

ESMAPE

Escola Judicial de Pernambuco

online

Volume 1 – Número 2 julho a dezembro 2022

ISSN 2675-7125



Revista da



online

Volume 1 – Número 2 julho a dezembro 2022

ISSN 2675-7125

Copyright Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)

Coordenação Técnica e Editorial: Joseane Ramos Duarte Soares

Projeto gráfico: Marcos Costa

Revisão: Autores

Design gráfico: Pedro Henrique

A Revista da Esmape online divulga assuntos de interesse jurídico pedagógico. Os artigos são de total responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressam, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial.

Sítio:

<https://www.tjpe.jus.br/web/escolajudicial/revista-da-esmape/edicoes>

Revista da Esmape online/ Escola Judicial de Pernambuco
(Esmape). Ano I, n. 1, (2022-). – Recife : Esmape, 2022 -

Semestral
ISSN 2675-7125

1. Direito – Periódico. I. Escola Judicial de Pernambuco.
II. Esmape

CDD 340.05

Correspondências:

Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)

Rua Des. Otílio Neiva Coelho, s/n – bairro Ilha Joana Bezerra

Recife – PE | CEP 50.080-900

revista.esmape@tjpe.jus.br



TJPE



Escola Judicial de Pernambuco

Mesa Diretora do Tribunal de Justiça de Pernambuco

Biênio 2022/2024

PRESIDENTE

Desembargador Luiz Carlos de Barros Figueirêdo

1º VICE-PRESIDENTE

Desembargador Antenor Cardoso Soares Júnior

2º VICE-PRESIDENTE

Desembargador Frederico Ricardo de Almeida Neves (em exercício)

CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA

Desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto

Diretoria da Escola Judicial de Pernambuco

Biênio 2022/2024

DIRETOR GERAL

Desembargador Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello

VICE-DIRETOR GERAL

Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira

SUPERVISOR

Juiz Silvio Romero Beltrão



Conselho Editorial

DIRETOR GERAL

Desembargador Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello

VICE-DIRETOR GERAL

Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira

MEMBROS

Alexandre Freire Pimentel

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz

Ana Paula Lira Melo

André Vicente Pires Rosa

Breno Duarte Ribeiro de Oliveira

Élio Braz Mendes

Éric Castro e Silva

Fernanda Moura de Carvalho

Fernando José Borges Correia de Araújo

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

Frederico Ricardo de Almeida Neves

Gustavo Ferreira Santos

Hélio Silvio Ourem Campos

Ivanildo de Figueiredo Andrade de Oliveira Filho

João Maurício Adeodato

João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira

Jones Figueirêdo Alves

José Carlos de Arruda Dantas

José Fernando Simão

Jorge Américo Pereira de Lira

José Carlos de Arruda Dantas

José Fernando Simão

José Mário Wanderley Gomes Neto

José Ronemberg Travassos da Silva

Leonardo Carneiro da Cunha

Lúcio Grassi de Gouveia

Luiz Carlos de Barros Figueiredo

Mauro Alencar de Barros

Orlando Morais Neto

Ricardo de Oliveira Paes Barreto

Sérgio Torres Teixeira

Silvio Romero Beltrão

Teodomiro Noronha Cardozo

Torquato da Silva Castro Júnior

Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva

Venceslau Tavares Marília Montenegro Pessoa de Mello

Coordenação Geral

Luiz Carlos Vieira de Figueiredo

Coordenação Técnica e Editorial

Joseane Ramos Duarte Soares

“O Direito foi resultado de uma necessidade. Surgiu primeiramente com o objetivo de solucionar conflitos e estabelecer regras de convivência entre os indivíduos de um mesmo grupo social. Atualmente, o Direito pode ser compreendido como um instrumento social destinado a motivar e enquadrar as ações humanas e contribuir para que se alcance um tipo determinado de ordem social em uma sociedade secularmente organizada.”

Prof. Dr. Reinaldo Dias



Sumário

Doutrina

Magistrados

- **O paradigma do proibicionismo das drogas na Espanha: análise do resultado do paradigma proibicionista no tráfico de drogas espanhol** 14
Andrés Javier Pastrano Mancayo
Nilson Dias de Assis Neto
- **A seletividade do ICMS sobre o fornecimento de energia elétrica e serviços de telecomunicação a partir do critério da essencialidade e o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do tema 745 da repercussão geral** 36
Jorge Américo Pereira de Lira
- **A criação de uma central de regulação de vagas e o controle da superpopulação carcerária pelo Poder Judiciário** 48
Otávio Ribeiro Pimentel

Servidores

- **A exegese da literatura ao desenvolvimento da ciência do direito: perspectivas contemporâneas da influência da literatura clássica ao direito** 72
Aphonsus Aureliano Sales da Cunha
José Soares da Silva Filho
Kairon Rodrigues de França
- **O nascedouro e o desenvolvimento do direito humano e fundamental ao meio ambiente** 88
Ary Queiroz Vieira Júnior
- **A guarda compartilhada e a possibilidade de sua fixação quando os genitores residem em cidades ou países diversos à luz da Jurisprudência da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça** 106
Jéssica Ferreira Cavalcante de Souza Lima

- **O oitavo dia da criação: robôs biológicos e o caminho para o fim da exploração animal?**

Lucas Correia de Lima
Tagore Trajano de Almeida e Silva

120
- **Movimentos migratórios de venezuelanos em situação de refúgio para o Brasil: políticas públicas voltadas à integração local e amparo na legislação nacional**

Marcela Barbosa de Souza Albuquerque Moraes

138

Público externo

- **Poder de polícia: discricionariedade e limites**

Adriano Roberto Vancim

164
- **A desconstituição da banalização das prisões preventivas e a preservação dos direitos humanos com o advento da audiência de custódia**

Darlyane Jackeline da Silva Souza

184
- **Impacto das ações públicas no combate ao feminicídio – numa perspectiva de gênero no Brasil**

Magaly Andréia Barreto

202
- **A evolução do conceito de família no direito brasileiro**

Raphael Alvares de Medeiros

222
- **Aplicação da LGPD nos contratos de trabalho no Brasil**

Vanessa Kathenin do Nascimento Felix Silva

242

Prática Forense

- **Sentença: Responsabilidade Civil. Indenização por dano moral. Estético e material. Tratamento estético. Depilação a laser. Falha na prestação de serviço. Dever de indenizar configurado**

Ana Cláudia Brandão de Barros Correia

256



DOCTRINA

Andrés Javier Pastrano Mancayo

O PARADIGMA DO PROIBICIONISMO
DAS DROGAS NA ESPANHA: ANÁLISE DO
RESULTADO DO PARADIGMA PROIBICIONISTA
NO TRÁFICO DE DROGAS ESPANHOL

O PARADIGMA DO PROIBICIONISMO DAS DROGAS NA ESPANHA: ANÁLISE DO RESULTADO DO PARADIGMA PROIBICIONISTA NO TRÁFICO DE DROGAS ESPANHOL

THE PARADIGM OF DRUG PROHIBITIONISM IN SPAIN: ANALYSIS OF THE RESULT OF THE PROHIBITIONIST PARADIGM IN THE SPANISH DRUG TRAFFICKING

Andrés Javier Pastrano Mancayo

Capitão da Polícia Nacional do Equador. Analista de Inteligência de Informações Operacionais da cyberinteligencia. Polícia Judiciária credenciada pela Direção Nacional da Polícia Judiciária do Equador. Docente em Administração de Recursos Humanos nos programas de formação contínua da Direção Nacional de Educação da Polícia Nacional. Egresso do mestrado em gerenciamento de projetos pela Universidade de Especialidades Espírito Santo de Guayaquil-Ecuador.

Nilson Dias de Assis Neto

Juiz do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (Brasil). Coordenador Adjunto de Educação à Distância da Escola Superior da Magistratura da Paraíba. Diretor Adjunto do Departamento de Direitos Humanos da Associação dos Magistrados da Paraíba. Professor com Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional e Direito Civil, cursando Mestrado em Direito na Universidade de Barcelona/Espanha.

RESUMO

A política criminal sobre o tráfico de drogas adotou um caráter proibicionista desde o início do século XX. O trabalho pretende fazer uma análise do paradigma proibicionista das drogas e os efeitos que resultaram dessas políticas, para verificar se foram eficazes quando se trata de reduzir o nível de tráfico de drogas na Espanha recentemente. Esse trabalho está dividido em duas partes fundamentais: uma com uma explicação do paradigma proibicionista desde a sua criação e como evoluiu; e outra em que é realizada uma análise sobre os efeitos do citado caráter proibicionista em matéria de dados do consumo, apreensões e pessoas presas. Assim, vemos a evolução daqueles dados para investigar se o caráter proibicionista acarretou efeitos positivos ou negativos em relação ao tráfico de drogas espanhol recentemente.

Palavras-Chave: Tráfico de Drogas. Paradigma Proibicionista. Efetividade.

ABSTRACT

The criminal policy on drug trafficking has been prohibitive since the early twentieth century. The paper seeks to analyze the prohibitionist paradigm of drugs and the effects of the whole phenomenon, to see if they have been effective in reducing the level of drug trafficking. The present work is divided into two fundamental parts: the explanation of the prohibitionist paradigm since its inception and how it has evolved; and another in which a tour is made of the effects of the aforementioned prohibitionist character in terms of consumption data, seizures, and people arrested. Thus, we see the evolution of said data to verify if the prohibitionist character entails positive or negative effects in relation to drug trafficking in Spain recently.

Keywords: Drug Trafficking. Prohibitionist Paradigm. Effectiveness.

INTRODUÇÃO

Na década de 1970, foi implantada uma política criminal na área do tráfico de drogas na Espanha, com um caráter proibicionista muito marcante, herdado da visão proposta pelas Nações Unidas na Convenção Única sobre Entorpecentes, assinada em 30 de março de 1961. Esse Convênio estabeleceu o marco legal internacional para o tráfico de drogas, bem como, ao mesmo tempo, estabeleceu uma definição de “entorpecentes”. Tudo isso foi posteriormente reafirmado na Convenção de Viena em 20 de dezembro de 1988.

Portanto, considerando sua importância internacional, nosso tema de pesquisa se concentra na questão da política criminal do tráfico de drogas. Mais especificamente, procuramos verificar o tráfico de drogas na Espanha nos últimos dez anos. Pois, nós perguntamos: como se desenvolveu o paradigma do proibicionismo internacional e qual foi o seu resultado relativamente ao cumprimento dos seus objetivos de retirada ou redução da presença de drogas na sociedade?

Em tal investigação, levantamos a hipótese de que o paradigma do proibicionismo internacional de drogas não teve sucesso em sua aplicação e, portanto, são necessários estudos de modelos alternativos como de redução de danos com uma eventual legalização. Para verificar a hipótese, nossos objetivos são: I) estudar como foi desenvolvido o paradigma internacional do proibicionismo das drogas; e II) investigar o resultado prático e material em relação ao cumprimento de seus objetivos de retirada ou redução da presença de drogas na Espanha nos últimos dez anos.

A metodologia de pesquisa será a análise das normatividades internacionais que fundamenta o paradigma do proibicionismo das drogas e, a partir dela, a avaliação dos dados estatísticos da quantidade de droga apreendida versus a quantidade de potenciais consumidores, analisando a partir de uma perspectiva dedutiva que considera o nível

internacional e se centra na Espanha como objeto de estudo. Para isso, tomaram-se como referencial teórico diferentes investigações semelhantes, como as realizadas por MCALLISTER, ORTEGA, PAIVA, RODRÍGUEZ, VALOIS e ZILIO, a partir das quais estudamos dados da Organização das Nações Unidas e da Espanha.

Nossa pesquisa está dividida em três partes: I) uma primeira sobre o desenvolvimento do paradigma internacional do proibicionismo das drogas; II) uma segunda sobre os efeitos desse paradigma na circulação de drogas na Espanha recentemente; e III) por fim, uma terceira sobre as conclusões, na qual verificamos, com base nos dados encontrados, se a hipótese foi confirmada ou não.

1 O PARADIGMA DO PROIBICIONISMO DAS DROGAS

Nosso objetivo aqui é verificar como foi desenvolvido o paradigma da proibição das drogas a partir de um panorama internacional de políticas criminais sobre as drogas, que influenciou muito as legislações locais dos países que adotaram em alguma medida e por algum tempo a proibição das drogas. Em nosso caminho, as políticas criminais sobre drogas são conceituadas, em conformidade com professor Paiva, como “o conjunto de políticas criminais destinado a regular a disponibilidade ou proibição da circulação de certas substâncias definidas”¹.

Essa política criminal sobre drogas não é apenas fruto dos debates no âmbito da soberania dos Estados nacionais, mas também sofre uma enorme influência de uma pauta internacionalizada, pois o mercado de drogas legal ou ilegal é transnacional com as cadeias de circulação de drogas divididas entre os países. Tal paradigma internacional de política criminal de drogas é proibicionista e é fundamentado em um sistema de tratados internacionais para o controle das drogas composto globalmente por três convenções da ONU, as Convenções de 1961², 1971³ e 1988⁴.

No entanto, não obstante o atual modelo de proibição tenha sua origem na primeira Convenção de 1961, em verdade podemos verificar antecedentes históricos do modelo de controle de drogas já no início do século XX, quando ocorreram as primeiras iniciativas

1 PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **Panorama Internacional das Políticas sobre Drogas**. In: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2018.

2 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção única de 1961 sobre entorpecentes**. Disponível em https://www.unodc.org/pdf/convention_1961_es.pdf. Acesso em: 24 set.2021.

3 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção sobre substâncias psicotrópicas de 1971**. Disponível em https://www.unodc.org/pdf/convention_1971_es.pdf. Acesso em: 24 set.2021.

4 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção da ONU contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas de 1988**. Disponível em https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf. Acesso em: 24 set.2021.

diplomáticas para controle do comércio de ópio. Um dos primeiros antecedentes históricos do paradigma proibicionista atual ocorreu em 1907, quando Reino Unido, China e Índia assinaram o acordo de dez anos para proibir a exportação de ópio produzido na Índia para a China, bem como para proibirem o cultivo de papoula na China.

O tratado de 1907 foi produto do debate público nas últimas décadas do século XIX que se preocupou com os efeitos do abuso de ópio na China imperial, que foi caracterizado por alguns doutrinários, como McCallister⁵, como uma das causas de seu colapso em 1912. Para a produção do tratado de 1907, já percebemos a influência da atuação de um agente que será central na diplomacia internacional, como veremos adiante neste capítulo, para o estabelecimento do paradigma proibicionista global: os Estados Unidos.

De fato, segundo o professor e juiz Luís Carlos Valois, “embora os crescentes sentimentos antiópio na Inglaterra, foram os americanos os principais mobilizadores da sociedade internacional no sentido de adotarem uma postura na direção da proibição”⁶. Em relação ao tratado de 1907, é importante notar que o tratado foi assinado sobre o controle da oferta e não sobre o controle da demanda, característica que marcará o modelo internacional de regulamentação da proibição das drogas daí para a frente.

O próximo grande tratado foi a Convenção Internacional do Ópio de 1912, que foi o primeiro acordo multilateral para a restrição da circulação de drogas que foi inicialmente assinado pela Alemanha, Estados Unidos, China, França, Reino Unido, Itália, Japão, Holanda, Pérsia, Portugal, Rússia e Sião. Na Convenção Internacional do Ópio de 1912, os países se comprometeram a impedir a exportação de ópio para países onde a substância fora proibida, bem como controlar a produção, a importação, o comércio, a distribuição e a exportação de morfina, cocaína e seus respectivos sais.

Assim, a Convenção Internacional do Ópio de 1912 foi o primeiro documento a estimular os países a controlar o uso de drogas em seus territórios, entrando em vigor em 1919 após a sua incorporação no Tratado de Versalhes e ao sistema da nascente Liga das Nações. No entanto, a Convenção Internacional do Ópio de 1912 não proibiu a circulação de drogas para os locais onde eram permitidas, segundo Paiva, “desde que sejam objeto de regulação sanitária e exclusivamente para fins científicos e medicinais, uma linguagem que se repetiria em convenções futuras”⁷.

5 MCALLISTER, W. B. **Reflections on a century of international drug control**. In: *Governing the global drug wars*. London: LSE Ideas, 2012.

6 VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

7 PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **Panorama Internacional das Políticas sobre Drogas**. In: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2018.

Em seguida, temos a Convenção de 1925 com a qual foi criada a Junta Permanente de Controle do Ópio para monitorar importações e exportações de substâncias controladas, colocando o fornecimento de algumas drogas como a maconha sob um regime de controle internacional. Entre as convenções de 1912 e 1925 com algum perfil de regulação e a primeira convenção expressamente proibicionista de 1961, foi desenvolvido o atual paradigma de controle internacional de drogas, a partir do qual foi mudado o que poderia vir a se tornar um modelo regulatório para o arquétipo atual da proibição.

Nessa direção do atual paradigma proibicionista, ainda sob o regime da Liga das Nações, a Convenção de 1931 restringiu a circulação de drogas apenas para as quantidades necessárias para fins médicos e científicos, em clara influência da Convenção Internacional do Ópio de 1912. No mesmo sentido de proibição, a Convenção de 1936⁸ impôs pela primeira vez a obrigação internacional de criminalizar o tráfico, determinando que “é obrigado a promulgar as disposições legislativas necessárias para punir severamente e especialmente com penas de prisão ou outras penas de privação de liberdade”⁹.

Então, em 1961, já sob o regime da Organização das Nações Unidas (ONU), foi aprovada a Convenção Única sobre Entorpecentes ou Convenção de Viena, a primeira das três convenções que são a base normativa da política criminal proibicionista ainda em vigor. A Convenção de Viena representou a consolidação de tratados e convenções anteriores e, com efeito, a própria consolidação do modelo proibicionista. De fato, PAIVA¹⁰, aponta como exemplo a consolidação da limitação do uso de substâncias para fins exclusivamente científicos e médicos.

Ademais, a Convenção de Viena também reproduziu a obrigação de criminalizar comportamentos relacionados ao tráfico de drogas, bem como colocou novas substâncias sob controle internacional, reproduzindo uma extensão de controle iniciado com o Protocolo de Drogas Sintéticas de 1948 ou o Protocolo de Paris¹¹. Por sua vez, consolidando o estado

8 O artigo segundo da Convenção de 1936 determina a obrigação internacional de criminalizar o tráfico de drogas, estabelecendo que **“cada uma das Altas Partes Contratantes se obriga a decretar as disposições legislativas necessárias para punir severamente e especialmente com penas de prisão ou outras penas privativas de liberdade, as seguintes crimes: a) A fabricação, transformação, extração em geral, preparo, oferta, posse, oferta de venda, distribuição, compra, venda, corretagem, expedição em trânsito, transporte, importação e exportação de drogas não conformes ao disposto neste Acordo; b) Participação dolosa nos crimes referidos neste artigo; c) Conspiração para a prática de um dos crimes atrás referidos; d) Tentativas e, nas condições previstas na legislação nacional, atos preparatórios”** (tradução nossa) (grifo nosso) (LIGA DAS NAÇÕES. **Convenio para a Supressão do Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas**, Genebra, 26 de junho de 1936. Disponível em http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_supre_trafi_ilici_drog_noci_gine.pdf. Acesso em: 14 jan. 2022.

9 LIGA DAS NAÇÕES. **Convenio para a Supressão do Tráfico Ilícito de Drogas Perigosas**, Genebra, 26 de junho de 1936. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_supre_trafi_ilici_drog_noci_gine.pdf. Acesso em: 14 jan. 2022.

10 PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **Panorama Internacional das Políticas sobre Drogas**. In: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2018.

11 Na verdade, o controle internacional de drogas não sintéticas como a maconha começa com a anterior Convenção de 1925, mas o controle internacional de drogas sintéticas está mais bem localizado após o chamado Protocolo

atual do paradigma proibicionista, foram aprovadas as Convenções de 1971 e 1988, que foram firmados no contexto do aumento do consumo nos países centrais (Estados Unidos e Europa), período em que houve inclusive um aumento do consumo de opíáceos na Espanha.

Com fundamento nesse aumento do consumo, considerado muito importante, desde o início da década de 1970 com o Presidente Richard Nixon dos Estados Unidos, houve um planejamento de uma rígida política de proibição do tráfico de drogas pelos Estados Unidos, que refletiu principalmente nas Convenções de 1971 e 1988. De fato, e aqui recuperamos a importância da influência internacional dos Estados Unidos, para COLLINS¹², pelo menos até certo ponto, o paradigma proibicionista das políticas nacionais de drogas a partir da década de 1970 não foi uma consequência isolada das Convenções de 1961, 1971 e 1988.

Na verdade, para esta construção, também foram fundamentais as pressões de Estados Unidos em outros países, fazendo com que a política de drogas de órgãos internacionais reguladores, como as agências da ONU, fosse capturada¹³ pela agenda estadunidense essencialmente de proibição e de endurecimento penal. A pressão chegou a tal ponto que o ex-Presidente uruguaio José Mujica, ao ser entrevistado por Johann Hari, afirmou que “os países evitavam regulamentar drogas por causa de dois temores. O primeiro são os Estados Unidos. O segundo é seu próprio povo”¹⁴.

Da mesma forma, ZILIO questiona que “Colômbia, Brasil e México representam a estupidez de uma política criminal bélica determinada pelos Estados Unidos da América. A administração dos EUA, composta por democratas ou republicanos, pressionou as ditaduras latino-americanas para declarar guerra às drogas”¹⁵. Pois, junto com a agenda de política

criminal estadunidense, houve a formulação de um endurecimento penal¹⁶ pela política de guerra às drogas, em que a repressão da oferta passou a caracterizar o sucesso ou falência dos Estados com base em indicadores como quantidade de drogas apreendidas, número de presos por tráfico etc.

de Paris de 1948.

12 COLLINS, J. **Development first: multilateralism in the post-“war on drugs” era**. In: *After the drug wars*. London: LSE Ideas, 2016.

13 Com a captura dos órgãos reguladores internacionais queremos dizer que, para Paiva, por meio da pressão bilateral dos Estados Unidos, órgãos como o JIFE (Junta Internacional de Fiscalização de Drogas) e até mesmo o secretariado da ONU tornaram-se reproduções da política criminal de drogas dos Estados Unidos.

14 HARI, Johann. **Na fissura: uma histórica do fracasso no combate às drogas**. Tradução de Hermano Brandes de Freiras. 1.ed. Companhia das Letras: São Paulo, 2018.

15 ZILIO, Jacson Luiz. **El Derecho Penal de las Drogas**. Revista Crítica Penal y Poder, n. 3, 2012. (Tradução nossa).

16 Na verdade, não é possível negar a relação entre as questões do narcotráfico e o endurecimento penal, talvez por isso o ex-Presidente José Mujica tenha nos alertado que os países evitam regular as drogas por medo de seu próprio povo.

Um dos resultados dessa combinação entre a agenda estadunidense e o endurecimento criminal é que a política criminal de muitos países estabeleceu em algum tempo ou ainda estabelece um sistema de repressão às drogas inclusive mais punitivo do que previstos em tratados internacionais. Isso, porque, de acordo com o PAIVA¹⁷, muitos países chegaram a determinar a criminalização do uso de drogas para consumo pessoal – como o Brasil ainda faz – numa atitude de muito mais endurecimento penal do que o paradigma proibicionismo internacional, em que não há previsão normativa.

Portanto, é necessário verificar nos dados a realidade de se proibições de drogas e o endurecimento penal resultaram como uma política criminal útil ou inútil em seu objetivo de remover ou pelo menos diminuir a presença de drogas na sociedade. Assim, com o objetivo de fazer essa verificação empírica do resultado prático do paradigma do proibicionismo, investigaremos no próximo capítulo se foi ou não bem-sucedido em remover ou diminuir a presença de drogas na sociedade, a partir do estudo da presença de drogas na Espanha recentemente.

2 OS DADOS DO RESULTADO DO PARADIGMA PROIBICIONISTA

2.1 A PROBLEMÁTICA DAS DROGAS INTERNACIONALMENTE

Aproximadamente, 275 milhões de pessoas consumiram drogas em todo o mundo no ano passado, enquanto mais de 36 milhões de pessoas sofreram de transtornos por uso de drogas, de acordo com o Relatório Mundial sobre Drogas da ONU de 2021. As preferências de drogas ilícitas que foram consumidas nos últimos 12 meses no mundo são assim distribuídas: Cannabis, 63,8%; MDMA, 33,0%; cocaína, 29,1%; anfetaminas, 22,1%; LSD, 17,9%; prescrição de opioides, 16,4%; benzodiazepinas, 16,1%; cogumelos mágicos, 14,9%; cetamina, 12,9%; óxido nitroso, 11,9%; conforme Pesquisa Global de Medicamentos de 2019.

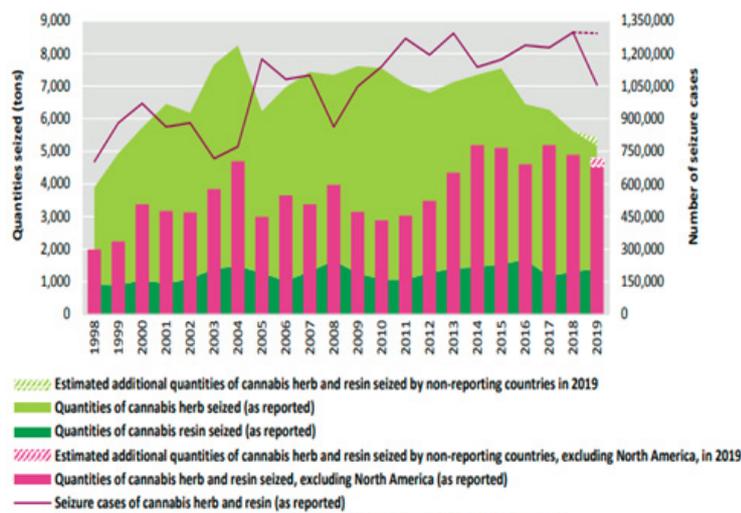
Em referência a esses dados mais recentes, nos concentraremos especificamente na cannabis e na cocaína, devido ao seu complexo e perigoso nível organizacional em toda a sua cadeia de produção, logística e oferta. Em relação à cannabis, as quantidades apreendidas foram 44% maior em 2019 do que em 2009 (ver figura 1), fenômeno que é acompanhado de um crescimento sustentável da população consumidora de cannabis, segundo a UNODC, a qual aumentou 18% nos últimos 10 anos (2009-2019).

Para aquele cálculo também foi considerado o crescimento demográfico mundial que é avaliado em 10% para o mesmo período de tempo da análise (ver figura 2).

¹⁷ PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **Panorama Internacional das Políticas sobre Drogas**. In: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2018.

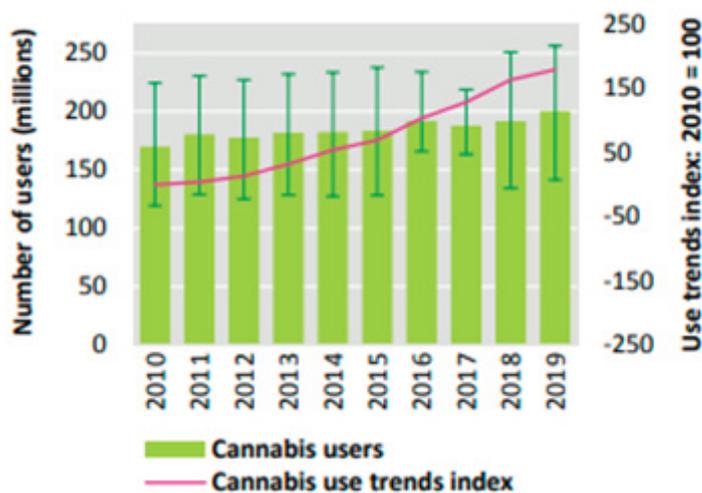
Da mesma forma, o componente psicoativo da cannabis teve um aumento aproximado de 6% para 11% na Europa, entre os anos de 2002 e 2019, com o qual se prevê um aumento significativo de transtornos mentais em dependentes químicos nos próximos anos.

Figura 1: Apreensões globais de cannabis: 1998-2019



Fonte: World Drug Report 2021 (United Nations publication, Sales No. E.21.XI.8)

Figura 2: Tendência mundial de número de pessoas que usam cannabis e informação de tendências do uso de cannabis, 2010-2019.



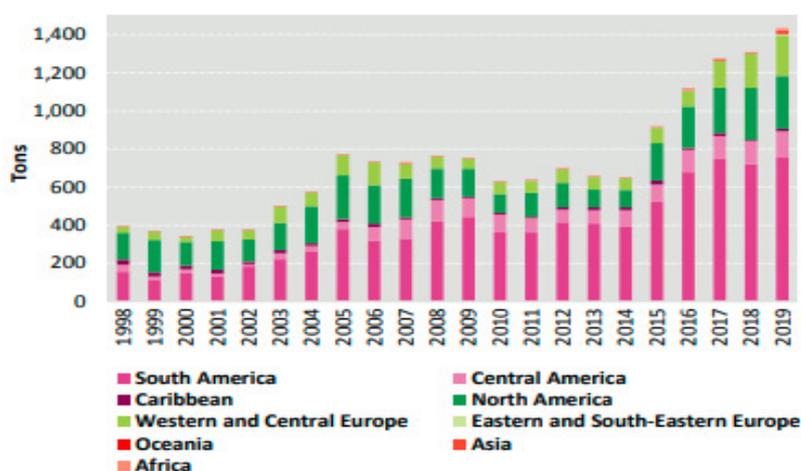
Fonte: World Drug Report 2021 (United Nations publication, Sales No. E.21.XI.8)

Em relação à cocaína, sua produção mundial dobrou entre 2014 e 2019 para atingir uma estimativa de 1.784 toneladas, de acordo com os números da UNODC (2019), com 100% de pureza. Essa última porcentagem gera preocupação, porque abre a porta para que intermediários e vendedores finais possam aumentar a quantidade do produto (cocaína), aderindo componentes como talco, farinha de trigo, entre outros, para aumentar sua matéria-prima e, portanto, elevar seus retornos econômicos, com o que o dano colateral se torna mais grave devido ao grande número de elementos nocivos que a cocaína já contém.

Do outro lado da moeda, se encontram as apreensões realizadas durante o ano de 2019, como resultado de ações de carácter preventivo se produziu um recorde ao impedir a entrada de 1.436 toneladas no mercado ilícito, segundo UNODC (2019). Essas apreensões se concentraram em áreas produtoras como América do Sul e Central e em áreas de destino como América do Norte e Europa (ver figura 3).

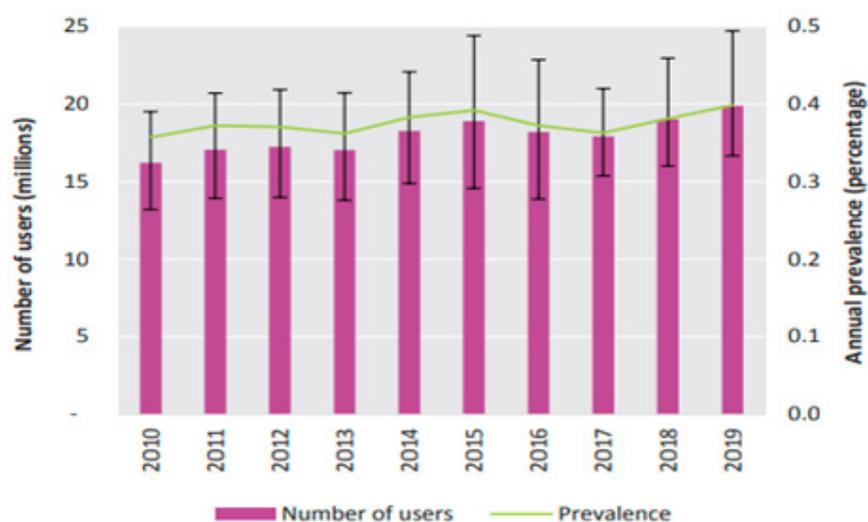
Não obstante esse trabalho árduo, entretanto, a quantidade de cocaína que não pôde ser recuperada ainda é muito elevada, ao que devemos somar as cifras negras que na análise desse crime têm patamares muito altos, o que nos dá como resultado uma ampla oferta do narcótico. Tal oferta gerou uma grande procura que manteve uma tendência ascendente desde 2010 (Ver figura 4). Segundo UNODC (2019), aproximadamente 20 milhões de pessoas de todo o mundo usaram cocaína no último ano e seu georreferenciamento de consumo é localizado na Oceania, nos Estados Unidos e na Europa Ocidental.

Figura 3: Quantidade global de cocaína apreendida por região, 1998-2019



Fonte: World Drug Report 2021 (United Nations publication, Sales No. E.21.XI.8)

Figura 4: Estimativa global de pessoas que usam cocaína e a prevalência do uso de cocaína



Fonte: World Drug Report 2021 (United Nations publication, Sales No. E.21.XI.8)

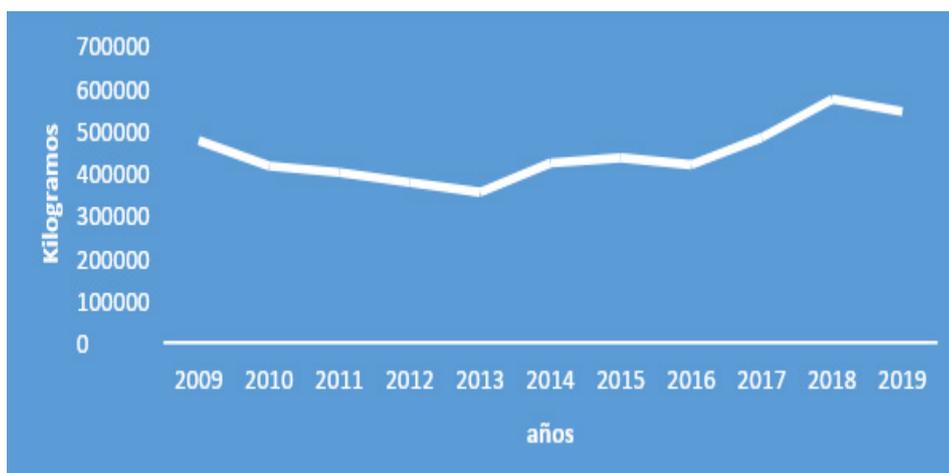
2.2 O PROBLEMA DAS DROGAS NA ESPANHA

O território espanhol ocupa uma localização geoestratégica para o tráfico de drogas, que o posiciona como um país-chave para se tornar o destinatário ideal no velho continente, além de possuir canais de distribuição perfeitos e fluidos, principalmente no transporte por rodovia, com caminhões que transportam todo tipo de produtos perecíveis e não perecíveis por toda Europa. Conquanto o haxixe (em primeiro lugar) e a cocaína (em segundo lugar) continuem sendo as mais traficadas, a maconha vem ganhando terreno ano após ano, segundo fontes da Polícia Nacional e da Guarda Civil (El País, 2021).

2.2.1 CANNABIS

A cannabis tem apreensões que mantêm números estáveis no período 2009-2019 (ver figura 5). Contudo, podemos verificar um novo aumento que tem ocorrido no tráfico e no cultivo de maconha a partir de 2016. Essa droga é cultivada em 13 das 17 Comunidades Autônomas espanholas, segundo dados do Centro de Inteligência contra o Terrorismo e o Crime Organizado (CITCO), o que evidencia principalmente a ascensão do que já era uma tendência: o aumento espetacular das plantações de maconha (tanto em ambientes fechados quanto ao ar livre). A resina de cannabis é outro grande desafio, porque 34% da produção mundial foi apreendida em território espanhol em 2019 (ver Figura 6).

Figura 5: Apreensões de cannabis e seus derivados na Espanha



Fonte: dados de World Drug Report 2021 (United Nations publication, Sales No. E.21.XI.8) em elaboração própria

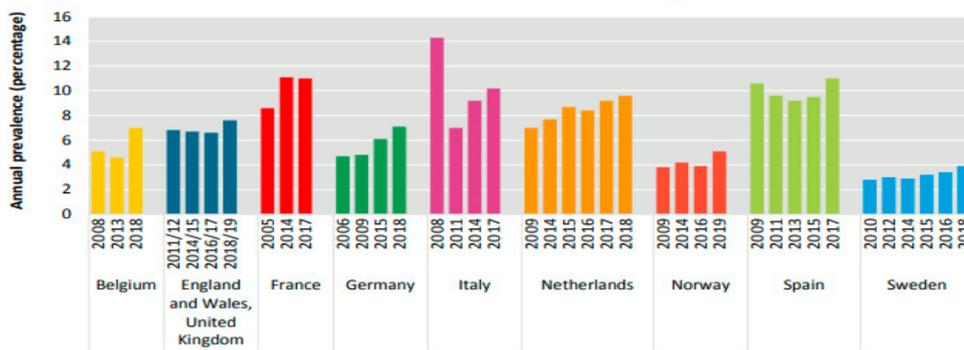
Figura 6: Apreensões de resina de cannabis de acordo com os relatórios dos países em 2019



Fonte: World Drug Report 2021 (United Nations publication, Sales No. E.21.XI.8)

Depois de fazer um mapeamento geral do problema das apreensões, devemos analisar a situação interna do consumo, que de acordo com sua prevalência na Europa Ocidental oscilou entre 6% e quase 8% durante a última década (2010-2019). Nesse contexto, a Espanha tem uma tendência sustentada de consumo com números semelhantes aos da França, que a mantém na posição de tendência número 1 (ver figura 7).

Figura 7: Tendência de uso de cannabis, países selecionados na Europa Ocidental e Central.

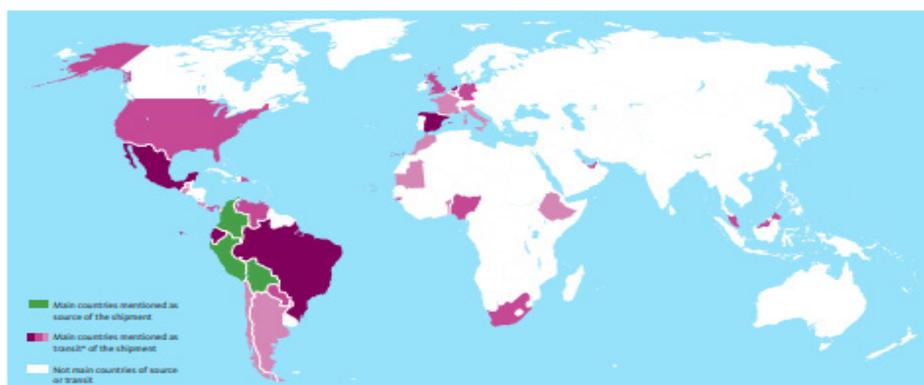


Fonte: UNODC e EMCDDA, “Statistical Bulletin 2020: prevalence and patterns of drug use in the general population”

2.2.2 COCAÍNA

As apreensões indicam que o tráfico de cocaína para e através da Europa vem aumentando. A quantidade total de cocaína apreendida na região em 2019 aumentou mais de 20% e a situação particular da Espanha é preocupante devido à sua exposição como país de trânsito (ver figura 8) e destino do alcalóide (ver figura 9), razão pela qual está no top dez dos países que apreenderam a maior quantidade de cocaína (ver Figura 10).

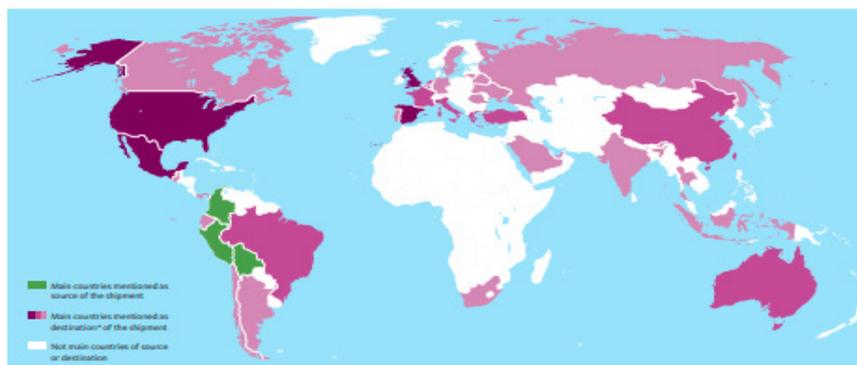
Figura 8: Principais países identificados como lugar de origem e trânsito de carregamentos de droga, 2015-2019



A darker shade indicates a larger amount of cocaine being seized with the country as source/transit of the shipment, according to the information on trafficking routes provided by Member States in the annual report questionnaire, individual drug seizures and other official documents, over the 2015–2019 period. The source may not reflect the country in which the substance was produced. The main countries mentioned as source or transit were identified on the basis of both the number of times they were identified by other Member States as departure/transit of seizures, and the annual average amount that these seizures represent during the 2015–2019 period.

Fonte: UNODC

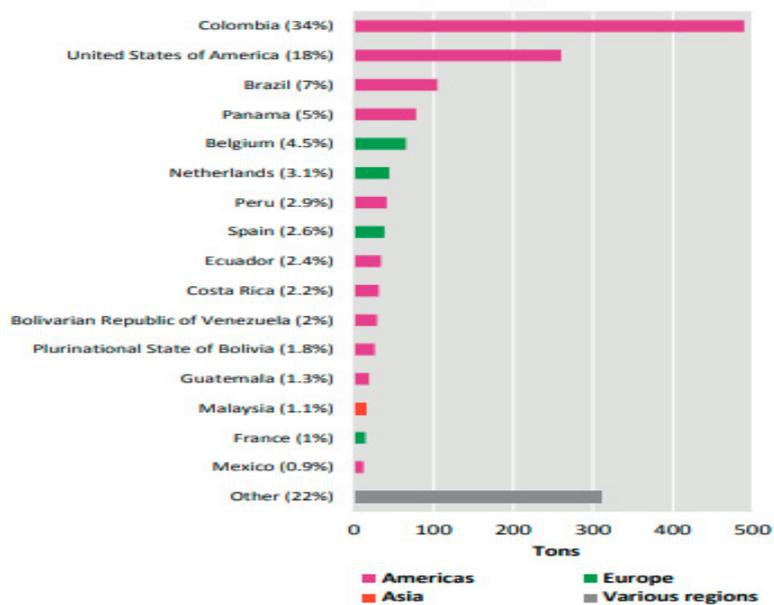
Figura 9: principais países identificados como lugar de origem e destino de carregamentos de droga, 2015-2019.



A darker shade indicates a larger amount of cocaine being seized with the country as source/destination of the shipment, according to the information on trafficking routes provided by Member States in the annual report questionnaire, individual drug seizures and other official documents, over the 2015–2019 period. The source may not reflect the country in which the substance was produced. The main countries mentioned as source or destination were identified on the basis of both the number of times they were identified by other Member States as departure or destination of seizures, and the annual average amount that these seizures represent during the 2015–2019 period.

Fuente: UNODC

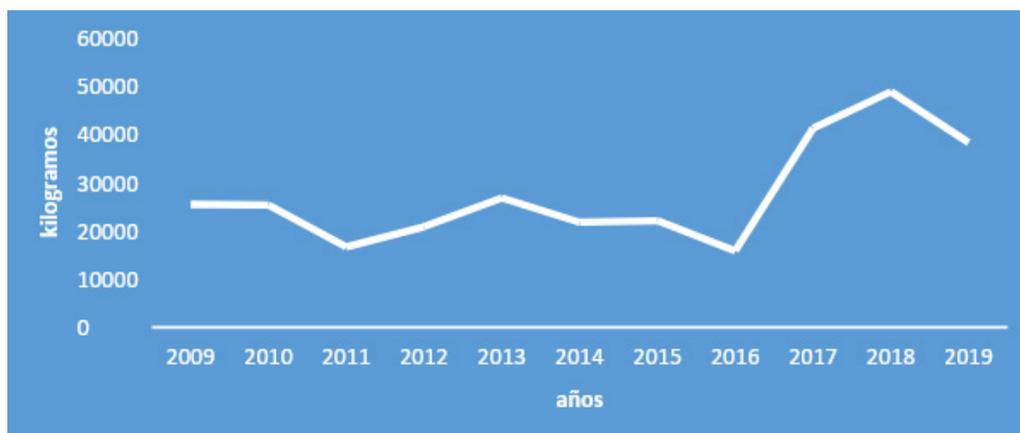
Figura 10: Países com mais apreensões de cocaína mundialmente



Fonte: UNODC

Em geral, podemos dizer que a Espanha tem um número elevado de apreensões (ver Figura 11), mas, de certa forma, isso é contraproducente, porque revela que há cada vez mais pontos de acesso às drogas e novas formas de perpetrar o crime.

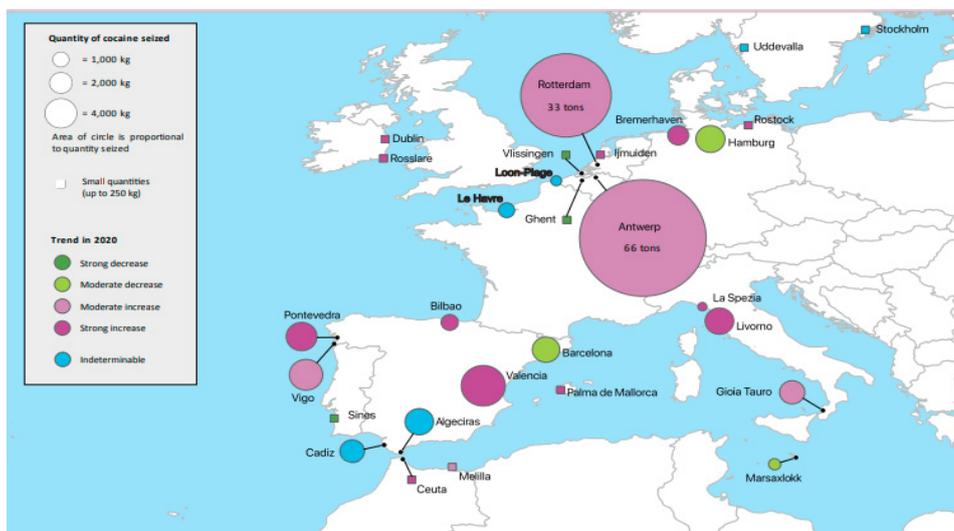
Figura 11: Apreensões de cocaína e sus derivados na Espanha



Fonte: Dados da ONU em elaboração própria.

As facilidades oferecidas pelo transporte marítimo para o tráfico de cocaína provocam um foco de insegurança nos portos europeus e, por consequência, nos espanhóis, porque, no ano de 2020, houve um aumento de 18% nas apreensões nos diferentes portos da Europa Ocidental e Central, conforme a UNODC (2019). Em território espanhol, os portos mais atrativos para o desenvolvimento dessa atividade ilícita são: Algeciras, Barcelona, Bilbao, Cádiz, Mallorca, Pontevedra, Tenerife, Valência e Vigo (ver figura 12).

Figura 12: portos europeus de origem, destino e trânsito de cocaína.

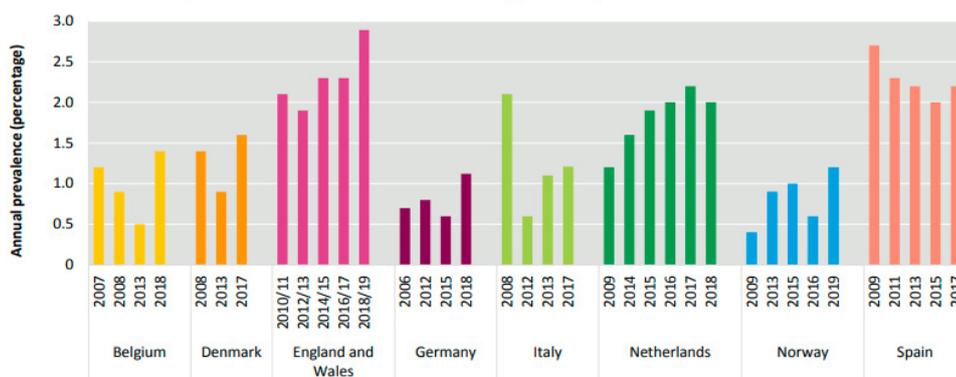


Fonte: UNODC

A prevalência do consumo de cocaína, no ano passado na Europa Ocidental, esteve em 0,9% UNODC (2019) e a Espanha mostra especificamente uma tendência reducionista no consumo dessa droga no período 2009-2017. Por isso, aprioristicamente,

poderíamos classificá-lo como uma conquista na luta contra a droga do país ibérico. No entanto, se fizermos uma análise comparativa com o resto dos países europeus, percebemos que, não obstante os números reduzidos que a Espanha mantém, a relação com seus vizinhos é numericamente semelhante, e só está abaixo da Inglaterra e do País de Gales. Portanto, apesar de sua tendência de queda, o consumo na Espanha ainda é muito alta (ver Figura 13).

Figura 13: uso de cocaína nos países da Europa Ocidental e Central.

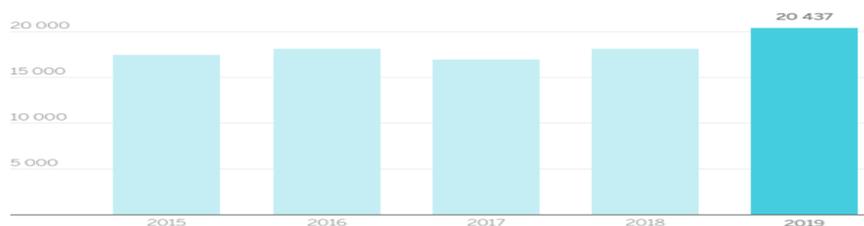


Fonte: UNODC

2.2.3 NÚMERO DE PRESOS

É significativo o aumento das prisões, elas cresceram 12% com relação a 2018 (ver figura 14), principalmente de: I) marroquinos, dedicados principalmente ao tráfico de haxixe e em consequência das ações policiais realizadas no Campo de Gibraltar e áreas adjacentes; II) colombianos, cuja principal atividade criminosa é o tráfico de cocaína; e III) albaneses, que se quadruplicaram, dedicados, entre outras atividades ilícitas, ao tráfico de maconha, segundo Relatório CITCO.

Figura 14: evolução das detenções na Espanha por narcotráfico



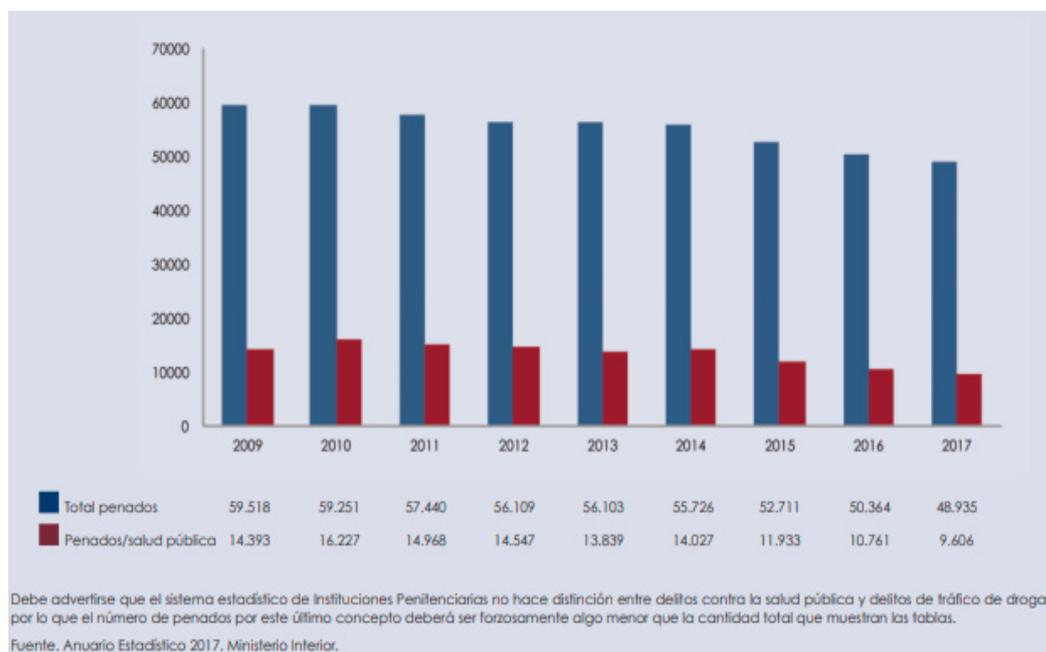
Fonte: Ministério do Interior

Figura 15: evolução das detenções na Espanha por narcotráfico por nacionalidade.

	Detenciones 2016	Detenciones 2017	% variación 2016-2017
Detenciones nacionales	14.113	13.122	-7,02
Detenciones extranjeros	7.066	7.300	3,31
Detenciones sin constar nacionalidad	1	0	-100
Total	21.180	20.422	-3,58

Fonte: Ministério do Interior

Figura 16: Número de presos por delitos contra la saúde pública em relação ao total de presos na Espanha, 2009-2017



Fonte: Anuário estatístico do Ministério do Interior

CONCLUSÕES

O objetivo deste trabalho é estudar o desenvolvimento do paradigma proibicionista internacional em relação ao tráfico de drogas e qual foi seu resultado relativo ao cumprimento de seus objetivos de retirada ou diminuição da presença de drogas na sociedade. Assim, nossa hipótese se concentra na seguinte afirmação o paradigma do proibicionismo internacional das drogas não foi bem-sucedido em sua tentativa e, portanto, é necessário estabelecer modelos alternativos de redução de danos dentro dos quais uma eventual legalização.

Pretendeu-se investigar, a partir da análise das regulamentações internacionais que são fundamento para o paradigma de proibição de drogas, a avaliação dos dados de presença de drogas na sociedade espanhola nos últimos dez anos. Devido à delimitação do tema, analisamos duas substâncias que têm mantido um crescimento sustentado em nível internacional e no território espanhol durante o período de análise, que são a cocaína e a cannabis.

Como foi observado no capítulo um, há uma tendência internacional de carácter proibitivo em matéria de tráfico e de consumo de droga, em consequência de vários tratados e convenções assinados por diversos países, formando uma coalizão internacional com o objetivo de eliminar ou, pelo menos, reduzir o uso e o tráfico de drogas em escala global.

Verificando os dados da presença de drogas na sociedade expostos no capítulo dois, observamos que o objetivo do paradigma proibicionista de remover ou, pelo menos, reduzir a oferta e a demanda de drogas na sociedade espanhola não foi bem-sucedido. Em verdade, foi totalmente contraproducente e, como vemos nos dados estatísticos, tanto a produção, quanto os consumidores e as apreensões mantêm uma tendência ascendente. Portanto, nossa hipótese inicial foi confirmada.

Tanto na Europa em geral como na Espanha especificamente, verifica-se que existem uma tendência maior de repressão aos crimes relacionados ao tráfico de drogas. Então, existe um aumento das apreensões de drogas e prisões por tráfico de drogas de questionável resultado, haja vista que “a política criminal atual (mundial) de drogas afronta um grande princípio político-dogmático: a adequação da criminalização como método útil para proteger o bem jurídico-penal e controlar determinado problema social”¹⁸.

Assim, há um aumento nas apreensões de drogas, em consumidores e em detentos por crimes relacionados ao objeto de estudo, com a criminalização dessas pessoas (tanto consumidores como traficantes). No entanto, o proibicionismo impede políticas de controle sobre drogas, tanto sobre a qualidade delas quanto sobre consumo que se faz delas.

De tal sorte, deve-se pensar na coerência da permanência ou da ruptura do sistema ainda internacionalmente dominante do proibicionismo. A partir da observação dos dados sobre o objetivo da política criminal de proibição das drogas e de seu resultado na

18 ZILIO, Jacson Luiz. **El Derecho Penal das Drogas**. Revista Crítica Penal y Poder, n. 3, 2012. (Tradução nossa).

sociedade, se induz a pensar na necessidade de romper com o proibicionismo dominante para tender a uma legislação regulacionista da matéria exposta.

Em tal caminho, conquanto alguns países tenham aumentado a política criminal de repressão, outros já consideram que é melhor mudar o atual modelo proibicionista internacional no sentido da regulação de, pelo menos, alguns dos mercados de drogas, como o da maconha, em uma política de redução de danos.

Apartir disso, vale analisar as consequências que estão tendo para esses países o fato de haverem legalizado alguns dos mercados de drogas, ainda tendo em conta o mundo globalizado em que vivemos, embora isso já seja tema para outro trabalho de pesquisa.

Em suma, os dados extraídos e expostos nos levam a pensar que uma regulação do mercado de drogas poderia ter consequências globais e locais mais positivas quanto à diminuição da circulação de drogas, enquanto o paradigma proibicionista evidentemente já fracassou.

Afinal, como bem ressaltou o Min. BARROSO, em seu voto sobre a descriminalização de drogas no Brasil, “insistir no que não funciona, depois de tantas décadas, é uma forma de fugir da realidade. É preciso ceder aos fatos. As certezas equivocadas foram bem retratadas em um belo poema de Bertold Brecht, intitulado ‘Louvor à dúvida’: ‘não creem nos fatos, creem em si mesmos. Diante da realidade, são os fatos que devem em eles acreditar’”¹⁹.

REFERÊNCIAS

I – Bibliografia

COLLINS, J. **Development first: multilateralism in the post-“war on drugs” era**. In: *After the drug wars*. London: LSE Ideas, 2016.

HARI, Johann. **Na fissura: uma histórica do fracasso no combate às drogas**. Tradução de Hermano Brandes de Freiras. 1.ed.. Companhia das Letras: São Paulo, 2018.

MCALLISTER, W. B. **Reflections on a century of international drug control**. In: *Governing the global drug wars*. London: LSE Ideas, 2012.

ORTEGA, P. **España Territorio Narco**. In: *El País*, 2021. Disponível em <https://elpais.com/especiales/2021/espana-territorio-narco/>. Acesso em: 27 fev. 2022.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **Panorama Internacional das Políticas sobre Drogas**. In: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2018.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. **Derecho Penal Español: Parte Especial**. 7.ed. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2015.

RODRÍGUEZ Jaime Rodrigo. **Delito de Tráfico de Drogas: el Subtipo Atenuando del Artículo 268.2**. Universidad Comillas Pontificia, Facultad de Derecho.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Repercussão Geral 506 da Suprema Corte do Brasil. Rel. Min.

Gilmar Mendes. Plenário. Em juízo desde 2011. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 28 fev.2022.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Lei Antidrogas Comentada: Aspectos Penais e Processuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

VALOIS, Luíz Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

WINSTOCKAR, MAIER LJ, ZHUPARRISA, DAVIES E, PULJEVIC C, KUYPERS KPC, FERRIS JA & BARRATT MJ. **Global Drug Survey (GDS)**. Key Findings Report, 2021.

ZILIO, Jacson Luiz. **El Derecho Penal de las Drogas**. Revista Crítica Penal y Poder, n.3, 2012.

II - Normas

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Repercussão Geral 506 da Suprema Corte do Brasil. Rel. Min. Gilmar Mendes. Plenário. Em juízo desde 2011. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 20 fev.2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção única de 1961 sobre entorpecentes**. Disponível em https://www.unodc.org/pdf/convention_1961_es.pdf. Acesso em: 24 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convênio **sobre substâncias psicotrópicas de 1971**. Disponível em https://www.unodc.org/pdf/convention_1971_es.pdf. Acesso em: 24 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção da ONU contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas de 1988**. Disponível em https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf. Acesso em: 24 set. 2021.

LIGA DAS NAÇÕES. **Convênio para la Supressão do Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas**, Genebra, 26 de junho de 1936. Disponível em http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_supre_trafi_ilici_drog_noci_gine.pdf. Acesso em: 14 jan.2022.

III – Dados

ESPANHA. Ministerio del Interior, Secretaria General Técnica. **Anuario Estadístico del Ministerio del Interior**. ISSN 1988-8619, 2020. Disponível em http://www.interior.gob.es/documents/642317/1203602/Anuario_estadistico_2020_126150729_VF.pdf/cffdab5c-9f67-48e8-b89b-5e3df45866cf. Acesso em: 27 fev.2022.

ESPANHA. **Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones. Informe 2020. Alcohol, tabaco y drogas ilegales en España**. Madrid: Ministerio de Sanidad. Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas; 2020. 260 p.

ESPANHA. **Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones. Informe 2021. Alcohol, tabaco y drogas ilegales en España**. Madrid: Ministerio de Sanidad. Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas; 2021. 243 p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). World Drug Report 2021 (United Nations publication, Sales No. E.21.XI.8). Disponível em https://www.unodc.org/res/wdr2021/field/WDR21_Booklet_3.pdf. Acesso em: 27 fev.2022.

Jorge Américo Pereira de Lira

A SELETIVIDADE DO ICMS SOBRE O
FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA E
SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO A PARTIR DO
CRITÉRIO DA ESSENCIALIDADE E O JULGAMENTO
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO TEMA
745 DA REPERCUSSÃO GERAL

A SELETIVIDADE DO ICMS SOBRE O FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO A PARTIR DO CRITÉRIO DA ESSENCIALIDADE E O JULGAMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO TEMA 745 DA REPERCUSSÃO GERAL

THE SELECTIVITY OF THE ICMS ON THE SUPPLY OF ELECTRICITY AND TELECOMMUNICATION SERVICES FROM THE CRITERIA OF ESSENTIALITY AND THE JUDGMENT BY THE FEDERAL SUPREME COURT OF THEME 745 OF THE GENERAL REPERCUSSION

Jorge Américo Pereira de Lira

Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE); Vice-Diretor da Escola Judicial de Pernambuco (Esmape).

RESUMO

Trata-se de estudo que aborda a discussão acerca do alcance do art. 155, §2º, III, da CF/88, que prevê a aplicação do princípio da seletividade ao ICMS, no caso do fornecimento de energia elétrica e dos serviços de telecomunicações. O presente tema é pauta atual no âmbito doutrinário e, sobretudo, jurisprudencial, tendo em vista recente julgado em sede de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal (Tema 745), o qual teve grande impacto socioeconômico. Em razão disso, um dos principais objetivos desse trabalho é compreender os argumentos da corrente majoritária do Supremo que se sagrou vencedora no julgamento, bem como da divergência. A conclusão atingida pelo STF no julgamento da Repercussão Geral é de que inexistente razão para se submeter, como regra, a energia elétrica e o serviço de telecomunicação – seja qual for seu consumidor ou mesmo o nível de consumo – à alíquota de ICMS maior do que aquela incidente sobre as operações em geral, quando adotada a seletividade, em razão, prioritariamente, desse serviço e produto serem de primeira ordem de essencialidade.

Palavras-Chave: ICMS. Seletividade. Essencialidade. Energia elétrica. Serviço de telecomunicação. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This study is about the discussion of the extent of the article 155, §2º, III, of the Brazilian Constitution, which establishes the application of the principle of selectivity to the ICMS, in the case of electric power supply and telecommunication services. This theme is being currently analyzed by the doctrine and, mainly, by the jurisprudence, due to a recent important case of the Brazilian Supreme Court, that had a huge social and economic impact. Because of that, one of the main purpose of this paper is to examine the arguments exposed in this paradigmatic case

by the majority position of the Supreme Court and its divergency as well. The conclusion reached by the Supreme Court is that the electric power supply and the telecommunication service, independently of who is the consumer or the level of consumption, shouldn't be submitted to tax rates higher than that apply to general operation, when the principle of selectivity is adopted, mostly because of the essentiality of those good and services.

Keywords: ICMS. Selectivity. Essentiality. Electric Power. Telecommunication service. Supreme Court.

INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo que aborda a discussão acerca do alcance do art. 155, §2º, III, da CF/88, que prevê a aplicação do princípio da seletividade ao ICMS, incidente, especificamente no caso, sobre o fornecimento de energia elétrica e os serviços de telecomunicações.

O presente tema é pauta atual de discussão no âmbito doutrinário e, sobretudo, jurisprudencial, tendo em vista recente julgado em sede de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal (Tema 745), o qual teve grande impacto socioeconômico, tanto que a Suprema Corte, por maioria, modulou os efeitos da decisão, estipulando que ela valesse a partir do exercício financeiro de 2024, ressaltando as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (05/02/21).

Impõe-se, assim, reconhecer que o tema é instigante, pelo debate profundo que suscitou no STF, e de inegável relevância prática. Em razão disso, buscar-se-á analisá-lo com a devida atenção, a fim de compreender os argumentos deduzidos pela vertente do Supremo que se sagrou vencedora no julgamento, bem como pela divergência.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA SELETIVIDADE E ESSENCIALIDADE

O princípio da seletividade ou a técnica de tributação da seletividade objetiva, de forma indireta, graduar a carga tributária do imposto de acordo com a capacidade contributiva dos consumidores, tendo em vista que consiste na previsão de alíquotas conforme a natureza ou a finalidade dos bens, produtos ou mercadorias.

