aplicando-se tal regulação à ordem tributária:

Se o Estado, tem como uma de suas funções, regular situações anticompetitivas em sua atuação prática, não pode, portanto atuar somente por intermédio de políticas tributárias, gerando efeitos que venham distorcer a economia, como o desequilíbrio da concorrência. Portanto, são bem vindas às políticas públicas que contemplam situações em que a tributação pode se ajustar à livre concorrência sem que uma prejudique a outra (RIBEIRO, 2014, p. 24).

Em sentido muito parecido, Caliendo (2011), destaca os efeitos fiscais e extrafiscais da tributação na sociedade em que vivemos, demonstrando com muita propriedade, os efeitos nefastos da tributação equivocada:

Somos conhecedores do fato de que a tributação apresenta efeitos fiscais e extrafiscais na sociedade. Estes efeitos podem ser intencionais, tal como na concessão de benefícios fiscais ou na tributação ecológica, ou podem ser não-intencionais, visto que todo o tributo em si possui uma carga de eficácia extrafiscal. De qualquer sorte é indiscutível que o aumento de um percentual na alíquota de um tributo ou a criação de uma nova obrigação tributária ou de uma forma de adimplemento de uma obrigação acessória (tal como na antecipação do prazo de recolhimento de um tributo) age sobre a conduta e as expectativas de ação de agentes econômicos, bem como na promoção de direitos fundamentais. O tributo, somos sabedores, não apenas implica em uma forma de arrecadação de recursos privados para a sustentabilidade de políticas públicas; mas também ele age sobre a forma que iremos nos comportar tornando mais cara a aquisição de certos bens (punindo economicamente) ou tornar mais barata a aquisição de outros (premiando). (CALIENDO, 2011).



Afirmam Dallazem e Lima Júnior (2008, p. 20), sobre a necessidade de alteração da legislação brasileira para se adequar a realidade social, observam que “*Daí talvez a necessidade, máxima vênia, de uma nova perspectiva de análise, que aproxime a tributação dos impactos por ela causados na organização e funcionamento da Ordem Econômica*”.

A aprovação de Emenda à Constituição teria que dispor sobre, no mínimo, de alíquotas fixadas anualmente e com prazo de validade de 12 (doze) meses, que não poderiam exceder, em reais por litro, o fruto da média dos preços ao consumidor final praticado no mercado ao longo dos 02 (dois) exercícios imediatamente anteriores, que utilizaria a alíquota *ad valorem* utilizada no combustível em 31 de dezembro do exercício imediatamente anterior. O reflexo não seria tão grande no preço final do combustível, cujos estudos indicam que haveria uma redução de 8% para a gasolina comum, 7% para o etanol e 3,7% para o diesel, acarretando assim, uma maior estabilidade nos preços finais desses produtos.

Uma manifestação feita pela Procuradoria-Geral Federal junto à Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis sob o n.º 01222/2021/PFANP/PGF/AGU, descreve as vantagens da adoção de alíquotas unificadas e a incidência monofásica do ICMS:

De fato, o atual modelo de incidência do ICMS, no qual vigoram diferentes alíquotas ad valorem em cada estado e para o qual a Base de Cálculo da obrigação é o Preço Médio Ponderado ao Consumidor Final (PMPF) – valor de referência também variável de acordo com a unidade da federação –, além de inserir grande complexidade à sistemática tributária, favorece flutuações de preço mais acentuadas no fim da cadeia. É dizer: ao usar o preço do combustível como base de cálculo, o lançamento tributário do ICMS potencializa os efeitos da variação de preço original do bem ao consumidor final.


[...]

Além da potencial mitigação das flutuações de preço advinda do estabelecimento de alíquota ad rem, a sugestão de definição de valor único nacional para esta alíquota representaria um importante movimento de simplificação tributária, dada a atual disparidade das alíquotas praticadas pelos estados, conforme demonstram as tabelas 2 a 4, abaixo.

[...]

Constata-se, portanto, que dentro do sistema tributário nacional há uma multiplicidade de regras tributárias, de incidência paralela, capazes de gerar impactos financeiros de intensidade significativamente variável.

A oferta de regimes com custos assimétricos para agentes de um mesmo setor é um fator de risco para o ambiente concorrencial, pois a complexidade da legislação tributária e a dificuldade em fiscalizar seu cumprimento tendem a viabilizar a adoção de práticas de concorrência desleal. Em suma, as evidências de que dispomos até o momento sugerem, e este parece ser entendimento quase consensual entre os agentes do setor de combustíveis (conforme contribuições apresentadas no curso dos trabalhos do Subcomitê de Tributação do “Combustível Brasil”¹⁵) (ANP, EPE, MF, MME, CONFAZ. Combustível Brasil. Brasil: 2018 (pp. 43-52), que o mercado de combustíveis poderia beneficiar-se de tratamento tributário mais isonômico e transparente, bem como de um criterioso processo de simplificação e harmonização da legislação aplicável ao setor. (Procuradoria-Geral Federal junto à Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis sob o n.º 01222/2021/PFANP/PGF/AGU)



Tal perspectiva foi levada à tona pela Superintendência de Defesa da Concorrência da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, no ofício n.º 147/2021/SDC/ANP-RJ-e:

Por todo o exposto, do ponto de vista dessa Superintendência e de modo a evitar distorções no processo competitivo, o regime de monofasia tributária e a instituição de alíquota *ad rem* específica e uniforme no território nacional constituem-se como favoráveis à promoção da concorrência, à geração de maior eficiência nas relações comerciais, à redução de custos operacionais, ao fortalecimento da segurança jurídica e à atração de investimentos, com potenciais benefícios aos consumidores finais. (Superintendência de Defesa da Concorrência da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, no ofício n.º 147/2021/SDC/ANP-RJ-e)


Outra alternativa seria limitar as alíquotas de ICMS do combustível nos Estados. Contudo, diante do Pacto Federativo, que visa a distribuição equilibrada das receitas da União entre os demais entes da federação, que são dotados de autonomia e capacidade de entender os interesses públicos, não seria possível que a União disciplinasse os temas de interesse estadual, em especial, o ICMS, previsto na própria Constituição Federal/1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão havida na presente pesquisa, buscou enfrentar a problemática relacionada à incidência do ICMS sobre o combustível, analisando-se o tributo em geral, a sua forma de incidência e percentual considerado para fins de valor colocado à disposição do consumidor final e, ainda, alternativas válidas para regulamentação adequada do referido tributo, evitando-se incorrer em inconstitucionalidade, ou adentrar em competência definida pela Constituição Federal/1988.

Após uma análise minuciosa sobre o ICMS, que levou em consideração aspectos do *Law and Economics*, aspectos concorrenciais e consumeristas, com análise sob o enfoque do mínimo existencial e dos princípios básicos que regem o processo tributário nacional, pode-se concluir que a melhor alternativa para regulamentação adequada do imposto em comento, passaria pela aprovação de Emenda Constitucional que dispusesse sobre uma melhor forma de sua incidência, em especial, sobre a variação de suas alíquotas, que acabam tornando o valor do combustível tão elevado.

Entretanto, no atual cenário do país, a aprovação de uma medida como esta, que depende da votação de 3/5 de cada casa do Congresso Nacional, frente à mobilização dos governadores que enxergam em tal medida a diminuição da arrecadação dos Estados e do Distrito Federal, não se mostra como sendo algo fácil. Será necessário que o legislador vença muitos obstáculos, para a concretização de tal feito, contudo, espera-se que nossos parlamentares estejam atentos



às dificuldades da população brasileira, esqueçam divergências políticas, para tornar a vida do brasileiro um pouco mais digna e garantir-lhe condições mínimas de subsistência e de sustento de sua família.

A arrecadação dos Estados e do Distrito Federal pode diminuir? Sim, mas é um preço a se pagar para fomentar a Economia e propiciar uma vida mais digna ao contribuinte.

REFERÊNCIAS

BARCAROLLO, Felipe. **O dever fundamental de pagar impostos como condição de possibilidade para a implementação de políticas públicas**, 2013. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/article/view/4764>. Acesso 05 fev 2022.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BENÍCIO, Sérgio Gonini. **ICMS: apontamentos teóricos e práticos sobre a substituição tributária**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERGAMINI, Adolpho. **ICMS: análise de legislação, manifestação de administrações tributárias, jurisprudência administrativa e judicial de temas de gestão tributária**. 3. Ed. – São Paulo: FISCOsoft Editora, 2015. – (coleção curso de tributos indiretos; v. 1)

BRASIL, Câmara Federal. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/816209-CAMARA-APROVA-VALOR-FIXO-PARA-COBRANCA-DE-ICMS-SOBRE-COMBUSTIVEIS>. Acesso 07 fev. 2022.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso 05 dez 2021.

BRASIL, Empresa de Pesquisa Energética. Disponível em <https://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/serie-de-formacao-de-precos-de-combustiveis>. Acesso 10 fev 2022.

BRASIL, Estado de Minas. Disponível em https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2019/10/04/internas_economia,1090218/brasil-iro-gasta-mais-com-moradia-saude-e-educacao-diz-ibge.shtml. Acesso 10 fev 2022.

BRASIL, Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm. Acesso 20 dez 2021.

BRASIL, Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso 15 jan 2022.

BRASIL, Lei Complementar 187, de 16 de janeiro de 2021. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp187.htm. Acesso 11 jan 2022.

BRASIL, Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso 13 jan 2022.

BRASIL, Petrobras. Disponível em https://petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/precos-de-venda-de-combustiveis/?gclid=Cj0KCQiA0p2QBhDvARIsAACSOOMh94bONMGKbSFfGuTdpjvxdGxfpAQ70dcaC1qToZ3vmgOeG6yMoyIaAkABEALw_wcB#gasolina. Acesso 08 fev 2022.

BRASIL, Senado Federal. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/pacto-federativo>. Acesso 06 fev 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312112425&ext=.pdf>. Acesso 12 fev 2022.

CALIENDO, Paulo. **Princípio da livre concorrência em matéria tributária**: para uma superação do conceito de neutralidade fiscal. Interesse Público, v. 13, n. 67, p. 205-227, maio/jun. 2011. Disponível em: <<http://dspace.xmlui/bitstream/item/3587/PDIexibepdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

CAPARROZ, Roberto. **Direito tributário esquematizado**. 4. ed.. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 32 ed. rev. ampl. e atual. até a Emenda Constitucional n. 99/2017. São Paulo: Malheiros, 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARVALHO, Paulo de Barros, **Direito tributário: linguagem e método** / Paulo de Barros Carvalho. – e. ed. rev. – São Paulo : Noeses, 2018.


COSTA, Eliud José Pinto da. **ICMS Mercantil**. São Paulo: Quartier Latinm 2008.

DALLAZEM, Dalton Luiz; LIMA JÚNIOR, Joel Gonçalves de. **Tributação e Ordem Econômica**. Disponível em <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/viewFile/1024/621>. Acesso 04 fev 2022.

FACHINI, Laura Stefenon. Capacidade contributiva subjetiva e tributação indireta: conciliação necessária à justiça fiscal. **Revista de Direito Tributário e Financeiro**, 2018. Disponível em <https://indexlaw.org/index.php/direitotributario/article/view/4777/pdf>. Acesso 10 abr 2022.

JESUS, Isabela Bonfá de. **Manual de direito e processo tributário**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

KLEIN, Vinícius; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Análise econômica do direito**: temas contemporâneos. Organização: Luciana Yeung, São Paulo : Actual Editora, 2020.



MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada:** com jurisprudência selecionada do STF e de outros tribunais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MELO, José Eduardo Soares de. ICMS- O direito a crédito, o momento de sua apropriação, e o “montante cobrado”. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 55. São Paulo: Dialética, 2000.

MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS Teoria e Prática**, 10. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MORAES, Bernardo Ribeiro de, Responsabilidade Jurídica Tributária. **Cadernos de Pesquisas Tributárias**, n. 5, São Paulo, 1980.

PIVA, Silvia Helena Gomes. **O ISSQN:** e a determinação do local da incidência tributária. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIBEIRO, Maria de Fátima. **Tributação e concorrência:** Breve análise sobre a aplicabilidade do artigo 146-A da Constituição Federal. Estudos de Direito Tributário em homenagem ao Prof. Roque A. Carrazza (coord. Fernanda Parisi, Heleno Torres e José R Soares de Mello, vol. I, editora Malheiros, São Paulo, 2014. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4750306.pdf>. Acesso 13 abr 2022.

RODRIGUES, Hugo Thamir; KUNTZ, Tatiele Gisch. **Políticas públicas tributárias:** a justiça fiscal como instrumento de auxílio na viabilização da justiça social, 2018. Disponível em <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/30908>. Acesso 20 jan. 2022.

SANTIAGO, Igor Mauler. Tributação dos combustíveis é assunto sério e repele soluções improvisadas. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-out-27/consultor-tributario-tributacao-combustiveis-assunto-serio-repele-improvisado2>. Acesso 05 fev 2022.

VALLE, Maurício Dalri Timm do; AVEIRO, Júlio da Costa Rostirola. O mínimo existencial e a tributação. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário – RDIET**, 2017. Disponível em <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/8707>. Acesso 13 fev 2022

VITA, Jonathan Barros. **Teoria Geral do Direito:** Direito Internacional e Direito Tributário. São Paulo: Quartier Latin, 2011.



CAPÍTULO 11

DURKHEIM E O DIREITO

Elias Antonio Vieira
Wlaumir Doniseti De Souza

RESUMO

Este trabalho apresenta o resultado da revisão bibliográfica realizada através de literatura relevante que trata da relação do Direito com aspectos do percurso teórico do sociólogo francês David Émile Durkheim ou simplesmente Durkheim como é freqüentemente citado na literatura de referência. Para cumprir esta finalidade os argumentos aqui apresentados embasaram-se em dois conceitos formulados pelo autor citado, assim como no conceito de Direito. Os dois conceitos são o fato social e a coerção social a qual é exercida pelo Estado por meio de um sistema normativo materializado na legislação, também definida como norma ou ordenamento jurídico. Este, por sua vez, tem intrínseca relação com o Direito e o saber fazer dos seus operadores. Assim se constatou que o conceito de fato social influencia a elaboração e modificação do Direito e é influenciado por ele. Esta dinâmica, por sua vez, determina um ordenamento jurídico que, num prisma dialético, ao mesmo tempo atua com instrumento de coerção social e se ajusta aos fatos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Estado. Coerção social.

INTRODUÇÃO

O objeto de estudo do presente trabalho é apresentar o resultado da revisão da literatura de modo a demonstrar a relação entre alguns aspectos da obra do Durkheim e o Direito a partir de conceitos de fato social e coerção social. Sua finalidade é contribuir com o conhecimento científico, o debate e os estudos acadêmicos sobre esta temática em particular.

Numa breve referência cumpre dizer que Durkheim, desenvolveu seus estudos entre o final do século XIX e início do século XX, sendo reconhecido, sobretudo pela sua contribuição aos métodos científicos da sociologia e às reflexões sobre a concepção de crime e da pena (COSTA, 2007).

Por fugir ao interesse do assunto ora tratado não serão abordados outros conceitos teóricos desenvolvidos por Durkheim como, por exemplo, os de sociedade, anomia, consciência coletiva etc., os quais pela importância de que se revestem mereceriam estudo específico e aprofundado.

Entre os trabalhos anteriores sobre o mesmo tema aqui tratado foram encontrados os que se seguem:



Cardoso (2013), em que se reconhece o Direito como fato social tendo como objeto de estudo a lei em si e a Sociologia Jurídica estudaria a eficácia da lei.

Ribeiro de Sá (2010) que reflete sobre o crime como fato social e seu efeito, a pena e as ligações da criminalidade com a patologia pessoal, ou coletiva, desde o pensamento de Durkheim.

Albuquerque (2003, p. 101) que enfatiza a elaboração do Direito “a partir dos costumes de das regras morais socialmente instituídos”.

Braga (2013) que faz comparações entre os efeitos da ética sobre o Direito Penal do ponto de vista da consideração de crimes aqueles fatos sociais que causam impactos na consciência coletiva.

Langoni (2013) que faz um contraponto entre as preocupações de Durkheim relacionadas à manutenção do controle de da ordem social e a aplicação da pena.


Já no trabalho da lavra de Miranda Rosa (1992), como se verá mais adiante, o Direito é considerado como fato social que ao ser determinado por este o determina.

Nestes termos a escolha do tema se justifica por dois motivos principais. Primeiro pela importância da Sociologia Jurídica para a formação do aluno de Direito e sua contribuição à futura atuação profissional em que a compreensão da origem das leis pelo efeito dos fatos sociais, e de seus aspectos coercitivos, ante o indivíduo se revela fundamental. E, segundo, porque se verificou que a literatura é escassa na abordagem desta temática pelo recorte empregado no presente estudo.

O problema da pesquisa estabelecido para este trabalho, por sua vez, está centrado na compreensão dos conceitos de fato social e coerção social e suas relações com o sistema legal como campo de estudo do Direito.

Diante disso o objetivo pretendido é explicar inicialmente, de maneira sucinta, as ligações dos conceitos citados e o Direito enquanto disciplina que estuda e aplica as regras estabelecidas pelo sistema legal.

O método de abordagem que norteou o desenvolvimento deste trabalho é o dedutivo (ANDRADE, 2001), ou seja, o raciocínio empregado partiu do geral para o particular; melhor dizendo, da reflexão sobre os conceitos de fato social e coerção social para a forma pela qual é originada e ou elaborada a legislação que regula a vida em sociedade. A opção por este método se deu porque se julgou o mais apropriado para demonstrar a relação de causa e efeito dos



costumes e regras morais materializados nos fatos sociais na aprovação e aplicação do sistema legal às inconformidades dos atos praticados pelos indivíduos formadores do grupo social.

O CONCEITO DE FATO SOCIAL E COERÇÃO SOCIAL

O conceito de fato social e de coerção social como elementos fundamentais na estruturação deste trabalho são definidos por alguns autores levantados na literatura conforme segue.

Antes porém, vale dizer que para ajustar à grafia encontrada na literatura utilizou-se o conceito de fato social ora no plural ora no singular.

Portanto, os fatos sociais

consistem em maneiras de agir, de pensar e de sentir, exteriores ao indivíduo, e que são dotadas de um poder de coerção em virtude do qual esses fatos se impõe a ele. [...] Um fato social se reconhece pelo poder de coerção externa que exerce ou é capaz de exercer sobre os indivíduos; e a presença desse poder se reconhece, por sua vez, seja pela existência de alguma sanção determinada, seja pela resistência que o fato opõe a toda tentativa individual de fazer-lhe violência (DURKHEIM, 2007, p. 2 e 9).

Vale destacar que o conceito de fato social também pode ser expresso de modo resumido nos seguintes termos:


É fato social toda maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior, [...] que é geral na extensão de uma sociedade dada, e, ao mesmo tempo, possui existência própria, independente de suas manifestações individuais (DURKHEIM, 2007, P. 13).

Com base nessas conceituações não é incorreto dizer que a maneira pela qual Durkheim utilizou os verbos pensar, sentir, agir e fazer se refere às atitudes, costumes e hábitos consolidados durante a trajetória do grupo social que são transmitidos aos novos indivíduos ingressantes no sistema social desde o nascimento. Ou seja, ao nascer o indivíduo já se depara com uma realidade concreta quanto à conduta da sociedade.

Trata-se, portanto, de um padrão de comportamento pré-existente que amolda ou coage tais indivíduos ao seu cumprimento, sobretudo através de um ordenamento jurídico que buscaria interpretar a realidade do grupo em questão.

O conceito de coerção social, ou coercitividade, por sua vez é definido como

a força que os fatos sociais exercem sobre os indivíduos, obrigando-os a conformarem-se às regras impostas pela sociedade em que vivem, não havendo a escolha dos indivíduos. Tal força manifesta-se quando o indivíduo adota um determinado idioma, quando aceita determinado tipo de formação familiar ou quando está subordinado a determinado código de leis. A coerção é constatada pelas sanções que serão impostas ao indivíduo, caso ele venha a se rebelar. Essas sanções, em princípio, são espontâneas, para desvios leves, provenientes de uma conduta não adaptada à estrutura do grupo ou da sociedade à qual o indivíduo pertence. Desvios



considerados graves sofrem coerção através da punição (peso das leis). (SAMPAIO, 2010).

Para comentar o conceito de coerção social utilizou-se o mesmo raciocínio do tópico anterior que relacionou a conjugação dos verbos pensar, sentir, agir e fazer. Por conseguinte, seu efeito é materializado nas atitudes, costumes e hábitos que num primeiro momento são exteriores, mas que através de um processo de transmissão entre e intra geração se interioriza no indivíduo. Este processo em si, grosso modo, pode ser considerado uma coerção social exercida pela sociedade sobre o indivíduo cujos eventuais desvios de conduta sofreriam o peso do ordenamento jurídico emanado da conjugação dos verbos citados.

O CONCEITO DE DIREITO EM DURKHEIM

No pensamento de Durkheim (2007) um indivíduo ao nascer passa a conviver com as normas da sociedade a qual pertence como, por exemplo, as leis, os costumes, a língua e a religião, ou seja, os fatos sociais, num claro sinal de que os valores da coletividade prevalecem sobre o indivíduo. Desse modo, infere-se que além de o Direito ter relação direta com os fatos sociais ele é o próprio fato social por decorrer da realidade social, assim como, ao ser condicionado por ela, também a condiciona.

Em outras palavras


Tudo [...] o que se observa dentro de uma sociedade é influenciado por certa ordem jurídica, que se infiltra nas formas de sociabilidade, modificando-as por vezes, reforçando-lhes os traços principais, dando-lhe maior vigor ou reduzindo-lhe a força condicionante. É a norma jurídica o instrumento institucionalizado mais importante de controle social. É por seu intermédio, [...] que esse controle se manifesta formalmente com maior eficiência, pois a norma jurídica dispõe da força de coação, pode ser imposta à obediência da sociedade pelos instrumentos que essa mesma sociedade criou com esse fim (MIRANDA ROSA, 1992 p. 69 e 70).

O Direito também é conceituado na doutrina como

um fenômeno verificável na realidade social [...], seja o mesmo um sistema normativo, metafísico ou simples aspecto da vida humana. [...] O homem como membro da sociedade se relaciona com este fenômeno de formas variadas. Vivencia-se o direito simplesmente conhecendo e cumprindo o que se convencionou chamar de ordenamento jurídico ou como objeto de indagação científica (VIEIRA, 1988).

Assim, verificou-se que os elementos estruturadores do Direito têm como fonte os fatos gerados nas relações dos membros do grupo social, e sua dinâmica (forma, estrutura etc.). Por meio deles se busca estabelecer uma via de mão dupla, uma reciprocidade de influência ou ainda um equilíbrio entre o sentido das normas e a estrutura social visando sua regulação.

Portanto, o Direito está presente tanto no momento em que há “relações pacíficas” entre os membros do grupo social (por exemplo: une os interesses pelo ato de constituição de



sociedade por contrato) como nas “relações conflituosas” (separa os interesses pelo ato de rescisão contratual).

O Direito também “pode influenciar um comportamento social, como, por exemplo, quando determinada norma impõe um tipo de comportamento em que a sociedade não está acostumada” (SOUZA, 2004 p. 2).

Por outro lado o Direito como objeto de indagação científica permite inferir que se trata da necessidade de seus operadores não se conformarem com as eventuais lacunas ou defasagens do ordenamento jurídico e a realidade social presente.

Por conseqüência não é exagero dizer que se impõe adotar como prática a busca permanente de sua atualização ao dinamismo da sociedade na produção dos fatos sociais e suas repercussões. Ao contrário corre-se o risco de o Direito se tornar inócuo na interpretação e normatização da realidade fato este que justificaria o questionamento de sua existência como tal.


CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi o de realizar um estudo sucinto sobre o tema Direito e Durkheim e, especificamente, da relação entre o Direito e os conceitos de fato social e coerção social formulados por este sociólogo. Seu cumprimento pode ser avaliado como satisfatório pela execução das etapas em que se avaliaram algumas reflexões anteriores relacionadas à temática para conhecer o fato social, a coerção social e o Direito como conceitos científicos e suas aplicações.

Assim verificou-se que os valores da coletividade podem ser admitidos como decorrência dos fatos sociais ou se constituem dos próprios fatos sociais em si, os quais prevalecem sobre o indivíduo.

E que o Direito, por sua vez, se propõe a concretizar os valores da sociedade em seu conjunto já que suas normatizações buscam traduzir o reflexo do fato social na tentativa de interpretar a realidade social num processo dialético em que condiciona e é condicionado.

Diante disso cumpre dizer que o presente trabalho serviu principalmente para, não somente, demonstrar o fato social e a coerção social como base estruturante do ordenamento jurídico enfeixado pelo Direito. Mas, sobretudo, para enfatizar a impossibilidade de se garantir a eficácia do Direito sem considerar o processo dialético que lhe é intrínseco.



Mesmo assim se observa que na prática cotidiana, nem sempre, os operadores do Direito pautam suas atuações nessas premissas.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, J. L. C. Sociologia e Direito em Émile Durkheim. **Diálogo Jurídico**, v.02, p.139 - 150, 2003.

ANDRADE, M. M. Introdução à metodologia do trabalho científico. 5. Ed.- São Paulo: Atlas, 2001.

BRAGA, O. Durkheim, a ética, e o Direito Penal. Disponível em: <http://perspectivas.wordpress.com>. Acesso em: 25 set. 2012.

CARDOSO, R. O Direito e a Sociologia Jurídica segundo Durkheim. Disponível em: <http://pt.scribd.com>. Acesso em: 25 set. 2013.

COSTA, C. Sociologia – Introdução à ciência da sociedade – 3ª ed. Editora Moderna, 2007.

DURKHEIM, É. As Regras do Método Sociológico, São Paulo, Martins Fontes, 2007.

GRANJA, W. J. de A. Direito e sociedade. Faculdade Damas – Caderno de Relações Internacionais – V. 1, n. 1, 2010.

LANGONI, R. C. O controle social em Durkheim: reflexões sobre a intervenção penal. Disponível em: <http://www.sumarissimo.com>. Acesso em: 24 set. 2013.

MIRANDA ROSA, F. A de. O fenômeno jurídico como fato social. 18ª edição. Jorge Zahar Editor, 1992.

RIBEIRO DE SÁ, G. O crime, a pena e o direito em Émile Durkheim. *In*: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

SAMPAIO, M. Durkheim e as relações da sociedade com o indivíduo. Disponível em: <http://febwar.blogspot.com.br>. Acesso em: 25 set. 2013.

SOUZA, M. B. Direito como fato social. Instituto Cuiabá de Ensino e Cultura – ICEC, 2004.

VIEIRA, J. C. O direito como fato social. Trabalho da disciplina Teoria Geral do Direito apresentado ao Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais. Londrina (PR), UEL, 1988.



CAPÍTULO 12

AMBIENTE VIRTUAL E DEMOCRACIA: COMO O SABER JURÍDICO É INFLUENCIADO

Yago Teodoro Aiub Calixto

RESUMO

Trata-se de artigo que visa estudar como o ambiente virtual, que é uma realidade cotidiana na vida da maioria da população, influencia a atividade democrática dos cidadãos, e de forma objetiva definir como que o saber jurídico, como termos técnicos e procedimentos, é influenciado pelo bombardeio de informações despejados aos usuários. Estruturalmente, o conceito de Democracia será brevemente lembrado e colocado frente a nova realidade virtual. Após visto esse conceito basilar, será visto como o saber jurídico é construído e modificado pelos usuários das plataformas digitais. Dessa forma pode-se encaminhar para o estudo focado em como a Democracia é afetada pelo ambiente virtual e as formas de interação e compartilhamento próprios desse meio.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; ambiente virtual; saber jurídico.

INTRODUÇÃO

Em meados de 1969, quando o Departamento de Defesa Norte-Americano lançou a Arpanet, precursora da atual internet, ninguém poderia imaginar que as relações virtuais se tornariam tão presentes na vida cotidiana ao ponto de causar verdadeira dependência entre os cidadãos.

Assim é inegável a importância do ambiente virtual em quase todos os aspectos da vida cotidiana, principalmente no compartilhamento de informações e influência social, criando inclusive uma profissão: *web influencer*.

Consequentemente, tal artigo tem seu foco em investigar como o ambiente virtual chega a ser uma ferramenta da democracia, e como a ausência de filtros faz com que o saber jurídico seja influenciado entre os usuários.

O ambiente virtual é visto, por muitos estudiosos, como uma espécie de revolução industrial, visto que alterou completamente a forma e o *know how* das relações econômicas e sociais. Aos leitores advogados, indaga-se a seguinte reflexão: quanto impactante e prático foi a implantação do processo digital em sua rotina casuística?



Além de revolucionário, o ambiente virtual também se mostra extremamente democrático, pois é altamente acessível e possui um alcance massacrante, se comparado aos outros meios midiáticos.

Por tal fato, inúmeros cidadãos podem instantaneamente externalizarem suas opiniões, levando verdadeiras multidões a se pronunciarem sobre o assunto, emergindo, mesmo que de forma inconsciente, o ser político dentro de cada cidadão, em especial nos temas polêmicos. Ressalta-se que episódios polêmicos na sociedade brasileira se tornaram comuns, veja-se a questão do impeachment da ex-presidente Dilma ou mesmo a operação Lava-Jato, por exemplo.

Para que o resultado mais fidedigno possível seja alcançado, o raciocínio indutivo e a revisão bibliográfica serão amplamente usados, utilizando-se do próprio ambiente virtual como fonte, uma vez que a sua volatilidade *sui generis* assim enseja.

METODOLOGIA

O procedimento de revisão bibliográfica é a principal fonte de informações do presente artigo. Ressalta-se que apesar de ser um artigo das ciências sociais aplicadas, a bibliografia utilizada foi extensa, incluído a área de tecnologia da informação. Com os dados, operações como dedução e abdução permearam toda a pesquisa feita.

DISCUSSÃO

Democracia e a nova ágora

Democracia tem origem no grego antigo, sendo que o prefixo *demo* significa povo e *cracia* remete ao sentido de governo. Teoricamente, seria um sistema no qual todo cidadão participaria de forma direta e igual na escolha de seus representantes, através do sufrágio.

A Ágora era o espaço público no qual qualquer cidadão poderia expressar seus pensamentos ou defender-se de qual imputação lhe fosse feita, de forma pública e se direcionando a todos os presentes.

A modernização dos meios de comunicação em massa revolucionou a forma de comunicação entre pessoas. Primeiro temos a prensa, que levou a uma verdadeira enxurrada de papéis. Logo veio o rádio de ondas curtas, e suas derivações, que possibilitou uma comunicação mais pessoal, afinal era o próprio interessado que lhe falava.



Logo começa o reinado da televisão, sim reinado! Afinal, dos aproximadamente 69 milhões de lares brasileiros, apenas 3% não possuem televisores. O impacto chegou desde os partidos políticos até as empresas de consumos, que gladiam por espaço no horário nobre.

Se há uma coisa que a história nos mostra é que todo reinado acaba, e com os televisores não foi diferente! De acordo com estudo feito pela Revista Época Negócios:

Conforme a previsão, já no próximo ano as pessoas devem passar mais horas navegando pela internet fazendo compras, assistindo a filmes, séries e vídeos, conversando ou ouvindo música do que assistindo à televisão. (ÉPOCA NEGÓCIOS, 2018).

A acessibilidade a internet fez com que a população revolucionasse as formas de comunicação, por dois fatores principais: a bilateralidade e a opção de conteúdo.

No tocante a bilateralidade, vemos que o ambiente virtual possibilitou que as pessoas pudessem interagir instantaneamente, diferente dos televisores que apenas repassam a mensagem ao seu usuário sem possibilidade de réplica.

Quanto ao conteúdo, a internet retira o estigma de que o usuário tem que “assistir o que está passando”, distanciando, praticamente, toda produção audiovisual disponível a um clique. Perceba-se a revolução que conteúdos de assinatura virtual, como a Netflix, por exemplo, estão criando nas TVs por assinatura.

Outro impacto é a abrangência desse meio, que não encontra fronteiras. Ilustrativamente, um e-mail enviado no Brasil leva poucos segundos para atingir a China.

Muitos autores defendem que a internet é o ambiente mais democrático que existe, uma vez que tendo acesso a conexão, o usuário está em situação de igualdade com qualquer outro, independente de sua raça, gênero, posição social ou qualquer outro indicador.

O que podemos chamar de “democracia digital” lida com a complexa relação entre tecnologias digitais de comunicação e as práticas democráticas. Também serve para definir um emergente campo de estudo que se consolidou nessas primeiras décadas (também sob a denominação de “e-democracia”, “democracia eletrônica” ou “ciberdemocracia”). Diretrizes governamentais, relatórios de organismos multilaterais, livros e um grande volume de artigos científicos tem sido publicados sobre o tema buscando estabelecer conexões conceituais e práticas, teóricas e empíricas, críticas ou normativas neste campo. (SILVA; BRAGATTO; SAMPAIO, 2016)

Por ser tão democrático, o ambiente virtual pode ser considerado a nova Ágora, onde cada usuário pode se performar na medida que desejar, criando uma verdadeira responsabilidade social, uma vez que suas ações serão vistas por milhares ou milhões de pessoas.



Saber jurídico e sua (des)construção virtual

Antes de entrar-se propriamente na questão do saber jurídico no mundo virtual, é de bom grado que se faça uma breve consideração sobre a questão do EAD (ensino a distância).

O EAD vem se mostrando como uma forma extremamente acessível e de qualidade para o ensino e capacitação de pessoas com indisponibilidade física, de tempo ou mesmo financeira, já que os custos nessa modalidade são reduzidos.

O advento das tecnologias de informação e comunicação (TIC) reavivou as práticas de EaD devido à flexibilidade do tempo, quebra de barreiras espaciais, emissão e recebimento instantâneo de materiais, o que permite realizar tanto as tradicionais formas mecanicistas de transmitir conteúdos, agora digitalizados e hipermediáticos, como explorar o potencial de interatividade das TIC e desenvolver atividades à distância com base na interação e na produção de conhecimento. (ALMEIDA, 2003).

O mercado de trabalho vem absorvendo bem os profissionais de EAD, sem que isso seja uma forma de demérito frente aos alunos do ensino presencial, demonstrando inclusive uma democratização na forma de ensino no Brasil.

As considerações feitas no presente artigo são sobre as informações divulgadas por usuários de redes sociais, externalizando uma opinião muitas vezes sem estrutura teórica ou reflexivas, por trás de vários caracteres despejados no oceano virtual.


Ilustrativamente, utilizar-se-á do impeachment de Dilma Rousseff, a primeira mulher a ser presidente do Brasil, para exemplificar os impactos das redes sociais, e como esse ambiente foi um verdadeiro palco de batalhas políticas.

No dia 17 de abril de 2016, após seis horas de votação, o Congresso Nacional aprovou a retirada da então presidente do cargo. No mesmo dia, o Twitter, umas das principais redes sociais no Brasil, contabilizou 1.460.160 (um milhão quatrocentos e sessenta mil e cento e sessenta) menções sobre o tema.

Veja-se o poder democrático desse ambiente. Qual outro meio midiático forneceria a oportunidade de quase um milhão e meio de pessoas se manifestarem, com repercussão, em menos de vinte e quatro horas.

Ocorre que tantas informações geram o compartilhamento de grandes inverdades, ainda mais quando se fala de temas técnicos, distantes do conhecimento da maioria da população.

As informações falsas ganharam a alcunha de *fake news*. Por incrível que pareça, as *fake news* são mais compartilhadas do que as informações verdadeiras. De acordo a reportagem do



jornal Folha de São Paulo, ao descrever um estudo feito pelo MIT (Massachusetts Institute of Technology), um dos centros acadêmicos de maior prestígio mundial, tem-se que:

No estudo, as notícias foram designadas com verdadeiras e falsas com base na verificação feita por seis organizações independentes de checagem de fatos. Os pesquisadores buscaram então apontar a probabilidade de uma notícia publicada na rede criar uma “cascata” de republicações. A análise dos tuítes e retuítes mostrou que a chance de uma notícia falsa ser repassada é 70% maior do que a de notícias verdadeiras.

(...)

De acordo com os pesquisadores, “a novidades atrai a atenção humana, contribui para a tomada de decisão e encoraja o compartilhamento de informações”. Isso porque “a novidade atualiza nossa compreensão do mundo”. “Quando a informação é nova, não é apenas surpreendente, mas também mais valiosa, na medida em que transmite um status social de que [a pessoa] está ‘por dentro’ ou ‘sabendo’ das informações” (FOLHA DE SÃO PAULO, 2018).

Dentro desse exemplo, independente do caráter político de cada um, muitas pessoas publicaram que a ex-presidente Dilma haveria sofrido um golpe. Agora veja-se quantas pessoas realmente sabem o procedimento de um impeachment, ou mesmo, quantas pessoas leram em algum post que houve o golpe e adotaram essa posição, sem ao menos saber de informações básicas, como, por exemplo, qual o quórum necessário para a instalação de um processo de impeachment.


E o inverso também é verdadeiro, quantas pessoas defenderam que o procedimento de retirada da ex-presidente Dilma foi legal e democrático, porém se tivesse acesso a informações técnicas, de fontes confiáveis, defenderiam a outra bandeira.

Além disso, as eleições presidenciais de 2018 foram inovadoras no fato de que o presidente eleito, Jair Bolsonaro, após sofrer um atentado durante sua campanha, em Juiz de Fora (MG), teve sua campanha basicamente performada nas redes sociais. Veja-se

Nessa mesma linha, o atual presidente, também foi acusado de que sua campanha teria contratado o Whatsapp para divulgar material publicitário. Quem imaginaria que uma rede social, com menos de dez anos de existência, poderia influenciar nos resultados de uma eleição, que de fato, dividiu o Brasil em dois grandes grupos.

A Fundação Getúlio Vargas criou um observatório específico para as interações das redes sociais e as eleições presidências de 2018, chamado ‘Observa 2018’, e de acordo com as análises:

O processo eleitoral, por fim encerrado mais de dois meses após o início oficial da campanha, gerou cerca de 110 milhões de tuítes sobre os diferentes candidatos à Presidência, sempre com o presidente eleito Jair Bolsonaro em posição central como protagonista e antagonista dos demais grupos de apoio nas redes. Bolsonaro se manteve com força e impacto muito superior ao de seus adversários ao longo de todo



o debate político, em especial após a saída em definitivo de Lula do páreo, e no Facebook apresentou uma ampla margem de vantagem na quantidade de engajamentos que obtinha. O presidente eleito anteviu os movimentos que levaram o eleitorado às redes sociais para interagir sobre política, preservou uma base ativa de suporte, seguiu ampliando o alcance de suas mensagens. Deu certo. (OBSERVA 2018, 2019).

Assim é indiscutível que qualquer usuário é bombardeado diuturnamente por informações, e a confiança dada a essas mensagens ou posts, sem verificar a sua veracidade, é um desserviço à comunidade.

Com o saber jurídico não é diferente. O compartilhamento de informações jurídicas, muitas vezes propositalmente alteradas, cria o sentimento de insegurança jurídica entre os cidadãos, e todas as implicações intrínsecas a isso.

Além das *fake news*, outro impasse é o compartilhamento de informações incompletas ou erradas, porém sem a intenção de fazê-lo. É o caso de usuários que acabam por ter acesso ao material teórico, mas não o estuda de forma adequada ou acaba por não o compreender.

Para melhor compreensão, vê-se que ao pesquisar no Google a possibilidade de pena de morte no Brasil, algo extremamente claro entre os acadêmicos do direito, existem muitos fóruns⁷ em que os usuários acabam por difundir a impossibilidade absoluta, sendo que em tempos de guerra a Constituição Federal prevê a incidência desse tipo de punição.

Conquanto, as redes sociais também facilitam o acesso a vários materiais de qualidade impressionante, a própria Biblioteca Nacional (<https://www.bn.gov.br/>) fornece obras mundialmente aclamadas a um clique de distância.

Responsavelmente, o correto é que cada usuário, por questão de cidadania, tenha a obrigação de verificar a veracidade da fonte, e contribuir por um compartilhamento livre de fraudes e inverdades, afinal é muito fácil pesquisar essas informações. Como exemplo cita-se o projeto de Reforma da Previdência, que é altamente comentado nas redes sociais, mas a esmagadora maioria de *influencers* sequer leu o projeto, que está disponível para qualquer cidadão.

⁷ O Yahoo Respostas é o maior fórum de perguntas aberto ao público do país. No caso citado, pode ser encontradas respostas como: “Não. Somente prisão perpétua.”, “Legalmente, não há pena de morte no Brasil.”, entre outras. Acesso em 19/04/2019, disponível em: https://br.answers.yahoo.com/question/index?qid=20130307155009AAxhArN&guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xILmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAAL4wAz8d9q5uRKV2JpaMHPW6mR6RwWXgL8jIOADTCW1CyZ9qC2iRQc91M7uJW-IY8AICLnSikhGkYdrvfuvU4tbcMsOSY922SivPWAD4ccOwqXuYcknsV7IRZwF03Hi9u4TDgtG3g_SoyKueY9PFcPVCPCFDGiut3MGbE2hm6Kvul



Como a democracia é afetada pelo ambiente virtual

Como dito alhures, a democracia, como governo do povo, é o sistema pelo qual a maioria dos cidadãos irá eleger seus representantes políticos, e indiretamente, definir o futuro do Brasil.

Ocorre que cada cidadão vota de acordo com seu íntimo, sua definição do que será mais correto para a máquina estatal. O grande “problema” está, principalmente, no grupo populacional que não é conhecedor da política, e absorve qualquer informação que lhe é dado.

A questão é que o ambiente virtual facilitou e muito a modelação de informações e a influência desse grupo populacional, afinal uma publicação com poucas palavras, atingem milhões de pessoas, que acabam absorvendo aquela informação, que muitas vezes é falsa.

Como exemplo, se em uma eleição o presidente “A” concorre que com o presidente “B” e é divulgado que o presidente “A” foi condenado por corrupção e várias pessoas compartilham, tem-se um impacto real na escolha dos eleitores. Mas volta-se na questão: quantas pessoas, que compartilharam, verificaram se realmente houve a condenação ou trata-se de uma *fake new*.

Uma possível solução, até mesmo para que retire do Estado um eventual poder de censura, seria a implementação de responsabilidade pela veracidade das informações divulgadas por cada usuário. A doutrina começa a engatinhar nesse sentido:

Em conclusão, a transmissão de notícia falsa ou boato na internet e a conduta em fazê-la são reconhecidas no mundo jurídico e podem trazer consequências como o reconhecimento de prática de ato ilícito. Ainda que seja difícil, mecanicamente, apurar o(s) verdadeiro(s) propagadores da notícia falsa, o direito socorre ao usuário para obtenção de tais informações através de rastreamento dos dados pessoais do usuário cadastrado em determinada rede social, tornando plausível a sua identificação e possibilitando atribuir-lhe a responsabilização por este ato ilícito. (DUARTE, 2018).

Dessa forma fica claro que a ausência de filtros e de uma legislação específica, visto que o Marco Civil da Internet é muito lacunoso, faz com que a democracia seja afetada ao fornecer espaço para que qualquer informação seja difundida.

Por outro lado, essa liberdade quase irrestrita é convergente com os pilares da democracia, que são a ampla liberdade de expressão e igualdade entre os cidadãos.

A questão é que o ambiente virtual é uma expressão da mutabilidade social, e o direito, através da casa política, deve tutelar seus cidadãos.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto, nem mesmo o Governo Americano ao criar a Arpanet podia prever que, em pouco mais de quarenta anos, o ser humano se tornaria tão dependente desse meio de comunicação.

Mais absurdo ainda, seria dizer que mensagens pessoais poderiam ser lidas por milhões de pessoas em questão de segundos, ou mesmo definir uma nova forma de comunicação entre candidato e eleitor.

Mas a fatídica realidade é que o ambiente virtual se tornou a nova *Ágora*, afinal nele é possível que qualquer um se manifeste, praticamente sem restrições, e com alcance mundial, inclusive quanto as questões políticas.

A facilidade em “dar voz” aos seus usuários, faz com que o ambiente virtual incite o ser político dentro de cada cidadão, e conseqüentemente gere batalhas virtuais impensáveis a poucos anos atrás.

Ocorre que discussões políticas são interligadas com o saber jurídico, e a grande facilidade de expressão e divulgação, muitas vezes, descontrói o básico jurídico, gerando até mesmo uma alienação por falta de conteúdo digno.

Por outro lado, o ambiente virtual fornece acesso a incontáveis fontes fidedignas, o que suporta uma atividade democrática lastreada nas reflexões pessoais de cada um, porém partindo de horizontes corretos.

Outro fato interligado a democracia, é o compartilhamento de notícias, errôneas ou mesmo falsas, no intuito de modificar ou solidificar a posição política de usuários.

Dessa forma, conclui-se que o ambiente virtual criou um sistema de mão dupla para a evolução democrática. De um lado fornece acesso a boas informações e dados preciosos, na medida que do outro é infectado por *fake news* e estelionatários políticos virtuais.

Nessa necessidade, o direito vem evoluindo na responsabilização civil de provedores de *fake news*, visto que pela alta tecnologia atual, a identificação de usuários é possível pelas autoridades.

Por fim, considera-se que o saber jurídico pode e deve ser construído/expandido utilizando-se do ambiente virtual, mas a conferência das fontes é algo vital na saúde democrática de uma população.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Elizabeth Bianconcini de. **Educação a distância na internet: abordagens e contribuições dos ambientes digitais de aprendizagem**. 2003. Print version ISSN 1517-9702, On-line version ISSN 1678-4634. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-97022003000200010&script=sci_abstract&tIng=pt>. Acesso em: 19 abr. 2019.

BORGES, Uianã Cordeiro Cruvinel; SANTOS JUNIOR, Ronaldo Rosa dos; COSTA, Hamilcar Pereira e. **DEMOCRACIA E INFORMAÇÃO NA ERA DA INTERNET**. 2012. REVISTA ELETRÔNICA DE EDUCAÇÃO DA FACULDADE ARAGUAIA, 3: 132-149. Disponível em: <<http://www.fara.edu.br/sipe/index.php/renefara/article/view/122/108>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

BRASIL. Biblioteca Nacional. Brasil. **Acervo**. 2019. Disponível em: <<https://www.bn.gov.br/>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

BRASIL. Senado Notícias. Senado. **Impeachment de Dilma Rousseff marca ano de 2016 no Congresso e no Brasil**. 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/28/impeachment-de-dilma-rousseff-marca-ano-de-2016-no-congresso-e-no-brasil>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

BRIDI, Carla; LARA, Matheus. **Em nota ao TSE, WhatsApp afirma que não foi contratado pela campanha de Jair Bolsonaro**. Estadão. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,em-nota-ao-tse-whatsapp-afirma-que-nao-foi-contratado-pela-campanha-de-jair-bolsonaro,70002605708>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

CHATFIELD, Tom. **Como viver na era digital**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. Parte da coleção "The School of Life".