Nas palavras de Leandro Paulsen, “selecionar é distinguir, separar, escolher. A seletividade implica múltiplos tratamentos tributários, adequados a cada objeto.”¹

A seletividade exsurge expressamente na Constituição Federal para o IPI e para o ICMS nos seguintes termos:

1 PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 188.

DOS IMPOSTOS DA UNIÃO

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

IV – produtos industrializados;

(...)

§ 3o O imposto previsto no inciso IV:

I – será seletivo, em função da essencialidade do produto; (...)

DOS IMPOSTOS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre

(...)

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2o O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

III – poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;

Em ambos os casos, observa-se que a seletividade se encontra vinculada à essencialidade, indicando que os referidos impostos podem ter alíquotas variadas em função dos próprios produtos, e não em função da base de cálculo, como ocorre na progressividade.²

A essencialidade do produto realmente constitui critério para diferenciação das alíquotas, que homenageia e concretiza o princípio da capacidade contributiva. Isso porque os produtos essenciais são consumidos por toda a população, enquanto os produtos supérfluos são consumidos apenas por aqueles que, já tendo satisfeito suas necessidades essenciais, dispõem de recursos adicionais para tanto.³

Segundo Fábio Canazaro, “mercadorias e serviços essenciais, sob o ponto de vista jurídico, são aquelas cujos valores constitucionais denotam ser indispensáveis à promoção da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça — ou seja, das finalidades constitucionalmente prescritas”. Nessa toada, são “as mercadorias e serviços destinados à proteção e à manutenção da dignidade humana, à erradicação da pobreza e da marginalização, à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados e à defesa do meio ambiente”. Dessa forma, infere o referido autor que “o legislador não é livre para identificar ou conceituar o que é e o que não é essencial como fator indicativo, visando à promoção da igualdade”.⁴

Historicamente, o ICMS nunca foi um tributo seletivo, razão pela qual a Constituição de 1988, ao dispor sobre a competência dos Estados para instituir tal tributo, estabeleceu a

2 SCHOUEIRI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 777.

3 PAULSEN, Op. cit., p. 100.

4 CANAZARO, Fábio. **Essencialidade tributária: igualdade, capacidade contributiva e extrafiscalidade na tributação sobre o consumo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.154.

facultatividade em instituírem-no de tal forma, diferentemente do previsto quanto ao IPI, o qual a Constituição preconiza que será seletivo. Assim, ao estabelecer que o ICMS poderá ser seletivo em razão da essencialidade, a Constituição Federal determina que os Estados podem, alternativamente: (a) instituir o ICMS com alíquota única, observando o histórico do tributo, ou (b) instituir o ICMS com alíquota variável, de forma seletiva. No entanto, em adotando a segunda opção, faz-se necessário graduar tal imposto com base na essencialidade da mercadoria ou do serviço que se está tributando.⁵

Dessa forma, tem-se, majoritariamente na doutrina, que a aplicação da seletividade é facultativa aos Estados quando da instituição do ICMS, porém, uma vez adotada tal técnica de tributação, a fixação das alíquotas deve necessariamente observar a essencialidade das mercadorias e dos serviços tributados.

Nesse sentido, posicionou-se o Min. Dias Toffoli, em seu Voto-Vista, proferido no RE 714.139, julgado pela sistemática da repercussão geral (Tema 745), “entendo que, uma vez adotada a seletividade no ICMS, o critério dessa seletividade deve ser o da essencialidade da mercadoria ou do serviço. Em poucas palavras, o que é facultativa é a adoção da seletividade no ICMS, e não o critério dessa seletividade. Corroborando o entendimento, vide lições de Leandro Paulsen, de Gustavo Fossati, de Hugo de Brito Machado e de Hugo de Brito Machado Segundo.”

2 O PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE APLICADO AO ICMS SOBRE O FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA E OS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

De acordo com os marcos acima estabelecidos, no que concerne à caracterização da essencialidade de um determinado produto ou serviço, pode-se concluir, longe de qualquer dúvida, que o fornecimento de energia elétrica e os serviços de telecomunicação são de notória essencialidade para o ser humano, dada a sua imprescindibilidade para uma vida digna e para o desenvolvimento social e econômico da sociedade.

Sem energia elétrica, não é possível à sociedade produzir ou manter o comércio com bens e serviços à população, não é possível conservar grande parte dos alimentos, iluminar os lares e as ruas, garantir o acesso a diversos meios de comunicação, à informação e à instrução educacional.⁶

A seu turno, é notório que “os serviços de telecomunicações passaram a integrar a cesta básica de mercadorias e serviços essenciais aos cidadãos, constituindo mecanismo de

5 GUIMARÃES, Bruno A. França. A seletividade do ICMS sobre o fornecimento de energia elétrica e sua repetição de indébito. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 37, 2017. Disponível em: <[http:// https://ibdt.org.br/RDTA/a-seletividade-do-icms-sobre-o-fornecimento-de-energia-eletrica-e-sua-repeticao-de-indebito/](http://https://ibdt.org.br/RDTA/a-seletividade-do-icms-sobre-o-fornecimento-de-energia-eletrica-e-sua-repeticao-de-indebito/)>. Acesso em: 17 mar. 2022.

6 GUIMARÃES, Op. cit.

inclusão social, ativação profissional e integração ao debate público.”⁷

Segundo o Min. Gilmar Mendes, em seu Voto-Vista, proferido no RE 714.139 (Tema 745 da Repercussão Geral), “não é exagero afirmar que a dificuldade de acesso a determinados serviços de telecomunicações é causa e característica inequívoca do atraso e das desigualdades sociais que grassam grande parte da sociedade brasileira.”

Sendo assim, a essencialidade da energia elétrica e dos serviços de telecomunicação é patente e inegável, não se tratando de ponto controvertido dentro da presente temática. O cerne da principal controvérsia, em verdade, reside na utilização da capacidade contributiva como critério para operacionalizar a igualdade nos tributos indiretos sobre o consumo, a partir da progressividade de alíquotas.

Levando em consideração a capacidade contributiva, além da essencialidade do bem em si, alguns Estados da federação estipulam alíquotas diferentes a depender do consumidor, do volume de energia consumido e/ou da destinação do bem.

A discussão reside na legitimidade de utilizar como critério, à luz do princípio da capacidade contributiva, a figura do contribuinte, além da essencialidade da mercadoria ou serviço, para a tributação do ICMS a partir de alíquotas progressivas e diferenciadas.

Próximo ao reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da repercussão geral da questão constitucional acerca da aplicação do princípio da seletividade ao ICMS com os desdobramentos ora comentados, o que se deu em junho de 2014, foi proferido acórdão pela Suprema Corte da relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, em que restou consignado que “a capacidade tributária do contribuinte impõe a observância do princípio da seletividade como medida obrigatória”, exigindo que, “mediante a aferição feita pelo método da comparação”, não haja incidência de “alíquotas exorbitantes em serviços essenciais”.

Por oportuno, eis a ementa do referido julgado:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA E DE TELECOMUNICAÇÕES. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. PRINCÍPIO DE SELETIVIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Não obstante a possibilidade de instituição de alíquotas diferenciadas, tem-se que 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. II – No caso em exame, o órgão especial do Tribunal de origem declarou a inconstitucionalidade da legislação estadual que fixou em 25% a alíquota sobre os serviços de energia elétrica e de telecomunicações – serviços essenciais – porque o legislador ordinário não teria observado os princípios da essencialidade e da seletividade, haja vista que estipulou alíquotas menores para produtos supérfluos. III – Estabelecida essa premissa, somente a partir do reexame do método comparativo adotado e da interpretação da legislação ordinária, poder-se-ia chegar à conclusão em sentido contrário àquela adotada pelo Tribunal a quo. IV – Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 634457 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 14-08-2014 PUBLIC 15-08-2014)

⁷ GUIMARÃES, Op. cit.

A despeito do citado julgamento, o tema estava longe de ser exaurido, havia necessidade de maiores debates e definição do posicionamento do STF acerca do alcance do art. 155, §2º, III, da CF/88, que prevê a aplicação do princípio da seletividade ao ICMS, notadamente no que concerne ao critério conformativo da aplicação desse princípio pelo legislador estadual. Em outras palavras, conforme consignou o Min. Gilmar Mendes em seu Voto-Vista, o cerne da questão é se o legislador está vinculado apenas à essencialidade na diferenciação das alíquotas, de modo que produtos tidos por essenciais em hipótese alguma podem ser onerados em patamares superiores à alíquota geral.⁸

3 ANÁLISE DO JULGAMENTO PELO STF DO TEMA 745 DA REPERCUSSÃO GERAL: ALCANCE DO ART. 155, §2º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE PREVÊ A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE AO ICMS

De início, faz-se mister tecer algumas considerações acerca do contexto fático que deu ensejo ao processo paradigma, em cujo julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, sob a sistemática dos recursos repetitivos, foi fixada a tese referente ao Tema 745 da Repercussão Geral.

A discussão reside no fato de o Estado de Santa Catarina ter fixado alíquotas diferenciadas relativamente ao ICMS incidente sobre energia elétrica. No tocante à alíquota geral, foi estabelecido o percentual de 17%; para o consumo domiciliar de energia elétrica (até 150kW), bem como para a energia elétrica destinada ao produtor rural e cooperativas rurais redistribuidoras (observado o limite de 500kW), incide a alíquota de 12%; enquanto, no que tange às demais situações de consumo de energia elétrica, aplica-se a alíquota de 25%.

O caso começou quando a empresa recorrente se insurgiu contra a alíquota de 25% do ICMS sobre serviços de energia elétrica e telecomunicações para consumidores de grande porte, sob o argumento de que esse percentual não respeitava os princípios constitucionais da seletividade e da essencialidade. A tese da recorrente era, em apertada síntese, de que seria desproporcional que a tributação de energia e telefonia fosse percentualmente superior à de mercadorias como cosméticos, armas, bebidas alcoólicas e fumo.

Pois bem. A questão controvertida no RE 714.139/SC, com repercussão geral reconhecida (Tema 745), consiste em definir o alcance da regra prevista no inciso III do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal, no que prevê a aplicação do princípio da seletividade ao ICMS, a partir do critério da essencialidade.

No referido recurso, foi fixada a tese, por maioria, no sentido de que, uma vez:

Adotada, pelo legislador estadual, a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços — ICMS, discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações

⁸ Voto-Vista do Min. Gilmar Mendes - RE 714.139, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-049, DIVULG 14-03-2022 PUBLIC 15-03-2022.

de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços.

O Min. relator Marco Aurélio reconheceu a essencialidade dos serviços de telecomunicações e de energia elétrica, nos seguintes termos:

(...) A utilidade social dos setores de energia elétrica e telecomunicação é revelada na Constituição Federal, em que foram alçados à condição de serviços públicos de competência da União – artigo 21, incisos XI e XII, alínea “b”.

Na mesma esteira, a Lei nº 7.883/1989, na parte em que versadas as limitações ao exercício do direito de greve, incluiu-os como atividades essenciais. Confirmam:

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; [...]

VII - telecomunicações;

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, mediante pesquisa nacional contínua por amostra de domicílios, revelou a presença de energia elétrica em 99,8% das residências. Quanto aos estabelecimentos industriais e comerciais, a importância do bem é auto-evidente, sem o qual inviabilizada a atividade. Na dicção de Hugo de Brito Machado Segundo, “sem energia não há vendas, prestação de serviços ou produção. Não se vive, apenas se sobrevive, e mal.”

O relevo das telecomunicações não fica atrás. Levantamento da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel sinaliza que 98,2% da população brasileira tem acesso à telefonia e à internet móvel. A pandemia covid-19 veio confirmar a pertinência do serviço, no que viabilizou a prestação de outras atividades essenciais, como saúde, educação e prestação jurisdicional.

Concluiu o Ministro Relator que a majoração das alíquotas de ICMS sobre energia elétrica e serviços de telecomunicações, por meio de lei estadual, em relação aos produtos em geral, implica desvirtuamento da técnica da seletividade, considerada a maior onerosidade sobre bens de primeira necessidade, não se compatibilizando com os fundamentos e objetivos contidos no texto constitucional, a teor dos artigos 1º e 3º, seja sob o ângulo da dignidade da pessoa humana, seja sob a óptica do desenvolvimento nacional.⁹

Ainda segundo o relator:

Levando em conta a calibragem das alíquotas instituídas pela norma local, impõe-se o reenquadramento jurisdicional da imposição tributária sobre a energia elétrica e os serviços de telecomunicação, fazendo incidir a alíquota geral, de 17%. Não se trata de anômala atuação legislativa do Judiciário. Ao contrário, o que se tem é glosa do excesso e, conseqüentemente, a recondução da carga tributária ao padrão geral, observadas as balizas fixadas pelo legislador comum.

_____ Dessa forma, o STF declarou a inconstitucionalidade das previsões de alíquotas sobre

9 Voto do Min. Marco Aurélio - RE 714.139, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-049, DIVULG 14-03-2022 PUBLIC 15-03-2022.

as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços.

O voto do relator foi seguido pelos Ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Edson Fachin, Rosa Weber e Luiz Fux.

Adentrando nos argumentos que compuseram o repertório da corrente vencedora no STF, cumpre ressaltar que, segundo o Min. Toffoli, em seu Voto-Vista, no qual acompanhou o relator, não se pode olvidar que o dimensionamento do ICMS, ainda que presente seu caráter seletivo, pode levar em conta diversos elementos, como: a qualidade intrínseca da mercadoria ou do serviço; o fim a que se presta um ou outro; seu preço; a capacidade econômica do consumidor final; as características sociais, econômicas e naturais do país e do estado instituidor do imposto; a função extrafiscal da tributação. A despeito disso, explica o Ministro que, mesmo considerando outros elementos, além da qualidade intrínseca da energia elétrica, inexistente razão para se submeter, como regra, a energia elétrica – seja qual for seu consumidor ou mesmo o nível de consumo – à alíquota de ICMS maior do que aquela incidente sobre as operações em geral, quando adotada a seletividade.

O Min. Toffoli concluiu seu raciocínio, aduzindo que, não obstante a lei catarinense tenha observado a eficácia positiva da seletividade na cobrança do ICMS sobre energia elétrica com aquela alíquota de 12%, nas situações acima especificadas, violou a eficácia negativa do mesmo preceito, ao estabelecer a incidência, como regra, do ICMS sobre energia elétrica com a elevada alíquota de 25%, a qual, aliás, onera os produtos supérfluos, pelo que teria havido ofensa ao conteúdo mínimo da seletividade.

O Min. Alexandre de Moraes abriu divergência, votando pelo parcial provimento do Recurso Extraordinário, apenas para afastar a alíquota de 25% incidente sobre os serviços de comunicação, aplicando-se a alíquota do ICMS prevista pelo Estado de Santa Catarina para as mercadorias e serviços em geral (art. 19, inciso I, da Lei 10.297/1996).

Ele propôs a fixação de uma tese em três partes: “I. Não ofende o princípio da seletividade/essencialidade previsto no artigo 155, parágrafo 2º, III, da Constituição Federal a adoção de alíquotas diferenciadas do ICMS incidente sobre energia elétrica, considerando, além da essencialidade do bem em si, o princípio da capacidade contributiva. II. O ente tributante pode aplicar alíquotas diferenciadas em razão da capacidade contributiva do consumidor, do volume de energia consumido e/ou da destinação do bem. III. A estipulação de alíquota majorada para os serviços de telecomunicação, sem adequada justificativa, ofende o princípio da seletividade do ICMS”.

Na esteira do pensamento do Min. Gilmar Mendes, que acompanhou a divergência em seu Voto-Vista, a matéria concernente ao artigo 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federal mostra-se intimamente relacionada aos fundamentos de equidade do sistema tributário, introduzindo na sistemática do ICMS a possibilidade de instituição de alíquotas variadas, com base no princípio da seletividade. Com efeito, ao oportunizar a incidência da seletividade no

ICMS, vinculando-a à fixação de alíquotas “em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços”, o Constituinte não instituiu microsistema próprio a esse imposto, apartando-o das diretrizes gerais do sistema tributário.

Em outras palavras, explica o Min. Gilmar Mendes que o critério da essencialidade na aplicação do princípio da seletividade deve ser lido e interpretado à luz das normas gerais que regem o sistema tributário nacional e dos valores constitucionais positivados, especialmente os princípios da capacidade contributiva e da isonomia.

Para a divergência, nas palavras do Min. Gilmar Mendes, seria um contrassenso conferir à essencialidade o caráter restritivo que se pretende, de modo a dela extrair conclusões que eventualmente afastem a incidência do princípio da capacidade contributiva, outro fator potencializador da justiça fiscal. Isso porque a essencialidade, enquanto critério concretizador da isonomia material na tributação, não pode afastar as próprias premissas normativas de sua existência, especialmente o princípio da capacidade contributiva.

Ao interpretar o art. 145, § 1º, da Constituição Federal, segundo o qual “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte (...)”, argumenta o Min. Gilmar Mendes que o Supremo Tribunal Federal tem consolidado o entendimento de que o princípio da capacidade contributiva deve ser considerado na composição dos elementos de todos os impostos e mesmo de outros tributos.

Portanto, no entendimento do referido Ministro, a incidência do princípio da capacidade contributiva em todos os impostos impõe que, na aplicação do critério da essencialidade, sejam considerados outros fatores além daqueles atinentes à natureza do produto, ainda assim concretizadores da isonomia material e mesmo de outros valores constitucionais, em homenagem a norma básica da hermenêutica constitucional, consubstanciada no princípio da unidade da Constituição.

CONCLUSÃO

A partir de tudo que foi analisado no presente estudo, afigura-se patente que, para a corrente vencedora do STF no julgamento da Repercussão Geral, mesmo considerando outros elementos, além da essencialidade do serviço ou do produto, inexistente razão para se submeter, como regra, a energia elétrica e o serviço de telecomunicação – seja qual for seu consumidor ou mesmo o nível de consumo – à alíquota de ICMS maior do que aquela incidente sobre as operações em geral, quando adotada a seletividade, sob pena de violar a eficácia negativa do preceito constitucional em questão, ao estabelecer a mesma elevada alíquota que incide sobre produtos supérfluos para serviço e produto de primeira ordem de essencialidade, atentando, assim, contra o conteúdo mínimo da seletividade.

Por outro lado, a divergência se firmou no sentido de que “não se extrai da norma constitucional em jogo a impossibilidade de alíquotas de determinado produto essencial variarem conforme seu uso e destinação, desde que a opção do legislador, no caso concreto, efetivamente materialize princípios gerais do sistema tributário nacional, - como a capacidade contributiva e a isonomia – ou mesmo outros objetivos extrafiscais com assento constitucional.”¹⁰

No entanto, observa-se que o objeto da divergência do julgamento se restringiu à discussão acerca da constitucionalidade da alíquota do ICMS apenas no que tange ao fornecimento de energia elétrica. Isso porque, como o Estado de Santa Catarina previu alíquota majorada de 25% para os serviços de telecomunicação, sem implementar qualquer gradação ou fundamentar a opção legislativa em outras normas constitucionais, houve unanimidade na Suprema Corte quanto à inconstitucionalidade dessa previsão.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquemático**. 8. ed. São Paulo: Método, 2014.

CANAZARO, Fábio. **Essencialidade tributária: igualdade, capacidade contributiva e extrafiscalidade na tributação sobre o consumo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

GOES, Severino. **STF favorece estados ao modular decisão que proibiu alíquota elevada de ICMS**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-12/modular-decisao-proibiu-a-liquota-elevada-icms-favorece-estado>>. Acesso em: 17 mar. 2022.

GUIMARÃES, Bruno A. François. A seletividade do ICMS sobre o fornecimento de energia elétrica e sua repetição de indébito. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 37, 2017. Disponível em: <[http:// https://ibdt.org.br/RDTA/a-seletividade-do-icms-sobre-o-fornecimento-de-energia-eletrica-e-sua-repeticao-de-indebito/](http://https://ibdt.org.br/RDTA/a-seletividade-do-icms-sobre-o-fornecimento-de-energia-eletrica-e-sua-repeticao-de-indebito/)>. Acesso em: 17 mar.2022.

NETO, João de Souza Alho. **Seletividade em função da essencialidade: ICM e energia elétrica**, n. 39, 2018. Disponível em: <https://ibdt.org.br/RDTA/seletividade-em-funcao-da-essencialidade-icms-e-energia-eletrica/>. Acesso em: 17 mar.2022.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário completo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

Otávio Ribeiro Pimentel

A CRIAÇÃO DE UMA CENTRAL DE REGULAÇÃO DE
VAGAS E O CONTROLE DA SUPERPOPULAÇÃO
CARCERÁRIA PELO PODER JUDICIÁRIO

A CRIAÇÃO DE UMA CENTRAL DE REGULAÇÃO DE VAGAS E O CONTROLE DA SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA PELO PODER JUDICIÁRIO

THE CREATION OF A VACANCY REGULATION CENTER AND THE CONTROL OF PRISON OVERPOPULATION BY THE JUDICIAL POWER

Otávio Ribeiro Pimentel

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE). Especializado em Jurisdição Penal Contemporânea e Sistema Prisional pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Graduado em Direito pela Pontifícia Católica de São Paulo (PUC).

RESUMO

Esse trabalho irá abordar o problema da superlotação carcerária e investigar o papel que deve ser desempenhado pelo Poder Judiciário na superação do “estado de coisas inconstitucional”. No início do trabalho, será exposta a situação degradante das prisões brasileira e analisado o instituto jurídico do “estado de coisas inconstitucional”, bem como a sua origem e repercussão jurídica. Em seguida, será averiguado os limites de atuação do Poder Judiciário no enfrentamento do problema carcerário e exposta a necessidade de sua atuação ser mais assertiva e condizente com o papel atribuído pela Constituição Federal de guardião dos direitos fundamentais. A partir da ideia do *numerus clausus*, será examinada a possibilidade de criação de um órgão de regulação de vagas similar ao já existente no sistema socioeducativo, com ênfase no marco teórico e nas ferramentas expostas no Manual Para Gestão de Lotação Prisional recentemente elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça. Para tanto, será utilizado o método dedutivo, empregado a partir de pesquisa bibliográfica, documental, jurisprudencial e legislativa acerca do tema.

Palavras-chave: Superlotação carcerária. Estado de coisas inconstitucional. *Numerus clausus*. Central de Regulação de Vagas.

ABSTRACT

This work will address the problem of prison overcrowding and investigate the role that the Judiciary must play in overcoming the unconstitutional state of affairs. At the beginning of the work, the degrading situation of Brazilian prisons will be exposed and the legal institute of the unconstitutional state of affairs will be analyzed, as well as its origin and legal repercussion. Then, the limits of action of the Judiciary in dealing with the prison problem will be investigated

and the need for its performance to be more assertive and consistent with the role assigned by the Federal Constitution of guardian of fundamental rights will be exposed. From the idea of *numerus clausus*, the possibility of creating a vacancy regulation body similar to the one already existing in the socio-educational system will be examined, with emphasis on the theoretical framework and the tools exposed in the Manual for Prison Capacity Management recently prepared by the National Council of Justice. Therefore, the deductive method will be used, based on bibliographic, documentary, jurisprudential and legislative research on the subject

Keywords: Prison overcrowding. Unconstitutional state of affairs. *numerus clausus*. Vacancy Regulation Center.

INTRODUÇÃO

É sabido que o Estado brasileiro viola, de forma sistemática, os direitos fundamentais dos presos. Por conta disso, em 2015, o Supremo Tribunal Federal declarou o “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro e determinou algumas providências cautelares para minimizar o problema da superlotação carcerária e o caos que toma conta dos estabelecimentos penais existentes no país (BRASIL, 2016).

Não obstante o peso simbólico desse julgamento, a crise do sistema prisional está longe de ser resolvida e os efeitos da superpopulação carcerária continuam sendo sentidos pelas pessoas que estão sob a custódia e responsabilidade do Estado.

Indaga-se, então: o que pode ser feito para que o Estado brasileiro cumpra o seu dever constitucional de resguardar a plenitude da dignidade daquele condenado sob sua tutela? E qual o papel do Poder Judiciário diante da superlotação carcerária e dos problemas dela decorrente?

As respostas a essas indagações não são simples e exigem reflexões sobre os limites da intervenção do Poder Judiciário na formulação e execução da política pública penitenciária.

Em que pese a complexidade do problema, a crise do sistema prisional precisa ser enfrentada, e o Poder Judiciário não pode se furtar ao seu papel constitucional de guardião dos direitos fundamentais, tendo o dever de ser mais assertivo para a superação desse estado de coisas inconstitucional.

E uma das possíveis formas assertivas de se cogitar é a criação de um órgão destinado a gerir e controlar vagas nos estabelecimentos penais, que possa interferir não apenas na “porta de entrada” do sistema penal, como objetivado através da implementação da audiência de custódia, mas também na “porta de saída”, acarretando a colocação em liberdade de presos que excedam a capacidade máxima dos estabelecimentos em que se encontram.

A proposta desse artigo é, em primeiro lugar, mostrar que a criação de um órgão gestor de vagas do sistema prisional encontra guarida em nosso

sistema jurídico. E a partir disso, tecer comentários sobre o formato desse órgão e o papel reservado ao Poder Judiciário na criação desse órgão.

1 A CRISE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O FENÔMENO DO ENCARCERAMENTO EM MASSA

Conforme enfatizado no início desse artigo, no ano de 2015, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do sistema prisional em nosso país e reconheceu que o Estado brasileiro reiteradamente viola os direitos fundamentais das pessoas que estão sob a sua custódia e responsabilidade (BRASIL, 2016).

É preciso destacar, no entanto, que a crise do sistema prisional não é recente e a situação dos estabelecimentos penais espalhados pelo país é amplamente conhecida pelo poder público¹ e pela sociedade civil², decorrendo, principalmente, da superlotação e da falta de vagas nos estabelecimentos penais³.

Apesar disso, o Estado brasileiro continua franqueando o ingresso maciço de presos ao sistema prisional e criando dificuldades para que eles possam sair das prisões e retomar a dignidade que lhes foi injustamente subtraída junto com a liberdade.

Nestes termos, o Estado brasileiro adota uma política criminal de encarceramento em massa, que também é encampada em muitos outros países do mundo.

Bom assinalar que esse fenômeno do “encarceramento em massa” está relacionado ao processo de expansão do sistema punitivo e ao aumento progressivo do ingresso de presos no sistema prisional.

No caso específico do Brasil, isso é facilmente perceptível, na medida em que o número total de pessoas recolhidas no sistema prisional no ano 2000 era de 232.755 (duzentos e trinta e dois mil, setecentos e cinquenta e cinco), e, no ano de 2014, passou a ser 607.731 (seiscentos e sete mil, setecentos e trinta e um), com um acréscimo substancial de 161% (cento e sessenta e um por cento) (ZACKSESKI; MACHADO; AZEVEDO, 2016)

1 Em artigo destacado no julgamento da ADPF 347, a Professora Ana Paula de Barcellos pontua que as condições alarmantes do sistema brasileiro levaram a Câmara dos Deputados a instaurar uma Comissão Parlamentar de Inquérito e que este órgão teria mencionado, em seu relatório, que os problemas encontrados existiriam desde o início do século XIX (2010).

2 Há algum tempo organizações internacionais de direitos humanos, como a Human Rights Watch e a Anistia Internacional, denunciam as condições degradantes do sistema prisional brasileiro, sendo exemplo disso, os relatórios elaborados por essas entidades no ano de 2008 (ZACKSESKI; MACHADO; AZEVEDO, 2016).

3 Segundo o levantamento de informações carcerárias do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), relativo ao período de julho a dezembro de 2021, a população carcerária do Brasil contava com 679.577 presos, (mal) acomodados em 467.569 vagas existentes no sistema prisional (BRASIL, 2021)

Muitas são as explicações para esse incremento da população carcerária nesse espaço relativamente curto de tempo, e algumas relacionam o fenômeno ao neoliberalismo e a diminuição da intervenção do Estado na resolução dos problemas sociais.

Loic Wacquant (2011) examina o fenômeno sob esse prisma, e, após fazer minuciosa análise da expansão punitiva nos Estados Unidos, aponta a transição do Estado-providência ao Estado-penitência como forma encontrada naquele país para solucionar os problemas de desemprego e criminalidade na sociedade pós-industrial.

Se antes as prisões serviam para “corrigir” os presos e torna-los aptos aos postos de trabalhos existentes no modelo de produção industrial, agora as prisões cumprem a função de retirar do convívio social as pessoas que não conseguem se inserir na cadeia de produção e consumo.

Dentro dessa ótica, portanto, o encarceramento em massa tem um papel de destaque nesse modelo econômico que aprofunda as desigualdades sociais e exclui a maioria da população do acesso a riqueza e bens materiais.

Para Wacquant (2008, p. 11), o aumento do punitivismo nos Estados Unidos “evidencia a implementação de criminalização de pobreza, que é o complemento indispensável à imposição de ofertas de trabalho precárias e mal remuneradas”.

Embora a análise do incremento punitivo do autor recaia, primordialmente, sobre a realidade norte-americana, suas reflexões se amoldam, também, ao contexto brasileiro. E geram maior preocupação, na medida em que a pobreza é mais aguda em nosso país e as prisões existentes em nosso território são mais degradantes que as existentes nos Estados Unidos da América.

O Brasil, como sabido, conta com uma parcela maior de pessoas economicamente “indesejadas” e dispõe de menos recursos para a construção sistemática de estabelecimentos prisionais.

Não é de se estranhar, portanto, que o processo de encarceramento massivo resulte na superlotação prisional e na sistemática violação dos direitos fundamentais dos presos.

O que poderia causar estranheza, no entanto, é a postura dos atores jurídicos e a persistência da cultura punitiva nas entranhas do Poder Judiciário, mesmo diante da ciência inequívoca do grave problema prisional brasileiro.

Os juízes se comportam como se fossem alheios ao problema da superlotação carcerária, e, de forma burocrática e mecânica, continuam decretando prisões, atuando a serviço da “máquina de limpeza social” do Estado brasileiro, similarmente como Adolf Eichmann agia em relação ao extermínio dos judeus e indesejáveis do Terceiro Reich (HOFFMAM; WITSCHORECK, 2020)

Essa afirmação pode, à primeira vista, parecer exagerada, mas o processo de marginalização das pessoas pobres e indesejadas ao sistema econômico, autoriza a abordagem comparativa e traz à tona a gravidade do fenômeno do encarceramento em massa no Brasil.

Sob esse viés, Michelle Alexander explica o fenômeno do encarceramento em massa nos Estados Unidos como uma nova forma de controle e sujeição racial, expressando preocupação com o processo de marginalização dos negros, que se revela apropriado descrever neste espaço, por estar relacionado com o fenômeno brasileiro:

É justo dizer que temos testemunhado nos Estados Unidos a evolução de um sistema de castas raciais baseado inteiramente na exploração (escravo) para outro baseado em grande parte na subordinação (Jim Crow) e então para um definido pela marginalização (encarceramento em massa). Embora a marginalização possa parecer preferível à exploração, ela pode ser ainda mais perigosa. A marginalização extrema, como temos visto ao longo da história mundial, coloca o risco de extermínio. Tragédias como o Holocausto na Alemanha ou a limpeza étnica na Bósnia remontam a extrema marginalização e estigmatização de grupos raciais e étnicos. Como o jurista Jonh A. Powell comentou certa vez, mais ou menos em tom de brincadeira: “na verdade, é melhor ser explorado do que marginalizado, em alguns aspectos, porque se você é explorado, presume-se que você ainda é útil (ALEXANDER, 2017, p. 306).

Esse processo de marginalização, na visão da autora acima mencionada, só teve sucesso devido à guerra contra as drogas deflagrada naquele país na década setenta, e impulsionada na década de oitenta, com o propósito consciente de criar um novo sistema de castas raciais nos Estados Unidos.

Embora seja discutível se a motivação apontada pela autora se amolde a realidade brasileira, o fato é que a guerra contra as drogas também sido utilizada como um poderoso instrumento para viabilizar a política de encarceramento massivo em nosso território.

Esse fato é percebido através dos dados oficiais, que mostram que a imputação pelo art. 33 das Lei das Drogas é, depois, da imputação pelo art. 157 do Código Penal, a que mais contribui para o encarceramento no país (CARVALHO, 2016).

Embora a política contra as drogas em nosso país demande um outro trabalho para ser melhor compreendida, o fato é que ela ocupa, atualmente, um papel central nesse processo de encarceramento massivo e contribuiu decisivamente para o quadro degradante do sistema prisional brasileiro e para as violações dos direitos fundamentais dos presos e das presas.

1.1 A VIOLAÇÃO SISTEMÁTICA A DIREITOS E O SEU RECONHECIMENTO PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Como já enfatizado, a situação degradante dos estabelecimentos penais espalhados pelos países é notória e bem conhecida pela sociedade civil e autoridades públicas. Muitos foram os documentos produzidos por entidades públicas e privadas denunciando as violações dos direitos fundamentais dos presos e dos agentes públicos que trabalham nesses locais.

O Conselho Nacional do Ministério Público, por exemplo, apresentou o Projeto Sistema Prisional em Números, elaborado a partir de visitas dos membros do Ministério Público em todo o país (MOREIRA, 2018).

Além da superlotação, o documento traz informações graves acerca do ambiente prisional brasileiro.

De acordo com o estudo, entre março de 2017 a fevereiro de 2018, houveram 474 mortes de prisioneiros em um total de 1456 (um mil quatrocentos e cinquenta e seis) estabelecimentos penais espalhados pelo país. Demais disso, em 81 (oitenta e um) estabelecimentos houve registro interno de maus-tratos a presos praticados por servidores, e, em 436 presídios, foi registrada lesão corporal a preso (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2022; MOREIRA, 2018).

Além do flagrante desrespeito a vida e integridade física dos presos, também se observa através do estudo que o Estado brasileiro não observa o seu dever de prestar assistência aos presos na forma determinada no art. 11 da Lei nº. 7.210/84.

Ainda segundo o estudo do Conselho Nacional do Ministério Público, mais da metade dos estabelecimentos penais da região Nordeste (58,75%) não dispõe de assistência médica, e 44,64% dos estabelecimentos penais existentes no país não oferecem assistência educacional aos presos (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2022; MOREIRA, 2018).

Outras deficiências apontadas no documento poderiam ser apresentadas nesse artigo, mas o que chama atenção nesse estudo é que ele foi elaborado pelo órgão que integra a instituição responsável pela defesa da ordem jurídica, e é, constitucionalmente, incumbido de fazer o controle do cumprimento dos deveres funcionais por parte de seus membros (BRASIL, 1988).

Não obstante, muitos de seus integrantes costumam fazer vista grossa ao panorama carcerário brasileiro e adotam posições punitivistas nos processos criminais em que atuam, pedindo prisões preventivas desnecessárias, opinando contrariamente à pleitos liberatórios e recorrendo de decisões judiciais que entendem ser brandas com os acusados.

Contrastando com essa postura dura e inflexível com os réus pobres e miseráveis, esses mesmos integrantes do Ministério Público adotam posições lenientes em relação

a omissão e descaso do Estado no cumprimento dos deveres constitucionais e legais relacionados ao sistema prisional.

Noutro giro, no mês de agosto do ano de 2007, a Câmara dos Deputados do Congresso Nacional instalou uma Comissão Parlamentar de Inquérito para fazer um diagnóstico do sistema prisional brasileiro.

Em que pese a importância dessa iniciativa, não pode ser olvidado que essa não foi a primeira comissão parlamentar instaurada pelo Poder Legislativo para debater o sistema prisional brasileiro e nem a última, na medida em que a Câmara já teve, nos últimos 40 anos, quatro Comissões Parlamentares de Inquérito sobre o sistema carcerário, sendo a primeira, em 1976, com o objetivo não oficial de conhecer as condições dos presos políticos no regime militar, e a última, em 2015 (MIRANDA, 2017).

Todavia, essa Comissão Parlamentar de Inquérito é quem traça o quadro mais acurado do quadro prisional brasileiro e revela, de forma pormenorizada, as mazelas e problemas existentes nos diversos estabelecimentos penais espalhados pelo país.

As conclusões expostas em seu relatório final⁴ fornecem a exata dimensão de como o Estado brasileiro descumpra os seus deveres básicos de cuidado e viola, de forma sistemática, os direitos fundamentais dos presos, impondo-lhes castigos cruéis e desumanos.

Vale frisar que após a conclusão dos trabalhos por essa Comissão Parlamentar de Inquérito, pouco, ou nada mudou, pois, outra comissão com o mesmo propósito foi instalada no ano de 2015, e, nesse mesmo ano, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Em que pese isso, nosso parlamento também age como se não tivesse conhecimento da realidade prisional, e, para agradar a opinião pública, acaba produzindo leis populistas, que contribuem para o incremento da população carcerária.

Um bom exemplo dessa atuação, pode ser encontrado na Lei nº. 13.964/2019, também conhecida como “Pacote Anticrime” (BRASIL, 2019), que aumenta o tempo máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade e passa a exigir mais tempo para que o apenado possa ser transferido de um regime mais gravoso para outro menos gravoso.

Não causa estranheza, portanto, o fato de o Estado brasileiro ser reiteradamente repreendido e condenado pelos órgãos que integram o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como a Comissão Americana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

4 BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Brasília. 2009. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701/>. Acesso em: 22 set 2022.

Prova disso é que existem 42 (quarenta e duas) resoluções sobre medidas provisórias contra o Brasil a respeito do seu sistema prisional, em que são relatadas violações massivas e sistemática dos direitos humanos aos indivíduos em situação de privação de liberdade (SANTIAGO; DE PAULA PESSOA, 2021, p. 235)

Como se vê, muito antes do Supremo Tribunal Federal ter reconhecido o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro, a violação sistemática dos direitos fundamentais dos presos já havia sido denunciada e reconhecida pelos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Não se pode, no entanto, deixar de reconhecer a importância da referida decisão judicial e sua relevância para a problematização e busca de soluções para superação desse quadro tão degradante que caracteriza o sistema prisional brasileiro.

Mas qual é o alcance desta decisão judicial do Supremo Tribunal Federal e qual o significado da figura jurídica do estado de coisas inconstitucional? São essas indagações que serão analisadas no próximo tópico deste artigo.

1.2 O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL

O “estado de coisas inconstitucional” é uma figura jurídica desenvolvida pela Suprema Corte Colombiana a partir da Sentença 559/97, prolatada em um caso em que se discutia o serviço público de educação naquele país (MACHADO, 2021).

Já naquele caso se podia vislumbrar as características que, no julgamento da Sentença 153/1998, viriam a ser sedimentadas como essenciais na definição do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional da Colômbia.

Em linhas gerais, três são as características determinantes das violações de direitos fundamentais que configuram o estado de coisas inconstitucional: (i) são “o resultado de uma causa estrutural ou histórica” que (ii) “não pode ser atribuída a um único ente, mas ao Estado em seu conjunto” e que (iii) exige a adoção de medidas de longo prazo” (BONILLA; ITURRALDE, 2005; MACHADO, 2021).

O reconhecimento desse estado de coisas inconstitucional possui a singularidade de não se dirigir a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou qualquer ato normativo, mas a um quadro fático complexo, que reclama a intervenção simultânea de vários órgãos e instituições pertencentes aos três poderes do Estado.

Essa exortação difusa visa superar aquilo que a Professora Maíra Rocha Machado chama de “modelo cristalizado de separação de poderes”, em que “muitos atores intervêm, mas nenhum deles se percebe como responsável pelos resultados produzidos coletivamente” (MACHADO, 2021, p. 633).

No caso brasileiro, o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário foi reconhecido e declarado liminarmente pelo Supremo Tribunal Federal no bojo de uma ação judicial de arguição de descumprimento de preceito fundamental ainda não julgada em seu mérito, apesar de ter sido intentada no ano de 2015 (BRASIL, 2016).

Além do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, foram deferidas três medidas cautelares, sendo determinado aos juízes e tribunais que realizassem, em até 90 (noventa) dias, audiências de custódia; à União, que liberasse as verbas do fundo penitenciário nacional; e, a União e Estados, que encaminhassem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a respectiva situação prisional.

Em que pese a inegável importância da determinação de implantação da audiência de custódia no país, ela não foi inovadora, na medida em que, na ADIN 5240, o próprio Supremo Tribunal Federal já tinha decidido pela necessidade de adoção da audiência de apresentação dos presos por todos os tribunais do país; os recursos não estavam mais contingenciados na época da intimação da decisão judicial; e a última determinação feita à União e os Estados não produziu qualquer inovação no mundo fático ou jurídico, pois apenas instou os entes federativos a apresentarem um diagnóstico do sistema carcerário no âmbito de suas respectivas competências (MAGALHÃES, 2019).

Apesar da repercussão do julgamento, as medidas cautelares determinadas pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347, pouco (ou nada) fizeram para mudar o quadro de superpopulação carcerária e de violação sistemática dos direitos fundamentais dos presos.

É necessário pensar em outras formas de intervenção judicial que possam contribuir para superação desse estado de coisas inconstitucional e dar um passo adiante as medidas determinadas pelo Supremo Tribunal Federal, sem invadir o campo político e as searas dos Poderes Legislativo e Executivo.

2 O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Como já enfatizado no capítulo anterior, o sistema prisional brasileiro padece de graves problemas estruturais, que pedem ações diversas e conjuntas dos poderes, das instituições e da sociedade civil.

Ações que impliquem em verdadeira resistência, não no sentido de simples oposição, mas de produção de rupturas ou criação de novas possibilidades. Ações inéditas que rompam com a lógica do conformismo e de rendição ao estado de coisas inconstitucional (COIMBRA, 2010).

Mas qual seria o papel do Poder Judiciário dentro dessa lógica de resistência proposta nesse trabalho? E quais são os limites geralmente opostos para limitar esse papel interventivo do Poder Judiciário na questão prisional?

Vê-se através do julgamento liminar da ADPF 347, que não existe discordância entre os Ministros sobre a gravidade do problema e necessidade do Poder Judiciário ser mais incisivo no controle das políticas públicas de administração penitenciária. A divergência observada no julgamento diz respeito somente aos meios pelos quais esse controle deve ocorrer, pois incide em um âmbito amplamente discricionário das competências da Administração Pública (PIRES, 2019).

Em artigo pertinente sobre esse tema, Heliana Maria Coutinho Hess contextualiza o dilema dentro da problemática do “ativismo judicial” e da “judicialização da política”, assinalando que “a intervenção em políticas públicas na arena judicial, faz parte da aproximação e de abertura do núcleo fechado do direito, antes positivista, por meio de interface com a política e com a administração pública” (2011, p. 261).

Ao mesmo tempo em que reclama cautela na intervenção do Poder Judiciário na arena política, a autora enfatiza que “os limites do controle judicial em intervir em políticas públicas têm como ponto de partida o núcleo do mínimo existencial dos direitos humanos individuais e sociais (art. 5º e 7º da CF/88)”. (HESS, 2011, p. 262).

Esse ponto de partida pode ser encontrado nos argumentos expostos pelos Ministros da Corte Constitucional, e em um artigo do professor Luís Manuel Fonseca Pires (2019), em que ele defende o controle judicial das políticas públicas, relacionando, e refutando, os argumentos contrários à sua realização. Ao remeter a teoria da reserva do possível como argumento contrário ao controle judicial das políticas pública, esse autor enfatiza que as normas constitucionais que estabelecem os direitos fundamentais não são simples recomendações políticas, mas comandos imperativos, que, em alguma medida mínima, seja exigível judicialmente contra o próprio Estado, quando as normas constitucionais são completamente descumpridas.

Segundo esse autor, “não há discricionariedade administrativa ao Poder Público em desatender o mínimo, o núcleo essencial do direito fundamental”, e não pode o Poder Judiciário se omitir em assegurar a realização desse mínimo existencial, quando verificar omissões ou desvios dos outros Poderes (PIRES, 2019).

É justamente o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro que confere legitimidade ao Poder Judiciário para intervir de forma mais assertiva no controle das políticas públicas de administração penitenciária, pois a própria Corte Constitucional reconheceu que o Estado brasileiro viola, de forma sistemática, diversos direitos fundamentais dos presos e não assegura a realização do mínimo existencial desses direitos.

Cumprido assinalar que essa legitimidade foi expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal antes mesmo da declaração do estado de coisas inconstitucional, no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 592.581, no qual a corte constitucional assentou a tese de

repercussão geral de que é cabível a determinação ao Poder Executivo, da implementação de medidas e a realização de obras emergenciais em presídios pelo Poder Judiciário (BRASIL. 2016).

Nesse julgamento paradigmático, a corte constitucional repeliu as razões de fato e de direito que serviram de fundamento para a decisão o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que entendeu que ao Poder Judiciário não caberia determinar ao Poder Executivo a realização de obras, sob pena de fazer as vezes de administrador e imiscuir-se indevidamente em seara reservada à Administração.

Para aquele Tribunal, as normas constitucionais e da Lei de Execução penal atinentes aos direitos dos presos seriam programáticas, e, não auto executáveis, podendo a Administração, no exercício de um juízo discricionário, implementar as políticas públicas, dentro da medida da reserva do possível.

Para o Supremo Tribunal Federal, no entanto, as condenações impostas pelos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos em decorrência violações praticadas no sistema prisional, e a persistente omissão do Estado brasileiro “exige uma intervenção enérgica do Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades prisionais no tocante a esse tema” (BRASIL. 2016, p. 37).

Para a corte suprema, o juiz não deve ser executor de políticas públicas, mas também não pode ser omisso em relação ao seu dever de proteção dos direitos fundamentais, ainda que estes direitos sejam daquelas pessoas que não gozam de elevada estima por parcela considerável da população.

Como se vê, esse julgamento traz reflexões importantes sobre a atuação do Poder Judiciário na solução do problema prisional brasileiro e pode ajudar no processo de concepção e funcionamento de uma central de regulação de vagas do sistema prisional.

3 O PODER JUDICIÁRIO E A CENTRAL DE REGULAÇÃO DE VAGAS DO SISTEMA PRISIONAL

Como já assinalado, o sistema prisional do nosso país enfrenta uma crise de proporções alarmantes e diversos direitos fundamentais dos presos são violados sistematicamente pelo Estado brasileiro, em decorrência da superlotação carcerária.

Essa crise, por sua vez, é amplamente conhecida pela sociedade e pelos poderes constituídos, existindo vários relatórios e documentos que registram o quadro degradante dos nossos estabelecimentos penais.

Existem, ainda, diversas decisões dos Tribunais se reportando ao quadro degradante do sistema prisional, sendo a mais notória delas, a proferida liminarmente pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo da ADPF 347, que reconhece o estado de coisas inconstitucional.

Nessa decisão judicial, assim como em muitas outras, foi assentado que o Poder Judiciário tem a missão constitucional de assegurar que os direitos fundamentais dos presos não sejam ultrajados na forma como isso vem ocorrendo, ainda que parcela majoritária da sociedade e da opinião publicada demandem mais punição e sofrimento a esse grupo de “indesejáveis”.

Para cumprir essa missão constitucional, o Poder Judiciário precisa, primeiro, reconhecer sua parcela de responsabilidade no problema, já que é ele quem demanda o ingresso de novos presos no sistema prisional e impede a saída de presos que poderiam não estar privados de liberdade. Precisa, ainda, sensibilizar os seus próprios integrantes sob a importância e necessidade de racionalizar o processo de tomada de decisões de prisões preventivas e de serem adotadas medidas que sejam alternativas a imposição de penas privativas de liberdade.

A implantação do instituto da audiência de custódia foi um passo importante no enfrentamento do problema da superlotação carcerária, pois antes de ingressarem no sistema, os presos precisam ser ouvidos pelo juiz e essa autoridade precisa decidir, de forma fundamentada, sobre a legalidade da prisão em flagrante e necessidade de sua conversão em prisão preventiva.

Em que pese a importância da implementação da audiência de custódia, o decréscimo do número de presos provisórias foi menor do que se esperava.

Todavia, os esforços dispendidos pelo Poder Judiciário no processo de implementação do instituto foram um exemplo positivo de liderança do Poder Judiciário no enfrentamento do problema prisional, demandando coordenação, cooperação e diálogo com o Poder Executivo. Adotando esse processo como parâmetro construtivo de política pública prisional, pode-se, enfim, pensar na criação de órgão destinado a regulação e limitação de vagas no sistema prisional.

3.1 O PRINCÍPIO DO *NUMERUS CLAUSUS*

Não é de hoje que se questiona porque o ingresso de presos se faz de forma incessante no sistema prisional, à mingua da existência de vagas ou de espaço físico para abrigá-los. Nenhum óbice é levantado pelo Poder Executivo, ou qualquer questionamento é feito, no sentido de obstruir a entrada de novos presos nos estabelecimentos penais que já estão com suas capacidades comprometidas.

A mesma facilidade, talvez, não seja encontrada para o cumprimento de determinação judicial de inclusão de crianças em creches ou de alunos na rede pública de ensino.

Percebe-se, portanto, que, em nosso país, prioriza-se mais o acesso ao sistema prisional do que ao sistema educacional, o que não se mostra uma opção racional, dada a importância da educação (e de outros serviços sociais) para prevenir a ocorrência de crimes.

A criação de um órgão incumbido da tarefa de controlar o fluxo de pessoas no sistema prisional seria uma iniciativa destinada a diminuir o ímpeto encarcerador e colocar um fim do problema da superlotação carcerária. Seria, também, uma forma de deixar evidente que os recursos carcerários são finitos e que é preciso pensar formas alternativas de se lidar com a questão criminal em nosso país.

Antes de se pensar na concepção desse órgão, no entanto, seria necessário compreender a ideia inicial do *numerus clausus*, que foi concebida no ano de 1989, pelo então deputado do Partido Socialista francês, Gilbert Bonnemaïson (ROIG, 2014).

Na concepção do parlamentar, o *numerus clausus* consistiria “obrigatoriedade de que o número de presos em um estabelecimento penal atendesse ao número exato (fechado) de vagas disponíveis, de modo que, uma vez ultrapassada a capacidade máxima do estabelecimento, deveriam ser escolhidos os presos com melhor prognóstico de adaptabilidade social, impondo-lhes a detenção domiciliar com vigilância eletrônica” (ROIG, 2014, p. 105).

A vista do caótico sistema prisional brasileiro, parece ser uma ideia audaciosa. Nem por isso deve ser afastada, dada a sua importância para enfrentar o problema e as consequências da superlotação existente em nosso sistema carcerário.

Vale frisar que, apesar de ter sido concebido na França, o princípio *numerus clausus* se expandiu para outros países da Europa como Holanda, Noruega, Suécia e Dinamarca, que experimentaram a formação de uma espécie de lista de espera e implementaram o ingresso escalonado de presos nos estabelecimentos penais, quando inexistirem vagas suficientes para abrigar os condenados (ROIG, 2014).

Outros exemplos internacionais poderiam ser citados neste artigo para evidenciar que o princípio de “uma vaga por cada preso” não é uma ideia que deve ser descartada só por causa da situação extrema do nosso sistema prisional.

Em artigo escrito no ano de 1989, o professor Nilo Batista já asseverava que a adoção do princípio do *numerus clausus* iria trazer benefícios para convivência dos presos e otimizar o emprego de recursos estatais, que deixariam de ser empregados na construção de mais presídios e poderiam ser utilizados em programas de auxílio aos egressos (BATISTA, 1989 apud ROIG, 2014).

Ao discorrer sobre o *numerus clausus* e as possíveis formas de implementação, Rodrigo Duque Estrada Roig identifica o princípio em três modalidades: *numerus clausus* preventivo, *numerus clausus* direto e *numerus clausus* progressivo (ROIG, 2014).

A primeira modalidade, segundo o autor, consistiria na proibição de novos ingressos no sistema penitenciário, com a conseqüente transformação do encarceramento em prisão domiciliar. A segunda seria o deferimento de indulto ou prisão domiciliar àqueles mais próximos de atingir o prazo legal para a liberdade. E a terceira seria sistema de transferências em cascata, com a ida de um preso do regime fechado para o semiaberto, de outro do regime semiaberto para o aberto (ou prisão domiciliar) e, por fim, de alguém que esteja em uma dessas modalidades para o livramento condicional.

Encampando a ideia do *numerus clausus*, nosso legislador também cuidou do tema no Projeto de Lei nº. 513 de 2013 (anteprojeto de Lei de Execução Penal), que tramita atualmente no Senado Federal, estipulando que:

Art. 41. Constituem direitos dos presos:

XXII – obter progressão antecipada de regime quando estiver em presídio superlotado.

Art. 114-A. É vedada a acomodação de presos nos estabelecimentos penais em número superior à sua capacidade.

§ 1º. Sempre que atingido o limite será realizado mutirão carcerário pela Corregedoria respectiva.

§ 2º. Havendo preso além da capacidade do estabelecimento, o Juízo de Execução deverá antecipar a concessão de benefícios aos presos cujo requisito temporal esteja mais próximo (SENADO FEDERAL, 2013).

Como se verifica, o projeto trata do controle de forma bastante simplificada, deixando entrever que ele deverá incidir somente na “porta de saída do sistema prisional”. Justamente por isso, o projeto de Lei é criticado, sendo dito, inclusive, que, se aprovado e entrar em vigor, contribuirá para o aumento dos índices de reincidência e incremento da criminalidade (CABRAL, 2019).

Pessimismo à parte, o fato do legislador pretender introduzir a ideia do *numerus clausus* no ordenamento jurídico constitui um avanço inegável, na medida em confere maior visibilidade ao problema carcerário e legitima uma ação mais incisiva do Poder Judiciário no controle de fluxo de presos nos estabelecimentos penais.

Sem esperar a entrada em vigor da lei, no entanto, o Poder Judiciário, por intermédio do Conselho Nacional de Justiça, elaborou um conjunto detalhado de estratégias dos fluxos de entrada e saída do sistema prisional que incluem ferramentas de dimensionamento de vagas, de aperfeiçoamento tecnológico e de atuação administrativa (BRASIL, 2021).

Por meio dessa iniciativa, o Poder Judiciário finalmente assume o protagonismo que lhe é demandado no enfrentamento da crise do sistema prisional e propõe um conjunto de medidas dirigidas a implementação da ideia do *numerus clausus*, também denominada no documento como taxatividade carcerária.

Diferentemente do projeto de lei, o Manual elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça é minucioso e apresenta ferramentas que poderiam ser empregadas na regulação das portas de entrada e saída do sistema do sistema prisional. A par disso, traça um marco normativo detalhado, que não apenas respalda a implementação da central de regulação de vagas, como impulsiona a sua criação por meio de articulação interinstitucional conduzida pelo Poder Judiciário.

Nesse documento cuidadosamente elaborado, o Conselho Nacional de Justiça propõe a adoção de ferramentas espaciais, tecnológicas, e de regulação de vagas na porta de entrada e de saída. Além disso, atribui ao Poder Judiciário o papel de gestor da central de regulação de vagas e enumera formas de arranjos organizacionais e modelos de governança que podem ser observados na implementação da Central de Regulação de Vagas do sistema prisional.

Não obstante os modelos propostos estipulem que o controle de superlotação carcerário deve ficar a cargo do Poder Judiciário, o Manual enfatiza que a construção do modelo deve ser apropriada a cada local e feita com o auxílio do Poder Executivo, de modo a prevenir futuros questionamentos e problemas após a implementação da Central de Regulação de Vagas.

Valeressaltarqueacriaçãodeumórgãodecontroledofluxodevagasnosistemaprisional não é uma iniciativa inédita em nosso país, já que no sistema socioeducativo um órgão com as mesmas atribuições já foi criado, só que dentro da estrutura administrativa do Poder Executivo.

3.2 O CONTROLE DE VAGAS NO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO

Como foi ressaltado no final do tópico anterior, a implementação da ideia do *numerus clausus* e a própria criação de um órgão de controle do fluxo de pessoas em estabelecimentos destinados a custódia de pessoas privadas de liberdade não é algo inédito em nosso país.

Em importante julgamento ocorrido no ano de 2021, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar sobre a superlotação das unidades de execução de medida socioeducativa de internação de adolescentes existentes em alguns Estados da Federação.

Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal concedeu uma ordem coletiva no HC nº. 143.988/ES, determinando que as unidades de execução de medida socioeducativa de internação de adolescentes não ultrapassem a capacidade de internação prevista para cada unidade (BRASIL, 2020).

Para o cumprimento da determinação acima exposta, o Supremo Tribunal Federal ainda propôs a Magistrados que observem algumas medidas nas unidades internação que operam com a taxa de ocupação dos adolescentes superior à capacidade projetada, dentre as quais, a adoção do princípio *numerus clausus*, a reavaliação da situação de adolescentes internados em razão da reiteração de atos infracionais cometidos sem violência ou grave ameaça, a

imposição de medidas socioeducativas em meio aberto e a imposição de internação domiciliar (BRASIL, 2020).

Alguns pontos do julgamento merecem ser destacados e devem ser objetos de reflexão nesse trabalho.

O primeiro deles é menção expressa a similaridade de condições entre as unidades prisionais espalhadas pelo país e as unidades socioeducativas de internação localizadas em alguns Estados da Federação. Isso foi dito e repetido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal em seus respectivos votos, nos quais é enfatizada superlotação e as condições degradantes a que são submetidos os adolescentes internados nesses locais (BRASIL, 2020).

Outra não é a conclusão de Antonio Carlos de Castro Neves Tavares, em Webinar realizado para avaliação de implementação do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), no qual o debatedor ressalta o habeas corpus julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no qual foi reconhecido que os adolescentes estão sofrendo graves violações de direitos em razão da superlotação (HELLMANN, 2020).

O segundo ponto a ser destacado e que chama atenção no julgamento é o parâmetro utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para inferir a existência de superlotação das unidades de execução de medida socioeducativa de internação.

Segundo se depreende dos votos dos Ministros, a caracterização da superlotação das unidades socioeducativas de internação se faz a partir do parâmetro da capacidade projetada dos referidos estabelecimentos.

A capacidade projetada das unidades de execução socioeducativa de internação nem sempre coincide com a capacidade real de ocupação desses estabelecimentos, pois não leva em consideração alterações supervenientes nas instalações que tenham aumentado ou diminuído a fração individualizada do local e nem o fluxo de serviço disponibilizados no atendimento dos adolescentes.

Ainda assim, é um parâmetro que pode ser adotado no caso de eventual criação de uma central de regulação de vagas do sistema prisional, caso não haja o estabelecimento consensual e inequívoco do que venha ser uma “vaga”.

O terceiro ponto a ser destacado é a alusão expressa a ideia do *numerus clausus*. Ela não só aparece na fundamentação dos votos, como está assentada na parte dispositiva do acórdão, na qual é determinada a sua observância pelos magistrados nas unidades que operam com a taxa de ocupação dos adolescentes superior a capacidade projetada, e imposta como estratégia de gestão, com a consequente liberação de nova vaga na hipótese de ingresso.

O quarto, e último ponto, diz respeito a um trecho do julgado em que o Ministro Gilmar Mendes discorre sobre qual deve ser forma de atuação do Poder Judiciário para corrigir falhas estruturais de políticas públicas que violem direitos fundamentais de um número significativo de pessoas, como ocorre nos sistemas prisionais e socioeducativos. Segundo o Ministro:

“(...) a adoção de instrumentos de decisão e implementação de decisões judiciais dotadas de maior horizontalidade, como a aplicação da teoria dos diálogos institucionais e de monitoramento judicial, a realização de audiências pública e a nomeação de peritos permite a superação da crítica de falta de expertise do Poder Judiciário para intervir em questões técnicas ou que demandem intenso debate público” (BRASIL, 2020, p. 68).

Ao que parece, essa sugestão feita pelo Ministro Gilmar Mendes acabou sendo encampada na Resolução nº. 367/2021, do Conselho Nacional de Justiça, que foi editada em decorrência da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal e “dispõe sobre diretrizes e normas gerais para a criação da Central de Vagas no Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo, no âmbito do Poder Judiciário” (BRASIL, 2021).

Embora essa norma estabeleça diretrizes e procedimentos que devem ser observados pelo Poder Judiciário para implementação e funcionamento da Central de Vagas (art. 1º), ela também estabelece que a Central de Vagas, ou órgão gestor, será da competência do Poder Executivo (art. 2º, parágrafo único).

Nem por isso o Poder Judiciário ficou alijado do processo de implementação e funcionamento da Central de Vagas.

O protagonismo do Poder Judiciário fica evidente em diversos dispositivos dessa norma, que não apenas dispõem sobre a sua atuação cooperativa com o Poder Executivo, como ressaltam a sua liderança e apoio no processo de implantação e funcionamento da Central de Vagas (art. 3).

O art. 14 desse ato normativo estabelece que o Poder Judiciário envidará esforços para que, no prazo de um ano contado a partir da publicação do ato, “todas as unidades federativas disponham de Central de Vagas regulamentada, criada e implantada” (BRASIL, 2021).

Em artigo pertinente sobre o tema, Marcus Vinicius Pereira Junior e Claudia Catafesta descrevem o resultado de uma pesquisa realizada em todo país com o objetivo de verificar a situação dos Estados e do Distrito Federal em relação a criação, regulamentação e funcionamento da Central de Vagas (2021).

Segundo os autores, a pesquisa constatou, por meio de respostas encaminhadas pelos respectivos Tribunais de Justiça, que nove Estados e o Distrito Federal implementaram e regulamentaram a Central de Vagas, dezesseis estavam em processo de articulação para implantação desse órgão gestor e apenas um não implementou ou iniciou o processo de articulação de implementação do órgão.

Diante desse quadro, pode-se dizer que esse órgão de controle de fluxo de adolescentes das unidades de internação já é uma realidade em vários locais do país.

Não obstante isso, chama atenção no estudo o fato de alguns Tribunais de Justiça de Estados que contavam com unidades de internação com superação da capacidade de lotação projetada informarem que a implementação da Central de Vagas, ou de um órgão similar, já havia ocorrido há anos.

Segundo Beck, isso se deu, por exemplo, com o Estado da Bahia, que, “de acordo com informações extraídas do Cadastro Nacional de Inspeções em Unidades de Internação e Semiliberdade (CNIUIS), realizadas no terceiro bimestre do ano de 2018, possuía taxa de ocupação de 146% (cento e quarenta e seis por cento)” (2020, p. 16).

Esse fato sinaliza que os controles do fluxo de vagas em unidades socioeducativas nesses Estados não estavam sendo exercido com o rigor determinado no julgamento paradigmático. Espera-se, no entanto, que a situação seja modificada com as determinações do Supremo Tribunal Federal e que não seja mais constatada a superlotação em nenhuma unidade socioeducativa de internação operante no país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O quadro do sistema prisional brasileiro é assustador e a superlotação dos estabelecimentos penais é o problema que desencadeia a maioria das violações dos direitos fundamentais dos presos pelo Estado brasileiro.

A superlotação dos estabelecimentos penais, como assinalado no primeiro capítulo desse trabalho, decorre do punitivismo dos atores jurídicos, insuflada pelos meios de comunicação e pela opinião pública massificada. Prender, na visão da maioria das pessoas, é a única resposta adequada ao problema da criminalidade.

Em decorrência dessa postura punitivista, presenciamos a incidência do fenômeno do encarceramento em massa, que não ocorre apenas no Brasil e é, em boa parte, impulsionada pela política de combate as drogas no país.

Esse fenômeno é consequência do modelo político e econômico neoliberal, “que é duplamente excludente, pois retira do Estado o papel de redistribuir riqueza, acreditando na capacidade dos indivíduos de maximizarem seu bem-estar, e lida com a exclusão gerada por esse modelo, aumentando o controle penal para as populações marginalizadas” (ABRAMOVAY, 2010, p. 24).

O resultado dessa política encarceradora é a expansão da população prisional e a superlotação dos estabelecimentos penais espalhados por todo território nacional. E nesses locais, toda sorte de violação de direitos dos presos é praticada, de forma sistemática, pelo Estado brasileiro.

Não por acaso, o Brasil sofreu diversas condenações pela CIDH e o Supremo Tribunal

Federal declarou o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional, determinando a implementação das audiências de custódia pelo Poder Judiciário.

Apesar da importância desse instituto, que visa, dentre outros objetivos, racionalizar o processo de tomada de decisões de prisões preventivas, não houve o decréscimo esperado no quantitativo de presos no sistema prisional.

São necessárias outras medidas para superação da crise do sistema prisional e o estado de coisas inconstitucional.

É necessário quebrar o paradigma prisional e o Poder Judiciário precisa liderar um movimento dirigido ao fortalecimento de políticas penais alternativas, sem prejuízo de um controle firme sobre as políticas públicas penitenciárias.

O Poder Judiciário precisa assumir sua parcela de responsabilidade pela crise do sistema prisional, pois é ele quem demanda novas prisões e decide quem deve sair dos estabelecimentos penais.

O princípio da reserva do possível não pode mais constituir um óbice a uma atuação assertiva do Poder Judiciário, uma vez que os direitos fundamentais dos presos não estão sendo assegurados em seu mínimo existencial.

A implementação e o funcionamento de Central de Regulação de Vagas no sistema prisional pode ser um passo decisivo para acabar com o problema da superlotação carcerária e pôr fim a violação sistemática dos direitos fundamentais dos presos por parte do Estado brasileiro.

Baseado na ideia do *numerus clausus*, esse órgão seria destinado a controlar o fluxo no sistema prisional, impedindo que o número de presos ultrapasse o número de vagas existente nos estabelecimentos penais.

Embora audaciosa, a lógica de controle que norteia o princípio do *numerus clausus* não pode ser tida como inédita, pois já é aplicada em outros âmbitos de atuação estatal, como saúde e educação.

O Poder Judiciário tem o dever de assumir o protagonismo e a liderança no processo de criação desse órgão, e, assim como fez na implementação da audiência de custódia, coordenar, cooperar e dialogar com o Poder Executivo.

Por força de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, a Central de Vagas já é uma realidade no sistema socioeducativo, e muitos Estados da Federação já contam com esse órgão destinado ao controle de vagas nas unidades de internação de adolescentes.

As razões que ensejaram a criação desse órgão de controle no sistema socioeducativo são similares as existentes no sistema prisional, mas a superlotação encontrada nos estabelecimentos penais é ainda maior do que a existente nas unidades de internação. Não há razão, portanto, para que Central de Regulação de Vagas não seja adotada no sistema prisional.

O Manual recentemente elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça traça o marco

normativo que embasa a implementação da Central de Regulação de Vagas e aponta, de forma minuciosa, as ferramentas que podem ser adotadas na implementação e funcionamento desse órgão.

Cabe, agora, ao Poder Judiciário colocar em prática as estratégias expostas nesse documento, e aos juízes deixarem de continuar empurrando, para as margens da vida, um grupo cada vez maior de pessoas vulneráveis e politicamente excluídas da ordem social.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Pedro Vieira. O grande encarceramento como produto da ideologia (neo) liberal. *In*: SEMINÁRIO DEPOIS DO GRANDE ENCARCERAMENTO. 2008. Rio de Janeiro. **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro. Revan. 2010. p. 9-27.

ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 254, p. 39-65, 2010.

BATISTA, Nilo. Reforma penitenciária à francesa. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 16 mar. 1989, p. 11.

BRASIL, Congresso Nacional. **Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Central de Regulação de Vagas: Manual para a gestão da lotação prisional**. Conselho Nacional de Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Departamento Penitenciário Nacional. Coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2022/03/manual-central-deregulacao-de-vagas.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 347 MC/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 18.02.2016.

CABRAL, Thiago Colnago. Teoria do *Numerus Clausus* na Execução Penal. O sistema prisional e a imprópria solução do PLS nº 513. **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, v. 1, n. 14, p. 233-247, 2019.

CARVALHO, Salo de. Notas sobre o encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: o caso da política de drogas. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, p. 623 - 652, jul/dez. 2015.

COIMBRA, Cecília Maria Bouças. Modalidades de aprisionamento: processos de subjetivação contemporâneos e poder punitivo. *In*: SEMINÁRIO DEPOIS DO GRANDE ENCARCERAMENTO. 2008. Rio de Janeiro. **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro. Revan. 2010. p. 183-194.

HELLMANN, Aline Gazola. **Relatoria**: seminário de validação dos indicadores. 2021. Seminário organizado pela UFRGS, nos dias 01, 03 e 05 de março de 2021, na plataforma zoom.

HESS, Heliana Maria Coutinho. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 18, n. 30, 2011.

HOFFMAM, Fernando; WITSCHORECK, Pedro Victor dos Santos. O encarceramento em massa na era do punitivismo: a criminalização da pobreza à luz do conceito de banalidade do mal de Hannah Arendt. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 28, n. 167, 2020.

JÚNIOR, Marcus Vinícius Pereira; CATAFESTA, Cláudia. O Poder Judiciário e a central de vagas no sistema socioeducativo: análise da Resolução nº 36/2021 do Conselho Nacional de Justiça. **Sistema e-Revista CNJ**, Brasília, v. 5, n. 1, 2021.

MACHADO, Maira Rocha. Quando o estado de coisas é inconstitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 7, 2021.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, 2019, versão online. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/ByKVxtb9n59HykCV4457SvB/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 30 set. 2022.

MIRANDA, Tiago. **Quatro CPIs já investigaram o sistema penitenciário brasileiro. Agência Câmara de Notícias**. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/507945-quatro-cpis-ja-investigaram-o-sistema-penitenciario-brasileiro/>. Acesso em: 29 set. 2022.

MOREIRA, Romulo. **A realidade do cárcere no Brasil em números**. Direito UNIFACS – Debate Virtual, n. 220, 2018. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/234556746.pdf>. Acesso em: 29 set. 2022.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. Políticas públicas e o direito fundamental à adequada administração penitenciária. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 3, 2019.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Um princípio para a execução penal: *numerus clausus***. **Revista Liberdades**, n. 15, 2014. Disponível em: . Acesso em: 12 mar. 2022.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; DE PAULA PESSOA, Manoela Fleck. O sistema interamericano de direitos humanos e as medidas de urgência no sistema prisional brasileiro: a perspectiva garantista na proteção dos direitos humanos. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 13, n. 2, 2021.

SENADO FEDERAL, Projeto de Lei do Senado, n. 513, 2013. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=3751577&ts=1630418807834&disposition=inline>. Acesso em: 12 mar. 2022.

UNODC - United Nations Office on Drugs and Crime. **Audiência de custódia completa seis anos com redução de 10% de presos provisórios**. 2015. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2021/02/audiencia-de-custodiacompleta-seis-anos-com-reducao-de-10-de-presos-provisorios.html>. Acesso em: 10 mar. 2022.

ZACKSESKI, Cristina Maria; MACHADO, Bruno Amaral; AZEVEDO, Gabriela. Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 126, 2016.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

WACQUANT, Loïc. **O lugar da prisão na nova administração da pobreza**. Novos estudos CEBRAP, p. 9-19, 2008

Aphonsus Aureliano Sales da Cunha

José Soares da Silva Filho

Kairon Rodrigues de França

A EXEGESE DA LITERATURA AO DESENVOLVIMENTO
DA CIÊNCIA DO DA EXEGESE DA LITERATURA AO
DESENVOLVIMENTO DA CIÊNCIA DO DIREITO:
PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS DA INFLUÊNCIA
DA LITERATURA CLÁSSICA AO DIREITO

A EXEGESE DA LITERATURA AO DESENVOLVIMENTO DA CIÊNCIA DO DIREITO: PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS DA INFLUÊNCIA DA LITERATURA CLÁSSICA AO DIREITO ¹

THE EXEGESIS OF LITERATURE TO THE DEVELOPMENT OF THE SCIENCE OF LAW: CONTEMPORARY PERSPECTIVES ON THE INFLUENCE OF CLASSICAL LITERATURE ON LAW

Aphonsus Aureliano Sales da Cunha

Graduado em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida. Pesquisador jurídico e assessor de magistrado no Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE).

José Soares da Silva Filho

Graduado em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida Pesquisador jurídico e poeta.

Kairon Rodrigues de França
Advogado

RESUMO

Busca o presente artigo, como principal objetivo, apresentar a análise da literatura clássica como elemento na interpretação do direito, bem como no fomento às práticas jurídicas contemporâneas, consubstanciado às inovações trazidas para a melhoria de sua semiologia, por intermédio de uma exegese interpretativa. À vista disso, este trabalho elucidará ao estudo exegético do direito, tendo como principais referenciais, a Literatura Clássica, com grande pertinência na área das ciências humanas e sociais, expondo com minuciosa previsão acerca do seu itinerário e vicissitudes, podendo validar a noção de uma proposta teórica na contemporaneidade, com base nas relações jurídicas, onde, em tese, ter-se-ia um isolamento do Direito, conforme as previsões já abordadas pela literatura. Acerca disso, elaborar-se-á um estudo norteado nas influências da Literatura na conjuntura jurídica para absorver as percepções dos acontecimentos que lhes são inerentes, explorando obras icônicas da humanidade, v.g. A Divina Comédia, Admirável Mundo Novo, Fahrenheit 451, Crime e Castigo e O Processo, entre outros clássicos, aos quais, vêm sendo trabalhados neste artigo de forma comparativa em seus respectivos tópicos. A pesquisa foi realizada com o método indutivo, por meio de pesquisa bibliográfica de revisão de literatura nas áreas da Literatura, Sociologia e da Filosofia, aplicadas à Teoria Geral do Direito, para o recolhimento de dados de abordagem qualitativa, de natureza aplicada, utilizados da pesquisa exploratória para validar os conceitos abordados nos objetivos. Estas pesquisas constituem uma artéria da elaboração da Tese de Conclusão de Curso destes respectivos autores, sendo assim, versam os resultados obtidos

¹ Este artigo foi anteriormente apresentado no XXI Congresso de Direito da ASCES-UNITA. Foram feitas apenas alterações no título do artigo e adequações às exigências da Revista.

na apresentação da ideia que a Literatura exerce influência na construção do pensamento jurídico contemporâneo, como modo de obter uma melhor compreensão dos efeitos do pensamento zetético trazido por sua abordagem social à Ciência do Direito.

Palavras-Chave: Literatura Clássica. Ciência Jurídica. Contemporaneidade. Emancipação.

ABSTRACT

This article seeks, as its main objective, to present the analysis of classical literature as an element in the interpretation of law, as well as in the promotion of contemporary legal practices, embodied in the innovations brought to the improvement of its semiology, through an interpretative exegesis. In view of this, this work will elucidate the exegetical study of law, having as its main references, Classic Literature, with great relevance in the area of human and social sciences, exposing with meticulous forecast about its itinerary and vicissitudes, being able to validate the notion of a theoretical proposal in contemporaneity, based on legal relations, where, in theory, there would be an isolation of Law, according to predictions already addressed by the literature. About this, a study guided by the influences of Literature in the juridical conjuncture will be elaborated to absorb the perceptions of the events that are inherent to them, exploring iconic works of humanity, e.g. The Divine Comedy, Brave New World, Fahrenheit 451, Crime and Punishment and The Process, among other classics, which are being worked on in this article in a comparative way in their respective topics. The research was carried out with the inductive method, through bibliographical research of literature review in the areas of Literature, Sociology and Philosophy, applied to the General Theory of Law, for the collection of data of a qualitative approach, of an applied nature, used in the exploratory research to validate the concepts addressed in the objectives. These researches constitute an artery of the elaboration of the Course Completion Thesis of these respective authors, therefore, they deal with the results obtained in the presentation of the idea that Literature exerts major influence in the construction of the contemporary legal thought, as a way to obtain a better understanding of the effects of the zetetic thought brought by his social approach to the Science of Law.

Keywords: Classic Literature. Legal Science. Contemporaneity. Emancipation.

INTRODUÇÃO

Como substrato do artigo do Trabalho de Conclusão de Curso, fazendo-se de apêndice do seu conteúdo, este artigo aborda as influências da Literatura clássica ao Direito, como base de abordagem epistemológica.

Com base nisso, tem-se como objetivo geral, apresentar a análise da literatura clássica

como elemento na interpretação do direito, bem como no fomento às práticas jurídicas contemporâneas, consubstanciado às inovações trazidas para a melhoria de sua semiologia, por intermédio de uma exegese interpretativa.

Neste trabalho, também serão objetos de discussões, estudar a aproximação do Direito, sob um soslaio histórico, até sua contraposição à realidade contemporânea, expondo assim os motivos pelos quais se leva a crer que a literatura não só exerceu e exerce influência dentro de seus próprios limites como nos limites jurídicos, a ponto de ser objeto de discussão para formação das fontes materiais na Teoria do Direito, portanto, em seus aspectos epistemológicos, estão presentes tais aspectos, sendo assim essas revelações abarcarão sem atinências a um salto da história ao hodierno, apenas buscando compreender a realidade social fática por meio da realidade nua e crua da arte elaborada pela literatura, pois, ela não está na contramão das ciências jurídicas e sim, marcam os aspectos de sua compreensão. Para tal análise, é essencial a aplicação, em um ponto histórico do livro “A Divina Comédia”, pois esta obra dá a oportunidade de sentir a evolução social a partir dos questionamentos espirituais.

Neste diapasão, a utilização de romance distópicos para entender a desconstrução social como elemento fulcral para compreensão do Direito na sociedade, é de fundamental importância, logo, recorrer-se-á às obras *Admirável Mundo Novo* e *Fahrenheit 451*, nas elucubrações acerca da sociedade controvertida e de sua necessidade pelo reconhecimento do Direito.

Doutra banda, será necessário recorrer a outras obras da literatura clássica, que abordem os temas aqui debatidos, seja o flagelo humano como método de cumprimento de pena, ou o objetivo de desmistificar o antagonismo entre Literatura e o Direito, neste sentido, obras como *Crime e Castigo* de Dostoiévski e *O Processo* de Franz Kafka, se destacam dentro da perspectiva deste trabalho acadêmico, sobretudo quando se tratar dos aspectos humanistas para o seu desenvolvimento enquanto espécime sociável, inclusive na esfera epistemológica da teoria da pena no direito e seu conteúdo material.

No que concerne à metodologia da pesquisa, foi realizada com o método indutivo, por meio de pesquisa bibliográfica de revisão de literatura nas áreas da Literatura, Sociologia e da Filosofia, aplicadas à Teoria Geral do Direito, para o recolhimento de dados de abordagem qualitativa, de natureza aplicada, utilizados da pesquisa exploratória para validar os conceitos abordados nos objetivos, cuja meta, tem por realizar um minucioso estudo acerca do livro *A Divina Comédia*, correlacionando-o ao atual sistema punitivista brasileiro, com fulcro em associar as penas da obra literária aos ideários de métodos punitivistas utilizados tanto pelo Estado como pela sociedade, expondo que os círculos do inferno descritos no livro também existem no mundo humano, mesmo que de forma aparentemente diversa. Neste diapasão, tal intento buscará revelar também, como essa metodologia amolda influências às ciências da

teoria da pena enquanto fonte epistemológica de seu direito material.

Portanto, diante da complexidade do trabalho e da necessidade de pesquisa e análise de textos e livros, esta pesquisa será exploratória, pois se procederá decorrendo de análises de diversas obras, sendo a principal destas o livro *A Divina Comédia*. Além disso, o trabalho será estruturado a partir da metodologia de estudo indutiva, pois se basearão de casos particulares explorados por obras clássicas da literatura enquanto arte que faz uso estético da linguagem, logo, será fundamental extrair das premissas teóricas gerais em torno do presente tema.

Por se tratar de um trabalho científico cujo objeto de trabalho será em suma uma obra literária em si, a fonte de pesquisa exclusiva dar-se-á pela revisão de literatura, sendo assim, perfar-se-á, com uma análise bibliográfica e documental, delineando um arcabouço teórico inovador sobre a correlação, direito-literatura e suas fontes, de forma a sublevar ideários anacrônicos à realidade social contemporânea, sob a batuta da história enquanto disciplina das ciências da humanidade. As predicções da análise serão qualitativas, pois tais verificações exploraram as modalidades como as literaturas em comunicação com o direito elaborarão a fonte epistemológica da teoria da pena.

1 AS INFLUÊNCIAS DA LITERATURA AO DIREITO: A *DIVINA COMÉDIA* NA ABORDAGEM JURÍDICA

É bem verdade que antes do protagonismo da ciência, a literatura se fazia presente como meio de relatar a história e os acontecimentos humanos, é nesse sentido que observa Carpeaux: “Os antigos, embora interessados na coleção e interpretação dos fatos literários, nunca pensaram em organizar panoramas históricos das suas literaturas.” (CARPEAUX, 2008, p. 7). Essas configurações revelam o viés filosófico por traz da exegese do Direito, uma vez tratar-se de uma ciência toldada nas confluências das manifestações humanas interpostas inclusive pela Literatura dentre intercurso histórico do desenvolvimento das esferas sociais.

Com a evolução dos atos e fatos científicos, passou-se então, a considerar a literatura como objeto artístico, puramente revelador da alma humana, dessa forma era necessário à ciência, no momento de percutir seu enredo principiológico e racional, se desfizesse dos resíduos das crenças antigas (CARPEAUX, 2008).

Neste sentido, dever-se-á levar em consideração, o papel do direito, além de um mero mecanismo isolado dentre o sistema positivado, pois, o direito, como manifestação social, floresce dos espaços de sua disposição como elemento orgânico, conforme se deduz do pensamento jurídico crítico, nesse sentido, é necessário ater-se às elucubrações:

O Direito autêntico e global não pode ser isolado em campos de concentração legislativa, pois indica os princípios e normas libertadores considerando a lei um simples acidente

no processo jurídico, e que pode, ou não, transportar as melhores conquistas. (LYRA FILHO, 2006, p. 10).

Em outro ponto, Lyra Filho (2006) também suscitou a esses aspectos:

[...] se o Direito é reduzido à pura legalidade, já representa a dominação ilegítima, por força desta mesma suposta identidade; e este 'Direito' passa, então, das normas estatais, castrado, morto e embalsamado, para o necrotério duma pseudociência, que os juristas conservadores, não à toa, chamam de 'dogmática'. Uma ciência verdadeira, entretanto, não pode fundar-se em 'dogmas', que divinizam as normas do Estado, transformam essas práticas pseudocientíficas em tarefa de boys do imperialismo e da dominação e degradam a procura do saber numa ladainha de capangas inconscientes ou espertos. (LYRA FILHO, 2006, pp. 10-11).

Todavia, o que a literatura clássica, essa propínqua área - em sua relação com o Direito, pode oferecer-lhe, ante todo esse positivismo jactancioso consigo mesmo, sendo neste ponto, objeto de questionamentos, nessa perspectiva, a arte possui por excelência a representação da realidade, a mais crua e visceral realidade; e o Direito, por sua vez, fora engendrado a partir das vicissitudes sociais, destarte, para compreendê-lo, e entender o seu senso de justiça, ou desforra, faz-se mister analisá-lo sob a óptica literária.

Neste sentido, a obra do Poeta Dante Alighieri (2002), sob o viés da epistemologia do Direito, traça os desafios sociais e históricos dessa proposta literária, logo, considerar-lhe-á como uma das obras mais importantes da literatura mundial, quiçá, a mais importante, trazendo influências ao longo da história mundial, nas áreas de linguística e humanidade, dentre as quais, as próprias ciências sociais, sendo assim, ante ao isolamento do Direito de algumas áreas afins, revela a soberba dos operadores do pensamento da dogmática jurídica na sociedade, sendo, pois, perceptível que a juridicidade acabou por despir-se de sentidos essenciais advindos da literatura clássica, é tanto, que o próprio Dante Alighieri (2002), inspira-se nos eventos no épico *Eneida* do autor latino Virgílio (2002), dentre as entrelinhas de uma tragédia social revertida nas lutas sociais dos refugiados em busca de suas novas conquistas para emancipação e desenvolvimento humanos.

O percurso definido por Dante Alighieri (2002), enquanto autor e eu lírico de sua própria obra, revela as entrelinhas de um personagem que busca sua afirmação nos espaços sociais dentre as relvas da justiça divina aplicada aos indivíduos, seja por suas ações ou omissões, conforme o personagem dantesco é guiado por Virgílio, como seu mentor, pelas profundezas físicas dos círculos punitivistas em razão das consequências mundanas, daqueles inconsequentes na sociedade, desse modo, a leitura da obra *A Divina Comédia* (2002), revela-se como uma leitura emancipadora, dentre um a verdadeira aula de Direito ao imergir-se nos detalhes revelados pelas entrelinhas de sua narrativa.

Esses pontos traduzem a sua importância na influência da *Divina Comédia* (2002) no desenvolvimento epistemológico do Direito como uma latente matriz teórica pela esfera de libertação a uma teoria crítica da abordagem jurídica como condicionante aos pensamentos literários, com o fito de discutir o papel social do direito.

Desse modo, a partir das transcrições e construções literárias aqui expostas, deve ser considerada a literatura uma modalidade que vai além do humanismo e da racionalidade, portanto, é a verdadeira miscelânea entre ciência e arte, sem quaisquer inferências antitéticas ou paradoxais, acerca de seu conceito básico.

Como foram bem expostos, os métodos científicos e literários, se traduzem por meio do compartilhamento de percepções e da dialogicidade entre ambas, conforme bem elaborou Daniel Costa (2011), quando aventou sobre a materialidade histórica da obra dantesca:

O ato de se apropriar consiste em agregar um entendimento de mundo. Quando determinada comunidade adquire determinados usos e costumes ela acaba dando identidade a seus indivíduos e com isso agrega representações de mundo, passa a explicar o inexplicável por meio de signos e representações, de forma que tudo passa a ser representado e tido por ela como real. A escolha de um método é fundamental para centrarmos as idéias e obtermos um resultado científico para a pesquisa histórica. (COSTA, 2011, p. 2259).

Pelo sentido que o autor emprega em seu texto quando analisa o contexto histórico e social da obra *A Divina Comédia*, revela sua predisposição a influenciar o meio científico estruturado na sociedade, sendo assim, é palpável imaginar que *A Divina Comédia* exerce influência na construção do pensamento moderno, sobretudo como fonte normativa do direito penal.

A partir dessas observações, é possível deduzir que a criação normativa do direito penal, em seu campo epistemológico, surge da construção do cenário social da sociedade, o que pode compreender um dos matizes da análise epistemológica do direito.

Sendo assim, pelo que pode se depreender, conforme todo o pensamento exposto até aqui, a Literatura pode ser vista tanto como uma ciência quanto como uma arte, a qual busca demonstrar os principais sentimentos no seio da sociedade, observando-o com proficuidade, logo, a literatura clássica, nesse caso a extraída na Obra, *A Divina Comédia*, sim, uma fonte válida e influente à epistemologia da Teoria da Pena, sob o seu viés punitivista.

1.1 IDEIAS CONSTITUTIVAS DA SOCIEDADE DO DIREITO COM BASE NO *ADMIRÁVEL MUNDO NOVO*

Quando se fala na obra de Aldous Huxley (1974), torna-se ideia basilar uma análise acerca das diretrizes tomadas pelo Direito, bem como da própria sociedade, que é engendrada por meio de pré-condicionamentos, ou seja, indivíduos que são criados para favorecer um sistema social de castas.

Apesar de a obra ter seu viés distópico, cabe a reflexão sobre o itinerário ao qual o Direito - sem respaldo de questões axiológicas e sociais -, pode vir a fenecer diante de um cenário de completa desordem das estruturas. Pois, com o avanço tecnológico consubstanciado à liquidez da modernidade, o Sistema Jurídico fechado em seu organismo positivado, acaba por tornar-se alheio às questões valorativas e éticas que, por vezes, são basilares para traçar o parâmetro entre barbárie e civilização.

Desta maneira, torna-se salutar, uma análise do Selvagem, personagem este, que se encontra longe da civilização, todavia, trazendo consigo aspectos que priorizam as relações entre os atores sociais, bem como, uma predileção às leituras clássicas, como as obras do poeta inglês William Shakespeare; obras estas, fundamentais na interpretação dos anseios da sociedade, e também, do conflito inexorável e complexo ao quais os indivíduos se debruçam ante uma interiorização de si, possibilitando o questionamento e dúvida razoável acerca de suas ações.

Nessa perspectiva, por sua própria natureza literária, há grande aproximação com a obra de George Orwell, 1984 (2009), nas características políticas de um estado controlado pelo totalitarismo, capaz de não só dizer o Direito, mas de dirimi-los e remontar-lhes a seu bel-prazer, como proposta para preservação de seu poderio e como instrumento de controle dos indivíduos que o compõe, estando em claro diálogo à obra de Huxley (1974), malgrado a diferentes perspectivas apresentadas em suas obras.

Ainda é preciso analisar o papel incessante estatal nas modulações do indivíduo na sociedade, presentes nas obras de Huxley (1974) e Orwell (2009), em que por vezes o Estado assume realmente a figura do Leviatã – suscitado por Hobbes (1997), em sua *Magnum opus, Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil* –, como uma característica de um Estado absolutista, capaz de tratar o homem em seu estado de natureza um ser humano cru e despido da civilização e de seu tato (Hobbes, 1997), outrossim, como bem descreveu Dante Alighieri, nos 9 círculos do inferno, ali serão espaços para o flagelo humano, em que a dor e o sofrimento passarão das dores do corpo para o incessante sofrimento espiritual, sendo este o método punitivista mais eficiente, dentro da perspectiva dantesca.

Mas, afinal, quem são os verdadeiros indivíduos nessa sociedade? Quiçá, são apenas instrumentos, pelos quais, se colocam na imensa lacuna entre ser apenas um escravo de um sistema controverso de aplicação do modelo orgânico da sociedade, ou deuses que gozam do

poder de moldar o próprio sistema que os adorna, apenas com o diferencial de conhecerem a si mesmo, tal análise é bem explanada na obra cinematográfica, *The Matrix (1999)*, das irmãs Wachowski, claramente inspirado nas obras literárias distópicas, *1984* e *Admirável Mundo Novo (1974)*, em que o protagonista *Neo*, tem de lidar como sendo um mero peão, escravo da pseudo realidade projetada por Matrix, ou em momento posterior, uma deidade, capaz de reescrever o próprio destino da sociedade real, a partir de seu maior poder, o conhecimento existencial de si.

Sendo assim, *Admirável Mundo Novo*, em sua perspectiva de romance distópico, convida ao leitor, não apenas a possibilidade de refletir sobre o indivíduo isolado, mas dos caminhos ao qual a sociedade pode vir a tomar, caso esteja desprovida de ferramentas que exortem o raciocínio, tais como a filosofia e a própria literatura. E o Direito, como mecanismo emanado do Estado, pode sucumbir ante as vicissitudes de uma sociedade cambiante, que influencia veementemente na formulação de seus dispositivos.

1.2 O PENSAMENTO JURÍDICO A PARTIR DAS DESCONSTRUÇÕES SOCIAIS APRESENTADAS EM *FAHRENHEIT 451*

Inaugura-se o presente tópico com a análise do livro *Fahrenheit 451 (2012)*, cuja ideia é alertar a população quanto ao controle de ideias para mortificação do pensamento, por meio da queima de livros, como método de controle sócio-político das massas, doutra banda, uma análise intertextual da frase, traz uma ambiguidade bem como pluralidade de sentidos, permitindo preencher as lacunas deste trabalho, que trabalha com a ideia da construção literária como fundamento ao sentido punitivista de aplicação coercitiva do indivíduo.

Em *Fahrenheit 451 (2012)*, nota-se uma sociedade em completa aversão aos livros, e no trato lhano com o próximo, bem como, no aumento gritante da tecnologia, que substitui o diálogo, corroborando uma sociedade mais individualista e com pouca estima entre os demais. Neste ínterim, apresenta-se a figura de Guy Montag, bombeiro, que tem como incumbência incinerar livros, afinal, o próprio Sistema Normativo determina que tamanha ignomínia aconteça.

Sendo assim, Guy Montag ao dialogar com a jovem Clarice, sua vizinha, tem a possibilidade de refletir sobre o mundo em sua volta, ainda mais quando ela desaparece, e inicia sua jornada silente em resgatar a maior quantidade de livros possíveis, o que gera em sua perseguição, e anseio de suprimi-lo. E ao questionar ao Capitão da corporação, a razão histórica pela qual fez com que os bombeiros mudassem sua atribuição de apagar incêndios para incinerar, recebe como resposta de que o Estado, juntamente do Direito, não deliberou acerca disso, apenas aceitou categoricamente com os rumos da sociedade.

Neste diapasão, a sociedade ao gradativamente perder o tempero pela leitura, bem como

da erudição e afeto, acaba por influenciar o Sistema Normativo, que aceita de modo ascético o itinerário tomado pelos membros sociais. Frisando, dessa maneira, que ao desvencilhar-se completamente dos aspectos axiológicos, o Direito, ao invés de tornar-se um meio de justiça, torna-se um mecanismo obtuso de Poder, em que seu conteúdo pouco importa, desde que passe pelo crivo dos meios legais de aprovação.

Desta forma, um Direito epidérmico e ornamental, visto em Fahrenheit 451, torna-se atraente aos olhos dos que detém o Poder, pois influencia na supressão do conhecimento, e conseqüentemente no poder de raciocínio, de modo que abre portas para concessão de diversas barbáries que invariavelmente virão a surgir.

1.3 DO “CRIME AO CASTIGO”, ANÁLISES FILOSÓFICAS DE UM DIREITO MATERIAL (PENAL) VIVO

Outro ponto ímpar de extrema influência filosófica existencialista, sobretudo num aspecto criminológico sobre o Direito, recebe destaque no livro Crime e Castigo. Dostoiévski (1993), autor da obra, utiliza os aspectos humanos do personagem de sua literatura para avaliar os efeitos de um crime na sociedade.

Para tanto, descreve que, desafiando a existência humana, o personagem principal Raskolnikov decide assassinar uma pessoa em prol de outras, expondo tal pensamento durante uma conversa com seu colega, um oficial ao analisar a vítima do seu crime (DOSTOIÉVSKI, 1993, p. 68) - Capítulo VI-. Tal qual o Existencialismo Filosófico, o conteúdo trazido por Dostoiévski (1993) interliga-se ao bem comum indicado por Sandel (2012, p. 323): “Se uma sociedade justa requer um raciocínio conjunto sobre a vida boa, resta perguntar que tipo de discurso político nos conduziria nessa direção.”

Nota-se, então, que o pensamento de Immanuel Kant reflete o existencialismo da vida humana, pois o imperativo categórico doutrinado por este descreve que nenhum ser humano pode ser tratado como um meio para determinado fim, ao contrário, as pessoas são fins em si mesmas, se houver homicídio, o indivíduo estará tornando a si como um meio para livrar-se do sofrimento, esta coisificação desrespeita a humanidade (SANDEL, 2012, p. 154-155).

Tal pensamento foi um dos principais fundamentos para a construção do atual Direito Penal, visto que este não busca a punição das pessoas para proveito de outras, mas sim, castiga-se por agir em contrariedade ao bem comum, assim, os interesses protegidos pelo direito penal são aqueles interesses inerentes a todos, pelo senso comum, relacionado a todos os cidadãos (BARATTA, 2002, p. 117).

É mister salientar também, que uma das raízes deste pensamento positivista havia sido plantada há séculos pela Literatura Clássica. Na obra *A Divina Comédia* (2002), é explanado no Canto XIV que aqueles que praticaram violência contra a arte, contra a natureza, sendo atingidos por chuva de fogo que nunca cessa (ALIGHIERI, 2002, p. 60). Já no Canto XIII,

Dante Alighieri (2002, p. 56) descreve que os violentos contra si próprios e contra seus bens em vida achavam-se transformados em árvores.

Faz-se, portanto, a analogia de que, violentar a arte, sobretudo a arte de viver, a própria natureza da vida, que também integram o raciocínio de que esta vida é o próprio bem do ser humano por estar entrelaçado em si mesmo, efetua, conforme Alighieri (2002), a pena de sofrer eternamente após a existência material, criando a ponte das teorias filosóficas, do imperativo categórico de Kant, bem como, apresentou suas ramificações através da norma jurídica.

Dito isto, é de completa importância trazer estes estudos ao atual jurista, para que apegue-se à essência da humanização presente na filosofia e na Literatura clássica, em vez de limitar-se à literalidade ríspida da lei, pois o Direito, na esfera penal, ou em suas subáreas, deve ter como norte, a característica de um Direito vivo, cujo elemento basilar é a emancipação social, nesse sentido, a obra de Dostoiévski, *Crime e Castigo* (1993) convida o leitor as reflexões acerca do papel do indivíduo em meio ao punitivismo e às práticas de um crime, por ele, como esferas dualísticas entre a sua existência enquanto um ser humano, ou apenas um ser sem alma e apenas o corpo.

Estas reflexões esplanadas por Dostoiévski (1993), de cunho filosófico, importa ao leitor, configurar as disposições sistêmicas entre a prática delituosa e sua figuração como ser humano, onde o punitivismo desvela a (des) construção do ser e sua recondução como persona digna de ter a mais autêntica redenção, pois somente um direito vivo e emancipador, por característica, tem a capacidade institucional de margear a capacidade ressocializadora àqueles que por malfeito cometeram os crimes.

Nesse sentido, *Crime e Castigo* (1993) revela-se como um banquete de ensinamentos jurisfilosóficos à matriz epistemológica de um Direito Penal vivo, em meio às cataclísmicas reflexões sociais de alguém por dentro do ato criminoso e suas consequências sentidas na carne, pelos castigos de suas práticas.

1.4 O PROCESSO: RESUMOS DE UMA ABORDAGEM KAFKIANA AO DIREITO PROCESSUAL PENAL CONTEMPORÂNEO

Seguindo este percurso literário de Dostoiévski em *Crime e Castigo* (1993), mas sob o ponto de vista do Direito Adjetivo Penal, Franz Kafka em *O processo* (2015), explora em sua peculiar literatura eslava, os aspectos humanísticos acerca da apresentação do personagem principal em sua obra, que injustamente sofreu com a imposição de uma injusta condenação, que o afligirá até a alma, em razão das disposições viciosas do itinerário processual ao qual foi submetido.

Neste ponto, Kafka, quando propõe as vicissitudes perpassadas por Joseph K., ao longo da obra, destrincha em sua perspectiva absurda, os elementos de um processo penal

vil, avizinhado aos preceitos históricos de um direito inquisidor, tal qual na Idade Média, em que, o Direito de defesa não só era suprimido como inexistente, sob a malfadada alegação de uma moral cristã.

Em tempos mais contemporâneos, a reflexão kafkiana é de suma importância, por atentar-se que até mesmo com a superação dos tempos áureos, dentre o desenvolvimento humanístico das ciências, inclusive da própria ciência do Direito, o seu obscurantismo é plenamente viável, de modo a traçar as entrelinhas da desigualdade, seja no particular, seja nas relações privadas a nível institucional.

A reflexão traduzida pelos incessantes desmandos contra Joseph K., explorados por Kafka (2015), promovem ao leitor às mais arrebatadoras ojerizas, não pelos absurdos característicos de suas obras, como forma de alertar o leitor às vicissitudes do dia a dia, mas justamente por sua característica de apego à realidade, não por coincidência, as faces do Direito dogmático, em seus domínios nas relações hodiernas, acaba por revelar-se como um cobertor moral aos confrontos em que espoliadores submetem os direitos dos espoliados a seu bel-prazer, conforme reflete Lyra Filho (2006).

De todo modo, atentar-se às elucubrações kafkianas, são mais do que considerações filosóficas ou teses hermenêuticas com sua interpretação até a alma que só a Literatura é capaz de proporcionar, como método de compreensão das disposições éticas e morais na sociedade, pois sua capacidade de literacidade revela uma amálgama entre a produção jurídica e os aspectos da Literatura.

Nesse ponto, é perceptível quando da compreensão dos alertas kafkianos, seja pelo inocente espoliado pela (in)justiça, ou em um indivíduo prestes a entrar na vala dos condenados por suas próprias razões, mas apesar de sua desumanização estatal, ainda preserva seu lado humano, como relata Victor Hugo em *Último dia de um condenado* (2002), estas entrelinhas das construções literárias, revelam o caráter libertário da literatura, tão tal que a figura do Romancismo, enquanto escola literária, é o Condor, espécie de ave falconiforme, cuja característica revela seus altos voos, revelando sua independência ao desprender-se das amarras terrenas e preservação dentre as mais altas escaladas.

Em tal análise, é perceptível ao Direito, sua necessidade em aperceber-se dos ideais humanistas da Literatura, sobretudo em sua construção hermenêutica, de modo que, jamais esteve em polos diametralmente opostos, inclusive, atentando-se ao seu desenvolvimento pelas matrizes literárias (Karam, 2017).

O Direito e a Literatura estão além da métrica das entrelinhas dos versos em que estão escritos, nem tampouco, resume-se à estética de suas disposições linguísticas, a leitura como objeto de construção do ser e do saber, é um instituo emancipador, de igual maneira, é o

Direito, ou deveria ser, todavia, estes méritos de Ser e Dever Ser entrariam em uma criteriosa análise epistemológica dentro da dogmática jurídica.

Sendo assim, basta apenas a reflexão, acerca da necessidade de o Direito encontrar-se não somente na clausura das regulações normativas, mas como um Direito vivo, dentre suas características como uma fonte de emancipação cidadã pelas vias das lutas sociais, tal qual observa a Literatura, como nas construções da literatura de Kafka, em *O Processo* (2015), de modo a inspirar a construção de um Processo penal libertário, constitucionalizador e na busca efetiva pela humanização dos indivíduos, ao invés de tratar-lhes como meros dissabores sociais.

CONCLUSÃO

Versam os resultados obtidos até então, na apresentação da ideia que a Literatura exerce influência mor na construção do pensamento jurídico contemporâneo, sendo este, o modo de obter uma melhor compreensão dos efeitos do pensamento zetético trazido por sua abordagem social à Ciência do Direito, bem como, defrontando um Direito vil, despido da alma, cujo sentido, sem quimeras, deve estar nos aspectos humanísticos de uma teoria de abordagem social, sem se dependurar em “cabides metafísicos”, lastreada na humanização e compreensão do papel de ser em sua construção.

Nesse sentido é notória a necessidade de levar ao Direito sua capacidade libertária enquanto instrumento de emancipação política e social, a qual, reduz-se à impossibilidade quando se limita tão somente ao seu dogmatismo dentre a capacidade de regulação pelos instrumentos normativos.

Apercebe-se desse modo, a ineficiência estatal em produzir um direito humanístico e realmente aliado à justiça quando este se limita ao seu isolacionismo, uma vez tratar-se de uma ciência cuja matriz epistemológica está inserta nas traduções das ciências sociais.

Logo, é necessário ao Direito, recorrer aos ideais libertários apresentados pela Literatura, pois, é enxergado em suas conceituações os instrumentos capazes de alçar o Direito aos voos maiores do que a mera regulação na conjuntura orgânica a partir dos conflitos diuturnos nos espaços sociais, o direito assim como a literatura nasce das ruas e ambos são expressas manifestações da conjectura cultural da manifestação, por tanto ler e interpretar a Literatura e o papel do Direito, constituem-se como pontes de construção do ser e do saber, numa autêntica projeção de uma materialização jurídica emancipadora.

REFERÊNCIAS

- ALIGHIERI, Dante. **A Divina Comédia**. São Paulo: Nova Cultural, 2002.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BRADBURY, Ray. **Fahrenheit 451**. Tradução: Cid Knipel. 2 ed. São Paulo: Globo, 2012.
- CARPEAUX, Otto Maria. **História da literatura ocidental** vol. I. – 3. ed. -- Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2008. 4 v. (Edições do Senado Federal; v. 107-A).
- COSTA, Daniel Lula. A Divina Comédia Como Documento Histórico. **Anais do International Congress of History**. Realizado de 21 a 23 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.indev.com.br/historia/?l=trabalhos&id=64>. Acesso em: 06 de abr. 2020.
- DOSTOIÉVSKI, Fiódor M. **Crime e Castigo**. São Paulo: Nova Cultural, 1993.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã** ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- HUXLEY, Aldous. **Admirável Mundo Novo**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- HUGO, Victor. **O Último dia de um condenado**. São Paulo: Estação Liberdade, 2002.
- KAFKA, Franz. **O Processo**. Tradução e posfácio: Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- KARAM, Henriete. O Direito na Contramão da Literatura: Acriação no paradigma contemporâneo. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. www.ufsm.br/revistadireito v. 12, n. 3 / 2017, p.1022-1043.
- LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. 14ª reimpressão da 17 ed. São Paulo: Brasiliense. (Coleção Primeiros Passos). 2006.
- ORWELL, George. **1984**. Tradução: Alexander Hubner, Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- SANDEL, M. J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- The Matrix (Matrix)**, Direção e roteiro: Lilly Wachowski e Lana Wachowski, produção Joel Silver, Distribuição: Warner Bros. EUA, 1999.
- VIRGÍLIO. **Eneida**. São Paulo: Nova Cultural, 2002.

Ary Queiroz Vieira Júnior

O NASCEDOURO E O DESENVOLVIMENTO DO
DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL
AO MEIO AMBIENTE

O NASCEDOURO E O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE

THE BIRTH AND DEVELOPMENT OF THE FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT TO THE ENVIRONMENT

Ary Queiroz Vieira Júnior

Oficial de Justiça do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE). Bacharel em Direito. Pós-Graduado em Direito do Estado. Mestrando em Direito.

RESUMO

Este trabalho versa sobre o nascedouro e o desenvolvimento do direito humano e fundamental ao meio ambiente. Tem como objetivo destacar os tratados e acordos internacionais de maior relevo e subscritos pelo Brasil, ressaltando a importância da Declaração da Conferência de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano. Especificamente, busca-se: analisar a legislação ambiental no direito pátrio e destacar a consagração do direito ao meio ambiente propriamente dito no ordenamento pátrio, mormente a partir da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e da sua incorporação à Constituição de 1988. Realizou-se a pesquisa bibliográfica e documental no desenvolvimento deste estudo. Concluiu-se que a degradação ambiental não cessa, sendo este descompasso entre a promessa da norma e sua concretude uma das razões pelas quais estudiosos têm proposto a superação do modelo antropocêntrico em favor de um direito ecológico propriamente dito, de cunho ecocêntrico ou biocêntrico.

Palavras-Chave: Nascedouro. Direitos Humanos. Meio Ambiente.

ABSTRACT

This work deals with the birth and development of the human and fundamental right to the environment. It aims to highlight the most signed by Brazil, carried out immediately, highlighting the importance of the Declaration of the Stockholm Conference on the Human Environment. Specifically, it seeks to: analyze the environmental legislation in the country's law, and highlight the enshrinement of the right to the environment itself in the country's order through the National Environmental Policy Law and its provision in the 1988 Constitution. Bibliographical and documental in the development of this study. It is concluded that environmental degradation does not stop, and this mismatch between the promise of the norm and its concreteness is one of the reasons why scholars have proposed overcoming the anthropocentric model in favor of an ecological right itself, of an ecocentric or biocentric nature.

Keywords: Birthplace. Human Law. Environment.

Antes da década de 1970 a legislação ambiental de proteção dos recursos naturais mirava interesses humanos secundários, especialmente econômicos, mas sem conteúdo propriamente ambiental, cenário que só passou a mudar com a noção moderna de Direito Ambiental exurgente naquela década. Isso quer significar que o “surgimento de um bem jurídico ecológico autônomo, com contornos conceituais e normativos próprios, somente ocorreu a partir da década de 1970”.¹

Com o despertar da consciência comunitária para os valores ambientais ou ecológicos ocorridos nas décadas de 1960 e 1970, surgiram os primeiros diplomas legais promulgados nos Estados Unidos da América e na Europa Ocidental, de âmbito nacional, e a Conferência e Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972, na esfera internacional.

Esses esforços lograram consolidar um novo direito, o direito humano ao meio ambiente sadio, que, na atual quadra histórica, é um direito humano e fundamental², de terceira geração ou dimensão (inspirada no lema “fraternidade”, da Revolução Francesa)³ e difuso⁴. A tutela jurisdicional do meio ambiente, por sua vez, é corolário da segunda “onda renovatória” de acesso à justiça, segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth na obra “Acesso à Justiça”, consistente “na criação de representação e instrumentos adequados de tutela dos direitos difusos e coletivos (como o meio ambiente sadio)”.⁵

No Brasil, doutrina especializada tem apontado a importância da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, de 1981, para a consagração do direito ambiental em termos modernos, e da sua constitucionalização pela inserção no Texto Constitucional de 1988 do “artigo-capítulo” 225, especialmente dedicado ao meio ambiente.

Demais disso, o Brasil participa de uma série de fóruns internacionais que tratam do meio ambiente. Sediou inclusive a importante Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento Sustentável, de 1992, mais conhecida como Eco-92 ou Rio-

1 SARLET; FENSTERSEIFER, 2022, p. 344.

2 Direitos humanos são direitos morais da pessoa humana reconhecidos na esfera internacional, sobretudo a partir da Carta das Nações Unidas (1945) e da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948). Direitos fundamentais, por sua vez, são direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico doméstico, por previsão expressa ou implícita no denominado bloco de constitucionalidade. É a posição majoritária na doutrina. (BARROSO, 2022; SILVA, CAMARGO, RODRIGUES, 2018, p. 32; DEL PRETI; LÉPORE, 2022, p. 33).

3 A classificação dos direitos humanos e fundamentais em gerações foi uma construção de Karel Vasak, em aula inaugural proferida em 1979 no curso do Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo, na França. Direitos de terceira geração são “direitos que não são fruídos individualmente, mas por toda a sociedade”. (BARROSO, 2022, p. 560).

4 Luís Roberto Barroso classifica os direitos fundamentais em individuais, políticos, sociais e difusos. Surgidos nas últimas décadas, os direitos difusos “caracterizam-se por pertencerem a uma série indeterminada de sujeitos e pela indeterminabilidade do seu objeto, de forma tal que a satisfação de um dos seus titulares implica a satisfação de todos, do mesmo passo que a lesão de um só constitui lesão da coletividade inteira”. (BARROSO, 2022, p. 560).

5 MARTINS, 2020, p. 1470.

92, porque realizada no Rio de Janeiro.

Nosso propósito, a título de aproximação, é destacar os tratados e acordos internacionais de maior relevo, alguns dos quais subscritos pelo Brasil, o que faremos incontinenti, ressaltando a importância da Declaração da Conferência de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano. Na sequência, debruçar-nos-emos sobre a legislação ambiental no direito pátrio, oportunidade em que destacaremos a consagração do direito ao meio ambiente propriamente dito no ordenamento pátrio por meio da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e sua previsão na Constituição de 1988, momento em que foi alçado ao *status* de direito fundamental.

Salientaremos, na mesma senda, que, malgrado o avanço da legislação ambiental e do reconhecimento de um direito ambiental dotado de fundamentalidade e centralidade constitucional, o direito ao meio ambiente sadio padece sob a mesma crítica endereçada aos direitos humanos e fundamentais em geral, qual seja, a profunda crise de efetividade. O fato, dentre outros questionamentos de ordem ética e filosófica, suscita debates acalorados sobre a necessidade de ancorar o direito ambiental em bases ecocêntricas ou biocêntricas, ultrapassando os atuais vetores antropocêntricos que fundamentam a disciplina.

Compartilhamos, a propósito, a atualíssima preocupação e senso de realismo de Norberto Bobbio a respeito do “contraste entre as declarações solenes e sua consecução, entre a grandiosidade das promessas e a miséria das realizações”⁶, que se aplicam perfeitamente ao direito ambiental. Para Bobbio, o “problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.⁷

1 A NORMATIVA INTERNACIONAL

No cenário internacional, a Convenção para a Proteção de Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América foi aprovada em 1940 e ratificada pelo Brasil em 1948. Coube, no entanto, à Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972, criada pela UNESCO⁸, ser o primeiro documento normativo internacional a reconhecer a existência de um “direito da humanidade”, definindo bens do patrimônio cultural e natural “que pertencem a todo gênero humano e não podem ser apropriados por ninguém em particular”.⁹ Tais bens merecem proteção, conforme o documento, por sua

6 BOBBIO, 2020, p. 60.

7 Op. Cit., p. 23.

8 Promulgada pelo Brasil pelo Decreto nº 80.978/77.

9 COMPARATO, 2019, p.386.

importância científica e estética¹⁰, conquanto ainda não tenha protegido “a biosfera enquanto tal, independentemente de qualquer valor científico, técnico ou estético em particular”, pontua Comparato.¹¹

Com efeito, o marco normativo da proteção ecológica em termos modernos, resultante de um movimento internacional de preservação do meio ambiente, foi a Declaração da Conferência de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, ainda em 1972¹². Antes dessa Conferência, não apenas a proteção tinha caráter utilitarista, como já pontuado, mas havia inclusive previsão normativa em Convenção internacional antiecológica, a exemplo do disposto no art. 47 do Pacto Internacional sobre Direito Cívico e Político (1966), *in verbis*: “Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada em detrimento do direito inerente a todos os povos de desfrutar e utilizar plena e livremente suas riquezas e seus recursos naturais”.¹³ Para Bobbio, “Não é difícil entender as razões dessa afirmação [que classificou como caso “bastante desconcertante”]; bem mais difícil é prever suas consequências, caso ela seja aplicada literalmente”.¹⁴

Segundo Guido F. da Silva, *apud* Sarlet e Fensterseifer, a Declaração de Estocolmo “pode ser considerada um documento com a mesma relevância para o Direito Internacional e para a diplomacia dos Estados que teve a Declaração Universal dos Direitos Humanos [...]. Na verdade, ambas as Declarações têm exercido o papel de verdadeiros guias e parâmetros na definição dos princípios mínimos que devem figurar tanto nas legislações domésticas dos Estados quanto na adoção dos grandes textos do Direito Internacional da atualidade”.¹⁵ Para Sarlet e Fensterseifer, a Declaração de Estocolmo consagrou um direito humano ao meio ambiente no seu artigo 1º.¹⁶ ¹⁷ Esse reconhecimento ganhou força normativa nos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos com a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981 (art. 21), e com o Protocolo Adicional de San Salvador à Convenção

10 Para a Convenção, “patrimônio natural” compreende: “os monumentos naturais constituídos por formações físicas e biológicas ou por grupos de tais formações, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista estético ou científico; as formações geológicas e fisiográficas e as áreas nitidamente delimitadas que constituam o ‘habitat’ de espécies animais e vegetais ameaçadas e que tenham valor universal excepcional do ponto de vista da ciência ou da conservação; os lugares notáveis naturais ou as zonas naturais nitidamente limitadas, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista da ciência, da conservação ou da beleza natural”.

11 Op. Cit., 2019.

12 A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente se reuniu em Estocolmo, de 5 a 16 de junho de 1972.

13 VADE MECUM INTERNACIONAL, 2019. p. 684.

14 BOBBIO, 2020, p. 36.

15 SARLET; FENSTERSEIFER, 2022, p. 347.

16 Op. Cit., 2022.

17 Princípio 1 – O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute das condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras [...]. (VADE MECUM INTERNACIONAL, 2019, p. 958).

Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988 (art. 11).

A partir da Declaração de Estocolmo, a proteção internacional ao meio ambiente influenciou as legislações nacionais de vários países, dentre eles o Brasil, criando um repertório normativo moderno e abrangente, o que se verifica nos seguintes exemplos: o Programa O Homem e a Biosfera, criado pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO); a Convenção sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional - Ramsar, de 1971, que entrou em vigor em 1975; a Carta Mundial da Natureza, adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 1982; a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar - CNUDM, de 1982, realizada em Montego Bay, na Jamaica; o Protocolo de San Salvador Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988. É desse período o relatório “Nosso Futuro Comum”, da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, mais conhecido como “Relatório Brundtland”, de 1987, que definiu o significado de desenvolvimento sustentável.

A Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Convenção-Quadro sobre a Diversidade Biológica (promulgada pelo Decreto nº 2.519/98), a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (promulgada pelo Decreto nº 2.652/98), a Agenda 21 e a Declaração de Princípios sobre Florestas foram estabelecidas na Eco-92. Posteriormente, ocorreram as Conferências Rio+10 e Rio+20, sediadas, respectivamente, em Johannesburgo e no Rio de Janeiro nos anos de 2002 e 2012.

Acresça-se a Declaração e Programa de Ação de Viena, promulgada na 2ª Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (1993), o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, de 1997 (promulgado pelo Decreto nº 5.445/2005), a Convenção de Aarhus sobre Acesso à Informação, Participação Pública na Tomada de Decisões e Acesso à Justiça em Matéria Ambiental (1998), o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica, de 2000 (promulgado pelo Decreto 5.705/06), a Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes (2001), Declaração sobre Direitos dos Povos Indígenas (2007), o Protocolo de Nagoia sobre Acesso a Recursos Genéticos e Repartição Justa e Equitativa dos Benefícios Derivados da sua Utilização (2010), a Declaração de Nova Iorque sobre Florestas (2014) e o Acordo de Paris sobre Mudanças Climáticas (“Agenda 2030”, 2015).

No âmbito do Sistema Regional Interamericano de Direitos Humanos tem ocorrido fenômeno denominado “*greening*”, “com o progressivo reconhecimento do status de direito humano inerente ao direito de viver em um ambiente sadio e equilibrado, reconhecido, aliás, expressamente no art. 11 do Protocolo de San Salvador (1998)”.^{18 19}

18 SARLET; FENSTERSEIFER, 2022, p. 350.

19 Artigo 11 do Protocolo de San Salvador: “Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos. Os Estados-Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente”. (VADE MECUM INTERNACIONAL, 2019, p. 847).

A princípio, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) tendeu ao fenômeno conhecido como “*greening*”, por meio do qual a judicialização do direito ao meio ambiente equilibrado era feita de forma indireta, por meio da conexão com um direito civil ou político previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Contudo, a partir do Caso Lagos del Campo vs. Peru, a Corte IDH passou a tutelar o direito ao meio ambiente sadio de forma direta, entendendo-o como inserido no artigo 26 da CADH, conclusão a que chegou também na Opinião Consultiva 23, de 24.11.2017. Nesta Opinião Consultiva, a Corte também ressaltou que o direito ao meio ambiente pode ser extraído dos artigos 30, 31, 33 e 34 da Carta da OEA, quando fazem menção à obrigação dos Estados de assegurarem o “desenvolvimento integral” dos povos.²⁰

Em sede de sistema onusiano, destaca-se o Projeto de Pacto Global para a Natureza. A Assembleia Geral da ONU, em 14 de maio de 2018, adotou a Resolução A/RES/72/277 com o propósito de estabelecer um grupo de trabalho *ad hoc* para desenvolver um Pacto Global para o Meio Ambiente, uma espécie de “Pacto Internacional dos Direitos Ambientais, em complemento à Carta Internacional dos Direitos Humanos do Sistema Global, formada atualmente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1849) e pelos Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

Mais recentemente, as Resoluções A/HRC/48/L.23/Rev.1 e A/HRC/48/L.27 do Conselho de Direitos Humanos da ONU, adotadas em 5 de outubro de 2021, reconheceram, respectivamente, o direito ao meio ambiente seguro, limpo, saudável e sustentável como um direito humano e estabeleceram uma Relatoria Especial sobre Direitos Humanos e Mudanças Climáticas.

2 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

As primeiras leis dedicadas a alguma forma de proteção do meio ambiente do território brasileiro datam das primeiras iniciativas de colonização pelos portugueses e se estendem até a proteção mais ampla da atualidade, mormente com a promulgação da Constituição de 1988 e a legislação infraconstitucional que surgiu sob sua égide.

Durante um longo período, a legislação possuiu caráter fragmentário e sua “proteção dos recursos naturais se deu preponderantemente em virtude de interesses de índole econômica ou mesmo em vista da proteção da saúde humana, imperando, portanto, uma visão ainda meramente instrumental ou utilitarista dos recursos naturais”²¹, panorama que só veio a mudar com a adoção de valores ecológicos propriamente ditos pela Lei nº 6.938/81.

Antônio H. Benjamin propõe uma divisão da evolução legislativa ambiental pátria, por nós seguida neste artigo, nas seguintes fases: fase da “exploração desregrada ou do

20 PAIVA; HEEMANN, 2020, p. 509.

21 SARLET; FENSTERSEIFER, 2022, p. 362.

laissez-faire ambiental” (caracterizada pelo individualismo); fase “fragmentária” (marcada pela proteção esparsa, preocupação com a atividade econômica, ausência de política ambiental e de reconhecimento do meio ambiente em sua natureza difusa) e fase “holística” (inaugurada pela edição da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, de 1981).²² É como veremos.

2.1 A LEGISLAÇÃO AMBIENTAL NA “FASE DA EXPLORAÇÃO DESREGRADA OU DO LAISSEZ-FAIRE AMBIENTAL”

Antônio H. Benjamin denomina esta primeira fase da evolução legislativa brasileira ambiental de “fase da exploração desregrada ou do *laissez-faire* ambiental”, que vai do período da chegada dos portugueses, em 1500, até aproximadamente o início do século XX.²³

A Coroa portuguesa tratou do tema em primeira mão quando das cartas de doação das capitanias hereditárias, em 1532, momento em que impôs seu monopólio na exploração do pau-brasil. Ainda no início do século XVI, as cartas de sesmarias, no mesmo sentido, dispunham de dispositivo proibindo que os sesmeiros cortassem os paus reais e de lei, particularmente a peroba, destinadas à construção das embarcações. Zé Pedro de Oliveira Costa sublinha que essas espécies eram denominadas “madeira de lei” em decorrência do documento.²⁴

Em 1605, o rei Filipe III promulgou o Regimento do Pau-Brasil, no qual ressaltou a necessidade de coibir “muitas desordens que há no sertão do pau-brasil, e na conservação dele, de que se tem seguido haver hoje muita falta”, sempre objetivando, frise-se, “reservar o monopólio da Coroa portuguesa e possibilitar uma exploração racional da madeira”, de propriedade exclusiva da Coroa, assim como as matas e árvores litorâneas e às margens de rios.²⁵ Nesse documento, vaticinou que:

A causa de se extinguirem as matas do dito pau, como hoje estão, e não tornarem aas árvores a brotar, é pelo mau modo como se fazem os cortes, não lhe deixando ramos e varas, que vão crescendo, e por se lhe pôr fogo nas raízes, para fazerem roças [...].²⁶

22 Sarlet e Fensterseifer propõem as seguintes fases legislativas: “fase fragmentário-instrumental”, “fase sistemático-valorativa” e “fase da constitucionalização da proteção ambiental”. Estes autores lembram que há uma quase fase em construção, a “fase legislativa ecocêntrica ou dos direitos dos animais e dos direitos da natureza (ou do direito ecológico)”. Há pontos divergentes com a classificação de Herman Benjamin, mas com este convergem quanto à importância da Lei 9.938/81 para o avanço da legislação pátria.

23 SARLET; FENSTERSEIFER, 2022, p. 363.

24 COSTA, 2022, p. 210.

25 COSTA, 2022. p. 209.

26 Op. Cit., 2022.

Outro relevante documento foi o regimento de 1677 do governador-geral Roque da Costa Barreto, “uma espécie de Constituição do Estado-Colônia até a chegada da família real, em 1808”. Nesse documento considerou-se que as matas diminuíaam pela demanda dos engenhos de açúcar, razão pela qual o governador foi incumbido de adotar as medidas necessárias à sua conservação, ao bem dos engenhos como da construção naval e outras fábricas. O regimento determinava também que haveria distâncias mínimas entre as aldeias indígenas e os engenhos e de ambos entre si, como também que o corte seria racionado de modo que quando uma mata estivesse crescendo, outra estaria submetida ao corte. As medidas prescritas à preservação das matas, como cediço, pretendiam alcançar maneira mais eficiente de exploração econômica, sem, no entanto, lograr êxito, consoante observação de Zé Pedro de Oliveira: “Em 1800, o governador-geral já comentava que essas ordens tinham deixado de ser necessárias, uma vez que as matas de pau-brasil estavam totalmente destruídas”.²⁷

De relevo registrar, por fim, a imposição inculpada no Decreto de Abertura dos Portos às Nações Amigas, de 1808, que, conquanto tenha permitido o livre comércio de diversas mercadorias, excepcionou o pau-brasil.

As devastações das matas seguiram intocadas no Império brasileiro, durante o qual praticamente não houve avanços legislativos. O governo imperial apenas revogou a licença do período colonial para o corte de madeiras de lei em terras particulares.

2.2 A FASE “FRAGMENTÁRIA” E “UTILITARISTA” DA LEGISLAÇÃO REPUBLICANA

Antônio H. Benjamin denomina a segunda fase da legislação ambiental brasileira de “fase fragmentária”, aduzindo que embora o legislador já estivesse atento à preservação de largas categorias de recursos naturais, ainda não havia se preocupado com o meio ambiente em si mesmo considerado. O período ainda é marcado pelo “utilitarismo (tutelando somente aquilo que tivesse interesse econômico) e, no plano formal, pela fragmentação”.²⁸

O botânico Alberto Löfgren e outros produziram o relatório de uma comissão em 1917, publicado pelo Ministério da Agricultura, pontuando a necessidade de preservação de um mínimo de 25% da área florestada. Os autores do relatório “defendiam ser indispensável a criação de um Código Florestal e de um serviço florestal a nível nacional”. Paralelamente, intelectuais europeus e brasileiros começaram a discutir o impacto das ações humanas sobre as florestas e dezenas de núcleos e grupos passaram a atuar em território nacional, a exemplo da Sociedade de Amigos das Árvores, criada em 1931.²⁹

27 COSTA, 2022, p. 211.

28 SARLET; FENSTERSEIFER, 2022, p. 363.

29 COSTA, 2022, p. 212.

Contudo, o primeiro Código Florestal Brasileiro só surgiu em 1934 (Decreto nº 23.793/34). Ele dispôs que as florestas do país são de interesse comum a toda a população brasileira. Definiu as áreas a serem protegidas, denominadas “áreas de preservação permanente”, “para evitar escorregamentos das encostas, garantir a proteção de manguezais fixadores de dunas, das margens dos rios e de espécies raras ou ameaçadas”. Inovou também ao criar áreas denominadas “reservas legais”, determinando que todas as propriedades devem reservar pelo menos 25% da sua área com vegetação nativa. Nas áreas de florestas virgens, como na maior parte da floresta amazônica, essa reserva seria de 50%.³⁰ Segundo Zé Pedro de Oliveira, “trata-se de uma legislação bastante evoluída e complexa, assim como os demais códigos nacionais. O principal problema é que quase nada dela se cumpriu [...]. Em 1950, continuávamos a receber queixas sobre a erosão e a exaustão das terras. Todos vivíamos o drama das terras cansadas e esgotadas [...].³¹ Ainda em 1934 foram aprovados a Lei de Proteção dos Animais (Decreto nº 24.645/34) e o Código de Águas (Decreto nº 24.634/34), que retirou dos donos das terras o controle dos rios que fluíssem por suas propriedades.

Ainda nesse período, houve a edição do Decreto-lei 25/37, sobre a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, e do Código de Pesca (Decreto-lei 794/38). A Constituição de 1934 cuidou basicamente da atribuição de competência à União e aos Estados em matérias afins (art. 5º, XIX, “j”; art. 10, II e III), no que foi seguida pela Constituição de 1937 (art. 16, XIV), que estabeleceu ainda o dever da Nação, Estados e Municípios de preservar os monumentos históricos, artísticos e naturais (art. 134). A Constituição de 1946 adotou conteúdo praticamente idêntico às de 34 e 37 (v.g. art. 5º, XV, “l”; art. 175), não havendo inovação no que pertine ao Direito Ambiental.

O primeiro Código, de 1934, perdurou até que surgiu nova legislação, o Código Florestal de 1965 (Lei nº 4.771/65). Esse Código aprimorou a legislação ambiental, embora tenha mantido a preservação de 25% em terrenos particulares, prevendo a regra de preservação de 50% por propriedade na Amazônia e em outras áreas de mata virgem.³² Entre os diplomas legislativos surgidos no mesmo período, destacam-se ainda o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64), o Código de Pesca (Decreto-lei nº 221/67), o Código de Mineração (Decreto-lei nº 227/67), o Decreto-lei nº 1.413/75 (sobre o controle da poluição ambiental causada pela atividade industrial) e o Decreto nº 79.437/77 (incorporando ao ordenamento nacional a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo). O resultado foi mais uma vez escasso. Ademais, em alguns casos, a exemplo da Lei de Proteção à Fauna ou Código de Caça (Lei nº 5.197/67), “tem-se até mesmo forte conteúdo

30 COSTA, 2022, p. 347.

31 COSTA, 2022, p. 213-214.

32 COSTA, 2022, p. 249.

antecológico, ao admitir e regularizar a prática da caça”.³³

A Constituição de 1967 apenas reproduziu as disposições estabelecidas nas anteriores (art. 8º, XVII, “h” e “i”; art. 170, parágrafo único) e a Constituição de 1969 (Emenda nº 1/69) tampouco avançou em termos ecológicos (v.g. art. 180). Por fim, ainda antes da edição da Lei nº 6.938/81, foram editadas as Leis nº 6.453/77 (que consagrou a responsabilidade civil objetiva na hipótese de danos nucleares), nº 6.803/80 (sobre o estudo de impacto ambiental) e nº 6.902/81 (criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental).