DUARTE, Igor Daniel Petters. **Fake news e Responsabilidade Civil**. 2018. Disponível em: <<https://tmbj.com.br/fake-news-e-responsabilidade-civil/>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

ÉPOCAS NEGÓCIOS. **Internet irá ultrapassar TV já em 2019, indica relatório**. 2018. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2018/06/internet-ira-ultrapassar-tv-ja-em-2019-indica-relatorio.html>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Fake news apelam e viralizam mais do que notícias reais, mostra estudo**: Pesquisadores do MIT analisaram 126 mil notícias que circularam no Twitter entre 2006 e 2017. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/03/fake-news-apelam-e-viralizam-mais-do-que-noticias-reais-mostra-estudo.shtml>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

GANDRA, Alana. **Pesquisa diz que, de 69 milhões de casas, só 2,8% não têm TV no Brasil**. 2018. Agência Brasil. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-02/uso-de-celular-e-acesso-internet-sao-tendencias-crescentes-no-brasil>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

ILVA, Sivaldo Pereira da; BRAGATTO, Rachel Callai; SAMPAIO, Rafael Cardoso (Org.). **Democracia digital, comunicação política e redes**: Teoria e prática. Rio de Janeiro: Folio Digital: Letra e Imagem, 2016. Isbn 978-85-61012-86-1.



OBSERVA 2018 (Fundação Getúlio Vargas). Dapp. **Vitória de Jair Bolsonaro nas urnas mobiliza 12 milhões de tuítes e 14 milhões de interações sobre novo presidente.** 2019. Disponível em: <<https://observa2018.com.br/posts/vitoria-nas-urnas-alavanca-mencoes-a-bolsonaro-que-registra-12-milhoes-de-tuites-e-14-milhoes-de-interacoes-no-facebook/>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

PEREIRA, José Matias. **POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO NO BRASIL: A UTILIZAÇÃO DA EAD COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO SOCIAL.** 2008. UNB. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/3680?mode>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

REDAÇÃO. Revista Veja. **Twitter: crise política é mais comentada que impeachment de Dilma.** 2017. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/twitter-crise-politica-e-mais-comentada-que-impeachment-de-dilma/>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

SOBRAL, Cristiano. **A responsabilidade civil dos provedores e de terceiros pelas fake news.** 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-27/cristiano-sobral-responsabilidade-civil-provedores-fake-news>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

CAPÍTULO 13

EDUCAÇÃO E OS DIREITOS HUMANOS: UM DIÁLOGO FUNDAMENTAL PARA GARANTIA DO PLENO DIREITO

Abraão Danziger de Matos

RESUMO

O Brasil constitui um Estado social de direito de inspiração democrática por imposição constitucional. Isto significa que os postulados subjacentes ao modelo de Estado social e ao regime político democrático não podem ser deixados de lado para compreensão e interpretação da ordem jurídica vigente. Nesta perspectiva, este artigo tem por objetivo refletir sobre a educação como um direito fundamental de natureza social, garantido pela Constituição Federal de 1988, a suspensão das aulas presenciais em meados de março de 2020 e o retorno presencial das aulas, sob o formato de ensino híbrido, desde o início do ano de 2021. Tendo por metodologia a pesquisa bibliográfica e documental, buscar-se-á relacionar a legislação educacional brasileira e a realidade da garantia do direito à educação nas diferentes realidades presentes no país. Para que a reflexão seja possível, torna-se necessário elucidar o conceito de direito fundamental e de educação, além de elencar as diferentes formas que a pandemia transformou o modo de organizar a escola e a educação. Tendo por metodologia a pesquisa bibliográfica e documental, buscar-se-á relacionar a legislação educacional brasileira e a realidade da garantia do direito à educação nas diferentes realidades presentes no país. Para que a reflexão seja possível, torna-se necessário elucidar o conceito de direito fundamental e de educação, além de elencar as diferentes formas que a pandemia transformou o modo de organizar a escola e a educação. Por fim, denota-se que o direito à educação é essencial para o desenvolvimento dos cidadãos, desde a tenra idade até a vida adulta, e, por isso, é fundamental que o Estado pense em políticas públicas educacionais que visem a garantia deste direito para todos.

PALAVRAS-CHAVE: Educação. Direito. Direitos Humanos. Pandemia.

INTRODUÇÃO

No mês de fevereiro de 2020, foi registrado o primeiro caso de Covid-19 no Brasil, mas o primeiro caso registrado no mundo se deu no dia 31 de dezembro de 2019, na China. Devido ao seu rápido contágio e disseminação, os números de casos confirmados cresceram exponencialmente, o que fez com que o governo federal decretasse medidas de enfrentamento diante da emergência de saúde pública, no dia 06 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020). Dentre as medidas adotadas, estão a recomendação de isolamento social e a suspensão das aulas presenciais tanto na rede pública quanto na rede privada, bem como em todas as etapas e modalidades da educação.



Por causa dessas medidas, que são tão importantes neste cenário pandêmico e que, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), são as melhores alternativas para conter a disseminação do vírus (BRASIL, 2020), a educação brasileira tem enfrentado graves problemas e empecilhos para garantir o direito a educação a todas as pessoas. Enquanto de um lado se tem amplo acesso às tecnologias e à internet por parte das classes mais altas, por outro lado as classes mais baixas sofrem com a falta de recursos tecnológicos e a falta de acesso à internet, mas também com o desemprego ou subemprego (empregos informais e em condições precárias).

Nesta perspectiva, este artigo tem por objetivo refletir sobre a educação como um direito fundamental de natureza social, garantido pela Constituição Federal de 1988, a suspensão das aulas presenciais em meados de março de 2020 e o retorno presencial das aulas, sob o formato de ensino híbrido, desde o início do ano de 2021. Tendo por metodologia a pesquisa bibliográfica e documental, buscar-se-á relacionar a legislação educacional brasileira e a realidade da garantia do direito à educação nas diferentes realidades presentes no país. Para que a reflexão seja possível, torna-se necessário elucidar o conceito de direito fundamental e de educação, além de elencar as diferentes formas que a pandemia transformou o modo de organizar a escola e a educação. Como resultado, foi possível inferir que, apesar das tentativas do Estado de garantir o direito à educação durante o período de pandemia, por meio das aulas remotas (mediadas pelo uso das tecnologias), esse direito ainda tem sido negligenciado, uma vez que não são todos os estudantes que possuem acesso aos recursos necessários para o acompanhamento das aulas neste formato. Por fim, acredita-se que o direito à educação é essencial para o desenvolvimento dos cidadãos, desde a tenra idade até a vida adulta, e, por isso, é fundamental que o Estado pense em políticas públicas educacionais que visem a garantia deste direito para todos.

O Brasil constitui um Estado social de direito de inspiração democrática por imposição constitucional. Isto significa que os postulados subjacentes ao modelo de Estado social e ao regime político democrático não podem ser deixados de lado para compreensão e interpretação da ordem jurídica vigente. Tais princípios se fazem presentes já no caput do artigo 1º, que institui o Estado democrático de direito – tendo como fundamento a cidadania (inciso III) e o pluralismo político (inciso V). Já o parágrafo único do mesmo dispositivo consagra o princípio da soberania popular. O acolhimento dos princípios de um Estado social e democrático de direito pela Constituição brasileira impõe, para a concretização desse modelo, não apenas o respeito aos direitos individuais (liberdade de expressão, direito de voto, direito de ir e vir),



como também a realização dos direitos sociais, de que são exemplos o direito à educação,² ao trabalho, à saúde, entre outros. O papel de destaque conferido aos direitos fundamentais como um todo em nosso sistema desautoriza qualquer tentativa de negar ou esvaziar a natureza jurídica dos direitos sociais, como se estes não fossem verdadeiros direitos, mas meros conselhos ou exortações ao legislador. Tal esvaziamento, ademais, obstará, ainda, a concretização dos objetivos de justiça social, explicitamente enunciados no artigo 3º (especialmente incisos I e III).

Nesse sentido, essa pesquisa se justifica pela necessidade de pensar na educação como um direito de todos e não de determinados grupos sociais com condições financeiras mais elevadas do que as condições de outros grupos. Também é preciso refletir sobre os esforços do Estado para garantir esse direito através de plataformas de ensino, distribuição de materiais pedagógicos, planos de internet, aparelhos eletrônicos e outras medidas que têm sido tomadas. Porém, cabe ressaltar que essas medidas não alcançaram (e não alcançam) todas as pessoas que precisam e que o acesso dos educandos está muito menor do que o esperado pelas secretarias de educação. Com isso, torna-se possível inferir que a evasão e o fracasso escolar têm permeado as escolas públicas brasileiras e, por consequência, a grande maioria dos estudantes brasileiros.

A partir deste cenário, surgem algumas questões que norteiam a pesquisa que pauta este artigo, como: a serviço de quem está o ensino remoto durante a pandemia? Como garantir o direito à educação para todas as pessoas? De que forma a pandemia realça as desigualdades sociais, principalmente no que se refere ao acesso, permanência e qualidade da educação? Assim, o objetivo desta pesquisa é compreender a educação como direito fundamental, de natureza social, e as consequências da pandemia da Covid-19 no que diz respeito a garantia desse direito, bem como as medidas implementadas pelo Estado, por meio dos governos estaduais e municipais, para tentar garantir o acesso à educação em tempos de isolamento social e vigência das aulas on-line.

Esta pesquisa, de abordagem qualitativa – por considerar as especificidades do homem como sujeito – e de caráter exploratório, por procurar realizar um levantamento de “informações sobre um determinado objeto, delimitando assim um campo de trabalho, mapeando as condições de manifestação desse objeto” (SEVERINO, 2013, p. 76), utilizou-se da metodologia da pesquisa bibliográfica e documental.

Segundo Severino (2013), a pesquisa bibliográfica

é aquela que se realiza a partir do registro disponível, decorrente de pesquisas anteriores, em documentos impressos, como livros, artigos, teses etc. Utiliza-se de dados ou de categorias teóricas já trabalhados por outros pesquisadores e devidamente registrados. Os textos tornam-se fontes dos temas a serem pesquisados. O pesquisador trabalha a partir das contribuições dos autores dos estudos analíticos constantes dos textos (SEVERINO, et al., 2013, p. 76).


Por sua vez, na pesquisa documental, de acordo com o exposto pelo mesmo autor, “tem-se como fonte documentos no sentido amplo, ou seja, não só de documentos impressos, mas sobretudo de outros tipos de documentos, tais como jornais, fotos, filmes, gravações, documentos legais” (SEVERINO, 2013, p. 76).

A escolha da metodologia se justifica por meio do que Oliveira (1998) afirma ao dizer que “buscar fundamento nos autores expressivos que semearam o terreno para nós e que, fortalecidos por essa empreitada, cada qual possa ser também seu próprio teórico e seu próprio metodólogo” (OLIVEIRA, 1998, p. 18), sendo assim, de grande importância para a formação dos sujeitos pesquisadores e para a consistência teórica da pesquisa científica.

A EDUCAÇÃO COMO DIREITO

De acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (BRASIL, 1988), portanto, os direitos fundamentais dispostos na Carta Magna devem ser garantidos a todas as pessoas da sociedade. Primeiramente, torna-se necessário elucidar quais são as diferenças entre os direitos estabelecidos na Constituição quanto à sua natureza. Os direitos fundamentais estão divididos em gerações, sendo que a primeira geração engloba os direitos relacionados a ideia de liberdade individual (a abstenção do Estado necessária). A segunda geração de direitos fundamentais está associada a ideia de igualdade, ou seja, se referem a necessidade de atuação do Estado para garantir que todos tenham os mesmos direitos sociais, econômicos e culturais. Já a terceira geração de direitos se associa a concepção de solidariedade e faz referência aos patrimônios da humanidade, como por exemplo: o meio ambiente.

Entre os direitos sociais, de segunda geração, está o direito à educação, previsto no artigo 6º da Carta Magna, juntamente com os direitos “a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” (BRASIL, 1988). No seu artigo 205º, a Constituição Federal de 1988 ainda assegura que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno



desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988).

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, nº 9.394/1996, em seu artigo 2º, afirma que “a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais” (BRASIL, 2020, p. 8). Isso significa dizer que a educação não acontece só nos ambientes formais, isto é, nas instituições de ensino, mas em todos os espaços sociais em que se dá a própria vida humana.

A Carta Magna impõe, para que o ensino seja ministrado, alguns princípios para serem seguidos, são eles:

I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V – valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII – garantia de padrão de qualidade (BRASIL, et al., 1988).

A LDB nº 9.394/96 acrescenta a estes princípios, em seu artigo 3º,

o respeito à liberdade e apreço à tolerância; [...] valorização da experiência extraescolar; vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais; consideração com a diversidade étnico-racial; garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida (BRASIL, et al., 2020, p. 9).

Para garantir este direito, a Carta Magna ainda determina, em seu artigo 208º, que o dever do Estado deve ser cumprido de modo a garantir a

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (BRASIL, et al., 1988).

Não se pode deixar de destacar que quando se trata da educação de crianças e adolescentes, o dever do Estado é ainda mais importante. De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 9.069/1990, em seu artigo 3º, “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana” (BRASIL, 1990), isto é, pessoas de 0 a 18 anos também possuem os direitos fundamentais previstos na Carta Magna. Em seu



artigo 4º, o ECA estabelece como “dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público, assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos” (BRASIL, 1996) fundamentais das crianças e adolescentes. Além disso, o ECA também determina, no artigo 5º, que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais” (BRASIL, 1996).

Então, com base no exposto, é possível inferir que o direito à educação se constitui como um direito fundamental, de natureza social, e que é dever tanto do Estado quanto da família assegurar o acesso e a permanência de todas as pessoas, em especial as crianças e adolescentes, na escola. Porém, não se pode negar que a pandemia da Covid-19 impõe obstáculos para a garantia deste direito, pelo fato de a frequência ao ambiente escolar trazer riscos à saúde das pessoas e, por consequência, afetar a garantia de outro direito fundamental: a vida.


Mas, afinal, qual direito é mais importante? Entende-se que, ao se tratar de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, não existe uma hierarquia de direitos e, com base no cenário atual, conter a disseminação do vírus é de suma importância para garantir tanto o direito à vida quanto o próprio direito à educação. Acredita-se que é papel do Estado, dada a sua responsabilidade de garantir o direito a educação, propor políticas públicas que possibilitem esse acesso e permanência de todas as pessoas nas escolas.

Hofling (2001) colabora para esse entendimento ao dizer que políticas públicas podem ser;

compreendidas como as de responsabilidade do Estado – quanto à implementação e manutenção a partir de um processo de tomada de decisões que envolve órgãos públicos e diferentes organismos e agentes da sociedade relacionada à política implementada. Neste sentido, políticas públicas não podem ser reduzidas a políticas estatais (HOFLING, et al., 2001, p. 31) [grifos da autora].

A autora ainda complementa afirmando que as políticas públicas relacionadas à educação são formas de atuação do Estado, com o objetivo de contribuir para a manutenção das relações sociais dispostas em uma determinada estrutura social (HOFLING, 2001).

Pensando em política educacional, ações pontuais voltadas para maior eficiência e eficácia do processo de aprendizagem, da gestão escolar e da aplicação de recursos são insuficientes para caracterizar uma alteração da função política deste setor. Enquanto não se ampliar efetivamente a participação dos envolvidos nas esferas de decisão, de planejamento e de execução da política educacional, estaremos alcançando índices positivos quanto à avaliação dos resultados de programas da política educacional, mas não quanto à avaliação política da educação (HOFLING, et al., 2001, p. 39).



Isso significa dizer que é necessário que as políticas públicas educacionais sejam constituídas com a participação de toda a sociedade, convergindo, assim, com os princípios da Gestão Democrática, para a garantia do direito à educação e do direito à vida. Cada instituição de ensino está inserida em determinado contexto histórico, geográfico, social, econômico e cultural, portanto, é de suma importância que essas especificidades sejam consideradas no momento de elaborar e efetivar as políticas públicas educacionais.


OS DESAFIOS DO ENSINO REMOTO

Com base no exposto e na realidade social brasileira, é possível inferir que são muitos os desafios para garantir o acesso dos educandos à educação, mesmo antes da pandemia estes desafios já estavam impostos. Corroborando com o pensamento de Hofling (2001) quando aponta que;

Numa sociedade extremamente desigual e heterogênea como a brasileira, a política educacional deve desempenhar importante papel ao mesmo tempo em relação à democratização da estrutura ocupacional que se estabeleceu, e à formação do sujeito em termos mais significativos do que torná-lo “competitivo frente à ordem mundial globalizada” (HOFLING, et al., 2001, p. 40).

Assim, Silva e Sousa (2020) também contribuem para este entendimento quando afirmam que entre os desafios para a escola pública durante a pandemia e o chamado Ensino Remoto Emergencial (ERE) é possível também destacar o fato de “que poucas instituições de ensino público detêm infraestrutura tecnológica adequada para o ensino a distância, principalmente em áreas rurais onde o acesso à internet é dificultado e limitado” (SILVA; SOUSA, 2020, p. 967).

No estado de São Paulo, em março deste ano, a educação foi transformada em um serviço essencial, o que autorizou o retorno das aulas presenciais. Porém, devido ao alto índice de casos confirmados e mortes em decorrência da Covid-19, em meados do mês de abril, as atividades pedagógicas foram suspensas novamente (BIMBATI, 2021). Para o segundo semestre, cada instituição de ensino definirá sua capacidade e se irá retornar as aulas presenciais, de acordo com o divulgado em entrevista coletiva do governador do estado (BIMBATI, 2021). Dentre as preocupações para a garantia dos direitos fundamentais à vida e à educação, a decisão do estado de São Paulo de passar a responsabilidade para cada instituição de ensino decidir sua capacidade de atendimento para aulas presenciais de acordo com as suas especificidades causa grandes incertezas. Afinal, conforme já mencionado, as escolas públicas estão em desvantagem quanto aos recursos financeiros, tecnológicos e, inclusive, humanos.



Seja aula presencial ou, em tempos de pandemia, aula on-line, os pais/responsáveis, o Poder Público, as escolas e os professores, devem levar em conta que a educação universal e igualitária deve assegurar um sistema educacional inclusivo em todos os níveis para que todos desenvolvam suas habilidades segundo suas características e necessidades de aprendizagem (SILVA; SOUSA, et al., 2020, p. 974).

Mas para compreender a importância de garantir o direito à educação a todas as pessoas da sociedade, acredita-se na necessidade de ressaltar que a educação contribui significativamente para a emancipação dos sujeitos e que seu papel é promover o desenvolvimento integral dos educandos.

De acordo com Dermeval Saviani (2011), a educação se constitui pelo “ato de produzir, direta e intencionalmente, a humanidade que é produzida histórica e coletivamente pelo conjunto dos homens” (SAVIANI, 2011, p. 13), e nesse processo de humanização que se desenvolve a autonomia e o pensamento crítico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, na tentativa de responder a problematização que norteou o processo de pesquisa deste artigo, pode-se inferir que, durante o período da pandemia da Covid-19, que estabeleceu a suspensão das aulas presenciais nas instituições de ensino brasileiras, garantir o direito fundamental à educação tem sido um grande desafio para o Estado. Isso porque as desigualdades sociais têm se acentuado neste período na sociedade brasileira, devido ao desemprego ou subemprego (empregos informais e precarizados) que aumentou devido ao fechamento do comércio e de diferentes fontes de renda da população.

É possível perceber que a dicotomia entre a realidade das classes mais elevadas, que possuem condições financeiras e materiais de ter acesso à educação remota e até mesmo, e a realidade das classes mais baixas, que além de não possuir esse acesso à internet e a aparelhos tecnológicos ainda enfrentam outros problemas de natureza econômica. Porém, é dever e responsabilidade do Estado garantir o acesso à educação de todas as pessoas, em especial, daquelas que não possuem condições para garantir esse direito por si mesmas.

Também é importante considerar que a educação libertadora ou a educação emancipadora possuem um papel importante para quebrar os paradigmas impostos pela divisão social do trabalho e pela dinâmica da sociedade capitalista, pois com o desenvolvimento da ação e reflexão crítica é possível promover o desenvolvimento da autonomia e da emancipação dos educandos e, conseqüentemente, da sociedade como um todo.

Mas para tanto, é preciso envolver toda a sociedade nos processos educacionais e isso pode ser possível por meio da gestão democrática, por permitir a participação da comunidade escolar (professores, diretores e demais funcionários da escola, estudantes, familiares de estudantes e sociedade em geral) nos processos decisórios, construindo, desta forma, uma educação feita pelos seus próprios sujeitos, e não uma educação feita para o controle social e para a perpetuação de uma hegemonia estabelecida. Afinal, ninguém se educa sozinho e ninguém educa ninguém, todos se educam simultaneamente mediatizados pelo mundo (FREIRE, 1996).

REFERÊNCIAS

BIMBATI, A.P. Volta às aulas presenciais nas escolas de São Paulo: tire suas dúvidas. Uol Notícias, São Paulo, publicado em 14 abr. 2021. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/noticias/2021/04/10/retorno-presencial-das-aulas-em-sp-tire-suas-duvidas.htm> . Acesso em: 04 abril 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 07 jul. 2021.

BRASIL. LDB: Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. 4 ed. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/572694/Lei_diretrizes_bases_4ed.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 04 abril 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm . Acesso em: 04 abril 2022.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 06 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. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 04 abril 2022.

BUCCI, M.P.D. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002.

DUARTE, C. S. A educação como um direito fundamental de natureza social. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/Sys3c3j8znnWkyMtNhstLtg/>. Acesso em: 04 abril 2022.

HÖFLING, E. de. Estado e políticas (públicas) sociais. Cadernos Cedes, v. 21, p. 30-41, 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ccedes/a/pqNtQNWnT6B98Lgipc5YsHq/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 04 abril 2022.



OLIVEIRA, P. S. Caminhos de construção da pesquisa em ciências humanas. In: OLIVEIRA, Paulo de Salles (Org.). Metodologia das Ciências Humanas. São Paulo: Hucitec/UNESP, 1998, p. 17-28.

PIOVESAN, F. C. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SAVIANI, D. Pedagogia histórico-crítica: primeiras aproximações. 11 ed. Campinas: Autores Associados, 2011.

SEVERINO, A. J. Metodologia do Trabalho Científico. [Livro eletrônico] 1. Ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SILVA, D. S. V; SOUSA, F. C. de. Direito à educação igualitária e (m) tempos de pandemia: desafios, possibilidades e perspectivas no Brasil. Revista Jurídica Luso-Brasileira, v. 6, n. 4, p. 961-979, 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/4/2020_04_0961_0979.pdf Acesso em: 08 jul. 2021.

CAPÍTULO 14

A VULNERABILIDADE DE CERTOS GRUPOS SOCIAIS NA PANDEMIA DA COVID-19 E OS OBSTÁCULOS A SEREM ENFRENTADOS

Daially Hiller Guimarães

RESUMO

A pandemia da Covid-19 gerou um grande contágio pelo mundo, desde óbitos e doentes, diferentes grupos sociais são os mais expostos na pandemia. O objetivo do estudo é analisar os obstáculos agravados durante a pandemia de COVID-19, se atendo a questões como o aumento da violência, da fome e do desemprego. A metodologia é uma pesquisa biográfica que utiliza artigos científicos e livros nos últimos cinco anos e a legislação brasileira para uma abordagem qualitativa e descritiva. O Presidente da República contribuiu para o contágio acelerado ao minimizar o impacto que a pandemia da Covid-19 representa à saúde pública, além de não incentivar a sociedade a tomar a vacina, gerando menos população vacinada e mais morte por causa do vírus. A violência infringe os Direitos Humanos estabelecidos pela Constituição de 1988, com a pandemia da Covid-19, os casos de violência doméstica e psicológica cresceram constantemente, principalmente no Estado de São Paulo, a Lei Maria da Penha é a principal legislação para assegurar assistência e proteção às mulheres. O machismo apresenta uma contribuição para a ocorrência da violência, a construção da sociedade machista acaba aceitando o papel do homem como o pilar de uma casa e suas atitudes violentas são aceitas, enquanto, a mulher assume um papel mais frágil e responsável pelo cuidado da casa, dos filhos e marido. A pandemia resultou em alto índice de desempregos no Brasil, o Nordeste enfrenta uma maior taxa de desocupação, no entanto, com a vacinação e o fim da pandemia, há a prevalência de continuar 10 milhões de habitantes desempregados. A saúde mental é importante ser cuidada nessas situações, os idosos, crianças e os deficientes precisam de mais cuidados e atenção com o cenário da pandemia. Os refugiados sempre enfrentaram dificuldades, porém, na pandemia intensificou sua vulnerabilidade, por isso, é importante o apoio do país para auxiliar essas pessoas, o Brasil proporcionou material de informações, higiene, proteção, monitoramento e auxílio financeiro para esse grupo social. Portanto, as políticas públicas são essenciais para assegurar um maior atendimento e qualidade de vida para a população de diferentes grupos sociais e também, os refugiados.

PALAVRAS-CHAVES: Covid-19. Sociedade. Dificuldades. Violência. Cuidados.

INTRODUÇÃO

A Covid-19 é um vírus com alto índice de impacto na sociedade, pois, sua contaminação ocorreu com uma expansão acelerada do número de óbitos e contagiados pelo mundo (NUNES; LEITE e CARVALHO, 2020).

Segundo Li et al., (2020) a Covid-19 originou em dezembro de 2019 na cidade de Wuhan/China, ocasionando na síndrome respiratória aguda grave 2 (SARS-CoV-2). Diante



disso, o vírus desencadeou um bloqueio na cidade e regiões para minimizar o impacto à população.

A população sofreu com a Covid-19, pois mesmo com o bloqueio em Wuhan/China, o vírus se espalhou pelo mundo, precisando que a Organização Mundial da Saúde declare a Covid-19 como uma pandemia global, assim, caracterizando-a como uma parte da história de doenças que devastou a sociedade, como a gripe espanhola de 1918 (H1N1), a gripe asiática de 1957 (H2N2), a gripe de Hong Kong de 1968 (H3N2), etc. (NUNES; LEITE e CARVALHO, 2020).

O maior impacto da pandemia da Covid-19 foi a população de média e baixa renda, tendo sido expostas devido à necessidade de continuar trabalhando e utilizando transporte público, além de contribuírem para a transmissão do vírus à família, pois, tem um maior número de moradores por domicílio e tem dificuldade de manter o isolamento social sem perda excessiva de renda ou do emprego (PIRES; CARVALHO e XAVIER, 2020).

Outro problema para a sociedade de classe baixa e média é o analfabetismo, essas pessoas não investiram em estudos, eis que precisavam trabalhar logo cedo, portanto, tornando-se (semi) analfabeto ou analfabeto funcional.

As pessoas (semi) analfabeto ou analfabeto funcional apresentam uma maior dificuldade para discernir informações mais complexas, como não saber escrever ou pronunciar erroneamente palavras até não saber realizar cálculos aritméticos ou possuir deficiência em cultura, história e política de seu país.

A população de baixa renda, que, em geral, abrange (semi)analfabetos, desempregados, estrangeiros/refugiados, é a classe que mais sofre, principalmente, diante de crises humanitárias, como a situação da pandemia da Covid-19,

O presente artigo tem como objetivo analisar os obstáculos agravados durante a pandemia de COVID-19, se atendo a questões como o aumento da violência, da fome e do desemprego.

A metodologia de desenvolvimento é caracterizada como uma pesquisa bibliográfica, onde utiliza artigos científicos e livros nos últimos cinco anos e a legislação brasileira para uma abordagem qualitativa e descritiva.

O NEGACIONISMO GOVERNAMENTAL E A OMISSÃO AOS DIREITOS HUMANOS

A direita é uma força conservadora vinculada à burguesia e ao capitalismo, enquanto a esquerda é uma força revolucionária, que tenta tornar menos perverso o ideal individualista, não somente visando o lucro, mas também o bem-estar social.

No início da Pandemia de COVID-19, o Brasil sofreu uma onda negacionista por parte do Presidente da República, que, incrédulo, afirmava que seria somente uma “gripezinha”, e que pessoas com “histórico de atleta”, como o dele, se pegassem o vírus não sofreriam a enfermidade de forma grave, inclusive, recomendou remédios não comprovados cientificamente que serviriam para a cura ou tratamento da doença, ainda, no momento em que a vacina já se encontrava disponível, apresentou o argumento absurdo de que a população viraria jacaré ou portador de HIV/AIDS se tomassem a dose. Sendo favorável à imunidade de rebanho, colabora com a disseminação do vírus e a hesitação da população à vacina.

O Painel Interativo sobre a Covid-19, desenvolvido pelo Governo Brasileiro com a última atualização no dia 28/04/2022, apresenta um total de 30.428.920 casos e 663.225 óbitos desde o início da pandemia, demonstrando a negligência do Presidente da República sobre as medidas de combate a pandemia (GOVERNO FEDERAL, 2022).

A saúde é um direito fundamental, sendo dever do Estado garanti-la, através de formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças (Lei nº 8.080/90), o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40), segundo o art. 268, prevê que é crime tentar impedir a propagação de doença contagiosa. Em uma situação de pandemia, a liberdade individual não pode prevalecer à liberdade e à saúde das outras pessoas, em momentos como este, é necessário ter empatia e pensar no bem-estar coletivo.

Diante do contexto de um governo negacionista, a tendência de que muitos indivíduos seguissem a mesma linha de pensamento do Presidente da República sobre o vírus e a vacina só aumentou, prejudicando os demais, que buscavam primar pela saúde da coletividade.

Nas últimas notícias do G1 Globo (2022) do dia 14/04/2022, aponta que 176.424.885 pessoas (82,12%) no Brasil tomaram a 1ª dose da vacina, 162.579.869 pessoas (75,68%) tomaram a 2ª dose e a dose única, e 83.024.537 pessoas (38,65%) tomaram a dose de reforço.

A vacina é primordial para a sociedade na proteção contra os impactos da Covid-19 no organismo, a vacina não impede de pegar o vírus, mas minimiza seus danos à saúde.



O Instituto Butantan (2022) explica que 75% das mortes por causa da Covid-19 nos primeiros dez meses de 2021, ocorreu devido à população que não tomou a 1ª dose da vacina contra a doença, os idosos que também não tomaram morreram quase três vezes mais em comparação aos indivíduos que tomaram a primeira dose da vacina, e quanto às pessoas com menos de 60 anos e não vacinados, foi 83 vezes maior que as pessoas que tomaram a primeira dose da vacina.

Portanto, as pessoas que tomam a vacina têm um menor risco de apresentar complicações quando contraem a Covid-19 em comparação às pessoas que não tomaram a vacina, ou seja, a vacina minimiza impactos no organismo que requer hospitalização (DIAS, 2021).

O AUMENTO DA VIOLÊNCIA DURANTE A PANDEMIA

A violência possui o intuito de impedir o outro de manifestar sua vontade, está atrelada à privação de liberdade, que é contrária à espontaneidade do indivíduo, violando a integridade física e psicológica. Ao ultrapassar o limite do respeito ao próximo, utilizando-se de ameaças, humilhações, intimidações, coerções, terror, medo, manipulações (jogos psicológicos), o indivíduo leva a vítima ao desgaste psicológico, causando-lhes cansaço emocional e sensação de incapacidade em diversas áreas da vida, quando a vítima não sofre agressões físicas, podendo, ainda, resultar em morte.

A violência tem como vítimas, em geral, mulheres, crianças e idosos, independente de nível social, credo ou raça, causando-lhes consequências danosas, que, em casos específicos, são irreparáveis.

A violência infringe os princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, a respeito da saúde, dignidade, liberdade, bem-estar, igualdade, segurança, construir uma sociedade justa, etc.

A Constituição Federal de 1988 especifica no Art. 226º, §8º, que o Estado tem a função de assegurar a assistência à família para criar mecanismos para coibir a violência, uma vez que a proteção e segurança é um dos Direitos Humanos estabelecido pela Constituição.

No Art. 227º da Constituição Federal de 1988, o Estado é responsável junto da sociedade em assegurar o direito à saúde, alimentação, educação, liberdade, etc. aos adolescentes, jovens e crianças, e principalmente prover proteção de toda forma de negligência, violência, crueldade, etc.



No período de Pandemia por Covid-19, o problema vivenciado foi um fator agravante, principalmente nas famílias de baixa renda. “Percebe-se que o aumento da violência contra a mulher e contra a criança e ao adolescente durante o período de distanciamento social tem sido observado em diferentes países, tais como China, Reino Unido, Estados Unidos, França e Brasil” (MARQUES et al., 2020, p. 2).

Para Teixeira (2021), a pandemia da Covid-19 gerou um aumento de violência contra a mulher em suas próprias residências. A pandemia exigiu medidas de segurança à saúde, como o isolamento social, trabalhar em casa, diminuir o percurso diário das pessoas na rua, etc., essa situação gerou estresse, depressão, brigas, etc. para as pessoas, contribuindo para casos de violência domiciliar.

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2020) apontou que em março de 2022, aumentaram os casos de violência doméstica e feminicídio, principalmente no Estado de São Paulo. Os registros do 190 demonstraram um aumento dos atendimentos relativos à violência doméstica.

Conforme Fiocruz (2020) a probabilidade de ocorrer violência psicológica, física e sexual tem como fator o aumento do uso abusivo de álcool e outras drogas, onde a contenção dos próprios atos são reduzidos. Por isso, o Disque 100 registrou um aumento de 13% no número de denúncias sobre violência contra idosos em 2020, negligência (38%); a violência psicológica (26,5%) e violência patrimonial (19,9%).

A violência psicológica ocorre mais vezes no seio familiar, através de ameaças, intimidação, perseguição, etc., principalmente contra as mulheres, tornando-se um problema altamente prevalente (BEDOYA PAUCAR; BEDOYA PAUCAR e BEDOYA PAUCAR, 2020).

A Lei nº 11.340/2006, conhecida como a Lei Maria da Penha, a qual cria mecanismos para prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, assim, é uma lei importante para assegurar proteção e medidas de assistência para as mulheres, essa lei é essencial para salvar vidas, principalmente na pandemia da Covid-19 com o aumento de casos de violência.

A cultura predominante conservadora

O machismo é uma das formas de reprodução e perpetuação da dominação masculina, através da linguagem, como por exemplo: desrespeito às mulheres; interrupções agressivas das falas de outras mulheres; tratamento depreciativo aos pronunciamentos de mulheres; boicote



aos pronunciamentos que defendem causas femininas; desprezo e desvalorizações da capacidade e competência de mulheres; uso abusivo de apertes por homens; tratamento discriminatório por causa de gênero; etc. (BARROS e BUSANELLO, 2019).

Segundo Balbinotti (2018), o machismo está no discurso de dominação fortemente, onde estabelecem que tem as características de força, virilidade, posse e autoridade e para as mulheres: emoção, passividade, fragilidade e submissão.

O machismo incide sobre a sociedade, gerando efeitos deletérios na vida de mulheres e afeta negativamente a saúde mental de homens, assim, o machismo tem uma maior prevalência sobre os casos de violência, a ideia de posse, autoridade, passividade, fragilidade e submissão contribuem para a ação da violência (SILVA e MELO, 2021).

O machismo e a violência estão diretamente relacionados a ideias de superioridade do gênero, a construção de uma sociedade machista prevalece o papel do homem como o pilar da casa, onde o comportamento violento é aceito e a figura feminina tem a tarefa de mãe dedicada aos filhos, ao cuidado do lar, atenção ao marido, etc. (RAMIREZ et al., 2017).

O DESEMPREGO ESTRUTURAL E A INSEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL DENTRO DOS LARES

No cenário de disputas entre as medidas a serem adotadas pelo Governo Brasileiro diante da Pandemia, grande parte da população permanece com sua rotina de trabalho em busca de sustento, impossibilitando de beneficiar-se das medidas protetivas do distanciamento social, já que o apoio financeiro para as populações mais pobres mal serve para pagar o aluguel da moradia daqueles que mais necessitam.

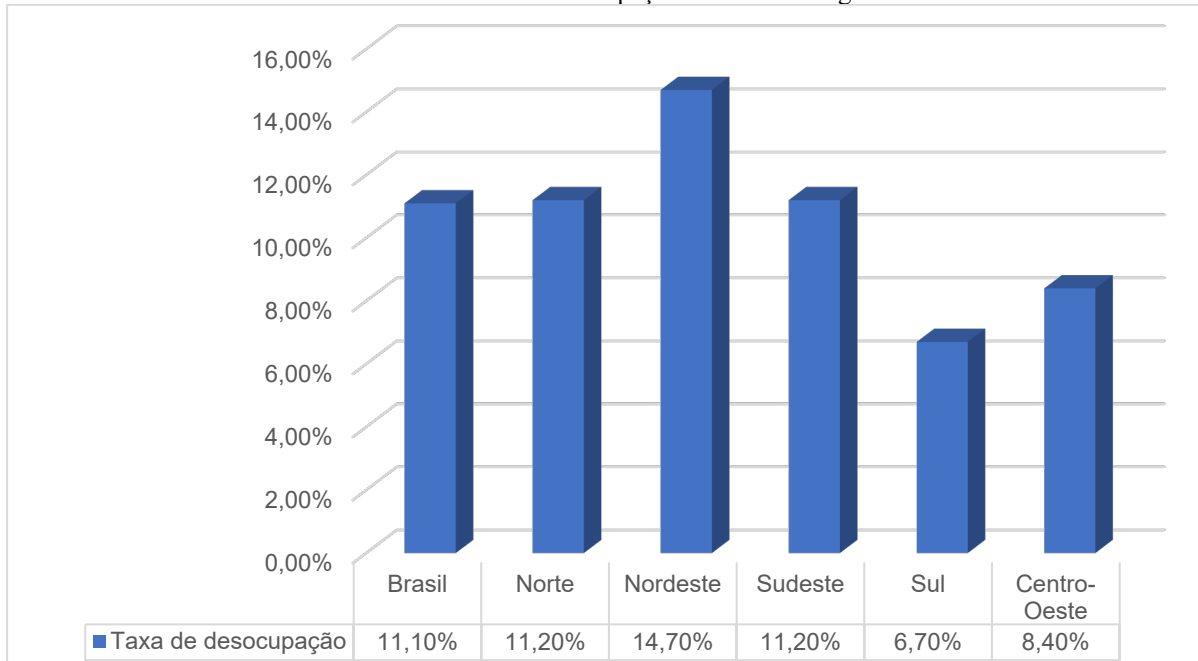
Contudo, sorte daqueles que permaneceram com emprego ou alguma fonte de renda durante este período caótico em que o mundo inteiro tem vivenciado, momento de incertezas, que trouxe desemprego e pobreza para muitos lares do povo brasileiro.

Para Dias (2012) com o aumento de óbitos e casos por causa da Covid-19, a paralisação das atividades cotidianas para um maior controle e minimização de contágios, contribuiu para 14 milhões de desempregados e 20 milhões de pessoas famintas.

O Gráfico 1 apresenta as regiões do país com desocupação no 4º bimestre de 2021:



Gráfico 1: Taxa de Desocupação no Brasil e Regiões.



Fonte: IBGE (2021).

O Gráfico 1 demonstra que a região do Nordeste apresenta uma maior taxa de desemprego, em 2021 são 12 milhões de desempregados, a situação com a pandemia da Covid-19, prevaleceu para essa quantidade de pessoas sem trabalho (IBGE, 2021).

A aceleração da vacinação estima um fim para a pandemia da Covid-19, porém, mesmo com a volta das atividades, o Brasil enfrentará aproximadamente 10 milhões de pessoas sem empregos (CARRANÇA, 2021).

O CUIDADO COM IDOSOS, CRIANÇAS E PESSOAS COM CAPACIDADE LIMITADA SE TORNOU MAIS DIFÍCIL

Os idosos e deficientes, sujeitos que possuem maior número de comorbidades, encontram-se mais vulneráveis diante da pandemia, pois, o risco de morrer aumenta conforme a idade. Em se tratando de idosos e deficientes que vêm de situação de baixa renda ou de classe média, que convivem com demais familiares em uma mesma moradia, ou aqueles que residem em casas de repouso, o risco aumenta, eis que há uma maior dificuldade de isolamento em casos de infecção.

Os idosos, as crianças e os deficientes são grupo de risco e sofrem discriminação em países de baixa e média renda, por haver pouco investimento dos sistemas de saúde para rastrear e tratar os casos, sendo dado preferência para aqueles grupos que possuem maior chance de sobrevivida, ou seja, jovens.



A dinâmica das famílias com crianças, idosos e deficientes têm exigido um esforço maior dos familiares e/ou cuidadores que necessitam conciliar o trabalho remoto, o trabalho doméstico e o cuidado.

Para Lima (2020) situações de pandemia afetam psicologicamente a sociedade, por isso, as crianças, os deficientes e idosos precisam produzir ou reforçar hábitos de autocuidado para reduzir riscos de adoecimento mental.

As principais dificuldades enfrentadas, são: emocionais, renda familiar, convívio familiar, realização das atividades domésticas, lidar com o isolamento, aumento de conflitos, seguir orientações sanitárias, etc. (BERTELLI; MOSER e GELINSKI, 2021), por isso, é importante o cuidado, atenção, carinho, dignidade humana, etc. (ARAUJO e FERNANDES, 2020).

As medidas de prevenção e isolamento social é uma das estratégias para o enfrentamento da Covid-19, Malloy-Diniz et al., (2020) explica que os cuidados são importantes para a saúde mental, a busca por assistência psicológica e apoio familiar contribuem para qualidade de vida.

A VULNERABILIDADE DOS REFUGIADOS

O conceito de refugiado encontra-se no Estatuto dos Refugiados, Lei nº 9.474/1997, que prevê em seu artigo 1º que é todo aquele que saiu de seu país devido a perseguições raciais, religiosas, políticas, de nacionalidade, por pertencer a certos grupos sociais, ou em consequência a grave e generalizada violação de direitos humanos, que, não tendo nacionalidade e estando fora do país onde residia, não possa ou não queira regressar a ele (BRASIL, 1997).

Sem lar, sem pátria, sem condições financeiras, sem emprego, sem comida, diante de um vírus à solta devastando populações. Muitos ainda não legalizados no país, em idade economicamente ativa, com alto nível educacional, que vinham exercendo trabalho informal, às vezes em condições degradantes, sentiram-se prejudicados durante o período caótico de pandemia.

A Covid-19 apresenta impactos, mas para cada pessoa é diferente, as pessoas em situação de rua, indígenas, presos e refugiados estão em maior vulnerabilidade. Os refugiados já encontravam-se em vulnerabilidade antes, e com a pandemia, intensificou-se a luta pela sobrevivência. Em casos de crises, a vulnerabilidade, as dificuldades com a adaptação da cultura



local, o desconhecimento da língua, o distanciamento de parentes, a xenofobia vivenciada, etc. são desafios para o desenvolvimento dos refugiados no local (JATOBA, 2020).

Diante das dificuldades, principalmente com a pandemia, há a necessidade de apoio do país, Grandi (2020, p.5) especifica que:

Os migrantes e refugiados - independentemente de seu status formal - devem fazer parte integrante dos sistemas e planos nacionais de combate ao vírus. Muitas dessas mulheres, homens e crianças se encontram em locais onde os serviços de saúde estão sobrecarregados ou inacessíveis. Eles podem estar confinados a acampamentos e assentamentos, ou vivendo em favelas urbanas, onde a superlotação e o saneamento com poucos recursos aumentam o risco de exposição. O apoio internacional é urgentemente necessário para ajudar os países anfitriões a intensificar os serviços - tanto para migrantes quanto para as comunidades locais - e incluí-los nos acordos nacionais de vigilância, prevenção e resposta. Não fazer isso colocará em risco a saúde de todos - e o risco de aumentar a hostilidade e o estigma. Também é vital que qualquer restrição dos controles nas fronteiras, restrições de viagem ou limitações à liberdade de movimento não impeça as pessoas que podem estar fugindo da guerra ou perseguição de acessar a segurança e proteção (GRANDI, 2020, p.5).

O website de notícias Agência Brasil (2020) explica que as mulheres e meninas refugiadas enfrentam um maior risco de violência na época da pandemia da Covid-19, onde são violentadas, estupradas, vendidas, etc., precisando que o país garanta serviços de proteção.

A Agência da ONU para Refugiados (2021) explica que a pandemia da Covid-19 expõe um maior risco para pessoas idosas refugiadas em serem excluídas da sociedade na América Latina, prejudicando seu bem-estar e limitando seu acesso a direitos e serviços.

Diante disso, no Brasil, principalmente com a pandemia, o Governo disponibilizou material para refugiados com informações, distribuição de acessórios básicos de higiene e proteção, monitoramento da fronteira brasileira e dos aeroportos (PEIXOTO; SENA e CAVALCANTI, 2021).

A Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, disponibilizou o auxílio emergencial devido à situação econômica do país, com o objetivo de auxiliar migrantes e a população frente à crise (BRASIL, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma pandemia acabará quando a Organização Mundial da Saúde anunciar o seu fim, baseada em dados que mostram uma diminuição da transmissão em todos os continentes, contudo, no momento em que o risco de contágio for quase zero, a preocupação de recuperar-se das consequências permanecerá por incontáveis anos.

Para uma considerável melhora, é imprescindível a implementação de políticas públicas de enfrentamento das violências contra mulheres, crianças, adolescentes e idosos, e que integrem direitos sociais (saúde, educação e trabalho) à população que se tornou vítima dos efeitos da pandemia.

Além da violência e o machismo estrutural, a pandemia da Covid-19 apresentou desafios para a vida dos idosos, crianças, deficientes, refugiados, e, até mesmo, para a população em geral, por isso, é essencial promover campanhas e políticas públicas para auxiliar a sociedade a recuperar-se economicamente, também, a respeito do estresse, depressão, ansiedade, violência, luto, etc., proporcionando atendimento para as pessoas no enfrentamento de dificuldades e assegurar assistência à saúde mental.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Pandemia aumenta risco de violência contra mulheres refugiadas.** Publicado em 20/04/2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2020-04/pandemia-aumenta-risco-de-violencia-contra-mulheres-refugiadas>> Acesso em: 28 abril 2022.

AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS. **Refugiados idosos estão sob alto risco de exclusão enquanto COVID-19 continua a atingir as Américas.** 26 May 2021. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2021/05/26/refugiados-idosos-estao-sob-alto-risco-de-exclusao-enquanto-covid-19-continua-a-atingir-as-americas/>> Acesso em: 28 abril 2022.