Sobre o período, Sarlet e Fensterseifer advertem:

Os diplomas (inclusive em termos constitucionais) editados durante o regime militar, ao longo da segunda metade da década de 60, não avançaram em relação ao paradigma “conservacionista” (o Código Florestal de 1965 é o melhor exemplo), já que não estavam nos seus fundamentos valores propriamente “ecológicos”.³⁴

2.3 A “FASE HOLÍSTICA” DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA

A edição da Lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) inaugurou o que Antônio H. Benjamin denominou de “fase holística” da legislação brasileira ambiental, fase na qual “o meio ambiente passa a ser protegido de forma integral e com autonomia valorativa, ou seja, como bem jurídico autônomo”.³⁵ Para Sarlet e Fensterseifer, é no momento da promulgação dessa lei que nasce o Direito Ambiental brasileiro; ela é a sua “certidão de nascimento”³⁶, o marco inicial do Direito Ambiental Brasileiro.³⁷

A Lei nº 6.938/81 (LPNMA) surgiu alinhada com inovações legislativas no direito comparado e no plano internacional, sobretudo a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente (1972). Sistematizou a proteção jurídica dos valores ecológicos no ordenamento pátrio, consagrou o meio ambiente como bem jurídico autônomo merecedor de proteção jurídica. Inovou e aperfeiçoou a legislação precedente, prevendo a responsabilidade objetiva do poluidor (art. 14, §1º) e a exigência de estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade lesiva ou potencialmente lesiva ao meio ambiente (art. 10). Identificou a relação indissociável entre a qualidade e segurança ambientais e a proteção da dignidade e da vida humanas (art. 2º, *caput*). Criou o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) e o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA).

33 SARLET; FENSTERSEIFER, 2022, p. 368.

34 Idem, p. 374.

35 Idem, p. 363.

36 SARLET; FENSTERSEIFER, 2022, p. 364.

37 Idem, p. 375.

Após a promulgação da LPNMA, surgiu a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), estabelecendo como seu objeto a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 1º, I e III). Também alargou o rol dos legitimados (art. 5º³⁸) - considerando que a LPNMA atribuiu legitimidade apenas ao Ministério Público para a propositura de ação de reparação por danos ambientais (art. 14, §1º) -, além de haver ampliado as atribuições do *Parquet*, a exemplo da sua participação como fiscal do ordenamento jurídico quando a Ação Civil Pública for proposta por outro legitimado (art. 5º, §1º), da possibilidade do termo de ajustamento de conduta (art. 5º, §6º) e da instauração de inquérito civil (art. 8º, § 1º).

A Constituição republicana promulgada em 5 de outubro de 1988 coroou o período de redemocratização e o avanço da legislação ambiental pátria, consagrando definitivamente o direito ao meio ambiente como direito fundamental. Tornou-se “a primeira do mundo a conter um capítulo específico sobre o meio ambiente [...]”.³⁹ Sobre a importância da Constituição de 1988 para a consolidação dos valores ambientais no ordenamento jurídico doméstico, Sarlet e Fensterseifer pontuam: “Após a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), o marco normativo mais significativo para a consolidação do Direito Ambiental e afirmação dos valores ecológicos no sistema jurídico brasileiro foi, sem dúvida, a consagração da proteção constitucional do meio ambiente no âmbito da Constituição Federal de 1988 e do seu paradigmático art. 225”.⁴⁰ Essa era constitui para os autores citados o terceiro período legislativo, que denominaram “fase da constitucionalização da proteção ambiental e do Direito Ambiental”. Sua inovação consiste em tornar os valores ecológicos centrais ao ordenamento jurídico brasileiro, o que denominaram “virada ecológica de índole jurídico-constitucional”.⁴¹

Inúmeros dispositivos da Constituição de 88 são relevantes para o direito fundamental ao meio ambiente, dentre os quais destacam-se: a ação popular para evitar ou reparar lesão ao meio ambiente (art. 5º, LXXIII); a atribuição de competência comum aos entes federativos para “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (art. 23, VI); a legitimidade do Ministério Público para promover inquérito civil e ajuizar ação civil pública para a proteção do meio ambiente (art. 129, III); a previsão da defesa do meio ambiente como

38 Conferindo legitimidade ao Ministério Público, à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, à autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e às associações. A Lei nº 11.448/2007 incluiu no rol dos legitimados para a ação civil pública a Defensoria Pública, dispositivo julgado constitucional pelo STF na ADI 3943/DF, em 7 de maio de 2015. Antes da referida lei, a Defensoria Pública ajuizava ações civis públicas com base na previsão genérica que estabelece os “órgãos da Administração Pública” como legitimados, contida no art. 82, III, do Código de Defesa do Consumidor. Após a Lei nº 11.448/2007, a Lei Complementar deu nova redação aos artigos 1º e 4º (incisos VII, VIII, X e XI) da Lei Complementar 80/94, a possibilidade tomou assento constitucional com a nova redação do art. 134, produzida pela Emenda Constitucional 80/2014, e o Código de Processo Civil, de 2015, fixou que “A Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a proteção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita”.

39 COSTA, 2022, p. 213-214

40 SARLET; FENSTERSEIFER, 2022, p. 383.

41 Op. Cit., 2022.

um dos princípios que regem a ordem econômica (art. 170, VI); a inclusão do meio ambiente no conceito de função social da propriedade rural (art. 186, II), etc.⁴²

A par dos importantes instrumentos apontados *supra*, o principal dispositivo constitucional a tratar do meio ambiente é o art. 225, um “capítulo-artigo” (o “Capítulo VI: Do Meio Ambiente”) inserido no Título VIII do Texto Maior, que trata da “Ordem Social”, que em seu *caput* preceitua que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. O artigo referido prevê os deveres do Poder Público (§1º) e a responsabilidade pelo dano ambiental (§2º), como também contempla, segundo posição pacificada mormente a partir da promulgação da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), a responsabilidade penal da pessoa jurídica em matéria ambiental (§3º).

Apesar das modernas e abrangentes disposições constitucionais, a década de 1990 presenciou índices alarmantes de desmatamento, havendo salto de 4.900 quilômetros quadrados em 1994 para 29.000 em 1995.⁴³ Para fazer frente à avalanche de destruição, o governo “determinou que as reservas legais nas propriedades na Amazônia deveriam passar de 50% para 80%”.⁴⁴ Também foi criada “uma série de novas áreas protegidas ao longo do Arco do Desmatamento, região que concentra as maiores atividades de destruição da floresta”.⁴⁵

Paralelamente, diversas leis miraram a proteção da biodiversidade. É o caso da Lei Federal nº 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Gerenciamento de Unidades de Conservação da Natureza, o SNUC. Merece destaque também o Decreto Federal nº 4.339/2002, que instituiu a Política Nacional de Biodiversidade, e as Lei Federais nº 11.105/2005 (da Biossegurança e Organismos Geneticamente Modificados – OGM) e nº 11.428/06 (sobre a Utilização e Proteção da Vegetação Nativa do Bioma Mata Atlântica).

As forças pró-desmatamento, todavia, reagiram aprovando em 2012 um novo Código Florestal (Lei nº 12.651/12), afrouxando uma série de medidas de proteção desse patrimônio. “A parte iluminada” do novo código, nas palavras de Zé Pedro de Oliveira, determinou a inscrição de todas as terras privadas no Cadastro Ambiental Rural (CAR) no prazo de um ano. Esse prazo, porém, foi sucessivamente adiado por um ano, depois por mais dois, até ser excluído por lei de 2019. “E assim chegamos à caótica destruição das nossas florestas, com ênfase no Arco do Desmatamento”.⁴⁶ Por fim, registramos a Lei nº 13.123/2015, a Lei de Proteção ao Patrimônio Genético e ao Conhecimento Tradicional.

42 MARTINS, 2020, p. 1469.

43 COSTA, 2022, p. 215.

44 Op. Cit., 2022.

45 Op. Cit., 2022.

46 COSTA, 2022, p. 216.

3 AS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

As áreas protegidas são a forma mais eficiente de conservação da natureza e por isso merecem uma abordagem apartada sobre sua evolução legislativa.

O mapa florestal do Brasil de Gonzaga de Campos, de 1912, foi o primeiro trabalho realizado na República com a intenção de oferecer subsídios à criação de um sistema nacional de áreas protegidas. Em 1921, foi criado o Serviço Florestal no âmbito do Ministério da Agricultura, com o objetivo de cuidar do uso e conservação das florestas brasileiras. Sucederam o Serviço Florestal a Seção de Parques Nacionais (em 1939) e o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF).

Em 1973, antes da edição da LPNMA, mas em decorrência da Conferência de Estocolmo sobre o Meio Ambiente, foi criada no Brasil uma Secretaria Especial do Meio Ambiente (SEMA). Em 1985, instituiu-se o que até hoje é o Ministério do Meio Ambiente.⁴⁷ Em 2007, foi criado no Ministério do Meio Ambiente o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) para implementar as políticas públicas sobre espécies ameaçadas de fauna e gerenciar as áreas protegidas federais.⁴⁸

Os parques nacionais e as reservas florestais foram estabelecidos pelo Código Florestal de 1934, e as reservas biológicas, pelo Código de 1965. Os parques nacionais preservam a biodiversidade de áreas de beleza cênica excepcional. As reservas florestais preveem a utilização econômica de florestas nativas ou plantadas. As reservas biológicas preservam áreas de grande interesse para a ciência e preservam a biodiversidade.⁴⁹ Em 1981, a Secretaria do Meio Ambiente (SEMA) instituiu mais duas novas unidades de conservação: as estações ecológicas (ESEC), voltadas para a pesquisa, e as áreas de proteção ambiental (APA), de uso sustentável, em complemento às chamadas áreas de proteção integral.⁵⁰

Os governos regionais e locais, por sua vez, passaram a criar áreas protegidas com as mais diversas designações, criando-se um conjunto amorfo e confuso de unidades de conservação. Nota-se ainda o caráter utilitarista e fragmentário da regulamentação legislativa da matéria, razão pela qual foi concebido um novo projeto baseado em categorias definidas pela União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN), fazendo avançar a legislação pertinente à “fase holística”, segundo classificação de Herman Benjamin.

Esse projeto propôs a criação de dois grupos de categorias de unidades de conservação: as unidades de proteção integral (estações ecológicas, reservas biológicas, parques nacionais, monumentos naturais e refúgios de vida silvestre) e as unidades de uso sustentável (áreas de proteção ambiental, áreas de relevante interesse ecológico, florestas

47 COSTA, 2022. p. 217.

48 COSTA, 2022. p. 218.

49 Op. Cit., 2020.

50 COSTA, 2022, p. 220.

nacionais, reservas extrativistas, reservas de fauna, reservas de desenvolvimento sustentável, reservas particulares do patrimônio natural). São, ao total, doze categorias de unidades de conservação.

A lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) foi sancionada em 2000 (Lei nº 9.985/2000), que também instituiu a categoria de corredores ecológicos e reconheceu os sistemas da UNESCO de reservas da biosfera e de sítios do patrimônio mundial.⁵¹

A extensão atual das unidades de conservação contemplada em 2020 pelo Cadastro Nacional de Unidades de Conservação (CNUC) traduz a seguinte realidade nas três esferas de governo: “2.468 unidades de conservação no Brasil, totalizando 254.932.961 hectares [...], o que abrange 18,63% da área continental protegida e 24,47% da área marinha”.⁵²

CONCLUSÃO

A proteção do meio ambiente e o reconhecimento do direito humano e fundamental ao meio ambiente, com valores propriamente ambientais, percorreu caminho acidentado e seu estabelecimento é recente. No primeiro momento, predominou o *laissez-faire* ambiental, a fase do completo desregramento e da exploração sem limites dos recursos ambientais.

A legislação evoluiu para uma regulamentação fragmentária e utilitarista, e somente após a Conferência e Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972, no plano internacional, e com a edição da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), no ordenamento jurídico doméstico, logrou-se alçar o meio ambiente a um direito humano e fundamental autônomo, merecedor de tutela jurídica específica e dotado de valores propriamente ecológicos.

O movimento, por fim, foi coroado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, momento histórico em que o direito ao meio ambiente equilibrado passou à centralidade da ordem jurídica interna e a se espalhar a todos os ramos do direito. Adotou-se um constitucionalismo ecológico antropocêntrico, na medida em que o meio ambiente sadio foi alçado a direito humano e fundamental e para o fim de promover a dignidade da pessoa humana.

Parte considerável do aporte teórico, como também as declarações internacionais, a Constituição de 1988 e os diplomas normativos internos – com seus respectivos procedimentos, instrumentos jurídico-legais e órgãos -, surgiram ancorados no ambientalismo antropocêntrico e na noção de sustentabilidade.

Nada obstante, a degradação ambiental não cessa, havendo maior índice de desmatamento na série histórica no Cerrado e na Amazônia em fevereiro de 2023, segundo

51 Idem, p. 221.

52 Idem, p. 222.

o INPE, sendo este descompasso entre a promessa da norma e sua concretude uma das razões pelas quais estudiosos têm proposto a superação do modelo antropocêntrico em favor de um direito ecológico propriamente dito, de cunho ecocêntrico ou biocêntrico, ao argumento de que “Não há como pensar soluções ambientais efetivas ignorando o ponto de partida sobre o valor da natureza e de seus elementos constitutivos”.⁵³

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: LTC, 2020.

COSTA, Zé Pedro de Oliveira. **Uma história das florestas brasileiras**. Belo Horizonte, MG: Autêntica, 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DEL PRETI, Bruno; LÉPORE, Paulo. **Manual de Direitos Humanos**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2022.

LOURENÇO, Daniel Braga. **Qual o valor da natureza? Uma Introdução à Ética Ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Elefante, 2019.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

SILVA, Anderson Santos da; CAMARGO, Eduardo Aidê Bueno de; RODRIGUES, João Mendes. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

VADE MECUM INTERNACIONAL. **Método**. Organização Valério de Oliveira Mazzuoli. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

53 LOURENÇO, 2019, p. 46.

Jéssica Ferreira Cavalcante de Souza Lima

A GUARDA COMPARTILHADA E A POSSIBILIDADE
DE SUA FIXAÇÃO QUANDO OS GENITORES
RESIDIREM EM CIDADES OU PAÍSES DIVERSOS À
LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DA TERCEIRA TURMA
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A GUARDA COMPARTILHADA E A POSSIBILIDADE DE SUA FIXAÇÃO QUANDO OS GENITORES RESIDIREM EM CIDADES OU PAÍSES DIVERSOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DA TERCEIRA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SHARED CUSTODY AND THE POSSIBILITY OF FIXING IT WHEN THE PARENTS RESIDE IN DIFFERENT CITIES OR COUNTRIES IN THE LIGHT OF THE JURISPRUDENCE OF THE THIRD PANEL OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Jéssica Ferreira Cavalcante de Souza Lima

Servidora do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE). Graduada em Direito. Especialista em Direito Civil e Processo Civil.

RESUMO

O presente trabalho tem como fundamento a análise do instituto da guarda, em especial a guarda compartilhada, como forma de manutenção do vínculo familiar e dos laços parentais entre os genitores e seus filhos menores, bem como sua viabilidade quando um dos pais reside em outro país. Pretende-se estudar a possibilidade de fixação da guarda em sua forma compartilhada quando um dos genitores não possui a custódia física da criança, quando verificadas as circunstâncias, for possível estabelecer um plano de convivência, desde que sejam observados os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente. Tudo isso levando-se em consideração o entendimento firmado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça a qual fixou guarda compartilhada entre genitores residentes em cidades diversas, bem como deferiu mudança de menor para outro país na companhia de um dos genitores, mantendo a guarda compartilhada.

Palavras-Chave: Guarda Compartilhada. Convivência. Melhor interesse da criança.

ABSTRACT

The present work is based on the analysis of the institution of custody, especially shared custody, as a way of maintaining the family bond and parental ties between parents and their minor children, as well as its viability when one of the parents resides in another country. It is intended to study the possibility of fixing custody in its shared form when one of the parents does not have physical custody of the child, when the circumstances are verified, it is possible to establish a plan of coexistence, provided that the principles of full protection and the best interest of the child and adolescent are observed. All this taking into account the understanding signed by the Third Panel of the Superior Court of Justice which fixed shared custody between parents residing in different cities, as well as deferred change of minor to another country in the company of one of the parents, maintaining shared custody.

Keywords: Shared Guard. Coexistence. Best Interest of the Child.

INTRODUÇÃO

Em virtude do avanço atual da sociedade, bem como pelas mudanças relacionadas aos modelos de família que coabitam no mundo, fez-se necessário existir uma regulamentação das novas relações interpessoais que surgiram.

Dessa forma, torna-se cada vez mais comum o desmembramento do casal, trazendo consigo uma ruptura familiar que interfere diretamente na criação dos filhos fruto do relacionamento.

Diante desta ruptura, deverá existir meios de disciplinar as relações entre pais e filhos, ante imutabilidade do vínculo e em benefício dos filhos menores, que possuem o direito de conviver com ambos os genitores, bem como é um direito, também, do genitor de participar ativamente da vida de seus filhos.

Assim, a guarda compartilhada surgiu da necessidade de encontrar uma maneira capaz de fazer com que pais que não convivem possam manter os vínculos afetivos com seus filhos após o rompimento, além de manter a autoridade parental de ambos os pais.

Desde a entrada em vigor da Lei 13.058 em 22 de dezembro de 2014 o instituto da Guarda Compartilhada foi definido na legislação pátria, sendo, atualmente, a regra geral a ser aplicada em caso de separação dos genitores ou, caso nunca tenha havido coabitação entre eles, para definir a forma de convívio dos filhos com seus genitores.

Sendo assim, a referida lei incluiu o § 2º ao artigo 1.583 do Código Civil de 2002, o qual dispõe que o tempo de convívio dos pais com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada entre eles, levando-se em consideração as condições fáticas do caso concreto e os interesses dos filhos.

Importante frisar que a guarda compartilhada vai além do tempo dividido entre o convívio dos genitores com a prole, vez que no referido modelo de guarda os filhos de pais separados permanecem sob a autoridade equivalente de ambos os genitores, os quais devem tomar de forma conjunta as decisões importantes sobre a vida dos filhos.

Este trabalho tem como foco conceituar, distinguir e elucidar o instituto da guarda, especialmente a guarda compartilhada, levando-se em consideração recentes decisões da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (Resp. nº 2.038.760- RJ e Resp. nº 1.878.041 – SP), as quais fixaram a guarda compartilhada entre genitores que residiam em cidades e países diversos, fixando o entendimento de que o compartilhamento de responsabilidades entre genitores pode ser realizado independentemente da distância geográfica, especialmente pelo estágio atual da tecnologia que permite a custódia à distância.

Sendo assim, pretende-se demonstrar os tipos de guarda existentes no Brasil e, especialmente, diferenciar a guarda compartilhada da guarda alternada, esta última não recepcionada pelas leis brasileiras, bem como definir os critérios a serem utilizados pelo judiciário quando da fixação do tipo de guarda, levando-se em consideração o princípio do melhor interesse da criança e as condições fáticas do caso.

1 O INSTITUTO DA GUARDA NO BRASIL

Nas palavras do Professor Rolf Madaleno:

A guarda é atributo do poder familiar, e se refere à convivência propriamente dita, constituído do direito de viver com o filho menor ou incapaz na mesma habitação, com o correlato dever de assumir a responsabilidade direta de velar pelos interesses do filho, a quem representa em juízo nas ações onde for parte, sendo a custódia uma decorrência da separação dos pais, tenham sido ou não casados (MADALENO, 2020, p.758).

Sendo assim, pela definição do referido doutrinador, este considera a guarda um atributo específico da coabitação com o filho menor, em que um dos genitores irá ter consigo seu filho e será incumbido da responsabilidade direta pelos seus interesses.

Importante destacar que, acerca da guarda dos filhos menores, prevalece no ordenamento jurídico brasileiro o princípio do melhor interesse da criança, estampado no artigo 227, da Constituição da República Federativa do Brasil, introduzido pela Emenda Constitucional nº65, do ano de 2010, que assim dispõe:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Dessa forma, percebe-se que a Carta Magna brasileira traz como dever não só da família, como do Estado e de toda sociedade, a manutenção dos direitos fundamentais básicos (vida, saúde, alimentação, educação, etc.) das crianças, adolescentes e jovens, com absoluta prioridade, demonstrando a preocupação do ordenamento jurídico com tais classes de pessoas, ante a vulnerabilidade destas e o interesse em priorizar à formação de futuros adultos livres, conscientes e com seus direitos assegurados.

A Lei nº11.698 de 13 de junho de 2008, alterando os artigos 1.583 e 1584 do Código Civil, incluiu como regra a guarda compartilhada em detrimento da guarda unilateral, no intuito de ampliar a proteção dos interesses dos menores.

Em seguida, a Lei n° 13.058 de 22 de dezembro de 2014, modificando mais uma vez os artigos acima do Código Civil, definiu, no parágrafo §2°, do artigo 1.583, que na guarda compartilhada o convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, levando-se em consideração as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Assim, pela leitura do dispositivo, parece-se que a guarda compartilhada se resume ao compartilhamento de convívio dos filhos entre os genitores, o que confunde os leitores e, por tal razão, já objeto de crítica por estudiosos do direito.

(..) a nova legislação conservou a guarda compartilhada no tocante ao compartilhamento do poder familiar, mas construiu uma segunda versão da guarda compartilhada, esta consistente no compartilhamento do tempo de permanência equilibrada de convivência dos pais com sua prole, renomeando, em realidade, a guarda alternada de guarda compartilhada, porquanto, compartilhar o poder familiar nunca teve o mesmo significado que compartilhar o tempo de permanência da posse de filho, o que efetivamente não representa a mesma coisa, podendo ser dito que a guarda compartilhada encontrou duas vertentes, uma que pode ser chamada de guarda compartilhada legal ou jurídica, da antiga e vigente Lei n. 11.698/2008, e a guarda compartilhada física, de pura posse física da prole, esta, criada pela Lei n. 13.058/2014 (MADALENO, 2020, p. 760).

Percebe-se, pois, que o compartilhamento de tempo de convívio de um dos genitores com sua prole apenas é uma vertente da guarda compartilhada, não sendo, portanto, a definição ideal de guarda compartilhada.

1.1 CONCEITO

Primeiramente, importante destacar que as relações entre pais e filhos não se alteram em decorrência de separação/divórcio dos genitores, sendo direito dos filhos a convivência com seus genitores, nos termos do artigo 1.632, do Código Civil.

É um direito dos filhos e um dever de os pais zelar pela integridade física e mental de seus filhos menores, ante a hipossuficiência e vulnerabilidade das crianças e adolescentes.

Dessa forma, a guarda consiste no poder-dever dos pais de conservar consigo os filhos sob seu poder familiar, de forma a obter supervisão direta de sua prole.

O instituto da guarda, apesar de ser consequência natural do poder parental, pode ser deferida a terceiro, nos termos do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente que assim que prediz: Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais (BRASIL, 1990).

Pela análise do dispositivo, percebe-se que a finalidade da guarda é garantir ao menor a prestação de assistência material, moral e educacional adequada, tudo,

em conformidade com os demais dispositivos pertinentes existentes no ordenamento jurídico, que levam em consideração o melhor interesse da criança para garantir-lhe um desenvolvimento biológico e social saudável, preservando-lhe sua integridade.

1.2 TIPOS DE GUARDA EXISTENTES NO BRASIL

Pelo artigo 1.583 do Código Civil, é possível visualizar dois tipos de guarda, a guarda unilateral e a guarda compartilhada.

O §1º do referido artigo assim dispõe:

Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada 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 (BRASIL, 2002).

No que diz respeito ao poder familiar, antes denominado pelo Código Civil de 1916 de pátrio poder, Pablo Stolze (2020) o conceitua como “o plexo de direitos e obrigações reconhecidas aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes”. (GAGLIANO, 2020.p.582).

Dessa forma, a guarda unilateral é aquela em que apenas um dos genitores a detém, em detrimento do outro que apenas realizará a visitação a sua prole, sendo do guardião a responsabilidade pelas decisões importantes acerca dos filhos.

Frise-se que o genitor que não se encontra na guarda dos filhos possui o dever de supervisionar os interesses destes, sendo parte legítima, nos termos do §5º, do artigo em comento, para solicitar informações, prestação de contas em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física, psicológica e quanto à educação de seus filhos.

Aguarda compartilhada, por sua vez, pressupõe o compartilhamento de responsabilidade acerca das decisões importantes que dizem respeito aos filhos menores/incapazes, bem como garante, em condições de igualdade, o exercício de direitos e deveres dos pais com relação aos filhos.

O Código Civil, após as alterações das Leis nº11,698 de 2008 e nº 13.058 de 2014 determinou a guarda compartilhada como regra, em caso de ambos os genitores se encontrarem aptos a exercer o poder familiar.

Mesmo não havendo consenso, poderá o juiz determinar o referido tipo de guarda, desde que as condições fáticas do caso concreto permitam e os interesses dos menores/incapazes estejam resguardados.

Ao determinar a guarda compartilhada, deverão ser estabelecidas as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência de cada um, podendo o Juiz se valer de orientação

técnico-profissional ou equipe interdisciplinar para que seja resguardada uma divisão equilibrada e eficiente de tempo com a mãe e com o pai.

Percebe-se, pois, que a antiga imagem de que a mãe teria melhores condições, por si só, de exercer a guarda unilateral dos filhos, deixa de existir, ao menos em tese, para que ambos os genitores de forma conjunta possam exercer, em igualdade de condições, a guarda e, com isso, terem os mesmos direitos e deveres acerca da responsabilidade pelas decisões sobre a vida de sua prole.

Quanto aos tipos de guarda, é relevante trazer o conceito de guarda alternada, a qual não fora recepcionada pelas leis brasileiras, porém, é constantemente confundida com o instituto da guarda compartilhada.

Na guarda alternada cada genitor terá a guarda exclusiva da prole durante determinado período. Assim, o filho pode, por exemplo, passar uma semana residindo com um genitor e outra com o outro. Durante os períodos determinados ocorre a transferência total da responsabilidade dos filhos, podendo tomar decisões isoladas sem necessidade de autorização ou ciência do outro genitor.

Tal tipo de guarda é criticada por muitos especialistas, vez que é propícia para que os filhos percam o referencial de família, bem como, quando atingem a adolescência serve de base para fuga de responsabilidades, vez que quando são contrariados em um dos lares, tendem a fugir para a residência do outro genitor, para conseguir o que desejam.

Outro tipo de guarda existente e comum em países europeus, é chamada nidação ou aninhamento, modelo este também não previsto na legislação brasileira. Neste tipo de guarda, os filhos permanecem na antiga residência do casal e os genitores se revezam na companhia de seus filhos. Pablo Stolze (2020) considera que este tipo de guarda não é comum, pois demandaria muitos gastos, já que os genitores teriam que manter duas casas, situação que não se enquadra na situação econômica da grande maioria das famílias brasileiras.

Sendo assim, em um cenário ideal, em que há consenso entre os genitores, a guarda compartilhada é a melhor opção para os filhos. Caso contrário, em que não há consenso, bem como há intenso conflito, devidamente atestado pelo juiz e/ou por equipe interdisciplinar, a melhor opção é a guarda unilateral com direito de visitas ao genitor não guardião.

A guarda alternada, além de não possuir respaldo na legislação pátria, termina por favorecer apenas aos interesses dos pais, vez que as crianças necessitam de rotina, estabilidade e lar referencial para se desenvolver.

O referido tipo de guarda, portanto, pode causar sofrimento psíquico ao menor que irá necessitar constantemente se adaptar e readaptar as diferentes rotinas existentes nas residências de seus genitores.

Assim, a guarda compartilhada, que será regra, caso verificado que ambos os genitores têm boas condições de exercê-la e, sempre levando em consideração o melhor interesse do menor, traduz-se em dividir direitos e obrigações com relação aos atos decisórios da vida do filho, de modo que pode haver o compartilhamento de tarefas do dia a dia do menor, caso seja possível.

Nas palavras do professor José Fernando Simão:

Compartilhar a guarda significa exclusivamente que a criança terá convívio mais intenso com seu pai (que normalmente fica sem a guarda unilateral) e não apenas nas visitas ocorridas a cada 15 dias nos fins-de-semana. Assim, o pai deverá levar seu filho à escola durante a semana, poderá com ele almoçar ou jantar em dias específicos, poderá estar com ele em certas manhãs ou tardes para acompanhar seus deveres escolares (SIMÃO, 2014)

1.3 DECISÃO DA TERCEIRA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DA GUARDA COMPARTILHADA QUANDO OS GENITORES POSSUEM DOMICÍLIOS EM CIDADES DIVERSAS

Pelo estágio atual da tecnologia existente no mundo e pela facilitação do acesso à internet como forma de diminuir a distância física existente entre as pessoas, ficou mais fácil a manutenção de certos laços de amizade e até mesmo familiares com pessoas que se encontram a milhares de quilômetros de distância.

No que diz respeito ao exercício do poder familiar por ambos os genitores, a guarda compartilhada é instituto que visa a prevalência do convívio entre pais e filhos. Conforme já argumentado acima, a guarda compartilhada não se confunde com a guarda alternada, servindo, portanto, para fortalecer o vínculo familiar entre genitores e sua prole.

Dessa forma, deve o magistrado, no caso concreto, realizar a fórmula mais conveniente e adequada para aquela família que necessita de resguardo judicial, sempre priorizando o melhor interesse da criança ou adolescente.

Foi exatamente neste sentido que a Terceira Turma do STJ, no Recurso Especial nº 1.878.041-SP fixou a guarda compartilhada, mesmo no caso de os genitores serem domiciliados em cidades distintas.

Pela análise da decisão, verificou-se que a relatora considerou que apenas não é possível a fixação da guarda compartilhada em duas situações, a inexistência de interesse de um dos genitores e a incapacidade de um dos genitores de exercer o poder familiar.

Quanto as dificuldades práticas de concretização do instituto, afirmou a relatora que deverão ser resolvidas levando em consideração uma fórmula adequada a cada caso concreto,

não sendo apenas a ausência de guarda física apta a impossibilitar a fixação da guarda no molde compartilhado.

Assim, o juiz da causa deverá definir um lar de referência para a criança/adolescente, podendo se valer de equipe multidisciplinar para verificação das melhores condições, havendo o compartilhamento de responsabilidade pelas decisões referentes a vida dos filhos, bem como será definido o período de convivência deste com seus genitores.

(...)30. Assim, é imperioso concluir que a guarda compartilhada não demanda custódia física conjunta, tampouco tempo de convívio igualitário, sendo certo, ademais, que, dada sua flexibilidade, esta modalidade de guarda comporta as fórmulas mais diversas para sua implementação concreta, notadamente para o regime de convivência ou de visitas, a serem fixadas pelo juiz ou por acordo entre as partes em atenção às circunstâncias fáticas de cada família individualmente considerada. 31. Portanto, não existe qualquer óbice à fixação da guarda compartilhada na hipótese em que os genitores residem em cidades, estados, ou, até mesmo, países diferentes, máxime tendo em vista que, com o avanço tecnológico, é plenamente possível que, à distância, os pais compartilhem a responsabilidade sobre a prole, participando ativamente das decisões acerca da vida dos filhos. (...) (STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.878.041 – SP. DJe 31/05/2021)

Sendo assim, na prática, não importa efetivamente se existe ou não período de convívio físico igualitário, já que os genitores poderão se valer dos meios tecnológicos existentes para estreitamento do convívio com seus filhos menores, não importando se se encontram em cidades e até países diversos.

1.4 DECISÃO DA TERCEIRA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DA MUDANÇA DA GENITORA COM FILHO MENOR PARA OUTRO PAÍS COM MANUTENÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA.

Do mesmo modo da decisão anteriormente analisada, a Terceira Turma do STJ, em seu informativo nº762, de 7 de fevereiro de 2023, fixou a seguinte tese: É possível a modificação do lar de referência de criança sob guarda compartilhada para o exterior, distinto daquele em que reside um dos genitores.

A referida turma do STJ, no julgamento do REsp. 2.038.760/RJ, em 06/12/2022, ratificou seu entendimento da desnecessidade da custódia física da menor para configuração da guarda compartilhada, bem como asseverou que o suporte dado pelos meios tecnológicos garante a convivência da criança com ambos os genitores.

Diante de tal constatação, fora deferido, no caso concreto, a modificação do lar de referência do menor para a Holanda, com base no princípio do melhor interesse da criança, ante as possibilidades de conhecimentos linguísticos, oportunidades de educação, ciência e

lazer, tendo em vista que o referido país, segundo fundamentação da relatora, ocupa o décimo lugar no ranking de Índice de Desenvolvimento Humano da ONU.

Para elucidação da fórmula utilizada para concretização do plano de convivência, vale a transcrição de parte do voto da relatora:

(...)10- Hipótese em que, ademais, houve o desenvolvimento de um cuidadoso plano de convivência na sentença, em que existe a previsão de retorno da criança ao Brasil em todos os períodos de férias até completar dezoito anos (com custos integralmente suportados pela mãe), utilização ampla e irrestrita de videochamadas ou outros meios tecnológicos de conversação e a convivência diária quando o pai estiver na Holanda. (STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.878.041 – SP. DJe 09/12/2022)

Posto isso, verifica-se que, com um plano de convivência adequado às circunstâncias do caso e inexistindo impedimentos legais para a fixação da guarda compartilhada, esta é sim a melhor opção para o fortalecimento dos laços parentais e o bom desenvolvimento físico e psicológico da criança, mesmo que os genitores residam em cidades, estados e até mesmo países diversos.

CONCLUSÃO

A escolha da legislação brasileira pela guarda compartilhada como regra é uma forma de estreitamento das relações afetivas entre pais e filhos, bem como se encontra em total concordância com a atual conjuntura do país.

Isso porque as características das famílias vêm em constante mudança, de modo que a quantidade de casais que se divorcia é cada vez maior, o que ocasionaria, em caso de uma guarda unilateral, uma ruptura da convivência e do exercício do poder familiar pelo genitor não guardião.

Verifica-se, também, um crescente número de pais que nunca coabitaram, o que gera a necessidade de proteção legal das relações familiares entre os genitores e os eventuais filhos frutos do relacionamento.

Por tais razões, é de suma importância que se diferencie o instituto da guarda compartilhada daquela guarda conceituada como alternada, já que o intuito da guarda compartilhada é a real divisão das responsabilidades e da convivência com os filhos e não apenas e, por si só, a alternância de lares, como muitos pensam.

Ressalta-se que a convivência, ante o avanço da tecnologia pode se dar por meio de uso de aparelhos celulares, computadores e outros meios tecnológicos de comunicação, não sendo obrigatória a presença física do genitor para concretização do seu poder familiar oriundo da guarda compartilhada.

Demonstrou-se, portanto, uma evolução no entendimento jurisprudencial, neste trabalho elucidado por decisões da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, apesar de não possuírem caráter vinculante, por não estarem nas hipóteses dispostas no artigo 927, do CPC, podem servir de orientação para os demais tribunais e magistrados quando da análise dos casos concretos, como forma de ampliação do debate e avanço no entendimento acerca do tema.

Frise-se que o principal beneficiário com a fixação da guarda compartilhada, desde que verificadas as possibilidades físicas e psicológicas de ambos os genitores, é da criança/adolescente, que passa a ter o direito de convivência com seus pais devidamente regulamentado e resguardado.

Dessa forma, fixado pelo juiz da causa um lar de referência para o menor, que deverá, via de regra, ser a residência de um dos genitores, a fim de que a criança/adolescente possa ter uma rotina cotidiana em seu contexto social, de modo a preservar a saúde mental e o desenvolvimento saudável deste, será regulamentado o seu direito de convivência com o outro genitor.

Merece atenção o fato de que o magistrado deverá fixar um plano de convivência eficaz e condizente com a realidade do caso levado ao judiciário, podendo se valer de equipe multidisciplinar e estudo psicossocial realizado no ambiente das partes, para concretização da finalidade principal que é a busca pelo melhor interesse da criança/adolescente.

Além disso, a guarda compartilhada facilita um melhor entendimento entre os genitores, na medida que as decisões devem ser tomadas em conjunto, bem como busca igualar as responsabilidades de ambos, o que acarreta uma menor sobrecarga para aquele genitor que ficaria com a guarda unilateral.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**. Um avanço para a Família. São Paulo: Editor Atlas S.A., 2008.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A guarda compartilhada e a Lei nº 11.698/08. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano, v. 14, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa Do Brasil De 1988**. 1988. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. 2002. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm?gclid=deleted> Acesso em: 04 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.878.041 - SP**. Terceira Turma. Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI Julgamento: 25/05/2021. Disponível em: < https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1878041_3656c.>

Lucas Correia de Limade Souza Lima

Tagore Trajano de Almeida e Silva

O OITAVO DIA DA CRIAÇÃO:
ROBÔS BIOLÓGICOS E O CAMINHO PARA O
FIM DA EXPLORAÇÃO ANIMAL?

O OITAVO DIA DA CRIAÇÃO: ROBÔS BIOLÓGICOS E O CAMINHO PARA O FIM DA EXPLORAÇÃO ANIMAL?

THE EIGHTH DAY OF CREATION: BIOLOGICAL ROBOTS AND THE WAY TO END ANIMAL EXPLOITATION?

Lucas Correia de Lima

Bacharel em Direito. Especialista em Direito Constitucional e Direito Processual Civil. Mestre e Doutorando pela Universidade Federal da Bahia. Membro da Academia Brasileira de Direito Animal e da Natureza. Professor de Direito Processual Civil, Introdução ao Estudo do Direito e Metodologia da Pesquisa. Servidor efetivo do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Tagore Trajano de Almeida e Silva

Pós-doutor em Direito pela Pace Law School, New York/USA. Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Coordenador do Programa de Pós-graduação da Universidade Católica de Salvador (UCSal/BA). Professor Efetivo Adjunto “A” da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Pesquisador Visitante da University of Science and Technology of China (USTC/China).

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo investigar como o aparecimento de robôs biológicos, produtos da fusão de engenharia robótica com a biologia, podem ser determinantes para a substituição do uso exploratório de animais nas mais diversas áreas da ciência, fomentando a concretização da salvaguarda desses seres na posição de sujeitos de direito à dignidade. Não se objetiva aqui um aprofundamento sobre a literatura da cibernética biológica, mas toma-se como centro da discussão a defesa da vida animal; suscitando-se aqui, para tanto, a possibilidade de instrumentalização de robôs criados a nível celular para substituir a colocação de animais em tarefas da ciência, pesquisa e lazer humanos, de modo a proteger estes do manejo humano em prol de sua dignidade. O trabalho parte da metodologia exploratória, pretendendo-se debater um assunto pouco estudado na literatura jurídica, que são os robôs biológicos, na tentativa de debater hipóteses de resolução à violação dos direitos dos animais. A pesquisa será documental, contando com referências bibliográficas pertinentes tanto ao tema macrocontextual sobre os direitos dos animais, quanto ao tema de fundo interdisciplinar acerca dos robôs biológicos. Ao final, busca-se concluir como os robôs biológicos podem, futuramente, tornar-se alternativa das atividades humanas, libertando animais do ônus da exploração humana.

Palavras-Chave: Robôs biológicos. Animais. Direitos.

ABSTRACT

This paper aims to investigate how the emergence of biological robots, products of the fusion of robotic engineering with biology, can be determinant for the substitution of the exploratory use of animals in the most diverse areas of science, promoting the realization of the safeguarding of these beings in the position of subjects of right to dignity. It is not aimed at a deepening of the literature of biological cybernetics, but the center of the discussion is the defense of animal life; to this end, the possibility of instrumentalization of robots created at the cellular level to replace the placement of animals in tasks of human science, research and leisure, in order to protect these from human management for their dignity. The work is based on the exploratory methodology, intending to discuss a subject little studied in the legal literature, which are biological robots, in an attempt to debate hypotheses of resolution to the violation of animal rights. The research will be documentary, recounting bibliographic references relevant to both the macrocontextual theme on animal rights and the interdisciplinary background theme about biological robots. In the end, we seek to conclude how biological robots can, in the future, become an alternative to human activities, freeing animals from the burden of human exploitation.

Keywords: Biological robots. Animals. Laws.

INTRODUÇÃO

Porventura tem Deus cuidado dos bois?
Coríntios, 9:9

Desde a Grécia Antiga, a concepção de autômatos vem sendo compreendida como a possibilidade de se arquitetar artefatos a partir da engenharia de construção de objetos animados por locomoção própria, desenvolvidos para satisfação humana no exercício de atividades também, em regra, da natureza humana.

O médico e filósofo Luigi Galvani, no século XVIII, realizou uma experiência histórica: a eletrocussão de uma rã morta, propiciando que suas pernas se mexessem involuntariamente, em repetição ao movimento ordinário em vida do animal (RAICIK, 2021). Esse resultado convulsionou a literatura médica e científica, repercutindo na produção da famosa obra de ficção de Mary Shelley, *Frankstein*; bem como nas diversas outras ideias que perpassaram pela possibilidade da criação humana sobre objetos vivos servíveis. Foi também no século XVIII que o pato artificial do inventor Jacques de Vaucanson causou alvoroço na comunidade como um “animal artificial”, que na descrição do seu criador, era “feito de cobre dourado que bebe, come, grasna, singra a água, e digere sua comida tal um pato vivo” (LANGTON, 1996, p. 42).

A par dessas invenções, animais continuavam sendo objetos de infindáveis usos da pesquisa e ciência humana, como cobaias de experimentações diversas, muitas agonizantes e perpetradoras de grande sofrimento, a fim de que tais consequências fossem pauta de estudo em prol de um suposto progresso do conhecimento humano.

Todavia, com o avanço da ciência e o paulatino reconhecimento da titularidade de direitos, como à vida e dignidade pelos animais, defendidos por recentes juristas e filósofos, a questão que exsurge é: os avanços de áreas como a robótica pode trazer alternativas que liberte os animais da atividade humana de serem objetos de estudos, lazer e qualquer outra forma de exploração?

O presente trabalho tem por objetivo investigar como o aparecimento de robôs biológicos, produtos da fusão de engenharia robótica com a biologia, podem ser determinantes para a substituição do uso exploratório de animais nas mais diversas áreas da ciência, fomentando a concretização da salvaguarda desses seres na posição de sujeitos de direito à dignidade.

Vale ressaltar que não se objetiva aqui um aprofundamento sobre a literatura da cibernética biológica, mas toma-se como centro da discussão a defesa da vida animal; suscitando-se aqui, para tanto, a possibilidade de instrumentalização de robôs criados a nível celular para substituir a colocação de animais em tarefas da ciência, pesquisa e lazer humanos, de modo a proteger estes do manejo humano em prol de sua dignidade.

No próximo item, serão tratados os discursos de direitos dos animais sob a novel perspectiva do pensamento jurídico e filosófico que os reconhece como sujeitos de direitos, confrontando a histórica visão antropocêntrica de pensar o ecossistema. A proposta é compreender porque a defesa dos animais é assunto relevante que merece o pensamento das alternativas sobre sua atual condição de explorados pelo Homem.

No terceiro item, abordar-se-á a alternativa aqui suscitada: os robôs biológicos. Sem pretensão de esgotar o tema ou mesmo de trazer um debate profundo sobre suas questões de cunho ético ou filosófico, a premissa é a de compreender como a invenção da engenharia robótica transversada pela biologia pode criar artefatos capazes de substituir com a mesma capacidade de satisfação das atuais necessidades humanas, os animais no contexto atualmente inseridos, de patente violação e reificação. Apontar-se-á o que são tais invenções, de onde vêm e com qual propósito têm sido investida sua criação.

Por fim, pretende-se dialogar como os robôs biológicos podem, futuramente, tornar-se alternativa das atividades humanas, libertando animais do ônus da exploração humana.

1 ANIMAIS ENQUANTO TITULARES DO DIREITO À VIDA DIGNA

Por um grande período de tempo na História, o ambiente enquanto espaço detentor de uma proteção por sua qualidade intrínseca ou qualquer valoração de preservação da vida para além daquela humana, foi relegada a um patamar secundário de preocupação, quando não inexistente (MILARÉ, 2009), preteridos pelo pensamento que centrava na figura da humanidade o papel merecedor de destaque de toda a preocupação sobre a qualidade, proteção e existência do ecossistema.

A essa perspectiva egoística, produziu-se com vigor o pensamento antropocêntrico de que o homem deveria ser o baluarte do direito sobre o meio ambiente, soberano em sua pauta

e único ponto de discussão relevante sobre qualquer debate de uma saída qualidade de vida da Natureza (FIORILLO, 2012).

Um documento importante para o afastamento do Direito quanto ao paradigma antropocêntrico é citado por Edna Cardozo Dias (2000) como sendo a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proferida em Bruxelas, em 1971, como um início de rompimento do pensamento que tinha, até então, o Homem no centro normativo das preocupações. Apesar de não possuir caráter de norma, a declaração traz um norte jurídico louvável na visão da jurista:

Esse documento é um convite para o homem renunciar à sua atual conduta de exploração dos animais e, progressivamente, ao seu modo de vida e ao antropocentrismo, para ir de encontro ao biocentrismo. Por essa razão, representa uma etapa importante na história da evolução do homem. (DIAS, 2000, p. 333)

Não obstante, nem mesmo com a promulgação da Constituição de 1988, no Brasil o paradigma antropocêntrico teve seu fim assinado. Ao contrário de vozes dissonantes a alardear uma preocupação constituinte ambiental, como ressalta Benjamin (1999, p.53),

Faltando uma base incontroversa de apoio na Constituição, o legislador ordinário foi buscar suporte na salvaguarda da saúde, sob o argumento de que ela não pode ser assegurada em ambiente degradado. Ou seja, degradação ambiental seria sinônimo de degradação sanitária. Uma argumentação de cunho estritamente homocêntrico, com indisfarçável conteúdo economicista e utilitarista. Naquele período, tal raciocínio vingou e serviu para dar sustentação à intervenção legislativa, recebendo, inclusive, respaldo judicial.

Apesar da lógica ainda próxima do antropocentrismo, a presença de mínima preocupação com os animais na Carta Magna brasileira não pode ser desconsiderada. Sua presença, inclusive, é fruto de estudos anteriores à sua promulgação, quando já existente a ideia de direitos dos animais (GORDILHO *et al*, 2017).

A presença do inciso VII, do §1º, do art. 227, coloca na Constituição Federal um projeto de pós-humanização que a atualiza com valores para além da categoria humana, deixando as portas abertas para reconhecer “um valor em si inerente a todos os animais não-humanos, permitindo, através de seu texto, uma interpretação que contemple a dignidade animal” (SILVA, 2015, p. 67).

A defesa dos animais e o pesar nestes como sujeitos de direitos parte de um recorte sobre sua capacidade de sentir, de modo que o tratamento igualitário entre humanos e animais não estaria em antropomorfizar os interesses dos animais ou elucubrar que tenham eles espaços e relações tais quais as humanas, mas valores de base inerentes ao direito comum da dignidade, porque se sentem, devem ser respeitados quanto ao direito de não serem expostos ao mal-estar. Singer (2013, pp. 14-15) apresenta o recorte da senciência do seguinte modo:

Se um ser sofre, não pode haver justificação moral para recusar ter em conta esse sofrimento. Independentemente da natureza do ser, o princípio da igualdade exige que ao seu sofrimento seja dada tanta consideração como ao sofrimento semelhante – na medida em que é possível estabelecer uma comparação aproximada - de um outro ser qualquer. [...] Assim, o limite da senciência (utilizando este termo como uma forma conveniente, se não estritamente precisa, de designar a capacidade de sofrer e/ou, experimentar alegria) é a única fronteira defensável de preocupação relativamente aos interesses alheios

Essa lógica da senciência como critério de defesa dos direitos dos animais é compartilhada ainda por Tom Reagan (2006, p. 66):

Logicamente não podemos nos colocar diante do mundo e declarar: O que esclarece o porquê de termos direitos iguais é o fato de sermos todos igualmente sujeitos-de-uma-vida; mas outros animais, que são exatamente como nós enquanto sujeitos-de-uma-vida, bem, eles não têm nenhum direito! [...] Então, eis a nossa pergunta: entre bilhões de animais não humanos existentes, há animais conscientes do mundo e do que lhes acontece? Se sim, o que lhes acontece é importante para eles, quer alguém mais se preocupe com isso, quer não? Se há animais que atendem a esse requisito, eles são sujeitos-de-uma-vida. E se forem sujeitos-de-uma-vida, então têm direitos, exatamente como nós. Devagar, mas firmemente compreendi que é nisso que a questão sobre direitos animais se resume.

A consciência da sensibilidade dos animais como reação natural e imanente de suas vidas, assim como o reconhecimento da ciência ratificando tal posição, vem corroborando para a construção de um pensamento propositor da salvaguarda dos animais em relação aos inúmeros espaços de exploração nos quais são colocados.

Sabe-se que a experimentação com animais é método antigo, atribuído ao médico grego Galeno (RIVERA, 2011), para evitar a utilização dos próprios seres humanos, antes objetos das pesquisas médicas. A experimentação de animais já na Grécia antiga traduz o pensamento propagado em confirmação do método por Aristóteles, segundo o qual os animais estavam sujeitos à satisfação dos interesses humanos (MENESES; SILVA, 2016).

Essa mesma visão aristotélica foi historicamente acompanhada por Tomás de Aquino, Descartes e Kant, confluindo uma cadeia de pensadores considerados de escol em seus estudos a confirmar a tese de detrimento dos animais em favor dos humanos (MENESES; SILVA, 2016).

Assim, apesar das considerações recentes acerca da titularização de direitos pelos animais, estes sujeitos ainda são submetidos frequentemente a massiva condição de objetos e alvos de divertimentos, experimentação científica e médica ou atrativo diverso da vontade humana como forma de alcançar determinado resultado prático que satisfação a consideração do sujeito humano sobre dada indagação, seja de qualquer natureza. Segundo Freire, utilizando o falso discurso do progresso (seja científico ou de outra ordem), o homem leva as demais espécies a todo tipo de sofrimento” (FREIRE, 2009, p. 309).

Argumentos se levantam favoráveis ao uso e exploração de animais sob diversos fatores, entre os quais, a impossibilidade eficaz de substituição da figura animal para obtenção dos mesmos resultados nos campos onde eles são explorados (REZENDE *et al*, 2008).

Mas, diante dos avanços científicos de modernas técnicas de invenção de novos organismos, serão ainda convincentes tais argumentos? Para tanto, precisa-se compreender que organismos seriam esses que surgem no contexto contemporâneo para entender sua utilidade na proteção aos animais.

2 ESTÃO VIVOS! EIS OS ROBÔS BIOLÓGICOS

O avanço das pesquisas científicas aliado a um modelo de estudos cada vez mais interdisciplinar tem propiciado o surgimento da área da Biobótica, campo novo e emergente da engenharia neural, impulsionado a partir de pesquisas que visavam a implantação de insetos como animais de trabalho (LATIF; BOZKURT, 2015), beneficiando-se dos recentes avanços da estimulação neural.

Para além do uso de artefatos e materiais metálicos ou de qualquer modo artificial, a nova engenharia tem produzido modelos de criação a partir da simbiose entre o material comum da clássica robótica com material celular biológico, seja muscular, epitelial ou outro orgânico - *lab-on-chips* que emulam órgãos humanos foram desenvolvidos e avançados com o objetivo de melhorar as práticas atuais de descoberta de drogas, testes de drogas e modelagem de doenças; equipes de pesquisa vêm desenvolvendo tecnologias que simulam o corpo humano em tecidos, órgãos e até mesmo em níveis de biocélula (COGHLAN; LEINS, 2020).

As origens dos robôs biológicos podem ser encontradas a partir da década de 40, com o aparecimento de máquinas que visavam mimetizar o comportamento humano no campo racional, sendo chamadas de Inteligência Artificial, as quais se originavam de uma “nova abordagem interdisciplinar da cibernética e o seu projecto científico de construção de um cérebro artificial num novo corpo electrónico” (NASCIMENTO, 2006, p. 1038).

A proposta da Inteligência Artificial rompe com o modelo cartesiano distintivo de coisa-humano, o qual propunha como critério de distinção de valores a capacidade de pensamento como requisito da tutela de existir, de forma que somente aquele que detinha capacidade de cognição poderia ser considerado um sujeito cuja existência era possuidora de valor (SILVA, 2015). Quando o que era até o momento considerado “coisa” ganha a capacidade de mimetizar o raciocínio humano, a lógica dualista cartesiana que distinguia os que pensam dos que não pensam ingressa na falência da base do pensamento que outorgava direitos apenas aos humanos enquanto seres exclusivamente pensantes.

É no final da década de 60 que, a partir das pesquisas de Ross Ashby, modelos artificiais se tornam objeto central de estudo e produção a fim de “demonstrar que a vida e a inteligência

podem desenvolver-se em qualquer sistema físico se forem cumpridos determinados limites fisiológicos” (NASCIMENTO, 2006, p. 1039).

A evolução dessa cibernética para o modelo de Biobótica ganha esse contorno mais evidente com a imbricação epistemológica da cibernética e biologia no final do século XX e início do século XXI, onde a produção de um invento de características até então inéditas no campo prático surge: os robôs biológicos (COGHLAN; LEINS, 2020). Essas criações têm recebido outros nomes, cada um por uma peculiaridade decorrente do modo de sua criação ou funcionamento.

Uma das nomenclaturas é a de “biobot”. Segundo Paulin e Berquist (2000), eles podem ser compreendidos como modelos de computador que se parecem e se comportam como animais. Eles funcionam simulando a biomecânica e o sistema nervoso de animais reais em ambientes virtuais que simulam a física do mundo real. Os biobots virtuais teriam finalidade de aplicações diretas no ensino de biologia e animação em vídeo, bem como aplicações de pesquisa em biologia e engenharia.

Porém, essa definição não alcança com completude toda a compreensão dos robôs biológicos por limitar à ideia de que seriam organismos de programa virtual, e não organismos programáveis por aparelhos virtuais, mas presentes no plano físico e, assim, até mesmo palpáveis (COGHLAN; LEINS, 2020).

Já Candiotta (2020, p. 108) comenta como “xenobots” o que esclarece serem “organismos vivos e programáveis, máquinas completamente biológicas desde o início, consideradas como uma nova classe de artefatos”. Não seriam como robôs tradicionais tampouco se assemelhariam a qualquer ser vivo conhecido existente na Natureza. Seu nome advém de *Xenopus laevis*, uma espécie de rã africana cujas células foram usadas para a criação do organismo novo. Apesar do uso de tais células, “o resultado final não é um sapo ou qualquer outro ser vivo projetado pela natureza ou manipulado geneticamente, mas uma máquina computacional biológica” (CANDIOTTO, 2020, p. 108).

O processo de surgimento dos *xenobots* é assim descrito por Candiotta (2020, p. 107-108):

Inicialmente, na Universidade de Vermont (EUA), com a aplicação de algoritmos evolutivos em um supercomputador, pesquisadores identificaram *in silico* maneiras possíveis de se construir sistemas vivos pretendidos para desempenharem funções como o transporte de determinado medicamento para células específicas do organismo humano. No segundo momento, na Universidade de Tufts (EUA), biólogos reaproveitaram células vivas para reagruparem de acordo com as projeções computacionais, viabilizando, assim, formas inéditas de vida. Foram colhidas células-tronco dos embriões de uma espécie de sapos africana chamada *Xenopus laevis*: por isso a expressão “xenobots” para estes novos artefatos. Separadas em células únicas (da pele e do coração) e deixadas para incubar, as células foram cortadas e unidas microscopicamente para ficarem o mais fielmente possível ao projeto modelado computacionalmente. Em seguida, reunidas em formas corporais nunca criadas naturalmente, as células demonstraram trabalhar de forma conjunta. A junção de

células da pele (mais passivas) com células do músculo cardíaco (mais ativas, com contrações aleatórias) possibilitou criar movimentos ordenados, guiados pelo design do computador e auxiliados por padrões espontâneos de auto-organização.

Por enquanto, a vida dos robôs biológicos possui curto prazo, sua condição biodegradável e fragilidade no mundo externo, após criado em laboratório, mantém uma curta condição de duração independente. Porém, as recentes pesquisas já têm apontado promissores resultados no futuro para que os robôs biológicos sejam usados nos mais diversos campos (LEVIN, 2021), desde a medicina, engenharia, pesquisas científicas, entretenimento ou até para conflitos armados (KUPCHYN *et al*, 2020).

Mas sem a intenção de exaurir as múltiplas funcionalidades dos robôs biológicos, sob pena de comprometimento da fuga do centro deste trabalho, uma vez dimensionada sua compreensão de existência, parte-se para a derradeira questão: se é possível contar com tais organismos para a substituição dos animais, assegurando assim o direito à dignidade desses.

3 ESTARÃO PROTEGIDOS OS ANIMAIS?

Os robôs biológicos foram aqui expostos como alternativas mais eficazes que outros artefatos já conhecidos pela ciência, a exemplo dos robôs tradicionais. Ao argumento que defende a manutenção dos animais nos espaços de exploração pelo progresso humano sob justificativa de sua insubstituível capacidade de reagir e produzir os efeitos desejados pelos humanos, traz-se, a seguir, fundamentos a partir dos estudos de Bongard e Levin (2021) acerca da eficácia operativa desses novos organismos ao desiderato aqui proposto.

1) A vida é interdependente e não se limita à clássica dicotomia de *hardware* e *software*.

Enquanto os robôs da mecânica clássica não dependem de qualquer fator tempo, ou requisito de durabilidade orgânica para funcionamento, limitando-se à operação regular dos seus softwares para funcionarem numa programação adequada ou, ainda, de eventual conexão com fontes de energia que os mantenham ligados enquanto durar essa fonte; quando falamos de robôs biológicos não conectamos a vida a um dado objetivo de manutenção da existência. Não é possível desligar o robô biológico por falta de energia ou por um erro de programação nos dados que forneceram a matriz de sua constituição.

O organismo, enquanto vivo, tem suas funções e estrutura artificial intimamente vinculada a aspectos orgânicos de maturação, crescimento e morte. O tecido biológico hibridizado com a eletrônica fornece uma infinidade de construções possíveis nas quais componentes vivos estão necessariamente entrelaçados, tanto na estrutura quanto na função, com os componentes da máquina (BONGARD; LEVIN, 2021). Funções de locomoção, por exemplo, dos robôs biológicos não existem por causa de uma série de comandos de software, mas sobretudo por estar o organismo vivo, com suas atividades conectadas a essa premissa.

A coisa, portanto, não se moveria apenas por animação de terceiro, pois morta seria inanimada. Isso leva à conclusão de que, enquanto nas máquinas a distinção entre *software* e *hardware* está bem delimitada, no corpo vivo as noções se confundem. Em robôs biológicos construídos a partir de DNA, por exemplo, os fragmentos de DNA abrigam simultaneamente o “software” de uma determinada espécie, mas também servem como portas lógicas e linhas de transmissão de sinal, os blocos de construção atômicos do hardware do computador (BONGARD; LEVIN, 2021).

Os movimentos verificados em laboratório do organismo denominado de “xenobots”, criados a partir das células físicas colhidas de *X. laevis*, tinham estrutura anatômica e comportamento totalmente diferente daquele de larvas normais de sapo, e era, portanto, puramente uma função de sua nova forma evoluída e distribuição de tecido, não decorrente de qualquer controle neural ou informação genômica (BONGARD; LEVIN, 2021).

A criação dos *xenobots* reprogramou o organismo de tipo selvagem, forçando-o a um novo estado estável, morfológico/comportamental, tudo sem alterar o “software” de DNA. Ou seja, embora estivesse ali presente ali o exato código de DNA de um anfíbio, o organismo não agia idêntico ao animal. Isso inverte a concepção normal de programação de uma máquina, alterando seu software, mas não seu hardware.

2) A vida é imprevisível.

Intuitivamente, uma máquina útil é confiável em relação aos seus resultados. Em contraste, os sistemas vivos devem ser barulhentos e imprevisíveis: um organismo confiável pode ser facilmente predado; uma espécie estacionária pode ser superada. Isso faz com que as máquinas possam ser estudadas numa perspectiva reducionista: são rapidamente desmontadas em suas partes componentes, reparadas ou melhoradas e, em seguida, remontadas.

Com os robôs biológicos a análise do seu comportamento reativo é mais complexa. As redes neurais inseridas nos robôs biológicos são modeladas nos princípios do sistema nervoso, fazendo com que exibam muitas características biológicas, incluindo aquela de resistência à análise reducionista (BONGARD; LEVIN, 2021). Bongard e Levin (2021) afirmam que a análise comportamental dessas máquinas vivas estará sujeita ao caos determinístico, entradas de seu ambiente que afetam radicalmente as respostas a jusante, interações altamente complexas de uma miríade de partes internas diversas e talvez até incerteza quântica, tal qual o comportamento animal e humano.

Ou seja, a própria natureza de sua imensa interconectividade frustra a maioria das tentativas de resumir o comportamento das máquinas vivas. Bongard e Levin (2021) apontam que cientistas já preveem a necessidade de criação de um novo campo, “comportamento de máquina”, no qual as melhores explicações das máquinas e previsões de seu provável comportamento são uma combinação de métodos holísticos extraídos da etologia, as ciências sociais e as ciências cognitivas, idêntico ao modelo da maioria dos métodos analíticos de

aprendizado modernos que tenta descobrir o comportamento holístico patológico em redes neurais, como o preconceito.

Essa imprevisibilidade dos robôs biológicos favorece as pesquisas médicas, uma vez que é possível testar circunstâncias de interação entre o organismo e substâncias, reproduzindo fielmente o contexto da natureza, livre da previsibilidade de programação computacional que prejudicaria saber os reais efeitos naturais dos organismos diante da eventualidade da incidência do elemento testado sobre ele. Com essa reação espontânea, o cálculo dos prognósticos se torna mais fidedigno ao que já ocorre com as animais vítimas de experimentação científica de vacinas e outros elementos.

3) A vida evolui.

Bongard e Levin (2021) asseveram que as criaturas híbridas de cibernética e material biológico podem ser submetidas à bioengenharia com qualquer combinação desejada de células vivas (ou cérebros inteiros) e interfaces óptico-elétricas em tempo real para arquiteturas de aprendizado de máquina. Isso porque o tecido vivo interage intimamente com os componentes de aprendizado de máquina, formando um único sistema integrado em que não há uma maneira única de traçar uma linha nítida entre sistemas que têm funcionamento original e aqueles que são meros sistemas de engenharia.

Existem cada vez mais estudos apontando sobre a possibilidade de incorporação da inteligência diretamente no corpo de robôs com materiais biológicos, assim como a ocorrência de métodos de aprendizado de máquinas com inteligência artificial, as quais desenvolvem corpos de outras máquinas similares quase que num processo de reprodução espontânea, para aprimorar sua forma de inteligência ou substituir itens viciados em sua estrutura.

3.1 ESPAÇOS DE SUBSTITUIÇÃO

Conforme assevera Gordilho (2009, p. 151), a Carta Magna brasileira autoriza a “decretar o abolicionismo animal”, proibindo todo azo de crueldade, manipulação e exploração animal. A lei Arouca, contudo, preferiu pautar o ordenamento jurídico brasileiro pela premissa dos 3R: criado por Russell and Burch (1992), trata-se de uma sigla que simboliza três premissas a nortear a experimentação em animais: “*replace*”, que necessidade de pensar a substituição dos animais sempre que possível nas experiências; “*reduction*”, necessidade de reduzir o número de animais usados; e “*refinement*”, necessidade de refinar os procedimentos aplicados, diminuindo a incidência da severidade deles.

Russell and Burch (1992) usam o termo “*replace*” para qualquer método científico que empregue material não-senciente que possa, na história da experimentação, substituir métodos que usam vertebrados vivos e conscientes. Entre esse material não senciente, incluir-se-ia plantas, microrganismos e os metazoários endoparasitas mais degenerados, nos quais os sistemas nervoso e sensorial estão quase atrofiados. Os autores (1992) afirmam que

derramar lágrimas obsessivas sobre o destino desses organismos levaria todo o conceito de humanidade ao desprezo pela famosa *reductio ad absurdum* de Samuel Butler - o filósofo de Erewhoniano que indagou se o sal pode sentir.

A partir das características expostas acima dos robôs biológicos, propõe-se, doravante, a substituição dos animais por tais organismos viventes. Para tanto, pautamos aqui dois contextos muito comuns de discussão sobre a exploração animal: a experimentação das pesquisas científicas e o uso deles como atores de entretenimento aos humanos.

3.1.1 PESQUISAS CIENTÍFICAS

Dias (2014, p. 18) afirma que “os argumentos dos experimentadores são falsos” ao defender a utilização da vida animal para tais testes, tanto porque a experimentação humana que se pretende apenas subsidiária acontece no campo paralelo largamente, ainda que de modo obscuro para fugir dos dilemas éticos das pesquisas, quanto porque as diferenças fisiológicas e bioquímicas não permitem extrapolar com segurança os conhecimentos adquiridos nos experimentos em animais para os seres humanos, bem como que o direito à igualdade de tratamento não autoriza objetificar o animal como meio de uso de satisfação do alegado progresso da vida humana em detrimento de outra vida de igual valor.

Francione (2013) afirma que nunca aprendemos nada de útil com as experimentações médicas com animais, cujos resultados apenas contam aos humanos as reações de animais expostos a substâncias que na rotina do seu mundo natural jamais seriam expostos. Desse modo, os resultados das experimentações é uma revelação de um contexto de exceções feito para aqueles que deveria estar no polo principal da experimentação, visto que será sobre eles, os humanos, que incidirão as substâncias criadas em laboratórios (FRANCIONE, 2013).