ARAÚJO, L.A.S.; FERNANDES, E.M. O cuidado com pessoas com deficiência em tempos do COVID-19: considerações acerca do tema. **Braz. J. Hea. Rev.**, Curitiba, v. 3, n. 3, 5469-5480 may./jun. 2020. Disponível em: <<https://www.brazilianjournals.com/index.php/BJHR/article/view/10849/9074>> Acesso em: 28 abril 2022.

BALBINOTTI, I. A violência contra a mulher como expressão do patriarcado e do machismo. **REVISTA DA ESMESC**, v.25, n.31, p. 239-264, 2018. Disponível em: <<https://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/191/165>> Acesso em: 27 abril 2022.

BARROS, A.T.; BUSANELLO, E. Machismo discursivo: modos de interdição da voz das mulheres no parlamento brasileiro. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, 27(2), 2019. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ref/a/xYh6dxnNQ6LV9M9DC976tDg/?format=pdf&lang=pt>> Acesso em: 27 abril 2022.

BEDOYA PAUCAR, M.D.P.; BEDOYA PAUCAR, B.O.; BAQUERO PILOSO, O.X. Covid-19 y la violencia contra la mujer. **RECIMUNDO**, VOL. 4, Nº 4, 2020. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7983621>> Acesso em: 26 abril 2022.

BERTELLI, R. MOSER, L.; GELINSKI, C.R.O.G. Famílias, mulheres e cuidados: efeitos da pandemia de Covid-19 em Santa Catarina. **Oikos: Família e Sociedade em Debate**, Viçosa, v. 32, n.1, p.35-54, 2021. Disponível em: <<https://periodicos.ufv.br/oikos/article/view/11335/6590>> Acesso em: 28 abril 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 26 abril 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 25 abril 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm> Acesso em: 25 abril 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 23 jul. 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm>. Acesso em: 21 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm> Acesso em: 26 abril 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 abr. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113982.htm>. Acesso: 11 maio 2020.

CARRANÇA, T. **Mesmo após crise gerada por pandemia, Brasil terá 10 milhões de desempregados, dizem economistas**. BBC News Brasil em São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/bbc/2021/07/23/mesmo-apos-crise-gerada-por-pandemia-brasil-tera-10-milhoes-de-desempregados-afirmam-economistas.htm>> Acesso em: 28 abril 2022.

DIAS, L.C. **Reflexões sobre a pandemia: está mesmo acabando?** Jornal da Unicamp, 25 out. 2021. Disponível em: <<https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/luiz-carlos-dias/reflexoes-sobre-pandemia-esta-mesmo-acabando>> Acesso em: 03 fev. 2022.

FIOCRUZ. **Saúde mental e atenção psicossocial na pandemia COVID-19: Violência doméstica e familiar na covid-19**. Ministério da Saúde, Bernardo Dolabella Melo et al. (org), Fiocruz, 2020. Cartilha. 22 p. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/41121>> Acesso em: 26 abril 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19**. Nota técnica, 16 de abril de 2020. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>> Acesso em: 26 abril 2022.

GOVERNO FEDERAL. **Painel Coronavírus**. Atualizado em:28/04/2022, 17:44. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>> Acesso em: 25 abril 2022.

GRANDI, F. **The coronavirus outbreak is a test of our systems, values and humanity.** The Telegraph, 10 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.telegraph.co.uk/global-health/science-and-disease/coronavirus-outbreak-test-systems-values-humanity/>> Acesso em: 28 abril 2022.

G1 GLOBO. **Mapa da vacinação contra Covid-19 no Brasil.** Dados atualizados às 20h05 de 14/04/2022. Disponível em: < <https://especiais.g1.globo.com/bemestar/vacina/2021/mapa-brasil-vacina-covid/>> Acesso em: 25 abril 2022.

IBGE. **Desemprego.** 2021. Disponível em: < <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>> Acesso em: 27 abril 2022.

INSTITUTO BUTANTAN. **Não vacinados representam 75% das mortes por Covid-19, diz estudo brasileiro.** Publicado em: 04/03/2022. Disponível em: < <https://butantan.gov.br/noticias/nao-vacinados-representam-75-das-mortes-por-covid-19-diz-estudo-brasileiro>> Acesso em: 25 abril 2022.

JATOBA, N.V. Assistência aos refugiados no território brasileiro frente ao Covid-19. **Cadernos Eletrônicos Direito Internacional sem Fronteiras**, Vol. 2, Núm. 2, Jul-Dez 2020. Disponível em: < <https://cedisf.emnuvens.com.br/cedisf/article/view/15/36>> Acesso em: 28 abril 2022.


LIMA, R.C. Distanciamento e isolamento sociais pela Covid-19 no Brasil: impactos na saúde mental. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 30(2), e300214, 2020. Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/physis/a/nyq3wrt8qpWFsSNpbgYXLWG/?format=pdf&lang=pt>> Acesso em: 28 abril 2022.

LI, Q.; GUAN, X.; WU, P.; WANG, X.; ZHOU, L.; TONG, Y. Early transmission dynamics in Wuhan, China, of novel coronavirus-infected pneumonia. **N Engl J Med.**, 2020 Mar;13(382):1199-1207.

MALLOY-DINIZ, L.F.; COSTA, D.S.; LOUREIRO, F.; MOREIRA, L.; SILVEIRA, B.K.S.; SADI, H.M.; APOLINÁRIO-SOUZA, T.; ALVIM-SOARES, A.; NICOLATO, R.; PAULA, J.J.de.; MIRANDA, D.; PINHEIRO, M.I.C.; CRUZ, R.M. SILVA, A.G. Saúde mental na pandemia de Covid-19: considerações práticas multidisciplinares sobre cognição, emoção e comportamento. **Debates em Psiquiatria** [Internet]. 30º de junho de 2020 [citado 29º de abril de 2022];10(2):46-68. Disponível em: < <https://revistardp.org.br/revista/article/view/39>> Acesso em: 28 abril 2022.

MARQUES, E.S.; MORAES, C.L.; HASSELMANN, M.H.; DESLANDES, S.F.; REICHENHEIM, M.E. **A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de COVID-19.** Cadernos de Saúde Pública. Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca. Rio de Janeiro, abr. 2020. Disponível em: <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/1033/a-violencia-contramulherescrianaseadolescentesemtemposdepandemiapeiacovid19panorama-motivaes-e-formas-de-enfrentamento>. Acesso em: 05 mar. 2022.

NUNES, E.P.; LEITE, E.S.; CARVALHO, W.R.G. Rastreamento Geográfico da COVID-19 Segundo Fatores Socioeconômicos e Demográficos no Município de Uberlândia, Minas Gerais. **J. Health Biol Sci.**, 2020;8(1):1-6. Disponível em: < <https://periodicos.unichristus.edu.br/jhbs/article/view/3518/1202>> Acesso em: 25 abril 2022.



PEIXOTO, A.R.; SENA, K.B.P.; CAVALCANTI, C.M. Mobilidade E Pandemia: Análise Da Vulnerabilidade Dos Refugiados Diante Da Covid-19 No Nordeste Brasileiro. **Prim@Facies**, v.20, nº 43, 2021. Disponível em: <<https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacies/article/view/54239/33391>> Acesso em: 28 abril 2022.

PIRES, L.N.; CARVALHO, L.; XAVIER, L.D.L. COVID-19 e desigualdade: a distribuição dos fatores de risco no Brasil. **Experiment Findings**, 21, 1-3, 2020. Disponível em: <<https://ondasbrasil.org/wp-content/uploads/2020/04/COVID-19-e-desigualdade-a-distribui%C3%A7%C3%A3o-dos-fatores-de-risco-no-Brasil.pdf>> Acesso em: 25 abril 2022.

RAMIREZ, A.; ROBAYO, S.; CEDENO, D.; RIANO, N. El machismo como causa original de la violencia intrafamiliar y de género. **CienciAmérica** (2017) Vol. 6 (3).

SILVA, R.P.; MELO, E.A. Masculinidades e sofrimento mental: do cuidado singular ao enfrentamento do machismo? **Ciência & Saúde Coletiva**, 26(10):4613-4622, 2021. Disponível em: <<https://www.scielosp.org/pdf/csc/2021.v26n10/4613-4622/pt>> Acesso em: 27 abril 2022.

TEIXEIRA, R. **Estudo revela aumento da violência contra a mulher durante a pandemia.** Senado, 2021. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2021/03/23/estuda-revela-aumento-da-violencia-contra-a-mulher-durante-a-pandemia#:~:text=Mulher-,Estudo%20revela%20aumento%20da%20viol%C3%Aancia%20contra%20a%20mulher%20durante%20a,%20pandemia%20da%20covid%2D19.>>> Acesso em: 26 abril 2022.

CAPÍTULO 15

FALHA NA SEGURANÇA PÚBLICA: OS DEFECTS NA SEGURANÇA PÚBLICA E SEUS REFLEXOS

Enzo Ferreira do Carmo Lima
Leticia Lourenço Sangaletto

RESUMO

As falhas na Segurança Pública são constantemente discutidas no mundo jurídico, sendo apontadas como principais causadoras de danos sociais como a marginalização nas comunidades Brasileiras. Problemas estes que são constantemente evidenciados na rotina e dia a dia do cidadão brasileiro, com gráficos negativos em comparação a outros países quando o assunto é bem-estar social, acarretando na insegurança da população e destacando o completo medo daqueles que precisando enfrentar situações diversas, frutos do descaso com a Segurança. Este trabalho irá demonstrar como a falha na Segurança pública afeta diretamente nos problemas sociais, e ainda os reflexos que estes problemas causam para a população. Também, será mencionado os principais problemas que corroboram para a crise atual, levando em conta os déficits que a própria lei proporciona, e as medidas que os criminosos utilizam para se adequar e se livrar da punição. Neste exposto será possível verificar algumas formas de reparação desta estrutura, para que a população obtenha o bem-estar e segurança necessária, buscando apontar algumas dentre as principais falhas que poderiam ser sanadas, para a garantia de direitos e deveres em favor da segurança nacional.


PALAVRAS CHAVE: Segurança Pública. Governantes. Falhas. Criminalização. Crise.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo associar o debate teórico e acadêmico sobre a Segurança Pública no Brasil. No cenário em que encontramos as reais condições de segurança pública no Brasil, é perceptível desconformidade quanto a Constituição, como também os prejuízos sociais que estes erros apresentam a todos que ele abrange.

A evolução social vem ocorrendo ao longo dos anos, motivada por inovações tecnológicas, modernização de culturas, e em sua companhia, o número de problemas de marginalização, irregularidades estruturais, e criminalização também se encontram em evolução.

Atualmente, o crime organizado demonstra cada vez mais uma superioridade ao se comparar com as diretrizes de Segurança Pública brasileira, driblando o Sistema e agindo em proteção do próprio Estado.



Noutra senda, um dos principais erros a ser considerado por esses déficits seriam a falta de preocupação governamental em não procurar eficácia em suas legislações constitucional e infraconstitucional, valorizando as normas simbólicas confiando as condutas em totalidade nos sistemas jurídicos e políticos em vigência, ignorando a insatisfação social que ao longo dos anos trouxe incertezas a população, sobretudo considerando a ineficiência em seguir os direitos e garantias do cidadão.

Deste modo, tal estudo visa apontar como a falha na Segurança pública afeta diretamente nos problemas sociais, e ainda os reflexos que estes problemas causam para a população frente à evolução da criminalidade, através de pesquisas em que mostram que as falhas que causam a crise na Segurança Pública são em decorrência a uma indiferença daqueles que detém o poder de mudanças.

CONCEITUAÇÃO DE SEGURANÇA PÚBLICA

Para dar andamento ao presente exposto, devemos pontuar e compreender o sentido de “Segurança Pública” que tem em seu contendo segundo Silva (2008, p.780) “uma situação que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses”. A Segurança Pública é um complexo sistêmico que abrangente e otimizado que busca garantir a preservação da ordem pública, incolumidade social e patrimonial. Deste modo, para uma real garantia de direitos e deveres, há envolvimento de ações integradas a nível Federal, Estadual, Municipal e Distrital tendo como participantes entidades públicas, privadas e da comunidade como um todo.

Sendo um direito garantido pela Constituição Federal de 1988 como um dever do Estado, e como direito e responsabilidade de todos, a Segurança Pública é contemplada de um conjunto de ações de caráter preventivo, legislativo, de fiscalização e repressão, responsabilização, punição, e de ressocialização.

Antes da promulgação da Constituição/88, não se tinha um modelo de segurança pública, ao de sua aplicabilidade, gerando então após a promulgação da constituição atual através do artigo 144 uma definição de Segurança Pública de forma sucinta:

A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I – polícia federal;
- II – polícia rodoviária federal;
- III – polícia ferroviária federal;

IV – polícias civis;

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares. (BRASIL, 1988).

Assim, gerou autonomia para a condução dos estados na política de segurança com uma descentralização, com o resguardo da ordem pública e prevenção da violência tornando-se atribuição das instituições policiais.

RELEXOS DA CRISE NA SEGURANÇA PÚBLICA

De forma geral, a falha na segurança pública não é nem de longe um problema atual, neste tópico será elencado de forma sucinta alguns reflexos em que a má estruturação da Segurança Pública causa no plano político e social.

A começar, é necessário apontar um dos mais discutidos e pertinente pontos falhos na Segurança Pública, sendo a precariedade do Sistema Penitenciário. No Brasil, nos deparamos com inúmeras rebeliões em unidades prisionais com diversas mortes, deixando em evidencia a falta de estrutura do sistema penitenciário.

Segundo o Instituto Humanitas Unisinos, o Brasil ocupa a 3ª colocação no ranking mundial de países com maiores populações carcerárias no globo, informações divulgadas pelo INFOPEN (Sistema de Informações Estatísticas do Departamento Penitenciário Brasileiro) em fevereiro de 2020. Na data da divulgação, o Brasil se encontrava com 773.151 presos, permanecendo atrás somente dos EUA e China.

Estes dados são reflexo de uma política criminal populista e ineficaz. O Brasil encarcera muito e de maneira desordenada, não oferece condições dignas nas prisões, sendo precários os acessos à saúde ao trabalho (18%) e à educação (14%). Os dados revelam uma crise crônica e que exige medidas urgentes para sua superação, por meio da revisão da legislação, ampliando, por exemplo, as alternativas penais para crimes sem violência, revisão da Lei de Drogas, e redução das prisões provisórias”, pontua Gabriel Sampaio, coordenador do programa Enfrentamento à Violência Institucional da Conectas. (SAMPAIO, 2020. *apud* IHU On-line, 2020)

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), ainda divulgou o número registrado de superlotações que acontecem dentro dos presídios nacionais, que excedem em 38,4% do total de vagas disponíveis, ou seja, a capacidade de carcerários ultrapassa de forma grandiosa o número de vagas existente no sistema prisional.

Ainda, enfrentamos a falta de estrutura, infringindo os direitos constitucionais garantidos por cada prisioneiro, pontuados acima por Gabriel Sampaio, além de lidar com o domínio e guerra entre facções criminosas dentro das prisões que são demonstrados com frequência na mídia brasileira.



"Todos sabem que há facções dentro das prisões, facções violentas que dominam o sistema carcerário. Estamos de crises em crises que podemos chamar de anunciadas e para cada período desses o governo cria um plano que nunca se concretiza" "(WAISELFISZ, 2017. *apud* BBC On-Line, 2017), disse Julio Jacobo Waiselfisz, sociólogo, autor do Mapa da Violência e coordenador de estudos sobre Segurança Pública da Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso) em entrevista ao BBC NEWS.

Pode-se ainda citar o Limbo sociojurídico, em que para Renato Sérgio de Lima, diretor-presidente do Fórum Brasileiro de Segurança Pública encontramos um vácuo jurídico. "Nossa Constituição não diz o que é segurança pública, nenhuma lei diz que segurança pública é proteger a população ou investigar criminoso, só diz por quem a segurança vai ser exercida"(LIMA, 2017. *apud* BBC On-line, 2017) disse o Diretor em entrevista ao canal BBC Brasil. Para Lima, o conceito de segurança pública consiste na prática policial do dia a dia:

Então segurança é um conceito que ganha significado no dia a dia da prática policial. Se olharmos para a história das instituições policiais hoje, muitas estão reguladas por outro conceito de segurança, que é a manutenção de um modelo de ordem pública, de uma situação em que o Brasil tem um inimigo interno. A lógica é que o tráfico é o inimigo a ser combatido e deixamos de lado uma série de problemas ligados à preservação da vida, explica. (LIMA, 2017. *apud* BBC On-line, 2017)

Seguindo, a de se mencionar as reformas que não saem do papel, um problema apontado por muitos especialistas em segurança pública. "O plano nacional de segurança pública de hoje é (semelhante ao) de 2002, então temos uma série de reformas que se discutem, mas não foram concretizadas até hoje, como reforma do código penal, desmilitarização da polícia, mais recursos para políticas públicas"(WAISELFISZ, 2017. *apud* BBC On-Line, 2017), explica Waiselfisz ao canal.

Para Renato Sérgio Lima, o quadro baixo de eficácia institucional que afeta a resolução do que poderia ser pensado como segurança pública. "ninguém se sente dono do problema, fica um jogo político de empurra com uma baixíssima governança da vida pública"(LIMA, 2017. *apud* BBC On-line, 2017), afirma ainda em entrevista à BBC NEWS.

Por fim, mas não menos importante, encontramos uma falha muito grande em investigações, e recursos. Um estudo divulgado em 2012 realizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) apontou como média nacional de resolução de homicídios apenas 5%, enquanto países como o Reino Unido se aproxima de 93%. O baixo investimento, e a forma com que este valor é investido, colaboram para o péssimo índice apontado.



A CRIMINALIDADE E AS POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA

O Brasil passa por inúmeros problemas na gestão de Segurança Pública a nível nacional. Estados como São Paulo e Rio de Janeiro são os mais comuns a serem discutidos se tratando na falta de estrutura e falta de atualização no meio das medidas adotadas para atribuir o bem-estar social.

Evidentemente, os últimos anos se tornaram muito mais perceptíveis aos olhos de todos a falta de preparo nas instituições policiais, tendo em vista que qualquer cidadão hoje faz uso de aparelhos celulares com câmeras e fazem registros de operações Policiais como forma de defesa quando há o uso indevido da força policial ou abuso de autoridade, em exemplo, citaremos a Polícia Militar como enfoque.

Devido ao avanço tecnológico, se tornou prático e fácil gravar uma operação policial que está ocorrendo de forma irregular, não respeitando os Princípios e Direitos de cada cidadão, como exemplo é possível destacar uma operação que ocorreu em Caieiras, na Grande SP. Segundo o Portal de Notícias G1(2021), a operação envolvia uma abordagem policial com três jovens, que ao questionarem o intuito da mesma, foram ofendidos de forma verbal e posteriormente física.

O caso acima citado, é um exemplo de que as políticas de Segurança Pública Brasileira devem ser estudadas entre os governantes com mais atenção e cautela. A falta de definição de segurança Pública, torna de fato as Instituições Policiais como representantes da ordem Pública, tendo em vista que a maior representatividade de proteção é contemplada por estas instituições, sendo aqueles que devem buscar zelar e proteger o cidadão.

Na ocasião do ocorrido, segundo o Portal, os jovens foram injuriados devido sua cor, e ao tentar questionar o Agente o motivo agressivo da conduta, foi golpeado no rosto com um soco. Os Agentes envolvidos no caso segundo a Instituição policial serão investigados, enquanto ao Agente que desferiu o golpe foi afastado e acusado por abuso de autoridade, lesão corporal e racismo.

Entretanto, devemos pontuar que os agentes são responsáveis por garantir a segurança e bem-estar populacional, o acontecimento em questão mostra o despreparo das entidades e coloca pânico na sociedade em não sentir segurança nem com aqueles que deveriam lhes proteger, acarretando uma série de problemas sociais, sobretudo, a insegurança pública.

Ao tratar dos criminosos, devemos lembrar que cada vez mais o mundo do crime se adequa e inova diante os textos de Lei, utilizando seus conhecimentos para escapar de qualquer tipo de punição



cabível. O Brasil utiliza normas muito conflitantes com relação uma à outra, deixando brechas para que criminosos se utilizem para escapar da punição, ou ao menos diminuir o tempo de pena.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) dispõe que: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.” Logo, quando um menor de 18 anos comete um crime, ele não será julgado de acordo Código Penal. Se porventura este menor cometer algum ato ilícito, a legislação que irá determinar sua punição será o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei Federal nº 8069/1990. Uma das práticas mais comuns neste cenário, é de corromper crianças e adolescentes para que façam os trabalhos ilegais, sabendo que ao jovem, não será redigida nenhuma pena do código penal brasileiro, mas sim punições proporcionadas pelo Estatuto da Criança e adolescente.

Diante o dado social exposto, pode-se dizer que os constituintes de 88 deveriam ter se atentado para efetivar a segurança pública de forma modernizada e de maneira mais eficaz em, com implementações de inteligência para coibir o crescimento da criminalidade nas periferias, por exemplo. Entretanto, divergentemente, viu no crescimento de favelas um terreno fértil para a captação de votos de cabresto, usando a ignorância e a pobreza como trampolins para a manutenção do poder pelo poder como menciona o jornalista Marcos Rolim em Revista Brasileira de Segurança Pública, publicada em 2007.

TIPOS PENAIS DO ABUSO DE AUTORIDADE NA ATIVIDADE POLICIAL

Tratando sobre políticas de Segurança Pública, há de retratar a atual lei que rege o abuso de autoridade dentro do ordenamento jurídico brasileiro é a lei nº 13.869/2019, sendo esta composta por 31 (trinta e um) artigos. Entretanto, como o foco do presente artigo se refere principalmente ao abuso de autoridade dentro das atividades policiais, iremos citar e comentar

somente sobre os que correspondem ao citado assunto: “Art. 10. Decretar a condução coercitiva testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.” (BRASIL, 2019)

No que diz respeito à condução coercitiva, é quando se determina que seja levada à presença de determinada autoridade uma testemunha, perito, investigado, ofendido, mesmo que contra a sua vontade. Tal ação pode ser determinada por magistrados, membros do Ministério Público, e também agentes policiais e comissionários do parlamento de inqueritos, sendo que,

se tal conduta seja feita sem motivo ou aparente, ou sem prévia intimação de comparecimento em juízo, caracterizará o crime:

Art. 12. Deixar injustificadamente de comunicar prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem

I - deixa de comunicar, imediatamente, a execução de prisão temporária ou preventiva à autoridade judiciária que a decretou;

II - deixa de comunicar, imediatamente, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra à sua família ou à pessoa por ela indicada;

III - deixa de entregar ao preso, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão e os nomes do condutor e das testemunhas;

IV - prolonga a execução de pena privativa de liberdade, de prisão temporária, de prisão preventiva, de medida de segurança ou de internação, deixando, sem motivo justo e excepcionalíssimo, de executar o alvará de soltura imediatamente após recebido ou de promover a soltura do preso quando esgotado o prazo judicial ou legal.” (BRASIL, 2019)

Tendo em vista que todas as prisões em flagrante devem ser avaliadas rapidamente pelo magistrado para possuir validade, a não-comunicação desta estará cometendo uma violação do direito de locomoção e liberdade do indivíduo:

Art. 13. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a:

I - exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública;

II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência.” (BRASIL, 2019)

Crime de abuso de autoridade contra o preso, necessitando este conter grave ameaça ou redução da capacidade de resistência do citado indivíduo em situação de cárcere:

Art. 18. Submeter o preso a interrogatório policial durante o período de repouso noturno, salvo se capturado em flagrante delito ou se ele, devidamente assistido, consentir em prestar declarações:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.” (BRASIL, 2019)


O agente que decidir por interrogar o preso durante seu período de descanso noturno, estará cometendo abuso de autoridade, exceto os casos de prisão em flagrante, ou quando houver consentimento para a prestação das informações.

Art. 19. Impedir ou retardar, injustificadamente, o envio de pleito de preso à autoridade judiciária competente para a apreciação da legalidade de sua prisão ou das circunstâncias de sua custódia:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena o magistrado que, ciente do impedimento ou da demora, deixa de tomar as providências tendentes a saná-lo ou, não sendo competente para decidir sobre a prisão, deixa de enviar o pedido à autoridade judiciária que o seja.” (BRASIL, 2019)

Com certa semelhança em relação ao artigo 12, o agente que tentar retardar o envio dos documentos para a análise da validade da prisão em flagrante, estará cometendo abuso. No



parágrafo único, também são incluídos na prática do crime os magistrados que mesmo estando cientes do atraso policial, não tomar as devidas providências para a resolução da situação:

Art. 21. Manter presos de ambos os sexos na mesma cela ou espaço de confinamento: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem mantém, na mesma cela, criança ou adolescente na companhia de maior de idade ou em ambiente inadequado, observado o disposto na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente.” (BRASIL, 2019)

O agente que colocar pessoas de sexos distintos em uma mesma cela ou espaço de confinamento, estará cometendo abuso de autoridade. De acordo com o parágrafo único, isso também valerá para as situações em que menores de idades forem colocados juntos de maiores de idade, ou em ambientes inadequados, este que são definidos pelo estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 22. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena, na forma prevista no caput deste artigo, quem:

I - coage alguém, mediante violência ou grave ameaça, a franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências;

II - (VETADO);

III - cumpre mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas).

§ 2º Não haverá crime se o ingresso for para prestar socorro, ou quando houver fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou de desastre.(BRASIL, 2019)

Tendo em vista que o domicílio do cidadão é um direito inviolável, os agentes que adentrarem imóveis, ou o fizerem em situações inadequadas, estarão praticando o crime. Também cometerá o crime, aquele agente que cumprir mandado de busca e apreensão nos horários diferentes daquele permitido em lei, que seria após às 21 horas, ou antes das 05 horas da manhã, isso, de acordo com o inciso III. No que diz respeito ao parágrafo 2º, o agente que cometer tal ato para prestar socorro, ou diante de situações que indiquem iminente necessidade de adentrar o imóvel, motivado pela prática de um delito ou flagrante, não está enquadrado neste artigo:

Art. 23. Inovar artificialmente, no curso de diligência, de investigação ou de processo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de eximir-se de responsabilidade ou de responsabilizar criminalmente alguém ou agravar-lhe a responsabilidade:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem pratica a conduta com o intuito de:

I - eximir-se de responsabilidade civil ou administrativa por excesso praticado no curso de diligência;

II - omitir dados ou informações ou divulgar dados ou informações incompletos para desviar o curso da investigação, da diligência ou do processo. (BRASIL, 2019)

O agente policial que alterar o estado de lugar, de pessoa ou de coisa, com o intuito de prejudicar ou beneficiar o réu, estará enquadrado neste artigo:

Art. 25. Proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem faz uso de prova, em desfavoro investigado ou fiscalizado, com prévio conhecimento de sua ilicitude. (BRASIL, 2019)

Aquele que proceder de forma ilícita para obter algum tipo de prova, estará cometendo abuso, o mesmo serve para apreensões de materiais e documentos de forma indevida:

Art. 27. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa:(Vide ADIN 6234) (Vide ADIN 6240)

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa

Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada (BRASIL, 2019)

O disposto neste artigo ocorre quando é instaurado ou requisitado pelo agente, procedimento de investigação mesmo estando ciente de que não há elementos que indiquem um possível crime. Sindicâncias e investigações preliminares de caráter sumário, com sua devida justificação, não estarão enquadrados nesta conduta:

Art. 28. Divulgar gravação ou trecho de gravação sem relação com a prova que se pretenda produzir, expondo a intimidade ou a vida privada ou ferindo a honra ou a imagem do investigado ou acusado:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (BRASIL, 2019)

Tal crime é cometido quando a autoridade divulga gravações sem relação com o processo, tendo apenas como intuito ferir a honra do investigado/acusado ou expô-lo.

Art. 29. Prestar informação falsa sobre procedimento judicial, policial, fiscal ou administrativo com o fim de prejudicar interesse de investigado: (Vide ADIN 6234) (Vide ADIN 6240)

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (BRASIL, 2019)


Aquele agente público que informar de maneira falsa determinado procedimento sendo este de assunto policial, fiscal ou administrativo, tendo como intuito prejudicar os interesses do investigado, estará cometendo abuso.

Art. 31. Estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado: (Vide ADIN 6234) (VideADIN 6240)

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, inexistindo prazo para execução ou conclusão de procedimento, o estende de forma imotivada, procrastinando-o em prejuízo do investigado ou do fiscalizado. (BRASIL, 2019)

A autoridade policial que estender de maneira injustificada a persecução penal, causando ao investigado prejuízo, responderá por abuso de autoridade.



Art. 33. Exigir informação ou cumprimento de obrigação, inclusive o dever de fazer ou de não fazer, sem expresse amparo legal:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se utiliza de cargo ou função pública ou invoca a condição de agente público para se eximir de obrigação legal ou para obter vantagem ou privilégio indevido. (BRASIL, 2019)


Com um conceito um tanto quanto “aberto”, o artigo 33 tipifica aquele agente, que, na execução de suas atividades profissionais, exige além do que lhe é permitido. No parágrafo único, se enquadram aqueles agentes que se aproveitam de seu cargo para obter vantagem ou se eximir de obrigação legal.

POSSÍVEIS SOLUÇÕES ESTRUTURAIS

Antes de qualquer apontamento, deve ser lembrado de que qualquer possível solução necessita ser estudada e analisada profundamente, visto que cada aspecto contribui para a criação de dificuldade. A segurança pública não diverge destes meios, tendo em vista de que ela tem como base o aspecto social, em que emerge o pluralismo de personalidades e de ambientes que favorecem ou não o crime.

Ao pensar de forma ampla, pode se dizer que a melhora na Segurança Pública pode ser baseada em alguns pilares, tais como monitoramento e uma educação de qualidade para crianças e adolescentes, Sistema Penitenciário devidamente executado, uma valorização Policial, e um claro investimento de mudanças governamentais, frisando na evolução de criminalidade, deixando de se basear em apenas o combate ao tráfico.

É necessário pensar no bem-estar das crianças e adolescentes, proporcionar atividades e estudos de qualidade. Uma pesquisa levantada pelo Observatório de favelas, no Rio de Janeiro apontou dados como de que a maioria dos entrevistados entraram na atividade de práticas ilícitas com idades correspondentes de 13-15 anos, com 54,4% dos entrevistados. Ainda sobre a pesquisa, foi revelado que houve também aumento de participação de crianças com 10-12anos nos atos ilegais, correspondendo a um aumento de 6,5% entre os anos de 2006 para 2017. O principal motivo apontado na pesquisa, são de questões financeiras, em que 62% gostariam de ajudar a família, e 47% buscavam uma forma de enriquecimento. O investimento na educação, e em atividades para o dia a dia desses jovens ajudará no combate a criminalidade de forma que eles não ficaram ociosos, e receberão oportunidades de buscar uma vida digna exercendo ou praticando o que gostam dentro da legalidade. Na opinião da juíza da infância e juventude de Gaspar-SC, Ana Paula Amaro da Silveira:



Acho que faltam políticas públicas sérias, mais especificamente na área da educação, saúde e assistência social, o que infelizmente não é o padrão nacional. Há necessidade de incentivar a permanência do adolescente na escola, com reforço para cursos profissionalizantes, programas para tratamento de drogadição e sua reinserção na sociedade, assim como acompanhamento da família do viciado. Programas de medidas sócio educativas que realmente cumpram o papel de reeducar. Normalmente o Executivo (municipal e estadual) tem dificuldades de entender que dinheiro aplicado com criança e adolescente é investimento e é prioritário. Relatou ao portal Cruzeiro do Vale, diante a colunista Fernanda Pereira. (AMARO, 2011 *apud* PEREIRA, 2011)

Ao tratar o sistema penitenciário, é nítido que o modelo atual brasileiro é falho e ineficaz. Os carcereiros acabam aprimorando suas habilidades e acabam por não se ressocializar dentro dos presídios, mas sim como deverão agir dentro da própria criminalidade ao sair ali de dentro. Como principal aspecto de ineficácia do Sistema, é o domínio e conflito de grupos de tráfico, que seguem ordens de superiores dentro de facções que permanecem presos.

Informações publicadas pela BBC NEWS BRASIL revelam que no ano de 2017 ocorreram em suas primeiras semanas rebeliões em presídios que tiveram mais de 130 mortes devido as condições falhas no sistema penitenciário.

"O problema de fundo é que o Brasil encarcera muito e encarcera mal. O país adotou uma política de guerra às drogas, qualquer um que é pego com drogas é preso. Se o menino entra um contraventor, vai para a universidade do crime. Não é pelo encarceramento que se causa melhoria da segurança", (WASELFSZ, 2017. *apud* BBC On-line, 2017)

Disse à BBC Julio Waiselfisz sociólogo, autor do Mapa da Violência e coordenador de estudos sobre Segurança Pública da Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso).

No Brasil, o trabalho policial não é efetivo ao que se deveria ser. Podemos notar a falta de preparo para encarar e lidar com algumas situações, prejudica a realidade de toda a instituição. A falta de estrutura, materiais para um trabalho eficiente levando em conta a evolução da criminalidade, levam as falhas policiais, que acabam sendo fortemente criticados perante a mídia e população.

A falta de recursos e investimento para procedimentos investigativos, provocam o baixo numero de resoluções de casos como homicídios mencionados anteriormente neste artigo. O delegado de policia do estado de São Paulo, Francisco Sannini Neto, expressou sua opinião sobre o referido assunto como:

(...) as atividades exercidas pelas polícias judiciárias estão diretamente ligadas à Justiça e apenas indiretamente ligadas à segurança pública. Por óbvio, na medida em que se assegura a responsabilização penal do autor de um crime, de maneira reflexa também se contribui para a redução da criminalidade, uma vez que, quanto maior a eficiência da investigação criminal, maior a certeza da punição do criminoso, que, nesse cenário, será desestimulado a delinquir. (SANNINI, FERNANDES, 2019).



É possível notar que para a conclusão de todos os métodos citados, é necessária uma reformulação governamental, frisando uma melhor qualidade de vida para seu povo, investindo e procurando corrigir as falhas que lhes são impostas ao decorrer do tempo, e não deixar com que as estruturas normativas permaneçam as mesmas quando na realidade o mundo se encontra em constante mudança.

CONCLUSÃO

De forma geral, as falhas encontradas na segurança pública vão além do alcance das instituições policiais. O Brasil se encontra em uma crise estrutural profunda, onde governantes se apossam de seus cargos para proveito próprio e pouco investem em sua população.

A falta de mudanças estruturais acarreta e interfere diretamente nos problemas que a população vivencia atualmente. Quando nos referimos em segurança pública não estamos citando apenas as entidades policiais em relação a proteção, mas envolve desde a capacidade de direcionar uma criança com qualidade de educação, para que aquele jovem possa desenvolver seus princípios e habilidades no mercado de trabalho legal, até o Sistema carcerário, com as garantias constitucionais de cada presidiário, respeitando os limites penitenciários e todos os direitos garantidos por Lei.

Segurança Pública não é apenas um problema governamental, mas também deve ser preservado pela própria população que dele exige. As cobranças perante o Governo em busca de mudanças são válidas e necessárias, entretanto, cada um tem seu papel social para a garantia e bem-estar de toda comunidade.

Diante o exposto, pode-se identificar que as falhas no sistema de Segurança se baseiam em falta de estrutura e investimentos para modernização, tendo em vista que o combate de criminalização está sendo ultrapassado perante a atual realidade. Deste modo, o crime procura agir de forma cada vez mais adequada as brechas que as próprias leis impõem, facilitando a impunidade, sendo necessário o rompimento do modelo ostensivo de combate à criminalidade existente, e uma reformulação dos meios investigativos e um intenso trabalho de manutenção para aqueles que garantem o bem-estar social, a fim de uma maior eficiência aos procedimentos policiais e, conseqüentemente, reduzir os números elevados de criminalidade vividos atualmente.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Igor de Andrade. **A Crise da Segurança Pública e Sua Relação Direta Com o Sistema Carcerário Brasileiro.** 2019. Disponível em < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-cri-se-da-seguran-ca-publica-e-sua-relacao-direta-com-o-sistema-carcerario-brasileiro/>> Acesso em: 02 agos. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERNANDES, Ubiratan Rocha. **A problemática da segurança pública nos dias atuais.** 2019. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/77280/a-problemat-ica-da-seguran-ca-publica-nos-dias-atuais> > Acesso em: 02 agos. 2021.

GLOBO. **Vídeo mostra PM agredindo jovem com soco no rosto durante abordagem na Grande SP.** 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/05/31/video-mostra-pm-agredindo-homem-durante-abordagem-na-grande-sp.ghtml>>. Acesso em: 02 agos.2021.

_ Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Brasília, DF, 5 setembro 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm>. Acesso em 16 setembro 2021.

LOUREIRO, Gabriela. **5 razões por trás da crise de segurança pública no Brasil.** 2017. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38909715>> Acesso em: 02 agos. 2021.

MARCONDES, José Sérgio. **Segurança Pública no Brasil – O que é, conceito, para que serve.** 2019. Disponível em <<https://gestaodesegurancaprivada.com.br/seguran-ca-publica-no-brasil-estrutura/>> Acesso em: 02 agos. 2021.

PEREIRA, Fernanda. **Por que tantos adolescentes estão se envolvendo na criminalidade?.** 2011. Disponível em: < <http://www.cruzeirodovale.com.br/geral/por-que-tantos-adolescentes-estao-se-envolvendo-na-criminalidade-/>>. Acesso em: 05 agos.2021.

UNISINOS, Instituto Humanitas. **O Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo.** 2020. Disponível em: < <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596466-brasil-se-mantem-como-3-pais-com-maior-populacao-carceraria-do-mundo>>. Acesso em: 05 agos. 2021.

CAPÍTULO 16

A DICOTOMIA DO CONTRATO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO SANEAMENTO BÁSICO DA REGIÃO METROPOLITANA DO RECIFE

Ana Carolina Freitas de Barros Marques
Flávia Andreza de Souza

RESUMO

Este artigo visou investigar a Parceria Público-Privada (PPP) firmada entre a Companhia Pernambucana de Saneamento (Compesa) e a BRK Ambiental para universalizar o acesso ao saneamento básico na Região Metropolitana do Recife. O objetivo deste estudo foi analisar a aplicabilidade do contrato da PPP na gestão e na execução das ações de saneamento. A pesquisa foi classificada como básica (quanto à natureza), exploratória (quanto ao objetivo de estudo) e bibliográfica (quanto aos procedimentos), utilizando-se do Direito Constitucional e Administrativo, assim como a Constituição Federal, a legislação vigente e artigos científicos relacionados à temática. Em termos de achados, percebeu-se que, com adoção desta modalidade de contrato, seja possível conferir efetividade às finalidades as quais ele se propõe, complementada por um efetivo controle e fiscalização de atividades. Ademais podendo impactar positivamente na qualidade de vida dos cidadãos por meio de uma infraestrutura de saneamento básico adequada e o combate à proliferação de enfermidades oriundas da poluição hídrica.

PALAVRAS-CHAVE: programa cidade saneada, Pernambuco, esgotamento sanitário, saneamento básico.

INTRODUÇÃO

Não só em Pernambuco, mas no Brasil, o setor de saneamento básico é um dos mais deficitários e requer a execução de políticas públicas eficientes voltadas à atenção à saúde, principalmente nas áreas mais carentes, cuja população é mais vulnerável e sobrevive em localidades de difícil acesso e com moradias irregulares, em que a rede de esgotamento sanitário é precária ou até mesmo inexistente (Ventura, 2018).

Sabe-se que muitas dessas áreas carentes não têm acesso ao abastecimento de água tratada nem a sistemas adequados de esgotamento sanitário e destinação correta de dejetos, o que acaba por prejudicar, principalmente, a saúde, a qualidade de vida e o bem-estar da população. Exemplo dessa carência de saneamento básico são as recentes epidemias de dengue, *Zika*, *Chikungunya*, febre amarela, além de outras doenças que são causadas por microrganismos presentes em água contaminada e exigem prevenção constante pelos órgãos de saúde pública.



Contudo, a falta de saneamento básico adequado não só é prejudicial à saúde pública, mas também ao desenvolvimento humano e social, pois acarreta uma série de problemas sociais, ambientais, de infraestrutura e econômicos.

Sabe-se que em muitas localidades do Brasil este setor é deficiente e carece de investimentos, melhorias e planejamento de políticas públicas eficientes, no intuito de oferecer à população condições necessárias às suas necessidades básicas e de saúde pública, uma vez que o saneamento é um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988, bem como a universalização do acesso é estabelecida pela Lei n.º 11.445/2007, que estabelece o Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab).

Consequentemente, levando em consideração a falta de saneamento básico como uma ameaça ao desenvolvimento humano e à saúde pública, por se tratar de um tema relevante e sempre atual, que também envolve o interesse público, optou-se por abordar especificamente o contrato de Parceria Público-Privada (PPP) estabelecido entre a Compesa e a BRK Ambiental para universalizar o acesso ao saneamento básico na Região Metropolitana do Recife, em Pernambuco, mais conhecida como a PPP do Saneamento ou Cidade Saneada.

A Parceria Público-Privada é um modelo de concessão de serviço público, regulamentada pela Lei n.º 11.079/2004, que geralmente é adotada pelos Governos Federal, Estaduais e Municipais para a realização de obras ou prestação de serviços em diversos setores, de modo que é possível ofertar infraestruturas econômicas e sociais à população, empregando os recursos públicos de maneira eficiente, responsável, transparente, e não menos importante, deve considerar a responsabilidade fiscal e a sustentabilidade financeira dos projetos, conforme as diretrizes elencadas no art. 4º da referida Lei.

Frisa-se que algumas de suas vantagens consistem na remuneração do parceiro privado vinculada ao desempenho, bem como o compartilhamento de riscos entre o ente público e o privado, além do fundo garantidor. Todavia, a PPP é um tema controverso e, assim como qualquer atividade, sua aplicação oferece riscos, principalmente no tocante à prática de corrupção, em que particulares e agentes políticos podem se beneficiar por meio de relações pessoais para serem favorecidos em licitações e superfaturarem os contratos, por exemplo.

Destacando que esta é a maior Parceria Público-Privada no setor de saneamento básico em execução no país e tendo em vista a problemática da universalização de acesso ao saneamento básico nesta região, o objetivo desta pesquisa foi analisar a efetividade na execução do contrato Cidade Saneada.



As perguntas que nortearam o estudo foram: (i) quais as vantagens e risco para o Estado nessa relação?; (ii) existe economia financeira para o Estado com este tipo de contratação?; (iii) o Estado teria capacidade de execução própria das ações dessa parceria?; (iv) esta é uma alternativa mais eficiente na execução das obras referentes ao contrato?

O presente estudo foi classificado como uma pesquisa exploratória e foi realizada por meio de uma pesquisa bibliográfica. Foram utilizados construtos teóricos do Direito Constitucional e Administrativo, assim como a Constituição Federal e artigos científicos relacionados à temática abordada, como também foram utilizados dados extraídos diretamente dos portais especializados no tema, por meio de suas páginas oficiais na *internet*. Ademais, foi realizado um estudo fundamentado referente à legislação específica no tocante aos contratos de Parceria Público-Privada.

Como principais achados do estudo, percebeu-se que (i) o contrato de PPP se apresenta como uma alternativa eficiente na execução e gestão das obras referentes ao Programa Cidade Saneada, bem como (ii) pode impactar positivamente na qualidade de vida dos cidadãos por meio de uma infraestrutura de saneamento básico adequada e o combate à proliferação de enfermidades oriundas da poluição hídrica.

A pesquisa está seccionada em dez seções: iniciando por esta introdução; seguida das cinco partes que compõem o referencial teórico - abordando principalmente sobre PPPs, modernização do Estado Brasileiro e Projeto Cidade Saneada; da metodologia; dos resultados e discussões; e, por fim com as considerações finais e referências.

AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO PROCESSO DE MODERNIZAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO

Antes de elencar as principais características do contrato de Parceria Público-Privada, faz-se necessário abordar o contexto administrativo, social e econômico em que tais parcerias desenvolveram-se na Administração Pública Brasileira.

Segundo Bresser-Pereira (1998), durante a transição democrática, sob a ideologia do neoliberalismo e do Estado Mínimo, considerando a crise fiscal que o país atravessava, os altos índices de inflação e desemprego e, principalmente, o aumento significativo de gastos que o aparelho estatal assumiu para custear pessoal, bens e oferecer serviços de forma eficiente, foi evidente a ampliação da ineficiência da prestação de serviços públicos, que já não atendia a contento às demandas da população.



Frente a esta situação, a Emenda Constitucional n.º 19/1998 deu início à Segunda Reforma do Aparelho Estatal, cujo condão era organizar a Administração Gerencial, buscando a redução da intervenção estatal bem como a redução da burocracia na Administração Pública.

Assim, no âmbito das parcerias na Administração Pública, entre os resultados da Reforma, destacam-se a importância da regulamentação das Concessões e Permissões de Serviço Público, assim como a descentralização dos serviços públicos no nível federal, com o surgimento das Agências Executivas, Agências Reguladoras e Organizações Sociais, com a finalidade de aperfeiçoar as atividades do Estado e gerar bons resultados.

Portanto, considerando a regulamentação das concessões de serviços públicos, insere-se nesse contexto de descentralização uma sistemática que passou a disciplinar de forma mais eficiente as relações entre instituições públicas e privadas na prestação de serviços públicos, como, por exemplo, a Lei de Concessão e Permissão de Serviços Públicos, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, e por fim, a Lei de Parcerias Público-Privadas.

Nesse contexto pós-Reforma, surgiu o modelo de Estado subsidiário, no qual é adotado o princípio da subsidiariedade, que concentra os esforços do Estado na coordenação de atividades privadas, atuando diretamente na sociedade somente quando os agentes privados não forem capazes de atender às demandas sociais (FURTADO, 2007).

Deste modo, o Estado começou a utilizar as parcerias com entes particulares, por meio da concessão de serviços públicos. Com isso, a delegação dos serviços na Administração Pública brasileira teve início com as concessões e permissões de serviço público, consoante o art. 175 da Constituição Federal, que deixa sob responsabilidade do Poder Público a realização dessas atividades mediante licitação, e são disciplinadas pela Lei n.º 8.987/1995, que em seu art. 2º, II, define a concessão de serviço público como:

“a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.” (BRASIL, 1995).

Conforme previsto no art. 2º, II, da Lei n.º 8.987/1995, destaca-se que nas concessões comuns, a atribuição dos riscos é assumida de forma exclusiva pelo ente particular.

Ainda de acordo com Furtado (2007), ressalta-se que a concessão só deve ser realizada quando se tratar de atividade privativa do Poder Público, em que o serviço explorado tenha caráter empresarial, prestado à população mediante remuneração, seja serviço *uti singuli*, por conta e risco do ente particular e por prazo determinado.



Permissão de serviço público, formalizada mediante contrato de adesão, é “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.” (BRASIL, 1995, Art. 40, IV).

Já em relação à autorização, Di Pietro (2017) sustenta que constitui ato unilateral, discricionário e precário pelo qual o poder público delega a execução de um serviço público, para que o particular o execute predominantemente em seu próprio benefício. Além disso, a autorização encontra respaldo legal no art. 21, incisos XI e XII da Constituição Federal de 1988.

ASPECTOS DO CONTRATO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP)

O contrato de Parceria Público-Privada (PPP) é conceituado como:

o acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 447).

Consoante a Lei n.º 11.079/2004, que instituiu o contrato de Parceria Público-Privada, observa-se que os principais traços característicos das PPPs são o valor mínimo de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); longo prazo, pois os contratos devem ter duração de 05 a 35 anos; bem como a contratação conjunta de obras e serviços a serem fornecidos pelo particular; a responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias e repartição objetiva de riscos entre as partes.

No art. 1º da Lei n.º 11.079/2004 são instituídas as normas gerais para a licitação e contratação em que a PPP pode ser utilizada, seja pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Destaca-se que conforme o art. 4º, I e II da Lei n.º 12.765/2005, este contrato visa à vantagem econômica e operacional da Administração Pública, viabilizando projetos essenciais ao desenvolvimento do país, de modo a garantir mais eficiência na execução dos serviços públicos. Assim, nesta modalidade de contrato, o ente particular presta o serviço para o qual foi contratado pelo governo, tendo a responsabilidade de efetivar a execução das políticas públicas e no emprego dos recursos públicos, com sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

Segundo Di Pietro (2017), a remuneração desses contratos é feita por meio da prestação pecuniária do ente público ao privado ou pelas tarifas cobradas aos usuários do serviço prestado.



Sobre a remuneração, observa-se no art. 2º da Lei n.º 11.079/2004 que a PPP é dividida em um contrato de concessão nas modalidades patrocinada ou administrativa. Na patrocinada, a contraprestação é feita ao ente privado pelo valor cobrado por meio das tarifas pagas pelos usuários, adicionada da contraprestação que foi convencionada entre Administração e ente particular. Como exemplo de concessão patrocinada, tem-se a construção de linhas de metrô e rodovias, em que é cobrado o pedágio dos usuários deste serviço e tarifa daqueles.

Já a modalidade administrativa, como dispõe o § 2º do art. 2º da Lei n.º 11.079/2004, a contraprestação é realizada apenas com os recursos do Poder Público, conforme avençado no contrato administrativo, não tendo nenhum custo direto aos usuários do serviço.

Uma peculiaridade importante das PPPs é a questão da repartição dos riscos entre os parceiros público e privado. A Administração Pública reparte com o particular o ônus dos riscos contratuais, como também nos casos de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (art. 5º, III, da Lei n.º 11.079/2004). Aqui nota-se a grande diferença do contrato de PPP para a concessão comum, cujo risco é assumido integralmente pelo particular.

Um aspecto importante que deve ser destacado é que não se confunde o instituto de PPP com a privatização, uma vez que esta transfere de forma definitiva a administração e o lucro à iniciativa privada. Já na PPP, após o período de concessão, o bem público é do Estado em sua totalidade.

A Parceria Público-Privada se mostra como uma alternativa mais rápida, eficiente e vantajosa para a Administração Pública, na qual uma entidade particular é contratada pelo ente público para prestar um serviço público ou realizar obra pública, de modo que nem um nem outro, isoladamente, teria possibilidades de custear e gerir toda a infraestrutura e serviços necessários, por isso a importância da parceria.

As parcerias público-privadas surgem como uma tentativa de Estado e iniciativa privada dividirem os custos com a implantação de infraestruturas, já que nenhum deles teria condições de com elas arcar individualmente: o Estado por não ter condições financeiras, e a iniciativa privada porque a tarifa seria insuficiente (ou em alguns casos até inexistente) para cobrir todos os seus custos e a legítima margem de lucro do negócio. (ARAGÃO, 2005, p. 108).

No Brasil, existem vários projetos de Parceria Público-Privada em execução e operação nos mais diversos setores, como de infraestrutura, transporte, esportivo, educacional e de energia. Alguns dos projetos de PPP são: a gestão e operação da Unidade Hospitalar do Hospital do Subúrbio da Bahia, o Porto de SUAPE, em Pernambuco, a linha Leste do Metrô de Fortaleza,



o Parque Olímpico, no Rio de Janeiro, além da construção e requalificação de algumas Arenas para a Copa do Mundo de 2014 no Brasil, como a Arena Pernambuco, em São Lourenço da Mata e a reconstrução da Arena Fonte Nova, em Salvador.

Pelo que tudo indica, a PPP é um instrumento viável aos Governos para desenvolver projetos com qualidade e eficiência, porém é imprescindível ressaltar que ela não pode ser considerada como a única solução para o desenvolvimento do Estado.

No mesmo sentido, Pinto (2005) entende que não se pode haver a presunção de que as atividades desenvolvidas mediante o contrato de PPP sejam sempre mais eficientes do que a prestação de serviços realizada de forma direta pelo Estado. É importante que seja feita a análise minuciosa das características de cada projeto, a fim de verificar se naqueles casos analisados as vantagens e eficiência superam os investimentos por parte do Estado, além do que é imprescindível a garantia de que as vantagens oferecidas sejam aproveitadas pelo Poder Público de forma satisfatória, por meio de processos licitatórios competitivos e acima de tudo, dotados de transparência.

Apresentadas as principais características do contrato de PPP, serão delineados seus aspectos controvertidos, uma vez que apesar das vantagens, este tipo de contrato também é alvo de controvérsias doutrinárias.

CONTROVÉRSIAS DO CONTRATO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

A Lei que instituiu a Parceria Pública Privada recebeu inúmeras críticas dos doutrinadores e juristas, os quais defendem que esta apresenta alguns aspectos controvertidos, desrespeitando normas constitucionais. Estes aspectos, segundo os doutrinadores, se referem à arbitragem, ao sistema de garantias, ao compartilhamento de riscos e às garantias prestadas ao parceiro público. Aqui serão abordadas, principalmente, as controvérsias que se referem à arbitragem.

A Lei n.º 11.079/2004 criou modalidades de contratações e buscando torná-las mais atraentes ao parceiro privado, previu a solução de conflitos por meio de medidas privadas, como a arbitragem. O art. 11, III, da Lei de PPP dispôs acerca da possibilidade dos conflitos envolvendo o parceiro público e o parceiro privado serem solucionados por meio da arbitragem.

O Poder Público, ao instituir a arbitragem, buscou garantir que na iminência de conflitos com o parceiro público não haveria demanda judicial, ficando o Poder Judiciário inerte, em razão da lentidão deste na resolução de conflitos. A Administração Pública sustenta que o



emprego da arbitragem traz rapidez, economicidade, qualidade e segurança à Parceria Público-Privada.

Entretanto, o mesmo posicionamento não é sustentado por alguns doutrinadores, pois estes prelecionam que a arbitragem soluciona litígios referentes a direitos patrimoniais disponíveis, conforme dispõe a lei que a institui, a Lei n.º 9.307/1996, logo, não pode ser empregada em contratos públicos, em virtude da indisponibilidade dos bens públicos.

Ainda não há uma unanimidade de entendimento doutrinário em relação à aplicabilidade da arbitragem nos contratos que envolvem as Parcerias Público-Privadas. No entanto, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou acerca da legalidade da arbitragem nos contratos de PPP no Recurso Especial n.º 612.439-RS, o qual teve como relator o Ministro João Otávio de Noronha e no Mandado de Segurança n.º 11.308, tendo como relator o Ministro Luiz Fux.

A COMPESA E A PPP DO SANEAMENTO

A Compesa é uma sociedade anônima de economia mista, com fins de utilidade pública e vinculada ao Governo do Estado de Pernambuco por meio da Secretaria de Desenvolvimento Econômico.

Criada sob a Lei n.º 6.307, de 29 de julho de 1971, a Compesa nasceu nesse contexto, com a extinção da autarquia do Fundo de Saneamento de Pernambuco – Fundespe. As duas empresas de saneamento existentes em Pernambuco: Saneamento do Recife – Saner e Saneamento do Interior de Pernambuco – Sanepe tornaram-se suas subsidiárias.

A criação se deu para que uma única autarquia gerisse os projetos que atenderiam ao Plano Nacional de Saneamento (Planasa), garantindo a viabilidade econômico-financeira da relação entre Estado e União, seguindo os moldes do Banco Nacional de Habitação (BNH). Assim, a Saneamento do Recife (Saner) e a Saneamento do Interior de Pernambuco (Sanepe) tornaram-se as subsidiárias da Companhia Pernambucana de Saneamento Básico (Compesa), que substituiria o Fundo de Saneamento de Pernambuco (Fundespe). Em 1974, as organizações foram extintas e a unificação dos serviços foi concluída.

Deste modo, a Compesa começou a provisionar o saneamento básico do estado como concessionária única desde meados de 1974 e suas principais atividades compreendem os serviços de abastecimento de água e de saneamento básico em 173 dos 185 municípios de Pernambuco. Sua meta é tornar concreta a diretriz governamental para o setor de saneamento



básico: a universalização do acesso à água e ao saneamento em todos os municípios, de maneira sustentável e cidadã.

Em 2017, ao ouvir grande parte de seus colaboradores, a Compesa revisou seu planejamento estratégico, redefinindo assim, a missão, a visão, os valores e os objetivos estratégicos da empresa para o período de 2018-2022, visando, principalmente, ao crescimento sustentável e à garantia da eficiência em operação e investimentos com responsabilidade socioambiental e comprometimento com resultados (COMPESA, 2018).

A sede da Compesa está localizada na Avenida Cruz Cabugá, n.º 1387 – Bairro Santo Amaro, Recife - Pernambuco, CEP 50040-000 e tem como presidente atual (em abril de 2022, a Engenheira Manuela Coutinho Domingues Marinho, indicada em 2019.

PPP DO SANEAMENTO: UM BREVE HISTÓRICO

Primeiramente, antes de destacar os principais pontos relativos ao Projeto Cidade Saneada, faz-se necessário abordar o contexto da situação do saneamento básico no Brasil e no estado de Pernambuco.

Segundo a Aegea Saneamento, conforme dados do Ministério das Cidades, através do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS – referentes ao ano de 2015, divulgados em janeiro de 2017, mostram que o setor de saneamento básico do Brasil ainda está distante de cumprir suas metas básicas de proporcionar água tratada, coleta e tratamento de esgotos a todos os cidadãos. As estatísticas demonstram que em 2015 a coleta de esgotos chegou a 50,3% da população, mas apenas 42,6% dos esgotos gerados no país são tratados. Já em relação ao atendimento de água tratada, a pesquisa demonstra que 83% da população têm acesso.

Em Pernambuco, o setor de saneamento também não é diferente e apesar dos investimentos, ainda apresenta muitas falhas. De acordo com o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), numa pesquisa referente ao ano de 2009, seis cidades pernambucanas se destacaram de forma negativa com relação aos recursos destinados ao saneamento básico, no ranking das 100 maiores cidades brasileiras. Quatro destas cidades estão concentradas na Região Metropolitana do Recife, quais sejam: Olinda, Paulista, Jaboatão dos Guararapes, além da própria Cidade do Recife, que ocupa o 69º lugar no ranking. Nela, 83,3% da população recebe água tratada, porém apenas 38,6% contam com rede de esgotamento sanitário (FGV, 2011).



Assim, considerando as deficiências do saneamento básico do Estado de Pernambuco, o Projeto Cidade Saneada surgiu com o objetivo de viabilizar a universalização do serviço de coleta e tratamento de esgoto da Região Metropolitana do Recife. Este projeto tem o intuito de beneficiar um total de 15 municípios e aproximadamente 3,7 milhões de habitantes.

A Região Metropolitana do Recife (RMR), também conhecida como Grande Recife, é composta pelos seguintes municípios: Recife, Jaboatão dos Guararapes, Olinda, Paulista, Igarassu, Abreu e Lima, Camaragibe, Cabo de Santo Agostinho, São Lourenço da Mata, Araçoiaba, Ilha de Itamaracá, Ipojuca, Moreno, Itapissuma e Goiana, que passou a integrar a Região Metropolitana a partir da edição da Lei Complementar nº. 382, de 09 de janeiro de 2018.

Em 16 de dezembro de 2011, foi realizada uma Consulta Pública para a estruturação do Projeto Cidade Saneada, que foi seguida de uma licitação publicada em maio do ano seguinte. O procedimento licitatório dessa concessão se deu por intermédio da modalidade concorrência, do tipo técnica e preço.

A vencedora da licitação é formada pela empresa Odebrecht Ambiental, subsidiária da Construtora Odebrecht, que posteriormente foi adquirida pela BRK Ambiental – Projetos Ambientais S.A. e BRK Ambiental Participações S.A. e o contrato tem um prazo de 35 anos, no valor de R\$ 5.284.831.263,47 (cinco bilhões, duzentos e oitenta e quatro milhões, oitocentos e trinta e um mil, duzentos e sessenta e três reais e quarenta e sete centavos) (Radar PPP, 2018).

Em fevereiro de 2013 foi publicada a assinatura do contrato entre a agora BRK Ambiental e a Compesa, celebrando a concessão para a exploração do sistema de esgotamento sanitário da Região Metropolitana do Recife e do Município de Goiana (Radar PPP, 2018).

Inicialmente, no contrato celebrado, o principal objetivo da PPP seria elevar em 12 anos a cobertura do esgoto de 30% para 90% da Região Metropolitana do Recife e Goiana, além de garantir o tratamento do esgotamento sanitário nesta Região. Além disso, os investimentos seriam de aproximadamente R\$ 3 bilhões por parte do ente particular e R\$ 1,5 bilhão pelo Governo do Estado, por meio da Compesa.

Entretanto, entre 2015 e 2016 constatou-se que o cronograma de atividades não estava sendo cumprido e o atraso das obras referentes ao contrato se justifica pela crise econômica pela qual o país atravessa desde 2014, o que acabou por reduzir os repasses de verbas públicas à Compesa, como também é reflexo da Operação Lava Jato.



Entretanto, tendo em vista que os investimentos ficaram abaixo do previsto e a irregularidade no cronograma de obras em auditoria realizada nos últimos dois anos, a fim de evitar o desequilíbrio econômico do contrato, o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco passou a acompanhar a implantação e execução da Parceria (TCE, 2017).

Consoante nota emitida pelo TCE, em dezembro de 2017, considerando as várias discussões entre o Tribunal, os representantes da Compesa e da BRK Ambiental, o Conselheiro Relator do processo, Dirceu Rodolfo, decidiu elaborar um Termo de Ajuste de Gestão (TAG), propondo uma repactuação no contrato que, conforme ele, irão contribuir para viabilizar a conclusão do Projeto Cidade Saneada.

Entre as alterações propostas pelo Tribunal de Contas, no TAG pactuado pelas partes, está a ampliação do prazo máximo para execução das obras, que inicialmente era de 12 anos e agora passará para 24 anos. O Projeto, que antes estava previsto para ser concluído em 2025, agora tem previsão para 2037. Além disso, a fim de evitar novos atrasos no cronograma estabelecido na repactuação, o contrato será revisado a cada cinco anos a partir de então, ratificando a atividade de controle e fiscalização por parte do Tribunal (TCE, 2017).

Ademais, também houve a transferência da exploração comercial do esgoto para a BRK Ambiental. O particular se compromete a realizar novos investimentos, considerando a perspectiva de aumento da arrecadação a partir de intervenções a serem executadas por ele, à medida em que for assumindo novos serviços de natureza comercial, visando à redução da inadimplência, sob a alegação de que o particular tem mais flexibilidade para contratação de pessoal e a *expertise*, instrumentos de cobrança para reduzir a inadimplência (Compesa, 2018).

Em relação ao impacto financeiro do contrato de PPP, com a repactuação proposta pelo TCE, foram transferidos mais investimentos para a BRK Ambiental, que será responsável por 87% dos recursos previstos no programa Cidade Saneada, ou seja, R\$ 5,8 bilhões do total de R\$ 6,7 bilhões, atualizados para 2017, tendo em vista que a data base era do ano de 2012. Em relação ao Poder Público, este deverá investir um total de R\$ 870 milhões para a ampliação dos serviços de coleta e tratamento de esgoto, o que corresponde a 13% dos investimentos previstos no programa (Compesa, 2018).

Conforme a Compesa, quando o Programa Cidade Saneada foi iniciado, em 2013, a cobertura dos serviços de coleta e tratamento de esgoto na Região Metropolitana era de 30%. Atualmente, esse índice é de 37%. De agora até 2023, a previsão é de que as obras sejam iniciadas em grande parte das cidades da RMR (Recife, Jaboatão dos Guararapes, Cabo de



Santo Agostinho, Paulista, Olinda, Goiana, Camaragibe, São Lourenço da Mata e Ipojuca). Algumas das obras previstas para iniciar no segundo semestre deste ano prevê implantar a primeira etapa dos Sistemas de Esgotamento Sanitário (SES) dos municípios do Cabo de Santo Agostinho (área central) e Goiana (Centro e Ponta de Pedras).

No Recife, estão em andamento as obras de ampliação da ETE Cabanga, serão retomadas as obras na Imbiribeira e Boa Viagem, e serão iniciadas obras em Jardim São Paulo, que deverão beneficiar vários bairros da Zona Oeste. De 2024 a 2029, está planejado o início as obras nos municípios de Araçoiaba, Igarassu e Ilha de Itamaracá. Por fim, o cronograma prevê entre os anos de 2030 e 2035, executar obras de ampliação do esgotamento sanitário nas cidades de Moreno e Abreu e Lima, que já contam com cobertura parcial de serviços de esgoto, e de Itapissuma, no tocante à implantação do sistema (Compesa, 2018).


Como já mencionado anteriormente, cinco anos após a assinatura do contrato e início da implantação do projeto, a ampliação do sistema de esgotos nos domicílios foi de apenas 7%, demonstrando que a Parceria desde então vem sendo marcada por atrasos no cronograma e baixos investimentos. Conforme o Presidente da Compesa, Roberto Tavares, à época da assinatura do contrato, o cenário macroeconômico era diferente do atual, uma vez que nos termos iniciais era extremamente otimista. Para tanto, foi necessário reduzir o comprometimento das verbas públicas, a fim de adaptar-se à crise econômica que o país atravessa (Pimentel, 2018).

Atualmente, segundo a Compesa, o Programa Cidade Saneada está executando obras nos municípios de São Lourenço da Mata, Jaboatão dos Guararapes, Olinda, Paulista e Cabo de Santo Agostinho. Após a repactuação do contrato, anunciada em dezembro de 2017, as obras do Programa Cidade Saneada estão previstas para serem concluídas em 2037.

MATERIAIS E MÉTODOS

Esta seção tem como objetivo explicar a base metodológica utilizada para o desenvolvimento desta pesquisa, incluindo breve explicação dos métodos, materiais e fontes que nortearam a fundamentação teórica.

Quanto à natureza, o presente artigo pode ser classificado como uma pesquisa básica, que é preponderantemente teórica e visa ao avanço do conhecimento em determinada área, consoante Gerhardt e Silveira (2009). Nesse contexto, o referido artigo se enquadra nesta



classificação, considerando que um de seus objetivos gerais foi avançar no conhecimento em relação à viabilidade da aplicação da PPP da Compesa.

Quanto aos objetivos, a pesquisa foi classificada como exploratória, já que se investigou um fenômeno que ainda não tem estudos desenvolvidos, no intuito de proporcionar maior familiaridade com o problema. Ela tem como finalidade proporcionar mais informações acerca de determinado assunto, de modo a facilitar a delimitação de um tema de pesquisa. Ademais, a pesquisa exploratória tem o objetivo de proporcionar uma visão geral, de tipo aproximativo, acerca de determinado fenômeno (Gil, 2006).

Com relação aos procedimentos, o artigo foi produzido por meio de uma pesquisa bibliográfica, uma vez que a fundamentação teórica da discussão foi embasada em fontes bibliográficas, como livros e artigos científicos. A pesquisa bibliográfica é:


Considerada mãe de toda pesquisa, fundamenta-se em fontes bibliográficas; ou seja, os dados são obtidos a partir de fontes escritas, portanto, de uma modalidade específica de documentos, que são obras escritas, impressas em editoras, comercializadas em livrarias e classificadas em bibliotecas. (GERHARDT E SILVEIRA, 2009, p. 69).

No tocante às fontes utilizadas, a investigação teve como fontes primárias os construtos teóricos do Direito Constitucional e Administrativo, como os autores Blanchet (2006), Di Pietro (2017), Furtado (2007) e Carvalho Filho (2015), que apresentam obras bastante relevantes no âmbito literário jurídico com relação às Parcerias Público-Privadas.

Além disso, foram utilizados a Constituição Federal de 1988 e artigos científicos relacionados à temática abordada, por meio das publicações de Aragão (2005) e Pinto (2005), que se tornaram referência na temática de PPP e Bresser-Pereira (1998), referência nas obras doutrinárias referentes à Reforma do Aparelho do Estado.

Ainda como fontes primárias, foi realizado um estudo fundamentado referente à legislação vigente específica no tocante às concessões públicas, regulamentadas pela Lei n.º 8.987/1995 e ao contrato de Parceria Público-Privada, que é disciplinado pela Lei n.º 11.079/2004, bem como a Lei Estadual n.º 12.765 de 28 de janeiro de 2005, que dispõe sobre o Programa Estadual de Parceria Público-Privada.

Como fontes secundárias, foram utilizados dados extraídos diretamente dos portais especializados no tema, por meio de informações constantes em suas páginas oficiais na *internet*, como é o caso do portal oficial da Compesa, que disponibiliza dados acerca de suas



atividades no estado e o Projeto Cidade Saneada, do Radar PPP, que é especializado nos contratos de Parceria Público-Privada em execução no Brasil e da Aegea.

Também fizeram parte do rol de fontes secundárias, no período de maio a junho de 2018, os artigos jornalísticos do Diário de Pernambuco, do JC Online, do TCE, que serviram de base para a explanação do tema.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Ante o exposto, é possível perceber que a Lei n.º 11.079/2004, que regula o contrato de Parceria Público-Privada, de certa forma, aperfeiçoa a Lei de Concessão e Permissão de Serviço Público, uma vez que com a utilização deste, o Estado se vê diante da possibilidade de executar projetos que até então seriam inviáveis somente com a utilização dos recursos públicos, em virtude da principal característica da PPP, que é o compartilhamento de riscos entre o parceiro público e privado.

Já para o particular, a PPP apresenta uma possibilidade de melhorar o mercado, fazendo com que sua exploração possa atingir setores que demandariam muitos recursos, caso fosse explorado somente com a sua atividade. Isto é, o compartilhamento de riscos também beneficia a concessionária, visto que nas concessões comuns, os riscos contratuais ficam por sua conta.

De um lado, uma vantagem relevante da PPP, neste aspecto do estudo, é a qualidade e eficiência que são propostas pelo ente privado na execução do projeto, pois conforme o contrato, a PPP da Compesa conta com uma estrutura de última geração, oferecendo diversos benefícios para a qualidade de vida dos cidadãos. Consequentemente, além de considerar a melhoria das condições de vida e higiene da população, as obras viabilizam o desenvolvimento socioeconômico de uma região que comporta milhões de cidadãos sem acesso à infraestrutura de saneamento básico.

A qualidade do projeto juntamente com a proposta de economia, fazendo com que o Estado tenha uma despesa reduzida e compartilhada com o ente particular são as principais vantagens vislumbradas na adoção desta modalidade de contrato para a realização das obras, pois unindo os interesses públicos com os privados, é possível avistar vantagens para ambos, além de proporcionar uma melhor qualidade de vida aos cidadãos e preservar o meio ambiente.

Contudo, por outro lado, a aplicação do contrato de PPP neste Programa apresenta riscos, principalmente em decorrência do longo prazo em que as obras deverão ser concluídas,



considerando o atraso delas nestes últimos cinco anos, como também a repactuação do referido contrato anunciada pela Compesa em dezembro de 2017.

Sendo assim, visando à conclusão das obras com a eficiência e qualidade que este tipo de infraestrutura requer, houve a necessidade de ajustar o contrato para que a implantação do Projeto fosse concluída apenas em 2037, com o intuito de atender a 90% da população da RMR. Porém, é sabido que todo ajuste contratual demanda mais custos ao Poder Público, o que acaba por acrescer o valor do contrato, fazendo com que a Administração Pública transfira mais investimentos para a realização do Programa.

A PPP é utilizada no sistema de saúde, prisional, em construções de pontes e acesso rodoviário, arenas esportivas, entre outros, e em cada tipo de projeto, apresenta suas vantagens e riscos. Entretanto, mesmo que o instituto de Parceria Público-Privada ainda seja alvo de muitas críticas, como a aplicação da arbitragem para dirimir conflitos referentes aos contratos e acerca da incerteza de sua eficiência, devido ao longo prazo em que deve ser concluída, o propósito desta pesquisa foi analisar, por meio de uma análise do projeto da PPP do Saneamento, se, na prática, esta modalidade de contratação é uma alternativa mais eficiente na execução das obras referentes ao contrato.

Por conseguinte, tendo como base a análise de alguns contratos de PPP em execução no Brasil e até mesmo em Pernambuco, ainda levando em consideração os riscos envolvidos neste tipo de atividade, compete destacar que a escolha pela adoção do contrato de PPP se mostra como uma alternativa consideravelmente vantajosa à Administração Pública, tendo em vista os fins para os quais ela se propõe, além dos benefícios que poderão ser ofertados à população.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É sabido, por meio desta investigação, que não há como comprovar efetivamente que a execução do Programa Cidade Saneada atingirá todas as finalidades, nem se pode garantir a eficácia dos resultados no prazo estabelecido contratualmente. No entanto, de certa forma, de acordo com a análise aqui discutida, é possível vislumbrar a viabilidade da PPP para garantir a universalização do esgotamento sanitário na Região Metropolitana do Recife, uma vez que os resultados pretendidos se apresentam, neste momento, como uma perspectiva de desenvolvimento socioeconômico na área.

Porém, impende destacar que a adoção do contrato de PPP não pode ser vista como uma solução para todos os problemas de infraestrutura e gestão enfrentados pelo Poder Público,



considerando a competência do Estado para garantir direitos à população e executar determinadas atividades.


Sendo assim, e sabendo-se que é um assunto controverso, não há pretensão de se esgotar o tema, porém, embora verifiquem-se problemas na prestação de atividades estatais e até mesmo particulares, partindo de uma perspectiva positiva acerca da eficácia e efetividade do contrato de Parceria Público-Privada, acredita-se que a com adoção desta modalidade de contrato seja possível conferir efetividade às atividades as quais ele se propõe na PPP da Compesa, sendo imprescindível um efetivo controle de atividades, pois não há dúvidas de que a moralidade administrativa e a efetiva e rigorosa fiscalização e controle são instrumentos indispensáveis ao sucesso das atividades da Administração Pública.

Ademais, além da fiscalização rigorosa das atividades, para lograr êxito nesse Projeto, também é imprescindível que haja um padrão legal que garanta a confiança do parceiro privado no cumprimento do referido contrato, como uma forma de assegurar a eficácia do contrato, haja vista que conforme disposição do TCE, ele será revisado a cada cinco anos, a fim de que o projeto avance e obtenha sucesso na universalização do acesso ao saneamento básico.

Consoante a análise aqui discutida, pode-se afirmar que a qualidade do projeto com a proposta de economia é uma vantagem para o Estado lograr êxito no projeto, considerando principalmente o aspecto financeiro, tendo em vista o compartilhamento dos ônus contratuais com o ente particular.

Além disso, conforme a pesquisa, neste caso, percebe-se que o Estado de Pernambuco não teria capacidade de assumir a gestão e execução do Projeto Cidade Saneada de forma integral, pois mesmo com a parceria firmada, na qual o particular deve cumprir com as atividades contratadas, o cronograma de atividades não estava sendo cumprido a contento no prazo estabelecido. E tratando-se de uma obra pública deste porte em meio à crise econômica com a consequente falta de repasse de verbas federais aos cofres públicos estaduais, percebe-se que o Programa, caso fosse assumido integralmente pelo Estado, ficaria comprometido ou até mesmo paralisado.

Nesta pesquisa não se vislumbra somente que as obras da PPP da Compesa sejam concluídas no prazo contratual estabelecido, mas também que a partir disso, o Estado de Pernambuco viabilize a expansão de projetos semelhantes para outras Regiões que também têm o saneamento básico precário e carecem de melhorias na infraestrutura de suas moradias, como é o caso do Agreste e da Zona da Mata.



Ao que parece, o Estado de Pernambuco, ao optar por aplicar o contrato de Parceria Público-Privada no Programa Cidade Saneada, escolheu um bom caminho, considerando que as vantagens pretendidas pela Parceria superam os investimentos realizados, tendo em vista que deverão ser aproveitadas pelos municípios da Região Metropolitana do Recife, beneficiando mais de três milhões de habitantes. Neste caso, levando em consideração os aspectos aqui discutidos, a aplicabilidade do contrato de PPP se apresenta como uma alternativa mais eficiente na execução e gestão das obras referentes ao Programa Cidade Saneada.

Destarte, com a implantação de projetos como este, entende-se que é possível fortalecer as políticas públicas de erradicação da pobreza, ofertar melhor qualidade de vida aos cidadãos por meio de uma infraestrutura de saneamento básico adequada, como também é possível consolidar o combate à proliferação de enfermidades causadas pela poluição hídrica, contribuindo para a melhoria da saúde pública, de modo a obter sucesso e eficiência no desenvolvimento socioeconômico não somente às áreas, como também à população e ao estado em geral, sem, contudo, dissociar esse êxito do controle e rigorosa fiscalização do cronograma de execução do contrato.

REFERÊNCIAS

AEGEA. Documentário sobre saneamento básico revela um Brasil esquecido. **Web Aegea**, 19 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.aegea.com.br/2017/01/documentario-sobre-saneamento-basico-revela-um-brasil-esquecido/>>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas – PPP’s no Direito Positivo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direito.doestado.com.br>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Parceiras Público-Privadas**. Comentários à Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Distrito Federal: Senado, 1988.

BRASIL. 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. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 fev. 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 09 de maio de 2018.

BRASIL. Lei nº. 11.079 de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da**

República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/conteudo/legislacao/arquivos_down/041230_L_ei_11079.pdf>. Acesso em: 07 de maio de 2018.

BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília, Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Aparelho do Estado, 1995. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>>. Acesso em: 09 de maio de 2018.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Lua Nova**, São Paulo, n. 45, p. 49-95, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451998000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 07 de maio de 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COMPESA. **História e Perfil.** Disponível em: <<https://servicos.compesa.com.br/historia-e-perfil/>>. Acesso em: 28 de maio de 2018.

COMPESA. Compesa anuncia mudanças no contrato da PPP do Saneamento da Região Metropolitana do Recife. **Compesa**, Recife, 19 mar. 2018. Disponível em: <<https://servicos.compesa.com.br/compesa-anuncia-mudancas-no-contrato-da-ppp-do-saneamento-da-regiao-metropolitana-do-recife/>>. Acesso: 07 de junho de 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Desafios do saneamento em metrópoles da Copa 2014 – Estudo da Região Metropolitana do Recife.** 2011. Disponível em: <<http://tratabrasil.org.br/datafiles/uploads/estudos/pesquisa14/pesquisa-recife.pdf>>. Acesso em: 06 de junho de 2018.


FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GERHARDT, Tatiana Engel. SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de pesquisa.** Tatiana EngelGerhardt e Denise Tolfo Silveira (Org.); coordenado pela Universidade Aberta do Brasil – UAB/UFRGS e pelo Curso de Graduação Tecnológica – Planejamento e Gestão para o Desenvolvimento Rural da SEAD/UFRGS. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

JC ONLINE. Obras da PPP do Saneamento vão durar o dobro do previsto. **JC Online**, Recife, 20 mar. 2018. Disponível em: <<http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/economia/pernambuco/noticia/2018/03/20/obras-da-ppp-do-saneamento-vaio-durar-o-dobro-do-previsto-331993.php>>. Acesso em: 07 de junho de 2018.

PERNAMBUCO. Lei nº. 12.765 de 28 de janeiro de 2005. Dispõe sobre o Programa Estadual de Parceria Público-Privada e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado de Pernambuco. Recife, PE, 28 jan. 2005.** Disponível em: <<http://www.plane>



jamento.gov.br/hotsites/ppp/conteudo/legislacao/arquivos_down/050127_lei_12765.pdf. Acesso em: 23 de maio de 2018.

PIMENTEL, Thatiana. PPP da Compesa estica prazo para fim de obras. **Diario de Pernambuco**, Recife, 20 mar. 2018. Disponível em: <http://www.impresso.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/cadernos/economia/2018/03/20/interna_economia,184932/ppp-da-compesa-estica-prazo-para-fim-de-obras.shtml>. Acesso em: 07 de junho de 2018.

PINTO, Marcos Barbosa. A função econômica das PPP's. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

RADAR PPP. **Esgotamento Sanitário da Região Metropolitana do Recife e do Município de Goiana (Pernambuco)**. Disponível em: <<https://www.radarppp.com/resumo-de-contratos/esgotamento-sanitario-da-regiao-metropolitana-do-recife-e-do-municipio-de-goiana-pernambuco/>>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE PERNAMBUCO. TCE apresenta sugestões para viabilizar PPP do Saneamento. **Tribunal de Contas de Pernambuco**, Recife, 15 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.tce.pe.gov.br/internet/index.php/mais-noticias-invisivel/178-2017/dezembro/3426-tce-apresenta-sugestoes-para-viabilizar-ppp-do-saneamento>>. Acesso em: 07 de junho de 2018.

VENTURA, Manoel. No Brasil, esgoto de 45% da população não recebe qualquer tratamento. **O Globo**, Brasília, 24 set. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/no-brasil-esgoto-de-45-da-populacao-nao-recebe-qualquer-tratamento-21865590>>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

CAPÍTULO 17

A SEGURANÇA HÍDRICA E O NOVO MARCO DO SANEAMENTO EM UMA ANÁLISE DE TUTELA EFETIVA DO DIREITO DE ACESSO À ÁGUA POTÁVEL NO BRASIL

Micheli Capuano Irigaray
João Hélio Ferreira Pes

RESUMO

O acesso à água potável apresenta-se como uma das principais preocupações, verificada nas últimas décadas, face ao crescimento populacional e à utilização inadequada dos recursos hídricos, exigindo do Estado atuação efetiva capaz de garantir o acesso à água potável para às necessidades vitais da população, de forma espontânea, integral e igualitária. o objetivo principal deste artigo é o de verificar quais as perspectivas e desafios do novo marco do saneamento representar uma tutela efetiva do direito de acesso à água potável no Brasil. Metodologicamente adota-se a teoria sistêmico-complexa, método dedutivo, pesquisa bibliográfica. A conclusão é de que é necessário a tutela administrativa efetiva das políticas públicas de acesso à água potável, para respaldar os princípios da sustentabilidade, solidariedade e dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS- CHAVE: Segurança hídrica; novo marco do saneamento básico; tutela efetiva; acesso à água potável.

INTRODUÇÃO

A água vincula-se ao homem em sua fundamentabilidade de existência, como elemento vital. Assim emerge a preocupação que vem se destacando nas últimas décadas, no cenário internacional, através de declarações e resoluções da ONU, e no cenário local, pelo crescimento das demandas e pela utilização inadequada dos recursos hídricos em suas múltiplas finalidades, exigindo uma forma de proteção, de tutela efetiva, capaz de garantir o acesso à água potável para as necessidades vitais às presentes e futuras gerações.

No Brasil o Plano Nacional de Segurança Hídrica reflete essa preocupação, visando instituir ações estruturais para buscar um cenário de planejamento, e gestão adequada dos recursos hídricos, com equilíbrio entre a oferta e a demanda de água quanto a situações contingenciais, fruto da vulnerabilidade a eventos climáticos extremos.

Nesse sentido a problemática do presente artigo visa verificar quais as perspectivas e desafios do novo marco do saneamento representar uma tutela efetiva do direito de acesso à água potável no Brasil? No primeiro ponto verificam-se os dados do Plano Nacional de



Segurança Hídrica no Brasil, como forma de pautar a necessidade de um novo paradigma em políticas públicas de acesso à água potável, analisando-se no segundo ponto as dimensões do novo marco do saneamento básico; e, no terceiro ponto os desafios e perspectivas de uma tutela efetiva do direito de acesso à água, na consecução de políticas públicas inclusivas.

Os fundamentos do presente trabalho constituem-se em elementos de reflexão da consecução dos direitos fundamentais, pela administração pública, especialmente quanto ao acesso à água potável, levando-se em consideração limites orçamentários e distribuição igualitária de serviços públicos, os quais devem ser norteados pelos princípios constitucionais de igualdade e dignidade da pessoa humana.


Metodologicamente para responder ao tema proposto, adota-se o trinômio da teoria de base/abordagem, procedimento e técnica. Como teoria de base e abordagem utiliza-se a teoria sistêmico- complexa, a fim de compreender os fenômenos sociojurídicos relacionados, abordagem pelo método dedutivo, como procedimentos a pesquisa bibliográfica e documental, e como técnica a construção de fichamentos e resumos.

Esses elementos de análise conduzem a necessidade de uma tutela administrativa efetiva das políticas públicas de acesso à água potável, como forma de respaldar os princípios de igualdade, sustentabilidade, solidariedade e dignidade da pessoa humana, no gerenciamento dos recursos hídricos.

DESAFIOS E PERSPECTIVAS DE SEGURANÇA HÍDRICA NO BRASIL

No atual cenário de pandemia a água potável destaca-se como fator preponderante no acesso à saúde e bem estar. Nesse contexto os dados do Plano Nacional de Segurança Hídrica de 2019 apresentam-se como instrumentos norteadores de políticas públicas na defesa da vida. A Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - ANA, segundo o relatório Atlas Brasil de 2011, aponta que o abastecimento de água, na área urbana, dos 5.565 municípios brasileiros, então pesquisados, apresenta que 55% poderão ter déficit no abastecimento, e que 84% das cidades necessitam de investimentos urgentes para adequação de seus sistemas produtores de água potável (ANA, 2019).

Entre os vários componentes que compõem o saneamento básico, como água potável, esgoto, drenagem (de águas pluviais) e destinação adequada do lixo, o acesso à água é o serviço que mais diretamente impacta a população brasileira, aponta a especialista em recursos hídricos,



meio ambiente urbano Marussia Whitely, ex-coordenadora do Programa de Mananciais do Instituto Socioambiental - ISA (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2019).

Na área urbana, os principais problemas para garantir o suprimento do recurso para a população são o crescimento desordenado, em especial das metrópoles e a demora na conclusão dos cronogramas das obras de infraestrutura. A área rural também pode sofrer para conseguir água apropriada para o consumo humano. Segundo o Instituto Trata Brasil, um dos problemas é que nesses locais as casas ficam muito distantes uma das outras, dificultando a instalação de sistemas de água, de coleta e tratamento de esgotos (INSTITUTO TRATA BRASIL, 2020).

A população brasileira depende de um sistema público de atendimento e sofre com a grande ameaça, não só da falta de água, mas da qualidade ou da competição de usos. O acesso à água potável no Brasil se dá por meio do abastecimento pelas companhias, municipais, estaduais ou privadas, de saneamento básico e que se caracteriza pela retirada da água pela natureza, adequação de sua qualidade aos padrões de potabilidade exigidos pelas normas brasileiras, transporte até os aglomerados humanos e fornecimento à população em quantidade compatível com suas necessidades (ANA, 2020).

Nesse contexto o Plano Nacional de Segurança Hídrica – PNSH, de acordo com o conceito da Organização das Nações Unidas (ONU), considera que existe segurança quando há disponibilidade de água em quantidade e qualidade suficientes para o atendimento às necessidades humanas, à prática das atividades econômicas e à conservação dos ecossistemas aquáticos, acompanhada de um nível aceitável de risco relacionado a secas e cheias, devendo ser consideradas as suas quatro dimensões como balizadoras do planejamento da oferta e do uso da água em um país (ANA, 2019).

Os dados de Segurança Hídrica divulgados em 2019 pela Agência Nacional de Águas viabilizaram a adoção de um índice de segurança hídrica - ISH, calculado para os anos de 2017 e 2035, considerando a infraestrutura hídrica existente e a incorporação das demandas setoriais de uso da água no cenário de 2035 (ANA, 2019).

No contexto da dimensão humana, a aplicação do ISH para o Brasil resultou na identificação de 60,9 milhões de pessoas (34% da população urbana em 2017) que vivem em cidades com menor garantia de abastecimento de água. No horizonte de 2035, a população total em risco sobe para 73,7 milhões de pessoas. Da população em risco, a maior parte (cerca de 80%) está em situação de risco pós-déficit, ou seja, quando as fontes hídricas superficiais e subterrâneas não oferecem disponibilidade de água suficiente para o pleno atendimento às



demandas. Uma parcela menor está em situação de risco iminente, risco esse que se eleva na medida em que a demanda se aproxima da disponibilidade. Esses resultados refletem, predominantemente, a pressão sobre os recursos hídricos devido à demanda das grandes concentrações populacionais urbanas, à escassez de água em algumas áreas, como no Semiárido, e ao aumento progressivo da taxa de urbanização do País, próximas de 90% em 2020 (ANA, 2019).

Assim emerge a necessidade de reflexão quanto à baixa efetividade dos direitos fundamentais, no entendimento de que o acesso à água potável deve ser tratado nesse patamar, verificando-se que a doutrina brasileira foi levada a buscar na dogmática constitucional, instrumentos jurídicos para assegurar a realização desses direitos. Destacando-se que o art. 5^o, § 1^o do texto constitucional estabelece a aplicabilidade imediata das normas veiculadoras de direitos e garantias fundamentais, assim como o art. 5^o, XXXV, prevê a inafastabilidade do Poder Judiciário para apreciar lesão ou ameaça a direito, passando-se a dar suporte a possibilidade de se reivindicar judicialmente a satisfação de tais direitos pela via individual, nos casos de omissão ou atuação insuficiente da Administração Pública (HACHEM, 2015, p. 13).

A crítica de Hachem (2015, p. 14) respalda-se no fato de que essas atuações reproduzem desigualdades, no sentido de que de um lado a ação da Administração Pública peca por omissões inconstitucionais, que impedem o desenvolvimento social por inviabilizar uma adequada elevação das condições de vida da população, no não atendimento em sua integralidade dos direitos fundamentais sociais, por outro lado a atuação jurisdicional, mesmo que necessária e bem intencionada, privilegia de forma desigual parcela dos cidadãos, que possuem os maiores níveis de informação e renda para consecução desses direitos pela via do Poder Judiciário, violenta-se assim, a integridade constitucional do princípio da igualdade.

A defesa de uma tutela efetiva da administração pública visa primar pelo princípio da igualdade, em patamares de acesso, mesmo que dentro de um mínimo existencial, a toda população no direito fundamental de acesso à água potável.

Nesse sentido o art. 6^o, §1^o da Lei 8.987 de 1995, dispõe sobre o serviço adequado como aquele que se apresenta em condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Esses princípios que integram o regime jurídico do serviço público conferem sua proteção pelo regime jurídico



dos direitos fundamentais, em especial, a proteção da cláusula de proibição do retrocesso social (SCHIER, 2009, p. 135).

Freitas (2007, p. 207) observa o status de direito fundamental em prescrições constantes fora do art. 5º da Carta Fundamental e aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, assim como a preceitos da Declaração dos Direitos do Homem, contemplando assim o art. 175 da Constituição Federal, no reconhecimento da fundamentalidade do direito ao serviço público adequado (SCHIER, 2009, p. 138).

Nesse sentido Schier (2009, p. 147) conduz seu posicionamento para a abordagem dada ao instituto do serviço público, como um mecanismo de redução das desigualdades, tendo como condição “*sine qua non*”, sua prestação de forma contínua, para todos dentro da exigência da universalidade e com tarifas módicas, sob pena, de não se configurar como instrumento de redistribuição de riquezas ou bens indispensáveis e vitais como o acesso à água potável, contrariando os princípios de igualdade, dignidade e serviço público adequado como direito fundamental.

Pressupõe-se assim, que os direitos fundamentais possuem um mínimo de conteúdo constitucionalmente assegurado e protegido contra futuras alterações, através de um regime jurídico do serviço público, que seja capaz de oferecer os limites para atuação legislativa na matéria dos direitos fundamentais, ao alcance das cláusulas pétreas. Schier (2009, p. 161) ainda destaca a definição de um mínimo existencial, como limitador ou vetor dirigido à inclusão social, como conteúdo a ser protegido pela cláusula contra retrocesso social.

Impõe-se assim a superação de paradigmas quanto à tese de que o regime jurídico do serviço público, por encontrar-se em legislação infraconstitucional, afastar-se-ia da condição de garantia fundamental. Ao contrário emerge a necessidade de proteção dos princípios de igualdade e dignidade aos usuários dos serviços públicos, como direito fundamental, aplicando-se a cláusula de proibição de retrocesso social (SCHIER, 2009, p. 162).

Sarlet (2015, p. 464) destaca argumentos de matriz jurídico-constitucional para embasar o princípio da proibição de retrocesso implícito no sistema constitucional brasileiro, amparando-se no princípio do Estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, abrangendo critérios como a confiança e um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica contra atos retrocessivos de um modo geral; destacando-se também o princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação por meio de prestações positivas por parte do Estado, através da consecução de direitos fundamentais,



estabelece uma existência condigna para todos; e, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais contido, no art. 5º, § 1º, de maximização da proteção dos direitos fundamentais, na promoção de segurança jurídica, contra medidas de caráter retrocessivo.


Nessa perspectiva, o princípio da vedação de retrocesso apresenta manifestações específicas previstas no texto constitucional, quanto à proteção contra medidas de cunho retroativo, tanto com relação à proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, assim como no contexto social, em consonância com os princípios de igualdade e dignidade da pessoa humana consagra a vedação contra a redução de prestação ou prestação ineficiente por parte do Estado, no atendimento de direitos fundamentais (SARLET, 2015, p. 465).

A partir dessa percepção a proibição de retrocesso na concepção de Sarlet (2015, p. 466) orienta-se pelo direcionamento da maximização da eficácia de todas as normas de direitos fundamentais, impondo-se a proteção efetiva desses direitos, não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional do art. 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais às emendas constitucionais, mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estais, tanto em medidas administrativas como de decisões judiciais, que atendem contra a segurança jurídica e a proteção de confiança na concretização eficiente dos direitos fundamentais, e dos direitos fundamentais sociais.

Assim o texto constitucional brasileiro ao incorporar os princípios acima destacados, veda em qualquer hipótese suprimir pura ou simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade, reconhecendo-se o princípio de proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais.