Sobre a substituição, Greif e Tréz (2000) sustentam que a experimentação de animais em pesquisas científicas já pode, há muito, ser substituída por alternativas existentes no campo da ciência, como o cultivo laboratorial de células, necrópsia, ensaios clínicos e aplicações *in vitro*.

De fato, a partir da exposição sobre a estrutura e comportamento reativo dos robôs biológicos, inclusive similar ao do comportamento cognoscível natural, é possível cogitar que sirvam de substitutos de experimentação em vez dos animais. Dotados de conjunto celular, constituídos por tecidos, inclusive musculares, a experimentação das pesquisas científicas encontra um objeto de teste que satisfaz ao requisito de organicidade.

Também satisfazem, os robôs biológicos, a reação imprevisível sobre as substâncias de experimentação, pois não sendo máquinas, os testes feitos neles se assemelham ao mesmo resultado inesperado que um animal teria ao ser alvo de inédito teste de inoculação de alguma substância médica nova.

Ademais, se for necessário analisar os testes numa escala gradual de reações em organismos menos complexos aos mais complexos, é possível criar robôs biológicos constituídos de tecidos diversos, os mais simples de anfíbios e peixes, enquanto outros de

células de mamíferos. Tudo isso sem precisar usar o animal em si, doador das células aos *biobots*, mas esses em seu lugar. O resultado das células seria o mesmo se tivessem sido alvos de testes no corpo dos animais doadores celulares.

3.1.2 ENTRETENIMENTO

Animais têm servido para propostas de lazer às custas de dolorosas experiências de encarceramento em jaulas, adestramento por meio de privações de necessidades ou aplicação de sanções dolorosas, ou mesmo isolamento e agressões como modo de subjugação para alcançar sua docilidade.

Entretenimentos aos humanos como circos, touradas, rodeios e zoológicos fazem parte dos espaços criados para exploração humana aos animais com fins de proporcionar àqueles o deleite e risos a despeito da tristeza que abate os animais e lhes causa mal-estar físico e mental, em frontal esquecimento aos valores de dignidade discutidos na compreensão de suas qualidades de sujeitos de direitos.

Raphael Lima esclarece ainda que os zoológicos representam uma instrumentalização do especismo que há séculos vem sendo praticado e perpetuado pela espécie humana, causando violências que são atestadas por estudos científicos, indicando transtornos e patologias mentais aos animais postos sob esse regime de clausura.

Uma alternativa aos animais nesses ambientes poderia ser obtida com a contribuição da cibernética. Lima aponta a possibilidade da realidade virtual e ambientes de imersão tecnológica através de museus interativos que criariam uma conexão tecnológica entre a representação digital de animais e os seres humanos.

Com os robôs biológicos, contudo, a experiência do entretenimento pode não ficar apenas no campo da virtualidade, mas se tornar mais palpável. As máquinas híbridas podem contribuir para uma experiência tátil com reproduções mais similares a animais. Além disso, movimentos de locomoção, contrações, sons e outras reações próprias da natureza animal poderão ser melhor percebidas do que através de máquinas simples ou realidades abstratas da tecnologia.

Obviamente que isso demandaria uma construção muito mais complexa dos robôs biológicos em relação aos atuais, mas trabalha-se, aqui, com a hipótese do progresso dos testes e complexificação desses robôs, como, inclusive, é o propósito da ciência biobótica. Um zoológico de robôs biológicos, portanto, pode ser um futuro mais fisicamente acessível e uma experiência mais próxima do mundo natural.

CONCLUSÃO

A exploração de animais para o atendimento da satisfação humana é um comportamento que permeia a histórias das relações animais e está intrinsecamente ligada ao progresso científico da humanidade. E essa relação não se deve ao fato de existir indubitável necessidade da exploração, mas dá razão de quem a experimentação dos animais em pesquisas e ensaios

médicos, científicos e sociais foi a razão para o alcance de diversos resultados e em pesquisas e conclusões extraídas sobre procedimentos, atividades e substâncias, hoje, ordinárias ao convívio humano. Uma quantidade sem registro calculável exato de animais foi vítima de sofrimento e mortos para que a humanidade obtivesse suas certezas em diversas áreas de conhecimento.

A ideia de permanência dessa exploração pelas mesmas razões é algo que não se sustenta diante dos avanços que já foram obtidos e das fases de conhecimento atualmente exercidas nas pesquisas. É resistir a um pensamento de retrocessos imaginar que somente animais podem ocupar espaços de objetos de testes e divertimentos humanos, pelas reações que esses seres proporcionam nessas circunstâncias.

O avanço da ciência e o aparecimento, inclusive, de novas áreas, como a Biobótica e outros segmentos das bioengenharias, vêm demonstrando a possibilidade de criação de elementos que podem substituir, com o mesmo nível de estrutura molecular e complexidade orgânica, os animais em diversos espaços onde ainda são explorados sob a justificativa de serem insubstituíveis. Exemplos dessas novas criações aqui discutida neste trabalho foram os robôs biológicos, construtos elaborados pelo hibridismo entre a máquina e a organicidade celular corporal, extraída mesmo de seres considerados biologicamente complexos.

A par do reconhecimento jurídico gradual da titularização de direitos pelos animais, que cada vez mais ganha adeptos e sedimentação na doutrina, jurisprudência e ordenamento jurídico, reconhece-se, como consequência, a necessidade de respeito à dignidade de vida desses sujeitos e se infere a conclusão de que, se não pode ser objetificados por serem titulares de direitos, o manejo de suas vidas como bem servível à humanidade é uma contradição urgente a superar.

Os robôs biológicos, nascidos da alta performance entre o orgânico e inorgânico, podem ser a chave para a concretização de uma das premissas básicas do pensamento científico aos animais: a técnica de substituição, em que animais apenas podem ser alvos quando não for possível substituí-los no mesmo procedimento. Robôs biológicos podem ainda trazer a mesma vivacidade e comportamento reativo em matéria de atividade médica ou de lazer, proporcionando a mesma realidade dos espaços em que animais são levados à clausura para objetificação.

O investimento e fomento na criação e evolução desses robôs deve ser uma política pública não apenas de interesse da ciência e seu progresso, mas, sobretudo, como concretização de uma política pública de abolicionismo animal, cujo compromisso se faz presente na Constituição Federal. Pode ser cedo ainda para a substituição total diante do atual estágio de criação dos robôs biológicos, mas sua perspectiva deve ser tratada pelo Estado como premente e séria, em prol da dignidade dos animais.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro. **Revista de Direito Ambiental**, n.14. São Paulo: RT, 1999.

BONGARD, Joshua; LEVIN, Michael. Living things are not (20th Century) machines: updating

mechanism metaphors in light of the modern science of machine behavior. **Frontiers in ecology and evolution**, v. 9, p. 147, 2021.

CANDIOTTO, Kleber. Artefatos biológicos artificiais: do modelo imitativo de inteligência artificial ao advento de organismos vivos programados. **Rev. Filos., Aurora**, Curitiba, v. 32, n. 55, p. 92-111, jan./abr. 2020. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/aurora/article/view/26264/24167>>. Acesso em: 13 dez. 2021. doi:<https://doi.org/10.7213/1980-5934.32.055.DS06>.

COGHLAN; Simon; LEINS, Kobi. Living Robots: Ethical Questions About Xenobots. **The American Journal of Bioethics**, v. 20, não. 5, 2020. Disponível em: <http://www.bioethics.net/2020/02/living-robots-ethical-questions-about-xenobots/> .

DIAS, Edna Cardozo. **A tutela jurídica dos animais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. Abolicionismo e experimentação animal. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 3, n. 4, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10463>. Acesso em: 13 dez. 2021.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANCIONE, Gary L. **Introdução aos direitos dos animais: seu filho ou cachorro?** Tradução: Regina Rheda. Campinas: Unicampi, 2013.

FREIRE, G. M. Experimentação animal: um estudo de caso numa universidade baiana. **Revista brasileira de Direito Animal**, v. 4, n. 5, jan./dez., 2009.

GORDILHO, Heron; SILVA, Tagore Trajano de Almeida; RAVAZZANO, Fernanda. Animais e a hermenêutica constitucional abolicionista. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 88, n. 2, fev. 2017. ISSN 2448-2307. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/12097>>. Acesso em: 12 dez. 2021.

GORDILHO, Heron José de Santana. **Direito ambiental pós-moderno**. Curitiba: ed. Juruá, 2009.

GREIF, Sérgio; TRÉZ, Thales. A Verdadeira Face da Experimentação Animal: Sua saúde em perigo. **Sociedade Educacional Fala Bicho**. Rio de Janeiro: 2000. Disponível em: <<http://www.falabicho.org.br/PDF/LivroFalaBicho.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2021.

KUPCHYN, Artem; DYKHANOVSKIY, Viktor; KOLOTUKHIN, Yevhen. The war of the future as a strategic guideline for the forming the critical technologies list. **Journal of Scientific Papers «Social development and Security»**, v. 10, n. 1, p. 9-17, 2020.

LANGTON, Christopher G. Artificial Life. In: BODEN, Margareth A. (Ed.). **The philosophy of artificial life**. New York: Oxford University Press, 1996.

LATIF, Tahmid; BOZKURT, Alper. A wireless system for longitudinal assessment of tissue-

electrode interface in biobots. In: **2015 IEEE Biomedical Circuits and Systems Conference (BioCAS)**. IEEE, 2015. p. 1-4. 2015.

LEVIN, Michael. Life, death, and self: fundamental questions of primitive cognition viewed through the lens of body plasticity and synthetic organisms. **Biochemical and Biophysical Research Communications**, v. 564, p. 114-133, 2021.

MENESES, Renato Carlos; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. A. O especismo como argumento filosófico da não aceitação do animal como sujeito de direitos. In: **Revista de Biodireito e Direitos Animais**. São Luís do Maranhão. v. 2, n. 2. 2016. Disponível em <https://goo.gl/s8CiZ5> Acesso em setembro de 2021.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência e glossário**. 4.ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NASCIMENTO, Susana. Automatizações no inorgânico: aproximações ao estudo social de criaturas artificiais. **Anál. Social**, Lisboa, n. 181, p. 1033-1056, 2006. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732006000400004&lng=en&nrm=iso>. Acessado em: 15/01/2020.

PAULIN, Michael; BERQUIST, Rachel. BioBots virtuais. In: **Future Directions for Intelligent Systems and Information Sciences**. Physica, Heidelberg, 2000. p. 174-187.

RAIČIK, Anabel. Término de uma controvérsia não resolvida: a enigmática querela entre Galvani, Volta e um sapo a(ini)migo. **Revista Thema**, 2021, ano 19, pp. 471-488. 10.15536/thema.V19.2021.471-488.1504.

REGAN, Tom. **Jaulas vazias: encarando o desafio dos direitos animais**. Porto Alegre: Lugano, 2006.

REZENDE, Angélica Heringer de; PELUZIO, Maria do Carmo Gouveia; SABARENSE, Céphora Maria. Experimentação animal: ética e legislação brasileira. **Revista de Nutrição** [online]. 2008, v. 21, n. 2, pp. 237-242. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1415-52732008000200010>. Acesso em 13 dez. 2021.

RIVERA, Ekaterina A. B. **Ética na Experimentação Animal e Alternativas ao Uso de Animais em Pesquisa e Teste**. Goiânia: 2006.

RUSSEL, W. M. S.; BURCH, R. L. **The principles of humane experimental technique**. London: Universities Federation for Animal Welfare (UFAW), 1992. Special Edition. Disponível em: <<https://caat.jhsph.edu/principles/the-principles-of-humane-experimental-technique>>. Acesso em: 14 maio 2003.

SINGER, Peter. **Libertação animal**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Princípios de Proteção Animal na Constituição de 1988. **Revista de Direito Brasileira**. Ano 5, vol.11, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2872060> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2872060>>

Marcela Barbosa de Souza Albuquerque Moraes

MOVIMENTOS MIGRATÓRIOS DE VENEZUELANOS
EM SITUAÇÃO DE REFÚGIO PARA O BRASIL:
POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À INTEGRAÇÃO
LOCAL E AMPARO NA LEGISLAÇÃO NACIONAL

MOVIMENTOS MIGRATÓRIOS DE VENEZUELANOS EM SITUAÇÃO DE REFÚGIO PARA O BRASIL: POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À INTEGRAÇÃO LOCAL E AMPARO NA LEGISLAÇÃO NACIONAL

MIGRATORY MOVEMENTS OF VENEZUELAN UNDER REFUGEE TO BRAZIL: PUBLIC POLICIES AIMED AT LOCAL INTEGRATION AND SUPPORT IN NATIONAL LEGISLATION

Marcela Barbosa de Souza Albuquerque Moraes

Servidora do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE). Especialista em Diplomacia e Negócios Internacionais. Graduada em Direito. Aluna laureada. Mediadora Judicial formada pela Esmape, 2020. Consteladora Sistêmica Familiar.

RESUMO

A busca por refúgio e proteção internacional que, durante a Segunda Guerra Mundial pareciam ser pontuais, têm crescido expressivamente nas últimas décadas e levado a comunidade internacional à necessidade de discutir o tema cada vez mais. No Brasil, a situação não é diferente e ganhou mais repercussão na imprensa e atenção do governo desde a crescente chegada dos venezuelanos que cruzam a fronteira para fugir da crise política e econômica vivida pelo país vizinho. Logo, este trabalho se propõe a analisar em que medida as políticas públicas voltadas à solução duradoura de integração local dos venezuelanos que chegaram ao Brasil em situação de busca por refúgio estão em harmonia com o que preceitua o ordenamento jurídico nacional. Para tanto, foi utilizada a metodologia de pesquisa exploratória, pautada em revisão bibliográfica e análise documental.

Palavras-Chave: Refugiados. Venezuelanos. Integração local. Crise humanitária. Direitos Humanos. Cidadania.

ABSTRACT

The search for international refuge and protection which during 2nd World War seemed to be punctual, has grown significantly in recent decades and has led the international community of the need to increasingly discuss the issue. In Brazil, the situation is not different and has gained more repercussion in the press and in the government's attention since the growing arrival of venezuelans, who cross the border to escape the political and economic crisis experienced by the neighboring country. Therefore, this work intends to analyze what extent the public policies aimed at a lasting solution for the local integration of venezuelans who arrived in Brazil in a refugee-seeking situation are in harmony with the provisions of the national legal system. For this purpose, the exploratory research methodology was used, based on literature review and document analysis.

Keywords: Refugees. Venezuelans. Local integration. Humanitarian crisis. Human Rights. Citizenship.

INTRODUÇÃO

Pessoas deslocam-se entre países diariamente e diversas são as razões. Uns em busca de melhores condições de vida, outros, a procura de proteção e resgate da dignidade perdida. O fato é que os deslocamentos e migrações compõem um complexo e dinâmico fenômeno que acompanha o ser humano desde os primórdios das civilizações.

No entanto, foi a partir da Segunda Guerra Mundial que a comunidade internacional, ao se deparar com a grave situação das fugas em massa de pessoas que almejavam sobreviver, precisou se voltar para a problemática dos refugiados. Desde então, um crescente movimento de busca por refúgio começou a ganhar destaque no cenário internacional.

Assim, o dinamismo da história dos refúgios também chegou ao Brasil e, evidentemente, a ampliação do movimento igualmente apresentaria repercussão no âmbito nacional. Dessa forma, a crise política e econômica na Venezuela escancarou a necessidade de amparar os nacionais daquele país que passaram a cruzar a fronteira brasileira em busca de abrigo, proteção e condições para ter-se restabelecida a vida e a cidadania.

Nesse contexto, o Direito Internacional dos Refugiados, somado ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, ganha força e expressão na legislação brasileira e, conseqüentemente, é alvo de estudo neste artigo que se propõe a discutir o tema das políticas públicas que buscam soluções duráveis no que diz respeito à questão dos refugiados venezuelanos no Brasil.

O objetivo do trabalho, portanto, é analisar em que medida, políticas públicas sociais voltadas à integração local, adotadas pelo Brasil e disponibilizadas às pessoas venezuelanas que buscam refúgio estão de acordo com os parâmetros disponíveis no ordenamento jurídico pátrio.

Dessa forma, optou-se por dividir o trabalho em 3 seções: a primeira apresenta uma retrospectiva histórica e identifica quem pode ser considerado refugiado na legislação brasileira; a segunda, realiza uma abordagem acerca dos motivos que provocam a migração forçada de venezuelanos, como também busca elucidar as causas para recepção deles no Brasil na condição de refugiados; e, uma última seção que se propõe a relatar algumas das estratégias de atuação adotadas pelo Governo Federal, a partir de políticas públicas sociais que visam à integração local dos venezuelanos no país. Dessa maneira, tenta-se promover um diálogo entre o que dispõe a legislação brasileira e dados estatísticos, oficiais e recuperados em outras pesquisas, os quais tratam do resultado de tais medidas em relação ao tema estudado.

Para tanto, optou-se pela utilização de metodologia exploratória pautada em referencial teórico e análise documental, que teve como objeto o estudo do caso dos venezuelanos em situação de refúgio no Brasil. Assim, a pesquisa proporciona o estudo de contribuições doutrinárias de importantes autores do Direito Internacional, do Direito Internacional dos

Direitos Humanos e do Direito Constitucional; a análise de dispositivos das principais legislações referentes ao tema, como também a investigação de dados estatísticos a partir de outras pesquisas realizadas em trabalhos acadêmicos e de dados oficiais publicados por órgãos nacionais e internacionais.

1 O REFUGIADO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A complexa questão dos fenômenos das migrações forçadas trouxe para o mundo jurídico uma necessidade de se diferenciar o indivíduo que se encontra em situação de refúgio de outros indivíduos em situação de migração.

De início, é necessário esclarecer o que são migrações forçadas. E, nesse sentido, pode-se depreender do que conceituou Sartoretto que esse tipo de deslocamento é fundado em fatores coercitivos que impedem o indivíduo de permanecer no lar que habita:

Migrantes forçados são todos os indivíduos que têm que deixar ou fugir de seus lares por razões alheias à sua vontade. Nessa modalidade de migração fatores coercitivos estão envolvidos, como conflitos internos e internacionais, miséria extrema, graves violações de direitos humanos, violência generalizada, agressão e invasão estrangeira, desastres ambientais e mudanças climáticas, dentre outros. (SARTORETTO, 2018, p. 20)

Já quanto ao refúgio, pode-se inferir do conceito trazido por Guerra (2020, p.36), que a busca por ele ultrapassa a procura por melhores condições de vida, uma vez que o desafio permeia a questão da própria sobrevivência do indivíduo: “o refúgio é um instituto que persiste ao longo dos anos em razão dos vários problemas que afligem indivíduos, que acabam tendo a necessidade de promover a troca de ambientes para manter a esperança de continuarem vivos”.

A situação de refúgio tem, portanto, caráter humanitário, que impede a discricionariedade do Estado. E possui abrigo no direito internacional público a partir da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, também conhecida como Convenção de Genebra de 1951, que garante a eles o direito de não serem expulsos enquanto estiverem em risco a vida e a liberdade deles.¹

Assim, nesse desafio de proteger milhões de pessoas que se deslocavam dos países de origem para sobreviver, “a Segunda Guerra Mundial foi o momento em que as sociedades ocidentais se convenceram da importância de criar uma proteção universal a pessoas perseguidas por razões específicas”. (RODRIGUES, 2019, p. 19). Desse modo, poucos anos após a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) foi aprovada, em 1951, em Genebra, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados.

Porém, a Convenção estabelecia limites temporais e geográficos que restringiam a condição de refugiados aos eventos que ocorreram antes de 1º de janeiro daquele ano no

1 Art. 33, 1 - Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas. (ONU, 1951)

continente europeu. E, dessa forma, “com a finalidade de ampliar o alcance da definição de refugiados, em 31 de janeiro de 1967 é elaborado o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados [...]”. (PIOVESAN, 2018, p. 289)

Anos mais tarde, Estados latino-americanos se depararam com a necessidade de ampliar o conceito de refugiados a luz do direito humanitário e, em 1984, elaboraram a Declaração de Cartagena²:

Os deslocamentos latino-americanos tinham causas complexas, que combinavam a eventual presença de aspectos persecutórios com a influenciada situação de miséria e subdesenvolvimento, conflitos e violência generalizados. Necessitava-se fazer com que os Estados vissem a proteção ao asilado e ao refugiado como parte integrante do direito humanitário e do direito internacional dos direitos humanos. Dessa forma, abandonariam a visão subjetivista, calcada de forma exclusiva no fundado temor de perseguição e adotariam aspectos mais objetivos para o reconhecimento do status de refugiado a um indivíduo. (SARTORETTO, 2018, p. 143)

[...] Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. (DECLARAÇÃO DE CARTAGENA, 1984).

Em seguida, veio a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que trouxe, para Bulos, o princípio da dignidade da pessoa humana em uma “dimensão fundamentadora - núcleo basilar e informativo de todo o sistema jurídico-positivo” (BULOS, 2015, p.513). Além dos princípios da prevalência dos direitos humanos, da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e da concessão de asilo político, todos contidos no art. 4º da Carta Magna (BRASIL, 1988) e ensejadores de direitos aos refugiados no âmbito nacional:

[...] além de obrigar o Brasil a zelar pelo respeito aos direitos humanos e a conceder asilo, assegurando imediatamente o refúgio, a Constituição Federal de 1988 estipula a igualdade de direitos entre brasileiros e estrangeiros – incluindo os solicitantes de refúgio e os refugiados – do que se depreende que, salvo nas exceções nele previstas, este documento coloca o ordenamento jurídico nacional, com todas as suas garantias e obrigações, à disposição dos estrangeiros que vêm buscar refúgio no Brasil [...]. (JUBILUT, 2007, p. 182).

Note-se, portanto, que “[...] desde o processo de democratização do País e em particular a partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil tem adotado importantes medidas em prol

² Adotada pelo “Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários”, realizado em Cartagena, Colômbia, entre 19 e 22 de novembro de 1984.

da incorporação de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos Humanos.” (PIOVESAN, 2018, p. 409). Não obstante a Carta Magna não fazer referência específica aos refugiados, mas tão somente aos asilados.

Destaque-se que o país aderiu ao compromisso internacional de proteção aos refugiados a partir da ratificação da Convenção de 1951, bem como do Protocolo de 1967 que a ampliou posteriormente por meio do Decreto n.º 50.215/1961.

Pode-se também constatar que se tem no Brasil uma perspectiva ampliada do conceito de refugiados que se refere não somente àquele trazido pela Convenção de Genebra e pelo Protocolo de 1967, mas que inclui a definição estabelecida na Declaração de Cartagena, ao acrescentar ao conceito de refugiados contido no ordenamento jurídico pátrio os indivíduos ou grupo de pessoas que são obrigados a deixar o país de origem para buscar refúgio em razão de grave e generalizada violação de direitos humanos. Registre-se apenas que a lei não especifica o que se entende por grave e generalizada violação de direitos humanos.

Além disso, o país aprovou o próprio Estatuto, a Lei nº 9.474/97, que dita os critérios para o reconhecimento da condição de refugiado, estabelece o procedimento para a solicitação de refúgio e cria um órgão com competência para tratar do tema, o Comitê Nacional para Refugiados (Conare):

Pode-se dizer, assim, que o ordenamento jurídico brasileiro, para os refugiados, se coaduna com o sistema internacional vigente. Por conseguinte, o Brasil, com o advento desse diploma legal, passou a ter um sistema lógico, justo e atual de concessão de refúgio [...] (PACÍFICO, 2010, p. 173).

Ademais, o Brasil ainda instituiu a Lei de Migração, 13.445/2017 que estabelece mais uma possibilidade de amparo aos refugiados, uma vez que confere também a eles os direitos previstos aos migrantes em geral, a partir de um direcionamento de acolhimento.

A referida lei foi regulamentada pelo Decreto 9.199/2017, que trouxe um capítulo exclusivo para tratar do refúgio, além de dispor sobre a possibilidade de obtenção de autorização de residência por imigrantes de países fronteiriços.

E, por fim, houve a conversão da Medida Provisória nº 820/2018 na Lei 13.684/2018, que “dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária” (BRASIL, 2018). Frise-se que a referida lei trata por crise humanitária as situações de grave e generalizada violação de direitos humanos, além de outras. E se destina a tratar das políticas de enfrentamento do contingente emergencial.

Dessa forma, conclui-se que, no nível abstrato do arcabouço jurídico pátrio, os refugiados possuem amplas possibilidades para receber amparo e proteção. De modo que resta apenas

consolidar medidas e perspectivas para construção de soluções duráveis, que lhes garanta gozar de cidadania, através da aplicação efetiva de políticas públicas adequadas à situação em concreto.

2 A MIGRAÇÃO FORÇADA DE VENEZUELANOS PARA O BRASIL E A RECEPÇÃO NA CONDIÇÃO DE REFUGIADOS

O agravamento da crise política e econômica na Venezuela desencadeou no país a precarização das condições de vida e provocou uma forte crise humanitária:

Desde o início da crise, houve uma grave deterioração das condições de vida dos 31 milhões de venezuelanos. A taxa de pobreza extrema passou de 10% em 2014 para 85% em 2018, e a população sofre com a escassez aguda de alimentos e medicamentos. Esse cenário é agravado pela forte queda na atividade econômica, que sofreu uma contração de cerca de 65% entre 2013 e 2019. Os principais motivos foram o colapso da produção de petróleo, a deterioração das condições em outros setores e os apagões frequentes. Enquanto isso, a hiperinflação segue desenfreada, com aumentos mensais de preços que beiram os 100% e rivalizam os de outros episódios históricos de hiperinflação. (CORUGEDO; GUAJARDO, 2019).

Dados apresentados no relatório RMNA 2022 (Análise de Necessidades dos Refugiados e Migrantes), elaborado pela plataforma Resposta para Venezuelanos (R4V)³ indicam que o Brasil registrou a entrada de cerca de 426 mil indivíduos oriundos daquele país até o mês de janeiro de 2023. A pesquisa destaca ainda que:

Em 2022, a contínua deterioração da situação política, socioeconômica e de direitos humanos da Venezuela resultou em novas saídas de refugiados e migrantes do país, muitos dos quais em condições mais vulneráveis do que seus compatriotas que deixaram o país em anos anteriores, uma vez que o contexto econômico pós-COVID-19 deteriorou sua capacidade de ganhar renda e as jornadas cada vez mais irregulares e inseguras feitas por desespero colocaram suas vidas sob risco. (R4V, 2022, p. 11)

Sabe-se que o alimento é item que compõe a necessidade básica existencial do ser humano. De modo que seria razoável afirmar que se não há como se alimentar, também não há como existir. E, nesse sentido de busca pela sobrevivência tem-se início a emigração no país. Para Oliveira (2019, p. 221), “num quadro de adversidades econômicas, políticas e sociais a migração internacional resultava como estratégia importante de sobrevivência para milhões de venezuelanos, que começaram a deixar o país em maior intensidade a partir de 2015”.

3 A R4V – Plataforma de Coordenação para Refugiados Venezuelanos é uma página da web de operação interagências, administrada e apoiada pela Plataforma Regional de Coordenação Interinstitucional para Refugiados e Migrantes da Venezuela, liderada conjuntamente pelo ACNUR e pela OIM.

Conforme pesquisa realizada em 2017, apoiada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) e publicada em resumo executivo pelo Conselho Nacional de Imigração (CNIg), tem-se que:

A migração venezuelana para Roraima é majoritariamente jovem (72% do total entre 20 e 39 anos), masculina e de solteiros (53,8% do total dos entrevistados). Com relação à chegada no Brasil, 66,9% chegaram em 2017, sendo que apenas 6,5% chegaram antes de 2016, o que permite dizer que esse é um fluxo recente e sem precedentes. (SIMÕES, 2017, p. 14)

Além disso, “a crise econômica e política é apontada por 77% dos participantes como o principal motivo para emigrar.” (SIMÕES; CAVALCANTI; OLIVEIRA; M; C, 2017, p.4). Frise-se, portanto, a dificuldade gerada para o governo brasileiro em amparar essas pessoas a partir de uma solicitação de refúgio, uma vez que tal condição possui critérios específicos, nos quais não se incluem crise econômica e política. Assim, ainda sobre a pesquisa e para efeitos deste artigo, cumpre destacar que:

Uma parcela significativa (58%) conta com redes migratórias composta em sua maioria por amigos e familiares que já residem no Brasil; Os imigrantes apresentam bom nível de escolaridade (78% com nível médio completo e 32% com superior completo ou pós-graduação); Os venezuelanos em Roraima apresentam pouco conhecimento do Português e muitos não estudam o idioma; Uma parcela significativa dos entrevistados destacou ter sofrido preconceito praticado por cidadão comum cujo principal motivo foi o fato de ser estrangeiro; Ampla maioria aceitaria deslocar-se para outra Unidade da Federação, caso o governo brasileiro apoiasse (77%); Uma política migratória de suporte ao emprego e ajuda na interiorização encontra percentual considerável de possíveis receptores. Nesse sentido, é fundamental que tais políticas sejam devidamente planejadas com entes federativos, empresariado e sociedade civil; Somente 25% afirmam pretender retornar à Venezuela. A maioria não pretende retornar tão cedo (47%) ou não sabe (27%); Entre os que pretendem retornar, a maioria estima um prazo superior a 2 anos (47%), mas condicionam o retorno à melhoria das condições econômicas (61%). (SIMÕES, et al, 2017, p.5).

Ademais, Oliveira também agrega informações importantes sobre o assunto:

[...] a maioria que possuía trabalho se deparava com dificuldades de acessar produtos de primeira necessidade, como alimentos, remédios, etc., além de conviver com elevados índices de inflação que diminuíam poder de compra. A associação entre esses aspectos, em muitos casos, levava à fome e à desnutrição, daí a crise econômica ser apontada como a principal motivação para 51,2% dos imigrantes; o segundo aspecto está relacionado ao status migratório reivindicado por amplo contingente dos venezuelanos, como visto acima, 82,9% eram solicitantes de refúgio. Mesmo se todos que indicaram a crise política como fator de expulsão (25,5%) tivessem sido perseguidos pelo Regime de Maduro ou sofrido fundado temor de perseguição, parcela substantiva não teria a solicitação de refúgio concedida. Essa situação colocou uma importante questão a ser enfrentada pelo governo brasileiro: que procedimentos adotar para criar normativas legais que permitissem a regularização dessa migração. (OLIVEIRA, 2019, p. 227).

Nesse ponto, importa esclarecer o que vem a ser o princípio do *non refoulement* ou da proibição da devolução, que tem a finalidade “de evitar que o refugiado ou solicitante de refúgio seja enviado de volta ao Estado de onde proveio e em que corre risco de perseguição ou de vida” (SILVA; CAMARGO; RODRIGUES, 2017, p. 338). Por esse princípio o refugiado acaba por ter uma garantia, ao menos no campo abstrato, de permanência no país receptor enquanto são analisadas as condições para obtenção de refúgio.

Assim, “[...] os venezuelanos adotaram a estratégia de ingressar no Brasil como solicitantes de refúgio, de forma a assegurar o imediato acolhimento [...]”. (SILVA, et al, 2017, p. 338). Porém, importa destacar que se o pedido de refúgio não atendesse aos requisitos de situações de perseguição ou de grave e generalizada violação de direitos humanos e os fossem negados, a consequência seria a deportação dessas pessoas. “Nesse sentido, foi necessário criar uma normativa que permitisse a acolhida dos imigrantes venezuelanos no Brasil de forma regular, sem que isso gerasse um problema geopolítico com a Venezuela[...]” (SILVA, et al, 2017, p. 338).

Nesse contexto, é editada a Resolução Normativa 126 de 02 de março de 2017, pelo CNlg, a qual possibilita ao estrangeiro que tenha ingressado em território brasileiro pela via terrestre, e que seja nacional de um país fronteiro, a concessão de residência temporária por um prazo de até 2 anos.

Dois meses depois, a edição da nova lei de migração, trouxe a necessidade de readequação daquela resolução. Como consequência, houve a edição da Portaria Interministerial conjunta nº 9 de 14/03/2018, pelos Ministérios da Justiça, Extraordinário de Segurança Pública, Relações Exteriores e Trabalho, que regulamentou a matéria quanto aos trâmites para obtenção da residência e acrescentou a possibilidade de livre exercício de atividade laboral aos beneficiários dela.

Saliente-se que a autorização de residência para solicitantes de refúgio se dá pelo tempo que durar o processo, conforme o que disciplina o Capítulo II do Estatuto dos Refugiados. Porém, a Lei de Migração, nº 13.445/2017 trouxe a possibilidade de se conceder igualmente autorização de residência ao imigrante ou residente fronteiro em razão de acolhida humanitária. De modo que, quanto à portaria, tem-se que ela trouxe avanços pois incluiu, segundo Oliveira:

A possibilidade de os venezuelanos requererem, após dois anos, a residência por prazo indeterminado; e a explicitação da possibilidade do exercício de atividade laboral no mercado de trabalho formal tão logo fossem regularizados, o que na prática ocorre num curto espaço de tempo. (OLIVEIRA, 2019, p. 237)

Ademais, já em 2018, o Decreto nº 9.285/2018 reconheceu a situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária na Venezuela. Posteriormente, a edição da Lei 13.684/2018, disciplinou o tratamento assistencial de emergência nos casos que envolvem situações de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório em razão de crise humanitária, na qual se enquadra a grave e generalizada violação de direitos humanos. Assim, em 2019, o Conare reconheceu a ocorrência de tal situação como causa para a migração de venezuelanos. De acordo com ACNUR:

Em junho de 2019, o Conare reconheceu a situação de grave e generalizada violação de direitos humanos na Venezuela, em linha com a Declaração de Cartagena de 1984 sobre Refugiados e em observância às diretrizes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Desde então, venezuelanos e venezuelanas solicitantes da condição de refugiado que atendem a critérios específicos estabelecidos pelo Conare têm seu procedimento acelerado, sem a necessidade de entrevista. (ACNUR, 2020)

A plataforma R4V estima que mais de 7,1 milhões de cidadãos da Venezuela estejam em situação de refúgio, migração ou asilo. (R4V, 2022, p. 10)

Acrescente-se que, segundo a Plataforma Interativa de Decisões sobre Refúgio, até dezembro de 2022 o Conare proferiu decisão em 109.015 solicitações de refúgio pelos venezuelanos, dos quais 53.307 foram favoráveis ao reconhecimento, sendo 47.776 por motivo de grave e generalizada violação de direitos humanos. O que significa que os venezuelanos já compõem a maioria esmagadora dos migrantes com o *status* de refugiado no país.

Por todo o exposto, é possível aferir que, diante da austera situação que se apresentou perante o Brasil, não seria razoável dificultar o reconhecimento da situação de refúgio, uma vez que o país aderiu à Declaração de Cartagena e incluiu na legislação pátria a possibilidade de reconhecimento em razão de grave e generalizada violação a direitos humanos.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS QUE POSSIBILITAM A INTEGRAÇÃO LOCAL DOS VENEZUELANOS EM SITUAÇÃO DE REFÚGIO NO BRASIL

De acordo com Rodrigues (2019, p.24), “O direito internacional dos refugiados, que passou a existir efetivamente a partir da Convenção de Genebra de 1951, trata de duas questões essenciais para os refugiados: a proteção internacional e as soluções duradouras”. E, nesse sentido, Piovesan defende que tal proteção seja fundada nos direitos humanos:

A proteção internacional dos refugiados tem como fundamento a universalidade dos direitos humanos, que afirma que a dignidade é inerente à pessoa e dessa condição decorrem direitos, independentemente de qualquer outro elemento. Os refugiados são, assim, titulares de direitos humanos que devem ser respeitados em todo momento, circunstância e lugar. A proteção internacional dos refugiados tem ainda por fundamento a indivisibilidade dos direitos humanos, que devem ser concebidos como uma unidade indivisível, independente e inter-relacionada [...] (PIOVESAN, 2018, p. 294)

Ou seja, é imprescindível incluir a perspectiva dos direitos humanos quando se trata de direito internacional dos refugiados. Uma vez que eles permeiam a situação de refúgio, tanto como causa para fugir, em razão de violação aos direitos fundamentais, quanto durante todo o processo de buscar proteção internacional e ser reestabelecido em uma comunidade alheia aos costumes e cultura aos quais o indivíduo pertence. Dessa forma:

Chegamos ao que se convencionou chamar, na exposição de Weis, de transnacionalidade, que consiste no reconhecimento dos direitos humanos onde quer o indivíduo esteja. Essa característica é ainda mais importante na ausência de uma nacionalidade (apátridas) ou na existência de fluxos de refugiados. Os direitos humanos não mais dependem do reconhecimento por parte de um Estado ou da existência do vínculo da nacionalidade, existindo o dever internacional de proteção aos indivíduos, confirmando-se o caráter universal e transnacional desses direitos. (RAMOS, 2020, p. 69).

De modo que se pode aferir que os direitos humanos são inerentes ao sujeito a que se destinam e, dessa forma, não importa o lugar em que o indivíduo se encontre, mas tão somente a condição de humano para que esse direito já lhe seja garantido.

Outro ponto importante que merece destaque é o que reza o art. 5º da Constituição Federal de 1988 ao assegurar a igualdade de todos perante a lei, inclusive dos estrangeiros residentes no Brasil, e lhes garantir “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. (BRASIL, 1988)

Assim, quanto aos venezuelanos em situação de migração forçada, sabe-se que o Brasil adotou quatro estratégias de atuação de acordo com o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF):

Fornecimento de acomodação e assistência humanitária básica nos abrigos para migrantes em Roraima; Realocação de migrantes em outros Estados do País (interiorização); Integração de migrantes na sociedade brasileira e no mercado de trabalho; e apoio aos migrantes dispostos a voltar para a Venezuela voluntariamente. (UNICEF, 2019)

Cabe destacar que, o Estatuto do Refugiado, prevê, nos artigos 42 a 46, três possibilidades de soluções duráveis: repatriação voluntária, integração local e reassentamento em um terceiro território. Observe-se os conceitos elencados abaixo:

Tradicionalmente, o conceito de “solução duradoura” refere-se a um conjunto de ações que governos e sociedade aplicam após situações de emergência para construir políticas públicas de médio prazo para as populações migrantes e refugiadas. Portanto, a ideia de solução duradoura se opõe à de atenção emergencial. Se a emergência é o reino da contingência, em que preservar vidas e garantir condições básicas mínimas é a prioridade absoluta, no contexto das soluções duradouras muitas outras variáveis passam a ser consideradas, pensando nas perspectivas de vida futuras dos migrantes e refugiados e de suas comunidades de acolhida. [...] Além de se diferenciar das ações emergenciais, necessárias nos grandes fluxos migratórios, as soluções duradouras

são processos a ser construídos com ênfase no direito à participação [...]. (MOREIRA; TORELLY, 2020, p. 21 e 27)

A repatriação voluntária, considerada a solução ideal, é o retorno do refugiado ao seu país de origem, por vontade própria. [...]. A integração local consiste na adaptação do refugiado à sociedade do Estado que o acolheu e lhe concedeu refúgio. Nesse processo, revela-se indispensável a participação da sociedade civil, o que ocorre muitas vezes por meio de organizações não-governamentais. [...] Finalmente, a terceira solução durável é o reassentamento, que é a prática de um Estado acolher, em seu território, refugiados já reconhecidos como tais, pelo ACNUR ou por outro Estado, mas que não tiveram toda a proteção necessária fornecida pelo país que lhes deu acolhida ou por falta de integração local. (SILVA; CAMARGO; RODRIGUES, 2017, p. 345, 346)

Enfatiza-se, assim, que este artigo tem como foco a análise apenas de políticas públicas sociais que propiciam a promoção da cidadania por meio de soluções duradouras quanto à questão da integração local.

Dessa forma, “integração local dá-se por meio da inserção do migrante na sociedade do país em que vive, em termos dos aspectos econômicos, culturais, políticos e outros”. (MOREIRA; TORELLY, 2020, p. 73). Ressalte-se que, de acordo com Mahlke (2017, p. 244) ela “não deve ser confundida com assimilação, uma vez que ao refugiado não deve ser exigido que abandone sua cultura e identidade para compor indistintamente a sociedade local, mas esta deve acolher a diversidade e permitir seu enriquecimento a partir da pluralidade.”

Assim, no intuito de buscar tais soluções, alguns anos após a entrada em vigor do Estatuto, em 2004, o Brasil, juntamente com outros países latino-americanos, chancelou a Declaração e Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina:

[...] que impôs e impõe uma série de medidas aos países participantes no que se refere ao acolhimento dos refugiados e promoção de políticas públicas de proteção e integração dessas pessoas. A Declaração do Brasil parte do pressuposto de que a responsabilidade pela proteção das pessoas refugiadas é dos Estados, sobretudo em razão do caráter humanitário que possuem os direitos dos refugiados. Assim, destaca-se que é dever dos Estados criar e estabelecer políticas de hospitalidade a essas pessoas e promover medidas que evitem a discriminação dos refugiados. Para tanto, é fundamental que se fomente o respeito à diversidade de pensamento, cultura e religião. E não é só. Devem, também, os Estados permitir e facilitar a integração, a naturalização das pessoas refugiadas com as pessoas que vivem no local onde ela permanecerá. (PRADO, 2017, p.177) .

Porém, antes de adentrar no tema das políticas públicas vigentes que visem a busca por soluções duráveis quanto à integração local, para o caso dos venezuelanos solicitantes de refúgio ou acolhidos nessa condição, cabe esclarecer brevemente sobre o que de fato elas são e para que servem. Assim conceituou Freitas:

Desta feita, a noção de política pública incorpora o conjunto de atividades normativas e administrativas que tratam de melhorar ou solucionar problemas reais, onde os efeitos desejados dependerão de um conjunto de decisões que emergem dos atores públicos, com a pretensão de orientar uma população alvo determinada, com objetivo de resolução conjunta de um problema coletivo. (SUBIRATS apud SCHWINN; FREITAS, 2015, p. 176)

Pode-se aferir, então, que as políticas públicas se configuram no conjunto de ações, decisões e programas adotados por um governo, ainda que por meio de entidades privadas ou não-governamentais, com objetivo de assegurar direitos e solucionar conflitos de cunho coletivo.

Para tanto, o Brasil, dispõe de um órgão específico competente para decidir sobre a situação de cada solicitação de refúgio, além de ser responsável pela orientação e coordenação das ações que visam à proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados, o Conare, órgão do Poder Executivo Federal, vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública que afirma:

A atuação do Comitê Federal relativa ao fluxo migratório venezuelano está organizada em três eixos principais: a) ordenamento do fluxo de migrantes na fronteira de Roraima; b) abrigamento e acolhida dos imigrantes e c) interiorização e proteção social dessa população. Os migrantes venezuelanos são recepcionados e identificados ainda na fronteira, recebem alimentos, atendimento médico, imunização e tem sua situação migratória regularizada. A partir daí passam por processo voluntário de interiorização, onde são levados para abrigos localizados em outras cidades e Estados do país. (BRASIL, 2018).

Nesse contexto, o Plano de Ação contido na Declaração do Brasil, outrora mencionado, propõe a implementação do Programa de Integração Local no qual se estabeleçam políticas públicas que promovam a integração local e que tenham como atores não somente o Estado, mas também conte com as redes de apoio formadas pelas autoridades locais, a sociedade civil, o setor privado, organismos internacionais e regionais, além do próprio refugiado, para que:

[...] fortaleçam instituições governamentais e não governamentais que atuem com o fim de integrar os refugiados; promovam a integração cultural das pessoas refugiadas e as comunidades acolhidas; facilitem a mudança do status de refugiado para residentes temporários e/ou permanentes, ou ainda o processo de naturalização dos refugiados; promovam projetos de geração de renda e meio de vida aos refugiados. (PRADO; REIS, 2017, p. 181)

Assim, Mahlke (2017, p.34) defende que

A participação da sociedade civil tem sido de grande importância para o sistema de proteção nacional, pois não apenas as organizações integram o procedimento de determinação do *status* de refugiado, quanto desempenham um papel importante na implementação das soluções duradouras.

Para efeitos didáticos, no entanto, serão discutidos neste trabalho os dados referentes a três esferas de atuação quanto à integração pelo Governo Federal: mercado de trabalho, acesso à educação e assistência social.

De início, faz-se necessário explicar a importância do reassentamento em âmbito nacional, promovido pelo Programa de Interiorização, a partir da Operação Acolhida do Governo Federal, posto que até 28 de junho de 2021, interiorizou cerca de 53 mil refugiados e migrantes venezuelanos. (BRASIL, 2021). De modo que, tal estratégia contribui para a descentralização das ações voltadas à integração.

Vale destacar que, conforme relatório da ACNUR “entre os beneficiários da Estratégia de Interiorização, os homens representam 52% e as mulheres 48%, com pouca variação entre as regiões de destino.” (ACNUR, 2021).

A operação tem amparo na resolução 2/2018 do Comitê Federal de Assistência Emergencial, que entre outros comandos, determina, a elaboração de estratégias de inserção social nos municípios que recebem os venezuelanos, além da articulação para oferta de qualificação profissional deles. Dessa forma:

O Programa de Interiorização compreende 4 modalidades através das quais os venezuelanos são relocados: 1. Abrigo-abrigo: liderada pelo Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), que envia indivíduos e famílias de abrigos em Boa Vista para abrigos ou casas temporárias em cidades de destino; 2. Reunificação familiar: gerida pela Organização Internacional para as Migrações (OIM), envolve a transferência de pessoas que têm familiares que já vivem em outras partes do Brasil e que estão dispostas a acolher essas pessoas; 3. Oportunidades de trabalho: lideradas pelas Forças Armadas Brasileiras, que estabelecem parcerias com empregadores brasileiros que estão dispostos a empregar diretamente trabalhadores venezuelanos; e 4. Oportunidades lideradas pela Sociedade Civil. Consistem em acordos feitos entre ONGs como a Cáritas e os Jesuítas, por exemplo, ou com igrejas e/ou organizações locais capazes de acolher pessoas de interesse em suas comunidades. [...] Alguns dos benefícios aos quais os venezuelanos voluntariamente relocados têm direito nos primeiros meses de sua relocação são: alojamento temporário e apoio financeiro, apoio psicossocial e legal, acesso a itens de higiene, limpeza e alimentos e apoio para integração ao mercado de trabalho. Os benefícios são proporcionados por uma rede de instituições governamentais, não governamentais, da sociedade civil e empresas do setor privado (empregadores) em diferentes proporções dependendo da modalidade envolvida. (ACNUR, 2019)

Quanto ao aspecto voltado à integração no mercado de trabalho, a parceria mantida entre o governo e as instituições que compõem as redes de apoio, segundo relatório da ACNUR, demonstra que:

Cerca de 72% dos venezuelanos no Brasil, aproximadamente 185.000 deles, têm entre 18 e 64 anos, de acordo com registros da polícia federal. Desses, 10% (18.855 indivíduos) estavam empregados formalmente em dezembro de 2019. Comparativamente, 34% da população adulta no Brasil trabalha no setor formal. [...] Os venezuelanos estão trabalhando principalmente em serviços como restaurantes, cafeterias e lanchonetes, além do comércio varejista e de alguns setores industriais e agroindustriais, como construção e acondicionamento de carnes. (ACNUR, 2020)

Já no final de 2021, pesquisa realizada pela agência revela que apesar de terem os venezuelanos interiorizados uma renda média (R\$ 1.325,00) acima que corresponde a mais que o dobro daqueles que ainda se encontram abrigados pela Operação Acolhida (R\$ 594,70) ainda está aquém da renda média da população brasileira empregada (R\$ 2.433,00). (ACNUR, 2021).

Para Congruedo:

Um dos principais desafios para as autoridades da região é como administrar a transição num momento em que as economias nacionais desaceleraram e muitos países precisam reduzir seus déficits fiscais. A curto prazo, facilitar a integração dos migrantes no mercado de trabalho interno e agilizar o processo de validação de diplomas ou certificados profissionais ou de abertura de empresas maximizaria o impacto sobre o crescimento e minimizaria a necessidade de apoio do Estado. (CONGRUEDO; GUAJARDO, 2019)

Note-se, portanto que, apesar do que disciplina o art. 44 da lei 9.474/1997, que trata do dever de se facilitar o reconhecimento de certificados e diplomas dos refugiados⁴, ainda se faz muito necessária uma concentração de esforços no sentido de qualificar e absorver essa mão-de-obra no mercado interno. Já em 2022, o Ministério da Educação editou norma para a revalidação de diplomas através da Resolução nº1 de 25 de julho de 2022, na qual o artigo 8º, §3º concede tratamento diferenciado aos refugiados indocumentados, ao possibilitar a substituição do diploma de graduação por “prova de conhecimentos, conteúdos e habilidades relativas ao curso completo, como forma exclusiva de avaliação destinada ao processo de revalidação”. (BRASIL, 2022).

Destaque-se que, de acordo com a ACNUR, a população venezuelana maior de 18 anos possui níveis de educação maiores quando comparados aos brasileiros: “enquanto apenas 30% dos brasileiros possuem ensino médio completo ou incompleto, 61% dos beneficiários venezuelanos possuem ensino médio completo ou incompleto”. (ACNUR, 2021).

4 Destaque-se que não há regulamentação da matéria ainda. Havendo apenas um Projeto de Lei (PL9947/2018) em tramitação na Câmara dos Deputados com objetivo de isentar “de pagamento de taxas, nos estabelecimentos oficiais, relativas à revalidação de diplomas de graduação e ao reconhecimento de diplomas de Mestrado e de Doutorado expedidos por universidades estrangeiras a que se refere o art. 48 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, para os refugiados admitidos no Brasil conforme a Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997”. (<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2170828>).

No tocante ao âmbito cultural, pesquisa, indicada por Oliveira, aponta que “um outro elemento complicador para a integração dos migrantes estava relacionado ao idioma, dado que 77,3% não dominava o português e 61,5% não falava outra língua que não o espanhol”. (OLIVEIRA, 2019, p. 227). O que, obviamente, também não colabora para a inserção no mercado de trabalho e tampouco com a interação com a comunidade local.

Além disso, cabe enfatizar ainda a defasagem no que concerne à educação básica de crianças e adolescentes:

Dados sobre frequência escolar mostram que um número elevado de venezuelanos não frequenta as escolas: 58% entre as crianças de 6 a 14 e 69% entre as de 15 a 17 anos. Por outro lado, 12% das crianças brasileiras de 15 a 17 anos não frequentam a escola e o atendimento é praticamente universal entre as crianças de 6 a 14 anos. Dessa forma, as políticas, o desenvolvimento e a ação humanitária devem se concentrar no aumento das matrículas na educação, o que afeta a formação de capital humano essencial para a construção de auto resiliência e promove meios de vida sustentáveis para as gerações futuras. (ACNUR, 2020)

De modo que, urge a necessidade por mais inclusão escolar dos membros dessas famílias que estejam em idade estudantil. Uma vez que a educação é instrumento basilar não só para proporcionar a integração desses jovens, mas principalmente para oferecer-lhes melhores condições de vida no futuro.

Quanto ao aspecto assistencial, apesar do fato de a legislação brasileira possibilitar o acesso por imigrantes a programas assistenciais como o Bolsa Família, desde que cumpram os requisitos para elegibilidade, em matéria publicada no sítio eletrônico, a ACNUR (2020) defende que “a solicitação não garante o acesso aos benefícios, pois cada município opera sob uma cota de famílias participantes. Uma vez atingido o limite, os benefícios não podem ser estendidos a famílias adicionais, mesmo as extremamente vulneráveis”. Nesse sentido, destaque-se o que defendem os autores Bogus e Rodrigues e a ACNUR:

Se no plano jurídico, tanto os imigrantes quanto os refugiados residentes no Brasil possuem por direito o acesso às políticas públicas do governo, na prática, esse acesso é precário. No tocante ao programa Bolsa Família, vale ressaltar que o regulamento desse programa governamental de transferência de renda, associada ao acesso a direitos sociais, não possui nenhuma característica restritiva em relação às famílias que poderão receber os benefícios, a não ser sua condição de pobreza ou extrema pobreza. Portanto, se o estrangeiro residente se encontrar nessas condições, e cumprir com as condicionalidades do programa, ele tem o direito de acesso ao Bolsa Família garantida pela Constituição. Mas como se viu anteriormente, o acesso aos Programas Sociais é ainda muito restrito no Brasil, devido ao desconhecimento desse direito pelos estrangeiros residentes, mas principalmente pelo desconhecimento e conseqüente falta de ação efetiva das prefeituras dos municípios onde se encontram os refugiados. (BOGUS; RODRIGUES, 2011, p. 111)

[...] Os registros de inscrição no Cadastro Único mostram que a população nacional brasileira e a população venezuelana no Brasil têm proporções semelhantes de famílias extremamente pobres e pobres. No entanto, aproximadamente 21% dos brasileiros acessam o Bolsa Família, enquanto apenas 6,5% dos venezuelanos o fazem. Como ambas as populações têm proporções semelhantes de famílias pobres e extremamente pobres, a diferença na taxa de utilização provavelmente se deve a outras razões que não a renda. Os motivos prováveis incluem a falta de informação, barreiras linguísticas, documentação expirada, não atendimento a outro critério de elegibilidade, ou o município atingiu o limite máximo de beneficiários. (ACNUR, 2020) .

Relatório de pesquisa da ACNUR, de 2019, que versa sobre a resposta humanitária no Brasil, aponta ainda que “os desafios percebidos pelos núcleos familiares incluíam problemas com o *software* de registro (causando longos períodos de espera), não ter os documentos exigidos em mãos, e problemas com transporte para comparecer aos centros de registro”.

Nesse caso, quanto à questão da exigência de documentos, sabe-se que o Estatuto dos Refugiados, com objetivo de facilitar a integração local social, prevê no artigo 43 a obrigatoriedade de ser considerada a condição atípica de refugiado quando houver necessidade de apresentação de documentos emitidos pelo país de origem. E, evidentemente, essa hipótese não deveria ser um impedimento de acesso ao Programa.

Por fim, percebe-se que a construção de soluções duradouras se reveste tanto da colaboração entre os atores participantes, como das necessidades e direitos particulares de cada grupo que se pretenda integrar e da comunidade que os está acolhendo. Observe-se que:

Ampliar o engajamento dos poderes públicos locais, estados e prefeituras, portanto, é fundamental para vocacionar as respostas e as políticas públicas aos contextos das áreas onde os migrantes viverão, seja de maneira definitiva, seja por um período durante seu deslocamento. Finalmente, é fundamental estruturar e executar um plano de ação que contemple e articule tanto a resposta emergencial quanto as políticas públicas de médio e longo prazo. Para além do desafio de construir políticas de médio e longo prazo para essa população, é vital que essas políticas estejam articuladas com as políticas de emergência, facilitando uma gradual integração à sociedade brasileira [...] Pensar em soluções duradouras culturalmente adequadas implica não apenas ter um olhar particular para cada povo, como também entender o que há de comum entre eles, no sentido de acesso às políticas públicas e respeito a seus direitos como indivíduos migrantes [...]. (MOREIRA; TORELLY, 2020, p. 28)

Dessa forma, conclui-se que as políticas públicas sociais que proponham soluções duráveis no sentido de integrar os venezuelanos na comunidade brasileira devem ter como protagonistas no processo que as formulem, não apenas os atores estatais e as instituições que integram as redes de apoio, mas principalmente aqueles a quem elas se destinam e os

representantes da sociedade civil que pretenda acolhê-los. Para que assim, possam ter a chance de preservar, além dos direitos inerentes à pessoa humana, a cultura da qual procedem. E possam as comunidades locais acolhedoras afastarem qualquer tipo de discriminação e estarem preparadas para realmente acolhê-los e lhes devolverem a dignidade perdida no tortuoso caminho em busca do refúgio.

Percebe-se ainda que, o Brasil, apesar de possuir um vasto arcabouço jurídico, que é inclusive elogiado mundialmente por ser considerado avançado, ainda se encontra muito aquém de conseguir promover a integração local dos refugiados venezuelanos na sociedade, por meio dos pilares da educação, trabalho e assistência social. De modo que o que se evidenciou durante esta pesquisa é que o esforço voltado à solução com base na integração tem se concentrado majoritariamente no Programa de Interiorização do Governo Federal e no importante apoio das entidades não governamentais e da sociedade civil. Contudo, um maior engajamento na participação de Municípios e Estados mostra-se igualmente fundamental para um efetivo acolhimento e integração dessas pessoas.

CONCLUSÃO

Os desafios enfrentados diariamente pelas pessoas expostas a situações de perigo, que lhes colocam diante da necessidade imperativa de migrar na tentativa de sobreviver, ultrapassam a questão de conseguir serem recebidas e acolhidas emergencialmente em outra nação. Elas perpassam pelas diferenças de costumes, de leis, de idioma, de custo de vida; pelas dificuldades impostas por questões burocráticas quanto à validação de diplomas, ao reconhecimento da situação de refúgio; pelos entraves para acesso à educação, à saúde, ao emprego, aos bancos, à justiça, às instituições públicas, aos programas governamentais de assistência.

Diante disso, os países de acolhida se deparam com grandes desafios. Dentre eles, o de conciliar os interesses domésticos com uma política que possibilite o adequado acolhimento dessas pessoas e a integração local delas na sociedade. E, no Brasil, esse cenário não é diferente.

Sabe-se que o país incorporou ao ordenamento jurídico pátrio instrumentos normativos internacionais de grande relevância e repercussão quanto à questão dos refugiados. No entanto, importa salientar que essa relevância do nível normativo em abstrato torna-se inócua se não houver, por parte do governo, a adoção de estratégias de ação que viabilizem os preceitos estabelecidos em lei para proteção, acolhimento e integração local dos refugiados na situação em concreto.

Assim, a difícil crise política e econômica que trouxe os venezuelanos para o Brasil, fez com que o país precisasse não somente readequar instrumentos normativos, mas principalmente envidar esforços no sentido de tornar efetivas as estratégias de ação às quais se propôs.

Nesse sentido, percebe-se que o Estado conseguiu pôr em prática o reconhecimento da situação de refúgio e, neste ponto, tem desempenhado o papel que lhe cabe. O ponto crítico observado, no entanto, está na deficiência das políticas públicas sociais, que proporcionam a integração local dos venezuelanos com vistas ao exercício da cidadania.

Sabe-se que a integração local depende de vários fatores para tornar-se efetiva, uma vez que abrange não somente uma dimensão normativa; mas também econômica, que possibilite autonomia financeira ao indivíduo, como a inserção no mercado de trabalho; e sociocultural, que lhe proporcione uma vida em harmonia com a comunidade acolhedora.

Tem-se que a principal estratégia de atuação do Governo Federal, no caso dos refugiados venezuelanos, está fundada na Operação Acolhida - que tem no Programa de Interiorização o ponto forte para promover a integração local - e nas parcerias mantidas com organizações da sociedade civil e órgãos internacionais. Porém, resta evidenciado que o Estado não é responsável apenas pelo acolhimento, de modo que, o fato de proceder com a interiorização e promover a descentralização dos refugiados, não o exime da responsabilidade de integrar essas pessoas, por meio da execução de políticas públicas sociais adequadas à integração local.

Conclui-se, portanto, que para além das parcerias estabelecidas, deve o Governo Federal estar alinhado com Estados e Municípios no sentido de promover políticas públicas que possibilitem o tratamento igualitário entre os refugiados e os brasileiros em congruência com o que reza a Carta Magna de 1988.

Constatou-se também, a necessidade de participação intensa dos venezuelanos em todas as etapas do processo de integração junto aos órgãos governamentais, com objetivo de evitar que sofram um processo de assimilação da cultura local e, assim, possam manter os costumes e tradições que lhes pertencem.

Ademais, observou-se que é preciso garantir-lhes o acesso à justiça, como forma de possibilitar a proteção jurídica dos direitos que lhes cabem, em caso de descumprimento dos deveres constitucionais e legais pelo Estado brasileiro, e para que o rico arcabouço jurídico sobre o tema no país não esteja apenas no campo da retórica.

Finalmente, pelo exposto, entendeu-se que a construção e implantação de soluções duradouras não devem estar separadas dos discursos de acolhimento a refugiados que o país detenha no âmbito internacional. Uma vez que a proteção aos direitos humanos e a garantia de exercício da cidadania aos refugiados deve estar presente desde a recepção da pessoa que se encontre nessa condição até enquanto durar o refúgio no país acolhedor.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **A resposta humanitária no Brasil: uma análise sobre a estratégia de interiorização, 2019.** Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2020/07/REACH_Relat%C3%B3rio-de-Interioriza%C3%A7%C3%A3o_-FINAL_PORTUGUESE.pdf>. Acesso em 25 de setembro de 2020.

_____. **Brasil reconhece mais 7,7 mil venezuelanos como refugiados, 2020** Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2020/08/28/brasil-reconhece-mais-77-mil-venezuelanos-como-refugiados/>>. Acesso em: 22 de setembro de 2020.

_____. **Declaração do Brasil.** Disponível em: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9866.pdf>> Acesso em: 23 set. 2020.

_____. **Limites e desafios à integração local de refugiadas, refugiados e pessoas migrantes da Venezuela interiorizadas durante a pandemia do COVID 19.** Disponível em: <https://acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2021/12/Sumario-Executivo-Limites-e-desafios-a-integracao-local-de-refugiadas-refugiados-e-pessoas-migrantes-da-Venezuela-interiorizadas-durante-a-pandemia-de-Covid-19-dez.2021.pdf#_ga=2.175770598.516334038.1680576084-387619855.1678221309>. Acesso em: 03 abr. 2023.

_____. **“Nós deixamos tudo na Venezuela. Não temos um lugar para viver ou dormir e não temos nada para comer”.** Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/venezuela/>>. Acesso em: 14 set. 2020.

_____. **Venezuelanos no Brasil: integração no mercado de trabalho e acesso às redes de proteção social. 2020.** Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2020/07/Estudo-sobre-Integra%C3%A7%C3%A3o-de-Refugiados-e-Migrantes-da-Venezuela-no-Brasil.pdf>>. 2020. Acesso em: 23 set. 2020.

BOGUS, Lucia Maria Machado; RODRIGUES, Viviane Mazine. **Os refugiados e as políticas de proteção e acolhimento no Brasil: História e Perspectivas.** Dimensões, Revista de História da Ufes. N. 27, 2011, p. 111. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufes.br/dimensoes/article/view/2585>>. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Comitê Federal de Assistência Emergencial. **Resolução 2 de 26 de março de 2018.** Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/8438555/do1-2018-03-29-resolucao-n-2-de-26-de-marco-de-2018-8438551>. Acesso em: 23 set. 2020.

_____. Conselho Nacional de Imigração. **Resolução Normativa 126/2017.** Disponível em: <<https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/component/k2/item/12989-resolucao-normativa-n-126-de-02-03-2017>>. Acesso em: 22 set. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 09 set. 2020.

_____. **Decreto nº 4.246/2002,** Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4246.htm> Acesso em: 22 jul. 2020.

_____. **Decreto nº 9.199/2017.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2017/decreto-9199-20-novembro-2017-785772-publicacaooriginal-154263-pe.html>> Acesso em: 22 set. 2020.

_____. **Decreto nº 9.285/2018**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9285.htm>. Acesso em: 23 set. 2020.

_____. **Lei 9.474 de 22 de julho de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm>. Acesso em: 08 set. 2020.

_____. **Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm>. Acesso em: 09 set. 2020.

_____. **Lei nº 13.684 de 21 de junho de 2018**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13684.htm>. Acesso em: 09 set. 2020.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **43 mil pessoas vivem no Brasil reconhecidas como refugiadas**. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros>>. Acesso em: 16 set. 2020.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Ministério da Justiça acompanha a situação dos migrantes venezuelanos em Roraima**. 2018. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-92>>. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Plataforma Interativa de Decisões**. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros>> Acesso em: 20 jul. 2021 e 03 abr. 2023.

_____. **Operação Acolhida**. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2021/06/operacao-acolhida-ja-interiorizou-mais-de-50-mil-venezuelanos>>. 2021. Acesso em: 20 jul. 2021.

_____. **Portaria Interministerial nº 9 de 14 de março de 2018**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/6653698/do1-2018-03-15-portaria-interministerial-n-9-de-14-de-marco-de-2018-6653694>. Acesso em: 22 set. 2020.

_____. **Projeto de Lei 9.947/2018**. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2170828>>. Acesso em: 25 de setembro de 2020.

_____. **Resolução nº 1 de 25 de julho de 2022**. Ministério da Educação. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-1-de-25-de-julho-de-2022-417718403>>. Acesso em: 03 de abril de 2023.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CORUGEDO, Emílio F e GUAJARDO, Jaime. **Para os vizinhos da Venezuela, a migração em massa traz custos e benefícios econômicos**, FMI, 20 de novembro de 2019. Disponível em: <<https://www.imf.org/pt/News/Articles/2019/11/21/blog-for-venezuelas-neighbors-mass-migration-brings-economic-costs-and-benefits>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

DECLARAÇÃO DE CARATAGENA. Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça, Brasil, 2008. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2020.