Nesse cenário o novo marco do saneamento básico ainda gera inquietações pela realidade de insuficiência no atendimento ao saneamento básico e acesso à água potável em um grau de agravamento pela pandemia da COVID- 19, que no Brasil, já somam centenas de milhares de mortes e milhões de infectados.

Esse cenário apresenta-se como emergencial para as ações e avanço de políticas públicas votadas a uma tutela efetiva de atendimento no acesso à água potável e ao saneamento, como medidas de saúde pública em atendimento as indicações de dignidade e bem estar.



Assim o próximo tópico dedica-se a analisar as dimensões do novo marco do saneamento básico aprovado no Brasil, como forma de verificar uma perspectiva de tutela efetiva, pautada nos critérios de integridade e igualdade, assim como de serviço público adequado, conforme os critérios de universalidade, modicidade e continuidade.

PRINCIPAIS DIMENSÕES DO NOVO MARCO DO SANEAMENTO BÁSICO

Uma tutela efetiva visa superar o descompasso entre o direito administrativo e as transformações constitucionais em matéria de direitos fundamentais, tanto pela ação ofensiva, quanto pela omissão administrativa transgressora na observação de Hachem (2014, p.209). Esse paradigma norteia um ideal de prestação de serviço público que se enquadra no atendimento do direito de acesso à água potável, por sua condição de fundamentabilidade.

Nesse contexto, o Brasil aprova o novo marco do saneamento básico em um tempo/espaço de pandemia com milhões de casos confirmados de Coronavírus e centenas de milhares de óbitos, evidenciando-se assim um momento atípico de extrema preocupação com a saúde pública, de isolamento social e da necessidade de serem reforçadas as medidas de saneamento e higienização, ressaltando a fundamentalidade do acesso à água potável, no combate a transmissão do vírus (OMS, 2020).

O tema reflete complexidades e divergências, fruto de inquietações por parte de concessionárias, estatais, municípios, estados e sociedade civil. A Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, denominada como o novo marco legal do saneamento básico, altera entre outros dispositivos, as atribuições da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, e a Lei nº 11.4445, de 5 de janeiro de 2007, em relação as condições estruturais do saneamento básico no País (BRASIL, 2020).

O artigo 3º da Lei 14.026 de 15 de julho de 2020 dispõe sobre a responsabilidade da Agência Nacional de Águas pela instituição de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento, passando a reger-se como entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos – SINGREH, com reponsabilidade pelas regras para estruturação administrativa das fontes e recursos para a prestação desses serviços, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento Regional (BRASIL, 2020)



Caberá a Agência Nacional de Águas entre outras atribuições, estabelecer normas de referência sobre os padrões de qualidade e eficiência na operação dos sistemas de saneamento básico, assim como a regulação tarifária e a padronização dos instrumentos negociais de prestação desses serviços públicos (BRASIL, 2020).


Schier (2009, p.125) observa a necessidade de refletir-se sobre o panorama do serviço público, pautados em atividades materiais prestadas pelo poder público em prol da coletividade, com o objetivo de proporcionar condições de acesso aos bens essenciais à vida do ser humano. Nesse contexto, o serviço público, inegavelmente, enquadra-se em um regime jurídico com garantia fundamental de sua prestação, como pressuposto central de proteção conferida pelo regime jurídico dos direitos fundamentais em especial sob o amparo da proteção da cláusula de proibição do retrocesso social.

O papel do novo marco do saneamento básico no país, já carrega uma carga de déficit social, estrutural e material, conforme os dados analisados no primeiro tópico deste trabalho, emergindo a necessidade de uma releitura da tutela administrativa empregada no atendimento do serviço de acesso à água potável e ao saneamento, pelo grande número de desatendimentos e exclusões, em um cenário de descompasso com a defesa da dignidade humana.

A criação do Comitê Interministerial de Saneamento Básico – CRISB, apresenta-se como alteração do marco do saneamento, tendo por finalidade assegurar a implementação da política federal de saneamento básico e de articular a atuação dos órgãos e das entidades federais na alocação de recursos financeiros em ações de saneamento, assim como de coordenar, integrar, articular e avaliar a gestão, em âmbito federal do Plano Nacional de Saneamento Básico, elaborando estudos técnicos para subsidiar a tomada de decisões sobre a alocação de recursos federais no âmbito da política federal de saneamento. Dispondo no artigo 53 – C que regimento interno disporá sobre a organização e o funcionamento do CRISB (BRASIL, 2020).

Essas medidas apresentam-se como novo contexto de política federal de saneamento básico, cuja execução de obras de infraestrutura básica de esgotamento sanitário e abastecimento de água potável deve-se dar em núcleos formais, informais e informais consolidados, passíveis de regularização fundiária urbana, conforme disposto no artigo 53 – D da Lei 14.026 de 2020 (BRASIL, 2020).

O novo marco do saneamento básico, já traz em seu nascedouro desafios, conflitos e divergências, transportas entre outros elementos, tanto do direito como da política, nas razões



da mensagem de veto nº 396, de 15 de julho de 2020, de condições estruturantes do Plano de Saneamento Básico, como o veto apresentado ao § 12 do art. 50 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, alterado pelo art. 7º do projeto de Lei:

§ 12. A União apoiará, com a disponibilização de recursos federais e com o fornecimento de assistência técnica, a organização e a formação dos blocos de prestação de serviços de saneamento regionalizada, na forma desta Lei. Razões do veto: Em que pese a boa intenção do legislador e ressaltando que atualmente a União já apoia a estruturação de blocos de saneamento básico com a finalidade de fazer concessões, nos termos das diretrizes traçadas nas políticas públicas delineadas pelo governo federal, verifica-se que a propositura, ao impor o apoio na forma desta Lei, contém óbice jurídico por não apresentar a estimativa do respectivo impacto orçamentário e financeiro, em violação às regras do art. 113 do ADCT, bem como dos arts. 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal e ainda do art. 114 da Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2020 (Lei nº 13.898, de 2019) (BRASIL, 2020).

Esse dispositivo encontra razões de veto em decorrência da necessidade de apresentação de estimativa de impacto orçamentário e financeiro da União, para respectivas inclusões na Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2020, em atendimento da Lei de Responsabilidade Fiscal. O Ministério da Economia manifestou-se, ainda, pelo veto do § 1º do art. 54 da Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, alterado pelo art. 11 do projeto de Lei, pelas mesmas razões quanto a necessidade de apresentação de estimativa do respectivo impacto orçamentário e financeiro:

§ 1º A União e os Estados manterão ações de apoio técnico e financeiro aos Municípios para o alcance do disposto no caput deste artigo. Razões do veto: Em que pese a boa intenção do legislador, ao dispor que os Estados manterão ações de apoio técnico e financeiro aos Municípios para o alcance do disposto no caput, a propositura contém óbice jurídico por não apresentar a estimativa do respectivo impacto orçamentário e financeiro, em violação às regras do art. 113 do ADCT, bem como dos arts. 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal e ainda do art. 114 da Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2020 (Lei nº 13.898, de 2019) (BRASIL, 2020).

Schier (2009, p. 151) observa a necessidade de proteção ao regime jurídico do serviço público, conforme artigo 6º, §1º da Lei 8.987, de 1995, quanto a perspectiva de uma efetivação dos direitos sociais instrumentalizados por tais serviços, atendendo uma prestação de forma universal, contínua e com tarifa módica. Esses requisitos aos direitos sociais abrangem o acesso à água e ao saneamento, como condições mínimas de acesso à saúde e ao bem estar, como elementos mínimos de dignidade em amparo a própria existência humana.

Nesse contexto destaca-se também a proibição de retrocesso, que na concepção de Sarlet (2015, p. 466), orienta-se pelo direcionamento da maximização da eficácia de todas as normas de direitos fundamentais, impondo-se a proteção efetiva desses direitos, não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional do art. 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais às emendas constitucionais, mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estais, tanto em medidas administrativas como de decisões judiciais, que atentem contra



a segurança jurídica e a proteção de confiança na concretização eficiente dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos fundamentais sociais, como pela omissão administrativa no dever do Estado em prestar o atendimento a esses direitos.

Nesse diapasão as expectativas sociais, administrativas, sanitárias entre outras precisam superar paradigmas econômicos e conflitos que começam a emanar já no nascedouro do novo marco, em divergências do controle da prestação dos serviços públicos de saneamento básico, com relação aos contratos de programa vigentes, em decorrência do veto ao artigo 10-A e a comprovação prevista no artigo 10-B, da Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, que alterava o artigo 16 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, conforme as razões do veto, expressas na Mensagem nº 396/2020:

Razões do veto: A propositura legislativa, ao regularizar e reconhecer os contratos de programa, situações não formalizadas de prestação de serviços públicos de saneamento básico por empresa pública ou sociedade de economia mista, bem como possibilitar a prorrogação por 30 anos das atuais avenças, prolonga de forma demasiada a situação atual, de forma a postergar soluções para os impactos ambientais e de saúde pública decorrentes da falta de saneamento básico e da gestão inadequada da limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos. Ademais, a proposta, além de limitar a livre iniciativa e a livre concorrência, está em descompasso com os objetivos do novo marco legal do saneamento básico que orienta a celebração de contratos de concessão, mediante prévia licitação, estimulando a competitividade da prestação desses serviços com eficiência e eficácia, o que por sua vez contribui para melhores resultados (BRASIL, 2020).

Na análise das dimensões e perspectivas do novo marco do saneamento básico, evidencia-se a gama de desafios estruturantes para efetivação de uma tutela efetiva na prestação do serviço público de saneamento básico e acesso à água potável, visto que impõe-se elementos essenciais para consecução desses direitos fundamentais, por representarem condição vital à vida e a dignidade, em atendimento do poder dever da Administração Pública de criar condições materiais e jurídicas para satisfazer tais direitos em sua integralidade, para além do mínimo existencial, de forma igualitária a todos os seus titulares.

CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA DE TUTELA EFETIVA DO DIREITO DE ACESSO À ÁGUA

Os patamares de desenvolvimento sustentado conduzem a necessidade do enfrentamento de melhoria na qualidade de vida para todos os povos, na promoção de políticas públicas que visem reduzir e eliminar os modos de produção e de consumo não sustentáveis, em atendimento a Declaração Universal dos Direitos da Água para a preservação dos recursos hídricos (ONU, 2019, p. 8).



Castro (2013, p. 170-171) analisa a necessidade de proteção dos recursos hídricos contra ordem de utilização inadequada que imperou nas décadas de 1950-1980, em um alerta de que apesar da quantidade de água disponível ser a mesma, em termos absolutos, a pressão demográfica continua espalhando seus efeitos predadores sobre as bases de sustentação de todas as espécies, com a drástica redução dos recursos hídricos disponíveis para o consumo humano, por diversos fatores, como a sua utilização inadequada, desperdícios e altos índices de poluição.

No Brasil esses fatores de preocupação evidenciam-se pela baixa efetividade dos direitos fundamentais sociais, centralizando em torno do Poder Judiciário, ações judiciais individuais, tendo a via judicial como privilegiada para o acesso de camada da população que detêm maior poder de informação e de renda, atingindo assim um atendimento de forma desigual (HACHEM, 2014, p. 6).

Apesar de consideráveis avanços, o Brasil ainda corre risco de submeter boa parte da população, em especial à das concentrações urbanas (regiões periféricas), a dificuldades de acesso à água potável e de saneamento.

Nesse contexto Mello (2009, p. 670) observa que o serviço público deve atender ao princípio da universalidade, da generalidade, pois o serviço diz respeito a necessidades ou comodidades básicas da Sociedade, vinculando-se diretamente ao dever prestacional do Estado e a supremacia do interesse público.

A tutela efetiva dos serviços públicos relaciona-se diretamente ao caráter da universalidade, impessoalidade, continuidade, modicidade de tarifas e controle no atendimento das demandas fundamentais.

Hachem (2014, p. 21) observa que uma das dificuldades que caracteriza o baixo índice de efetividade dos direitos fundamentais em especial os sociais na Constituição de 1988, deve-se ao fato de compreensões sedimentadas no século XIX, pautadas em ideologia liberal, individualista e subjetivista. Esses elementos associados a compreensão fragmentada do Direito Constitucional, dissociado das bases norteadoras do Direito Administrativo e Processual Civil, acarretam um grande impasse, com anacronismos e frustrações na concretização dos objetivos constitucionais, especialmente em relação aos direitos fundamentais sociais.

Na análise da eficácia dos direitos fundamentais Sarlet (2015, p. 75) observa que esses direitos estão intrinsecamente vinculados a sua fundamentalidade, especialmente quanto a dignidade e proteção dos direitos em sentido formal e material. Assim de acordo com o art. 5^o,



§ 1º da Constituição Federal os direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo-se o cunho programático destes preceitos, respeitando-se a maior proteção outorgada aos direitos fundamentais como cláusulas pétreas do texto constitucional. (SARLET, 2015, p. 67-68).

Ao citar o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, art. 2º, § 3º, Hachem (2015, p. 296) observa o princípio da tutela administrativa efetiva, a qual deve integrar o atendimento dos direitos fundamentais, consagrando-se não apenas a tutela efetiva em âmbito da justiça, quando a satisfação é implementada pelo poder judiciário, mas também, a garantia de exigibilidade desses direitos da Administração.

Nesse contexto, emerge destacar a tutela administrativa não somente como um direito subjetivo, mas também como um princípio jurídico objetivo, como forma dessa tutela tornar-se um elemento informante e estruturante de todo o conjunto de normas e atos que configuram o procedimento administrativo e, conseqüentemente, como condição inarredável de aplicação aos casos concretos. Sob o amparo desses argumentos, Hachem (2015, p. 299-300) identifica a perspectiva do direito fundamental à tutela administrativa efetiva no Direito brasileiro, como uma nova construção, capaz de rechaçar as posturas e de obstacularização à realização dos direitos pela Administração Pública, em prol da pessoa humana e em sua dignidade.

A estruturação de tutela administrativa efetiva impõe-se como elemento essencial para os direitos fundamentais, especialmente de acesso à água potável, por representar elemento vital à vida e a dignidade, em atendimento do poder dever da Administração Pública de criar condições materiais e jurídicas para satisfazer direitos fundamentais em sua integralidade, para além do mínimo existencial, de forma igualitária a todos os seus titulares.

Assim, os desafios para alcançar a tutela administrativa efetiva de políticas públicas de acesso à água potável envolvem a segurança hídrica em suas dimensões, humana, econômica, ecossistêmica e de resiliência. Essas dimensões apresentam seus respectivos indicadores:

Na dimensão humana, objeto da presente pesquisa, o indicador refere-se a garantia de água para o abastecimento humano; na dimensão econômica, de garantia de água para irrigação, pecuária e atividade industrial; na ecossistêmica, quantidade adequada de água para usos naturais e segurança das barragens de rejeito de mineração; e na dimensão de resiliência, preservação artificial, natural, potencial de armazenamento subterrâneo e variabilidade pluviométrica (ANA, 2019).

Esses fatores amparam-se no cenário internacional pela Declaração Universal dos Direitos da Água prevê entre outros, que a água faz parte do patrimônio do planeta, sendo da



responsabilidade de cada continente de cada povo, de cada nação, zelar por sua manutenção e preservação.

Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos, até 2030, tendo como meta 6.1, à universalização do abastecimento de água, mediante o fornecimento de água potável e segura aos domicílios e 6.2, o acesso a saneamento e higiene adequados e equitativos para todos, e acabar com a defecação a céu aberto, com especial atenção para as necessidades das mulheres e meninas e daqueles em situação de vulnerabilidade (ONU, 2019).

Assim o plano nacional de segurança hídrica pauta-se em desafios para que possa tornar-se efetivamente um instrumento integrador do planejamento da Segurança Hídrica no país, como ferramenta capaz de referenciar uma programação orçamentária das intervenções estratégicas, de estruturação e monitoramento sistemático de sua implementação. Esse mecanismo deve garantir um fluxo permanente de intercâmbio entre as várias instâncias e setores envolvidos nas ações e infraestruturas previstas no Plano, nas esferas da União e das Unidades da Federação, para o seu devido acompanhamento, avaliação e realização das atualizações que se fizerem necessárias no Caminho da Segurança Hídrica no Brasil.

Dentre os maiores desafios para uma tutela administrativa efetiva do direito de acesso à água potável, através dos serviços públicos de abastecimento, Schier (2015, p. 206) destaca os altos níveis de exclusão social que ainda persistem no Brasil, enfatizando que ainda é tempo de se defender a fórmula do Estado Social e Democrático de Direito, sob o amparo dos princípios Constitucionais.

Nesse contexto a Agência Nacional de Águas exerce um papel preponderante, especialmente após a promulgação do novo marco do saneamento básico, ao abarcar atribuições de planejamento, e promoção de ações destinadas a prevenir ou minimizar os efeitos de secas e inundações, no âmbito do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos:

Essa articulação vincula-se ao órgão central do Sistema Nacional de Defesa Civil, em apoio aos Estados e Municípios; na definição e fiscalização das condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados, visando a garantir o uso múltiplo dos recursos hídricos, conforme estabelecido nos planos de recursos hídricos das respectivas bacias hidrográficas; bem como promover a coordenação das atividades desenvolvidas no âmbito da rede hidro meteorológica nacional, em articulação com órgãos e entidades públicas ou privadas que a integram, ou que dela sejam usuárias; e, organizar, implementar e gerir o Sistema Nacional de Informações sobre Recursos Hídricos, conforme art. 4º da Lei 9.984 de 2000 (DEMOLINER, 2008, p. 104-105).



O Plano Nacional de Segurança Hídrica refere-se a segurança hídrica como condição indispensável para o desenvolvimento social e econômico, especialmente quando se verificam fortes impactos causados por eventos hidrológicos extremos ocorridos no Brasil. Nesse contexto o plano também observa que em regiões nas quais a disponibilidade hídrica é reduzida por natureza, com é o caso do Semiárido, a crise hídrica tem ocorrido por períodos mais prolongados, manifestando-se assim um desequilíbrio significativo entre oferta e demanda por água, configurando-se em deficiências no abastecimento em diversas regiões do país, afetando grande contingente populacional, ou por outro lado, estiveram sujeitas a inundações decorrentes de chuvas intensas.

A inserção do tema segurança hídrica, congregando atribuições do Ministério do Desenvolvimento Regional e a vinculação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, são mecanismos apresentados para fortalecer o arcabouço institucional de planejamento, execução, operação e manutenção da infraestrutura hídrica estratégica no País, relacionando-se diretamente com a perspectiva de uma tutela administrativa efetiva do direito de acesso à água potável em sua integralidade, de forma igualitária como forma de garantir um mínimo existencial dentro do território nacional (BRASIL, MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL, 2020).

Nesse contexto emerge a necessidade de construção de uma nova ordem administrativa na perspectiva de fruição dos direitos fundamentais, visando uma possibilidade de elevação do índice de desenvolvimento humano, com redução de desigualdades e efetivação desses direitos, através de uma tutela administrativa dos serviços de acesso à água potável de forma igualitária no território brasileiro.

No posicionamento de Hachem (2014, p. 554) a proposta de reconhecimento de um direito fundamental à tutela administrativa efetiva no Direito brasileiro busca contribuir para que a Administração Pública tenha condições de adaptar-se às novas necessidades sociais e jurídicas, para permitir a implementação de ofício dos direitos fundamentais de forma universalizada.

Os desafios de uma tutela efetiva no cenário do acesso à água e ao saneamento básico apresentam-se segundo projeções da ANA, em demandas hídricas de retirada para suprimento de água a diversos setores usuários, incluindo a população e as atividades econômicas, pode alcançar cerca de 2.600 m³/s no Brasil, em 2030, representando um aumento de quase 2.000 % em relação às demandas estimadas para o ano de 1931, ou seja, num período de 100 anos. Tal



condição resulta em riscos de ocorrência de balanço hídrico entre oferta e demanda de água negativo em diversas regiões do País (ANA, 2019).

Os desafios de demanda de água no Brasil, conforme informações da ANA (2019) através do Plano Nacional de Segurança Hídrica indica que a urbanização teve uma alta evolução entre as décadas de 60 e 80, com uma expectativa de chegar a 90% no início da década de 2020 (ANA, 2019).

Em 2016, 132 cidades do nordeste setentrional, com uma população total de 1,5 milhões de habitantes encontravam-se em colapso de abastecimento e 812 municípios eram abastecidos por carros-pipa, gerando custos de mais de um bilhão de reais ao Governo Federal. Além do semiárido, historicamente sujeito a secas, a crise hídrica também ocorreu no Sudeste, afetando as regiões mais populosas e com maiores demandas hídricas do País, tais como a bacia do rio Paraíba do Sul e a Região Metropolitana de São Paulo, quer seja para abastecimento humano ou para suprimento de atividades econômicas (ANA, 2019, p. 16-17).

Assim o novo marco do saneamento básico enfrenta o grande desafio de consecução de uma tutela efetiva na prestação desses serviços, pelos índices de crescimento e de demandas nos usos da água, comprovadas pelas recentes crises hídricas que se instalaram severamente no Brasil. Esses impactos necessitaram de obras emergenciais e racionamento dos usos da água, com uma reestruturação do serviço público de abastecimento de água potável e saneamento básico, como forma de garantia de uma tutela administrativa efetiva, de forma igualitária, com vedação de retrocesso, como forma de promoção de desenvolvimento em atendimento ao princípio da dignidade.

CONCLUSÃO

Analisar as perspectivas de segurança hídrica e o novo marco do saneamento no Brasil, significa verificar as possibilidades de implementação de uma tutela efetiva, norteadas pelos princípios de vedação de retrocesso, de atendimento de um mínimo existencial, aliados às condições de prestação continuada, com modicidade de tarifas, igualdade e integralidade dos serviços de saneamento básico e acesso à água potável.

A tutela administrativa efetiva reflete-se como caminho viável na superação de desafios de consecução de direitos fundamentais, especialmente quanto ao saneamento e o acesso à água, visto que representam aspectos inerentes à própria existência humana em patamares de



dignidade, sustentabilidade e solidariedade, transpondo-se o paradigma apenas do econômico, para vivenciar o humano.

As grandes aglomerações urbanas, o uso e a ocupação do solo de forma desordenada, intensificam a crise hídrica, exigindo-se do Estado, mecanismos capazes de minimizar as desigualdades sociais e de exclusão, especialmente no atual contexto de pandemia, onde a água e todos os fatores de higiene passaram a ser ainda mais considerados como formas de subsistência.

Os dados do Plano Nacional de Segurança Hídrica evocam medidas urgentes nos vários componentes do saneamento básico, especialmente no acesso à água potável, esgotos e drenagem de águas fluviais, em aspectos que se agravam pela realidade de que entre 5.565 municípios brasileiros, 55% poderão ter déficit no abastecimento, e que 84% das cidades necessitam de investimentos urgentes para adequação de seus sistemas produtores de água potável, com destinação orçamentária específica para que municípios possam suportar tanto individualmente, como através de consórcios intermunicipais, os necessários investimentos de superação do paradigma de exclusão.

O contexto de aprovação do novo marco do saneamento básico no Brasil reflete-se em um cenário de que até 2035, a população total em risco sobe para 73,7 milhões de pessoas, e da população em risco, a maior parte (cerca de 80%) está em situação de risco pós-déficit. Sendo assim esses patamares e conflitos necessitam de uma nova ordem de reestruturação no atendimento e prestação dos serviços públicos de saneamento básico e acesso à água potável, em uma perspectiva de tutela administrativa efetiva que supere dogmas do Direito Administrativo clássico do século XIX, para atuar nas realidades contemporâneas de forma a buscar atender ao interesse geral, de forma igualitária, estendendo-se para todos os cidadãos.

Nesse contexto para além das divergências do novo marco do saneamento, impera no Brasil, repensar uma nova ordem, de novos mecanismos a partir do prisma do Direito Administrativo, capaz de respaldar a construção de uma sociedade solidária, tendo os direitos humanos como elo norteadores no atendimento de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ANA. **Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico**. CONJUNTURA, 2020. Disponível em: <http://www.ana.gov.br/>. Acesso em 21 jun. 2021.

ANA. **Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico**. PLANO NACIONAL DE SEGURANÇA HÍDRICA – PNSG, 2019. Disponível em: <https://pnsh.ana.gov.br/home>. Acesso em 10 jul. 2021.

BRASIL. **Ministério do Desenvolvimento Regional**. Disponível em: <https://www.mdr.gov.br/>. Acesso em 28 de jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.026 de 15 de julho de 2020**. Atualiza o marco legal do saneamento básico. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.026-de-15-de-julho-de-2020-267035421>. Acesso em 31 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm. Acesso em 31 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000**. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9984compilado.htm. Acesso em 31 jul. 2021.

BRASIL. **Mensagem nº 396, de 15 de julho de 2020**. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-396-de-5-de-junho-de-2020-260557771>. Acesso em 31 jul. 2021.

CASTRO, José Esteban. A água (ainda) não é uma mercadoria: aportes ara o debate sobre a mercantilização da água. **Rev. UFMG**, Belo Horizonte, v. 20, n. 2, p. 190-221, p.196-197, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://www.ufmg.br>. Acesso em: 20 mar. 2021.

DEMOLINER, Karine Silva. **Água e Saneamento Básico: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

HACHEM, Daniel Wunder. Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Tese **Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, 2014. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/>. Acesso em 24 nov. 2021.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL- ISA. **Programa de Mananciais**. 2019. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/tags/mananciais>. Acesso em 05 out. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

OMS. **Organização Mundial da Saúde**. Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus) Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em 22 jul. 2021.

ONU. **Direito Humano à Água e ao Saneamento**. 2019. Disponível em: https://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_por.pdf. Acesso em 11 set. 2021.



ONU. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Texto atualizado em 2021. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 07 set. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHIER. Adriana da Costa Ricardo. **Regime Jurídico do Serviço Público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social**. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/>. Acesso em 24 set. 2021.

CAPÍTULO 18

MEDIDA DE SEGURANÇA: UM EMBATE ENTRE PENA, CURA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Danilo Barbosa Piancó dos Passos e Silva
Eduarda Vitória de Macêdo Cavalcante
Willyane Maria Nunes do Nascimento
Kézia Milka Lyra de Oliveira

RESUMO

O presente artigo se propõe a analisar o caráter e a aplicabilidade da medida de segurança aos pacientes internados nos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP), a fim de aferir se há ou não abusos em sua aplicabilidade. Serão abordados pontos e contrapontos da Lei 10.216/01, suas impropriedades e vícios em sua implementação prática, assim como se buscam apresentar formas alternativas para dar efetividade à medida de tratamento nos termos da reforma psiquiátrica-assistencial, assim como por meio de programas de cunho eletivo, que venham a debruçar-se sobre o portador de transtorno mental, a fim de sanar os ataques à dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Medida de segurança; Hospital de Custódia e Tratamento; Dignidade da pessoa humana.

INTRODUÇÃO

No dia 16 de agosto de 2005, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou o HC 84219/SP, de relatoria do ex-Ministro Marco Aurélio. Tratava-se de *Habeas corpus* sobre a extinção de uma medida de segurança aplicada a um paciente que praticara o fato típico de homicídio e que fora diagnosticado com uma doença mental. Valendo-se de uma interpretação sistemática, decidiu-se que o tempo máximo de internação não poderia ser superior a 30 (trinta) anos, que seria, à época, o equivalente ao tempo máximo para o cumprimento de uma pena privativa de liberdade.

A decisão em questão trata de uma espécie de medida, de caráter não punitivo, imposta aos inimputáveis, que, ao tempo da ação ou da omissão, em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não tinham capacidade de entender o caráter ilícito de seu comportamento ou de determinar-se de acordo esse entendimento, como preconiza o art. 26, do CPB.

Em uma breve pesquisa na página oficial do Supremo Tribunal Federal na *internet*, pode-se observar a escassez de jurisprudência sobre o instituto e muitas decisões datam de quase



10 (dez) anos atrás. A falta de interesse do poder público nas mais variadas esferas é preocupante e faz com que o tema não seja debatido como deveria, suscitando a possibilidade de que injustiças sejam cometidas contra aqueles que são suscetíveis à medida.

Partindo desse pressuposto, busca-se perquirir se o objetivo de promoção de tratamento e “cura” previsto pelo legislador como fundamento da medida de segurança é concreto ou aproxima-se da ideia real de “pena”. Para tanto, dois aspectos serão observados: o legal e o fático.

MEDIDAS DE SEGURANÇA: MEDIDA CURATIVA X SANÇÃO PENAL

A medida de segurança detentiva, foco deste breve ensaio, consiste na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (HCTP) dos inimputáveis, como já visto (BRASIL, 1940). Sua aplicabilidade se justifica, à medida que fica constatada, por prova pericial, a inimputabilidade do agente, compreendendo-se, portanto, que o indivíduo não pode ser considerado culpável – elemento imprescindível à concepção de crime – e, por conseguinte, não pode receber uma pena correspondente⁸.

O mencionado instituto surge com um viés, teoricamente, não punitivista, posto que não se trataria de uma pena, mas sim de uma forma alternativa de tratamento que visa à cura do agente, sendo ele direcionado ao HCTP para receber o tratamento adequado. O objetivo de cura por meio de ajuda médica é claro no texto penal, que dá ao magistrado a possibilidade de aplicar a medida também aos semi-inimputáveis, em casos de crimes com pena de detenção, quando há a necessidade de “tratamento curativo especial” (BRASIL, 1940) para os agentes. Nessa última situação, tem-se um agente culpável, mas que, por necessidade cautelar, deve ser recolhido ao local de tratamento mais adequado à sua condição.

Contudo, essa visão doutrinária ou jurisprudencial adotada pelos operadores do Direito apresenta inúmeras distorções no próprio ordenamento. Em primeiro lugar, ele traz a ideia de periculosidade do agente, termo utilizado primeiramente pelo positivista Raffaele Garofalo (ANITUA *apud* JUNCAL, 2021) para nomear a suposta possibilidade de reiteração criminosa apesar da sua condição de inimputabilidade. A periculosidade é vista como uma manifestação do poder de polícia (JUNCAL, 2021), o que pode ser facilmente observado na Lei de Execução

⁸ Para Bittencourt (2012), a culpabilidade é entendida como juízo de valor, no sentido de atribuir responsabilidade àquele que comete um fato típico e antijurídico.



Penal, que determina a aplicação subsidiária das configurações próprias de penitenciárias aos HCTPs, não havendo definição detalhada a respeito da configuração dessas.

Em segundo lugar, trata-se de uma medida não situada no presente e sem foco na ação ou na omissão praticada por aquele que ostenta um sofrimento psíquico, sendo utilizada tão somente com o fim de evitar futura reincidência, não se evidenciando a preocupação do Estado em tratar o indivíduo, mas sim em proteger a sociedade dele (SOUZA, LIMA, 2020).

A reforma psiquiátrica foi essencial para a mitigação do caráter histórico-punitivo do Direito Penal, no entanto, o ordenamento brasileiro mantém o foco no livre convencimento do magistrado, que pode tomar decisão contrária à prova pericial produzida por profissional da saúde competente para a análise da condição psíquica do agente (ZAFFARONI *apud* CARVALHO, 2020).

Nesse sentido, VENTURINI e OLIVEIRA comentam sobre a compreensão da medida adotada pelo STF:

Em 1982 (decisão n.139), o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a periculosidade social não poderia ser definida, de uma vez por todas, como um atributo natural da pessoa. Ao contrário, deveria ser colocada em relação aos contextos, à presença de oportunidades de tratamento e emancipação, que são relativas à disponibilidade de recursos e serviços. E, conseqüentemente, as medidas de segurança também deveriam, de vez em quando, ser revistas e atualizadas. (2016, p. 16).

As distorções no cumprimento dessa espécie de medida começam já no que diz respeito ao seu tempo mínimo de duração, que deverá ser de 1 a 3 anos (art. 97, §1º, do CPB), mesmo que cessada a periculosidade do indivíduo.

Em razão da cláusula pétrea prevista no art. 5º, XLVII, “b” da Constituição Federal de 1988, que proíbe a prisão perpétua, como já visto, o Supremo Tribunal Federal, entendeu que o período máximo da medida seria de 30 anos (BRASIL, 2005)⁹ ¹⁰, o que promove uma compreensão da medida como sendo, na verdade, uma retribuição estatal (BRANCO, 2018).

Em razão dessa reação punitivista que foi conferida à medida, outros questionamentos surgem e a função curativa original se torna cada vez mais fragilizada e distante, pois é possível que a própria cúpula do Judiciário revise seu entendimento e aumente ainda mais o tempo máximo de cumprimento da internação para se adequar ao novo “pacote anticrime” – que, como

9 STF, Habeas Corpus 84219-SP, Rel. Ministro Marco Aurélio de Mello.

10 A partir da alteração promovida no CPB pela Lei 13.964/2019, o art. 75 do referido diploma passou a vigorar com a seguinte redação: “Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos”. A mudança deve ter reflexos quanto ao tempo máximo de cumprimento da medida de segurança.



já dito, prevê a pena máxima de 40 anos para o cumprimento das penas privativas de liberdade. Ao mesmo tempo, é imprevisível saber se alguma mudança, quer seja positiva ou não, irá acontecer, haja vista que o último entendimento proferido pelo STF sobre esse fator temporal deu-se no ano de 2005, quando julgou sobre a questão do tempo máximo (BRASIL, 2005).


Insta ressaltar que, talvez o desinteresse por essa temática seja motivado até pela natureza do público-alvo da medida de segurança. Na imensa maioria das vezes, trata-se de indivíduos totalmente afastados do *status quo* da sociedade, periféricos, pobres, racialmente excluídos, agravando-se pelo fato de que se trata de pessoas desprovidas ou diminuídas da sua própria capacidade intelectual e volitiva, como assim afirmado por PELUSO (2006).

A vertente hermenêutica inerente aos direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal de 1988, permite que eles sejam restringidos o mínimo possível, a depender do caso concreto, a fim de desempenhar a função protetiva da forma mais eficaz possível e em seu grau máximo de satisfação, obedecendo ao princípio do *in dubio pro libertate*. No entanto, a aplicação do instituto da medida de segurança no Brasil é marcada por outras contradições constitucionais (PELUSO, 2006). Diferentemente de outros países, o Brasil continua na cegueira quanto a princípios tão importantes como o da Dignidade da Pessoa Humana.

O cenário não é muito diferente do que FOUCAULT (1987) descreveu décadas atrás. O problema é que a visão do autor, apresentada na obra “Vigiar e Punir”, descreve a existência de um esquema político-moral de isolamento individual visando uma “cura”, todavia, na verdade, ao autor refere-se às penitenciárias, porém, a mesma interpretação aplica-se muito bem à realidade dos HCTP’s.

A APLICABILIDADE CONTRADITÓRIA DA MEDIDA DE SEGURANÇA

A medida de segurança parece ser a harmonia perfeita entre uma diligência de segurança/prevenção e tratamento terapêutico. Entretanto, as circunstâncias reais são outras. Paulo Vasconcelos Jacobina (2008) enfatiza que a medida de segurança se encontra em descompasso com a atual legislação de saúde, não portando conteúdo terapêutico ou identidade sanitária. Em análise das poucas decisões judiciais existentes, observou-se que a grande maioria dos inimputáveis sofreu com uma quase que perpetuidade da pena, sendo que a medida de segurança, como sanção penal, deveria ser uma forma de prevenir o retorno do ex-interno, bem como de evitar sua reincidência no cometimento de ilícitos penais (SOUZA, LIMA, 2020).



Em visita realizada por membros do Ministério Público ao HCTP em Itamaracá (PE), no ano de 2010, a Procuradora Regional da República, Dra. Socorro Paiva, e o Promotor de Justiça de execuções penais, Dr. Marcellus Ugiette, identificou uma superlotação derivada, principalmente, do excesso de pacientes provisórios (MPF, 2010) pela morosidade do Judiciário. Por mais que os gestores do HCTP de Itamaracá demonstrassem interesse em um modelo de assistência mais adequado, tal prática era dificultada pelas demandas judiciais. Débora Diniz (2013) corrobora com essa conclusão, porque, segundo a autora, 25% das pessoas internadas, à época, em HCTP's no Brasil, não deveriam permanecer em internamento, seja pela cessação da periculosidade, pela existência de sentença de desinternação, pela extinção da medida ou pela inexistência de processo judicial.

A pesquisadora relata uma realidade de completo descaso, não muito diferente daquela apresentada em 2004 – 8 anos antes da publicação de seu trabalho – quando foi feita a obra “Direitos Humanos: uma amostra das unidades psiquiátricas brasileiras”, que, em síntese, descreveu as péssimas condições dos HCTP's, como, p. ex., em Salvador, em cujo nosocômio os pacientes sequer possuíam lençóis para suas camas ou água potável para uso diário; ou em casos ainda mais extremos, como em Porto Alegre, onde era possível observar fezes nas paredes de uma das unidades (CFP, OAB, 2004).

Percebe-se, portanto, uma importante incongruência entre o propósito assumido na implementação da Lei 10.216/2001, da reforma psiquiátrica, e o que é vivenciado no interior dos referidos hospitais. De acordo com o que é preconizado pela reforma, a internação só poderia acontecer em caráter excepcional, quando absolutamente necessária e quando cessadas todas as alternativas de tratamento ambulatorial disponíveis (QUEIROZ, 2013).

Ainda, a Resolução nº 113 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) prevê em seu art. 17 que “o juiz competente para a execução da medida de segurança, sempre que possível, buscará implementar políticas antimanicomiais, conforme sistemática da Lei n. 10.216” (BRASIL, 2010, p. 7). Entretanto, insta ressaltar que a abordagem inadequada nos HCTPs, muitas vezes, marcada pelo uso de violência e abusos aos assistidos, segue a contramão do exposto no código, trazendo uma realidade que, de fato, acaba dificultando ainda mais um tratamento psiquiátrico eficaz, conforme resta demonstrado nos dados do Relatório Anual 2016-2017 do Mecanismo Nacional de Prevenção e combate à Tortura (2016).

Desse modo, são perceptíveis o abandono e o descaso estatal com esses infratores, que deveriam ter tratamento adequado para um possível retorno à sociedade, mas acabam vivendo



nesses estabelecimentos de forma precária, tendo direitos e garantias feridos. A grande questão é que essa problemática está longe de chegar ao fim. Mesmo com tantas conquistas, reformas e movimentos, a tendência é que, como já mencionado, a prática seja bem mais punitiva do que propriamente curativa, afinal poucas mudanças foram observadas nas duas inspeções feitas, mesmo havendo um intervalo temporal de 10 anos entre a publicação de uma obra e outra. Atualmente, inúmeros são os casos em que o HCTP cumpre um papel asilar, embora guardando os assistidos nas mais precárias condições de manutenção, distanciando-se de seu real papel de facilitador do tratamento psiquiátrico adequado, mesmo com as evoluções legislativas acerca do tema, violando, portanto, diversos marcos legais referentes à saúde mental e à dignidade da pessoa humana¹¹.

Assim, fica claro que há um ataque a essa dignidade supracitada, entendida por NUNES (2018, p. 68) “como o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais”. É aqui que se encontram uma das poucas diferenças reais entre medida e pena, pois as garantias, sejam elas de caráter Constitucional ou Processual, tais como a progressão de regime e a prescrição da execução, não são aplicadas à população dos Hospitais de Custódia e Tratamento. Um exemplo seria a chamada “ditadura do modelo clínico”, termo utilizado por Aury Lopes Júnior (2020) para definir a forma como os laudos médicos de periculosidade são feitos. Neles, os peritos irão aferir, não a situação presente do indivíduo, mas sim o seu passado, seu estado psíquico no tempo da ação ou omissão, o que abre espaço para uma subjetividade, que claramente vai de encontro ao princípio da motivação das decisões, que serve justamente para impedir abusos na aplicação da pena (NUCCI, 2015).

Essa dignidade da pessoa humana, mandamento da Constituição Federal de 1988, é posta no artigo 1º, inciso III do texto constitucional como uma garantia fundamental. Sem ela, não há base jurídica capaz de sobreviver e, como consequência, o ser humano seria reduzido à qualidade de objeto (SANTOS, BRITO, 2019). Foi justamente isso que aconteceu quando a medida de segurança saiu do papel e veio ao mundo real, o que já era de se esperar com as incongruências que eram vistas no próprio texto legal, como alhures descrito.

A importância da condução do Direito Penal em harmonia com o Direito Constitucional está na limitação do campo criminal quanto à observância das garantias, direitos e deveres aos cidadãos. Para SALO DE CARVALHO (2020), quando as circunstâncias do caso concreto se

11 “São direitos da pessoa portadora de transtorno mental: (...) ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade”. Redação dada pela lei 10.216/2001, parágrafo único, inciso II.



integram aos discursos legitimadores, a tendência do sistema punitivo é o excesso. Essa conclusão deriva, inclusive, de um alerta posto como premissa fundante do garantismo, que é a de que os poderes punitivos se estruturam a partir da violação jurídica e não da garantia dos direitos fundamentais. A partir dessas constatações, ficam evidentes as transgressões e irregularidades promovidas pelo poder público.

Frente a aparente irreversibilidade da situação, VIRGÍLIO DE MATTOS (2006) defende a extinção da medida de segurança, considerando todos os indivíduos como imputáveis. Contudo, a linha adotada nesse artigo ousa diferenciar-se de tal entendimento por acreditar que há outras maneiras de aplicação das garantias constitucionais e penais àqueles passíveis da medida de segurança. O foco de mudança estará presente na própria configuração dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, num contexto de luta antimanicomial, que busca romper com o modelo segregacionista atual e construir um tratamento dignificante extra-hospitalar (BRANCO, 2018). Para tanto, é imprescindível que o movimento da Reforma Psiquiátrica converse lado a lado com o Direito, pois sem que haja uma correlação desse com os seus preceitos, é improvável que uma mudança efetiva ocorra.

A IMPORTÂNCIA DE UM MODELO ASSISTENCIAL NOS MOLDES DA REFORMA PSQUIÁTRICA

A reforma psiquiátrica é um processo contínuo que visa um modelo assistencial para aqueles portadores de sofrimento psíquico numa visão de luta antimanicomial, a fim de lutar por uma desinstitucionalização. Tal entendimento é comungado pelo próprio Ministério da Saúde, que compreende a reforma como um “conjunto de transformações de práticas, saberes, valores culturais e sociais, no cotidiano da vida das instituições dos serviços e das relações interpessoais” (BRASIL, 2005, p. 6). Ela surgiu a partir da percepção de que os meios de abordagem anteriormente adotados nos interiores dos Hospitais Psiquiátricos restaram insuficientes, de forma a evidenciar ainda mais o caráter manicomial do tratamento, que acabava por agravar a condição do agente (JACOBINA, 2008). Assim, o cenário de saúde mental urgia por uma abordagem mais interdisciplinar e acolhedora.

Várias foram as conquistas obtidas pelo movimento, que trouxe consequências positivas, inclusive no ordenamento jurídico brasileiro, podendo-se citar a Lei 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos dos portadores de transtornos mentais, trazendo, logo no início, a importância de um tratamento com humanidade que beneficia a sua saúde (BRASIL, 2001).



Dessa forma, um modelo assistencial é mais do que urgente, pois o tratamento tem que ser visto num contexto não individual, mas social, como bem pontuado por AMARANTE (2007), um dos grandes nomes da reforma psiquiátrica no Brasil, entendendo que, inclusive a família, tem que estar presente nesse processo. Nesse sentido, é de suma importância citar o Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental Infrator (PAI-PJ), o primeiro do tipo destinado aos infratores passíveis da medida de segurança no Brasil (BRANCO, 2018), sendo aplicado em Belo Horizonte e outras cidades do interior do estado, em um trabalho consonante à Reforma em parceria com o Judiciário.

O PAI-PJ observa irregularidades na situação de cada um, oferecendo um modelo individualizado por meio de uma equipe composta por psicólogos, assistentes sociais e bacharéis em Direito, devidamente capacitados. No programa, os pacientes possuem acompanhamento clínico com psicólogos judiciais, que são a quem os pacientes recorrem em momentos de crise ou embaraço, sendo cada caso acompanhado através de contato, discussões periódicas com a rede pública de saúde bem como um acompanhamento social, haja vista que os profissionais mantêm contato permanente com a família, trabalho, instituições e grupos da rede social do paciente judiciário (MINAS GERAIS, 2020).

Esse trabalho personalizado de atendimento é de suma importância no processo de cura, é aí onde é observada a correlação entre a doença mental e o crime. Para FAVILLI e AMARANTE (2018), é preciso conhecer as características de cada alteração psíquica, para entender de que forma essas têm incidência sobre o comportamento criminoso, pois a compreensão das anomalias proporciona a cognição dos comportamentos e condutas.

Pode-se dizer que a mudança mais extrema, porém revolucionária, é o fim do conceito de periculosidade, que, como visto no tópico anterior, abre espaço para uma subjetividade que não é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e nem sequer é aplicada corretamente (NUCCI, 2015).

Em Minas Gerais, há um estudo psicossocial, com um laudo que vai além da análise da situação psíquica do agente, observando, também, questões como local da residência, existência de trabalho, estrutura familiar, bem como adesão ao tratamento, sendo todos elementos essenciais para o efetivo retorno à sociedade e para atender aos pressupostos da Lei 10.212/2001 (MINAS GERAIS, 2020).

Como visto na experiência do PAI-PJ, o sucesso do programa, que inclusive inspirou a criação de outro em Goiás (BARROS-BRISSET, 2010), é devido a uma relação que é quase



inexistente na medida de segurança: Sistema Prisional x Sistema Único de Saúde. Como a configuração dos HCTP's está disposta apenas na Lei de Execuções Penais, os pacientes terminam não tendo acesso a serviços que são disponibilizados aos portadores de sofrimento psíquico não infratores, como o Centro de Atenção Psicossocial (CAPS), grande conquista da Reforma Psiquiátrica oferecida pelo SUS, nem sequer são beneficiados pela Lei 8.742/93, que trata sobre a Assistência Social. Como consequência, a medida de segurança encontra-se em um limbo entre esses dois sistemas, pois assim como ocorre no regime penitenciário, o que ajudaria na reinserção social dos que estão presos, como o trabalho, também não é uma realidade da população dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, pois não há legislação que verse especificamente sobre isso.

A inserção do trabalho na vida dos pacientes termina por ter uma importância ainda maior do que para os que cumprem pena privativa de liberdade. Isso se dá devido ao fato de existirem poucos HCTP's pelo Brasil em comparação à vasta quantidade de penitenciárias, o que faz com que muitos sejam direcionados para estabelecimentos distantes de onde viviam, o que contribui para um afastamento dos familiares, que, na maioria dos casos, já não tinham sequer o interesse de acompanhá-los. Em dados, essa realidade é vista de uma forma explícita, como na Bahia, onde 85% dos internos são originários de municípios do interior, ficando longe de familiares, amigos e do seu meio social, o que, obviamente, resulta no esgarçamento dos laços afetivos e, não raro, em situação de abandono sociofamiliar (CFP, 2015).

É aí que o trabalho entra como uma maneira imprescindível de solucionar essa problemática, pois assim os indivíduos sairão com algum tipo de capacitação que possibilitará com que vivam de forma independente, caso sua atividade laboral o valorize e respeite sua pessoa enquanto sujeito de direitos. O trabalho terapêutico pelos internos permitiria que eles participassem de trabalhos coletivos, oficinas, estabelecendo uma rotina contínua de reintegração social. (PIRES, GATTI, 2006)

É possível encontrar pontos positivos em alguns projetos e propostas como a de LUÍS GRECO *et al.* (2017), que trouxe para o debate a previsão da realização de dosimetria da medida de segurança, dispondo que o magistrado não poderia decretar medida por período superior àquele que seria aplicado ao agente imputável. A proposta é interessante, porém apresenta alguns problemas, como a permanência do tempo mínimo de internação para, só então, ser realizada uma perícia médica de cessação da periculosidade. Esse, assim como outros pontos, foram alvos de crítica de especialistas sobre a Medida de Segurança no Brasil, como JUNCAL



(2021), que vai de encontro às mudanças sugeridas e propõe que haja um trabalho interdisciplinar, não apenas médico, que iria analisar a eventual necessidade de uma internação, o que, inclusive, é também o entendimento do Conselho Nacional de Justiça sobre as perícias (BRASIL, 2011).

Como já pontuado, a importância da perícia é inegável, porém na construção de um laudo psicossocial, haja vista que a “periculosidade” é um conceito que precisa ser superado. Contudo, mesmo que esse não seja o caso e o Estado brasileiro continue com esse ineficaz conceito positivista, é preciso que a perícia não aconteça só depois do tempo mínimo da medida, mas sim de uma forma periódica, como, por exemplo, a cada 3 meses, pois isso impediria que mais pessoas ficassem internadas, quando já poderiam ter condições suficientes de serem submetidas a tratamento perante o Sistema Universal de Saúde, nos moldes da reforma, a exemplo dos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), os Serviços Residenciais Terapêuticos (SRT) e o Programa de Volta para Casa, que visam regulamentar e auxiliar a reabilitação psicossocial dos pacientes depois de uma internação (ALMEIDA, 2018).

As soluções aqui apresentadas não são utópicas, pelo contrário, já vem sendo timidamente aplicadas, mas os projetos têm sido de extrema importância para que o indivíduo tenha um retorno progressivo à sociedade, podendo construir e reconstruir relações com sua família e a sociedade. A realidade letal à dignidade da pessoa humana urge por uma transformação e é inadmissível que ela se mantenha na inércia.

É necessário internalizar que o instituto da medida de segurança ultrapassa o prisma da mera segurança pública, ou de um instrumento de controle social. Pois, sobretudo, precisa deleitar-se sobre os sujeitos de direito a quem abrange, os indivíduos, por muitas vezes, esquecidos e afastados pelo Judiciário, como também por toda a sociedade. As mudanças na política criminal têm acontecido a passos lentos, não acompanhando a urgência dos pacientes judiciários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fica claro que a Medida de Segurança foi criada com fins curativos, porém esse objetivo encontra entraves tanto no texto de lei como em sua aplicabilidade. Pode-se dizer que um dos maiores problemas é ainda a presença de um viés fruto da escola positivista que trouxe a figura da periculosidade. Tal entendimento não faz sentido em um Estado Democrático de Direito, pois ele se volta para o futuro, baseando-se numa possível ameaça que o paciente poderá causar à sociedade, valendo-se para isso de um laudo médico.



A Medida de Segurança, da forma que vem sendo aplicada, é uma clara manifestação do poder de polícia, afastando-se da cura e tendo uma aproximação cada vez maior com a ideia de pena. Não há modelo assistencial e a voz do setor psiquiátrico, que deveria agir em parceria com o Judiciário e outros segmentos do poder público, não tem a força necessária para mudar a realidade dos HCTP's e de seus pacientes. Percebe-se uma contradição na aplicabilidade da medida e no sistema operante, que deveria ser de prevenção e tratamento terapêutico, mas prevalece o tratamento despersonalizado e a realização dos exames de análise de cessação de periculosidade.

O que se tem são institutos com uma infraestrutura precária, superlotada e com poucos profissionais para tratarem os portadores de sofrimento psíquico, que são excluídos da sociedade, vivendo, muitas vezes, a quilômetros de distância de suas famílias e com uma baixa perspectiva de reinserção social. Não há investimento do poder público e nem com as vistorias realizadas pelos órgãos competentes a situação parece melhorar. Em boa parte das instituições, não existe o preparo para essa transição de retorno social e o descaso e o abandono estatais afastam desses infratores seus direitos e garantias, ferindo-se direitos e garantias fundamentais. A coerência entre o Direito Penal e o Constitucional é quebrada, a partir do mau regime de execução da medida, que conflagra, por inúmeras vezes, com a dignidade da pessoa humana. A conclusão é clara: o modelo atual é asilar.

Conforme o exposto, não restam dúvidas de que as funções curativa e protetiva da medida de segurança devem prevalecer frente ao caráter punitivista, fundamentado em antagonismos, para que possa se adequar à sua real função, dependendo do legislador a alteração de preceitos já concebidos de forma obsoleta. Dessa forma, faz-se relevante o levantamento e a implementação de propostas que venham a promover essa perspectiva curativa, assim como a utilização do instituto de forma coerente e concreta.

Diante de todo o analisado, confirma-se a importância de medidas como a integração do Sistema Único de Saúde no sistema penitenciário, em todas as suas vertentes, assim como o desenvolvimento de um modelo assistencial que reforce o interesse da comunidade frente a aplicação da medida, dentre outras propostas supracitadas com base em experiências que já ocorrem em território nacional, a exemplo do PAI-PJ. O que se projeta é algo que pode ser aplicado com eficácia, em um modelo que fortaleça a luta antimanicomial estabelecida pela reforma psiquiátrica. Direito e Medicina precisam andar de mãos dadas nesse difícil, mas possível, desafio, não afastando os pacientes da sociedade, mas integrando-os a ela

gradualmente. Por fim, é primordial ressaltar que nada funcionará sem que o mais básico seja entendido: na medida de segurança, têm-se mais do que um infrator, um inimputável e um portador de sofrimento psíquico, há uma pessoa que, assim como qualquer outra, tem o direito de ter sua dignidade na condição de ser humano preservada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Leticia Gabriella. **Medida de Segurança e Reforma Psiquiátrica a Desconstrução do Modelo Penal-psiquiátrico do Asilamento Como Alternativa à Inclusão Social do Sujeito Inimputável**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2018. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/11015-leticia-gabriella-almeida/file>. Acesso em: 21 nov. 2021.

AMARANTE, Paulo. **Saúde Mental e Atenção Psicossocial**. Rio de Janeiro. Editora Fiocruz, 2007.

BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni de. **Por uma política de atenção integral ao louco infrator**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, volume 1**. 17 ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2012.

BRANCO, Thaynara Castelo. **A (Des)legitimação das Medidas de Segurança no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 113, de 20 de abril de 2010**. Dispõe sobre o procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência do CNJ, 2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_113_20042010_25032019154646.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 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 abr 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10216.htm. Acesso em 17 set. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1940.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil**. Brasília, Ministério da Saúde, 2005. Disponível em: https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/Relatorio15_anos_Caracas.pdf. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (1ª Turma). **HABEAS CORPUS: HC 84219 SP**. Medida de segurança – Projeção no tempo – Limite. [...] A medida de segurança fica jungida ao período

máximo de trinta anos. Relator: Min. Marco Aurélio, 16 de agosto de 2005. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763647/habeas-corpus-hc-84219-sp>. Acesso em: 09 set. 2021.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 3 ed. São Paulo, SP: Saraiva Educação, 2020, p. 75.

CFP. Conselho Federal de Psicologia. **Inspeções aos manicômios**. Relatório Brasil 2015. Brasília: CFP, 2015.

CFP; OAB. Conselho Federal de Psicologia; Ordem dos Advogados do Brasil. **Direitos Humanos: uma amostra das unidades psiquiátricas brasileiras**. Brasília: CFP/OAB, 2004.

DINIZ, Debora. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011**. Brasília: Letras Livres, Editora Universidade de Brasília, 2013, p. 35.

FAVILLI, Federico; AMARANTE, Paulo. Direitos Humanos e Saúde Mental nas Instituições Totais Punitivas: Um Estado da Arte Itália-brasil Sobre a Determinação de Mecanismos Alternativos à Prisão Decorrentes às Situações de Doença Mental ou Enfermidade. **Cadernos Brasileiros de Saúde Mental**, Florianópolis, v. 10, n. 25, p. 151-193, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/cbsm/article/view/69659/41706>. Acesso em: 21 nov. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 276. Disponível em: https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/foucault_vigiar_punir.pdf. Acesso em: 9 set. 2021.

GRECO, Luís *et al.* **Reforma da Parte Geral do Código Penal: Uma proposta alternativa para debate**, 2017, p. 64-65.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito Penal da Loucura: Medida de Segurança e Reforma Psiquiátrica**. Brasília, DF: ESMPU, 2008, p. 142.

JUNCAL, Regina. **Medida de Segurança: estudo sobre a superação da sanção penal fundamentada em periculosidade**. São Paulo, SP: Dialética, 2021. *E-book*.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual**. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Cartilha do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental Infrator (PAI-PJ)**. Belo Horizonte, [20--], p. 2-6. Disponível em: <http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/outros/cartilha-PAI-PJ.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Resolução nº 944/2020**. Dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário – PAI-PJ e dá outras providências. Belo Horizonte, MG: Presidência do TJMG, 2020. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/data/files/3E/55/75/6A/D14D57106D6CCB576ECB08A8/Resolucao%20944-2020.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MNPCT. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. **Relatório Anual 2016-2017**. Brasília: MNPCT, 2016, p. 36. Disponível em:

<https://mnpctbrasil.files.wordpress.com/2019/09/relnpct201617.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2021.

MPF. Ministério Público Federal. MP visita Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico em Itamaracá (PE). **Jusbrasil**. 19 abr. 2010. Disponível em: <https://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/2159677/mp-visita-hospital-de-custodia-e-tratamento-psiquiatrico-em-itamaraca-pe>. Acesso em: 25 ago. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. A Medida de segurança de internamento para inimputáveis e seu prazo máximo de execução. In: SANCHES CUNHA, Rogério (org.). **Leituras Complementares de Execução Penal**. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 55-65.

PIRES, Armando de Azevedo Caldeira; GATTI, Thérèse Hoffman Gatti. A reinserção social de egressos do sistema prisional por meio de políticas públicas, da educação, do trabalho e da comunidade. **Inclusão Social**, v. 1, n. 2, p. 58-65, abr./set. 2006, p. 159. Disponível em: <http://revista.ibict.br/inclusao/article/view/1518>. Acesso em: 30 set. 2021.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 9 ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

SANTOS, Fernando Almeida; BRITO, Franceli Barbosa. A medida de segurança sob a ótica da dignidade da pessoa humana. **Revista Direito & Realidade**, v. 7, n. 8, p. 108-124, 2019. Disponível em: <http://fucamp.edu.br/editora/index.php/direito-realidade/article/viewFile/1669/1097>. Acesso em: 21 nov. 2021.

SOUZA, Ana Flávia Barros; LIMA, Maria Gabrielly Costa. Medida de segurança: hospitais de custódia e as consequências que perduraram na idade contemporânea. **Brazilian Journal of Development**, v. 6, n. 2, p. 9197-9216, fev. 2020. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/7187>. Acesso em: 19 nov. 2021.

VENTURINI, Ernesto; OLIVEIRA, Rodrigo Tôrres; MATTOS, Virgílio de. (orgs.). **Louco infrator e o estigma da periculosidade**. Brasília, DF: Conselho Federal de Psicologia, 2016. *E-book*. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2016/11/CFP_Livro_LoucoInfrator_web-2.pdf. Acesso em: 19 nov. 2021.

CAPÍTULO 19

A FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS REGULATÓRIAS NA INDÚSTRIA DE ÓLEO E GÁS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: O IMPACTO LEGISLATIVO À REINDUSTRIALIZAÇÃO EM PERSPECTIVA COMPARADA AOS MODELOS DE CONCESSÃO E PARTILHA DE PRODUÇÃO LOCALIZADOS NA BACIA DE CAMPOS E AO POLÍGONO DO PRÉ SAL EM PARATI

Luiz Ricardo Silva Ferreira

RESUMO

O Trabalho apresenta sob o escopo Direito e Políticas Públicas, o método qualitativo e quantitativo, sob perspectiva comparada, por meio da Modelagem regulatória de Concessão, Lei 9.478/99 e alterações reflexas à Bacia de Campos e ao Modelo de Partilha de Produção, Lei 12.351/10 e alterações reflexas à região de Parati, qual seja, o Polígono do Pré-Sal. Neste sentido, concebe-se uma exposição comparativa no Estado do Rio de Janeiro às áreas aludidas, sob perspectiva regional do Direito às Políticas Públicas, representado pelos dois Modelos aludidos; Concessão e Partilha de Produção. Assim, a mensuração ao aspecto da seleção do regime contratual mais favorável para regular e formular Políticas Públicas na área de Petróleo e Gás e demonstrar os seus referidos impactos sócio-econômicos nas respectivas áreas, conduz a importância da renda petrolífera sobre a estabilidade financeira, identificando o real desenvolvimento industrial do setor ao nível regional e local. Exemplo disto, a indústria de transformação. Logo, a análise teórico-metodológica, sobre a resultante do vetor na Economia, Direito e Políticas Públicas, tornam-se instrumentos válidos ao processo de “reindustrialização do próprio Estado”, a luz dos arranjos produtivos locais, da sustentabilidade e da melhoria da qualidade de vida fluminense, ao focar em análise às correntes neo institucionais Econômica e Histórica.

PALAVRAS CHAVES: Direito, Modelo Regulatório, Políticas Públicas, Reindustrialização e Sustentabilidade.

INTRODUÇÃO

A exploração de petróleo no Brasil começa timidamente em 1939, em Lobato, bairro do Município de Salvador (BA), que, coincidentemente, tem o mesmo nome do escritor Monteiro Lobato, que estimulou a luta pela exploração de petróleo no Brasil. Na época, com o nacionalismo típico do Estado Novo, a Política Nacional desta área era definida pelo Conselho Nacional de Petróleo (CNP), a quem competia autorizar as perfurações e explorações apenas por brasileiros. As jazidas eram consideradas monopólio estatal. Com a promulgação da Carta de 1946, a disciplina foi deixada a cargo de lei ordinária, apesar do Presidente eleito. Eurico Gaspar Dutra, ter encaminhado um projeto de lei, autorizando a exploração de petróleo pelas companhias estrangeiras. Entretanto, com a eleição de Getúlio Vargas em 1950, a sociedade



civil, mobilizada pela Campanha “O Petróleo é Nosso”, obtém crescente legitimidade pela sanção da Lei Ordinária, 2004, de 03/10/1953, a qual estabelece o monopólio estatal da pesquisa, lavra, refino, transporte de petróleo e gás no Brasil.

Já em 1960, o CNP é extinto, sendo as referidas competências absorvidas pelo Ministério das Minas e Energia. A Constituição Federal de 1967 e a Emenda Constitucional n.01 de 1969 mantiveram o monopólio da União na pesquisa e lavra de petróleo, porém isto causou uma séria crise na balança de pagamentos decorrentes da Primeira Crise do Petróleo de 1973. Em razão disto, o Governo Geisel, aprovou “os contratos de risco” com a possibilidade de empresas privadas e internacionais explorassem áreas delimitadas pelo Poder Público. Os resultados destes contratos foram muito incipientes, apesar do grande interesse despertado pela iniciativa privada.

Apesar das circunstâncias adversas da Segunda Crise do Petróleo de 1979, o governo brasileiro, consegue iniciar e desenvolver a exploração e produção da matriz energética em Plataformas Continentais na Bacia de Campos, fortalecendo assim, o desenvolvimento do refino e na ciência e tecnologia do país na década de 80, repercutindo positivamente na economia do Estado do Rio de Janeiro.

Com a promulgação da Carta de 1988, o monopólio estatal é mantido e intensificado, mediante a vedação clara e expressa, quanto à utilização dos contratos de risco. O documento estabelece, os recursos do subsolo como propriedade da União, nada obstante, houvesse a possibilidade de exploração pela iniciativa privada.

Contudo, a Emenda Constitucional 09/95, permitiu que o Estado pudesse contratar empresa privada para exploração e produção da matriz energética, qual seja, a concessão da exploração de jazidas, através da realização de leilões, sob a supervisão da Agência Nacional de Petróleo e Biocombustíveis, autarquia regulatória competente criada neste período.

Com a descoberta das jazidas da camada do Pré-sal, o Contrato de Partilha de Produção aprovado pelo Congresso Nacional e instituído por lei ordinária, caracterizando-se pela assinatura entre um consórcio de empresas privadas e o Estado, seja este diretamente ou por Empresa Estatal de Petróleo com capital majoritário da União. Neste tipo de contrato, o Estado é dona do petróleo produzido- ao contrário do contrato de concessão onde a propriedade é somente das empresas concessionárias pela modalidade pura ou regulada, no caso brasileiro. Assim, o consórcio conduz as atividades de exploração e produção a seu próprio risco e custo enquanto o Estado entra apenas com a área a ser explorada, com a obrigatoriedade de 30 % de



participação da Petrobrás. A motivação para a mudança relativa do sistema de concessões para partilha de produção, advém da descoberta de petróleo na camada de Pré-sal pela Petrobrás em 2007, que criou diversas especulações deveras otimistas para o mercado de Óleo e Gás do país como um todo, inclusive no mercado consumidor do Estado do Rio de Janeiro.

Desta forma, fora concebido um critério técnico, a luz das Políticas Públicas e do Direito, já que o Regime de Partilha seria contemplado pelos interesses do desenvolvimento da economia nacional, bem como pela qualidade do petróleo a ser extraído diferenciada no polígono do Pré-sal, enquanto as demais áreas não avaliadas por este critério, continuariam pelo marco institucional do Regime de Concessão, ou caso houvesse áreas limítrofes ao do polígono, a solução mitigada da unitarização.

Com a mudança da política do Poder Executivo em 2015, o governo Brasileiro altera a lei 12.351/2010, facultando a Petrobrás o direito de preferência para atuar como operador e possuir participação mínima de 30 % nos consórcios formados para exploração de blocos licitados no regime de partilha de produção, transformando-se em Lei ordinária 13.365/2016. O resultado é o enfraquecimento do Regime de Partilha de Produção e o fortalecimento do Regime de Concessão regulador, instituído pela EC 09/95 e por lei ordinária. Atualmente, há um hibridismo institucional, quanto ao real Modelo de contrato proposto e execução de política pública reguladora na área de petróleo e gás, afetando diretamente as instituições públicas no Estado e a sociedade civil fluminense, por obter tradicionalmente destaque neste setor da economia.

Neste diapasão, o Brasil encontra-se num regime democrático, desde a Carta da República de 1988. Esses Princípios refletem profundamente, o modo como as políticas públicas são constituídas e operacionalizadas. Assim, é importante ressaltar, que existem condições essenciais a serem observadas e respeitadas no que tange à gestão de interesses públicos por meio de políticas públicas, perpassando pelas instituições do Executivo, Legislativo, Tribunal de Contas e sociedade civil. Neste contexto, a agenda de problemas a serem enfrentados pelos países e estados de industrialização tardia é, em muitos pontos, conhecida por eles através de exemplos conquistados por países mais desenvolvidos. Entretanto, os caminhos que levam ao cumprimento desta agenda para o desenvolvimento são tortuosos e precariamente mapeados: são largamente desconhecidos e dependem da capacidade de produzir, ao mesmo tempo, coalizões políticas congruentes com os objetivos desenvolvimentistas, criariam mecanismos para a incorporação da população à comunidade



política e construir instituições mais adequadas aos anseios de uma cidadania pró-ativa e participativa.

Portanto, a concepção, execução e avaliação de políticas públicas devem ser balizadas pelos condicionantes de um regime democrático. A gestão pública deixa de ser voltada para somente rotinas e procedimentos burocráticos internos para se projetar como meio para que governantes, políticos, administradores e sociedade a utilizem para viabilização de políticas públicas capazes de fortalecer a democracia por meio da elevação de níveis de justiça social e fomentar o desenvolvimento econômico sustentável regional e local.

ADERÊNCIA ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS:

No processo de transformação de modos de governos centralizados para governos mais descentralizados, a governança passou a significar um meio operacional distinto ao Modelo de controle hierárquico. Estes, estão relacionados a governos que atuam procurando maior grau de cooperação e de interação entre o Estado e os atores não estatais em redes decisórias mistas situadas na intersecção entre o espaço público e o espaço privado. A nova governança pública representa um novo modo de governar: mais democrático, mais participativo, mais descentralizado e com maior número de participantes.

Os aspectos mais relevantes diante ao escopo à Linha de Pesquisa: Direito, Políticas Públicas e Sustentabilidade:

As Instituições Públicas

Estas possuem papel decisivo, já que influenciam as decisões com seu poder, condicionam as decisões com sua estrutura, limitam as decisões com suas normas, e impõe seu estilo próprio de agir. Portanto, as instituições influenciam na escolha, na forma e na implementação das políticas públicas, uma vez que estas impõem limites e procuram moldar o comportamento dos atores na direção que lhes interessa.

Tipos de Demandas para José Pereira¹ (2006)

“Considera-se três tipos de demandas: as novas; resultantes do surgimento de novos atores políticos ou de novos problemas; as recorrentes referem-se a problemas não resolvidos ou mal resolvidos, que retornam com frequência ao debate e à agenda governamental; e as reprimidas, ao contemplar problemas já existentes que não foram considerados problemas, mas apenas a um estado de coisas.”. Neste contexto de evolução da administração pública no país, esse passou por três modelos diferentes para compreensão e análise institucional: a administração patrimonialista, a administração burocrática e a administração gerencial. Essas modalidades surgiram sucessivamente ao longo do tempo, não significando, porém, que alguma delas tenha sido definitivamente abandonada. Na administração pública patrimonialista, própria



dos Estados absolutistas europeus do século XVIII, o aparelho do Estado é a extensão do próprio poder do governante e os seus funcionários são considerados como membros da nobreza. O patrimônio do Estado confunde-se com o patrimônio do soberano e os cargos são tidos como prebendas. A corrupção e o nepotismo são inerentes a esse tipo de administração. A administração pública burocrática surge para combater a corrupção e o nepotismo do modelo anterior. São princípios inerentes a este tipo de administração a impessoalidade, o formalismo, a hierarquia funcional, a ideia de carreira pública e a profissionalização do servidor, consubstanciando a ideia de poder racional-legal, mas muito centralizada política e administrativamente, bem como focando em si, mediante processos e tarefas formais a execução das políticas. Já o Gerencial, fundamenta-se por Teorias institucionais contemporâneas, fincado na descentralização política e administrativa para Estados e Municípios, com ênfase a inovação e autonomia gerencial de servidores.”¹ (PEREIRA, J, 2006, p. 55)

Cumprido salientar, que o Estado continua a atuar como o principal instrumento de desenvolvimento econômico, social e político das nações. Ao mesmo tempo em que se afasta da produção direta de bens e serviços, amplia sua atuação no campo da regulação, fiscalização e controle. O novo gerencialismo ou nova Administração Pública surge primeiro na Europa, como resposta do Estado à crise econômica mundial, que pôs fim à “era da prosperidade”, devido as crises do petróleo de 1973 e 1979, e estagnação econômica das nações europeias e dos Estados Unidos da América. Hoje, a Guerra na Ucrânia, em virtude da Segurança Energética.

O desafio está na construção permanente da legitimidade da titularidade cidadã, como detentor da coisa pública, diante a um Modelo que aprofunde institucionalmente a democracia, a cidadania, accountability e equidade no Estado do Rio de Janeiro. Contudo, os marcos institucionais do Direito e das Políticas Públicas serão fundamentais para a devida compreensão e operacionalização ao objeto de estudo.

Neste diapasão, expus o interesse aos Estudos em Direito e Políticas Públicas, a partir do enfoque das correntes institucionalistas e neo-institucionalistas aplicadas ao Direito. Vide, o marco conceitual sobre o Conceito em Políticas Públicas, segundo a Profa. Maria Paula Bucci; As dimensões em Políticas Públicas, sob o aspecto do subsistema político administrativo, consoante o Prof. Howlett, Ramash e Perl na Modelagem Estatal; O enfoque ao Meio Ambiente, a partir da visão do Prof. Dye. Vide, os mecanismos de " inputs" e " outputs". Por sua vez, a linha de abordagem do Prof, Dunn, demonstrada no "cap. VII - Abordagem Teórica da Decisão", a qual explicita os objetivos e metas à superação das fragilidades da pseudo avaliação e da avaliação formal, a luz da formulação e implementação de Políticas e Programas, a partir da Análise de Políticas Descritivas, balisadas nas relações de causa e efeito das Ciências Sociais e na Análise Normativa, recorrente a Economia, ao focar a decisão propriamente dita, vinculada



a ética, para aferir a utilidade esperada e o valor moral das Políticas, interligadas aos meios e fins.

Por último, o projeto remete-se ao conceito de "causação circular cumulativa"⁹ em Gunnar Myrdall⁹, ao conceber a ideia de que determinada região, a partir de uma diferenciação inicial, como a ocorrência de um fato histórico, "Petróleo e Gás no Estado do Rio de Janeiro" mesmo que fortuito, poderá desenvolver distintas relações às demais regiões. Isto posto, a tensão advinda entre forças centrípetas(dinamismo à região em foco e os respectivos desdobramentos) e centrífugas(fatores que poderiam estimular a migração de investimentos para outras regiões), a ser avaliado em Projeto. Exemplo centrípeto: O próprio desdobramento da cadeia produtiva no mercado de petróleo e gás em arranjos produtivos locais; Exemplo centrífugo, a Poluição Ambiental, decorrente de acidentes de vazamento por embarcações diante ao Mar Territorial Brasileiro.

Neste contexto, avoca-se a Obra do Prof. Robert Putnam, "Comunidade e Democracia, a Experiência da Itália Moderna, sob a perspectiva das regiões de Campos dos Goytacazes(Modelagem do Contrato de Concessão-Lei 9.478/99 e alterações)e Parati(Modelagem do Contrato de Partilha de Produção- Lei 12.351/10 e alterações) no Estado do Rio de Janeiro, sob o viés do Direito. Políticas Públicas e Sustentabilidade :

Por sua vez, o Prof. Robert Putman², da Escola NeoInstitucionalista Econômica, demonstra as distinções de participação da sociedade civil entre as regiões localizadas ao Norte e Sul da Itália, conferindo uma importante premissa ao desenvolvimento do Trabalho:

“As regiões economicamente mais desenvolvidas tem governos regionais mais eficientes simplesmente porque há mais participação cívica. Outro ponto a ser considerado é de que não é o grau de participação política que distingue as regiões cívicas das não cívicas, mas sim a natureza da participação. O Contexto cívico é importante para o funcionamento das instituições e o principal fator explicativo do bom desempenho de um governo é a medida que a vida social e política de na região se aproxima do Ideal da Comunidade Cívica”² (PUTMAN, R , 1996, p.112)

O PROBLEMA EM DIREITO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS

Um dos objetivos dos regimes democráticos é aumentar a responsabilização (accountability) dos governantes. Os políticos devem estar permanentemente prestando contas aos cidadãos. Quanto mais políticos devem estar permanentemente prestando conta aos cidadãos, e a cobrança destes com relação ao governante, mais democrático será o regime.

A utilização de recursos públicos e a prestação de contas sempre foram objetos de debates e preocupações, haja vista aos constantes e contínuos desvios e má aplicação desses



recursos, aliados à falta de penalização das autoridades responsáveis pela sua destinação. Como solução, busca-se não só fortalecer os controles, mas também despertar a consciência da correta utilização dos recursos e da necessidade de prestação de contas com maior clareza e transparência.

O conceito “Accountability”³, inclui a obrigação de prestar contas, a utilização de boas práticas de gestão e responsabilização pelos atos em resultados decorrentes da utilização de recursos públicos. Por outro lado, existe o “Accountability”³ legal, sendo proveniente das normas jurídicas vigentes de cada sociedade. Daí, a Profa. Danielle Fiabane³ destacar e contextualizar ao cenário brasileiro atual:


“Destaca o desafio de substituir valores tradicionais como o patrimonialismo e o clientelismo, pelos valores sociais emergentes, e vê no controle social organizado uma forma de melhorar o accountability no Brasil, pressionando os governos e gestores públicos a prestarem contas de suas decisões/ ações com responsividade.”³ (FIABANE, D.F. 2001, p.73)

Um dos principais critérios de decisão das políticas públicas é o da racionalidade, apoiada na perspectiva de produção e desenvolvimento. Neste sentido, as políticas públicas não são isoladas, mas integradas ao conjunto de políticas público e governamentais, apesar disso mesmo considerando os avanços obtidos e a disponibilidade de instrumentos de cooperação e articulação institucional, ainda que falte maior coordenação quanto às políticas entre si e aos níveis federal, regional e local.

O desafio está em canalizar metodologicamente, a Política³; já que envolve um “conjunto de procedimentos formais e informais que expressam relações de poder e que se destinam à resolução pacífica dos conflitos quanto a bens público”⁴ (RUA, M.G 2009, p.67).

Já a Política Pública integrada às Instituições Nacional, Regional e Local, são as manifestações dos governos instituídos pela soberania popular, a respeito de realizar com base em leis, regulações, decisões, comandos executivos e judiciais. Isto é, um conjunto de meios, decisões e ações, que integrem diferentes atores sociais e concentrem esforços, utilizados pelos governos e sociedades com vistas a mudar uma realidade, efetivar direitos e atender as necessidades público-sociais. Os níveis institucionais Macro, Meso e Micro, configuram-se como factíveis para aplicabilidade do Direito às Políticas Públicas, entre os quais, o arranjo institucional relativo ao próprio nível Meso.

Outrossim, sob a perspectiva de análise jurídica às Políticas Públicas, seria a própria concepção de "arranjo institucional", consoante observação da Profa. Maria Paula Bucci, "Fundamentos para uma teoria jurídica das Políticas Públicas."



"O arranjo institucional comporta uma análise específica, aos seus componentes podendo indicar maior ou menor aptidão para os resultados, considerado um conjunto de variáveis, a partir dos elementos que compõe o Modelo. Na área jurídica, o primeiro ponto de apoio é base normativa da Política, recorrendo com frequência à narrativa que recupera seu Histórico"¹¹(BUCCI, M.P.D, 2013, p. 198) .

Diante do exposto, como a política pública regulatória na exploração de Petróleo e Gás, possa melhor identificar e aferir às instituições governamentais e civis fluminenses, sobre a efetiva utilização de recursos orçamentários advindos daquele setor da economia regional, sob a perspectiva de indução para o desenvolvimento industrial no Estado aos próximos 10 anos?

HIPÓTESE

Desenvolver a formulação de Políticas Públicas ao setor de óleo e gás no Estado do Rio de Janeiro, por meio dos Arranjos Produtivos Locais e dos marcos institucionais vigentes.

TESTE DE HIPÓTESES E OS RESULTADOS ESPERADOS

A busca da pesquisa será em deflagrar uma proposta de Cooperação ideal, sob a análise das atribuições de competitividade e razoabilidade econômica, integrando-as, no eixo, políticas públicas e instituições, à construção do reequilíbrio institucional e na retomada da industrialização e de empregos no Estado do Rio no setor de petróleo e gás, sob a perspectiva do desenvolvimento regional/local, a partir das vocações naturais na economia fluminense e dos marcos institucionais contemporâneos, entre os quais, a Economia, Direito e Políticas Públicas.

OBJETIVOS

- Analisar a luz das Políticas Públicas, os conceitos de marcos institucionais clássicos e contemporâneos diante a perspectiva das Políticas Públicas ao Direito no Estado do Rio de Janeiro no setor de óleo e gás;
- Comparar o Modelo de Regulação de Concessão e o de Partilha de Produção no setor de óleo e gás sob o viés da Escola Econômica Neo-Institucionalista no Estado do Rio de Janeiro, sob o conceito de Bifurcação Centrípeta e Centrífuga de Paul Krugman e Myrdal⁹;
- Os impactos das Políticas Públicas de Petróleo e Gás entre os índices de reindustrialização nas Regiões da Bacia de Campos e Parati, especificamente no Estado do Rio de Janeiro.

O MARCO CONCEITUAL DO DIREITO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS:

A Profa. BUCCI, M.P.D, sistematiza o Direito às Políticas Públicas, por meio do enfoque multidisciplinar, sob a dimensão Institucional e Processual:

“Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados [...] visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”⁵. (BUCCI, M.P. D, 2006, p. 47)

Nestes termos, o Prof. DUNN, W, assim aduz em “Análise de Política Pública-Cap. VII – Abordagem Teórica da Decisão”:

“a) bem estruturados, envolvendo um ou poucos tomadores de decisão, um número de alternativas fixas a serem escolhidas e que podem ser estimadas, como são as decisões geralmente tomadas em relação a problemas de órgãos que formam a base das organizações, problemas que são passíveis de serem pré-programados e planejados; b) moderadamente estruturados, desenvolvendo poucos tomadores de decisão, um pequeno número de alternativas a serem escolhidas, com maior liberdade de decisão, o que também em consequências mais incertas; c) desestruturados, envolvendo muitos tomadores de decisão, ilimitadas alternativas que geralmente estão em conflito e consequências imprevisíveis, como são maioria dos problemas em políticas públicas”⁸ (DUNN, W. , 2012, p. 74).


Já o Prof. DYE, R.T concebe a implicação ao Modelo Sistêmico às Políticas Públicas:

“O Conceito de sistema implica um conjunto identificável de instituições e atividades na sociedade, que funcionam no sentido de transformar demandas em decisões oficiais, com o apoio indispensável de toda a sociedade. A noção de sistema implica também que os elementos do sistema são inter-relacionados, que o sistema pode responder às forças em seu ambiente, e ele fará para assim se autopreservar. Os inputs, ou entradas, são recebidos no sistema político tanto sob a forma de demandas como de apoio.

Os outputs, ou saídas, do sistema político são as alocações oficiais de valores do sistema; essas alocações, por sua vez, constituem , política pública. Sendo assim, a noção de sistema implica também que os elementos do sistema são inter-relacionados, que o sistema podem responder às forças em seu ambiente, e que ele o fará para se preservar.”⁷ (DYE, R.T , p. 125)

Por outro lado, os Profs..HOWLETT, M, RAMASH, M; PERL A, na Primeira Seção da Obra “Política Pública: Os Ciclos e subsistemas a uma abordagem integral- Metodologia, Teoria e Contexto na Pesquisa em Política Pública”, expõem a concepção em “ Políticas Públicas” :

“O principal deles é a percepção de que as políticas públicas são constituídas por três dimensões: os atores envolvidos, as instituições e as ideias. Deste modo, as políticas públicas são compreendidas como subsistemas político administrativos, ou seja, cada área ou setor das políticas públicas conta com um conjunto articulado de atores, instituições e ideias próprio, constituindo-se, desta forma, como parte de um sistema político e econômico mais amplo”⁶ (HOWLETT, M, RAMASH, M, PERL, A., 2013, p. 15)



Por fim, o Prof. MYRDALL, G, conduz a seguinte assertiva em “Teoria Econômica e Regiões Subdesenvolvidas”, ao conceber a aplicabilidade de análise comparada entre às duas regiões localizadas no Estado do Rio de Janeiro, a Bacia de Campos e o Polígono do Pré-sal em Parati, respectivamente delimitados pelos Modelos de Concessão e Partilha de Produção na área de Petróleo e Gás:

“As forças centrípetas seriam fundamentalmente os efeitos de encadeamento que um investimento em determinada atividade geraria em outras; e o que, o autor denomina de meras economias externas, ou seja, qualquer tipo de facilidade extra-firma gerada pela concentração territorial. Já as forças centrífugas estariam relacionadas a questões como o esgotamento de terras, carência de infraestrutura, e quaisquer formas de economias externas, entre os quais, a Poluição.”⁹(MYRDALL, G., 1968, p. 38)

A CONSTRUÇÃO DA METODOLOGIA ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS :

Maria Paula Dallari Bucci, crê que é preciso que haja uma metodologia jurídica para analisar o conjunto de tarefas jurídicas nas políticas públicas. Neste sentido, a metodologia caberia “descrever, compreender e analisar as políticas públicas, de modo a conceber as formas e processos jurídicos correspondentes”¹⁰ (BUCCI, M.P. D, 2006. p. 47)

Neste sentido, a autora desenvolveu em seguida, a ideia: “[o] desafio reside em estabelecer uma metodologia apropriada para o trabalho jurídico, que permita descrever e compreender, segundo as categorias do Direito, uma ação governamental determinada e analisar juridicamente o seu processo de formação e implementação”¹¹ (BUCCI, M.P.D, 2008, p. 228).

Neste diapasão, a pesquisa utilizará o método qualitativo e quantitativo, sob perspectiva comparada, mensurando o índice per capita na produção de óleo e gás no Estado do Rio, e a correlação na respectiva produção industrial nos últimos 30 anos na economia Fluminense, entre as regiões da Bacia de Campos e Parati. Ademais, haverá uma análise comparativa no Estado sobre a seleção do regime contratual mais favorável para regular e formular políticas públicas nas respectivas áreas, entre as quais, a importância da renda petrolífera sobre a estabilidade financeira, identificando o real desenvolvimento industrial do setor, bem como a resultante na economia Estadual, para a reconstrução do processo de reindustrialização.

IMPACTOS PRETENDIDOS À PESQUISA

Hoje, a 13.365/16 e os Decretos 9.041/17 e 9.042/17 facultam a participação mínima de 30% da Petrobrás para atuar como operadora nos consórcios formados para exploração e produção sob o regime de partilha de produção, repercutindo objetivamente à economia



fluminense, por participações especiais. Por outro lado, há a vigência da Lei de Concessões, 9.478/99, com suas respectivas alterações, entre elas, a Lei 14.134/21, cujo desenvolvimento confere a extração de óleo e gás na Bacia de Campos e Macaé desde os anos 70, por meio dos “royalties”. Recente mente, a área delimitada do Pré-sal, contempla a região de Parati no Estado do Rio de Janeiro. Neste termos, a indústria de extração de óleo bruto nas áreas aludidas, podem ser processadas e atrair pólos de desenvolvimento regionais e locais para a Primeira, Segunda e Terceira Geração da Indústria Petroquímica no Estado do Rio com a sociedade fluminense, gerando empregos, renda e sobretudo possibilitar a “reindustrialização” da economia fluminense. A perspectiva de Paul Krugman e Myrdall na aplicação aos conceitos de Bifurcação Centrípeta e Centrífuga ao setor referenciado, culminará às devidas repercussões econômicas e institucionais, a luz das Políticas Públicas ao Direito. Por sua vez, explicam de forma concatenada o processo constante de reprimarização do Estado do Rio e desindustrialização constante, diante aos outros Estados da Federação no decorrer dos últimos 30 anos, possibilitando a criação de meios necessários à reindustrialização do setor, integrada aos valores da sustentabilidade e melhoria da qualidade de vida no Estado.


CONCLUSÃO

Inicialmente o trabalho, expôs a corrente neo institucional histórica, a qual a Professora Maria Paula Bucci é pertencente, sob o seguinte aspecto teórico-metodológico em "Fundamento para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas" em Direito e Políticas Públicas:

"A Análise Política se desloca para o estudo dos problemas relativos não apenas ao Poder, mas também à Economia, Cultura e Sociedade em Estudos comparados"¹².
(BUCCI, M.P.D,2013, p.62)

Neste contexto, o desafio proposto pela Profa. Bucci¹³, encontra-se no Direito Regulatório na área de Petróleo e Gás, a partir da Dimensão Institucional, os quais, os arranjos jurídico-institucionais e os Modelos jurídico institucionais tornam-se fundamentais pelo desenho jurídico-institucional. Por sua vez, é importante ressaltar a Dimensão Processual, com o advento da participação, contraditório, contraposição de interesses e busca do Consenso, por parte de diversos atores sociais.(Ver p. 30,Introdução ao Fundamento para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas)

Assim, a Modelagem Institucional ou "Desenho/Engenharia Institucional"¹⁴(Policy Design), poderá ser desenvolvida na metodologia empregada ao trabalho, decorrente das variáveis jurídicas, originais ou replicadas a serem operacionalizadas ao desafio proposto pela Profa. Maria Paula Bucci, segundo as categorias do Direito. Nota-se, ser factível a constituição



sobre o desdobramento e inclusão em perspectiva da corrente neo institucional econômica em Puttman², assim como em Gunnar Myrdall⁹. Neste contexto, o método qualitativo e quantitativo encontra-se válido ao aspecto teórico-metodológico, sob perspectiva comparada, por meio da Modelagem regulatória de Concessão, Lei 9.478/99 e alterações reflexas a Bacia de Campos e ao Modelo de Partilha de Produção, Lei 12.351/10 e alterações reflexas a região de Parati, cuja base de dados poderá ser aferida pela CEPERJ(Estado do RJ) e/ou IBGE, por exemplo.

Neste sentido, a Obra da Profa."BUCCI,M.P.D. -Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico, 2006, Editora Saraiva, Tópico 5.4- Metodologia jurídica de Políticas Públicas¹⁵", corrobora com a conclusão ao Trabalho:

"O Jurista deve saber percebê-los, reconhecê-los e traduzi-los para o universo conceitual do direito, o que caberia no espaço epistemológico da teoria geral do direito. Essa, contudo, tradicionalmente trabalha o fenômeno jurídico a partir da norma posta, não antes. Daí que a direção, onde seu desenvolvimento são os métodos de interpretação, aplicação e, quando muito, construção do direito, a partir do direito positivo.


Por outro lado, a contribuição da ciência política e da economia, e particularmente aquela que se ramifica na escola de análise econômica do direito, tem o mérito de jogar luz sobre a questão da escassez dos recursos para a realização dos direitos. Mas, pertence a tradição estranha ao nosso ordenamento formalizado. Modelizar, a ação administrativa, como propõe Danièle Bourcier¹, fornecendo uma tipologia normativa e processual, ideal seria um avanço, que repercutiria sobre os modos de controle judicial das políticas públicas.

Entretanto, se não há um conceito jurídico, deve haver com certeza, uma metodologia jurídica. As tarefas dessa são descrever, compreender e analisar as políticas públicas, de modo a conceber as formas e processos jurídicos correspondentes."¹⁵(BUCCI,M.P.D,2006, p.46-47)

O Direito é fundamental para o desenvolvimento deste Tema em Políticas Públicas ,adiante a estrita compreensão analítica da Dogmática Jurídica, para melhor compreender e aferir em visão comparada às regiões demarcadas ao Objeto do Estudo . Haja vista, a densa Literatura da "Policy Analysis"¹⁶, proporcionando uma visão multidimensional do fenômeno jurídico. Ademais, o Prof. DIOGO COUTINHO¹⁶,confere a seguinte assertiva sob o aspecto teórico-metodológico ao Direito em Políticas Públicas:

" As Políticas Públicas são efetivamente, um campo aberto para os juristas brasileiros, que para desbravá-los terão de utilizar novos referenciais de análise, dando continuidade ao desafio de construir um referencial metodológico cuja lacuna se faz sentir. As Políticas Públicas, podem ser juridicamente compreendidas, melhoradas e, sendo o caso, eventualmente replicadas em outros contextos"¹⁶(COUTINHO, D, 2013, p.206)

Consequentemente, as regiões dadas e delimitadas em pesquisa pertencente ao Estado do Rio de Janeiro, Campos e Parati, desenvolvem sob o aspecto da Modelagem Regulatória Econômica em Políticas Públicas, a possibilidade em melhor aferir pelo viés comparado, a



apresentação de cada dinamismo econômico próprio, seja pelo desdobramento endógeno e/ou exógeno, sob perspectiva regional e dos arranjos produtivos locais.

Nestes termos, a efetiva proximidade, superioridade ou inferioridade às outras regiões do Estado do Rio de Janeiro, por efeito da preponderância de forças centrípetas⁹ às centrífugas⁹, sofrer um processo de bifurcação ou reversão desse dinamismo econômico. Daí, a relevância da legislação a qual modelaram o Direito aos contratos de concessão e de partilha de produção, respectivamente; Lei 9.478/99 e 12.351/10, com as respectivas alterações, à construção de objeto do tema proposto ao trabalho.

Enfim, o impacto modal da pesquisa é constituir um Ciclo Virtuoso à produção primária de Óleo e Gás, permitindo criar meios necessários à reindustrialização do setor, integrada aos valores da sustentabilidade e melhoria da qualidade de vida no Estado do Rio de Janeiro no século XXI.

REFERÊNCIAS

BUCCI, M. P. D.: “Fundamento para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas” ,São Paulo: Saraiva, 2013.

CHEVALIER, J. M. “La Décision Administrative. Réflexions sur quelques Paradigmes, in Le Droit Admisnistratif en Mutation.”, Paris: Presses Universitaires de France, 1993.

DUNN, W. N. “Public Policy Analysis”. 6 ed. New York: Routledge, 2018

DYE, T. R.: “Mapeamento dos Modelos de Análise de Políticas Públicas. In: HEIDEMANN, F G.; S, J.F. Políticas Públicas e Desenvolvimento”. Brasília: Editora UnB, 2010

FIABANNE, D, F. “Controle Social: um novo frame nos movimentos sociais.” Tese, FGV, São Paulo, 2011.

HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. “Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral.” Rio de Janeiro: Elsevier,2013

JURUENA, M. Agências Reguladoras: Estudos e Pareceres do Direito do Petróleo e Gás-Coordenação Mariilda Rosado”, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2005.

OSÓRIO, M.: “Rio Nacional e Rio Local, Mitos e Visões da Crise Carioca e Fluminense”, Senac/Rio, 2005.

PEREIRA, J. M.: “Curso de Administração Pública” . São Paulo: Atlas, 2009

PUTMAN, R.: “Comunidade e Democracia: a experiência da Itália Moderna”. Rio de Janeiro: FGV, 2000



RUA, M. G.: “Políticas Públicas.” Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração, UFSC; Brasília: CAPES :UAB, 2009.