GUERRA, Sidney. **Direito internacional dos direitos humanos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 36.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo. Método, 2007, p. 182.

MAHLKE, Helisiane. **Direito Internacional dos Refugiados: novo paradigma jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 234 e 244.

MOREIRA, Elaine. TORELLY, Marcelo [coordenadores]. **Soluções duradouras para indígenas migrantes e refugiados no contexto do fluxo venezuelano no Brasil**. Brasília: Organização Internacional para as Migrações (OIM), 2020, p. 21, 27, 28, 71 e 73.

OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro. **A migração venezuelana no Brasil: crise humanitária, desinformação e os aspectos normativos**. Revista de estudos e pesquisas sobre as Américas, 2019, 13 (1), 219-244. Disponível em: <<https://doi.org/10.21057/10.21057/repamv13n1.2019.24297>>. Acesso em: 14 set. 2020.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 22 jul. 2020.

_____. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)**. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2020.

PACÍFICO, Andrea Maria Calazans. MENDONÇA, Renata de Lima. **A proteção sociojurídica dos refugiados no Brasil**. Porto Alegre: Revista eletrônica Textos & Contextos, v. 9, n. 1, 2010, p. 173. Disponível em: <<https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/7290>> Acesso em: 09 set. 2020.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. **Direitos humanos e hospitalidade: a proteção internacional para apátridas e refugiados**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 19, 53 e 54.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 409.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 294.

PLATAFORMA DE COORDENAÇÃO PARA REFUGIADOS VENEZUELANOS. Disponível em: <https://r4v.info/es/situations/platform>. Acesso em: 20 jul. 2021 e 03 abr. 2023.

PRADO, Diogo Figueredo Barros. REIS JÚNIOR, Valdemir Moreira. A declaração do Brasil e o respectivo plano de ações sobre refugiados e apátridas. Disponível em: **Refugiados e Migrações no século XXI: direitos fundamentais e relações internacionais**. Organizado por Álvaro A. Sánchez Bravo e Jorge Luiz Mialhe. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 176 e 181.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 69, 106 e 299.

RODRIGUES, Gilberto M. A. **Refugiados: o grande desafio humanitário**. 1. ed. São Paulo: Moderna, 2019. p. 19 e 24.

SARTORETTO, Laura Madrid. **Direito dos refugiados: do eurocentrismo às abordagens de terceiro mundo**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2018, p. 20 e 143.

SILVA, Anderson Santos. CAMARGO, Eduardo Aidê Bueno de. RODRIGUES, João Mendes. **Direito internacional dos direitos humanos**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 338, 345 e 346.

SIMÕES, Gustavo da Frota (organizador). **Perfil sociodemográfico e laboral da imigração venezuelana no Brasil**. Curitiba: CRV, 2017, p. 14.

SIMÕES, G.; CAVALCANTI, L.; OLIVEIRA, T.; M, E.; C, J. Resumo executivo. **Perfil sociodemográfico e laboral da imigração venezuelana no Brasil**. Conselho Nacional de Imigração. Brasília, DF: CNIg, 2017, p.4.

SUBIRATS, Joan et al. apud SCHWINN, Simone Andrea. FREITAS, Priscila. **A proteção sociojurídica aos refugiados no Brasil: da legislação à política pública**. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/228500379.pdf>> Acesso em: 10 set. 2020, p. 176.

UNICEF. **Crise migratória venezuelana no Brasil**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/crise-migratoria-venezuelana-no-brasil/>>. 2019. Acesso em: 14 set. 2020.

Adriano Roberto Vancim

PODER DE POLÍCIA: DISCRICIONARIEDADE E LIMITES

PODER DE POLÍCIA: DISCRICIONARIEDADE E LIMITES

POLICE POWER: DISCRETION AND LIMITS

Adriano Roberto Vancim

Bacharel em Direito. Especialista em Direito Administrativo e em Direito Educacional. Advogado. Servidor Público vinculado ao Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais - TJMG. Professor de Direito. Autor e coautor de obras jurídicas, dentre as quais, 1) “Sinopse de Direito Internacional”, 2) “Sinopse do Estatuto da Criança e do Adolescente”, 3) “Sinopse de Direito do Consumidor”, 4) “Curso Preparatório para o Exame de Ordem – Prova Objetiva e Parte Teórica”, 5) “Direito para Concursos Públicos”, 6) “Direito & Internet: Contrato Eletrônico e Responsabilidade Civil na Web – Jurisprudência Seleccionada e Legislação Internacional Correlata”, 7) “Marco Civil da Internet”, 8) “Contrato Eletrônico: Aspectos Jurídicos”, 9) “Lei dos Juizados Especiais Anotada e Interpretada – Cível, Criminal e Fazenda Pública”, 10) “Os Juizados Especiais Cíveis como Meio Facilitador de Acesso à Justiça”, 11) “Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais”, 12) “A Citação no Processo Civil e Sua Inaplicabilidade via WhatsApp”, 13) “Contrato Eletrônico de Consumo e o Dano Indenizável na Internet”, 14) “A Reclamação como Instrumento Processual nos Juizados Especiais” e 15) “Registro de Imóveis: Teoria e Prática”.

RESUMO

O presente trabalho apenas objetiva tecer os aspectos gerais deste grandioso e intenso instituto servido pela Administração Pública em benefício do interesse público, notadamente verificado pelo sistema evolutivo porque passou o Estado, antes eminentemente liberal e agora intervencionista.

Palavras-chave: Direito. Estado. Poder. Discricionariedade.

ABSTRACT

The present work only aims to weave the general aspects of this grandiose and intense institute served by the Public Administration in benefit of the public interest, notably verified by the evolutionary system through which the State, before eminently liberal and now interventionist, passed.

Keywords: Law. State. Power. Discretion.

Como decorrência evolutiva do Estado, nota-se maior incidência quanto à preservação e proteção do interesse público sobre o interesse particular, donde o exercício intervencionista do Poder Público sugere a aplicação suprema de poder em benefício do bem-estar social.

Na lição de MEIRELLES (2002, p. 128), incide o poder de polícia,

nos casos de intervenção estatal a segurança, a higiene, à ordem, aos costumes, a disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Veja-se que respectiva atribuição, limitativa aos direitos individuais privados, sempre estará restrita e efetivamente delimitada pela lei, do qual mesmo se tratando, como regra, de atividade discricionária, nenhuma condução pode ser praticada sem expressa disposição normativa que assim autorize.

Do contrário, o Poder de Polícia estará malfadado ao insucesso e a caracterização de exercício abusivo, mesmo até realizado à margem da lei, com finalidade diversa da estatuída, qual seja, a busca pela salvaguarda do interesse público.

Em casos que tais, não se pode negar a mácula viciosa, em que é admitido ao particular o uso de instrumentos jurídicos a fazer valer seu direito ceifado, seja por meio do controle interno da Administração, fazendo-se sob provocação, seja pelo controle externo jurisdicional.

Dessa maneira, encontra o Poder de Polícia seus limites na lei e na finalidade pública que se pretende preservar, não havendo outra razão a proclamar sua legitimidade que não esteja previamente expressamente prevista.

Nesse desiderato, o estudo geral acerca do Poder de Polícia constitui o estudo da mais intrigante e lúgubre repercussão quanto ao ambivalente binômio interesse público e interesse particular, que, por via das vezes, acaba por findar em si mesmo a pujante supremacia do Estado.

Por assim ser, é o Poder de Polícia reconhecido instrumento de defesa social em sentido amplo, posto à disposição do Estado, perfeito mediante histórico processo de conquista, quando então o Estado passou a deter maior gama de poder intervencionista, assim permitido, sem qualquer exceção, segundo os ditames da lei.

Com o fiel escopo de atendimento do interesse público, a Administração Pública lança mão dos poderes administrativos, nele inserido o poder de polícia, que possui como característica primordial a instrumentalidade, cujo objetivo constitui o atendimento das finalidades estatais de interesse público.

Nesse viés, em nada se confunde com os ditos “poderes políticos”, que são estruturais e orgânicos do Estado, integrando sua organização constitucional, assim extraído do próprio conceito, singularmente tido como nação politicamente organizada.

Por tal, forçoso, pois, que a Administração Pública goza de prerrogativas próprias e inderrogáveis dos quais se serve à garantia e consagração do interesse público sobre o particular, estribado, porém, nos termos e limites estabelecidos em lei. A este fenômeno jurídico instituiu-se diversos poderes administrativos, compreendidos, no entanto, como autêntico dever, ou seja, para a Administração Pública ‘poder’ correspondente, ao mesmo tempo, a ‘dever’.

Assim o sendo, correspondente atuação administrativa é exercida sobre todas as atividades e bens que afetam ou possam afetar a coletividade, de modo que, é permitido à Administração lançar mão de instrumentos e mecanismos objetivando limitar ou mesmo restringir o uso e gozo de direitos, atividades e bens, tudo em favor do interesse público subjacente.

Considerando a definição legal do art. 78 do CTN, pode-se assinalar que o poder de polícia corresponde à atividade estatal tencionada à limitação do exercício dos direitos individuais conflitantes ao interesse público, ou, melhor explicitando, constitui mecanismo de controle e limitação da atividade particular em favor do interesse público comum.

Verifica-se, pois, que a restrição ao exercício do direito individual constitui expressão assente na supremacia do interesse público em detrimento do particular, resultando limites ao exercício de liberdade e propriedade geralmente deferidas ao particular.

Quer-se, dessa maneira, exigir com pormenores que o exercício dos direitos individuais atenda ao interesse público, em especial ao bem-estar social, sujeitando-se a imposições emanadas da Administração Pública.

Pode-se dizer que a finalidade estatuída do poder de polícia é a defesa e proteção do bem-estar social, a proteção do interesse da coletividade e, mais precisamente, do Estado.

A razão é, indubitavelmente, a garantia do interesse social, considerando que, o regime em que vivenciamos das ditas “liberdades públicas” assegura o uso normal dos direitos individuais, mas não garante, por necessário, o abuso que advém do exercício irregular assegurado, muito menos o exercício antissocial desses direitos.

Nessa linha de entendimento, com maior precisão a complementar conceituação apresentada por MEIRELLES (2002, p. 127), pelo que

O poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional.

Infere-se, nesse jaez, a amplitude de atuação da Administração voltada à garantia do interesse público, representativo, por assim ser, nas hipóteses de fiscalização, vistoria, ordem, notificação, autorização e licença para construir ou até para o exercício de atividades.

Em termos claros, preciso a definição de TÁCITO (1952, p. 8):

O poder de polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas à administração para disciplinar e restringir, em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais. Essa faculdade administrativa não violenta o princípio da legalidade porque é da própria essência constitucional das garantias do indivíduo a supremacia dos interesses da coletividade. Não há direito público subjetivo absoluto no Estado moderno, todos se submetem, com maior ou menor intensidade à disciplina do interesse público, seja em sua formação ou em seu exercício. O poder de polícia é uma das faculdades discricionárias do Estado, visando à proteção da ordem, da paz e do bem-estar sociais.

Da conceituação trazida e características vitais, forçoso reconhecer que o poder de polícia também pode ser definido como expressão da atividade negativa do Estado, no sentido de que sempre impõe uma abstenção ao particular.

Dá que não estaria equivocado assinalar que o poder de polícia se define, por sua razão e finalidade, como uma atividade do “não fazer”, ou seja, o particular está impedido de agir quando não atender aos reclamos estabelecidos em lei, ainda que, aparentemente, se verifique exigir a prática de determinado ato, donde o objetivo é sempre a abstenção.

Nessas linhas, cabe a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello em distinta citação que o faz DI PIETRO (2011, p. 122):

O poder de polícia é atividade negativa no sentido de que sempre impõe uma abstenção ao particular, uma obrigação de não fazer. Mesmo quando o poder de polícia impõe, aparentemente, uma obrigação de fazer, como exibir planta para licenciamento de construção, fazer exame de habilitação para motorista, colocar equipamento contra incêndio nos prédios, ‘o poder público não quer estes atos. Quer, sim, evitar que as atividades ou situações pretendidas pelos particulares sejam efetuadas de maneira perigosa ou nociva, o que ocorreria se realizadas fora destas condições.

O que se tem com precisão, é que o poder de polícia busca frenar e limitar a atuação individual quando desconforme ao interesse público, que deve prevalecer no confronto com o particular, constituindo verdadeira obrigação de não fazer.

Destarte, o “*non facere*” é circunstância fundamental do exercício do poder de polícia, tudo pela busca da proteção do interesse público em sua maior amplitude possível, o que implica dizer, na lição de MEIRELLES (2002, p. 130), que

nesse interesse superior da comunidade entram não só os valores materiais, como também, o patrimônio moral e espiritual do povo, expresso na tradição, nas instituições e nas aspirações nacionais da maioria que sustenta o regime político adotado e consagrado na Constituição e na ordem jurídica vigente. Desde que ocorra um interesse público relevante, justifica-se o exercício do poder de polícia da Administração para a contenção de atividades particulares antissociais.

Consagrado foi tais restrições pelos meios de atuação postos a favor do ente público, que se verifica em princípio de maneira preferentemente preventiva, mediante ordens e proibi-

ções, bem assim por meio de normas limitadoras e sancionadoras de condutas daqueles que infringem e que possam afetar interesse coletivo.

Conforme posiciona DI PIETRO (2011, p. 118), curial anotar que a Administração, dentro da prerrogativa em epígrafe, vale dizer,

no exercício da parcela que lhe é outorgada do mesmo poder, regulamenta as leis e controla a sua aplicação, preventivamente (por meio de ordens, notificações, licenças ou autorizações) ou repressivamente (mediante imposição de medidas coercitivas).

Por assim ser, goza a Administração de atributos específicos e não extensíveis ao particular, notadamente porque a atuação administrativa exige maior esforço e intenso rigor na consagração do interesse público.

Nessa esteira, o exercício do poder de polícia, em regra, tenciona por sua discricionariedade, auto-executoriedade e coercibilidade.

Nem sempre o exercício será discricionário, posto que a própria lei apresenta em certas hipóteses qual a solução que se deve adotar, vinculativo aos termos previamente ajustados, assim perfeito dada a estritas necessidades decorrentes do mister apresentado. Assim ocorre, com as licenças para edificação residencial se o proprietário satisfaz todas as exigências legais previamente apresentadas ao particular.

De igual sorte, a auto-executoriedade, tida como a possibilidade de que o ato seja decidido e executado diretamente pela Administração Pública sem a convergência do Poder Judiciário, às vezes também pode não estar presente, como ocorre na execução das multas estabelecidas e na impossibilidade de licenciamento de veículo automotor enquanto não adimplida na integralidade eventuais multas de trânsito pendentes.

Diversamente, a coercibilidade, representada no fato de que ao particular a decisão administrativa pelo poder de polícia sempre será cogente, obrigatória, admitindo o emprego de força pública para seu fiel cumprimento, sempre restará presente, posto que indissociável do próprio poder de polícia.

Por tudo, a administração possui instrumentos hábeis e eficazes à garantia de suas decisões e efetivo cumprimento de suas ações, de maneira a tornar válida a atuação voltada à preservação do interesse público.

Como decorrência deste arcabouço jurídico, ao particular é aplicado sanções específicas por cada ato transgressivo praticado, mesmo como forma de compensação e inibição das condutas lesivas e infringentes.

Desde a multa, a mais presencial sanção, a Administração pode se servir, caso a caso, da apreensão de bens e mercadorias, do fechamento do estabelecimento comercial ou da suspensão temporária das atividades, da proibição de fabricação de produtos e até da inutilização de gêneros.

Justifica-se, assim, ser o poder de polícia o mais completo e a mais intensa atividade administrativa praticada, em expressão maior à limitação da atividade individual em detrimento do interesse público.

Realça que, do Direito Administrativo moderno, houve indiscutível evolução do poder de polícia, em que pese sempre estar presente o binômio “prerrogativas e sujeições”, para aclarar o dever do particular no cumprimento das ordens e abstenção transgressiva ao interesse público, donde legítimo será a limitação em sua liberdade individual.

Entrementes, referida atuação está igualmente limitada ao seu próprio fundamento, qual seja, condicionar o exercício de direitos individuais em benefício do interesse público.

Como característica suprema do Poder de Polícia, sempre foi citada a discricionariedade como atributo pelo qual a própria lei permite certa margem de liberdade de apreciação quanto a determinados pressupostos dos atos administrativos, dentre os quais o motivo/causa ou objeto que levaram à edição do ato.

Nesse sentir, esclareça-se que o motivo/causa constitui a situação fática e de direito que enseja a prática do ato e sua respectiva edição, de modo que, o motivo sempre será antecedente ou concomitante ao ato, e nunca posterior, sem olvidar, por necessário, não existir ato válido que não corresponda a motivo retratador do interesse público.

Por objeto, cite-se referir ao efeito jurídico pretendido, assim verificado pelo conteúdo do ato jurídico, não sendo demais ressaltar que para validade do ato o objeto deve ser lícito e moralmente aceito.

Conjugando tais pressupostos e trazendo-o ao campo do Poder de Polícia, à Administração Pública é dotada certa margem de liberdade para decidir, ou, melhor dizendo, no caso concreto a exame, a Administração pode decidir qual o momento de agir, qual a melhor circunstância, qual o meio mais adequado, qual a sanção a aplicar dentre as previstas em lei, enfim, possui a Administração livre escolha, pela conveniência e oportunidade, em exercer o Poder de Polícia, fundado, pois, na preservação do interesse público.

Exemplifique as hipóteses de concessão de autorização para portar arma de fogo, para exercício de pesca amadora, autorização para produção ou distribuição de material bélico ou mesmo autorização para circulação de veículo com peso ou altura excessivo.

Nestes casos, embora preenchidos os requisitos legais, dentro da conveniência e oportunidade da Administração, pode ocorrer de não ser acolhido o pedido particular, por não trazer vantagens ou por ser desvantajoso ao interesse público, claro que assim justificadamente.

Igual exemplo de discricionariedade pode ser levado a efeito frente a punição disciplinar ou aplicação de sanções, que, dentre as passíveis de aplicação, pode a Administração optar por escolher aquela que melhor se compatibiliza com a falta praticada, devendo guardar correspondência e proporcionalidade com a infração.

Com isso, o exercício discricionário cinge-se à liberdade conferida ao administrador, assim permitida em lei, em agir dentro das opções contempladas, buscando atender ao interesse social e público, o que não se pode confundir, de modo algum, com exercício arbitrário das razões.

É que, como cediço, distingue-se a discricionariedade da arbitrariedade, cujo fator caracterizador deste segundo é, essencialmente, a ação tomada fora da lei ou excessivamente à lei, com abuso ou desvio de poder, circunstâncias estas que “de per si” possibilitam a mácula do ato, não produzindo o esperado efeito.

Na lição apresentada por MEIRELLES (2002, p. 132)

discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Discricionariedade é liberdade de agir dentro dos limites legais; arbitrariedade é ação fora ou excedente da lei, com abuso ou desvio de poder. O ato discricionário, quando se atém aos critérios legais, é legítimo e válido; o ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido; nulo, portanto.

Frente tais considerações, a regra imperante é a discricionariedade do ato, em especial pelo fato de que ao legislador não poderia ser exigido prever todas as hipóteses de atuação do Poder de Polícia, o que não impende assinalar, de outra sorte, a ‘discricionariedade absoluta’.

Considerando que pelo poder discricionário, a autoridade administrativa pode agir dentre várias possibilidades admitidas, aquela que melhor responde ao caso concreto à intenção da lei, certos atos, ainda que praticados sob o vértice do Poder de Polícia, tem sua delimitação explícita em lei.

Nesse desiderato, com acerto dizer a possibilidade de característica de Poder de Polícia vinculado, como exceção à regra da discricionariedade, em que o próprio texto normativo predetermina a solução que deve ser atendida pelo administrado.

Pela prática verificada, a lei determina, sem qualquer opção de escolha, qual solução deve ser tomada frente o preenchimento dos específicos requisitos exigidos.

Assim ocorre, v.g., quando o particular pretende obter alvará de licença para construção, para exercício de atividade profissional e para dirigir veículos automotores, donde, perfeitamente preenchido os requisitos exigidos, não há outra medida a tomar, muito menos opção legal, em não conferir a pretendida licença.

Mostra-se como exemplo debatido o alvará para licença de instalação de estabelecimento comercial, por onde muitos municípios editaram leis proibindo a instalação do mesmo ramo comercial em determinada área de localização, utilizando-se de tal pretexto a impedir a concessão do alvará de licença.

A respeito, foi editado pelo Supremo Tribunal Federal a Sumula n. 646 que determina que “ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”.

Aliás, por oportuno, posto que o assunto sugere muita discussão, o alvará constitui gênero do qual são espécies a autorização e a licença, terminologias estas muitas vezes equivocadamente utilizadas como sinônimos.

A autorização pode ser negada ou recusada, ante sua característica discricionária, como também invalidada a qualquer tempo, pela conveniência e oportunidade em sua concessão, daí porque, possui natureza precária.

De outro modo, a licença não pode ser negada muito menos recusada se atendido os requisitos prescritos em lei, fundamentalmente por sua característica de ato vinculado, em que se torna preciso sua natureza definitiva.

Ainda como exemplo de Poder de Polícia vinculado, tem-se a hipótese de infração disciplinar, em que assim verificado o cometimento de falta funcional, deve ser rigorosamente observado o procedimento estatuído em lei, sem a mínima margem de atuação diversa ou desconforme ao texto normativo.

Comprovado, pelo contraditório e ampla defesa, a falta disciplinar, há apenas discricionariedade na sanção aplicada, dentre aquelas que mais se aproxima e compatibiliza com a infração cometida.

Do exposto, ante a impossibilidade de o legislador prever todas as hipóteses de atuação do administrado, cuida-se a regra pela discricionariedade do ato, tratando-se a exceção, do ato vinculado, sobremaneira quanto a competência, finalidade e forma, que de modo algum poderia ser relegado a livre opção, ainda que normativa.

Sobre o tema, com maestria leciona MEIRELLES (2002, p. 115):

A faculdade discricionária distingue-se da vinculada pela maior liberdade de ação que é conferida ao administrador. Se para a prática de um ato vinculado a autoridade pública está adstrita à lei em todos os seus elementos formadores, para praticar um ato discricionário é livre, no âmbito em que a lei lhe concede esta faculdade.

Não se pode perder de vista, entretanto, a aplicação da “teoria dos motivos determinantes”, pois, sempre que o ato, a despeito de discricionário, contiver elementos determinantes, a este passa a ser vinculados. Em palavras cômodas, ainda que o ato seja discricionário, vincula-se ao motivo determinante à sua edição, sem o que o ato será tido como inexistente ou deixará de subsistir.

Seguindo ainda a lição de MEIRELLES (2002, p. 116),

embora não cuidando de todos os aspectos dos atos relegados à faculdade discricionária, o legislador subordina-se a um mínimo legal, consistente na estrita observância, por parte de quem os vai praticar, da competência, da forma e da finalidade, deixando o mais à livre escolha do agente administrativo [...] essa liberdade funda-se na consideração de que só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência da prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica – lei – de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto.

Como assim considerado, a atividade discricionária, e não porque o próprio Poder de Polícia discricionário, sempre estará sujeito a um duplo condicionamento, a grosso modo, de ordem externa e interna.

Externamente, somente na lei, como princípio basilar jurídico, é que fica condicionada a atuação administrativa, realçando que ao administrador somente pode agir como e quando determinar a lei, diversamente do particular, que pode agir pelo que não esteja expressamente proibido.

Internamente, a condicionante seria a busca do bem comum, como expressão maior do interesse público – social e coletivo.

Por assim dizendo, sob duas vertentes é que se caracterizou identificar os limites do Poder de Polícia, em que pese não tão assim esclarecido pela doutrina pátria, que vez por outra apenas se refere à legalidade atrelada ao interesse público.

No ensinamento de CRETELLA JUNIOR (1968, p. 52),

como toda ação da administração, o exercício do poder de polícia é submetido ao princípio da legalidade e ao controle jurisdicional, porque, se por um lado, cabe mesmo à administração o papel de regulamentar as atividades dos particulares, não há dúvida que tal regulamentação não admite um poder absoluto sobre os administrados.

Nenhuma atuação administrativa pode estar à margem do controle de legalidade sobre os atos praticados, como expressão do Estado de Direito, pelo que, a Administração possui a faculdade de agir somente e quando delimitado pela norma jurídica, ou seja, qualquer decisão tomada somente possuirá validade de fundada na lei.

Qualquer outro entendimento dissonante, bem como atuação que transgrida ao texto legal, tamanha é a mácula que facilmente pode ser reconhecido sua invalidade, pois, como dito, não há poder absoluto estatal sobre o administrado, estando recluso aos reclamos da lei.

Referida limitação, repita-se, derivante da própria principiologia administrativa, particularmente ao princípio da estrita legalidade, constitui vertente fundamental da estrutura válida e regular do Poder de Polícia, sem o qual, imperante aí a malfadada arbitrariedade, proclamada à margem e contra a lei.

Tal como exposto por MEIRELLES (2002, p. 131),

através de restrições impostas às atividades do indivíduo que afetem a coletividade, cada cidadão cede parcelas mínimas de seus direitos à comunidade e o Estado lhe retribui em segurança, ordem, higiene, sossego, moralidade e outros benefícios públicos, propiciadores do conforto individual e do bem-estar geral. Para efetivar essas restrições individuais em favor da coletividade o Estado utiliza-se desse poder discricionário, que é o poder de polícia administrativa. Tratando-se de um poder discricionário, a norma legal que o confere não minui o modo e as condições da prática do ato de polícia. Esses aspectos são confiados ao prudente critério do administrador público. Mas, se a autoridade ultrapassar o permitido em lei, incidirá em abuso de poder, corrigível por via judicial. O ato de polícia, como ato administrativo que é, fica sempre sujeito a invalidação pelo Poder Judiciário, quando praticado com excesso ou desvio de poder.

Crível, portanto, que a atuação administrativa está intrinsecamente cercada pelo que manda e determina o texto legal, motivo pelo qual o exercício do Poder de Polícia não pode divorciar-se da expressa delimitação coligida em lei, seja o ato discricionário seja vinculado.

Somente com isso será alcançada a finalidade ensejadora da edição do ato, como autêntica proposição perseguidora do interesse público, e não cultivadora de favorecimentos e vantagens públicas voltadas aos particulares ou à própria Administração.

De outra sorte, o Poder de Polícia sofre limitação em seu próprio fundamento, qual seja, condicionar o exercício de direitos individuais em favor e a benefício do interesse público, assim colimado pela Administração Pública, pela busca do bem-estar social.

Repousa aqui, atrelado ao limite legalístico do ato, as vergastadas barreiras que abrigam as atividades administrativas, que ora por outra tenciona ao distanciamento da finalidade pública do ato, infringente aos direitos e prerrogativas individuais, vale dizer, sob o vértice do interesse comum e coletivo, abusos são cometidos aos direitos dos cidadãos, como se o Poder de Polícia fosse ilimitado e estivesse acima de qualquer restrição.

Cabe, nesse contexto, a lúcida observação de CRETELLA JUNIOR (1968, p. 52):

Do mesmo modo que os direitos individuais são relativos, assim também acontece com o poder de polícia, que, longe de ser onipotente, incontrolável, é circunscrito, jamais podendo pôr em perigo a liberdade e a propriedade. Importando, via de regra, o poder de polícia em restrições a direitos individuais, a sua utilização não deve ser excessiva ou desnecessária, de modo a não configurar um abuso de poder. Não basta que a lei possibilite a ação coercitiva da autoridade para justificação do ato de polícia. É necessário, ainda, que se objetivem condições materiais que solicitem ou recomendem a sua inovação. A coexistência da liberdade individual e do poder de polícia repousa na conciliação entre a necessidade de respeitar essa liberdade e a de assegurar a ordem social. O requisito de conveniência ou de interesse públicos é, assim, um pressuposto necessário à limitação dos direitos dos indivíduos.

De longe, sobremaneira é a limitação quanto aos fins objetivados, em que a predominância do interesse público não admite interpretação casuística que não em favor do interesse social.

Com a mesma preocupação, assim disserta DI PIETRO (2011, p. 123):

Quanto aos fins, o poder de polícia só deve ser exercido para atender ao interesse público. Se o seu fundamento é precisamente o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, o exercício desse poder perderá a sua justificativa quando utilizado para beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas; a autoridade que se afastar da finalidade pública incidirá em desvio de poder e acarretará a nulidade do ato com todas as consequências nas esferas civil, penal e administrativa [...] Tem aqui aplicação de um princípio de direito administrativo, a saber, o da proporcionalidade dos meios aos fins; isto equivale a dizer que o poder de polícia não pode ir além do necessário para a satisfação do interesse público que visa proteger; a sua finalidade não é destruir os direitos individuais, mas, ao contrário, assegurar o seu exercício, condicionando-o ao bem-estar social; só poderá reduzi-los quando em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais.

Reprisando, pelo Poder de Polícia busca-se a garantia do bem-estar social em detrimento do direito individual da pessoa humana, que, no entanto, somente assim admite restrição, quando e como determinado em lei, razão porque, toda e qualquer atuação administrativa, ainda que fulcrada no interesse público, não pode apequenar e muito menor infringir o disposto na lei.

É sempre de bom alvitre alinhar o debate quanto ao controle limitativo em casos que tais, haja vista a ampla extensão e incidência do Poder de Polícia em nosso cotidiano, circunstância esta verificada pela intervenção estatal em função do interesse público e manutenção da ordem pública.

Conforme exposto por TÁCITO (1952, p.9),

A faculdade de agir outorgada ao administrador não é construída no vácuo, mas em função de determinados objetivos sociais, que não podem ser ignorados ou subvertidos pelo agente. Não é lícito à autoridade pública atuar senão para o fim previsto na lei. A substituição do interesse público especificamente considerado na regra de competência por um interesse privado ou para o outro interesse público estranho a finalidade legal vicia, irremediavelmente, o ato administrativo pela figura do desvio de poder.

Concluindo, aduz TÁCITO (1952, p.9) que,

é, sobretudo, em relação aos atos de polícia, por sua natureza discricionária, que o controle da legalidade do fim objetivado na ação administrativa adquire relevo especial. Ele corresponde à eliminação dos processos maliciosos e subreptícios (e, por isso mesmo, socialmente mais nocivos) de arbítrio administrativo acobertado pelo aparente respeito à lei [...] o exercício do poder de polícia pressupõe, inicialmente, uma autorização legal explícita ou implícita atribuindo a um determinado órgão ou agente administrativo a faculdade de agir.

Veja-se, pois, que a atuação estatal sempre estará apoiada aos termos da lei e à finalidade pública do ato, sob pena de cometimento de vício, dos mais graves possíveis, já que subvertendo o interesse público e o bem-estar social, o ato vem sendo praticado por interesses escusos e obscuros ao direito individual da pessoa humana.

Aliás, daí porque a posição dominante vem indicando regras para que o exercício da polícia administrativa não sirva de amadorístico abuso ao direito individual do particular, passível de repreensão e controle judicial.

Nesse sentir, para detida comprovação e respectiva atuação do Poder de Polícia, mister a verificação de sua “necessidade”, sem o que, o interesse público não estaria garantido e salvaguardado pelos reclamos sociais que se pretendeu assegurar.

Assim, somente quando necessário é que deve ser restringido o direito individual, não podendo de forma alguma sofrer abusos e desrespeitos sem a delimitação legalística e pública do ato, amplamente justificada.

Somente assim, o sagrado direito individual, constitucionalmente protegido, poderá sofrer a força estatal, cujo poder deverá, comprovadamente, evitar danos reais iminentes ou já eclodidos ou perturbações ao interesse público.

Outra regra a ser observada trata da “proporcionalidade” e “razoabilidade” que deve haver entre o interesse público preservado com o objetivo que se busca atingir frente a restrição do direito individual, ou, melhor assinalando, deve existir íntima adequação entre os meios utilizados e os fins que se pretende atingir, mediante critérios objetivos e impessoais.

A proporcionalidade constitui adequação justa e equânime dentre os meios e os fins, afastando-se a utilização ou tomada de medidas que seja excessivamente superior ao necessário, quando outra medida mais branda ou tolerante seria o suficiente à resolução do interesse estatal.

É o que ocorre quando possível a utilização de meio alternativo a se atingir o mesmo objetivo com menor ônus ou degradação a direito individual, sendo certo ainda que, como controle da atuação discricionária, deve sempre estar presente a contemplar a legitimidade do poder de polícia e a correspondente interferência dos entes públicos no direito individual privado.

De igual maneira, a razoabilidade deve também ser observada a perquirir o valor máximo tutelado pela ordem jurídica, donde em hipótese alguma pode a Administração agir sob seu livre talante, segundo valores pessoais do administrador.

Deve, precipuamente, existir compatibilidade e congruência entre as situações fáticas e as decisões administrativas, sempre estribado em valores objetivos e impessoais, em que não se permite ao administrador lançar mão de proposições pessoais que possa legitimar a intervenção estatal.

No posicionamento de MEIRELLES (1994, p. 86-87),

A proporcionalidade entre a limitação ao direito individual e o interesse público deve acompanhar todo ato de polícia administrativa, por não se compreender o sacrifício de uma liberdade ou de uma atividade lícita do particular sem vantagem apreciável para a coletividade, ou em maiores proporções que o exigido pelo bem comum. O Direito não tutela atos sem finalidades, nem autoriza restrições caprichosas. O ato de polícia só é lícito quando dele resultar uma utilidade sensível para a comunidade e for praticado para atender a efetivas exigências sociais. O sacrifício do direito do cidadão deve ser compensado pelos benefícios de ordem geral, resultantes da restrição imposta à atividade policiada. Fora daí tudo descamba para o arbítrio e se macula de ilegalidade.

Ainda como regra, cite-se a “eficácia” do exercício do Poder de Polícia, de sorte que a medida tomada deve ser eficaz a impedir a incidência de dano ao interesse público.

Na precisa menção referida por DI PIETRO (2011, p. 124), “os meios diretos de coação só devem ser utilizados quando não haja outro meio eficaz para alcançar-se o mesmo objetivo, não sendo válidos quando desproporcionais ou excessivos em relação ao interesse tutelado pela lei”.

Com tais regras balizadoras, maior transparência e segurança jurídica é conferida ao exercício intervencionista estatal, pois não raras vezes é fustigado a utilização de tal mecanismo a se atingir objetivos não consentâneos ao instituto.

Diante de tal ocorrência, dispõe TÁCITO (1952, p. 10), com peculiar clareza que,

via de regra, o poder de polícia em restrições a direitos individuais, a sua utilização não deve ser excessiva ou desnecessária, de modo a não configurar um abuso de poder. Não basta que a lei possibilite a ação coercitiva da autoridade para justificação do ato de polícia. É necessário, ainda, que se objetivem condições materiais que solicitem ou recomendem a sua inovação.

Finalizando, persegue TÁCITO (1952, p. 10) que,

A coexistência da liberdade individual e do poder de polícia repousa na conciliação entre a necessidade de respeitar essa liberdade e a de assegurar a ordem social. O requisito de conveniência à limitação dos direitos do indivíduo.

Isso tudo, pois, sob o prisma de incidência, o Poder de Polícia repousa em ampla extensão e ocorrência, sendo ato cada vez mais frequente no mundo atual, em que se torna necessária atuação intensa a fazer prevalecer o interesse coletivo e conseqüente limitação da liberdade individual.

Diz-se até, com acerto, que o Poder de Polícia é algo “*in potentia*”, ou seja, onde houver interesse público relevante, da coletividade ou mesmo do Estado, haverá intervenção para seu uso normal e moderado, postos à detida proteção e preservação de tais interesses.

Segundo delimita MEIRELLES (2002, p. 130),

a extensão do poder de polícia é hoje muito ampla, abrangendo desde a proteção à moral e aos bons costumes, a preservação da saúde pública, o controle de publicações, a segurança das construções e dos transportes até a segurança nacional em particular. Daí encontrarmos nos Estados modernos a polícia de costumes, a polícia sanitária, a polícia das construções, a polícia das águas, a polícia da atmosfera, a polícia florestal, a polícia de trânsito, a polícia dos meios de comunicação e divulgação, a polícia das profissões, a polícia ambiental, a polícia da economia popular, e tantas outras que atuam sobre atividades particulares que afetam ou possam afetar os superiores interesses da comunidade que ao Estado incumbe velar e proteger.

Dada esta amplitude, deve ser sempre verificado a legalidade do ato, bem assim abuso ou desvio de poder, ou até o desvio de finalidade, donde é medida que impõe sua ineficácia e conseqüente ausência de produção de efeitos.

Isto porque, como espécie dos poderes administrativos, para a Administração Pública ‘poder’ sugere ‘dever’, razão porque, toda a atuação administrativa encontra-se definida em uma finalidade específica, havendo, nesse diapasão, inteira subordinação do ‘poder’ em relação ao ‘dever’.

Desse modo, divorciando do apresentado binômio, pode ocorrer de algum ato e efetiva atividade estatal ser praticado com ‘abuso do poder’ (gênero), cujas conseqüências mancham

e eivam de vício o ato, donde até inexistente, às vezes, a possibilidade de seu aproveitamento e convalidação.

É que, tamanha a agressividade a direito fundamental, em especial quando praticado com ‘desvio de finalidade’, porque retratadora de intenção ilegal e até antijurídica, o ato é necessariamente reputado como ilegal.

O mesmo não ocorre quando se tem apenas a figura do ‘excesso de poder’, cujo agente que pratica o ato excede aos poderes conferidos, em que o ato é reputado como válido, desde que afastado o excesso e desde que possível sua cisão, sem a extensiva mácula do que se seja consequente.

De todo modo, sendo a finalidade de interesse público, bem delimitado em lei, não pode de maneira alguma agir contrário ou exorbitar do poder que lhe foi conferido em lei.

Conjugando o exposto, com maestria leciona CRETTELA JUNIOR (1968, p. 252):

Se a finalidade de qualquer ato administrativo é atender ao interesse coletivo, no caso do ato vinculado, tal interesse já foi a priori demarcado pelo legislador, condicionando de modo preciso a futura conduta do agente administrativo. Ora, se o administrador, no uso do poder discricionário de que dispõe, deixa de atender ao fim legal a que está indissolavelmente ligado, é claro que exorbitou do poder que a lei lhe conferiu. Daí o dizer-se com inequívoca precisão que o fim legal é o teto, a baliza, a faixa demarcadora do poder discricionário, limite em que esbarra a discricionariedade. Conhecer esse limite é de importância primordial para cada cidadão, porque aí reside a defesa contra a arbitrariedade administrativa. Se a opção administrativa desatende a essa finalidade, deve-se concluir que extra limitou em sua zona livre, violando uma prescrição jurídica, expressa ou implícita, o que a transpõe, por definição, para a zona vinculada.

Do que se extrai, os famigerados e infelizes atos abusivos ainda verificados, que a bem do exposto, confundem a discricionariedade do ato com o exercício arbitrário de poder, cujas opções de escolha são trazidas em lei, representam manifestações nulas e desprovidas de finalidade legalística.

E assim o são, pois somente a lei é quem permite que o administrador se manifeste no interesse público, razão pela qual, do contrário, desvia dos poderes conferidos a autoridade que os lança a serviço de interesses próprios ou privados, e não do bem comum social.

A se chegar a esse ponto, é livre ao particular serve-se de expedientes e instrumentos jurídicos a salvaguardar seu direito individual, transgredido injustificadamente para interesses outros que não os reveladores do Poder de Polícia.

Assim se faz presente, pois a Administração não está livre do controle a que se sujeita, principalmente o controle realizado pelo Poder Judiciário, dentro da atribuição que lhe confere o ordenamento legal e respeitado a atribuição administrativa.

Não se olvide ter-se, constitucionalmente, a regra da ‘jurisdição una’, pelo que nenhuma lesão ou ameaça a direito será afastado da apreciação jurisdicional, donde se infere ser

inconstitucional exigências de prévio esgotamento administrativo a somente após pleitear o direito em sede judicial.

Trata-se da consagração maior do Estado Democrático e Estado de Direito, pelo qual nenhuma pretensão estará isenta de apreciação jurisdicional, fato este próprio dos Estados Republicanos, tal como evolução própria cumprida no Brasil.

Aliás, referida consagração foi elevada a “cláusula pétrea”, inderrogável por natureza ante a proposição firmada pelo Poder Constituinte em nossa Lei Maior, assim inserto no art. 5º, inciso XXXVI, em que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Claro que ao Judiciário não é permitido invadir a esfera de atribuição administrativa, como reconhecido ato “*interna corporis*”; no entanto, a legalidade da ação de polícia será sempre passível de fiscalização mediante o controle jurisdicional da Administração, principalmente sob premente possibilidade de se declarar a nulidade dos atos administrativos viciados pelo abuso de poder.

Em tais casos, o Judiciário não pode se pronunciar em examinar a conveniência e oportunidade de ato que produza eminentemente efeitos internos, ou seja, o mérito administrativo, resumindo-se o controle apenas ao aspecto de legalidade, motivo pelo qual, referidos atos de efeitos internos seguem controle específico e próprio do Poder que o pratica, na maioria das vezes pelo controle interno.

No pronunciamento de MEIRELLES (2002, p. 674),

Ao poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontre, e seja qual for o artifício que a encubra. O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial. O mérito administrativo, relacionando-se com conveniência do Governo ou com elementos técnicos, refoge do âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é a de aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais do Direito.

Da transgressão a direito fundamental, pode o particular, inicialmente, servir-se dos meios admitidos ao controle interno administrativo exercitados por provocação, sobretudo pelo uso do direito de petição, pedido de reconsideração, reclamação administrativa e recurso administrativo.

Em diversas oportunidades, já se viu a resolução mediante o elencado controle interno, em que, reconhecendo a Administração a própria transgressão, perfaz a devida retificação e correção, sanando o ato viciado.

Quando assim não satisfeito, pelo controle jurisdicional, ao particular é permitido o ajuizamento de ações a atacar seu interesse, seja por meio de ação condenatória ou anulatória,

bem como por meio de remédios constitucionais, como o mandado de segurança e habeas corpus.

Com tais dizeres, eventual irregularidade em processo administrativo disciplinar, em procedimento de apreensão de mercadoria ou fechamento de estabelecimento, nos casos de concessão de alvará (licença e autorização), em intervenções a direito de propriedade, nas hipóteses de infração de trânsito, ou seja, em todos os casos em que se vislumbre prevalecer o interesse público, quando infringido o direito individual ao particular ser-lhe-á admitido lançar mão dos meios jurídicos a preservar seu direito.

Consoante ponderação de CRETELLA JUNIOR (1968, p. 285),

Pelo exame do uso limitado do poder de polícia no que diz respeito às manifestações do pensamento, reuniões, associações, construções, vizinhanças, trânsito, profissões, espetáculos, diversões, jogos, costumes, serviços de utilidade pública, cinema, liberdade de comércio, podemos concluir quão importante é o exercício de faculdade da administração pública, ao mesmo tempo que prejuízos causará às atividades dos cidadãos quando se verifica o abuso, excesso ou desvio de poder, momento em que pronuncia o Poder Judiciário para restaurar o equilíbrio abalado.

A todo momento, pois, é legítimo ao particular discutir seu direito abusivamente atacado no exercício de Poder de Polícia, como consequência advinda da própria limitação legalística apresentada.

Como bem definido por MEIRELLES (2002, p. 673), sabe-se que,

A legalidade do ato administrativo é a condição primeira para sua validade e eficácia. Nos Estados de Direito, como o nosso, não há lugar para o arbítrio, a prepotência, o abuso de poder. A Administração Pública está tão sujeita ao império da lei com qualquer particular, porque o Direito é a medida padrão pela qual se aferem os poderes do Estado e os direitos do cidadão. Todo ato administrativo, de qualquer autoridade ou Poder, para ser legítimo e operante, há que ser praticado em conformidade com a norma legal pertinente (Princípio da legalidade), com a moral da instituição (princípio da moralidade), com a destinação pública própria (princípio da finalidade), com a divulgação oficial necessária (princípio da publicidade) e com presteza e rendimento funcional (princípio da eficiência). Faltando, contrariando ou desviando-se desses princípios básicos, a Administração Pública vicia o ato, expondo-o a anulação por ela mesma ou pelo Poder Judiciário, se requerida pelo interessado.

Com tudo isto, o exercício do Poder de Polícia é medido muito presente em nosso cotidiano, que na busca do interesse público, acaba por limitar e restringir o direito individual do particular, encontrando limites, todavia, no aspecto da legalidade de que se reveste o ato e a finalidade pública consagradora do bem-estar social.

Todo e qualquer abuso ou excesso, admite correção pela própria Administração, dentro do controle interno que lhe compete, ou pelo exercício do controle externo jurisdicional, que não pode, porém, digredir o mérito administrativo, atendo-se, basicamente, sobre a legalidade do ato.

Deve haver, assim, entrelaçamento entre a necessidade, proporcionalidade e eficácia que justifique a intervenção estatal, cujo direito individual restringido reverta em proveito amplo à coletividade.

Somente o interesse público pode legitimar a restrição ao direito individual, cuja intervenção deve observar os princípios de Direito Administrativo e todo e qualquer requisito ou pressuposto de validade dos atos administrativos.

Destarte, cediço que o Poder de Polícia é instrumento único de defesa social, em sua acepção ampla, donde é reconhecido ao Estado papel ativo na promoção do bem-estar geral, que, conseqüentemente, acarreta a limitação da liberdade individual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília – DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispões sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília – DF, 25 out. 1966.

CRETELLA JUNIOR, J. **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Forense, 1968. v. II
_____. **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Forense, 1968. v. V

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
_____. **Direito de Construir**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

TACITO, C. O Poder de Polícia e Seus Limites. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 27, p. 1-11, 1952.

Darllyane Jackeline da Silva Souza

A DESCONSTITUIÇÃO DA BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES
PREVENTIVAS E A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS
HUMANOS COM O ADVENTO DA
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A DESCONSTITUIÇÃO DA BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES PREVENTIVAS E A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS COM O ADVENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

THE DECONSTITUTION OF THE BANALIZATION OF PREVENTIVE PRISONS AND THE PRESERVATION OF HUMAN RIGHTS WITH THE ADVENT OF THE CUSTODY HEARING

Darllyane Jackeline da Silva Souza

Pós-graduando no curso de Direito Processual Penal da rede de ensino LFG/Anhanguera.

RESUMO

O presente estudo trata sobre “a desconstituição da banalização das prisões preventivas e a preservação dos direitos humanos com o advento da audiência de custódia”. A pesquisa foi aplicada com base no levantamento bibliográfico, sendo utilizados livros e legislações pertinentes a temática. Essa pesquisa tem como objetivo geral desconstituir a ideia de banalização das prisões preventivas brasileiras, observando os direitos humanos e a audiência de custódia, conhecendo os principais requisitos das prisões preventivas, apontando as consequências mais visíveis de sua banalização e a atuação dos direitos humanos nestas situações, tecendo breves apontamentos sobre a audiência de custódia, inclusive sobre seu funcionamento, abordando a estrutura ineficaz do sistema judicial brasileiro nestas audiências e tratando sobre a audiência de custódia e os direitos humanos, enfatizando a questão do lapso temporal, alguns dos princípios das audiências de custódia e a apresentação de dados que comprovem, ou não, a relevância destas audiências no ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com o estudo bibliográfico desenvolvido, é possível mostrar que embora as audiências de custódia precisem de melhorias em sua execução, estas já trazem números que demonstram sua importância no ordenamento jurídico brasileiro, conforme dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e há inúmeras medidas cautelares diversas da prisão, sendo o uso delas relevante tanto para o sistema prisional quanto para o indivíduo que receberá uma medida menos severa.

Palavras-Chave: Princípios. Ordenamento Jurídico. Medidas Cautelares. Prisão.

ABSTRACT

The present study deals with “the deconstruction of the banalization of preventive prisons and the preservation of human rights with the advent of the custody hearing”. The research was applied based on the bibliographic survey, using books and legislation relevant to the theme.

This research has as general objective to deconstruct the idea of trivializing Brazilian preventive prisons, observing human rights and the custody hearing, knowing the main requirements of preventive prisons, pointing out the most visible consequences of their trivialization and the performance of human rights in these situations, making brief notes on the custody hearing, including its functioning, addressing the ineffective structure of the Brazilian judicial system in these hearings and dealing with the custody hearing and human rights, emphasizing the issue of time lapse, some of the principles custody hearings and the presentation of data that prove, or not, the relevance of these hearings in the Brazilian legal system. According to the bibliographic study developed, it is possible to show that although custody hearings need improvements in their execution, they already bring numbers that demonstrate their importance in the Brazilian legal system, according to data presented by the National Council of Justice (CNJ) and there are a number of different precautionary measures in prison, the use of which is relevant to both the prison system and the individual who will receive a less severe measure.

Keywords: Principles. Legal Order. Precautionary Measures. Prison.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade tratar acerca da desconstituição da banalização das prisões preventivas, levando em consideração, a preservação dos direitos humanos.

Quando se fala sobre o ordenamento jurídico penal brasileiro, é comum as pessoas opinarem sobre o quanto mais severa deveria ser a pena brasileira e tecer diversos e acalorados comentários, mesmo desconhecendo, de fato, como funciona o sistema penal de seu próprio país.

A utilização devida desse tipo de prisão, juntamente com a audiência de custódia, tende a garantir, dentre outras coisas, a possibilidade de o acusado não ser preso ilegalmente e nem sofrer excessos cometidos pela autoridade policial, o que é uma queixa constante, mas que tende a ser minimizada com o devido respeito aos dispositivos legais vigentes, embora a estrutura judicial ainda seja insuficiente para tamanha demanda.

Mesmo a audiência de custódia tendo sido criada com a função de dar uma maior celeridade ao trabalho judicial e evitar irregularidades, vê-se que a mesma não consegue ser plenamente efetiva e eficaz, uma vez que essa eficiência e eficácia não consegue ser verificada nem no sistema policial e nem no judicial.

Além disso, é preciso que haja o respeito aos dispositivos constitucionais, já que, deve-se ficar claro que, em hipótese alguma, nenhuma Lei pode se sobrepor à Constituição Federal e seus dispositivos.

Desta maneira, é importante que o indivíduo tenha seus direitos constitucionais

respeitados e a preservação destes direitos tende a possibilitar a desconstituição da banalização das prisões preventivas, o que corresponde a um excelente ganho social, o que conseqüentemente possibilitará que se tenha uma sociedade mais justa e harmônica, possibilidade hoje um tanto quanto utópica.

O advento da audiência de custódia, advinda por meio da Resolução nº. 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), originalmente, foi criado com o intuito de respeitar as garantias constitucionais, repugnando qualquer ato de tortura ou tratamento degradante nos interrogatórios, além de evitar prisões ilegais, embora a forma como a audiência de custódia está redigida e acontece, na prática, nem sempre seja eficaz, seja pelo despreparo dos operadores da legislação penal brasileira, seja pela falta de estrutura do nosso sistema judicial.

No Brasil, grosso modo, é possível verificar que há uma ideia de banalização das prisões preventivas, ideia esta que precisa ser urgentemente descontinuada, a fim de que os indivíduos possam ter os direitos constitucionais devidamente garantidos, resguardados e/ou respeitados, sendo a audiência de custódia um instrumento também de grande relevância nesse processo.

1 VISÃO GERAL ACERCA DAS PRISÕES PREVENTIVAS

Em linhas gerais, pode-se afirmar que todo e qualquer ato de restrição à liberdade individual, impedindo que o indivíduo possa exercer seu direito constitucional de ir e vir, é entendido como prisão.

Entende-se como restrição à liberdade individual não apenas a prática em presídios, penitenciárias, delegacias ou quartéis, mas também em residências (cumprimento de pena domiciliar), casa fechada (com o objetivo de punir e/ou corrigir), ou ainda pela limitação de liberdade através do uso de alguns acessórios, como por exemplo: algemas, tornozeleiras, etc. (BRANCO, 1980).

Assim sendo, estar preso é ter o cerceamento de sua liberdade, com o objetivo de que o indivíduo pague pelo crime que tenha cometido, com a perda de sua liberdade, tendo em vista ser este o segundo maior bem tutelado pelo direito, ficando atrás apenas do direito à vida.

Existem inúmeros tipos de prisões, sendo oportuno tratar acerca dos principais aspectos das prisões preventivas. Em linhas gerais, entende-se a prisão preventiva como uma medida de natureza cautelar, onde a finalidade principal não é punir o indivíduo, aplicando-lhe uma pena antecipada, e sim, objetiva impedir que este indivíduo possa aproveitar-se da liberdade para fugir, cometer novos crimes e, até mesmo, destruir provas, atrapalhando o trabalho da investigação.

A prisão preventiva, portanto, é uma medida cautelar na qual o indivíduo tem a restrição de sua liberdade, a qual foi determinada pelo magistrado em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal por inúmeros motivos, tais como: com o intuito de garantir eventual execução da pena, para preservar a ordem pública ou econômica, ou, até mesmo, por conveniência da instrução criminal (TOURINHO FILHO, 2009).

São diversos os objetivos associados a decretação da prisão preventiva, uma vez que, o indivíduo, ainda em liberdade, pode continuar agindo delituosamente, seja cometendo novos delitos, seja destruindo provas que comprovem o ato criminoso pelo qual ele esteja sendo investigado.

Então, para que tais atos sejam coibidos, ou até mesmo o indivíduo fuja, decreta-se a prisão preventiva, prevista no artigo 313 do Código de Processo Penal.

Além disso, a prisão preventiva, como toda e qualquer medida cautelar, exige a existência de 03 (três) pressupostos para sua decretação, quais sejam: o *fumus commissi delicti*, o *periculum in mora* e o cabimento.

O primeiro – *fumus commissi delicti* – diz respeito a materialidade dos fatos delituosos (da existência do crime), bem como dos indícios suficientes de autoria, e na falta de algum deles, não caberá a prisão preventiva. Por sua vez, o segundo – *periculum libertatis* – consiste nas circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva, isto é, os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. E o terceiro – cabimento – contempla as hipóteses previstas no artigo 313 do Código de Processo Penal.

2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (RESOLUÇÃO Nº 213 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA)

Em 15 de dezembro de 2015 foi criada a Resolução nº. 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), dispondo sobre o direito de a pessoa presa em flagrante ser apresentada a autoridade judicial, no prazo de até 24 (vinte e quatro) horas, Resolução esta que passou a vigorar a partir do dia 1º de fevereiro de 2016, ficando amplamente conhecida como audiência de custódia, e prevista tanto em pactos quanto em tratados internacionais que foram assinados pelo Brasil.

A exemplo desses pactos e tratados temos o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em 1966, e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São Jose da Costa Rica), em 1992, os quais já tratavam da audiência de custódia, sendo uma base para a instituição da mesma no Brasil, embora que tardiamente.

É importante mencionar que a audiência de custódia, mesmo sendo amplamente divulgada pela mídia, não só teve o objetivo desta apresentação do indivíduo a autoridade judicial (audiência), e sim, o objetivo da Resolução foi bem maior, já que previa a “estruturação das centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal, já que são responsáveis por representar ao Juiz opções ao encarceramento provisório” (MOREIRA, 2015, p. 3).

Vê-se, portanto, que a audiência de custódia foi um mecanismo criado com o escopo de desafogar o sistema carcerário brasileiro, evitando que indivíduos tenham sua liberdade cerceada desnecessariamente, com prisões ilegais e, até mesmo, realizadas de maneira arbitrária.

3 FUNCIONAMENTO, NA PRÁTICA, DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia ocorre quando o indivíduo é preso em flagrante e deve ser apresentado a autoridade judicial, no prazo de até 24 (vinte e quatro) horas, para que o juiz possa analisar o caso pessoalmente e tomar à medida que julgar necessária, decidindo pela manutenção da prisão ou aplicação de uma medida alternativa.

Os critérios a serem observados pelo juiz é em relação a legalidade da prisão e a integridade do indivíduo preso, respeitando-se as normas relativas à Dignidade da Pessoa Humana.

A ideia, portanto, da audiência de custódia, excede o entendimento de vir para reduzir apenas o encarceramento equivocado (superlotação carcerária) com base em prisões irregulares, pois permite que o indivíduo possa ter sua situação vista pela autoridade judicial competente e, também, tenha sua integridade preservada, evitando maus tratos e torturas que são comumente divulgadas em nosso contexto social.

Sabe-se que a audiência de custódia é um mecanismo que, como qualquer outro, não tem 100% (cem por cento) de eficácia comprovada, afinal de contas, no tocante a integridade do preso, será a palavra dele (a) contra a da autoridade policial que, muitas vezes, agiu com abuso de autoridade, inclusive com agressões físicas e/ou verbais, condutas estas que são rechaçadas pela Lei. Mas, sem dúvida alguma, a audiência de custódia tende a minimizar casos que, sem a existência da mesma, certamente levaria o indivíduo ao cárcere e, em diversos casos, por meio de uma prisão irregular.

A Dignidade da Pessoa Humana deve ser sempre observada e a Lei aplicada com base nesse princípio constitucional, o que deixa evidenciado a necessidade de que a autoridade policial e judicial aja levando em consideração o caráter humanitário, inclusive na audiência de custódia.

Convém ressaltar que o caráter humanitário deve ser base na audiência de custódia, e, nesse contexto, a atuação do juiz é imprescindível, evitando assim que possíveis injustiças sejam cometidas. Além disso, antes do preso ir para a audiência de custódia ele passa por exame de corpo de delito e pela identificação de suas impressões digitais, a fim de confirmar sua identidade.

A própria Lei é taxativa ao apontar como deve ser a atuação do juiz, ou seja, o que levará em consideração no momento da realização da audiência de custódia. Os pontos legais a serem observados, isto é, o rol taxativo de requisitos da audiência de custódia, estão elencados no artigo 8º da Resolução nº. 213 de 15.12.2015 do Conselho Nacional de Justiça.

Mesmo existindo essa série de requisitos dispostos na Lei, basicamente, a audiência de custódia visa fazer com que o juiz verifique as condições físicas e psicológicas do indivíduo preso, como também, leve em consideração as medidas cautelares diversas da prisão, considerando a possibilidade de colocar o indivíduo em liberdade, se assim for o entendimento.

É justamente essa observação feita pelo juiz que propicia ao indivíduo a garantia de seus direitos, principalmente o Direito à Dignidade da Pessoa Humana, como anteriormente mencionado, que está presente não só em dispositivos constitucionais do país, mas também, em acordos, tratados e pactos internacionais, que sempre enfatizam a importância de que o aspecto humanitário seja destacado nesse processo.

Além do aspecto legal que está sendo respeitado, há também a economia aos cofres públicos, pois ocorre a redução da população carcerária e, também, mais indivíduos deixam de ser colocados na precariedade do cárcere brasileiro, que é outro problema sob o aspecto jurídico e social, a superlotação das unidades prisionais em todo o território brasileiro, ferindo as garantias legais do preso, problema esse que cresce a cada ano, conforme pesquisa realizada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, apresentada no dia 18 de junho de 2018, através do Projeto Sistema Prisional em Números.

Esses dados demonstram o quanto a superlotação atinge o sistema carcerário brasileiro e o quanto as audiências de custódia podem contribuir para que prisões ilegais deixem de ser decretadas e agravem ainda mais essa situação.

A audiência de custódia, portanto, é um mecanismo legal que tende a minimizar um grave problema estrutural (superlotação carcerária) ao passo em que, também, visa evitar que o preso em flagrante seja conduzido a unidades prisionais, havendo eventuais ilegalidades em sua prisão.

O preso deve ser ouvido pelo juiz na presença do membro do Ministério Público e do advogado de defesa, público ou constituído, onde o Juiz, ao final, adotará uma das seguintes medidas, conforme o caso: relaxamento da prisão em flagrante (se constatado que houve

alguma ilegalidade no ato da prisão em flagrante), concessão da liberdade provisória com ou sem aplicação de medida cautelar (a liberdade estará vinculada ao cumprimento de medidas cautelares as quais, caso descumpridas, poderão justificar nova ordem constritiva, como por exemplo: pagamento de fiança, uso da tornozeleira eletrônica, comparecimento periódico em Juízo e recolhimento domiciliar noturno), decretação de prisão preventiva (caso as condições processuais e pessoais do conduzido indiquem que a liberdade plena ou mediante cautelares não será conveniente para a tramitação da ação penal) e adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa (como, por exemplo: o encaminhamento do preso à rede de proteção ou a algum serviço de suporte psicológico).

Estas são as possíveis medidas a serem adotadas pelo juiz em uma audiência de custódia, sendo interessante conhecer o correto andamento nesse tipo de audiência, baseado na lei.

Na audiência de custódia deve-se seguir os seguintes passos:

- 1 A prisão é legal, isto é, era hipótese de flagrante?
- 2 Se não, relaxa-se;
 - 2.1) Relaxada a prisão o Ministério Público pode requerer a prisão preventiva ou a aplicação de medidas cautelares;
3. Sustentando-se as razões do flagrante;
 - 3.1) O Ministério Público se manifesta pelo requerimento da prisão preventiva ou aplicação de cautelares ou acolhe as razões formuladas eventualmente pela autoridade policial;
 - 3.2) A defesa se manifesta sobre os pedidos formulados pelo Ministério Público. Se não houve pedido por parte do Ministério Público, o juiz não pode decretá-lo de ofício, já que não existe processo (Código de Processo Penal, artigo 311).
- 4 O magistrado decide – fundamentadamente – sobre a aplicação das medidas cautelares diversas ou, sendo elas insuficientes e inadequadas, pela excepcional decretação da prisão preventiva. (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2015, p. 2)

Assim, este deve ser o adequado procedimento da audiência de custódia que, sem dúvida, seria mais justo e célere, observando inicialmente se houve ou não ilegalidade na prisão em flagrante, combatendo assim as possíveis arbitrariedades e ilegalidades que possam ter ocorrido.

4 A ESTRUTURA INEFICAZ NO SISTEMA JUDICIAL BRASILEIRO NA REALIZAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

É unânime o posicionamento de que o sistema judicial brasileiro não consegue atender, com celeridade, a demanda que lhe é apresentada. E com o advento das audiências de custódias, houve mais um trabalho a ser executado, pois para que estas audiências possam ocorrer no prazo estipulado, isto é, de 24 (vinte e quatro) horas, deve-se ter disponíveis mais profissionais para realizar esta audiência e para conduzir o preso à audiência.

A Resolução determina o prazo para o preso ser levado a autoridade judicial competente, mas não leva em consideração que para isso ocorrer é necessário o cumprimento

prévio de diversas ações administrativas e ritos processuais, que na maioria das vezes não são tão simples quanto parecem, devido a questões burocráticas.

Basicamente, para que o preso possa ser apresentado à autoridade competente dentro do prazo legal estabelecido, se faz necessário que um juiz esteja disponível para o cumprimento deste ato legal, e que também estejam presentes um promotor e um defensor público ou advogado constituído, de acordo com o caso.

Se já é bem complexo a realização de audiências previamente marcadas, pois na maioria das vezes estas só ocorrem depois de muitos meses, o que dirá ter todo um corpo de profissionais disponíveis para cumprir o prazo legal de 24 (vinte e quatro) horas na realização das audiências de custódia, evidenciando-se assim a fragilidade do sistema em conseguir cumprir o requisito essencial da Resolução nº. 213 de 15.12.2015 do Conselho Nacional de Justiça.

Além disso, mesmo a audiência de custódia sendo um direito do preso em flagrante, a mesma pode deixar de acontecer pela falta de servidores que cumpram os atos legais pré-determinados, onde o maior prejudicado será o preso, que não lhe foi garantido um direito e será encaminhado às cadeias públicas.

É válido lembrar que não há um número suficiente de profissionais para fazer cumprir, em sua integralidade, o que dispõe a Resolução nº. 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A desestruturação não invalida os benefícios advindos da audiência de custódia, mas dificultam a aplicabilidade, ou seja, a realização efetiva destas audiências, tendo em vista que espaço e servidores são fundamentais para uma adequada realização do que busca ser um avanço e impedir prisões ilegais.

5 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E OS DIREITOS HUMANOS

Como já mencionado no capítulo anterior, a audiência de custódia é um instrumento processual que determina que todo o preso em flagrante, num prazo de 24 (vinte e quatro) horas, seja levado até a autoridade judicial, a qual avaliará a legalidade, ou não, bem como a necessidade da manutenção da prisão.

Sabe-se que esta audiência é uma das medidas de proteção dos direitos humanos do preso, os quais, embora comumente tão rechaçados por integrantes da sociedade, são fundamentais para que o indivíduo seja respeitado, protegido e tenha garantido a dignidade da pessoa humana.

Desta feita, é relevante tratar acerca da audiência de custódia e dos direitos humanos, por ser esta audiência uma garantia para o indivíduo preso, demonstrando o respeito aos princípios internacionais, popularmente conhecidos como direitos humanos e o próprio direito do preso.