SUNFELD, A.; ROSILHO, A. (Org.): “Direito da Regulação e Políticas Públicas.” São Paulo: Malheiros, 2014

CAPÍTULO 20

MUDANÇAS NA GUARDA COMPARTILHADA E NO DIREITO DE CONVIVÊNCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA MOTIVADA PELO COVID-19 E O LIMIAR DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Luiza Vissotto Silva
Luís Carlos Gehrke

RESUMO

O período mundial atual aponta para mudanças nas decisões judiciais, especialmente no judiciário gaúcho, em razão da pandemia atual decorrente do Covid-19, o que permite realizar um questionamento: as decisões judiciais atuais pendem para a mudança da guarda compartilhada a fim de reduzir a propagação do Covid-19 e assegurar a segurança dos infantes? Se afirmativa a resposta, quais são os fundamentos das decisões e quais são os possíveis riscos de ocorrer a alienação parental? Partindo deste viés, o presente estudo tem como tema central justamente abordar as mudanças nas decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acerca da guarda e do direito de convivência entre familiares e infantes no período da pandemia, os possíveis riscos destas decisões e a busca pelo melhor interesse da criança e do adolescente, considerando os princípios e disposições legais constantes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Estatuto da Criança e do Adolescente, perpassando pelo Código Civil Brasileiro de 2002, Leis da alienação parental e guarda compartilhada, analisando-se a postura do Poder Judiciário frente a este dilema através da análise jurisprudencial do TJRS. O método de abordagem utilizado é o dedutivo, com a finalidade partir de uma análise geral dos obstáculos impostos pelo novo Covid-19 e as decisões judiciais quanto à guarda e direito de convivência. Quanto ao método de procedimento, utilizar-se-á o monográfico, que consiste na observação de determinados indivíduos, profissões, condições, instituições, grupos ou comunidades, com a finalidade de obter generalizações. O método eleito justifica-se pela necessária observação direta, sistemática e não participativa das decisões judiciais no âmbito de direito de família para chegar aos possíveis efeitos das referidas decisões no desenvolvimento infantil.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda; Melhor interesse da criança e do adolescente; Convivência familiar; Covid-19; Alienação parental.

INTRODUÇÃO

O cenário mundial pandêmico em razão do Covid-19 – infecção respiratória aguda causada por um vírus potencialmente grave e elevada transmissibilidade - trouxe reflexos no âmbito do Direito de Família, especialmente quando o debate gira em torno da necessária convivência familiar entre filhos e pais separados.

Nesse passo, o presente trabalho versa sobre as mudanças nas decisões judiciais quanto à guarda e o direito de convivência familiar em tempos de pandemia motivada pelo Covid-19,



à luz do impasse entre preservar o melhor interesse da criança e do adolescente e garantir o direito constitucional à saúde, tema debatido e enfrentado pelos Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul desde a decretação da pandemia.

Neste viés, o objetivo deste trabalho é averiguar as questões enfrentadas pelo judiciário e até que ponto os genitores podem mover a máquina judiciária, com má-fé e alegando a proteção íntegra a saúde, tendo como objetivo a alienação parental, levando em conta os preceitos constitucionais e infraconstitucionais e a preservação do interesse do menor vulnerável.

Outrossim, a justificativa para a escolha do presente tema deu-se em razão da preocupação com a vulnerabilidade dos infantes e da possibilidade de enfrentarem a alienação parental em razão da má-fé dos genitores, bem como o interesse pelas decisões judiciais neste período, que não possuem preceito ou amparo legal positivado, devendo os juízes se valerem da empatia e sensibilidade no momento da decisão, surgidos em meio a um estágio no gabinete de Juiz da Vara Judicial de Restinga Seca, ao realizar o esboço de uma minuta de sentença que versava sobre a guarda e a convivência durante a pandemia.

Neste viés, sob um aspecto social, procurar-se-á observar quais são os obstáculos enfrentados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no momento da decisão e as inovações tomadas pelos juízes para garantir a convivência familiar e o interesse dos infantes.

Assim, para melhor compreensão do tema, o presente trabalho está estruturado em dois capítulos, sendo que no primeiro, será abordado um breve resumo acerca da evolução da guarda, dos modelos familiar e do direito de convivência familiar ao longo do tempo no Brasil.

Por seu turno, o segundo e último capítulo versará sobre a mudança no cenário da regra geral acerca da guarda compartilhada e a desobrigação de convivência familiar presencial no período atual e o limiar da alienação parental.

No tocante a legislação, a presente pesquisa utilizará a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Estatuto da Criança e do Adolescente, perpassando pelo Código Civil Brasileiro de 2002, Lei da guarda compartilhada, Lei da alienação parental e jurisprudências, analisando a postura do Poder Judiciário Gaúcho frente a este dilema.

Finalmente, quanto à metodologia, esta pesquisa tomará por base o método de abordagem dedutivo, iniciando um estudo de maior amplitude sobre a evolução dos aspectos do Direito de Família para, posteriormente, ater-se especificamente a guarda compartilhada e o



direito de convivência, assegurando o melhor interesse da criança/adolescente, em tempos de pandemia ocasionada pelo Covid-19. A técnica de pesquisa é a documental, uma vez que é baseada em doutrinas, jurisprudências e legislação, pertinentes ao tema. Ainda, o método de procedimento será o monográfico, realizando uma investigação jurisprudencial para aferir as situações e decisões acerca do tema entre os anos de 2020 e 2021, bem como os critérios utilizados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul frente a tal dilema.


Por fim, vale ressaltar que o presente tema é de grande relevância acadêmica. Isso porque busca investigar as decisões judiciais do TJ/RS quanto à guarda e o direito de convivência familiar frente à pandemia do Covid-19, seus fundamentos e quais mudanças estas decisões podem ocasionar à justiça, ao cenário da guarda unilateral como regra geral e, em especial, às crianças, que enfrentaram mudanças nestes árduos tempos por consequência das decisões judiciais relativas ao direito de convivência familiar. Dessa forma, o tema detém importância na compreensão dos problemas contemporâneos, sendo pertinente o estudo do Direito para conduzir a sociedade em direção ao seu desenvolvimento.

HISTORICIDADE DA GUARDA E DO PODER FAMILIAR NO DIREITO BRASILEIRO E A BUSCA PELO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O direito de família se modifica e evolui a todo o momento, conforme as necessidades sociais e individuais. A família, historicamente, sofreu diversas mudanças, desde o tradicional trinômio pai-mãe-filho, de vínculo estritamente biológico, até os mais diversos modelos que se conhecem atualmente. Com a modernização da família, foram enfrentadas pelo poder judiciário e pela sociedade mudanças nos aspectos acerca da guarda de menores e do poder familiar.

Desde o advento do Estado Social, em meados do século XX, a “família natural” vem sofrendo mudanças em sua função, natureza e composição. Constitucionalmente, o Estado, que anteriormente era ausente nas relações familiares, passou a interessar-se de forma clara por estas relações e nas suas mais variáveis manifestações (LÔBO, 2014, p. 15).

O modelo de família conhecido como patriarcal teve sua constituição no Brasil desde a Colônia, tornando-se como absoluta e “ideal” até o advento da CRFB/1988. A estrutura deste modelo familiar era baseada no poder marital (poder do homem sobre a mulher) e no pátrio poder (poder do homem sobre os filhos). A família patriarcal também era baseada muito mais em um contrato social do que na afetividade. Este último nunca foi um princípio deste tipo familiar. Quanto a isto, Paulo Lôbo dispõe:



Para Fustel de Coulanges, a família antiga era mais “uma associação religiosa do que uma associação natural”. Ainda segundo o autor, “o princípio da família não o encontramos tampouco no afeto natural. O direito grego e o direito romano não levavam em consideração esse sentimento. O pai podia amar muito sua filha, mas não podia legar-lhe os seus bens” (LÔBO, 2014, p. 16).

Por sua vez, a família atual busca sua identificação na solidariedade, conforme o artigo 3º, inciso I, da CRFB/1988, tendo como um de seus fundamentos a afetividade. Em comparação, ambos os modelos familiares apresentados até agora tem tais argumentos como severas diferenças entre si. A primeira – o modelo patriarcal – era fundada em um individualismo exacerbado, no qual apenas o homem tinha o papel de comandar e cuidar da família, bem como provê-la financeiramente. Atualmente – na família moderna – ambos os genitores possuem o dever de exercer o poder familiar e o dever de cuidado, seja de forma financeira ou afetiva.

Nesta seara, frisa-se que, atualmente, a família “natural” não mais é o modelo de família patriarcal que por anos fora aceita como correta no Brasil. Hoje em dia, as famílias existem nas mais diversas formas, podendo ser considerado para tanto até mesmo os laços afetivos não consanguíneos. Quanto ao tema, Ana Carolina Brochado Teixeira dispõe:

O antigo pátrio poder tinha como principal escopo a gerência do patrimônio dos filhos, além de sobrelevar seu aspecto formal, de representação ou assistência dos menores para a prática de atos jurídicos. Sua essência era marcadamente patrimonial, pois o processo educacional não tinha tanto relevo, uma vez que se perfazia na autoridade paterna e no dever de obediência do filho. Essa ascendência era natural e inquestionada, além de ser fundamentada na desigualdade paterno-filial (TEIXEIRA, 2005, p. 128).

Na atualidade, exige-se do pai ou mãe um convívio com o filho, para que estes se façam presentes na vida do mesmo, de forma material e pessoal, ainda que sejam separados ou haja conflitos entre eles. Assim, não basta que o genitor ou genitora alcance ao filho um valor determinado de pensão alimentícia, nem que fiscalize ao longe a criação do infante, mas sim que haja troca de interação, de experiências, que dê atenção, etc., àquela criança ou adolescente.

Com ou sem a formação da família - seja na modalidade que for -, advindo o nascimento de filho e em ato contínuo o registro de tal filiação, há que se falar em guarda, que nada mais é do que o exercício do poder parental que os pais exercem sobre os filhos, começando pela guarda natural, conforme Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos comenta:

[...] fala-se a respeito da guarda natural, que decorre do reconhecimento do filho, na forma do art. 1.612 do Código Civil. Ao efetuar a certidão de nascimento do filho, a mãe, o pai ou ambos garantem-lhe o direito ao nome, à nacionalidade, vínculos familiares e direitos daí decorrentes, bem como tornam-se titulares do poder familiar. A guarda natural é atributo decorrente do poder familiar, com previsão no art. 1.634, II, do Código Civil. O filho não reconhecido pelo pai, na forma do art. 1.633 do Código Civil, fica sob o poder familiar exclusivo da mãe (RAMOS, 2016, p. 48).



Assim, afirma-se que a guarda natural é aquela gerada sempre que um filho é reconhecido. No entanto, no cenário social moderno, quando não é possível a convivência dos genitores, há que se falar em guarda compartilhada. Quanto ao tema, a mesma autora dispõe:


Quando os pais não moram juntos, seja porque nunca moraram ou se separaram, usamos a terminologia “guarda unilateral” ou “guarda compartilhada” para se referir ao modelo de cuidado e responsabilidade em relação à criança ou ao adolescente. [...] A guarda unilateral é aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua. E a guarda compartilhada é a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (art. 1.583 do Código Civil). (RAMOS, 2016, p. 48).

A propósito, oportuno referir que, inobstante a positivação do divórcio ainda no século passado, a reformulação do CCB/2002 estipulou apenas a modalidade de guarda unilateral, atribuída a um dos pais, ou a “quem revelar melhor condições de exercê-la”, conforme a antiga redação do artigo 1.584 (BRASIL, 2002), ainda como resquício do modelo tradicional da família, o qual atribuía à mãe o papel de educação e criação dos filhos, o que não era diferente em eventual discussão judicial em decorrência de uma separação/divórcio, atribuindo à mãe a incumbência da guarda unilateral, deixando o pai “livre” da convivência familiar com o filho.

Nesse passo, interessante transcrever parte do voto do Desembargador Antonio Carlos Stangler Pereira, por ocasião do julgamento da Apelação Cível n 70001149103, publicada em 31/12/2003, extraída da página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a qual decide pela guarda unilateral da filha em prol de sua genitora, haja vista que “[...] a filha menor do casal, já entrada na adolescência, deve permanecer na companhia da mãe, que já mantém a sua guarda, e melhor pode orientá-la, quanto ao futuro, em face de sua condição de mulher [...]”, ignorando condições econômicas e/ou psíquicas, mas levando em conta apenas o papel social da mulher.

Contudo, com a modernização social, tal estereótipo de guarda foi aos poucos perdendo espaço para a compartilhada, em atenção ao princípio da convivência familiar e o melhor interesse da criança/adolescente, como se infere do voto do Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, na Apelação Cível n 50051565520198210001, publicada em 26/08/2021 e extraída do mesmo tribunal gaúcho:

Esclareça-se, a propósito do tema, que a pretensão deduzida por ANDRÉ, tecnicamente, não é de manter a guarda compartilhada, mas, sim, de instituir-se a guarda alternada, de modo que N. permaneça com cada um dos genitores pelo período de uma semana, alternadamente. No entanto, essa modalidade de guarda não proporciona que a criança tenha uma rotina bem ajustada, uma referência de lar, o que se revela essencial, especialmente por se tratar de um infante que conta somente 7 anos de idade. Ademais, como bem assinalado no laudo social elaborado pela Central de Atendimento Psicossocial Multidisciplinar, “o compartilhamento da guarda não se caracteriza necessariamente, pela partilha equitativa do tempo de convívio dos filhos,



mas principalmente pela efetiva cooperação dos pais nos cuidados dos filhos e deixar de lado suas desavenças pessoais".


Tampouco é o caso de instituir-se a guarda unilateral em favor da genitora, como foi por ela requerido, porquanto os laudos psicossociais produzidos concluíram que ambos os genitores possuem condições de exercer a guarda, seja sob o aspecto psicológico, seja sob o ponto de vista social (eventos 87 e 91 da origem). Cabe aqui repisar que a modalidade de guarda e o seu exercício devem atender aos superiores interesses da criança, sendo que, no caso, a irresignação manifestada por cada um dos genitores é respaldada apenas nas suas próprias intenções e conveniências, de forma a beneficiá-los (Apelação Cível, Nº 50051565520198210001, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 11-11-2021).

Por conta disso, em 2008, foi positivada a Lei 11.698, oportunizando uma nova modalidade de guarda, qual seja a compartilhada, restando por alterar a redação dos artigos 1.583 e 1.584, sendo utilizada como alternativa, mantendo-se, contudo, a regra da guarda unilateral, conforme dispõe Conrado Paulino da Rosa:

[...] a lei 11.698, ao estabelecer a possibilidade da guarda compartilhada em nosso ordenamento jurídico trouxe a seguinte redação ao artigo 1.584 § 2º do Código Civil: quando “não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada” (ROSA, 2016, p. 331).

Todavia este “*sempre que possível*” induziu os magistrados a aplicarem a modalidade de guarda compartilhada somente em caso de acordo entre os genitores. No entanto, é sabido que pais que acordam e convivem bem naturalmente participam mutuamente da vida dos filhos, sendo que a lei serve justamente para ser utilizada em casos de litígio, no qual um dos genitores pode vir a estimular ou incentivar o infante a não manter contato com o outro genitor, por muitas vezes estando incurso na chamada alienação parental, interferência abusiva na formação psíquica da criança/adolescente, para que repudie o(a) genitor(a) ou cause prejuízo/embaraço à criação ou manutenção de vínculos.

Em ato contínuo, tendo como parâmetro julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, pautados pelo princípio do melhor interesse da criança/adolescente, os quais restaram por firmar o entendimento de que a guarda compartilhada deveria ser a regra e não a opção, como no Recurso Especial n 1.251.000, publicado em 23/08/2011, no qual a Ministra Nancy Andrighi refere que “[...] a guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir [...] do ideal psicológico de duplo referencial.” o legislador criou a Lei nº 13.058, que foi sancionada em 22 de dezembro de 2014, alterando novamente a redação do artigo 1.584, § 2º do CCB/2002: “mesmo quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos à exercer o poder familiar, será instituída a guarda compartilhada” (BRASIL, 2002).



Neste âmbito, portanto, a guarda compartilhada passa a ser regra e não mais exceção, forçando com que os juízes optassem ou ao menos tentassem instituí-la em todos os casos de litígios familiares. No entanto, tal modalidade não se confunde com a popularmente chamada “guarda alternada”, como bem destaca Rosa:

Outro ponto positivo da normativa é o esclarecimento do verdadeiro sentido do compartilhamento da guarda. Isso porque, desde a Lei 11.698 em 2008, o instituto foi reiteradamente confundido com a guarda alternada, que sequer tem possibilidade de ser fixada em nosso ordenamento jurídico. De forma equivocada, falava-se em divisão estanque do tempo em cada uma das casas, como se o filho passasse a ter sua mochila como o único lugar seguro na sua vida (ROSA, 2016, p. 333).

É importante ressaltar que, conforme retratado anteriormente, guarda e convivência são dois institutos distintos entre si. O primeiro diz respeito a todas as decisões e gestões dos interesses da prole, que podem ser tomadas, portanto, de forma unilateral ou conjunta – depende do modelo adotado judicialmente após a solução do litígio familiar – e o segundo, ou seja, a convivência, que anteriormente era conhecido como “direito de visitas”, versa sobre o período de tempo que cada genitor dispensará com os filhos e é necessária sua fixação em ambos os modelos de guarda.

Entretanto, importante destacar uma vez mais que, inobstante a edição da Lei 13.058/14, esta não afastou de todo, a guarda unilateral – na qual apenas um dos genitores detém o poder de decisão das diretrizes da vida dos filhos -, mas relegou-a como exceção, entendendo que a guarda compartilhada deveria ser a regra, pois justamente atende ao melhor interesse do(s) filhos(s), haja vista que ambos os genitores decidirão, de comum acordo, as diretrizes acerca da escolaridade, saúde, lazer e demais atividades inerentes à vida dos filhos, dividindo as responsabilidades em convívio de forma direta e conjunta.

No entanto, mesmo que a modalidade de guarda seja a compartilhada, é necessário que a criança/adolescente possua uma moradia fixa. Sobre o assunto, o mesmo autor dispõe:

Agora, a fixação de qual das residências a prole irá residir, ou seja, com qual dos genitores ficará a base de residência (custódia física), é consequência direta do estabelecimento do compartilhamento da guarda, podendo acontecer, inclusive, segundo a redação do Código Civil após 2014, que os pais residam em Cidades diferentes. Nesse caso, a “cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos” (1.583, § 3º CC) (ROSA, 2016, p. 334).

Contudo, importa uma vez mais referir que, inobstante o fato do filho residir com um dos genitores, tal circunstância não retira do outro o exercício do poder familiar, seja na guarda compartilhada – na qual as decisões da vida do filho serão tomadas em conjunto entre os genitores -, ou na guarda unilateral – cujas decisões poderão ser tomadas sem a aquiescência



do outro genitor -, assim como não desobriga o pagamento de alimentos – temática que não será objeto de discussão neste trabalho -, pois são institutos diferentes.

O genitor que não mora com a prole ainda possui o dever de arcar com os custos da pensão alimentícia e possui o direito da regulamentação de amplo regime de convivência familiar, para que possa ser exercida a chamada coparentalidade. Tal convivência, no entanto, não deve ser restrita à programas como cinema, *fast food* ou tardes na praça, devendo ser o tempo dividido de maneira igual entre ambos os pais.

A guarda compartilhada, portanto, procura fazer com que apesar da separação pessoal dos pais e de morarem em locais diferentes, continuem com a responsabilidade perante o filho e sua formação integral, obrigando-se a realizarem, da melhor forma possível, as suas funções como pais.

Em que pese a historicidade do legislativo brasileiro quanto à guarda tenha evoluído até atingir o consenso de que a melhor modalidade deste instituto a ser aplicada como regra é a modalidade compartilhada, desde o ano de 2020 o mundo vêm convivendo com uma pandemia, ocasionada pela descoberta de um vírus, nomeado de Covid-19.

Neste cenário, todos os âmbitos sociais sofreram diversas mudanças e necessariamente tiveram que se adaptar, criando novas regras em obediência e respeito às medidas de contenção formuladas pelas autoridades sanitárias, de modo a impedir/diminuir a proliferação do vírus. Nesse passo, o judiciário brasileiro também enfrentou inúmeras demandas envolvendo o tema - especialmente no âmbito de guarda e convivência -, como será objeto de abordagem a partir de decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, procedendo-se um comparativo dos julgados a partir de março de 2020 até os dias atuais.

OS DESAFIOS JUDICIAIS IMPOSTOS PELO COVID-19: O POSSÍVEL DISTÂNCIAMENTO ENTRE GENITORES E FILHOS E A POSSIBILIDADE DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Conforme acima tratado, ainda que o instituto da guarda compartilhada seja regra no ordenamento jurídico brasileiro, a humanidade atualmente está assolada por uma situação inesperada de calamidade pública, enfrentando diversos impactos em razão da pandemia do Covid-19, o que não é diferente no Brasil, pois o quadro clínico do paciente infectado pode evoluir até uma síndrome respiratória grave, além de outras sequelas que podem levá-lo ao óbito. O surto da doença teve origem na China, ao final do ano de 2019 e chegou ao Brasil em



meados de fevereiro de 2020, sendo decretada a pandemia mundial pela Organização Mundial de Saúde no mês subsequente, perdurando até os dias atuais.

Em que pese todos os esforços científicos, até o momento não é conhecida nenhuma espécie de cura à doença, embora já tenham sido desenvolvidas vacinas imunológicas, não foi possível vacinar toda a população brasileira, contando, até a data de um de dezembro de dois mil e vinte e um, com cerca de 62,72% da população brasileira vacinada com todas as doses necessárias e/ou recomendadas. Contudo, inobstante a vacinação em massa, os sanitaristas recomendam que por pelo menos 01 ano após a imunização global completa perdure a adoção de medidas de segurança contra a patologia. A propósito, apenas a título de ilustração – pois o presente trabalho não tem o condão de aprofundamento da análise científica desta doença -, o Ministério da Saúde elenca na sua página eletrônica, diversas recomendações de prevenção da Covid-19.

Como se infere, dentre as medidas de segurança adotadas para prevenir a Covid-19, está o isolamento social, fator que implicou na mudança do cenário de preferência à guarda compartilhada. Em relação a isto, Joyceane Bezerra de Menezes e Ana Monica Anselmo de Amorim destacam:

A Organização Mundial da Saúde (OMS) classificou a pandemia como uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), o mais alto nível de alerta, recomendando a todos os países a adoção de medidas concretas para o controle da contaminação. Embora o Covid-19 não seja a primeira pandemia a assolar a humanidade, provocou uma reação mundial de proporções nunca vista. Nem nas grandes guerras do Século XX impuseram a necessidade de fechamento das escolas e das igrejas, por exemplo. [...] no Brasil, a Portaria 188/GM/MS, de 04 de fevereiro de 2020, declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) a Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, dispôs sobre as medidas de enfrentamento de emergência de saúde pública de importância internacional; e o Decreto Legislativo 6/2020 reconheceu o estado de calamidade pública, para os fins do art. 65 da Lei Complementar 101/2000 (MENEZES; AMORIM, 2020, p. 173-174).

Segundo Cruz (2020, p. 269), mesmo com os diversos esforços para conter a pandemia causada pela doença e os avanços científicos mundo afora para encontrar uma cura, a medida de prevenção que tem se provado a mais eficaz contra a propagação do vírus é, justamente, o isolamento social, além é claro, da vacinação.

Ainda de acordo com Cruz, o distanciamento social afetou amplamente o mundo, em diversos aspectos: trabalhos que eram realizados em ambientes físicos compartilhados passaram a ser realizados de forma remota - coloquialmente chamado, em *home office* -, atividades escolares também deixaram de ser presenciais - adotando o sistema de educação à



distância (EAD) - e eventos sociais igualmente não ocorreram em larga escala, forçando o ser humano a utilizar de outras ferramentas e alternativas para manter a interação social.

Por este motivo, o debate também chegou ao Poder Judiciário, que teve a incumbência de decidir se deveria manter o preceito legal da guarda compartilhada ou preterir-la, em atenção às recomendações sanitárias, para não causar grandes riscos à criança/adolescente, bem como aos seus pais e demais familiares conviventes, seja do núcleo familiar ou não.

Nesse passo, com a situação imposta pela pandemia, os direitos fundamentais previstos na CRFB/1988 e no ECA/1990, como o direito à saúde, à vida, à convivência familiar e etc., foram amplamente discutidos em procedimentos judiciais, tendo de um lado o genitor postulando a suspensão da convivência familiar face à possível propagação do vírus, e de outro lado, o outro genitor requerendo o exercício de seu direito de convivência familiar com o filho, supostamente impedido pelo primeiro. Quanto ao tema, discorrem Líbera Copetti de Moura e Maici Barboza dos Santos Colombo:


A técnica da ponderação dos direitos fundamentais surge como instrumento útil para a solução concreta de divergências acerca das novas dinâmicas necessárias para a garantia do convívio familiar, sendo possível, embora excepcionalíssima, a suspensão do contato presencial, somente quando houver circunstâncias fáticas que agravam o risco à saúde de pessoas vulneráveis, seja a própria criança ou adolescente, seus pais, responsáveis ou demais familiares (MOURA; COLOMBO, 2020, p. 210).

É importante ressaltar que, de acordo com Menezes e Amorim (2020, p. 180), a convivência familiar não se reduz ao laço pai-filho ou mãe-filho, mas se estende à toda família, ou seja, aos tios, irmãos, avós, primos, etc., o que deve ser feito de forma presencial, em regra, ou virtual, excepcionalmente.

O posicionamento adotado pela jurisprudência é de que os acordos realizados previamente à pandemia devem permanecer inalterados, quando não há nenhum possível e comprovado risco à saúde do infante e seus familiares, mas, havendo razão justa e certa, pode-se recorrer ao Poder Judiciário para a alteração da situação vivenciada pela família em relação à guarda.

Quanto ao tema, os mesmos autores dispõem:

Submetida a matéria ao Judiciário, insiste-se que a alteração da convivência não pode ter fundamento no fato isolado da pandemia. É necessário informar e comprovar o grave risco ao interesse da criança, do adolescente ou de pessoa do grupo de risco com quem resida (art. 1586 c/c art. 1589 CC). Tanto quanto possível, devem-se promover sessões virtuais de mediação para favorecer o acordo. Em atenção às particularidades do período atual, alguns tribunais como o do Rio de Janeiro e do Paraná, têm permitido a marcação de sessões virtuais, visando a conciliação em processos como esses. (MENEZES; AMORIM, 2020, p. 180)



Dessa forma, a convivência familiar, ainda que suspensa presencialmente, deve prevalecer de forma virtual e eletrônica, a fim de garantir o desenvolvimento e reduzir os possíveis impactos no desenvolvimento infantil. Para José Fernando Simão:

Os argumentos majoritários nesse momento de crise, quando se fala em direito de família são dois: (i) bom senso e (ii) a solução depende do caso concreto (não há solução *a priori*). Deve-se frisar que as decisões tomadas em período de pandemia e confinamento são, necessariamente, provisórias (SIMÃO, 2020, p. 09).

Assim, nos casos em que não haja uma solução consensual entre os genitores quanto à convivência familiar em tempos de pandemia, caberá ao Poder Judiciário intervir para solucionar o conflito, sendo oportuno o acompanhamento à situação familiar, a fim de evitar danos ao desenvolvimento infantil, como a alienação parental, por exemplo.

O Juiz deve, por óbvio, “alterar o regime de guarda se, em plena pandemia, houve prática, pelo pai, pela mãe ou por terceiros, de alijamento de convívio virtual que, em situação extrema, pode configurar alienação parental” (SIMÃO, 2020, p. 07). Sobre esta questão, igualmente pertinente salientar, conforme Renata Vilela Multedo e Diana Poppe:

A questão mais urgente a ser enfrentada nesse momento em função da responsabilidade parental é a necessidade de se evitar que a condição excepcional imposta pelo coronavírus seja utilizada ou aproveitada como meio de se viabilizar a prática de abusos na autoridade parental, ou alienação parental que acabem por prejudicar o saudável desenvolvimento de menores que são indiscutivelmente vulneráveis nesse contexto. Saber identificar até que ponto o genitor que busca o judiciário nesse momento tem o objetivo de realmente proteger seu filho ou se sua iniciativa está motivada pelo oportunismo de valer-se do vírus para prejudicar o outro genitor, indiferente ao resultado de suas atuações sobre a criança (MULTEDO; POPPE, 2020, p. 218).

Como se observa do comentário retro, cabe ao Magistrado, ao Agente do Ministério Público, bem como aos Advogados/Defensores Públicos, a observância relativa a este temor de contágio pelo vírus, que pode beirar, perigosamente, a alienação parental, prática positivada na Lei 12.318/2010, presente em atos que visam prejudicar o necessário convívio entre a criança/adolescente com o genitor que não detém a sua guarda.

Nesse passo, imperioso destacar que, de acordo com a Lei 12.318/2010, caracteriza-se como alienação parental todo ato que interfira na formação psicológica da criança ou adolescente, promovido por um dos genitores e com o intuito de causar prejuízo ao estabelecimento ou mantimento de vínculos com o outro genitor, conforme disposto no artigo 2º da legislação acima referida.

Nesse diapasão, fato é que a disseminação da doença não pode ser controlada pelo ser humano - mesmo com os avanços científicos até agora -, não havendo previsão legal que venha



disciplinar o tópico de alienação parental e guarda na atual situação de calamidade. No cenário atual, a imparcialidade dos juízes fica por vezes renegada, devendo estes agirem com empatia e solidariedade no momento da decisão, sempre prezando pelo melhor interesse da criança.

Importante ressaltar neste ponto, um dos julgados analisados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mais especificamente no Agravo de Instrumento nº 70084139260, no qual o desembargador Carlos Eduardo Zietlow Duro reformou a decisão do magistrado de primeiro grau, entendendo que o convívio da mãe com a criança deveria perdurar mesmo em tempos de pandemia, considerando o melhor interesse e o desenvolvimento do infante. Em sede de primeiro grau de jurisdição, o magistrado havia entendido que o convívio entre a genitora e o filho poderia se dar de forma virtual enquanto perdurasse a pandemia.

Contudo, a grande maioria dos julgamentos atuais do Tribunal Gaúcho pende para a tecnologia como substituta do direito de convivência, como por exemplo, no agravo de instrumento de nº 5048085-87.2021.8.21.7000, no qual o desembargador Luiz Felipe Brasil Santos entende que:

[...] além da situação crítica causada pela pandemia de COVID-19, a situação conflituosa do casal, que se estende há muitos anos, faz com que o menino, hoje com 11 anos de idade, se recuse a conviver com pai e a atual companheira deste (a quem ele rejeita), como se pode ler no último laudo social produzido em abril próximo passado (EVENTO 16). Nesse contexto, penso que a desejável reaproximação entre pai e filho, independentemente do quadro geral de pandemia, frise-se, deva se dar no contexto de uma intermediação especializada, não sendo recomendável que se force o hoje quase adolescente a uma convivência - especialmente com a companheira do pai - por ele não desejada. Por tais fundamentos, voto por DAR PROVIMENTO ao agravo de instrumento, suspendendo temporariamente o acordo provisório firmado pelos litigantes no que toca à convivência paterno-filial, autorizando que o contato entre pai e filho se dê por meio virtual (chamadas de vídeo) todos os dias, respeitada, porém, a vontade do infante (Agravo de Instrumento, Nº 50480858720218217000, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Redator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em: 01-07-2021).

Em resumo, os interesses da crianças/adolescente é o que há de mais relevante a ser preservado, não sendo possível permitir que os pais utilizem subterfúgios para impedir a convivência com o não guardião, porquanto deve sempre ser buscada a via mais vantajosa para a formação e o desenvolvimento dos filhos, sem, contudo, descuidar das questões sanitárias, inclusive determinando a suspensão da convivência do genitor com sua filha, frente a sua resistência em não se imunizar com as vacinas disponibilizadas, como decidiu liminarmente o magistrado Dr. Dalmir Franklin de Oliveira Júnior, titular da Vara de Família da Comarca de Passo Fundo/RS, conforme foi noticiado por grandes veículos informativos no mês de setembro do ano de dois mil e vinte e um.



A grande questão é: neste cenário de calamidade pública e incertezas, qual o bem mais significativo? Promover o contato físico entre pais e filhos submetendo ambos a risco de vida ou adaptar a convivência parental para o modo virtual preservando o risco de contaminação e a convivência parental, ainda que utilizando a tecnologia como substituta da presença?

Talvez para a maioria dos casos, a solução mais sensata seria estabelecer a convivência de modo virtual, entretanto, deve-se estar um passo à frente para evitar que um dos pais se aproveite da situação de vulnerabilidade da pandemia para promover a alienação parental. O risco de contágio e o desconhecimento de antídoto para o Covid-19 têm perpassado todas as análises, e por isso torna-se argumento facilmente aceitável, disfarçando a má-fé daquele que o utiliza.

Neste cenário, diante da inexistência de situações de desigualdade entre as condições oferecidas pelos dois responsáveis legais ou perigo de contágio, não há nenhuma razão que faça com que a criança, durante o tempo de pandemia, fique impedida de conviver com seus genitores e com suas famílias extensas, evitando-se, assim, a possibilidade de violência emocional, retratada pelo abuso que é alienação parental.

Toda criança tem o direito de crescer e ser educado no seio de sua família, devendo ser resguardada, na medida do possível, a criação, a preservação e o fortalecimento de vínculos afetivos saudáveis. É imprescindível, portanto, que o aplicador do direito seja criterioso ao analisar as alegações dos genitores, para que possa buscar melhor decisão ao caso concreto, sempre visando o melhor interesse da criança.

Ainda que a pandemia seja uma ocorrência grave, o isolamento social é uma orientação, não uma obrigação, deve-se sempre tentar chegar a um acordo que garanta o direito à saúde de todos, evitando exposições desnecessárias, mas resguardando o desenvolvimento emocional pessoal do infante com ambos os pais.

É impossível definir com precisão até que ponto aqueles que se socorreram da justiça neste momento de pandemia, tinham intenções disfarçadas quanto a extinguir a convivência entre filho e genitor, como disfarce para a prática da alienação parental, no entanto, é nítido que o Tribunal do Rio Grande do Sul está atento à tais questões, preterindo e determinando a convivência do infante com um dos pais, ainda que não seja da vontade do menor – seja de forma presencial ou virtual.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa trouxe ao debate acerca da guarda e direito de convivência familiar em tempos de pandemia, em razão do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, tema este bastante corriqueiro no cotidiano das Varas de Famílias dos fóruns brasileiros no último um ano e meio, aproximadamente.

Nesse passo, procurou-se descrever os obstáculos enfrentados pelo Judiciário Gaúcho nas decisões de guarda e direito de convivência familiar durante a pandemia do Covid-19, bem como analisar as mudanças nas decisões ao longo do tempo, visando propiciar a busca pelo melhor interesse da criança e do adolescente, possibilitando a necessária convivência entre os familiares e os infantes, mesmo que de modo virtual.

Para isto, o primeiro capítulo trouxe um breve resumo sobre a guarda, os modelos de família e o direito de convivência, consagrados pela CRFB/1988, ECA/1990 e CCB/2002, até chegar a Lei 13.058/2014 abordando a evolução de tais institutos no Brasil ao longo do tempo.

A evolução histórica dos institutos familiares, a guarda e a convivência familiar, antigo direito de visitas, foi ilustrada no primeiro capítulo através da análise jurisprudencial de dois acórdãos. O primeiro tratou da decisão de guarda deferida à mãe, fundamentada apenas na condição desta ser mulher e, portanto, para os parâmetros sociais da época, com mais condições de exercer a guarda de forma unilateral.

O segundo acórdão abordado neste capítulo, por sua vez, tratou de uma decisão de guarda compartilhada, regra geral no cenário pré-pandemia, com as fundamentações calcadas na convivência necessária entre ambos os genitores e os(as) filhos(as), demonstrando então a grande mudança jurisprudencial nos institutos acima destacados.

O segundo capítulo, com o intuito de buscar respostas para o problema de pesquisa, abordou as mudanças nas decisões judiciais no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul através da análise de jurisprudência e discorreu acerca das mudanças nas decisões de guarda e o conflito entre a preferência ao direito de convivência ou ao direito à saúde em razão da vulnerabilidade e incertezas mundiais causadas pela pandemia.

Ainda, este capítulo final aborda o limiar da alienação parental e a possível má-fé dos pais ao ingressarem com o pedido de alteração do regime de guarda e convivência, utilizando a garantia da saúde como pano de fundo para a alienação parental, positivada através da Lei 12.318/2010.



Assim, com a mudança no cenário mundial atual em razão da pandemia, pode-se concluir que a guarda compartilhada - modelo ideal para a convivência salutar e necessária entre filhos e pais separados -, pode sofrer mudanças pautadas por questões sanitárias, motivadas pelo melhor interesse da criança/adolescente, como se depreende das decisões jurisprudenciais colacionadas.

Entretanto, impõe-se cautela por parte dos magistrados, Representantes do Ministério Público, Advogados e Defensores Públicos, para que não fomentem uma subliminar alienação parental praticada por um dos genitores em detrimento do outro, motivado por um luto conjugal ainda não superado ou pretensão de majoração da pensão alimentícia.

Dessa forma, cabe aos servidores da justiça buscar a melhor forma de resolver as litigâncias através dos diversos programas existentes no Judiciário Gaúcho atualmente, tais como a mediação e a conciliação, por exemplo.

Caso o conflito não possa ser resolvido sem levar à análise da justiça, cabe, portanto, ao juiz ao fim e ao cabo do processo, decidir de forma cuidadosa, prezando pelo melhor interesse da criança e do adolescente, mas sem colocá-los em risco tampouco de seus conviventes, devendo-se analisar caso a caso, frente a inexistência de uma regra geral para as decisões tomadas durante a pandemia mundial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 jun 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art4. Acesso em: 07 set 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 24 jun 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 ago 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm. Acesso em: 07 set 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 dez 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm. Acesso em: 07 set 2021.

BRASIL. **Ministério da Saúde**. SISTEMA ÚNICO DE SAUDE. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>. Acesso em: 25 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial Cível**, 1251000/MG. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 23 ago 2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100848975&dt_publicacao=31/08/2011. Acesso em: 08 set 2021.

CHAGAS, Gustavo. Liminar impede pai que recusou vacina e transmitiu Covid para filha de visitar criança no RS. **G1**. Porto Alegre/RS, 16 set 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2021/09/16/liminar-impede-pai-que-recusou-vacina-e-transmitiu-covid-para-filha-de-visitar-crianca-no-rs.ghtml>. Acesso em: 20 out 2021.

CRUZ, Elisa. Guarda e convivência em situações excepcionais: a prevalência do cuidado sobre a convivência física. In: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe. (coord). **Coronavírus: impactos no direito de família e sucessões**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 269-277.

GONZATTO, Marcelo. Linha do tempo: veja a evolução da covid-19 no mundo ao completar um ano. **Gaúcha ZH**. Porto Alegre/RS, 31 dez 2020. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2020/12/linha-do-tempo-veja-a-evolucao-da-covid-19-no-mundo-ao-completar-um-ano-ckjbv0iwx009o019w4kx1h0cd.html>. Acesso em: 23 set 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. 397 p. ISBN 978-85-02-15916-7.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; AMORIM, Ana Monica Anselmo de. Os impactos do covid-19 no direito de família e a fratura do diálogo e da empatia. In: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe. (coord). **Coronavírus: impactos no direito de família e sucessões**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 173-198.

MOURA, Líbera Copetti de; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Exercício do direito à convivência familiar em situações extremas: princípio do melhor interesse da criança e colisão de direitos fundamentais. In: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe. (coord). **Coronavírus: impactos no direito de família e sucessões**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 210.

MULTEDO, Renata Vilela; POPPE, Diana. Os limites da intervenção do estado na responsabilidade parental em tempos de pandemia. In: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe. (coord.). **Coronavírus: impactos no direito de família e sucessões**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 218-223.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e Guarda Compartilhada: Novos Paradigmas do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. 245 p. ISBN 978850263729-0.

REIS, Thiago. *et al.* Mapa da vacinação contra Covid-19 no Brasil. **G1**. São Paulo/SP, 01 nov 2021. Disponível em: <https://especiais.g1.globo.com/bemestar/vacina/2021/mapa-brasil-vacina-covid/>. Acesso em: 02 nov 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Oitava Câmara Cível). **Apelação Cível**, 50051565520198210001. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgamento: 26 ago 2021. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 08 set 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Sétima Câmara Cível). **Agravo de Instrumento**, 70084139260. Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro. Julgamento: 15 abr 2021. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 23 set 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Oitava Câmara Cível). **Agravo de Instrumento**, 50480858720218217000. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgamento: 01 jul 2021. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 23 set 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Oitava Câmara Cível). **Apelação Cível**, 70001149103. Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira. Julgamento: 31 dez 2003. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 08 set 2021.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo**. 1. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016. 496 p. ISBN 978-85-442-1138-0.

SIMÃO, José Fernando. Direito de família em tempos de pandemia: hora de escolhas trágicas. Uma reflexão de 7 de abril de 2020. In: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe. (coord). **Coronavírus: impactos no direito de família e sucessões**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 06-09.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 237 p. ISBN: 8571475059.

CAPÍTULO 21

TRATAMENTO DE INFORMAÇÕES PESSOAIS: ANÁLISE DO LIMITE LEGAL PARA O USO DE DADOS PESSOAIS PELAS INSTITUIÇÕES PRIVADAS

Rodrigo Lira

RESUMO

Dados pessoais são considerados o novo petróleo na sociedade da informação, havendo uma busca incessante pela obtenção dessas informações almejando um maior grau de assertividade na relação empresa-usuário. O objetivo deste estudo foi realizar uma análise sobre o tratamento de dados no Brasil, com base em leis nacionais e a lei europeia, em que os parâmetros analisados foram: aplicabilidade, validade e eficácia da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD); fatos geradores da norma; tratamento de dados de crianças e adolescentes; direitos dos usuários e titulares das informações e limites legais para a coleta por parte de instituições privadas. Destarte, os resultados demonstram que muitas lacunas legais surgem com a nova conjuntura social pondo em risco as informações pessoais e, conseqüentemente, a privacidade, devido ao grande fluxo de dados, carecendo de regulamentação para serem solucionados. Conclui-se, portanto, que as novas legislações no Brasil, e no restante do mundo, trazem benefícios e segurança para os titulares observando que, até então, dados eram tratados de acordo com a vontade das instituições privadas.

PALAVRAS-CHAVE: Tratamento. Dados pessoais. Lei geral de proteção de dados. Instituições privadas. Limite legal.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico das últimas décadas possibilitou a produção de uma quantidade de dados maior que em toda a história da humanidade, repercutindo conseqüências positivas e negativas. Destaca-se como positivo, o acesso à informação a qualquer momento, alta conectividade e uma socialização a nível global. Em relação às conseqüências negativas, há uma exposição extrema dos usuários das ferramentas tecnológicas em relação aos fornecedores desses serviços, ao ponto de conseguirem uma análise de informações tão particular que envolva as pessoas em verdadeiras bolhas de conteúdos relacionado ao que elas buscaram recentemente em qualquer espaço online, bem como principalmente riscos à sua privacidade.

Assim, essa grande quantidade de produção de informações, que após o tratamento tornam-se dados, resultou o movimento chamado *Data for Good*, em tradução literal “Dados para o bem”, que visa a utilização desses dados para otimizar ações de impacto social, ou seja, iniciativas apoiadas na análise de dados para trazer algum benefício à sociedade.



Entretanto, não é isso que ocorre quando se trata da maior parte das empresas privadas e a utilização das informações dos indivíduos que as fornecem por diversas razões. Hoje as informações pessoais são as engrenagens que movimentam quase todas as atividades econômicas, e nessa nova conjuntura surge o termo *data-driven-economy*, significando que a economia se move a dados, contudo, não se limita somente a questões financeiras, repercutindo também nas relações sociais, políticas e individuais do cidadão (MENEZES *et. al*, 2018).

Essa relação entre usuários/consumidores com ferramentas e serviços digitais, por ser muito recente, trouxe muitas lacunas legais, deixando o lado mais frágil dessa relação totalmente sem controle de como as instituições coletam, armazenam e tratam informações pessoais para terem mais eficácia em suas ações de marketing ou no processo de aprimoramento da ferramenta, por exemplo.

O Brasil, até 2018, não possuía nenhuma lei que abordasse de forma ampla o tratamento de informações pessoais, havia somente o Habeas Data (9.507/97), que permite o cidadão solicitar, ratificar e complementar informações e, em 2014, a Lei do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965), Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11), além de menções gerais na Constituição Federal, até que surgiu a Lei de Proteção Geral de Dados (Lei nº 13.709/18), que entrou em vigor em 2020 (MACHADO, 2018).

Diante dessas considerações, esta pesquisa, organizada na forma de um estudo bibliográfico e abordagem qualitativa, objetiva analisar os limites e a eficácia das leis que versam sobre o tratamento de informações pessoais no Brasil, distinguir até onde a utilização dessas informações podem ser consideradas aceitáveis ou abusivas, através da identificação das leis que abordam o tema no País, descrever como as organizações captam essas informações, discutir como excesso de acesso a informações impacta a vida do usuário de forma positiva e negativa e relatar casos que comprovem a vulnerabilidade da intimidade e privacidade dos cidadãos.

REGULAMENTO GERAL DA PROTEÇÃO DE DADOS (RGPD) - 2016/679

O Parlamento Europeu, impulsionado pelos escândalos de espionagem dos Estados Unidos revelados em pelo ex-funcionário da *Central Intelligence Agency* (CIA), Edward Snowden, que compartilhavam dados coletados sem permissão de outros países com países parceiros, discutiu durante quatro anos novo regulamento de privacidade digital que revoga a Diretiva 95/46/EC de 1995 (MACHADO, 2018; BIONI; MENDES, 2018).



A Lei foi aprovada no dia 15 de Abril de 2016, com um período de *vacatio legis* de dois anos para que os países membros da União Europeia (UE) adequassem ao novo contexto nacional, entrando em vigência dia 25 de maio de 2018 o Regulamento Geral de Proteção de Dados - RGPD (UNIÃO EUROPEIA, 2018).


Utilizando quatro direitos básicos como o direito de portabilidade, direito de acesso, direito ao esquecimento e direito de retificação, o Regulamento busca promover ao cidadão da UE um controle maior sobre seus dados, além de restringir como as instituições privadas podem tratar e lidar com os dados, sendo aplicável a qualquer empresa que fizer tratamento das informações dos cidadãos europeus, independente se a empresa está localizada fora do bloco europeu, não se restringindo somente aos 28 países-membros da UE.