Os direitos humanos, portanto, estão intimamente ligadas as audiências de custódia, sendo um equívoco analisá-los e/ou observá-los separadamente.

Diante do exposto percebe-se que os direitos humanos estão presentes na audiência de custódia, visto que a audiência se perfaz justamente possibilitando ao acusado a possibilidade de ser encaminhado a autoridade judicial para saber se a sua prisão preventiva será mantida ou não.

A expressão “sem demora” deixa em aberto o tempo exato que corresponderia a essa expressão, mas na legislação brasileira há a delimitação do prazo estipulado de 24 (vinte e quatro) horas para acontecer essa apresentação, sendo um ponto de discussão a ser analisado a seguir.

6 O LAPSO TEMPORAL DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

É muito discutível a questão do lapso temporal na audiência de custódia, que é de 24 (vinte e quatro) horas, por ser um tempo relativamente extenso para o indivíduo que está aguardando a possibilidade de ser solto, ou não, tendo em vista a relevância do direito à liberdade.

Em contrapartida, esse tempo é relativamente curto para o cumprimento de todas as etapas até que se chegue a efetiva audiência de custódia, tendo em vista que, a Polícia Militar efetua a prisão em flagrante, vai ser elaborado o boletim de ocorrência e apresentação do preso ao delegado de Polícia, num prazo de 03 (três) a 04 (quatro) horas e a autoridade policial, conforme disposto no artigo 306, §1º do Código de Processo Penal, tem até 24 (vinte e quatro) horas para lavrar o flagrante e encaminhar o auto ao juiz competente para que possa ocorrer a audiência de custódia.

Percebe-se que são etapas relativamente demoradas, até por conta da demanda que ocorre nas mais diversas localidades, impedindo que o prazo legal seja devidamente respeitado.

Diante do exposto, fica claro que em diversos casos o prazo legal é descumprido, visto que o legislador não levou em consideração a alta demanda, como também, o reduzido número de servidores para conseguir cumprir todas as etapas anteriores a audiência de custódia, no prazo fixado em lei.

Tendo em vista essa dificuldade de cumprir o que dispõe o artigo 306, §1º do Código de Processo Penal, tem-se comumente observado a Resolução nº. 213, artigo 1º, §1º do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em que a contagem do prazo ocorre de maneira mais elástica, pois prevê que a audiência de custódia seja realizada em até 24 (vinte e quatro) horas, a partir da comunicação do flagrante, diferenciando-se do que dispõe o Código de Processo Penal, onde o prazo é contado da prisão.

Um único item da lei, a questão do lapso temporal, faz toda a diferença para o indivíduo e os operadores da lei, uma vez que, para a pessoa presa, seria mais indicado o disposto no artigo 306, §1º do Código de Processo Penal (CPP), enquanto que para a autoridade policial, fica mais viável o prazo constante no artigo 1º, §1º da Resolução nº. 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), vislumbrados todos os motivos que foram anteriormente devidamente abordados.

E este problema do lapso temporal é tão comum que não atinge apenas o nosso país, tendo a Organização das Nações Unidas (ONU) se posicionado quanto a um prazo mais extenso, embora não deva ultrapassar 48 (quarenta e oito) horas, por entender ser este prazo suficiente.

Assim sendo, o preso deve ser encaminhado a audiência de custódia o mais rápido possível, não podendo este prazo ser superior a 48 (quarenta e oito) horas, por ser um lapso temporal considerado suficiente para que a autoridade policial consiga cumprir com as exigências anteriores a audiência propriamente dita, lembrando de ser esta uma orientação da Organização das Nações Unidas (ONU), o que não isenta o Brasil de fazer cumprir o prazo disposto em sua legislação.

7 RELEVÂNCIA DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA, CONFORME APRESENTAÇÃO DE DADOS

Não há um consenso entre doutrinadores e população, de maneira geral, quanto a relevância, ou não, das audiências de custódia. Então, para perceber a (i)relevância das mesmas se faz necessário apresentar dados, conforme demonstrado na página oficial do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A audiência de custódia, portanto, além de gerar economia aos cofres públicos e contribuir para o não agravamento do problema da superlotação da população carcerária, impediu que inúmeros indivíduos fossem para a prisão irregularmente, o que tanto é benéfico para o indivíduo quanto para a sociedade de maneira geral, tendo em vista que a justiça foi realizada adequadamente.

Embora a audiência de custódia seja considerada bem recente, pouco mais de 05 (cinco) anos, já são mais de 750.000 (setecentos e cinquenta mil) audiências de custódia realizadas, contando com o trabalho de mais de 2.000 (dois mil) magistrados em todo o país, bem como de milhares de profissionais do sistema judiciário e da Segurança Pública, os quais trabalham em sistema de escala que inclui finais de semana e feriados, sendo estas peças fundamentais para que o procedimento ocorra de maneira correta (CNJ, 2021).

A audiência de custódia, portanto, vem conseguindo cumprir o seu papel, evitando o encarceramento, a princípio desnecessário, de diversos indivíduos, com a utilização de outras medidas cautelares.

Fica claro que o instituto da audiência de custódia, embora recente e ainda em plena expansão em território nacional, vem trazendo possibilidades ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, ao indivíduo que não está tendo, em diversos casos, a sua prisão mantida, após a realização destas audiências.

Este fato interfere diretamente na diminuição da taxa de prisões provisórias, pois com a audiência de custódia o magistrado possui mais elementos para aplicar medida cautelar, prevista na legislação brasileira, diversa da prisão.

No tocante a este entendimento, convém afirmar que “há diversos estudos comprovando que muitas pessoas presas provisoriamente sequer seriam condenadas a prisão posteriormente, o que evidencia ainda mais a importância de uma atenção especial do Judiciário nesse ponto” (CNJ, 2021, p. 2).

Vê-se que são várias, mais especificamente, 09 (nove), as medidas cautelares diversas da prisão que o magistrado tem a seu favor para utilizar, conforme o caso que lhe for apresentado, e é justamente o fortalecimento destas medidas que está sendo verificado nas audiências de custódia, demonstrando que nem sempre a manutenção da prisão é o mais indicado.

O magistrado pode se valer de outras medidas no momento em que a audiência de custódia está sendo realizada, contribuindo para com o sistema prisional e com a vida de muitas pessoas.

Esta oportunidade de ter a audiência de custódia já foi benéfica para inúmeros indivíduos presos e para os Estados pois, no primeiro ano de funcionamento, 40.000 (quarenta mil) pessoas deixaram de entrar para o sistema, com uma economia para os cofres públicos da ordem de R\$ 4.000.000.000 (quatro bilhões de reais). E quase 06 (seis) anos depois da instituição da audiência de custódia no país, foram liberadas nestas audiências 250.000 (duzentos e cinquenta mil) pessoas, valor este que corresponde a uma taxa de 31% (trinta e um por cento) do total de audiências realizadas (CNJ, 2021).

Estes números demonstram que as audiências estão contribuindo para a não banalização das prisões preventivas e o respeito aos direitos humanos, embora ainda tenha muito o que melhorar para que o instituto consiga cumprir, o mais adequadamente possível, a sua função.

São diversas as ações desenvolvidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a fim de melhorar, cada vez mais, o instituto das audiências de custódia, pois a troca de experiências entre as cidades e, também, em âmbito internacional, além das formações e capacitações, propiciam um entendimento melhor de como o processo pode ser melhorado para atingir um maior número de indivíduos e, conseqüentemente, ser benéfico a justiça brasileira.

Além das dificuldades corriqueiras para a realização das audiências de custódia, que mesmo assim não impede de ser vista a sua relevância, o advento da pandemia do Covid-19, em março de 2020, trouxe alguns problemas, tendo em vista que diversos tribunais optaram por suspender as audiências de custódia, com base na Recomendação nº. 62/2020.

Enquanto as audiências presenciais estavam suspensas e ainda permanecem em alguns Tribunais, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) disponibilizou, desde o início da pandemia, uma plataforma para cadastro e análise de Autos de Prisão em Flagrante (CNJ, 2021).

Pouco a pouco os Tribunais de Justiça vêm retomando as atividades presencialmente e fazendo valer o direito do preso a estas audiências, com o cumprimento de todos os protocolos de segurança, quais sejam: uso de máscara, distanciamento social, aferição da temperatura de todos os participantes da audiência e a instalação de divisórias transparentes entre as pessoas que participam da audiência.

Todo o cuidado é fundamental para que as audiências possam ocorrer de maneira adequada e continuem a contribuir para com o ordenamento jurídico brasileiro, preservando a vida de todos os envolvidos nas audiências de custódia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O advento das audiências de custódia foi de grande relevância para o ordenamento jurídico brasileiro, posto que, possibilitou ao indivíduo preso em flagrante o direito de ser ouvido pela autoridade judicial para que esta verifique se há ou não necessidade de manter a prisão preventiva.

Por existirem outras formas de medidas cautelares diversas da prisão preventiva, a audiência de custódia é o momento para que, caso o juiz entenda e/ou julgue mais adequado, o indivíduo possa ter sua prisão relaxada ou lhe seja aplicada outra espécie de medida cautelar diversa da prisão, conforme prevê o artigo 319 do Código de Processo Penal, tendo

em vista que a prisão é, sem dúvida, o meio punitivo mais severo aplicado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, o sistema carcerário não consegue atender a demanda que já existe, sendo ainda mais prejudicial ao mesmo que os indivíduos sejam levados a prisão, dependendo do fato a ser investigado, sendo mais indicado a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, as quais estão previstas no Código de Processo Penal e que, muitas vezes, não são utilizadas.

Em se tratando do indivíduo primário que tenha tido a sua prisão preventiva decretada, seria interessante que o mesmo pudesse não ter o contato com os presos condenados ou reincidentes, mas, na prática, esta ideia é uma utopia, pois o espaço físico das unidades prisionais já é insuficiente para os indivíduos que lá estão, ficando este problema ainda mais agravado diariamente com a chegada de novos detentos.

Assim, mesmo não sendo viável esta separação entre detentos primários dos condenados e/ou reincidentes, a audiência de custódia vem conseguindo desconstituir a ideia de banalização das prisões preventivas brasileiras, pois os magistrados têm aplicado outras medidas cautelares diversas da prisão.

Mesmo ainda sendo necessárias algumas modificações nas audiências de custódia para que as mesmas cumpram a sua previsão legal, como no tocante ao prazo que o indivíduo deve ser apresentado a autoridade judicial competente, a mesma já representa um avanço no sentido de o preso ter garantido um tratamento mais digno ou, pelo menos, dificultado, a possibilidade de atos de tortura contra sua pessoa.

Os direitos humanos atuam para impedir que torturas e ilegalidades ocorram, e não, como popularmente é falado por parte considerável da população brasileira, para “defender o bandido”, ou seja, o indivíduo que cometeu um crime pois, até mesmo para que este indivíduo seja considerado réu, é necessário o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, tendo em vista o respeito ao princípio da presunção de inocência, não cabendo o pré-julgamento social e, principalmente, jurídico.

Assim sendo, as medidas cautelares podem e devem ser plenamente utilizadas, mas não necessariamente apenas a prisão preventiva, já que há um rol de medidas a disposição da autoridade judicial, visto ser o encarceramento a mais dura das medidas cautelares e que, na grande maioria das vezes, da forma como é aplicada, fere os direitos humanos.

No mais, vale afirmar que esta pesquisa não pretende esgotar a discussão sobre o tema ora abordado, sendo interessante que haja uma continuidade da mesma, tendo em vista que a desconstituição da banalização das prisões preventivas e a preservação dos direitos humanos com o advento da audiência de custódia é um tema novo e com muitas nuances a serem discutidas.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BITENCOURT, Cezar. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANCO, Tales Castelo. **Da prisão em flagrante**. São Paulo: Saraiva, 1980.

BRASIL. **Código de processo penal**. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/civil_03/decreto-lei/del3689compilado
Acesso em: 29 set. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARDOSO Magnum Roberto. **Audiência de custódia e a expressão “sem demora”**. 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-custodia-e-a-expressao-sem-demora-por-magnum-roberto-cardoso-2/>
Acesso em: 02.fev.2021.

CASSIOLATO, Bruno Luiz. **Considerações sobre audiência de custódia: pontos positivos e negativos**. 2014. Disponível em:
<http://www.apamagis.com.br/website/Ler.php?type=1&id=33994>
Acesso em: 2.dez.2020.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de custódia completa seis anos com redução de 10% de presos provisórios**. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/audiencia-de-custodia-completa-seis-anos-com-reducao-de-10-de-presos-provisorios/>
Acesso em: 18 abr.2021.

COSTA, César Ramos da. **A audiência de custódia como medida de proteção de direitos humanos**. 2016. Disponível em: http://www.ipdd.org.br.br/conteudo_284_a-audiencia-de-custodia-como-medida-de-protecao-de-direitos-humanos.html
Acesso em: 18.abr.2021.

ESPINA, Antônia López. **Superpopulação carcerária e respeito aos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade**. 2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao_pt_br/anexo/SuperlotaocarcerriaeorespeitoaosdireitosfundamentaisArtigoAntoniaEspinaVERSaOFINAL.pdf
Acesso em: 2.out.2020.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. MARINS, Alex (Trad.). São Paulo: Martin Claret, 2004.

HORA, Amélia Maria Motta da. **Audiência de custódia: eficácia para o sistema carcerário contemporâneo**. 2016. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47141/audiencia-de-custodia-eficacia-para-o-sistema-carcerario-contemporaneo>
Acesso em: 5.dez.2020.

LIMA Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MANSO, Eduardo de Oliveira. **Audiência de custódia, suas polêmicas e sua importância**

para o processo penal brasileiro. 2017. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/48989/audiencia-de-custodia-suas-polemicas-e-sua-importancia-para-o-processo-penal-brasileiro> Acesso em: 26 nov.2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal.** São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A resolução 213 do CNJ e as audiências de custódia.** 2015. Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/294688197/a-resolucao-213-do-cnj-e-as-audiencias-de-custodia> Acesso em: 9.nov.2020.

A realidade carcerária do Brasil em números. 2018. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/07/02/realidade-carceraria-do-brasil-em-numeros/> Acesso em: 12 nov.2020.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Magaly Andréia Barreto

IMPACTO DAS AÇÕES PÚBLICAS NO COMBATE
AO FEMINICÍDIO—NUMA PERSPECTIVA
DE GÊNERO NO BRASIL

IMPACTO DAS AÇÕES PÚBLICAS NO COMBATE AO FEMINICÍDIO– NUMA PERSPECTIVA DE GÊNERO NO BRASIL

IMPACT OF PUBLIC ACTIONS IN THE FIGHT AGAINST FEMINICIDE – FROM A GENDER PERSPECTIVE IN BRAZIL

Magaly Andréia Barreto

Graduação em Direito e Serviço Social. Pós-graduação Direitos Humanos e Gestão Pública.

RESUMO

Este artigo faz referência ao contexto dos crimes cometidos contra as mulheres no Brasil e no mundo, bem como as referências mais importantes para a compreensão de como chegamos às políticas públicas direcionadas ao enfrentamento da violência e do feminicídio, numa perspectiva de gênero. Foram pesquisadas as características das leis, concepções e os fatores relevantes e agravantes dos crimes contra as mulheres e suas estatísticas, como também, examinado as diretrizes de investigação e processamento do feminicídio no judiciário, sob a ótica da sociedade com suas tradições, arcabouços legais e politicamente no Brasil. A temática abordada nesse artigo, se pauta no fato de 40% dos assassinatos de mulheres nos últimos anos, serem cometidos dentro das residências das vítimas, muitas vezes por companheiros ou ex-companheiros e, a crescente conjuntura de feminicídio no Brasil, diante da ineficácia das políticas públicas, da falta de investigação desses crimes e da impunidade dos crimes direcionados às mulheres.

Palavras-Chave: Feminicídio. Violência contra a mulher. Gênero. Direitos humanos. Políticas públicas.

ABSTRACT

This article makes reference to the context of crimes committed against women in Brazil and in the world, as well as the most important references for understanding how we arrived at public policies aimed at confronting violence and femicide, from a gender perspective. The characteristics of the laws, conceptions and the relevant and aggravating factors of crimes against women and their statistics were researched, as well as the investigation and processing guidelines of femicide in the judiciary, from the perspective of society with its traditions, legal frameworks and politically in Brazil. The theme addressed in this article is based on the fact that 40% of the murders of women in recent years are committed inside the victims' homes, often by partners or former partners, and the growing situation of femicide in Brazil, given the ineffectiveness of public policies, the lack of investigation of these crimes and the impunity of crimes directed against women.

Keywords: Femicide. Violence against women. Gender. Human rights. Public policy.

INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, a violência baseada no gênero é reconhecida como um acontecimento social, perversamente injusto e que permeia as inúmeras sociedades, desconhecendo as barreiras de classe com seus limites econômicos e culturais. Dessa forma, o presente trabalho tem como tema os impactos das ações públicas no combate ao feminicídio – numa perspectiva de gênero no Brasil, tendo como parâmetro as estatísticas, leis e as políticas públicas direcionadas ao enfrentamento da violência contra a mulher.

O objetivo desse artigo foi analisar quais são os impactos que as políticas públicas estão tendo no combate a violência no país, especialmente contra o feminicídio, pois a política pública de combate a morte violenta de mulheres deverá permitir o correto enquadramento dessas mortes como feminicídio, tentado ou consumado, de acordo com o tipo penal estabelecido pela Lei 13.104/2015, onde qualificam o feminicídio como crimes hediondos.

As políticas públicas que combatem a violência contra a mulher, dependem da reedificação dos conceitos do aspecto pessoal da vida familiar, os vínculos afetivos e o sistema cultural e social da população, como também, a investigação de qualquer morte está vinculada a reconstituir um panorama da situação e conjuntura social.

Como constata a ONU MULHERES,

Diferente da investigação policial de outras modalidades criminosas – como roubos, tráfico de drogas –, a apuração de um caso de homicídio dependerá da compreensão de aspectos da vida pessoal, familiar, afetiva e profissional tanto da (s) vítima (s) quanto do (a) possível ou do (a)s possíveis autores(as) daquela morte, “para, desse emaranhado aparentemente desordenado de circunstâncias, extrair uma história cujo último capítulo é o assassinato da vítima. (SENASP, 2014, p. 53). (ONU MULHERES, 2016, p. 39).

Vale ressaltar que a essência desse artigo se posiciona sobre a questão dos direitos humanos, como Blay defende que “o assassinato de mulheres discrimina e radicaliza ao não reconhecer a mulher como sujeita de direitos inerentes à sua dignidade, como o direito à vida, à liberdade, e à segurança pessoal” (BLAY, 2008, p. 13), que deveria ser o panorama para igualdade de direitos de homens e mulheres.

O artigo está estruturado em 04 capítulos, iniciando a abordagem com o breve históricos da luta para visibilização dos crimes praticados contra a mulher no mundo e a análise das diferentes formas de denominar as mortes violentas das mulheres por causa do gênero feminino. O 2º capítulo foi direcionado ao contexto da violência contra as mulheres no Brasil. Os 3º e 4º capítulos aportam para as diretrizes nacionais da política pública e leis que combatem a violência contra as mulheres, numa perspectiva de gênero e a análise dos dados de investigação do Feminicídio no judiciário brasileiro, respectivamente. Compõe, ainda na estrutura deste trabalho, uma parte destinada as considerações finais, que versa em uma breve discussão acerca dos dados revelados na análise dos dados.

Assim, o artigo destaca a pesquisa documental e teórica, realizando o levantamento de dados secundários, que envolvem índices estatísticos da bibliografia envolvida no tema, fontes externas, como também pela imprensa.

1 BREVE HISTÓRICO DA LUTA PARA VISIBILIZAÇÃO DOS CRIMES PRATICADOS CONTRA A MULHER NO MUNDO

Transformaram-se em um fenômeno global as mortes violentas de mulheres em razões de gênero. A ONU mulheres, em 2016, enfatiza suas diretrizes contra o feminicídio, apontando que mesmo em situações de paz, nos diversos países do mundo, as mulheres vítimas de violência e morte, têm a condescendência dos governos e da própria sociedade, com subterfúgio de práticas sociais enraizadas e culturais, recoberto de austeridade, para praticar corretivos pedagógicos as mulheres, que não aceitam a submissão e de serem consideradas como objetos eróticos e irrelevantes.

Conforme a ONU MULHERES,

A impunidade pela violência contra a mulher agrava os efeitos de dita violência como mecanismo de controle dos homens sobre as mulheres. Quando o Estado não responsabiliza os autores de atos de violência e a sociedade tolera, expressa ou tacitamente, tal violência, a impunidade não só estimula novos abusos, como também transmite a mensagem de que a violência masculina contra a mulher é aceitável, ou normal. O resultado dessa impunidade não consiste unicamente na denegação da justiça às diferentes vítimas/sobreviventes, mas também no fortalecimento das relações de gênero reinantes, e reproduz, além disso, as desigualdades que afetam as demais mulheres e meninas (ONU MULHERES, 2016, p. 16).

Os países do Sul, menos desenvolvidos, depauperados, que sobrelevam as políticas de extorsão realizadas por outros países, são marcados por uma desigualdade entre homens e mulheres de forma ostensiva, por isso, não conseguirá desprender o feminicídio da conjuntura desses países que têm como base a desigualdade social e, os espaços vazios deixados pelas políticas públicas, segundo Izabel Solyszko Gomes (2014). Essa autora lembra que esses territórios coexistem com estatísticas muito altas de assassinatos de mulheres.

Em seus trabalhos, Izabel Solyszko Gomes tem discutido que,

Frente à brutalidade e o caráter sexista dos crimes, os governos locais gradativamente (e muitas vezes, lentamente) foram dando respostas à pressão social e construindo estratégias de enfrentamento ao fenômeno. Uma delas, por meio da judicialização dos casos, que passaram a ser oficialmente reconhecidos como feminicídios. Países como México, Guatemala e Chile (dentre muitos outros) construíram respostas penais ao problema alterando seus códigos penais e/ou criando leis específicas para sua judicialização. (GOMES, 2014, p. 189-190).

As mulheres que estavam em ações das pautas feministas participaram da colocação das discussões sobre as vítimas da violência, nas pautas dos direitos humanos. E, a ONU mulheres (2016, p.14) aponta que, “a partir daí, desencadeou-se uma agenda

para dar visibilidade às diferentes formas de expressão da violência baseada no gênero, sua denúncia como problema social e repúdio como violação aos direitos humanos”. Apesar dos significativos avanços registrados nas décadas seguintes nos campos político, legal e social, as mudanças para que as mulheres possam viver sem violência ainda ocorrem de forma lenta.

A partir do ano 2000, houve um aumento de vítimas assassinadas em diversos países dos territórios americanos, que conduziu movimentações com o intuito de reconhecer os motivos das mortes das mulheres, seria justificada pelo gênero feminino e para a importância de adesão de leis que enfrentem de forma ostensiva a violência e mortes de mulheres.

Nesse sentido, Gomes (2014) ainda argumenta que,

Nos anos 2000, considerando a incidência e a gravidade dos feminicídios, o alto grau de impunidade destes crimes e a pressão social dos movimentos feministas e de mulheres, alguns Estados passaram a responder penalmente ao problema. Até 2015, foram nove os países a realizar alguma modificação em seu Código Penal, para enquadrar o feminicídio: Costa Rica (2007), Guatemala (2008), Chile (2010), Peru (2011), El Salvador (2012), México (2012) e Nicarágua (2012). Brasil (2015) e Colômbia (2015). (GOMES, 2014, p. 218).

À vista desse cenário, foi necessário que, “entre 2007 e 2013, 14 países na região promoveram mudanças jurídicas e políticas com esse objetivo, seja com a aprovação de leis especiais para enfrentar os femicídios ou feminicídios, ou com a incorporação de qualificadoras ou agravantes nos códigos penais” (ONU MULHERES, 2016, p. 14).

1.1 AS DIFERENTES FORMAS DE NOMEAR AS MORTES VIOLENTAS DE MULHERES EM RAZÃO DE GÊNERO

Nomear os assassinatos de mulheres, vítimas pela sua condição de mulher, como femicídio ou feminicídio tem como objetivo a sensibilização das instituições e da sociedade em relação ao que está ocorrendo de forma crescente e desumana, como atenta Gomes (2014),

A “visibilização” esperada na identificação do fenômeno como “femicídio” não se trata apenas de trazer à mostra o que estava oculto (porque muitas vezes não está), senão que se trata de politizar algo que foi naturalizado, algo que não foi observado e reconhecido em seu contexto de produção, qual seja patriarcal e necropolítico. (GOMES, 2014, p. 192-193).

Dessa forma, enfrentar a isenção penal, promovendo os direitos das mulheres e fomentar uma política de prevenção e punição da violência e morte fundamentada no gênero feminino.

A concepção de nomear “femicídio” foi conferida a Diana Russel, socióloga e estudiosa feminista “anglo-saxã”, que o utilizou para designar o “assassinato de mulheres nas mãos de homens por serem mulheres”, em 1976, em um episódio de uma declaração diante

do “Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres”, na capital da Bélgica (PONCE, 2011, p. 108). Num momento posterior, publicou um livro em relação ao tema, em parceria com Jill Radford, Russel, tornando-se a obra mais requisitada para o estudo do Femicídio. (PONCE, 2011).

Nos anos seguintes, Russel e Radford aperfeiçoaram o conceito que se tornou exemplo e modelo durante os debates em volta do assassinato de mulheres, evidenciando a postura de depreciação e ódio, que se manifestam através da expressão “assassinato misógino de mulheres”, enfatiza Ponce (2011, p. 108). Diante desse conceito, a socióloga contradiz a isenção contida no “homicídio de mulheres” que favorece a manutenção da invisibilidade das mulheres, vítimas pelo motivo de ser mulher.

E, Waiselfisz sinaliza que,

Entende a lei que existe feminicídio quando a agressão envolve violência doméstica e familiar, ou quando evidencia menosprezo ou discriminação à condição de mulher, caracterizando crime por razões de condição do sexo feminino. Devido às limitações dos dados atualmente disponíveis, entenderemos por feminicídio as agressões cometidas contra uma pessoa do sexo feminino no âmbito familiar da vítima que, de forma intencional, causam lesões ou agravos à saúde que levam a sua morte (WAISELFISZ, 2015, p.7).

A preferência pelo vocábulo feminicídio fortalece a delegação para o Estado e a sociedade acatar o dever da proteção e promoção dos direitos das mulheres. Fortalece também o propósito de modificação da execução da justiça criminal, assentada em “estereótipos de gênero” e na segregação das mulheres. (ONU MULHERES, 2016).

2 O CONTEXTO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL

Na década de 1980, os assassinatos das mulheres no Brasil transformaram-se em símbolo da violência contra as mesmas, como também estandarte de luta e ações dos movimentos feministas. As primeiras acusações foram em relação à condescendência dos órgãos de justiça e da própria sociedade da violência e assassinato das mulheres casadas, que eram designados como ‘crimes passionais’ e cujos responsáveis eram inocentado da pena com protegidos pela aprovação da “legítima defesa da honra”. Sobre isso, ver (CORRÊA, 1981).

No seu prefácio, Blay menciona,

[...] Os chamados crimes em “legítima defesa da honra” respondem pela expressam de ódio à mulher, seja pela perda de poder e de controle sobre o corpo feminino, seja pelo uso que a mulher possa fazer de seu corpo desafiando os papéis, desempenhos e normas sociais que lhes foram prescritos, seja nas relações de conjugalidade, seja na condição de pessoa ou de indivíduo. Blay (1998, p. 10-11).

Assim, o homem poderia matar a mulher com o intuito de defender valores como: a família, o nome e o orgulho da masculinidade, então “a lavagem da honra passou, então, a ser o grande argumento jurídico para livrar da condenação os assassinos de mulheres. A honra aí entendida como um atributo exclusivamente masculino” (MÉTIS, 2010, p. 166). Sobretudo, advinha a questão da conservação do bem familiar.

Durantes anos, os movimentos internacionais e feministas brasileiras desenvolveram formas de denúncia da violência e mortes das mulheres, contudo, os números ainda aumentaram.

Figura 1: Gráfico mostra a evolução dos homicídios contra mulheres de 1980 a 2010

Gráfico 2.1. Evolução das taxas de homicídios femininos (em 100 mil mulheres). Brasil. 1980/2010*.



Fonte: SIM/SVS/MS * 2010: dados preliminares

Fonte: WAISELFIZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2012

Atualização: Homicídio de Mulheres no Brasil, 2012, p. 9).

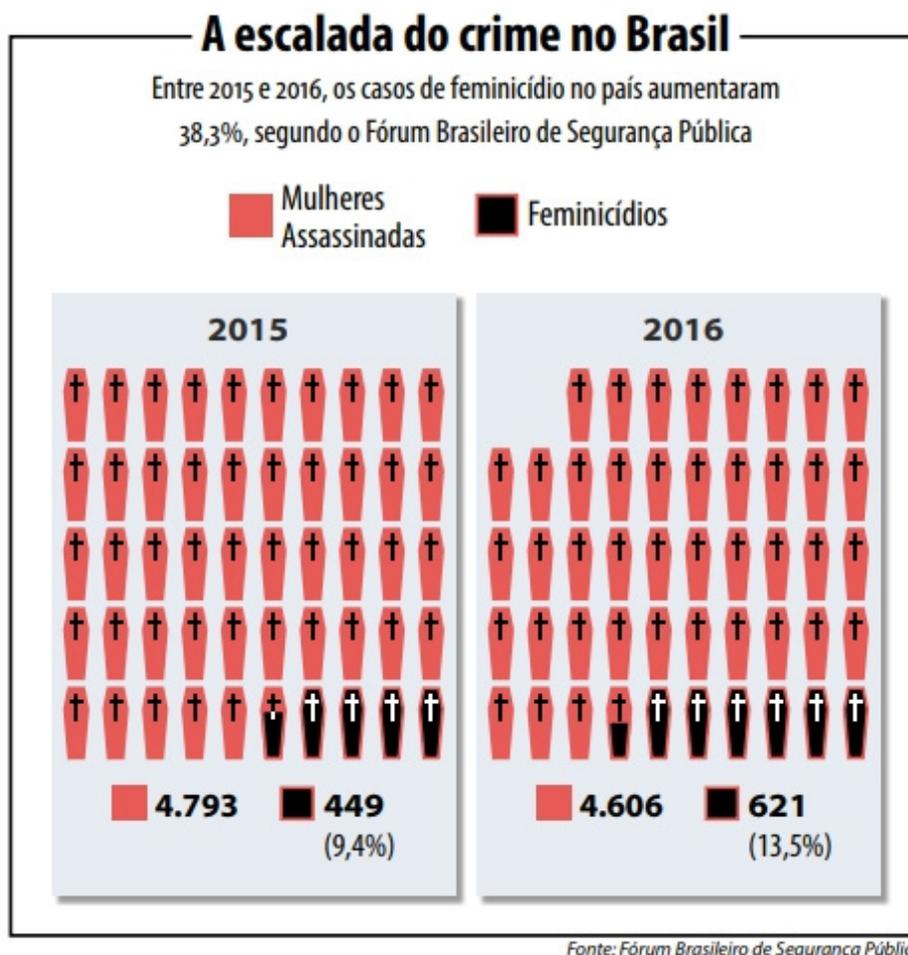
Consegue-se constatar pelo gráfico, que a ampliação continuada ocorre até o ano de 1996, espaço de tempo que as mortes de mulheres dobram, deslocando-se de 2,3 para 4,6 mortes para 100 mil mulheres. Dessa data, e até 2006, os índices mantêm-se estáveis, com tendência à queda, em volta de 4,5 mortes para cada 100 mil mulheres. Durante o tempo inicial de vigor da lei Maria da Penha, 2007, os índices tiveram um sutil declínio, regressando em seguida a crescer até o ano 2010.

Da trajetória histórica do Mapa da Violência, 2015, apresenta que maior que 106 mil mulheres brasileiras tiveram suas vidas ceifadas entre 1980 e 2013. E, assegura que “efetivamente, o número de vítimas passou de 1.353 mulheres em 1980, para 4.762 em 2013, um aumento de 252%. A taxa, que em 1980 era de 2,3 vítimas por 100 mil, passa para 4,8

em 2013, um aumento de 111,1%”. (WASELFIZ, p.11). O que causa mais inquietação, é que o estudo demonstra que as estatísticas das mortes mulheres vítimas de assassinato, vêm apontando para o crescimento constante todos os anos.

Outro levantamento, realizado pelo Senado Federal, revela a escala dos índices das mulheres assassinadas entre 2015 a 2016 no Brasil.

Figura 02: Mostra a escalada do crime de feminicídio no Brasil entre 2015 a 2016



Fonte: (SENADO FEDERAL, 2018, Jornal do Senado: Ano XIV- nº627).

Os dados demonstram que, mesmo com a aprovação da Lei do Feminicídio, entre 2015 a 2016, ainda houve aumento desse tipo de crime. De acordo com o Jornal do Senado, Ano XIV- nº627, foram divulgados 449 casos de feminicídio em 2015 e em 2016, os casos chegaram a 621. Profissionais desse campo justificam que a alta de 38,3%, pode ser elucidada tanto por uma exacerbação da violência quanto por uma efetivação da comunicação dos fatos. De conformidade com a Organização Mundial da Saúde (OMS), os índices de feminicídios brasileiros chegaram a ser a quinta maior do mundo, aproximadamente de 4,8 para 100 mil

mulheres. (SENADO, 2018, Ano XIV- nº627).

As informações que refletem a realidade do Brasil tornam-se ainda mais assustadores em 2018 e nos três primeiros meses de 2019, decorrentes de uma política limitada e irresponsável dos últimos governos federais e estaduais de combate à violência contra a mulher e ao feminicídio.

O Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior (2019, p.29) expõe que,

O discurso nutrido de ódio à parcela da população, principalmente à(o)s negro(a)s, à(o)s LGBTT e à(o)s indígenas, a negligência perante à opressão vivida por grande parte das mulheres trabalhadoras, aliado à defesa do extermínio explícito do(a)s que se colocaram contrário(a)s à candidatura do presidente eleito, configura-se como a carga ideológica que ganhou força nas eleições presidenciais de 2018.

Tão logo do início do ano de 2019, houve 207 feminicídios e 137 investidas de assassinatos de mulheres brasileiras. Essa estatística aumenta a cada dia, sendo revelados pela mídia de todo Brasil e do mundo, como exposta na matéria do jornalista Victor Calcagno, no Jornal, O Globo, 2019, em que sustenta “A taxa de letalidade é de 60%, com 222 vítimas identificadas, em crimes ocorridos em todos os estados brasileiros, além do Distrito Federal. A média é de 5,31 casos por dia, ou um caso a cada quatro horas e 31 minutos nos primeiros 64 dias do ano” (O Globo, 2019).

3 AS DIRETRIZES NACIONAIS DA POLÍTICA PÚBLICA E LEIS QUE COMBATEM A VIOLÊNCIA E AS MORTES DE MULHERES

As primeiras políticas de Estado brasileiro de ascensão da proteção das mulheres, foram alcançadas pela luta do movimento feminista que defendia a igualdade de direitos entre mulheres e homens. Durante os anos 80, foi implantado o “Conselho Nacional dos Direitos da Mulher- CNDM, vinculado ao Ministério da Justiça” com o objetivo de impulsionar e acompanhar o surgimento das “Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher -DEAMs e de Casas-Abrigo” (BIGLIARDI, 2016).

Durante duas décadas, as ações do Estado no enfrentamento da violência contra as mulheres evoluíram segmentada e, de certa forma, desmembrada das instituições governamentais, tendo consequência de baixa eficiência e eficácia na prevenção e combate desse crime.

Diante destes pressupostos, a ONU Mulheres enfatiza,

[...] Com a criação da Secretaria Especial de Políticas para Mulheres da Presidência da República, em 2003, pela primeira vez o país passou a ter uma Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres cujas ações pressupõem a abordagem integral, intersetorial, multidisciplinar, transversal e capilarizada, desenvolvidas de forma articulada e colaborativa entre os poderes da República e os entes federativos” (ONU MULHERES, 2016, p.14).

As políticas públicas são determinadas pelos programas do Estado, com intuito de estruturar as ações governamentais e alcançar os objetivos de maior interesse social. Estabelece assim, “um conjunto de relacionamentos entre atores heterogêneos e interdependentes, que atuam em um mesmo subsistema de políticas públicas a partir de uma determinada estrutura de governança” (SENADO FEDERAL, 2016, p.27).

Conforme destacado na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, no Senado Federal,

[...] no âmbito do Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, a noção de enfrentamento não se restringe à questão do combate, mas compreende também as dimensões da prevenção, da assistência e da garantia de direitos das mulheres, que compõem os Eixos Estruturantes da Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres:

- a. PREVENÇÃO – Ações educativas e culturais que interfiram nos padrões sexistas;
- b. ENFRENTAMENTO E COMBATE – Ações punitivas e cumprimento da Lei Maria da Penha;
- c. ACESSO E GARANTIA DE DIREITOS – Cumprimento da legislação nacional/internacional e iniciativas para a autonomia das mulheres;
- d. ASSISTÊNCIA – Fortalecimento da Rede de Atendimento e capacitação de agentes públicos. (SENADO FEDERAL, 2016, p.27-28).

O combate à violência contra as mulheres pelo Estado, encontra-se em consonância com a “Lei Maria da Penha”, nº 11.340/2006, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e a ratificação dos tratados como a “Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1981)” (BRASIL, 2011, p.10).

O Brasil conseguiu esse avanço contra a violência doméstica e familiar, com a Lei nº 11.340/2006, em decorrência da luta feminina com Maria da Penha, devido a omissão do Estado brasileiro em punir o seu ex-marido, por tentar assassiná-la duas vezes. Essa lei vem proporcionar instrumentos “para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher”, pois simboliza uma das maiores evoluções em relação aos direitos conquistados das mulheres e “um marco das lutas feministas no Brasil, sendo reconhecida pelas Nações Unidas como uma das legislações mais avançadas do mundo no tratamento dessa matéria” (ONU MULHERES, 2016, p.15).

Desse modo, a lei assim nomeada Maria da Penha, evolui as formas de prevenir e punir os crimes cometidos contra as mulheres e, a ONU Mulheres ressalta que,

Entre as inovações que apresenta, a Lei Maria da Penha faz referência à Convenção de Belém do Pará, ao nomear a violência doméstica e familiar contra a mulher como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (art. 5º); afirma que esta violência “constitui uma das formas de violação dos direitos humanos” (art. 6º); e amplia sua definição para contemplar a violência física, violência sexual, violência psicológica, violência moral e violência patrimonial (art. 7º). (ONU MULHERES, 2016, p.15).

No decorrer do tempo, houve a necessidade de diretrizes nacionais de combate as mortes violentas de mulheres, motivadas pelo simples fato da vítima ser mulher. À vista disso, Gomes (2014, p.193), alega que “o feminicídio é a morte violenta, não acidental e não ocasional de uma mulher em decorrência justamente da sua condição de gênero - ser mulher - em uma sociedade patriarcal, machista, sexista e misógina”. Expressão mais violenta cometida contra a mulher, mostrando fragilidade e segregação marcada ao longo da história.

Diante da orientação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito em relação a Violência contra a Mulher, foi formulada a Lei 13.104/15, alterando o Código Penal do Brasil e, “incluiu o feminicídio como uma das formas qualificadas do homicídio, assim compreendida quando a morte de uma mulher decorre de violência doméstica e familiar ou quando provocada por menosprezo ou discriminação da condição do sexo feminino” (ONU MULHERES, 2016, p.17).

A inclusão da qualificadora no código Penal, demonstrou o compromisso do Estado brasileiro, naquele momento histórico, no cumprimento de investigar e julgar os processos das vítimas de morte violenta, em virtude de sua condição de Mulher. E, a ONU Mulheres caracteriza as situações de mortes, ressaltando que,

Essas mortes também são definidas por características relacionadas aos contextos em que ocorrem, as circunstâncias e segundo as formas de violência empregadas.

- Os contextos envolvem o ambiente privado e se referem à violência doméstica e familiar, conforme definida na Lei 11.340/2006, mas não se restringem a esses espaços podendo ocorrer também nos espaços públicos, inclusive em áreas dominadas pelo crime organizado (narcotráfico, quadrilhas ou máfias).
- As circunstâncias incluem a violência nas relações familiares, mas também aquelas situações de maior vulnerabilidade como a exploração sexual, o tráfico de mulheres, e a presença do crime organizado.
- As formas de violência geralmente envolvem a imposição de um sofrimento adicional para as vítimas, tais como a violência sexual, o cárcere

privado, o emprego de tortura, o uso de meio cruel ou degradante, a mutilação ou desfiguração das partes do corpo associadas à feminilidade e ao feminino (rosto, seios, ventre, órgãos sexuais). (ONU MULHERES, 2016, p.15).

O Brasil, em consonância com a campanha pelo fim da violência contra a mulher, implementou o Protocolo formulado pelo “Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH)”, com participação da “Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres (ONU Mulheres), através de seu Escritório Regional para América Latina e Caribe”, em 2016. Nesta perspectiva, o seu principal objetivo significou oferecer direção e alinhamento na execução e aperfeiçoamento do trabalho no Sistema judiciário, “que intervenham na cena do crime, no laboratório forense, no interrogatório de testemunhas e supostos responsáveis, na análise do caso, na formulação da acusação, ou ante os tribunais de justiça” (ONU Mulheres, 2016, p.11).

A política pública direcionada as mulheres através da Secretaria Nacional para Mulheres (SNPM), que é vinculada ao “Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos e que tem como principal objetivo promover a igualdade entre homens e mulheres e combater todas as formas de preconceito e discriminação” (Gov.br, 2019), não foram eficientes e suficientes para exercer “as obrigações no tocante à prevenção, investigação, julgamento e punição dos assassinatos de mulheres” (MENEGHEL, 2017, p.3083), eliminando todas as formas de violação dos direitos das mulheres.

Neste sentido, MENEGHEL (2017) destaca que, “entre os maiores desafios estão a ausência de vontade política para confrontar os crimes”, que compele milhões brasileiras a ter seus direitos violados. As dificuldades que as mulheres enfrentam com as omissões dos governos, negligências e a carência de prevenção desse tipo de crime, há o agravamento com “falta de evidências para julgamento dos acusados; a revitimização da vítima; a ausência de acesso à Justiça e de assistência aos membros da família na busca do julgamento dos perpetradores de modo a eliminar a impunidade característica da violência contra as mulheres” (MENEGHEL, 2017, p.3083-3084).

Em 2016, O governo não se comprometeu com a luta dos direitos das mulheres e, em 2019, suas atividades estão completamente estagnadas no processo de desenvolvimento social, econômico, político e cultural da valorização da mulher e sua inclusão numa sociedade mais justa, igualitária e democrática.

4 ANÁLISE DOS DADOS DE INVESTIGAÇÃO DAS MORTES VIOLENTAS DE MULHERES POR RAZÕES DE GÊNERO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

No poder judiciário do Brasil, além das relevantes leis de enfrentamento à violência contra a mulher (Lei nº 11.340/2006) e do Feminicídio (Lei 13.104/15), também contribuíram as

diretrizes do Modelo de Protocolo, elaborado pelo Escritório Regional do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), que têm como prioridade impulsionar a inserção da questão de gênero nos inquéritos desse tipo de crime e nesse ponto, a ONU Mulheres (2016, p. 18) determina que, “Este documento destina-se às instituições que atuam na apuração de responsabilidades criminais: instituições de segurança pública – polícias civis, polícias militares, órgãos de perícias criminais e de medicina legal –, ministérios públicos, defensorias públicas e poder judiciário”.

Assim, os assassinatos violentos de mulheres seriam nomeados como homicídios à luz do processo penal atual, as perspectivas de gênero devem ser observadas, isto é, caracterizado como feminicídios, pois depara-se o propósito de,

refundar e perpetuar os padrões que culturalmente foram atribuídos ao significado de ser mulher: subordinação, fragilidade, sensibilidade, delicadeza, feminilidade etc.[...] Tais elementos culturais e seu sistema de crenças o levam a crer que tem suficiente poder para determinar a vida e o corpo das mulheres, para castigá-las ou puni-las, e em última instância, matá-las, para preservar ordens sociais de inferioridade e opressão (ONU Mulheres, 2016, p. 40).

O Protocolo orienta a avaliação de fatores de riscos nos casos de violência contra as mulheres, como também nas declarações das vítimas indiretas e na oitiva de testemunhas, pois as perguntas devem ser sempre determinadas e imparciais, impedindo perguntas que provocará emissão de um julgamento baseado em valores preconceituosos, não consentindo testemunhas que exponha a particularidade mulher, com a intenção de prejudicar a reputação da vítima, que as informações contribuam para a compreensão dos fatos, na tentativa unicamente de justificar a conduta do incriminado. (ONU Mulheres (2016).

O cálculo dos inquéritos e processos de Feminicídio teve um crescimento e aumento da demanda nos tribunais, como demonstra o quadro abaixo:

Figura 1: Dados anuais de processos que tramitam na justiça estadual



Fonte: Departamento de pesquisa judiciária do CNJ

Desde 2016, quando esses crimes passaram a ser acompanhados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a quantidade de processos só cresce. Em 2018, o aumento foi de “34% em relação a 2016, passando de 3.339 casos para 4.461”. Os Tribunais de Justiça também perceberam crescimento “no número de processos pendentes relativos à violência contra a mulher. Em 2016, havia quase 892 mil ações em tramitação na Justiça. Dois anos depois, esse número cresceu 13%, superando a marca de um milhão de casos” (CNJ, 2019). Os números reais são maiores, porque alguns inquéritos policiais e denúncias, não foram concluídos com essa qualificadora.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consideramos, pois, que empreender o processo de produção da violência contra a mulher, advém da ordem complacente da desigualdade e perpetuação da subordinação das mulheres aos homens, de ideias misóginas e objetificação sexual que as vítimas enfrentam. Essa conjuntura demonstra uma transgressão dos direitos humanos, de igualdade entre as pessoas, e que afetam a dignidade moral, física e psicológica da mulher e o Estado tem o dever de evitar esses atos criminosos, pois a aplicação e o propósito da violência e do feminicídio fortalecem seu caráter de aversão pela mulher e pela função social que lhe são impostas.

A escolha pela terminologia “feminicídio” avigora o compromisso do Estado e coletividade em cumprir a obrigação de proteger e promover os direitos das mulheres. Como também, contribui com a finalidade de alterar os “estereótipos de gênero” no judiciário, que colaboram com a impunidade.

Nas abordagens, foram evidenciadas através das estatísticas da violência contra a mulher e do Feminicídio que, em vários períodos da história, houve uma triste escalada. Os dados analisados na bibliografia apresentada neste artigo e a própria imprensa nacional, têm manifestado as mulheres estão sendo assassinadas, mesmo realizado o boletim de ocorrência e o deferimento da medida protetiva – ou seja, não estão protegendo

a vítima. Isso faz com que tenhamos que repensar a política pública que está sendo desenvolvida e os caminhos que poderão encontrar para garantir a proteção das mulheres.

De 2018 a 2022, a gestora do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos contribuiu para o acrescentamento da violência contra feminina, com sua narrativa machista, inconsequente e repulsiva sobre a luta de igualdade de gênero e o papel da mulher na sociedade, perpetuando o patriarquismo e condição de submissão da mulher. Os índices dispararam nos últimos anos, apresenta um aumento dos índices estatísticos de violência e feminicídio no país.

O Brasil necessita de políticas públicas de construção de relacionamentos igualitários entre homens e mulheres, numa convivência humanitária e saudável da sociedade. O Estado deve proporcionar atuação educacional que contribua com a conversão de valores machistas e misóginos em uma cultura de cuidado e respeito dos direitos das mulheres.

Não obstante, as Leis de nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e Lei nº 13.104/15 http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/Lei_13.104-2015?OpenDocument (Feminicídio), qualificadora incluída no artigo 121 do Código Penal Brasileiro e as “Diretrizes para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres”, constituírem respeitáveis instrumentos de respostas ao combate à violência, contudo há a insuficiência condenação dos indiciados e, muitas vezes, a continuação da violência que restringe a evolução da liberdade das mulheres.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, A. R.; VITALE, M.A.F. (orgs.) **Família: redes, laços e políticas públicas**. São Paulo: IEE/PUCSP, 2003.

BIGLIARDI, Adriana Maria. **O impacto das políticas públicas no enfrentamento à violência contra a mulher: implicações para a Psicologia Social Comunitária**, 2016.

BLAY, Eva Alterman. **Assassinato de mulheres e direitos humanos**. São Paulo – USP, Curso de pós-graduação em Sociologia: Editora 34, 2008.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cresce número de processos de feminicídio e de violência doméstica em 2018**, março de 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88539-cresce-numero-de-processos-de-feminicidio-e-de-violencia-domestica-em-2018>. Acesso em: 01, 02, 08, 09, 12, 19, 31 jul, 01, 02 ago. de 2019.

BRASIL. Gov.br. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2019. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres>. Acesso em: 01, 02, 08, 09, 12, 19, 31 jul e 01,02 e 03 ago 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>

ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm. Acesso em: 01, 02, 08, 09, 12, 19, 31 jul, 01, 02 ago. 2019.

BRASIL. Presidência da República. **Secretaria de Políticas para as Mulheres. Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres.** Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres. Brasília, 2011.

BRASIL. SENADO FEDERAL, 2018. **Jornal do Senado:** Ano XIV- nº627. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/540202/Cidadania_627.pdf?sequence=1. Acesso em: 01, 02, 08, 09, 12, 19, 31 jul. 2019.

BRASIL. SENADO FEDERAL, 2018: Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/comum/tres-anos-depois-de-aprovada-lei-do-femicidio-tem-avancos-e-desafios>. Acesso: 01, 02, 08, 09, 12, 19, 31 jul. 2019.

BRASIL. SENADO FEDERAL. Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. Políticas adotadas pelo Poder Executivo relacionadas a medidas de enfrentamento à violência contra a mulher. Relatório1, 2016.

CALCAGNO, Victor. **Mais de 200 feminicídios ocorreram no país em 2019, segundo pesquisador**, 2019.

CONJUR Consultor jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-08/processos-femicidio-aumentaram-34-entre-2016-2018>. Acesso em: 02 e 03 ago. de 2019.

CORRÊA, M. **Os crimes da paixão.** (Coleção Tudo é História). São Paulo: Editora Brasiliense, 1981.

DIAS, MARIA BERENICE. **A lei Maria da Penha na Justiça.** São Paulo: Juspodium, 2019.

GOMES, Izabel Solyszko. “Feminicídios e possíveis respostas penais: dialogando com o feminismo e o direito penal”. **Revista Gênero e Direito.** João Pessoa, v. 4, n. 1, p. 188-218, 2015.

GOMES, Izabel Solyszko. **Morreram porque mataram: tensões e paradoxos na compreensão do feminicídio.** 2014. Tese (Doutorado em Serviço Social). Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil, 2014.

MATTOS, P. **O conceito de Interseccionalidade e suas vantagens para os estudos de gênero no Brasil.** Trabalho apresentado no XV Congresso Brasileiro de Sociologia, Universidade Federal de São Carlos, Curitiba/PR, 2011.

MENEGHEL SN, Portella AP. Femicídios: conceitos, tipos e cenários. **Ciência & Saúde Coletiva**, 22(9):3077-3086, 2017.

MÉTIS: história & cultura – v. 9, n. 18, p. 166, jul/dez. 2010.

O GLOBO, Sociedade. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/mais-de-200-femicidios-ocorreram-no-pais-em-2019-segundo-pesquisador-23505351>. Acesso em: 01, 02, 08, 09, 12, 19, 31 jul. 2019.

ONU MULHERES, Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres. Secretaria de Políticas para Mulheres/Ministério da Mulher, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Segurança Pública/Ministério da Justiça. Diretrizes Nacionais para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília, 2016.

PASINATO, Wânia. Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. Campinas, 2011.

PONCE, M.G.R. Mesa de trabalhos sobre femicídio/feminicídio. In: CHIAROTTI, S.(Ed.). **Contribuições ao debate sobre a tipificação penal do femicídio/feminicídio**. Lima: CLADEM, p. 107-116, 2011.

ROUDINESCO, E. **A Família em Desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

SILVEIRA. R. S. & Nardi, H. C. (2014). Interseccionalidade gênero, raça e etnia e a lei Maria da Penha.

SINDICATO NACIONAL DOS DOCENTES DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR, 2019, p.29. Disponível em: <https://adusb.org.br/resources/2018/12/jqbtZYcX.pdf>. Acesso em: 01, 02, 08, 09, 12, 19, 31 jul. 2019.

UNIFEM - FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO DAS MULHERES. **Progresso das mulheres no mundo 2008-2009 - gênero e responsabilização: quem responde às mulheres**.2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/unifem-lanca-relatorio-global-progresso-das-mulheres-no-mundo/>. Acesso em: 01, 02, 08, 09, 12, 19, 31 jul, 01, 02 de ago de 2019.

VÍLCHEZ, A.I. G. **La regulación del delito de femicidio/feminicidio en America Latina y el Caribe**. Panamá: Secretariado de la Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres, 2012.

WASELFIZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil**. Brasília, 2015: Disponível em: https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf Acesso em: 01, 02, 08, 09, 12, 19, 31 de jul. e 01,02 ago. 2019.

WASELFIZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2012** Atualização: Homicídio de Mulheres no Brasil, 2012. Disponível em: https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf Acesso em: 01, 02, 08, 09, 12, 19, 31 jul. 2019.

Raphael Alvares de Medeiros

A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA
NO DIREITO BRASILEIRO

A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

THE EVOLUTION OF THE FAMILY CONCEPT IN BRAZILIAN LAW

Raphael Alvares de Medeiros

Advogado. Pós-graduação em Direito Penal e Processual. Pós-graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário. Vice-presidente da Comissão de Direito Previdenciário, da OAB subseção Olinda, Membro da Comissão de Direito de família e sucessões da OAB Subseção Olinda, Membro da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB/PE, Membro da Comissão de Direito Penal da OAB/PE, Membro da Comissão de Direito Sindical e do trabalho da OAB subseção Olinda.

RESUMO

Nos séculos XVI e XVII as crianças eram desligadas muito cedo da família, sendo vistas como adultos tinham uma formação através de conhecimentos e valores, sem se preocupar com a escolaridade formal. As casas eram abertas onde todos podiam entrar e sair, sem nenhuma privacidade, impossibilitando assim o convívio familiar. No presente contexto a situação das famílias vem sendo caracterizada por problemas sociais de natureza diversa, entre elas: violação dos direitos humanos, exploração e abuso, fatores econômicos, sociais e culturais ao desenvolvimento integral de seus membros, ocasionando fragilidades nas competências familiares. Assim, entende-se que a compreensão da família é fundamental para entender o processo histórico e evolutivo da mesma. Este artigo, diante disso, tem como objetivo dissertar sobre a evolução do conceito de família no direito brasileiro. Inicialmente, pretende-se relatar os conceitos de família de acordo com o contexto histórico vivido pelo país à época de cada Constituição. No entanto, o interesse de aprofundar no assunto, que é muito difundido na área de conhecimento do Direito Cível, é o de mostrar a evolução da importância da família para o Estado, ao longo dos anos. A compreensão do conceito de família permite que se possa refletir sobre as transformações ocorridas no processo histórico e social, desde o seu surgimento. Os benefícios desta pesquisa se dá no tocante a mostrar como o conceito de família evoluiu e hoje, pode-se dizer que foi muito modificado, pois, família não se constitui apenas por “pai, mãe e filho”, mas também por pessoas de outra sexualidade, por filhos ávidos fora do casamento e também no que diz respeito a dissolução do casamento.

Palavras-Chave: Direito de Família.

ABSTRACT

In the sixteenth and seventeenth centuries children were disconnected very early from the family, being seen as adults had a training through knowledge and values, without worrying about formal schooling. The houses were open where everyone could enter and leave, without any privacy, thus preventing family life. In the present context, the situation of families has been characterized by social problems of a diverse nature, including: violation of human rights, exploitation and abuse, economic, social and cultural factors to the integral development of their members, resulting in fragility in family skills. Thus, it is understood that the understanding of the family is fundamental to understand the historical and evolutionary process of the same. This article, on the other hand, aims to discuss the evolution of the concept of family in Brazilian law. Initially, it intends to report the concepts of family according to the historical context lived by the country at the time of each Constitution. However, the interest in deepening the subject, which is very widespread in the area of knowledge of Civil Law, is to show the evolution of the importance of the family to the State over the years. The understanding of the concept of family allows one to reflect on the transformations that have occurred in the historical and social process since its emergence. The benefits of this research are given to show how the concept of family has evolved and today, it can be said that it was very modified, since, family, not only constitutes “father, mother and child”, but also by people of another sexuality, by children eager outside marriage, and also in regard to the dissolution of marriage.

Keywords: Family law.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da evolução do conceito de família no Direito Brasileiro. É um tema de grande relevância social e de suma importância para a justiça brasileira, pois, remete a uma problemática, com grande campo para um estudo científico e social aprofundado, para a obtenção de soluções futuras, de acordo com o que demanda a necessidade social.

A pergunta é de como se deu esse processo de evolução do conceito de família e quais foram às mudanças que existiram de acordo com o tempo? A hipótese é afirmativa, visando expandir o conhecimento acerca da evolução histórica e de como se interpreta esse contexto de acordo com a lei vigente, e em relação à doutrina atualizada, mostrar o que pensavam os legisladores e doutrinadores da época e os atuais acerca do conceito de família.

O presente artigo foi desenvolvido com base no método dedutivo e abordagem qualitativa, por abordar uma análise de assuntos complexos com interpretações e comparações

acerca do tema. A técnica utilizada na pesquisa bibliográfica será realizada através de análise doutrinária, legal e jurisprudencial. O método utilizado é dedutivo de análise doutrinária, legal e jurisprudencial.

1 A FAMÍLIA

1.1 A FAMÍLIA NO DIREITO ROMANO

O Direito Romano, sendo o berço do direito ocidental encontra-se a formação da família patriarcal, pois “Roma não é toda a antiguidade, mas resume a antiguidade. É o grande livro da história antiga, escrito em caracteres taquigráficos”.

A organização familiar baseava-se no culto religioso, onde estavam ligados pela religião, família e propriedade. O paterfamilias – pai de família – era o senhor absoluto, exercendo o poder sobre os demais membros da família, poder este de sacerdote, juiz e chefe.

Os membros desta família organizavam-se para cultuar seus deuses particulares. A tradição do culto era transmitida para o filho varão, ou seja, além de herdar todo o patrimônio era este o continuador do culto religioso. Relativo ao patrimônio, este se encontrava na administração e poder do pater.

A mulher passava da condição de filha à esposa. O casamento poderia ser com manus ou sem manus. Naquele a mulher deixaria de pertencer a sua família e passaria a fazer parte da família do marido. O casamento sem manusa filha continuaria sobre a autoridade do pai. A respeito da relação família e religião, Pereira, (2006, p.18) afirma:

A filiação não assentava na consanguinidade, uma vez que a generatio era insuficiente, desacompanhada do cerimonial religioso, para fazer o recém-nascido um agno. Por outro lado, o filho adotivo, ainda que não compartilhasse do mesmo sangue, era considerado filho, porque introduzido no culto ancestral.

Nesse sentido, a filiação estava mais relacionada ao culto religioso que a consanguinidade, sendo a família centrada na religiosidade e unida por uma cultura religiosa, em que o afeto não era o mais importante entre os integrantes desta organização familiar. A agnatio era a descendência originária na linha masculina, filho seria aquele que o pai apresentasse diante do altar doméstico e passasse a cultuar os deuses daquela família. A família estava mais centrada na religiosidade e unida por uma cultura religiosa, nesta concepção o afeto não era o mais importante entre os integrantes desta organização familiar.

Com a evolução da família romana o culto doméstico já não exercia tanta influência e o poder do paterfamilias entrou em declínio. Por outro lado, foi desenvolvida a relação de parentesco, a cognatio, tal seja, a consanguínea sobre influência do cristianismo. Com o imperador Constantino, encontra-se uma visão cristã de família e a moral como o seu norte.

Foi com o Imperador Justiniano que houve a codificação do direito romano, e novas concepções foram introduzidas, dentre elas, a ideia de que, filhos concebidos na constância do casamento, seria o marido presumidamente o pai.

1.2 A FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

A família presente no Código Civil de 1916, como modelo familiar, com bases no Sistema do Código Civil Francês era patriarcal, matrimonializada e hierárquica.

Assim como na família romana, a família caracterizada no Código Civil de 1916 possuía o modelo de família patriarcal, na qual o homem era dono de sua esposa, filhos e bens. A esposa era considerada, inclusive, incapaz para certos atos, como prescrevia o artigo 242, CCB/1916.

O modelo de família era o fundado no matrimônio, o qual criava a família legítima e seus filhos eram considerados legítimos, não havendo possibilidade de dissolução deste casamento. Assim, “a família matrimonial resulta exatamente da concepção patriarcal de família, traduzindo uma estrutura familiar dominada pelo varão, sob o jugo do qual gravitam todos os demais membros. O casamento exerceu na estrutura familiar o papel formador fundamental” (HIRONAKA, 1999, p.11).

Em seu Projeto inicial Beviláqua (apud BOSCARO, 2002, p.63) “defendia a plena igualdade entre os filhos, independentemente da origem matrimonial ou não da filiação”. O texto original foi alterado após receber inúmeras críticas na Câmara dos Deputados ocasionando distinção entre as filiações ditas “legítima” e “ilegítima”.

A primeira espécie de filiação era a originária da constância do casamento; por outro lado, a ilegítima é aquela decorrente de relações extramatrimoniais. Podendo ser ilegítimos os naturais, gerados por pais sem impedimentos matrimoniais ou espúrios, estes divididos em adulterinos, caso existisse impedimentos matrimoniais entre os pais pelo fato de que um ou ambos são casados com outra pessoa ou incestuosos, que não podiam casar devido às relações de parentesco.

Aliás, Fiuza (2009, p. 946), acerca dos acontecimentos que culminaram com as mudanças de todo o modelo familiar presente no Código Civil de 1916, afirma o seguinte:

O patriarcalismo ocidental vê suas estruturas se balançarem, principalmente após as revoluções modernas e a vitória do livre pensar nos países democráticos. Com a Revolução Industrial, a mulher se insere no mercado de trabalho, e a revolução na família começa. Nos idos de 1960, com a Revolução Sexual, em que a mulher reclama, de vez por todas, posição de igualdade perante o homem. Reclama, enfim, um lugar ao sol.

A nova realidade acarretou modificações nos conceitos e regras, os quais passaram a permitir o que não era possível até então. A Lei do Divórcio cuja regulamentação se deu através da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que por sua vez foi regulada pela lei nº 6515, de 26 de dezembro, tratou da possibilidade de por fim ao matrimônio, através do divórcio.

Ocorreram mudanças ainda, no regime de bens, pois na falta de estipulação o regime legal seria o da comunhão universal. Diferentemente deste, o Código Civil de 2002, posteriormente analisado, o regime legal é o da comunhão parcial. Inovou ainda ao incluir o regime de comunhão final nos aquestos.

1.3 A FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002, nos mesmos moldes da Constituição Federal, o qual será objeto de estudo posterior, buscou quebrar paradigmas presentes no Código Civil de 1916, pois a família era formada exclusivamente pelo matrimônio, cuja visão patriarcal era arraigada na cultura desta família.

O texto original deste referido Código data de 1972 e devido às transformações ocorridas na sociedade e as novas concepções trazidas pela Constituição Federal fizeram surgir emendas para melhor adequá-lo. Com as mudanças ocorridas surge um Código, em que:

Uma “paternidade responsável” e a assunção de uma realidade familiar concreta, onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas aos estudos do DNA. Uma vez declarada à convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não discriminação de filhos, a corresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar, e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar (PEREIRA apud GONÇALVES, 2009, p.18).

Assim, advindo de normas e princípios presentes na Constituição Federal, reafirmou a igualdade entre todos os filhos, passando inclusive, a família a existir em razão dos membros que a compõem, não existindo qualquer discriminação entre os filhos, conforme análise do artigo 1.596.

O exame de DNA representou um avanço tecnológico em que se pode ter uma certeza maior sobre a paternidade e não apenas a fundada na presunção. Representou grande avanço no que se refere ao reconhecimento de filhos, pois conforme Veloso (VELOZO apud DONIZETTI, 2007, p.14), “o sistema clássico de estabelecimento da paternidade, firmado em aspectos jurídicos, deu lugar à pujança da verdade biológica retratada nos 99,9% de probabilidade de acerto no estabelecimento da paternidade”.

Acrescentou também três novas concepções de paternidade presumida, tendo um olhar para as técnicas de reprodução, pois será presumidamente pai, dos filhos resultantes da fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido e embriões excedentários quando da referida reprodução e os da inseminação heteróloga, mediante prévia autorização do marido, como demonstrado pelos incisos III, IV e V do artigo 1.597.