Algumas diretrizes que surgem ou foram atualizadas são as seguintes: os usuários podem ver, corrigir ou até deletar as informações que empresas guardam sobre eles; as empresas devem coletar apenas dados necessários para que seus serviços funcionem; a coleta e uso de dados pessoais só podem ser feitas com consentimento explícito; qualquer serviço conectado tem de conceder direito ao esquecimento; informações de crianças ganham proteção especial; clientes que tiverem dados hackeados deverão ser obrigatoriamente avisados em até 72 horas; empresas devem informar com linguagem de fácil acesso sua política de proteção de dados; dados de europeus podem ser transferidos só para países com lei de proteção de dados equivalente à europeia, os considerados “porto seguro” (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Este último ponto, revela a importância de o Brasil possuir a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e de outros países possuírem normas que versam sobre a matéria, pois poderá ajudar na relação com países da UE, já que os dados estão se tornando o principal produto da sociedade contemporânea, e no desenvolvimento principalmente no setor de Tecnologia da Informação, e se for considerado “porto seguro”, não necessita seguir a norma europeia, dando autonomia no que refere-se ao tratamento de informações.

O país ou bloco econômico que não incorporasse tais padrões internacionais poderia ser penalizado com sua não inclusão no mapa global do livre fluxo de dado. Nesse sentido, a emergência de leis nacionais e regionais vieram em sua grande maioria, acompanhados de regras duras sobre transferência internacional, o que, em princípio, somente seria possível se o país destinatário tivesse um nível equivalente de proteção (BIONI; MENDES, 2018, p. 801).

Portanto, com as regras do Regulamento Geral de Proteção de Dados, empresas deverão ter cuidado além dos seus processos de tratamento, como também em casos que contratem serviços relacionados às informações, pois serão responsabilizadas pelo não cumprimento das



normas por parte dessas empresas contratadas, ressaltando que em situações de descumprimento será punido com multa de € 20 milhões ou 4% do lucro global da empresa infratora, de acordo com o art. 83 do Regulamento nº 679 de 27 de abril de 2016 (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (13.709/18) E A DEFINIÇÃO DE DADOS PESSOAIS E OS LIMITES LEGAIS SOBRE A COLETA DAS INFORMAÇÕES

Seguindo a tendência mundial iniciada com a entrada em vigor do Regulamento da União Europeia, o Brasil promulgou sua lei sobre proteção de dados pessoais. A Lei 13.709 de 2018 foi o resultado da união de Projetos de Leis (PL) já em discussão sobre a matéria de tratamento de dados, entre eles, o PL 4060/2012 apresentada na Câmara dos Deputados e o PL 5276/2016 de autoria do Poder Executivo após um debate público online promovido pelo Ministério da Justiça, que gerou um anteprojeto chegando a ser enviado pela presidente da época em caráter de urgência ao Congresso Nacional que o recebeu como PL 5276/16 (MACHADO, 2018).

Retirando o projeto do regime de urgência, foi apensado ao PL 4060/12, tramitando normalmente nas casas do Congresso sendo aprovado no Senado e sancionada pelo então Presidente interino da República como Lei Geral de Proteção de Dados, em 14 de Agosto de 2018 e publicado no Diário oficial dia 15 de Agosto do mesmo ano (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012).

Contudo, só entrou em vigor no início de 2020 em razão dos 18 meses de *vacatio legis*, expresso no art. 65 da própria Lei, para que as instituições públicas, privadas e os civis se preparem para a regulamentação até então inexistente.

As questões e problemas que circundam a exploração de dados ultrapassa a violação da privacidade, observando outras consequências à personalidade percebe-se o risco promovido pela economia movida a dados como o perigo de conceitos como a individualidade e autonomia desaparecerem, pois hodierna está claro que os controladores não buscam tratar as informações dos indivíduos de forma justa, mas sim, otimizar seus lucros e assertividade nas decisões da instituição (FRAZÃO, 2018).

Segundo o artigo 5º, inciso IV da LGPD, a definição de controlador é pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais.



Destarte, nos artigos iniciais há o cuidado de abordar sobre seus princípios e propósitos, como no artigo 2º cita fundamentos de respeito a privacidade; inviolabilidade da intimidade, honra e imagem; livre desenvolvimento da personalidade. E no artigo 6º, princípios da segurança; da transparência; da qualidade de dados, entre tantos outros. Dessa maneira, o objetivo da LGPD é conferir aos cidadãos brasileiros proteção e regulação aos diversos momentos afetados pelo tratamento de informações citada no artigo 5º, inciso X, LGPD.

Tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração (BRASIL, 2018).

Portanto, a referida lei almeja a proteção dos direitos fundamentais de liberdade como garantir o direito à privacidade e proteção de dados pessoais, que de acordo com o art. 5º, I da LGPD, significa qualquer informação que torna possível identificar uma pessoa natural, dos cidadãos ao permitir um maior controle sobre o uso de suas informações através de práticas transparentes e seguras estabelecendo regras claras sobre coleta, armazenamento, tratamento e compartilhamento de dados pessoais para as instituições públicas e privadas impedindo que se reduza a meramente ao conceito de patrimônio com o intuito de promover o desenvolvimento econômico e tecnológico numa sociedade na qual os dados se tornaram o principal produto motriz. Portanto, busca aumentar a confiança da sociedade na coleta e uso dos seus dados pessoais e conseqüentemente a segurança jurídica no que refere-se ao tratamento de dados (MENEZES; COLAÇO, 2018).

A legislação unifica as regras de forma harmônica sobre o uso de dados pessoais, independente do setor da economia, além de versar sobre a proteção das informações de crianças, adolescentes e idosos. Observa-se, então, uma inclusão digital com educação, ou seja, a regulamentação também vai servir como meio de educar toda uma sociedade que estava desamparada legalmente e culturalmente já que trata de uma situação tão recente.

Adequando o Brasil juridicamente nessa nova conjuntura social o torna apto a tratar dados oriundos de outros países o que pode ajudar a desenvolver setores de tecnologia da informação, por exemplo, além de proteger a pessoa humana da maciça extração de seus dados.

A sociedade da informação possibilita a indução ao fornecimento de informações para que possamos interagir, utilizar algum serviço ou somente concluir uma simples pesquisa é a regra, as chances de acessar aplicativos ou sites e não deixar uma digital é impossível, tornando os dados a contrapartida do amplo acesso à informação.



Perfis de personalidade que permitem classificar e discriminar os indivíduos consoante seus hábitos, características biológicas, preferências e convicções, em flagrante ameaça não só a privacidade, mas também, a própria dignidade humana (CUEVA, 2017, p. 59-67).


A Lei em análise, trata sobre uma temática muito recente, trazendo em seu texto muitos termos pouco discutido, pelo menos no âmbito geral da sociedade, portanto houve a necessidade de defini-los no artigo 5º, da LGPD.

Sendo assim, neste tópico, haverá uma breve explicação sobre o que são esses tão almejados dados, e para isso nota-se a divisão do termo em três grupos e para cada um deles uma definição. O primeiro conceito é sobre os dados pessoais, definidos como “qualquer informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável” (art.5º,I, da LGPD); a segunda explicação é sobre dados pessoais sensíveis que são sobre “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (art.5º, II, da LGPD); e, por último, a definição de dados anonimizados, relativo a “titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento” (art.5º, III da LGPD).

Porém, dados pessoais que tenham sido tornados anônimos e a pessoa não seja ou deixe de ser identificável deixam de ser considerados dados pessoais. Para que os dados sejam anonimizados a anonimização tem de ser irreversível.

Sobre a coleta, é necessário esclarecer que está englobada dentro da definição do termo tratamento cuja sua definição legal já foi exposta anteriormente, e deve respeitar o alicerce legal no art. 7º, da LGPD. Por conseguinte, vale ressaltar que a Lei 13.709/18 é relacionada à pessoa natural, ou seja, se uma empresa trata/coleta dados sobre preço de mercadorias, a lei não se aplica a esta pessoa jurídica. Todavia, as hipóteses e requisitos relacionados ao tratamento e coleta de dados pessoais são expostas no artigo 7º e 8º da LGPD, possuindo no primeiro um rol taxativo. Amplia ao art. 11, da LGPD, o processamento dos dados sensíveis, apesar de serem iguais ao dos dois artigos supra referidos (BRASIL, 2018).

Alguns dos requisitos fixos para a etapa do tratamento coleta são: mediante o fornecimento de consentimento escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular, portanto, se o titular autorizar a coleta e uso de seus dados a empresa poderá utilizá-los; coleta de dados quando há obrigação legal ou regulatória do controlador de dados, por exemplo, companhias de transporte que há necessidade de coletar as informações de seus



passageiros, apesar de não desobrigar o controlador as outras obrigações previstas em lei, como desviar a finalidade da coleta; para realização de estudos por órgão de pesquisa, garantindo a anonimização quando possível; quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados, de acordo com o art. 7º da Lei nº 13.709, 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

Sobre esta última hipótese apresentada, um exemplo para esclarecer é uma companhia aérea que mantém banco de dados dos passageiros, necessita dos dados para emissão de nota fiscal, mudança de passagem ou entrar em contato em situações de imprevistos, nesses casos não é necessário solicitar permissão para o processamento desses dados. Mas, se a companhia quiser enviar propagandas ou avisos por e-mail, aplicativos ou outro veículo de comunicação, deverá comunicar o titular e solicitar autorização, pois a finalidade do tratamento dos dados foi alterada.

Contudo, observa-se no inciso IX do art. 7º da LGPD um termo obscuro, o “legítimo interesse do controlador ou de terceiro”. A expressão termina dando margem para interpretações e brechas de possíveis justificativas quando houver algum equívoco por parte da instituição privada e, para sanar, certamente precisará da ajuda dos tribunais. Mas, apesar da obscuridade do termo, a própria lei no art. 10, apresenta balizas para o controlador impetrar seu interesse.

A NÃO APLICABILIDADE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A Lei Geral de Proteção de Dados, surge no intuito de tutelar os dados da pessoa natural dos abusos cometidos pelas empresas e mercado de consumo, pois, com tamanha conectividade, as instituições privadas passaram a ter acesso às informações mais íntimas e a processá-las como queriam. Portanto, a LGPD trata da regulação do fluxo dessas informações entre pessoas jurídicas, independente da complexidade do banco de dados, aplicável tanto os que são automatizados como para os que ainda são manuais. Não obstante, a norma traz situações que excepciona sua aplicação, pois apesar de haver coleta de dados, não há um viés mercadológico e não põe, *a priori*, risco à privacidade do indivíduo (MENEZES; COLAÇO, 2018).

Expresso no art. 4º da LGPD apresenta situações como manipulação de dados realizados por pessoa natural sem fins econômicos, pois a comunicação humana não ocorre sem a troca de informações, e se essa comunicação se apresenta no aspecto pessoal. Quando se conhece alguém é comum trocar e-mail, nome, endereço, chegando muitas vezes nos considerados dados



sensíveis como orientação sexual e religiosa, apesar disso, não será necessário a aplicação da lei, o que poderia estender bastante sua aplicação e complexidade, podendo interferir em situações muito íntimas entrando em contradição com sua finalidade. Mas, se fizer uso indevido dessas informações, poderá acarretar em danos morais e ilícito penal (MENEZES; COLAÇO, 2018).

O processamento de dados para fins jornalísticos, também está dentro da exceção de aplicabilidade direta da norma, já que considera-se uma instituição que busca o debate, a liberdade de expressão e a transmissão da verdade, e por isso, não poderia haver algum tipo de censura ou limitação para atuação desses profissionais, entretanto, exige-se uma atividade verdadeira, sem inclinações pessoais ou ideológicas, mantendo sempre a idoneidade da informação transmitida. Um exemplo são os jornalistas esportivos, que preparam matérias sobre os atletas, abrangendo o desempenho e suas características físicas, como número de chutes a gols, quantidade de gols marcados por determinado atleta, idade, altura, peso, distância percorrida no campo. Ainda que informações como estas sejam consideradas dados pessoais e as conclusões obtidas pelo jornalista sejam resultado de tratamento, não há necessidade de aplicação da LGPD, pois a finalidade é somente informativa.

Porém, se um portal de notícias analisa seus visitantes e desenvolve padrão de consumo, tempo médio de permanência online, tipo de conteúdo pesquisa, essas informações passam a possuir alto valor e importância de mercado, pois podem direcionar as empresas ao que apresentarem online para aquela pessoa. Sendo assim, situações como esta, mesmo estando relacionada ao jornalismo, devem se submeter às normas da LGPD.

O tratamento para fins acadêmicos também está excluído da regulamentação, tendo sua autonomia para o desenvolvimento de conhecimento, pesquisas e manifestação de pensamento assegurada pela Constituição Federal, segundo o art. 218, CF/88. Apesar de ficar de fora da aplicação dessa norma, o controle e a fiscalização no ambiente acadêmico ocorre pelos comitês de ética, sem a necessidade de uma matéria especial para controle de pesquisas (BRASIL, 1988).

TRATAMENTO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES SEGUNDO A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Uma das novidades que a LGPD trouxe foi a preocupação com as informações das crianças e adolescentes, através de dispositivos para resguardar esses dados e com o auxílio dos pais o país busca conseguir tratar de forma mais responsável esse tipo de informação já que




desde muito jovens possuem uma independência tecnológica. Segundo a Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), define que criança pessoa de até 12 anos de idade incompletos e adolescente, aquela entre 12 e 18 anos, para isso, no art. 14 da LGPD traz o regulamento de como e quando as empresas poderão ter acesso aos dados destes (BRASIL, 2018).

Sendo assim, os pontos primordiais são o consentimento do responsável, pois os menores 16 anos são civilmente incapazes e a partir dos 16 até os 18 anos são relativamente incapazes em alguns atos da vida civil de acordo com o código civil (10.406/2002), e o termo “em seu melhor interesse”, que deve ser observado como premissa básica de qualquer ação que visa a proteção desse público. Ou seja, qualquer orientação ou decisão envolvendo tais sujeitos deve levar em conta o que é melhor e mais adequado para a satisfação dos seus anseios, podendo sobrepor, inclusive, aos interesses dos pais. São esses dois raciocínios que irão reger o tratamento de dados dos menores (BRASIL, 2018).

Nessa questão do consentimento surge um problema, que é como o controlador irá identificar que o consentimento realmente foi dos responsáveis? Para isso, a legislação impõe que as empresas mantenham as informações pública sobre os tipos de dados coletados, a forma de utilização e os procedimentos, para o exercício dos direitos previstos no artigo 18 da LGPD, que traz um rol de direitos do titular de dados, ou no caso, do responsável pelo titular, além de estabelecer que o controlador deverá utilizar todos os meios tecnológicos disponíveis para confirmar que quem forneceu a autorização foi o responsável. Um exemplo dessa tecnologia que pode ser usada são como as *Fintechs* que solicitam uma foto com a identidade para comprovar que é realmente a pessoa que está solicitando o cartão ou a abertura de conta.

Todavia, no Direito sempre há exceções e na referida lei não seria diferente. As empresas/controlador poderão coletar dados pessoais de crianças sem o consentimento quando a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal ou para sua proteção, entretanto só poderão ser utilizados uma única vez, sem armazenamento e veda de forma absoluta o repasse a terceiro sem consentimento (BRASIL, 2018).

No parágrafo 4º da LGPD, traz um ponto muito importante no que se refere a crianças e adolescentes, que as empresas não deverão condicionar a participação das crianças em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de dados pessoais, além das que sejam estritamente necessárias à atividade. Não obstante, quais informações seriam estritamente necessárias para um jogo? E quais outras atividades são essas? Se estiver referindo



a *Facebook*, *Twitter*, *Instagram*, *Spotify*, se torna ainda mais complexo definir quais dados são necessários, já que são empresas como estas que traçam perfis completos de seus usuários, desde os locais que frequentam até perfil de compra. Mais um ponto na Lei que precisará do auxílio das pacificações dos tribunais.

Por fim, para que a criança e o adolescente junto com seus pais ou responsáveis deem a autorização tão almejada pelos controladores, as informações sobre o tratamento deve está de forma clara e simples, levando em consideração que hoje ninguém lê aqueles textos imensos com letras minúsculas, portanto, o que a lei visa é transparência e cuidado com esse grupo especial de titulares de dados.


DIREITOS DOS TITULARES DOS DADOS PESSOAIS

A nova Lei, apesar de versar sobre tantos deveres para os controladores também traz direitos aos donos dessas informações, destarte, dedica o capítulo III da LGPD para abordar que direitos são esses. Ressalta-se que no decorrer da Lei pode ser observado uma série desses direitos.

O *start* desses direitos é a requisição, portanto, a partir da solicitação por parte do titular a empresa acionada deverá permitir o acesso à confirmação da existência de tratamento e, por consequência, acesso a todos seus dados pessoais que estão sendo coletados e tratados. Nesse momento, se o titular observar algum erro, há possibilidade de retificação de informações incompletas, equivocadas e desatualizadas e se preferir, excluir, cancelar ou revogar seu consentimento para o processo de tratamento de suas informações (BRASIL, 2018).

Direito a oposição, ou seja, o dono tem o direito de se opor a quaisquer tratamentos e informações que não estejam em conformidade com a lei, assim como as decisões automatizadas que afetem seus interesses, como decisões destinadas a definir seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade, e o direito a explicação, no qual, titular dos dados tem direito a receber informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados pelo controlador para a tomada de decisão com base em tratamento automatizado de dados pessoais e também o direito à portabilidade, que consiste na possibilidade de transferência das informações para outro controlador, independente das razões, bastando somente o titular desejar.

Sendo assim, nota que a Lei tenta transformar os processos originados no consentimento o mais transparente possível, possibilitando a qualquer momento acessos, correções e exclusão



caso seja desejo do titular. Entretanto, há necessidade de uma fiscalização por conta do indivíduo do que está sendo feito com seus dados a partir do fornecimento.

DO TÉRMINO DO TRATAMENTO DE DADOS DE ACORDO COM A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

O tratamento de dados pessoais, independente de serem sensíveis ou não, não é um processo que ocorre para sempre, havendo um início que ocorre no momento do consentimento, o meio que são os momentos de classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição e um fim, abordado no art. 15 e 16 da LGPD (BRASIL, 2018).

A importância de se ter previsão legal para o fim desse tratamento, é para que as informações dos cidadãos não fiquem sob posse dos controladores *ad eternum*, estando sujeitas a vazamentos ou comercialização sem consentimento. Versar sobre hipóteses de término, coaduna com o princípio gerador da norma que põe os dados pessoais na tutela de terceiros para um fim específico e, após essa finalidade ser atingida, há o término do tratamento.

Outra hipótese trazida na regulamentação é através do consentimento por prazo determinado, que terminando o prazo, o terceiro possuidor das informações é obrigado a excluir tudo que possui do titular. Se desejar prosseguir com o tratamento, há necessidade de um novo pedido de consentimento. Ficando claro o protagonismo do titular, a Lei prevê que basta uma solicitação do mesmo para o fim do trabalho com seus dados, salvo se houver interesse público nos trâmites em relação a essas informações (BRASIL, 2018).

Por fim, se a empresa estiver tratando de forma ilegal, certamente, necessitará finalizar o processo e pagará uma multa aplicada pela Agência Nacional Reguladora, que ainda será definida e criada, pois teve seus artigos de criação revogados na LGPD. De forma geral, o término de tratamento se dá com a exclusão das informações pessoais.

FACEBOOK E CAMBRIDGE ANALYTICA VIOLAM ACESSO A DADOS PESSOAIS

Um dos casos mais famosos sobre desvio de finalidade da utilização de informações pessoais, a empresa de marketing político *Cambridge Analytica* utilizou um teste de personalidade gratuito na rede social *Facebook* em 2014 para obter cerca de 50 milhões de perfis psicográficos dos usuários sem permissão para serem utilizados em campanhas pró *Donald Trump* e pró *Brexit*. (MENEZES; COLAÇO, 2018).

As informações foram coletadas através de um aplicativo chamado *this is your digital life* criado pelo Aleksandr Kogan, na qual, os usuários que concordavam com os termos e




condições do teste acreditavam estar fornecendo suas informações para uso acadêmico. Entretanto, além de coletar os dados dos participantes do teste, coletavam também dos amigos na rede social, o *Facebook* permitia essa coleta de terceiros apenas para melhorar a experiência do usuário, desta forma alcançou a quantidade de mais de 80 milhões de dados pessoais que seriam usados para direcionar os anúncios políticos para as pessoas com mais chances de serem impactadas com a propaganda (THE GREAT Hacker. Produção: Karim Amer, Pedro Kos, Geralyn Dreyfous, Judy Korin. NETFLIX, 2019. Documentário. Duração, 2h 19min).

Após o escândalo ser revelado pelo ex-funcionário da consultora política, o *Christopher Wylie*, ambas as empresas foram julgadas e condenadas. O *Facebook* foi condenado a pagar US\$ 5 bilhões mais ajustes em suas políticas de tratamento de dados como aplicativos sem uso por mais de três meses perderão, automaticamente, acesso ao *Facebook*, aplicativos que solicitam informações do *Facebook* para fazer login somente poderão acessar nome, fotografia de perfil e endereço de e-mail. Porém, a *Cambridge Analytica*, declarou insolvência, quando uma empresa é incapaz de arcar com suas dívidas, no Reino Unido, e pediu falência em algumas das afiliadas dos Estados Unidos (THE GREAT Hacker. Produção: Karim Amer, Pedro Kos, Geralyn Dreyfous, Judy Korin. NETFLIX, 2019. Documentário. Duração, 2h 19min).

DECOLAR.COM OFERTA PREÇOS E VAGAS BASEADO NA ANÁLISE DOS DADOS DE LOCALIZAÇÃO

Decolar.com, empresa de *e-commerce* de passagens aéreas e pacotes turísticos, é a filial brasileira da empresa argentina Despegar, maior Agência de Viagens da América Latina. O nome "Decolar" é a tradução literal da palavra "despegar", em espanhol, que é o movimento de uma aeronave alçar voo.

Contudo, no dia 25 de Janeiro de 2018, foi ajuizada uma ação contra a empresa pelas práticas de *geo-blocking* e de *geo-pricing*: o bloqueio da oferta e a precificação diferenciada de produtos com base na geolocalização do consumidor. A conduta da Decolar.com viola dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, em especial o artigo 6º, III relativo à informação clara sobre os produtos e serviços, que é subtraída dos usuários, de forma incompatível com a boa-fé objetiva. Tratando-se de discriminação em virtude da localização geográfica dos consumidores, que, mediante manipulação de informações, infringe ainda o Marco Civil da Internet, que prevê a neutralidade da rede e aos princípios e normas da LGPD exposto nos capítulos anteriores, contudo esta ainda não está vigorando.



A empresa foi condenada com multa de 7,5 milhões de reais, de acordo com a nota técnica Nota Técnica n.º 92/2018/SP do processo nº 08012.002116/2016-21 do Ministério da Justiça (BRASIL, 2018).

MOVIMENTO *DATA FOR GOOD* - TRATAMENTO DE DADOS PARA O BEM COMUM

Criado por cientistas de dados dos Estados Unidos, o movimento é uma convocação para que empresas privadas, terceiro setor e governos possam se apropriar de dados disponíveis e usá-los, de forma ética e responsável, para causar impacto social e enfrentar os principais desafios da humanidade. Segundo Yuval Harari, autor do *best-seller* 21 lições para o século 21, diz que quem possuir grande quantidade de dados, serão os donos do futuro (HARARI, 2018).

Portanto, a mesma revolução social, tecnológica e mercadológica e que está fazendo surgir empresas que querem a todo custo acesso aos dados pessoais para terem o novo petróleo sob seu domínio, há também movimentos que buscam utilizar o tratamento dessas informações para um desenvolvimento benéfico, transparente e sustentável da sociedade.

O movimento *data for good* é regido pelo conceito e princípio de utilização dos diversos dados que o usuário deixa enquanto navega online, destarte, é um movimento intersensorial, ou seja, com vários perfis acadêmico, profissionais e sociais, com o intuito de orientar ações sociais por evidência de dados. Iniciativas *Data for Good* são eventos, hackathons, projetos, comunidades ou plataformas que visam aliar Big Data a impacto socioambiental positivo. Sendo assim, ser visto como uma alternativa a se trabalhar com um fluxo tão grande de informações, pois, em detrimento de utilizá-los somente para um consumo excessivo decorrente da sociedade capitalista, valer-se da nova conjuntura social, a da informação, para buscar iniciativas que tentem solucionar problemas e como consequência terem lucro (TIMMS; HEIMANS, 2019).

Já há algumas ações sendo implementadas tanto no Brasil como ao redor do mundo. O Mapa de Desastres do *Facebook* mostram onde estão localizadas as populações afetadas por desastres e como estão se movendo. Todos os dados são desidentificados, ou seja, não se conectam ao nome de uma pessoa ou a qualquer outra informação de identificação para proteger a privacidade individual. Após um desastre, o Mapa de Desastres compartilha informações em tempo real com as equipes de resposta, ajudando-as a determinar coisas como se as comunidades têm acesso a redes de energia e celular, se foram evacuadas e quais serviços e suprimentos eles mais precisam.



No Brasil, há o projeto Serenata de Amor, um projeto de tecnologia que usa inteligência artificial para auditar contas públicas e auxiliar no controle social. A ideia surgiu do cientista de dados Irio Musskopf, como forma de participar ativamente do processo democrático, fiscalizando os gastos públicos. Focada em fiscalizar, com auxílio de tecnologia, os reembolsos efetuados pela Cota para Exercício da Atividade Parlamentar (CEAP) – verba que custeia alimentação, transporte, hospedagem e até despesas com cultura e assinaturas de TV dos parlamentares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que foi apresentado, possibilitou uma análise de como ocorreu todo o processo de desenvolvimento da busca pela proteção dos dados, desde alguns fatos geradores como escândalos por falta de responsabilidade de grandes empresas com as informações pessoais até a criação das primeiras leis específicas, como o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), da União Europeia, e a Lei Geral de Tratamento de Dados (LGPD), do Brasil. Além disso, também permitiu uma pesquisa para obter informações mais consistentes sobre as etapas do tratamento de dados dentro do território nacional, por parte dos controladores, definidas dentro do limite de atuação trazidos pela nova lei.

Por conseguinte, conclui-se, que as instituições privadas fazem uso de dados para traçar perfis e padrões com o máximo de detalhes e personalizar a navegação do usuário na internet, transformando assim os dados no produto mais valioso de uma sociedade consumista e ultra conectada; a sensibilidade dos dados e a falta de leis e fiscalização eficaz está pondo fim ao conceito de privacidade; a falta de transparência no tratamento de informações pessoais deixa o usuário refém de aplicativos, sites e rede sociais.

Dessa maneira, a legislação exposta anteriormente acarretará em soluções legais para essas situações que põe o usuário em risco. Mesmo assim, ainda há um caminho árduo a ser percorrido no que refere-se a dados, pois apesar de a lei ter entrando em vigor em um momento de pleno crescimento desse formato mercadológico, as mudanças no mundo digital ocorrem de forma abrupta, que fez gerar mais dados nas últimas décadas que em toda a história da humanidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código civil brasileiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2019.

_____. **Estatuto da criança e do adolescente.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional do Consumidor. **Nota técnica nº 92/2018/CSA-SENACON/CGCTSA/GAB-DPDC/DPDC/SENACON/MJ/SP.** São Paulo: Ministério da Justiça, 18/06/2018. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/SENACON/SENACON_NOTA_TECNICA/SENACON%20DECIS%C3%83O%20geo%20pricing%20e%20geo%20blockin g%20multa.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

COTS, Márcio. **Lei geral de proteção de dados pessoais comentada.** São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. **A insuficiente proteção de dados pessoais no Brasil.** Revista de direito civil contemporâneo, 2017. v. 13.

FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro.** São Paulo, SP: Thomson Reuters Brasil, 2019.

HARARI, Yuval Noah. **21 Lições para o século 21.** 1. ed. São Paulo, SP: Editora Companhia das Letras, 2018.

JÚNIOR, Marcos Ehrardt; LOBO, Fabíola Albuquerque. **Privacidade e sua compreensão no direito brasileiro.** Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MACHADO, Joana de Moraes Souza. **A Tutela da privacidade na sociedade da informação: a proteção de dados pessoais no Brasil.** 1. ed. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

THE GREAT Hacker. Direção: Karim Amer, Jehane Noujaim. Produção: Karim Amer, Pedro Kos, Geralyn Dreyfous, Judy Korin. Roteiro: Karim Amer, Erin Barnett, Pedro Kos. 2019. Documentário (2h 19min).

TIMMS, Henry; HEIMANS, Jeremy. **Novo poder: Como disseminar ideias, engajar pessoas e estar sempre um passo à frente em um mundo hiperconectado.** 1.ed. Rio de Janeiro, RJ: Editora Intrinseca Ltda, 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento nº 679 de 27 de abril de 2016.** Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/ALL/?uri=CELEX:32016R0679>>. Acesso em: 15 set. 2019.

CAPÍTULO 22

OS IMPACTOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NAS EMPRESAS

Fábio José de Souza
Vanessa Aparecida Candido

RESUMO

A Lei 13.709/2018, mais conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), trouxe uma regulação de como os dados pessoais devem ser tratados, por parte das empresas e dos profissionais autônomos, a fim de garantir a liberdade e o direito das pessoas naturais, no que diz respeito a utilização de seus dados, bem como a aplicação de sanções administrativas, pela Autoridade Nacional da Proteção de Dados (ANPD). O objetivo do presente estudo foi apresentar alguns aspectos relevantes da LGPD, além dos impactos gerados pela lei, na atividade desenvolvida pelas organizações. A metodologia utilizada para a realização do trabalho foi a pesquisa bibliográfica, de caráter qualitativo, visando responder à questão central deste estudo. Sendo assim, o artigo foi estruturado em quatro etapas, que consistiram na busca de fontes acadêmicas, levantamento bibliográfico e fichamento de obras de vários autores, que versam sobre o assunto em questão. Por fim, a reflexão da necessidade de ampliação da discussão e adequação das empresas à LGPD, não somente com o intuito de cumprir a lei, mas, sobretudo, pela preocupação com os dados pessoais e os direitos dos titulares.

PALAVRAS-CHAVE: Adequação; *Compliance*; Dados; Lei Geral de Proteção de Dados; LGPD.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.709/2018, denominada como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), foi sancionada em 14 de agosto de 2018, com o objetivo de proteger o direito de liberdade e privacidade das pessoas naturais, que são os titulares de dados, além de regular a forma em que os dados pessoais são utilizados pelas empresas, públicas ou privadas e, profissionais autônomos.

Entretanto, a vigência da lei foi dividida em dois momentos, sendo que em setembro de 2020 entrou em vigor e, as sanções administrativas previstas na legislação somente a partir de 1º de agosto de 2021. Tal movimento foi alvo de diversas discussões por parte dos parlamentares, considerando o atual cenário empresarial e em virtude da pandemia de COVID-19, as organizações teriam dificuldades para se adequarem e cumprirem a LGPD e precisariam de mais tempo. Por outro lado, havia a compreensão de que, como a LGPD já estava sancionada desde agosto de 2018, as empresas já deveriam estarem adequadas, com as exigências da lei.



Desta maneira, observa-se que, atualmente, a adequação foi realizada por parte das grandes empresas, inclusive considerando-se os negócios realizados com outros países, em que se submetem à legislação de proteção de dados externa, no caso da União Europeia, há o Regulamento Europeu sobre a Proteção de Dados, o General Data Protection Regulation (GDPR).

Assim, é importante destacar que a LGPD deve ser cumprida por todas as empresas, integralmente, independentemente de seu porte, o que gera impacto, especialmente, à pequenas e médias empresas, que por vezes, podem não ter o conhecimento sobre a lei e serem surpreendidas ao negociarem com organizações de grande porte, por exemplo, as quais exigem que a cadeia de fornecedores estejam sempre em *compliance*.

Diante do exposto, o presente estudo apresentou o seguinte questionamento:

Qual o impacto da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) nas pequenas e médias empresas?

Objetivou-se neste trabalho, apresentar alguns aspectos relevantes da LGPD, demonstrar sua importância no contexto empresarial, bem como quais os impactos gerados pela lei, na atividade desenvolvida pelas organizações.

Justificou-se a escolha do presente estudo, tendo em vista que a Lei Geral de Proteção de Dados trata-se de um tema recente, no âmbito das empresas nacionais, que, ainda, é pouco discutido, porém, de extrema relevância, uma vez que a LGPD é a legislação específica a disciplinar sobre o tratamento de dados pessoais das pessoas naturais.

O presente estudo foi estruturado em cinco seções, a primeira sendo a introdução do tema; a segunda seção, que consiste na fundamentação teórica, sobre os assuntos pertinentes à LGPD, que foram divididos em subseções, para maior aprofundamento do tema; na terceira seção foi descrita as etapas metodológicas da pesquisa; já a quarta seção, ficaram demonstradas a análise e discussão dos dados localizados e, por fim, na quinta seção, com as considerações finais a respeito do trabalho realizado.

REFERENCIAL TEÓRICO

Num primeiro momento, é imprescindível apresentar os principais aspectos que orientam a LGPD, a respeito do tratamento de dados, quais dados são protegidos, princípios da lei, bases legais, direitos dos titulares, encarregado de dados, sanções administrativas entre outros.



A LGPD define tratamento de dados como:

toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”. (BRASIL, 2018).

Sendo assim, o tratamento de dados compreende todos os procedimentos realizados com dados pessoais, do início ao fim. Desta forma, mesmo que a organização atue no segmento de B2B (*Business-to-Business*), no qual seus clientes são pessoa jurídica, poderá tratar dados de seus colaboradores e/ou prestadores de serviço autônomos.

Neste sentido, torna-se necessário conceituar quais são os dados protegidos pela lei. A LGPD os divide em dados e dados sensíveis. Dados são todos aqueles capazes de identificar alguém direta ou indiretamente, por exemplo: nome, endereço, documentos pessoais, número de telefone, entre outros. Já os dados sensíveis são aqueles que podem gerar discriminação para seu titular, como por exemplo, a orientação sexual, opinião política e religiosa, bem como informações relacionadas à saúde de determinada pessoa (BRASIL, 2018).

Destaca-se que, a Lei Geral de Proteção de Dados, está diretamente ligada à Constituição Federal de 1988, onde já está previsto no artigo 5º, inciso X, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;” [...]. (BRASIL, 1988). Da mesma forma, no artigo 5º, inciso XII, “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas” [...]. (BRASIL, 1988, grifo nosso). Nesta esteira de raciocínio, Moraes (1998, p. 76) A inviolabilidade do sigilo de dados (art. 5º, XII) complementa a previsão ao direito à intimidade e vida privada (art. 5º, X), sendo ambas as previsões de defesa da privacidade [...].

Para fins de definição e melhor compreensão sobre os aspectos da lei, os agentes de tratamento, mencionados na LGPD são: controlador e operador. O controlador, conforme artigo 5º, inciso VI é a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;” e operador, conforme artigo 5º, inciso VII é a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador; [...]”. (BRASIL, 2018).

A respeito dos princípios da LGPD, em seu artigo 6º, é importante ressaltar os seguintes: finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, transparência, segurança, prevenção e responsabilização ou prestação de contas. (BRASIL, 2018).



O princípio da finalidade, conforme Maldonado e Blum (2021), diz respeito a limitação da utilização dos dados, os quais somente poderão ser tratados da maneira em que foi informada ao titular, sem haver desvios neste tratamento. Quanto à adequação, “[...] está vinculado ao da finalidade, pois prevê que o tratamento de dados pessoais somente pode ser realizado quando houver compatibilidade com as finalidades informadas ao titular [...]” (MALDONADO; BLUM, 2021).

Entretanto, o princípio da necessidade está diretamente ligado com a forma em que a coleta dos dados é realizada e com as informações que são realmente necessárias para concretizar tal atividade de tratamento, para que não haja excesso, nesse sentido. (BRASIL, 2021).


O princípio do livre acesso garante aos titulares de dados o direito de questionar como os seus dados estão sendo tratados, pelo agente de tratamento (MALDONADO; BLUM, 2021).

Os princípios da segurança, da prevenção e da responsabilidade, ou prestação de contas, também são bastante próximos. Isso porque o primeiro visa a evitar situações ilícitas, ao passo que o segundo pretende evitar o dano à pessoa por causa do tratamento inadequado dos dados pessoais. [...]. (TEPEDINO *et al.*, 2019).

Portanto, a segurança também contempla a segurança da informação, contemplando medidas técnicas e/ou administrativas, que possam mitigar riscos, sejam humanos ou técnicos. Quanto ao princípio da transparência, o mesmo destaca-se, uma vez que toda atividade de tratamento deve ser pautada na transparência e boa-fé, sem haver a intenção de ocultar informações ou compartilhamento indevido de dados, por exemplo.

No artigo 7º da LGPD, constam todas as possibilidades (bases legais) para o correto tratamento de dados, pelas empresas, por exemplo: consentimento do titular, cumprimento de obrigação legal, execução de contratos em que o titular for parte, exercício de direito em processos judiciais, proteção ao crédito, entre outras (BRASIL, 2018).

É relevante anotar que, as empresas precisam conhecer seus processos internos, bem como em quais atividades os dados pessoais são utilizados, para que possam justificar o tratamento dos dados com a base legal mais adequada e, não se prenderem somente ao consentimento do titular. Também cabe observar que, mesmo que a atividade de tratamento não necessite do consentimento expresso, a organização deve agir com transparência, para com os titulares, informando quais os tratamentos realizados e suas finalidades. Entretanto, caso o consentimento seja a justificativa para a atividade de tratamento, o mesmo não poderá ser



genérico ou com intenção de enganar o titular, uma vez que ele será considerado nulo (BRASIL, 2018).

Com o advento da LGPD, os titulares de dados possuem diversos direitos assegurados. Entre eles, confirmação da existência de tratamento, acesso aos dados, correção dos dados, anonimização, bloqueio ou anonimização de dados desnecessários, portabilidade de dados a outro fornecedor, eliminação dos dados tratados pelo consentimento, entre outros (MALDONADO; BLUM, 2021).

Diante disso, as organizações necessitam criar um meio, para que os titulares de dados possam exercer seus direitos, sem maiores dificuldades, de maneira clara e efetiva, haja vista que a legislação estabelece o prazo de 15 dias, para atendimento às solicitações.

A LGPD, seu artigo 5º, inciso VIII, traz a figura do encarregado de dados, conhecido também como DPO (*Data Protection Officer*), sendo “pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)” (BRASIL, 2018).

Para Maldonado e Blum (2021), as funções do encarregado de dados estão muito além do que estabelece a lei, pois possui responsabilidades que podem ser atribuídas pelo controlador, inclusive orientação dos colaboradores, bem como a responsabilidade de prestar esclarecimentos, acompanhar às solicitações dos titulares e adotar os procedimentos necessários, assegurar que os projetos empresariais estejam em conformidade com a proteção de dados.

Além de todos os aspectos mencionados, a LGPD em seu artigo 52, estabelece as sanções administrativas, sendo que sua aplicação é de competência da Autoridade Nacional da Proteção de Dados (ANPD), as quais estão vigentes desde 1º de agosto de 2021.

Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional: [...]

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;

III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II;

IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;

V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;

VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração;

[...]



X - suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador; [...]

XI - suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período; [...]

XII - proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados. [...]. (BRASIL, 2018).

Maldonado (2021, p. 394) esclarece que:

Note-se, desde já, que o valor de R\$ 50 milhões é um subteto ao teto de 2% (dois por cento) proposto, ou seja, pode-se aplicar multa de até 2% sobre o faturamento líquido do agente de tratamento, mas, quando esse percentual, em face de avolumado faturamento, for superior a R\$ 50 milhões, reside aí o segundo limite para a penalidade pecuniária (MALDONADO, 2021, p. 394).

Diante das sanções previstas, torna-se importante destacar que, além das multas, a sanção de publicização da infração pode afetar a imagem e a reputação da empresa infratora, perante o mercado, clientes e concorrentes, o que gera impactos negativos. Entretanto, as sanções referentes ao bloqueio, eliminação, suspensão e a proibição do tratamento de dados, inviabiliza os negócios empresariais, o que certamente acarreta prejuízos para a atividade desenvolvida ou, até mesmo, no fechamento da organização.

Portanto, as organizações necessitam se adequar às exigências da lei, a fim de assegurarem o correto tratamento dos dados, preservando os direitos dos titulares, garantindo a segurança da informação, assim, evitando a ocorrência de denúncias e sanções na Autoridade Nacional, além de possíveis reparações de danos, decorrentes de processos judiciais.

DISCUSSÃO

Diante do exposto, cabe mencionar um caso prático, em que a proteção dos dados foi priorizada, impedindo o compartilhamento de dados com terceiros, quando o Supremo Tribunal Federal (STF), decidiu suspender a eficácia da MP 954/2020, uma Medida Provisória que obrigava operadoras de telefone a compartilhar seus cadastros de clientes com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021).

Portanto, a Lei Geral de Proteção de Dados exige das empresas uma mudança de postura, frente à utilização dos dados, o que envolve a organização como um todo. Assim como todo e qualquer projeto, a adequação à LGPD requer mudança da cultura organizacional, o que pode se tornar um desafio, haja vista ser uma legislação recente, que ainda é pouco discutida no contexto de pequenas e médias empresas.

Atualmente, observa-se que grandes empresas se adequaram ou estão se adequando, o que impacta diretamente as menores, uma vez que, a preocupação com a proteção de dados se



estende na cadeia empresarial, exigindo nova postura e garantias de que a legislação está sendo cumprida, o que faz parte dos valores da organização, atingindo diretamente a relação comercial existente, caso as pequenas e médias ainda não estejam adequadas.

Entretanto, também deve ser lembrado que com os direitos dos titulares, as empresas passam a ter demandas por parte deles, o que requer celeridade e atenção, pois cria-se um novo processo dentro da organização, com o fluxo de solicitações, sendo necessário haver um responsável, para que os atendimentos sejam realizados dentro do prazo estabelecido em lei.

Neste sentido, é relevante que as organizações, por menor que sejam, busquem auxílio de profissionais capacitados, para que a adequação seja realizada, observando todos os critérios contidos na LGPD, documentos obrigatórios, revisão de contratos, verificação da segurança da informação, para que, assim, não haja rompimento de contratos com parceiros, problemas com os titulares de dados, bem como denúncias que possam ser feitas.

Para que todo esse processo seja efetivo, é importante compreender que a organização precisa estar em sintonia, desde a alta administração, lideranças e colaboradores, uma vez que todas essas mudanças podem gerar resistência, pois segundo Carvalho (2015),

Os processos de mudança podem gerar no indivíduo expectativas positivas e/ou negativas. No contexto das organizações de trabalho não é diferente, porque é exigida às pessoas a capacidade de se adaptar às novas estruturas surgidas em decorrência de transformações que acontecem continuamente, que podem ser favoráveis ou não ao empregado (CARVALHO, 2015).

Para Srour (2012), as mudanças permitem que haja um grande conflito entre as culturas organizacionais, seja na adoção de novas práticas institucionais, novas formas de gerenciamento, ou até mesmo, a alteração de processo produtivo, uma vez que os colaboradores tendem a resistir, como consequência do “choque cultural”.

Neste sentido, a existência de uma conscientização prévia, possibilita uma adequação mais efetiva, haja vista que os colaboradores compreenderão a importância da mudança e seu papel dentro desse contexto.

METODOLOGIA

A pesquisa, segundo Marconi e Lakatos (1988, p. 148) “[...] é um procedimento formal, com método de pensamento reflexivo, que requer um tratamento científico e se constitui no caminho para conhecer a realidade [...]”, sendo estes métodos um conjunto de atividades que permitem alcançar o objetivo desejado.



Para o presente estudo, foi realizada a pesquisa exploratória, na qual a principal finalidade é o aprofundamento do pesquisador no tema escolhido. De acordo com Gil (1999), a pesquisa exploratória consiste, principalmente, no desenvolvimento ou até mesmo a modificação de algum conceito, fazendo com que sejam geradas hipóteses a serem trabalhadas em estudo futuro.

O método de pesquisa utilizado é o qualitativo, apoiando-se em técnicas de coleta de dados, também quantitativas. De acordo com Oliveira (2005, p. 41), a pesquisa qualitativa trata-se de “um processo de reflexão e análise da realidade através da utilização de métodos e técnicas para compreensão detalhada do objeto de estudo em seu contexto histórico e/ou seguindo sua escrituração”.

Para atingir os objetivos propostos neste estudo, foi utilizada a coleta de dados secundários, como o fichamento de livros, artigos e dissertações. Segundo Andrade (2010), aponta que “As fontes secundárias referem-se a determinadas fontes primárias, isto é, são constituídas pela literatura originada de determinadas fontes primárias e constituem-se em fontes das pesquisas bibliográficas”.


Por fim, para a viabilidade do estudo, houve um levantamento bibliográfico sobre o conceito e aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante desta nova realidade, as empresas devem realizar suas atividades com a conduta mais correta, não somente para o cumprimento da legislação ou de uma exigência de mercado, mas sim, pelo compromisso com seus *stakeholders* e com a sociedade.

Nesta linha de pensamento, fica evidente a relevância das empresas estarem adequadas, nos termos do que preconiza a Lei Geral de Proteção de Dados, independentemente de seu porte, uma vez que todas as organizações são impactadas com tais mudanças, que vieram para ficar, pela referida lei.

Por outro lado, torna-se de fundamental importância a ampliação dos debates sobre o assunto, em sintonia com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), possibilitando maior efetividade e disseminação da importância da área empresarial respeitar os titulares de dados, fortalecendo suas atividades, cada vez mais pautadas pelos elevados padrões éticos.



Assim, a cultura da privacidade dos dados será fomentada e inserida de maneira mais ampla em cada atividade desenvolvida, pelas organizações, respeitando, conseqüentemente, a dignidade do titular de dados.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, M. M. **Introdução à metodologia do trabalho científico**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 27 ago. 2021.

CARVALHO, P. S. Cultura e mudança organizacional: compreendendo o indivíduo na organização. **Psicologia.pt: o portal dos psicólogos**, [s.l.], p. 1-17, 12 jul. 2015. Disponível em: <https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0893.pdf>. Acesso em: 05 out. 2019.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MALDONADO, V. N. (coord.). **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados: Manual de Implementação**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

MALDONADO, V. N.; BLUM, R. O. (coord.). **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 1988.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Técnicas de pesquisa**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1998.

OLIVEIRA, M. M. **Como fazer pesquisa qualitativa**. Recife: Bagaço, 2005.

SROUR, R. H. **Poder, cultura e ética nas organizações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF suspende compartilhamento de dados de usuários de telefônicas com IBGE**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902>. Acesso em: 27 ago. 2021.

TEPEDINO, G. et. al. (coord.). **Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais e as repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

www.editorapublicar.com.br
contato@editorapublicar.com.br
@epublicar
facebook.com.br/epublicar

DIREITO:

Diálogos e pesquisas sobre
temas contemporâneos

Roger Goulart Mello
Organizador



2022

www.editorapublicar.com.br
contato@editorapublicar.com.br
@epublicar
facebook.com.br/epublicar

DIREITO:

Diálogos e pesquisas sobre
temas contemporâneos

Roger Goulart Mello
Organizador



2022