Modificou a ordem sucessória, declarando que os parentes colaterais sucederão até o quarto grau e não mais até o sexto grau, como desejava o Código Civil de 1916. Desta forma, estipula quem teria direito de herdar: ascendente, descendente, cônjuge e parentes até o quarto grau.

Conforme, análise posterior, da mesma forma prevista na Constituição Federal, o Código Civil de 2002 traz a igualdade entre o casamento e a união estável, permitindo, assim, a livre iniciativa em relação a sua conversão. Apesar desta igualdade, o aludido código traz uma restrição no que diz respeito ao direito sucessório, pois, neste caso, só é permitido partilhar os bens, onerosamente advindos da união estável.

Biologicamente, filhos são os ligados pelos genes dos pais, por outro lado, afetivamente origina-se uma filiação formada a partir dos laços de afeto, pois perante a sociedade são tratados como verdadeiros filhos.

A filiação deve ser tratada com mais igualdade não importando a sua origem, seja consanguínea ou socioafetiva (posse de estado de filho ou inseminação artificial heteróloga), desta forma, observa-se o afeto como norteador das relações familiares, gerados pela convivência, pelo amor e pelo auxílio mútuo.

Diniz (2009, p.19) em sua conceituação amplíssima de família inclui “os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos”.

De acordo com o exposto poderá a família ser formada por membros não ligados pela consanguinidade, buscando o sentimento de família independentemente de ter sido gerada por ela. A verdadeira paternidade ou maternidade surge da vontade de ter para si aquela pessoa como filho, mesmo não o sendo biologicamente.

O Código inclui a expressão “outra origem” em seu art. 1593, que dá ensejo à paternidade socioafetiva. As espécies de paternidade socioafetiva são: o filho de criação, a adoção judicial, o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade e maternidade e a “adoção à brasileira”.

1.4 A FAMÍLIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Em seu Capítulo VII, Da Família, Da Criança e do Adolescente e do Idoso, a Constituição Federal traz uma visão onde a família é o núcleo mais importante da sociedade e, por isso, o Estado dar-lhe especial proteção. Pazini (2009, p.16) afirma que:

É importante para o Estado, em nome da sociedade, que a regulamentação legal da família seja eficiente, apta a promover o desenvolvimento dos seres humanos que a integram. É principalmente na família que o indivíduo tem moldada sua personalidade. É nela que suas boas e más qualidades se desenvolvem. Uma família bem constituída, fundada em princípios de moralidade e solidariedade, traz, de uma maneira geral, benefícios para toda a sociedade. Reflexos benéficos são notados, como, por exemplo, menor tendência da pessoa à criminalidade, maior produtividade no mercado de trabalho, iniciativa de ajuda a pessoas necessitadas etc. Essas virtudes, que o indivíduo adquire principalmente na família, beneficiam a sociedade como um todo. Desse modo, zelar pela família é zelar pela sociedade.

Uma nova concepção de família foi sendo moldada através do afeto, da igualdade entre os filhos, gerando o reconhecimento de novas entidades familiares, não apenas a fundada no matrimônio, mas também as diversas formas de constituição familiar.

O art. 226, §3º prevê a união entre homem e mulher será reconhecida pelo Estado e deverá ser facilitada sua conversão em casamento (art. 226, §3º). Nesse sentido, a Constituição passa a reconhecer a união estável como entidade familiar, foi posteriormente regulada inicialmente pela Lei nº 8.971/94 e em um segundo momento pela Lei nº 9.278/96.

As características desta união seriam: diversidade de sexo, só podendo ser reconhecida como entidade familiar a união estável entre um homem e uma mulher, não existindo união estável entre pessoas do mesmo sexo. Tendo, ainda, como um dos seus princípios basilares, a convivência pública, contínua e duradoura, sendo estabelecida com o tempo, e, por fim, objetivando a constituição de família. A propósito, a Súmula 382, do STF, informa que deverá ser uma convivência “more uxória”, ou seja, não sendo exigível a moradia na mesma residência.

Reconhecendo ainda a família monoparental, conforme descrito pelo § 4º, do referido artigo, em que será “formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. É o caso da mãe que cria seu filho sem a presença do pai.

Não existindo apenas a formação familiar presente no então Código Civil de 1916, a fundada exclusivamente no casamento.

Ainda sobre as inovações da Constituição Federal, destaca-se a plena igualdade jurídica dos cônjuges e a abolição da desigualdade entre os filhos, e fortalecendo a família socioafetiva, com participação, amor, afeto e companheirismo entre os membros que a compõem. Os princípios que direcionam o Direito de Família são norteados pela dignidade humana, presente no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, concretizando o Estado

Democrático de Direito, pois através deste são concretizados todos os demais princípios.

Ainda conforme o referido princípio, Lenza (2008, p.757) afirma:

Nos termos do artigo 227, § 7º, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma de coercitiva por parte de instituições oficiais ou privada.

Outro princípio presente na Constituição Federal é o da equiparação dos filhos. Diferentemente de como ocorria anteriormente, não deverá existir qualquer discriminação sejam filhos do matrimônio, naturais ou adotivos. E ainda temos o princípio do pluralismo familiar, segundo o qual a nova concepção familiar não será apenas fundada no matrimônio. Deverá existir, ainda, um respeito ao interesse da criança e adolescente; e ainda o princípio da igualdade dos cônjuges e companheiros. Assim sendo, buscou a Constituição Federal, conforme sua visão em um Estado Democrático de Direito, nortear os novos pensamentos e visões presentes na sociedade, servindo de base para o Código Civil de 2002.

Hoje, a família seria um ente despersonalizado no qual sua conceituação perpassa pelo vínculo afetivo que integra as pessoas, cabendo ao Estado não apenas definir esse núcleo, mas também reconhecê-lo. Sobre isso atesta Gonçalves (2010) que a família enquanto realidade sociológica constituiria a base do Estado, cujo conceito estaria organizado sob três vertentes, jurídico-normativa, antropológica e subjetivista.

Nesse sentido, cabe dizer que o direito da família regula as suas normas de acordo com a finalidade a que se propõe, ou seja:

(...) ora regulam as relações pessoais entre os cônjuges, ou entre os ascendentes e os descendentes ou entre parentes fora da linha reta; ora disciplinam as relações patrimoniais que se desenvolvem no seio da família, compreendendo as que se passam entre cônjuges, entre pais e filhos, entre tutor e pupilo; ora finalmente assumem a direção das relações assistenciais, e novamente têm em vista os cônjuges entre si, os filhos perante os pais, o tutelado em face do tutor, o interdito diante do seu curador. Relações pessoais, patrimoniais e assistenciais são, portanto, os três setores em que o direito de família atua (GONÇALVES, 2010, p 18).

Além disso, é importante também que se diga que o direito em relação ao que considera como família, deverá acompanhar as transformações da realidade. Hoje não existe um conceito capaz de definir o que é família, pois não existe uma família, existem várias (TARTUCE, 2014).

Hoje, segundo Stolze (2014) pode-se dizer o conceito de família é socioafetivo e eudemonista, ou seja, o conceito de família hoje deverá ser compreendido com base na afetividade e na função social que a instituição familiar significa, independente do vínculo parental que tenham entre si.

Justo nesse sentido é que se deve reconhecer a necessidade de constitucionalizar o

direito da família, pois os princípios antigos do Direito da Família já não existem mais. Com a Constituição Federal novos conceitos foram agregados, já que o núcleo familiar hoje já não mais se caracteriza pelas representações e figurações dos modelos de pai e mãe. Hoje a concepção de família tem seus objetivos alterados, porque o direito vem acompanhando as modificações históricas, sociais e psicológicas da sociedade.

O conceito de filho estaria ligado à existência do vínculo biológico ou jurídico, através desta espécie de socioafetividade, os pais consideram a criança como se filho fosse tratando-lhe como parte integrada da família, fundada nos pilares em que “o amor entre seus integrantes; uma família, cujo único vínculo probatório é o afeto.

No ordenamento jurídico o estado de filho não possui muito assento, diferentemente do que ocorre em legislações estrangeiras, como por exemplo, a filiação na legislação espanhola em que, será tido como avaliação de legitimação para as ações de filiação, sendo ainda, um elemento de prova. No direito francês, à posse de estado de filho poderá produzir diversos efeitos dentre eles, probatório (se presume o direito exteriorizado); criador (ser constatada no mínimo durante trinta anos); consolidador e exclusão (excluindo o marido da presunção de paternidade, já que, não consta seu nome na certidão de nascimento).

O jurista Belmiro Welter, em posição contrária aos que comparam a posse de estado de filho com o direito à posse das coisas, afirma que se trata de estado de filho afetivo, não sendo um vínculo de posse e de domínio, mas sim “de amor, de ternura, de respeito, de solidariedade, na busca da felicidade mútua, em cuja convivência não há nenhuma hierarquia”.

A posse de estado de filho se oriunda de uma relação afetiva, em que diante de terceiros a pessoa é tratada como se filho fosse, assim teremos o chamamento de filho e aceitação por parte do pai.

1.5 A CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA ATUAL – O AFETO COMO PRINCIPAL “CONDIÇÃO”

Nos tempos atuais, período pós Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002, percebe-se a evolução do conceito de família, muito modificado pelo tempo, onde família não se restringe mais ao casal heterossexual e filhos, na atualidade o conceito de família engloba famílias formadas entre tios e sobrinhos, avós e netos, onde só exista a figura do pai ou só da mãe, casais homo afetivos, família virtual e toda forma de afeto não sendo necessário ter um vínculo sanguíneo, para ser considerado parte da família.

Um novo conceito de família que também surgiu, foi o da “família virtual”, conhecida também como “*ifamilys*” termo criado pelo Jurista Conrado Paulino, que atento à essa nova realidade, demonstrando que existem novas formas de adquirir e manter as relações afetivas desenvolvidas em espaços virtuais.

Desta maneira, como já explicitado, a concepção tradicional e monopolizada de que família estaria relacionada apenas a enlances sanguíneos e por meio do matrimônio, o que foi sendo afastada ao longo dos anos, acompanhando o avanço social e as novas formas de se viver no convívio familiar.

Nesse seguimento, abriu caminho de passagem para as demais entidades e arranjos não previstos constitucionalmente, que se formam em meio à sociedade, unidos pela afetividade que permeia as variadas relações familiares. Como ensina Maria Berenice Dias “existe uma nova concepção de família, formada por laços afetivos de carinho e de amor”. Com posicionamento semelhante, vale invocar as palavras de Paulo Lobo, no sentido de que “enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida”.

O papa Francisco também falou sobre as novas formas de família no “documentário Francesco (2020), de Evgeny Afineevsky,” o papa afirmou: “*Pessoas homossexuais têm o direito de estar em uma família. Elas são filhas de Deus e têm direito a uma família*”.

O que se vê, portanto, é que a família do período pós-moderno é sustentada em laços de afetividade, sendo esta sua causa originária e final. A finalidade da família para a sociedade é permitir que seus integrantes desenvolvam de forma plena a sua personalidade para que possam assim, cada qual com sua individualidade, mas alicerçados em elos comuns e indissociáveis – o afeto, atingir a felicidade.

A concepção de família atual tem se modificado ao longo do tempo, deixando para trás a ideia tradicional de uma família constituída por um pai, uma mãe e seus filhos. Hoje em dia, o afeto tem sido considerado como a principal “condição” para a formação de uma família. Como afirmou o sociólogo Carlos Alberto Torres, “o amor é a base de todas as formas de família que existem, independentemente de sua configuração”.

Com o advento da tecnologia, novas formas de família têm surgido, como a família virtual. Segundo a antropóloga Barbara Yngvesson, “a família virtual é uma extensão da família convencional, na qual os laços de parentesco são estendidos para além das fronteiras físicas e geográficas”. Essa nova configuração familiar tem sido cada vez mais comum, especialmente em tempos de pandemia, em que muitas famílias se mantêm conectadas virtualmente.

Outra forma de família que tem se tornado cada vez mais presente na sociedade é a família homoafetiva. Como destacou o jurista Luiz Edson Fachin, “a união entre pessoas do mesmo sexo tem a mesma dignidade, a mesma importância e os mesmos efeitos jurídicos da união entre pessoas de sexos diferentes”. Ainda que a luta pela igualdade de direitos continue, a família homoafetiva já é reconhecida legalmente em diversos países e tem sido cada vez mais aceita pela sociedade.

No entanto, apesar dessas mudanças, ainda há aqueles que resistem à ideia de uma família que não se enquadra nos moldes tradicionais. Como afirmou a psicóloga Maria Cristina Pedroso, “alguns indivíduos ainda se sentem incomodados com a diversidade familiar, porém a diversidade é uma das características mais marcantes da sociedade atual”. É necessário, portanto, promover a tolerância e o respeito às diversas. Ainda que a concepção de família atual tenha evoluído para incluir novas formas de afetos e configurações, é importante lembrar que a família continua sendo uma instituição fundamental para a vida em sociedade. Como ressaltou o antropólogo Clifford Geertz, “a família é o núcleo da sociedade, é o lugar onde as pessoas aprendem a se relacionar, a se comportar e a desenvolver valores e crenças”.

Nesse sentido, é importante que as famílias, independentemente de sua configuração, possam oferecer um ambiente seguro e acolhedor para seus membros. Como afirmou a psicóloga Ana Carolina Carneiro, “a família é um lugar de cuidado, de amor e de proteção. É onde encontramos apoio e conforto nas dificuldades e onde celebramos as conquistas e as alegrias”.

No entanto, é importante lembrar que a família não deve ser vista como uma instituição imutável, mas sim como uma instituição que se adapta às mudanças sociais. Como afirmou o sociólogo Anthony Giddens, “a família é uma instituição em constante mudança, que se transforma conforme as necessidades e as demandas da sociedade”.

Dessa forma, é fundamental que a sociedade como um todo compreenda e aceite as diversas formas de família que existem, e que sejam criadas políticas públicas que garantam o acesso aos mesmos direitos e oportunidades para todas as configurações familiares. Como afirmou a escritora Chimamanda Ngozi Adichie, “a cultura não faz pessoas, as pessoas fazem a cultura. Se uma humanidade inteira de mulheres não faz parte da nossa cultura, então temos que mudar nossa cultura”.

Portanto, a concepção de família atual tem como principal “condição” o afeto, o que tem permitido o surgimento de novas formas de configuração familiar. É fundamental que a sociedade compreenda e respeite essa diversidade, e que sejam criadas políticas públicas que garantam os mesmos direitos e oportunidades para todas as configurações familiares. A família continua sendo uma instituição fundamental para a vida em sociedade, mas é uma instituição que se adapta e evolui conforme as mudanças sociais.

A concepção de família atual, que tem o afeto como sua principal “condição”, tem sido alvo de diversas discussões entre os estudiosos. Como afirmou a socióloga Ana Paula da Silva, “o amor como base da família não é uma novidade, mas sim uma transformação histórica”. De fato, a ideia de que o amor é fundamental para a formação de uma família é uma concepção que se consolidou ao longo do século XX.

Com a evolução da tecnologia, novas formas de afeto e de relacionamento têm surgido, o que tem impactado a concepção de família atual. Como afirmou o filósofo Michel Foucault, “a família é uma instituição histórica, que se transforma conforme as condições sociais e culturais”. A família virtual, por exemplo, é uma dessas novas formas de família, que tem surgido com o advento da internet e das redes sociais.

Outra forma de família que tem se tornado cada vez mais presente na sociedade é a família homoafetiva. Como afirmou a jurista Flávia Piovesan, “a diversidade é uma riqueza da sociedade, e o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo é um avanço para a democracia e para os direitos humanos”. De fato, o reconhecimento da união homoafetiva tem sido um importante passo para a garantia da igualdade de direitos.

No entanto, apesar das mudanças na concepção de família, ainda há aqueles que resistem a essas transformações. Como afirmou a antropóloga Lilia Schwarcz, “a família é uma instituição que sempre esteve ligada à ideia de tradição e conservadorismo”. É necessário, portanto, promover o diálogo e a compreensão entre as diversas concepções de família que existem.

Embora a concepção de família atual tenha se transformado, a família continua sendo uma instituição fundamental para a sociedade. Como afirmou a antropóloga Mirian Goldenberg, “a família é o lugar onde aprendemos a ser pessoas, é onde encontramos amor e segurança”. De fato, a família é a base da formação do indivíduo e exerce um papel crucial na construção da identidade e das relações interpessoais.

No entanto, a família não é uma instituição estática, mas sim uma instituição em constante mudança. Como afirmou o sociólogo Émile Durkheim, “a família é uma instituição social que se transforma conforme as mudanças sociais”. Dessa forma, é fundamental que a sociedade compreenda e respeite as diversas formas de família que existem, e que sejam criadas políticas públicas que garantam a proteção e o bem-estar de todas as configurações familiares.

Além disso, é importante destacar que a diversidade familiar traz benefícios para a sociedade como um todo. Como afirmou o psicólogo Paulo Sérgio de Camargo, “a diversidade é fundamental para o desenvolvimento humano, pois nos permite experimentar diferentes formas de afeto e de relacionamento”. Portanto, a promoção da diversidade familiar não é apenas uma questão de justiça social, mas também de enriquecimento cultural e emocional.

Por fim, é importante lembrar que a família é uma instituição que está em constante transformação, e que essa transformação deve ser compreendida e valorizada pela sociedade. Como afirmou a antropóloga Lívia Barbosa, “a família é um campo de conflitos e negociações, mas também é um espaço de afeto e cuidado”. É fundamental que a sociedade promova o

diálogo e a compreensão entre as diversas concepções de família que existem, garantindo a proteção e o bem-estar de todas as configurações familiares.

CONCLUSÃO

A família tem enfrentado modificações ocorridas nas últimas décadas através das transformações sociais, econômicas, políticas, jurídicas, e na sua estrutura, adquirindo novos arranjos familiares. Apresentando vários impactos em diversos contextos entre eles: históricos, culturais, políticos, éticos e humanos.

Tendo um papel social de grande valor para o homem, tais valores consistem nos princípios da existência: nascer, crescer, reproduzir, amadurecer, envelhecer, morrer. É através dela que o ser humano se estabelece como sociedade.

É na família que se inicia os primeiros passos do indivíduo, pois é através dela que serão construídos os laços afetivos e materiais necessários para o seu bem-estar e o seu desenvolvimento.

Os pais têm um papel muito importante na educação dos seus filhos, seja a família formal ou informal, onde serão absorvidos os valores éticos e humanitários e os laços de solidariedade. Daí será construído, interiormente, marcas entre gerações e serão observados valores culturais.

As trocas afetivas na família têm sido como fator marcante no comportamento e na vida dos indivíduos, que definem o modo de ser e de agir com as pessoas.

A família é um grupo social primário que gera um grau de união / desunião que se reflete em relação à reciprocidade de compromissos, que tem como elo principal para o seu desenvolvimento. É na família que se encontra os primeiros educadores da criança.

O principal lugar da construção dos vínculos é a família com um gradual alargamento para a rede parental, a rede de vizinhança e a rede comunitária.

O tema família tem ganhado, mundialmente, repercussão significativa. No ano de 1990, a Organização das Nações Unidas (ONU) instituiu o Ano Internacional da Família, para a atenção para políticas públicas que possibilitam estudos e pesquisas.

A família constitui o espaço privilegiado de realização da pessoa, de transmissão de valores, de inter-relacionamentos e de reforço de solidariedade entre gerações, o que torna evidente a importância de se propor políticas que promovam suas potencialidades e que respondam às necessidades existentes, assegurando-se a sua realização concreta.

A família, independente dos formatos ou modelos que assume, é mediadora das relações entre sujeitos e a coletividade, delimitando, continuamente os deslocamentos entre o público e o privado, bem como geradora de modalidades comunitárias de vida. Todavia, não se pode desconsiderar que ela se caracteriza como um espaço contraditório, cuja dinâmica cotidiana de convivência é marcada por conflitos e geralmente, também por desigualdades, além de que nas sociedades capitalistas a família é fundamental no âmbito da proteção social

O exercício dos direitos e deveres conjugais pertence igualmente a ambos os cônjuges, pois lhes foi conferido conjuntamente a direção da sociedade conjugal, não colocando qualquer dos cônjuges em posição inferior, preocupando-se somente em harmonizar os interesses comuns da família.

Portanto, a concepção de família atual é marcada pela evolução histórica do conceito de família, sendo o afeto a principal “condição” para sua formação. A família não se restringe mais à figura do casal heterossexual e filhos, mas engloba diversas configurações familiares, como a família virtual e a família homoafetiva.

Essa diversidade é fundamental para o desenvolvimento humano e para a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva. É necessário, portanto, que a sociedade compreenda e respeite essa diversidade, promovendo o diálogo e a compreensão entre as diversas concepções de família que existem, e que sejam criadas políticas públicas que garantam a proteção e o bem-estar de todas as configurações familiares. A família é uma instituição que está em constante transformação, e essa transformação deve ser compreendida e valorizada pela sociedade.

REFERÊNCIAS

- ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **Todos deveríamos ser feministas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- ANGHEL, Ana Paula. **Novas configurações familiares e direito à igualdade: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008
- BARBOSA, Livia. **Família, gênero e sexualidade**. São Paulo: Cortez, 2004.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à identidade genética. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: FAMÍLIA E CIDADANIA: O NOVO CCB E A VACATIO LEGIS, 3, Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2002.
- BARROSO, Carmen; FONSECA, Claudia; PINTO, Céli Regina Jardim (Orgs.). **Famílias contemporâneas: novas configurações, novos desafios**. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BERTUCCI, Janete Lara de Oliveira. **Metodologia Básica para elaboração de trabalhos de conclusão de curso (TCC)**. São Paulo: Atlas, 2011
- BRASIL. Constituição Federal. Disponível em:
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado,
- BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- CAMARGO, Paulo Sérgio de. **Psicologia social contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 2008.
- CARNEIRO, Ana Carolina. **A família e a proteção dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. **Família e gênero: relações sociais e crise contemporânea**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- CECATTO, Samara de Aguiar. **O direito do adotado à identidade biológica** Disponível em: [http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/s amara_ cecatto.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/s%20amara_cecatto.pdf). Acesso em abr. 2019.
- CUNHA, Matheus Antônio da. A analogia entre as uniões homoafetivas e o instituto da união estável. In: **Ambito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 85, fev. 2011. Disponível em: <<http://www.ambito->>. Acesso em abr. 2019.
- DAVIS, Angela Y. **Mulheres, raça e classe**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2016.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia**. Vol. 3. São Paulo: Editora 34, 1996.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito civil das famílias**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- EHRlich, P. J. **Modelos Quantitativos de Apoio a Decisões I**, Administração da Produção e Sistemas de Informação, Revista de Administração de Empresas, Jan/Fev/Mar. 1996.
- FACHIN, Luiz Edson. **União homoafetiva e direitos fundamentais**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- FALCON, Sylvio. **Cidadania, família e sociedade: reflexões críticas**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

- FONSECA, Claudia; PINTO, Céli Regina Jardim; BRANDÃO, Elaine Reis (Orgs.). **Gênero e família: trajetórias e reflexões**. Rio de Janeiro: Garamond, 2015.
- FONSECA, Claudia; VIEIRA, Mônica. **Família, diversidade e direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 2005.
- FREUD, Sigmund. **Totem e tabu**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- FUGIE, Érica Harumi. **Inconstitucionalidade do art. 226, § 3º, da Constituição Federal?** Revista Brasileira de Direito de Família, n.15, out.nov.dez. 2002.
- GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. v. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 1989.
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.
- GOLDENBERG, Mirian. **Coroas: corpo, envelhecimento, casamento e infidelidade**. Rio de Janeiro: Record, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. v. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- GONÇALVES, Carolina. **Família e diversidade: uma visão antropológica**. São Paulo: Cortez, 2008.
- GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito Civil. Volume 7. Direito de Família**. Orientação: Giselda M. F. Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008.
- HALL, Stuart. **Da diáspora: identidades e mediações culturais**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.
- LAQUEUR, Thomas. **Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos a Freud**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.
- LEAL, Maria Luiza (Org.). **Família, gênero e sexualidade no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Petrópolis: Vozes, 2008.
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 12, jan./fev./mar. 2008.
- LÔBO, Paulo. **A repersonalização das relações de família**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 24, p. 138, jun-jul. 2004.
- MIGNOLO, Walter. **Histórias locais/projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar**. Belo Horizonte: UFMG, 2003.
- PEDROSO, Maria Cristina. **Família: um tema em debate**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- Poder 360**, [S. l.], p. 1, 15 mar. 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/internacional/vaticano-proibe-bencao-a-casamento-homossexual-e-diz-que-uniao-e-pecado/>. Acesso em: 7 ago. 2022.
- REGIS, Mariana. **Conhece o conceito de iFamily ou Família Virtual?** **JUSBRASIL**, [S. l.], p. 1, 6 ago. 2018. DOI FIREFOX. Disponível em: <https://marianaregisadv.jusbrasil.com.br/noticias/549894898/conhece-o-conceito-de-ifamily-ou-familia-virtual>. Acesso em: 7 ago. 2022.

- RICH, Adrienne. *Of woman born: motherhood as experience and institution*. New York: W. W. Norton & Company, 1995.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Uma epistemologia do Sul: a reconstrução do conhecimento e a emancipação social**. São Paulo: Cortez, 2010.
- SCHERER-WARREN, Ilse. **Família contemporânea e políticas públicas**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- SCHWARCZ, Lilia. **A longa viagem da família real**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- SCOTT, Joan W. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. Educação & Realidade, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 71-99, jul./dez. 1995.
- SILVA, Ana Paula da. **Amor e família na modernidade: uma abordagem sociológica**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.
- TORRES, Carlos Alberto. **Famílias, política e direitos: perspectivas interdisciplinares**. Porto Alegre: Sulina, 2016.
- WITTIG, Monique. **O pensamento heterossexual e outros ensaios**. São Paulo: Edições Sesc, 2018.
- YNGVESSON, Barbara. **Virtual family: homemaking in the digital age**. Ithaca: Cornell University Press, 2013.

Vanessa Kathenin do Nascimento Felix Silva

APLICAÇÃO DA LGPD NOS CONTRATOS DE TRABALHO NO BRASIL

APLICAÇÃO DA LGPD NOS CONTRATOS DE TRABALHO NO BRASIL

APPLICATION OF LGPD IN EMPLOYMENT CONTRACTS IN BRAZIL

Vanessa Kathenin do Nascimento Felix Silva

Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil. Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Pós-graduada em Advocacia no Direito Digital e Proteção de Dados. Professora e Mentora de Exame de Ordem. Advogada.

RESUMO

O presente artigo trata sobre a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD nos contratos de trabalho no Brasil, em decorrência da omissão legal existente na Lei 13.709/2018. Este estudo teve como questionamento de pesquisa: a LGPD é aplicada nos contratos de trabalho no Brasil? Diante desse problema, surgiu o seguinte objetivo geral: analisar a existência de aplicação da LGPD nos contratos de trabalho. Sendo os objetivos específicos: estudar a Lei Geral de Proteção de Dados, em seus aspectos gerais; compreender a aplicação da LGPD nos contratos de trabalho, em suas fases de pré-contrato, contratual e pós-contratual. Para a consecução de tal escopo, utilizou-se como procedimento metodológico, a pesquisa exploratória bibliográfica, como forma de embasamento em suas teorias e hipóteses. Como principal resultado da pesquisa, pôde-se observar que mesmo em meio a omissão legislativa, existe a aplicação da LGPD nos contratos de trabalho, bem como que existe uma necessidade de maior implementação e adequação das empresas-empregadores a fim de garantir a segurança e o respeito aos princípios relacionados aos dados pessoais e sensíveis de cada titular-empregado.

Palavras-Chave: LGPD. Contrato de trabalho. Tratamento de dados.

ABSTRACT

This article deals with the application of the General Data Protection Law - LGPD in employment contracts in Brazil, due to the legal omission in Law 13.709/2018. This study had as a research question: is the LGPD applied in employment contracts in Brazil? Faced with this problem, the following general objective emerged: to analyze the existence of LGPD application in employment contracts. The specific objectives being: to study the General Data Protection Law, in its general aspects; understand the application of LGPD in employment contracts, in their pre-contractual, contractual and post-contractual phases. In order to achieve this scope, exploratory bibliographical research was used as a methodological procedure, as a basis for its theories and hypotheses. As the main result of the research, it could be observed that even in the midst of legislative omission, there is the application of the LGPD in employment contracts, as well as that there is a need for greater implementation and adequacy of companies-employers in order to guarantee the safety and respect for the principles related to the personal and sensitive data of each holder-employee.

Keywords: LGPD. Employment contract. Data processing.

INTRODUÇÃO

O uso das redes sociais e da internet tem crescido cada dia mais e juntamente com essas evoluções, surgiram novas preocupações, tais como, o uso dos dados e as informações pessoais expostas e amplamente divulgadas no meio digital.

Ações como tirar fotos, enviar e-mails, ligar para amigos, geram dados e informações que precisam ser armazenadas (GOMES e BRAGA, 2017). A partir dessa perspectiva, a pessoa natural passou a dispor de um controle muito enfraquecido em frente à exposição de sua vida privada e íntima.

Dentro da designada sociedade digital, toda ação ou reação deixa ou deixará “trilhas digitais que podem ser exploradas pelas organizações através da coleta e manipulação de dados pessoais, sem que haja qualquer controle por parte do titular dos dados” (BOTELHO, 2020, p. 206).

Sendo assim, em decorrência do crescente uso dos dados, bem como o “crescimento dos incidentes relacionados ao vazamento de dados”, segundo Pinheiro (2020, p. XIV), a União Europeia iniciou os debates com relação a proteção e prevenção contra novos vazamentos de dados, promulgando assim a *General Data Protection Regulation* (GDPR).

A criação e promulgação da GDPR serviu como importante marco e referência para a própria legislação brasileira, uma vez que, no ano de 2018 houve a criação e promulgação da Lei 13.709/2018, denominada como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Assim sendo, a LGPD tem como objetivo conforme o seu art. 1º, realizar a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e privacidade, bem como garantir o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

De acordo com Cots e Oliveira (2019, p. 15) “o verbo proteger diz muito sobre a forma como o legislador enxergou o titular dos dados, ou seja, em posição desigual em relação aos responsáveis pelo tratamento desses dados, ficando patente sua vulnerabilidade”.

Em outras palavras, a LGPD possui como objetivos a garantia do princípio da transparência e segurança dos dados coletados, resguardando os direitos fundamentais inerentes a privacidade, liberdade do cidadão, desenvolvimento e livre formação da personalidade de cada indivíduo. Salientando que a aplicação da Lei recai sobre pessoas físicas, jurídicas, empresas públicas e privadas.

Outro aspecto que merece destaque é que a LGPD não trata especificamente sobre as relações de trabalho, diferentemente do que ocorre na lei que serviu de inspiração – GDPR. Contudo, a falta de especificação quanto a matéria trabalhista não significa que a presente lei não deva ser aplicada nas relações do direito do trabalho.

Dessa forma, surge como questionamento: a LGPD é aplicada nos contratos de trabalho no Brasil? Objetivando o estudo da incidência da Lei Geral de Proteção de Dados nas relações contratuais estabelecidas e regidas no Direito do Trabalho. Com isso, o presente artigo se subdivide em dois capítulos, o primeiro abordando os aspectos gerais da LGPD; e o segundo,

trazendo a aplicação da LGPD nos contratos de trabalho, por fim, segue-se a conclusão.

1 ASPECTOS GERAIS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

1.1 DADOS

A Lei 13.709/2018 traz em seu bojo os diferentes tipos de dados: pessoais, sensíveis e anonimizados.

O dado pessoal encontra-se expresso no art. 5º, I, da Lei 13.709/2018 como toda “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”. Em consonância com Maciel (2019, p. 26):

Dado pessoal é toda informação que pode identificar um indivíduo ainda que não diretamente. Portanto, incluem-se na referida definição, por exemplo, os números de Internet Protocol - IP, número de identificação de funcionário dentro de uma empresa, e até mesmo características físicas. Isso em razão da presença do léxico “identificável”, que amplia a definição de dados pessoais. [...] Há dados que sozinhos não podem identificar uma pessoa, porém quando agregados a outros passam a ter essa capacidade.

Os dados sensíveis são de acordo com o art. 5º, II, Lei 13.709/18: “dado pessoal 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 biomédico, quando vinculado a uma pessoa natural”.

Por fim, dado anonimizado, segundo o inciso III do art. 5º é aquele “dado relativo a titular que não pode ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento”. Para Pohlmann (2019, p. 46) dado anonimizado é todo o “dado pessoal que passou por um processo de anonimização completo, ou seja, através de algum método de anonimização, agora não pode ser relacionado a um titular de dados”.

Desse modo, compreendendo os três tipos de dados e a importância de todos eles, as empresas e os empregadores devem resguardar e proteger os dados dos titulares-empregados.

1.2 TRATAMENTO DE DADOS

Outro conceito importante trazido na lei, diz respeito ao que se refere o tratamento de dados, sendo ele, conforme o art. 5º, X da Lei Geral de Proteção de Dados:

Art. 5º, X: 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.

Com base na leitura do inciso, pode-se observar que o tratamento engloba os dados desde sua coleta até a sua eliminação. Em conformidade com Maldonado e Blum (2021, p. RL-1.2), a “referida constatação de abrangência do conceito é de fundamental importância, pois o agente de tratamento, em absolutamente todas essas hipóteses, deverá manter registros das suas operações”.

Além disso, “as hipóteses não são cumulativas, ou seja, uma única atividade da lista já inclui no conceito de tratamento, por mais simples que ela seja” (COTS, OLIVEIRA, 2019, p.72).

Sendo assim, não há como as empresas e empregadores tentarem se esquivar na justificativa de que para gerar tratamento, deveria realizar as vinte atividades expressas no art. 5º, X, Lei 13.709/2018, tendo em vista que não se tratam de atividades obrigatoriamente cumulativas.

1.3 SUJEITOS

Em se tratando dos sujeitos, a LGPD engloba quatro distintos relacionados à proteção de dados brasileiras, sendo eles: titular, controlador, operador e encarregado. Nas palavras de Maldonado e Blum (2021, p. RL-1.2):

O titular dos dados pessoais é o núcleo da existência de uma Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, afinal, a preocupação sobre eventuais violações aos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade está umbilicalmente vinculada à pessoa natural.

Com isso, pode-se dizer que é toda pessoa natural, pessoa física, identificada ou identificável a quem nos quais os dados se aludem.

No inciso VI do art. 5º da LGPD, tem-se a qualificação do controlador como: “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”. Segundo Maldonado e Blum (2021, p. RL-1.2) “é sobre o controlador que a LGPD impõe o seu maior peso jurídico, pois é ele o responsável pela tomada de decisões sobre o tratamento de dados pessoais”.

O seguinte inciso há a conceituação do operador, podendo este ser pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado que exerce o tratamento de dados pessoais em nome do controlador já referido acima.

Por fim, no art. 5º, VIII, tem-se a figura do encarregado conceituado como: “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)”.

Por fim, ressalta-se que dentre os quatro sujeitos mencionados acima, apenas dois deles estão no rol taxativo de agentes de tratamento, conforme o art. 5º, IX da LGPD, são eles: o controlador e o operador. Sendo assim, apenas estes são responsabilizados civilmente pelo tratamento de dados pessoais.

1.4 PRINCÍPIOS DA LGPD

As atividades de tratamento de dados deverão observar os seguintes princípios, em conformidade com o art. 6º da Lei nº 13.709/2018: boa-fé, finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas.

A boa-fé possui duas acepções no ordenamento jurídico, em primeiro aspecto, pode ser sinônimo de boa intenção. Sob essa perspectiva é possível considerar como o estado de consciência de desconhecimento sobre o caráter lesivo do ato em relação a interesses e direitos de terceiros (MARTINS-COSTA, 2006). Em segundo aspecto, pode ser vista no aspecto objetivo, por exemplo, correção e probidade.

Previsto no art. 6º, inciso I, da LGPD, o princípio da finalidade tem como conceito “realização de tratamentos para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades”. Este princípio está estritamente relacionado aos princípios da adequação, necessidade, transparência, boa-fé e também com o conceito de consentimento.

O próprio art. 9º, §2º, da LGPD, menciona que se o consentimento do titular dos dados pessoais for requerido, caso haja mudança da finalidade para o tratamento de dados pessoais não compatíveis com o consentimento original, o controlador deverá informar de forma prévia o titular sobre as mudanças de finalidade, podendo o titular revogar o consentimento, caso discorde das alterações.

O princípio da adequação, encontra-se no art. 6º, inciso II, que trata da “compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento”. Com isso, o tratamento deverá estar em harmonia com a destinação na qual se refere.

Princípio da necessidade tem previsão legal no art. 6º, III da LGPD, que diz: “limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados”. Sendo assim, estipula que a coleta de dados precisa ocorrer de forma mínima, respeitando o tratamento de dados pessoais puramente fundamentais do escopo pretendido, eximido da coleta excessiva.

No art. 6º, IV, da Lei nº 13.709/2018, encontra-se o princípio do livre acesso, que possui como definição a “garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais”. Sendo assim, pode-se afirmar que “é o direito de consulta gratuita e facilitada, sobre a totalidade de dados que estejam ou estarão em poder de quem os trata ou tratará” (POHLMANN, 2019, p. 1140).

Em conformidade com o art. 6º, V, LGPD o princípio da qualidade dos dados está relacionado a “garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados,

de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento”. Este princípio “impõe ao controlador um dever de verificação de correção em todos os procedimentos e operações” (LIMA, 2020a, p. 131).

O princípio da transparência visa a “garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial”, conforme o art. 6º, VI, LGPD. Desse modo, é direito de todo titular possuir pleno e claro acesso aos seus dados e forma de tratamento.

O oitavo princípio que o art. 6º da LGPD traz em seu bojo, está expresso no inciso VII, que diz: “utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão”.

Segundo Lima (2020b, não paginado), “a segurança compreende nas medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão”. Conforme Pohlmann (2019, p. 1152): “se você possui os dados pessoais de um titular, deve ser responsável por tomar medidas de segurança, suficientes para que tais dados permaneçam apenas acessíveis a quem tem permissão para acessá-los”.

O princípio da prevenção está previsto no art. 6º, VIII, da LGPD que expressa como a “adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais”. Este princípio está relacionado ao da segurança e diz que se “devem adotar medidas preventivas para evitar que ocorram danos aos dados pessoais do titular” (POHLMANN, 2019, p. 1165).

Previsto no art. 6º, inciso IX, da LGPD, o princípio da não discriminação trata da “impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos”. Conforme Maldonado e Blum (2021, p. RL – 1.2) é importante frisar que “o princípio prevê que o tratamento para fins discriminatórios dos dados é vedado quando praticado ilicitamente ou abusivamente, pois, naturalmente, poderá haver discriminação no tratamento de dados, inclusive sensíveis”.

Por fim, o princípio da responsabilização e prestação de contas, previsto no art. 6º, X, LGPD, expressa que é a “demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas”.

Desse modo, as empresas e empregadores devem respeitar todos os princípios elencados na LGPD a fim de garantir a proteção aos dados pessoais e sensíveis de cada titular.

2 LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NOS CONTRATOS DE TRABALHO

Após compreender o papel dos sujeitos, resta-se claro que dentro das relações do Direito Trabalhista, os empregados figuram no papel de titulares de dados, enquanto os empregadores se encontram na posição de controlador e até mesmo encarregado.

Não bastante tão somente a fragilidade que muitas relações da seara trabalhista já possuem, surge a necessidade de compreender o impacto e repercussões da LGPD nos contratos de trabalho, uma vez que englobam três fases: pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Sendo assim, durante toda a relação de trabalho existe um intenso fluxo de dados pessoais, bem como de dados pessoais sensíveis, surgindo assim, a necessidade de adequação e proteção dos empregados-titulares.

2.1 FASE PRÉ-CONTRATUAL

Em primeiro momento se faz necessário destacar que na fase pré-contratual ainda não existe um vínculo firmado entre empregado e empregador, mas sim, apenas as ofertas de vagas ou processo seletivo e uma intenção de titulares em galgar as vagas.

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) não dispõe especificamente sobre a fase pré-contratual, sendo assim, cada empregador poderá optar por regulamentar o modo de contratação, desde que respeite e resguarde os princípios basilares da proteção de dados.

Nesta fase sugere-se a seguinte solução: os dados pessoais requisitados devem ser apenas os necessários ao processo seletivo, com posteriormente revisão dos dados solicitados para a realização do recrutamento, garantindo o consentimento do titular e por fim, eliminando os dados, após a dispensa do candidato à vaga, se optar por manter os dados do candidato em banco de dados, ele deve ser informado da ação, inclusive quanto ao tempo que ficará disponível (SOARES, 2021).

Conforme Araújo e Calcini (2020), na fase pré-contratual é expressamente proibida a coleta de dados que possam futuramente gerar algum caráter discriminatório entre os empregados, por exemplo: exame de gravidez.

Na visão de Soares (2021), se faz necessária a revisão dos processos seletivos, revisando as informações a serem colhidas, a fim de evitar o uso e tratamento indevido dos dados pessoais, bem como deve-se observar o consentimento do titular, a comunicação com relação a manutenção de currículos em banco de dados.

Sendo assim, até mesmo na fase pré-contratual os empregadores devem tomar cuidado e realizar as devidas precauções, a fim de não desrespeitar nenhum princípio norteador do tratamento de dados, tais como: princípio da necessidade.

2.2 FASE CONTRATUAL

Na segunda fase, denominada como contratual, existe um vínculo entre o empregado e o empregador, bem como há uma coleta maior de documentação e dados pessoais a fim de regulamentar a contratação.

Assim, entende-se que está autorizado, portanto, que o consentimento não precisa ser um instrumento contratual autônomo, mas sim uma cláusula do contrato de trabalho ou um anexo a este (ARAÚJO; CALCINI, 2020).

A partir desse momento, os empregadores devem realizar constante análise de risco e das necessidades de adequação a LGPD, realizando treinamentos com os departamentos, revisão de cláusulas contratuais e políticas.

Outro fator que merece destaque se relaciona ao tratamento de dados pessoais sensíveis, tais como: saúde, raça, biometria, entre outros. Uma vez que, apesar de existir fundamentos legais para coleta de determinados dados sensíveis, os presentes dados requerem uma maior proteção do controlador-empregador.

Tem-se como exemplo os dados relacionados a saúde, quando os empregadores fornecem plano de saúde, visto que se faz necessário uma análise ou revisão do contrato firmado com a prestadora de serviço médico, a fim de garantir a proteção aos dados sensíveis, bem como se proteger em razão de uma possível responsabilidade por incidentes de segurança.

Outra prática costumeira por empregadores é a coleta de biometria, seja para entrada em departamentos de segurança, bem como para realizar o controle de ponto. Ocorre que, a coleta de dados biométricos também se inclui no rol dos dados sensíveis, devendo assim, cada empregador todas as medidas de tratamento adequadas com relação aos dados fornecidos pelos empregados.

2.3 FASE PÓS-CONTRATUAL

A presente fase corresponde ao desligamento do empregado com relação ao vínculo existente, podendo chegar a presente fase por diversos motivos, tais como: falecimento, demissão por justa causa, demissão por justa causa, fechamento do estabelecimento, entre outros.

Conforme aponta Alcântara (2021) no término do contrato de trabalho, há dados que são relevantes e sensíveis ao titular, podendo ser de conteúdo variado, como: motivo do encerramento do contrato de trabalho, verbas rescisórias, se empregado faleceu conterà informações sobre falecimento e informações correlatas, dados para futura referência ao novo empregador.

Nesta fase, existe a necessidade de cumprir o princípio da transparência, informando ao empregado que o uso dos dados será finalizado por determinação legal ou por própria solicitação do empregado-titular.

Destaca-se que, com relação a solicitação do empregado-titular, ela se relativiza nas relações trabalhistas, tendo em vista que, há obrigações legais que obrigam o armazenamento de documentos e dados dos empregados.

Nesse sentido, surge para a empresa uma obrigação de guarda da documentação dos empregados pelos próximos dois anos, em virtude do prazo decadencial de ajuizamento da respectiva ação trabalhista, bem como, possuindo garantia legal para armazenamento dos dados (ARAÚJO; CALCINI, 2020).

Durante o armazenamento os empregadores deverão seguir as diretrizes respectivas ao tratamento de dados, inclusive realizando técnicas de anonimização, bem como realizar o descarte correto e obrigatório após o prazo legal de armazenamento, principalmente pelas graves consequências em razão do descumprimento das determinações da LGPD, tais com a aplicação de multa de até 2% (dois por cento) do faturamento da empresa, por infração cometida, conforme o art. 52, II, da Lei 13.709/18.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa teve como questionamento: a LGPD é aplicada nos contratos de trabalho no Brasil? Desta feita, o presente artigo científico apresenta como resultado à problemática citada que a LGPD foi criada para garantir uma maior proteção aos dados pessoais de cada titular, tanto na esfera física como digital, sendo assim, sua aplicação nos contratos de trabalho não somente é cabível como deve acontecer com mais afinco e responsabilidade.

Levando-se em consideração o intenso fluxo de dados e informações pessoais e sensíveis relacionadas aos contratos de trabalho, se faz necessário que os empregadores tomem as devidas precauções a fim de evitar um incidente de vazamento ou segurança.

Atitudes como palestras de informação e prevenção, controle do fluxo de dados e dos colaboradores que terão acesso, formas de armazenamento e descarte, todas essas medidas visando permanecer dentro dos ditames estipulados pela LGPD.

Sendo assim, a LGPD dever ser observada durante todas as fases que cercam os contratos de trabalho, desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual.

Outrora, ratifica-se que a depender dos dados coletado o consentimento poderá ser descartado, uma vez que, enquadram-se em outras hipóteses legais, tais como: exercício regular de direito em processo judicial, para proteção da vida e incolumidade física do próprio titular. Contudo, tal previsão não extingue o dever de realizar um armazenamento e tratamento adequados dos dados dos empregados-titulares.

Conforme já exposto anteriormente, a Lei Geral de Proteção de Dados não traz em seu bojo, de modo expresso, uma regulamentação acerca da incidência na seara do Direito Trabalhista, contudo, se mostra totalmente cabível, visto que, todos os empregados, também são titulares de dados.

Desse modo, as empresas devem realizar a implementação e adequação aos termos da Lei, a fim de proteger os dados dos candidatos, funcionários e ex-funcionários, bem como evitar a incidência da aplicação das multas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Clayton Deodoro Gonçalves de. **Impacto da Lei Geral de Proteção de Dados nas relações de trabalho**. 30f. Artigo Científico- Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC- GOIÁS). Goiânia, 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/1472/1/TC2-B12%20-%20CLAYTON%20DEODORO%20G.%20DE%20ALCANTARA%20-%20FINAL%20-%202021-1%281%29.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2023.

ARAÚJO, Cristiane Carvalho Andrade; CALCINI, Ricardo. O impacto da LGPD nas relações de trabalho. **Revista Consultor Jurídico**, 17 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-17/lgpd-impactos-trabalhistas>. Acesso em: 22 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.709, 14 de agosto de 2018 (**Lei Geral de Proteção de Dados**). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 04 abr. 2022.

BOTELHO, Marcos César. A LGPD e a proteção ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, São Paulo, v.8, n.2, 197-231p, jun./2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Soc-Pol-Publicas_v.8_n.2.08.pdf. Acesso em: 30 mar. 2023.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de dados pessoais comentada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

GOMES, Elisabeth; BRAGA, Fabiane. **Inteligência competitiva em tempos de Big Data**. (eBook). Rio de Janeiro: Alta Books, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788550804101/>. Acesso em: 31 mar. 2023.

LIMA, C.R.P.D. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei n.13.709/2018**. (eBook). São Paulo: Almedina, 2020a. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935796/>. Acesso em: 02 abr. 2023.

LINDAMARIA LIMA. **Os 10 princípios para tratamento de dados para LGPD**. 2020b. Disponível em: <https://triplait.com/principios-para-tratamento-de-dados-da-lgpd/>. Acesso em 21 mar. 2023.

MACIEL, Rafael Fernandes. **Manual prático sobre a lei geral de proteção de dados pessoais (Lei nº13.709/18)**. Goiânia-GO: RM Digital Education, 2019.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Ópice. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/188730949/v3/page/1>>. Acesso em: 26 mar. 2023.

MARTINS-COSTA, Judith. **Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva**. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios da interpretação contratual. In: Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 852, 87–126p, 2006. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/29218>>. Acesso em: 02 abr. 2023.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

POHLMANN, Sérgio Antônio. **LGPD Ninja: Entendo e Implementando a Lei Geral de Proteção de Dados nas empresas**. Nova Friburgo - RJ: Editora FROSS, 2019.

SOARES, Paulo Vinícius de Carvalho. **A Lei Geral de Proteção de Dados frente às relações trabalhistas**. Disponível em: <https://www.lgpdbrasil.com.br/a-lei-geral-de-protecaode-dados-frente-as-relacoes-trabalhistas/>. Acesso em: 25 mar. 2023.

PRÁTICA FORENSE

Ana Cláudia Brandão de Barros Correia

SENTENÇA: RESPONSABILIDADE CIVIL.
INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL, ESTÉTICO E
MATERIAL. TRATAMENTO ESTÉTICO. DEPILAÇÃO A
LASER. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO.
DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO

SENTENÇA: RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL, ESTÉTICO E MATERIAL. TRATAMENTO ESTÉTICO. DEPILAÇÃO A LASER. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO

Ana Claudia Brandão de Barros Correia

Juíza de Direito. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco/Queen Mary University of London, Inglaterra (2018); pós-doutora em Direito, Universidade de Salamanca, Espanha (2020). Mestra em Direito, pela Universidade Federal de Pernambuco (2006). Atua também como professora de Direito Civil, Direito da Saúde, Bioética e Biodireito da Esmape, tendo implantado o primeiro curso de pós-graduação em Direito da Saúde na instituição, para aperfeiçoamento de servidores e magistrados do Poder Judiciário pernambucano. É autora do livro “Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização” pela Editora Curitiba: Juruá, 2016 e 2009; do livro “Filhos para cura: o bebê medicamento como sujeito de direito”, da editora Revista dos Tribunais. É autora também de vários artigos científicos.

Seção A da 29ª Vara Cível da Capital

Processo nº **0061958-52.2020.8.17.2001**

AUTOR: Ocultado para fins de publicação na Revista da Esmape

RÉU: Ocultado para fins de publicação na Revista da Esmape

Trata-se de AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS E REPARAÇÃO DE DANOS ESTÉTICOS E DANOS MATERIAIS ajuizada por XXXXXXXXXXXX contra BELAS CURVAS, ambos já qualificados na inicial.

Petição Inicial

A parte autora alegou que fez um tratamento de foto depilação na clínica ré, e que na quarta sessão, logo em seguida à aplicação da técnica,

começou a sentir muito ardor e queimação, nas duas pernas, surgindo, em seguida, queimaduras. Aduziu que comunicou à ré, que entregou à autora, em sua residência, uma pomada, a qual foi utilizada por alguns dias, contudo, não obteve melhora. Asseverou que, embora tenha utilizado a pomada, surgiram bolhas, de queimadura de segundo grau, em suas duas pernas. Explicou que foi à dermatologista, que a encaminhou à clínica de queimados, onde foi prestado o atendimento médico necessário. Chamou a atenção para o fato de que ficou um mês e meio em tratamento, tendo solicitado 15 dias de licença médica, com diagnóstico de que sofreu queimaduras de 1º e 2º grau em ambas as pernas, e ainda foi necessário para continuar o tratamento mediante a utilização do cicatrizante contractubex, pelo período de seis meses, para evitar hipertrofia das cicatrizes, não podendo a autora, nesse período, tomar banho de sol. Ao final, requereu a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R\$ 500,00, danos morais, no valor de R\$ 20.000,00, e danos estéticos, no valor de R\$ 10.000,00, além da devolução do valor pago pelo procedimento.

Contestação

A ré apresentou contestação impugnando, preliminarmente, os benefícios da gratuidade judiciária. No mérito, alegou que as queimaduras podem ter ocorrido por falta de cuidado da parte autora, após a sessão de foto depilação, tais como uso de sabonete inadequado ou exposição ao sol. Lembrou que as fotos das pernas podem ser de qualquer pessoa, que não a autora, uma vez que ela não expõe o seu rosto nas fotos.

Réplica

A parte autora apresentou réplica rechaçando a preliminar suscitada e, no mérito, ratificando os argumentos expostos na inicial. Ao final, requereu a procedência dos pedidos feitos na inicial.

Instrução

Intimados para dizer se tinham interesse em produzir provas, a autora requereu a prova testemunhal, e a ré requereu o depoimento pessoal da autora e a oitiva de testemunhas.

É o essencial a relatar. Decido.

Da Impugnação aos Benefícios da Gratuidade Judiciária

Indefiro a impugnação aos benefícios da gratuidade judiciária, tendo em vista os elementos constantes nos presentes autos, em especial, a alegação da autora de que é apenas estudante, e que inclusive não declara imposto de renda. O fato de residir em apartamento de luxo, supostamente com seus pais, não muda essa situação.

Do Mérito

Da Responsabilidade da Ré

O art. 186 do Código Civil prescreve que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito a outrem, ainda que exclusivamente mora, comete ato ilícito. Ademais, em sintonia com o art. 927 do Código Civil, aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187 do mesmo código), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. É certo ainda que, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, aplicável por se tratar de relação consumerista, o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

No caso em tela, o conjunto probatório constante nos presentes autos é robusto o suficiente para caracterizar a responsabilidade da ré, por restar devidamente comprovado que as queimaduras havidas na perna da autora são decorrentes do tratamento de foto depilação, ao qual a mesma se submeteu perante a clínica ré. Senão, vejamos abaixo.

A ré não nega que a autora esteve na clínica para realizar a sexta sessão do tratamento. Logo em seguida ao tratamento, surgiram diversas queimaduras nas pernas da autora exatamente no local onde foi feito o tratamento. O laudo médico constante do documento ID 6867759 demonstra que as referidas queimaduras são decorrentes do tratamento descrito na inicial. Diante desse contexto probatório, por mais que a ré alegue o serviço tenha sido prestado por pessoa habilitada para tal, e ainda que foi utilizado o equipamento

adequado, o resultado da sessão não foi o esperado, tendo havido, portanto, falha na prestação dos serviços.

Ademais, não há que se cogitar na veracidade das alegações da ré no sentido de que as fotos constantes nos presentes autos, referentes à queimadura nas pernas, podem não ser da autora, primeiro porque há parecer médico atestando a existência de queimaduras na mesma, de 1º e 2º graus, segundo, porque, no vídeo anexado aos presentes autos, em determinado momento, apareceu rosto da autora.

Sobre a responsabilidade da ré pelas queimaduras havidas nas pernas da autora, pós sessão de depilação, cito os seguintes precedentes:

DIREITO DO CONSUMIDOR. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE FOTODEPILAÇÃO - QUEIMADURAS DE 1º GRAU - RESULTADO NÃO ESPERADO - GRAVE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - RESCISÃO CONTRATUAL - DANOS MORAIS CONFIGURADOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. A prestação de serviço de fotodepilação da qual resulta lesão severa (queimaduras de 1º grau), devidamente comprovado por declaração médica de especialista na área configura falha na prestação de serviço.
2. A extensão das lesões visíveis nas fotos juntadas aos autos, pelas suas características e extensão, é compatível com a descrição da autora sobre as suas consequências (dor física, preocupação/aflição, etc) e assim enseja reparação por danos morais.
3. A fixação dessa indenização em R\$ 5.000,00 atende prontamente aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e ainda atende ao caráter pedagógico da medida. 4. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 5. Nos termos do art. 55 da lei nº 9.099/95, sem condenação em custas e honorários advocatícios.

(TJ-DF 20160610062125 0006212-91.2016.8.07.0006, Relator: ASIEL

HENRIQUE DE SOUSA, Data de Julgamento: 14/02/2017,

3ª Turma Recursal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 23/02/2017 . Pág.: 813-831)

Prestação de serviços estéticos. Indenização por dano moral. Contratação da ré para a realização de procedimento chamado fotodepilação. Queimaduras provocadas na pele da autora. Ação julgada improcedente. Apelação da autora. Repetição dos argumentos iniciais: falha na prestação de serviços e negligência da ré. Queimaduras suportadas pela autora após a primeira sessão. Ferimentos que levaram cerca de 90 dias para obterem melhora. Responsabilidade objetiva da ré prevista pelo 14 do CDC. Ausente comprovação pela ré de qualquer excludente de responsabilidade. Dano moral configurado. Laudo pericial que atesta dano estético no patamar de 1/7. Sentença que deve ser reformada para parcial procedência da ação. Danos morais fixados em R\$5.000,00. Sentença reformada. Recurso provido.

(TJ-SP 00067888920128260590 SP 0006788-89.2012.8.26.0590,

Relator: Francisco Occhiuto Júnior, Data de Julgamento: 19/04/2018, 32ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/04/2018)

APELAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

ESTÉTICOS, DEFEITO DO SERVIÇO. Autora que, após algumas sessões, sofreu queimaduras na pele que causaram manchas, afetando sua condição pessoal e trabalho. Sentença de procedência para condenar as rés ao pagamento de indenização por danos morais (R\$ 8.000,00), estéticos (R\$ 5.000,00) e materiais, no montante gasto com as sessões, condenando a seguradora denunciada a ressarcir a segurada das indenizações, até o limite da apólice. Insurgência pela autora e pela corré Vita Franchising. Defeito na prestação do serviço. Prestação de serviços. Matéria de competência recursal comum às Segunda e Terceira Subseções da Seção de Direto Privado.

Art. 5º, § 1º, da Resolução 623/2013, do TJSP. Ausência de discussão relativa à responsabilidade na prestação de serviços médicos ou da área da

saúde. Incompetência em razão da matéria. RECURSO NÃO CONHECIDO, com determinação de redistribuição.

(TJ-SP - AC: 10283744920138260100 SP 1028374-49.2013.8.26.0100,

Relator: Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira, Data de Julgamento: 31/08/2020, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 31/08/2020)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. LESÕES FÍSICAS EM TRATAMENTO ESTÉTICO. MANCHAS. PROCEDIMENTO DE FOTODEPILAÇÃO / LUZ PULSADA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DEMONSTRADA. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO COM RAZOABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DO SEGUNDO GRAU.

1. A prova constante dos autos permite concluir que houve falha, por parte da recorrente na execução dos serviços prestados à recorrida, consubstanciada em manchas na coxa ocorrida em face do procedimento de depilação à luz pulsada mal executado.
2. Danos morais configurados in re ipsa, diante da lesão à integridade corporal, direito fundamental e atributo da personalidade. O dano moral, no caso, consiste na ofensa à integridade física, na dor decorrente das lesões sofridas, na necessidade de atendimento médico-hospitalar e posteriores cuidados exigidos, com alteração da rotina diária da pessoa. Daí porque as indenizações são autônomas e passíveis de serem cumuladas, para o atingimento de uma justa quantificação da verba indenizatória.
3. Dano estético caracterizado, ainda que temporário, em face das

manchas na coxa da autora/apelada conforme consta do laudo pericial.

4. O dano estético e o moral são distintos e cumuláveis, segundo jurisprudência sumulada no STJ (Súmula 387: "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral."). O primeiro é objetivo, visível, decorre da alteração corporal sofrida pela vítima, ao passo que o segundo é de caráter subjetivo, de foro íntimo e ordem psíquica.
5. Caso os valores indenizatórios sejam fixados com razoabilidade não há falar em redução.
6. Devida é a fixação de honorários em 2º Grau (art. 85, § 11, do CPC), em somatório aos já fixados no 1º Grau, quando o recorrente é sucumbente nesta instância revisora. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

(TJ-GO - Apelação (CPC): 03632688220148090051, Relator: EUDÉLCIO MACHADO FAGUNDES, Data de Julgamento: 12/04/2019, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 12/04/2019).

De outro turno, é importante registrar ser desnecessária a designação de audiência para oitiva de testemunhas, a requerimento da ré, por entender que tanto a responsabilidade da mesma, quanto os danos havidos na autora, já estão devidamente comprovados nos presentes autos, de forma que o depoimento de eventual testemunha não teria o condão de modificar esse entendimento. A relação de a ação e o dano está perfeitamente caracterizada inclusive por laudo médico ao qual a parte ré teve total acesso, não havendo que se falar, vale ressaltar, em qualquer cerceamento do direito de defesa.

Para além disso, o juiz deve avaliar livremente as provas apresentadas no processo podendo indeferir as diligências meramente protelatórias, conforme dicção do art. 370 do CPC.

Portanto, presentes os pressupostos da responsabilidade civil objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, cumpre verificar os danos e a indenização devida.

Dos Danos Materiais e Estéticos e da Devolução do Valor do Tratamento

Com relação aos danos materiais, não há comprovação nos presentes autos acerca dos supostos gastos suportados pela parte autora, logo, indefiro-os.

Com relação aos danos estéticos, inicialmente cumpre esclarecer que é possível cumular dano estético com dano moral, consoante entendimento firmado na Súmula 387 do STJ “**É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral**”. O dano estético se refere a uma alteração na aparência física da pessoa, enquanto o dano moral se refere a um prejuízo emocional ou psicológico, como dor, sofrimento, humilhação, constrangimento ou perda de autoestima. No caso em tela, estes, ainda que temporários, por não haver provas de danos estéticos definitivos, ensejam o dever da ré de indenizar a parte autora, razão pela qual condeno a ré ao pagamento de indenização por danos estéticos no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Com relação ao valor do tratamento, a autora deve ser ressarcida do mesmo, tendo em vista a existência de falha na prestação dos serviços.

Dos Danos Morais

Com relação aos danos morais, os dissabores e transtornos suportados pela parte autora com as queimaduras de primeiro e segundo graus indiscutivelmente ultrapassam os meros aborrecimentos do cotidiano, sendo, portanto, suficientes para a caracterização do dano moral, de natureza *in re ipsa*, expressão em latim que significa “dano moral em si mesmo” ou “dano moral presumido”. Isso significa que o dano é evidente por si só, sem a necessidade de apresentação de provas adicionais. Em outras palavras, quando ocorre uma situação que é obviamente ofensiva ou humilhante, a vítima não precisa provar que sofreu dano moral, pois o próprio evento é suficiente para demonstrar a existência do dano. Observe que a autora teve queimaduras de segundo grau, tendo que se afastar de suas funções, conforme laudo médico, pelo período de 15 dias, se submeter a um mês e meio de tratamento, e ainda teve que aplicar medicamento, pelo prazo de seis meses, para que as cicatrizes não se perpetuassem.

Como sabido, o arbitramento do dano moral é fixado pelo julgador, utilizando-se, para tanto, do critério da fixação equitativa, tendo em vista a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor. A indenização deverá ser proporcional ao dano sofrido (art. 944 do Código Civil), pois o objetivo é compensar a vítima pela lesão à integridade moral, não se permitindo que o

dano seja fonte de lucro, bem como inibir a repetição de conduta ilícita, de onde exsurgeu seu caráter pedagógico.

Daí a aplicação do critério da razoabilidade, devendo o julgador também aferir certos critérios, tais como a condição socioeconômica do ofensor e do ofendido, efeitos do dano na psique do ofendido e as repercussões do fato, enfim deve ponderar as causas e consequências do ato ilícito. Desse modo, analisando todos os elementos acima mencionados, com fundamento no princípio da razoabilidade, considerando as causas e consequências do ato ilícito, condeno a primeira ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Do Dispositivo

Por todo o exposto, e por tudo o mais que dos autos constam, julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial para condenar a parte ré ao pagamento da quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais), referente ao valor do tratamento, devidamente atualizada pela tabela ENCOGE, e com incidência de juros de mora de 1% ao mês, desde a data do efetivo prejuízo; ao pagamento de indenização por danos estéticos, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), e por danos morais, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), ambos devidamente atualizados pela tabela ENCOGE, desde a data do arbitramento (Súmula 362 do STJ), e juros de mora de 1% ao mês, contados a partir da citação. Por consequência, extingo o presente processo, com resolução do mérito, na forma contida no art. 487 do CPC. Condeno a parte ré ainda ao ressarcimento das custas processuais e ao pagamento de honorários sucumbenciais no percentual de 15% incidente sobre o valor da condenação. Deixo de condenar a parte autora no ônus sucumbencial, em razão de ter decaído minimamente do pedido.

Intimem-se. Cumpra-se.

Recife, data da validação.

Esta Revista Esmape Online foi produzida pela
Assessoria de Comunicação Social da
Escola Judicial de Pernambuco
(Ascom ESMAPE) em 2023

Núcleo de Design:

Pedro Henrique

Núcleo de Publicidade:

Antônio Recamonde

Núcleo de Comunicação Virtual:

Pedro Pequeno

Designer:

Marcos Costa

Assessor de Comunicação Social:

Paula Imperiano



TJPE